Consiglio di Stato, sez. V, 21 gennaio 2009, n. 278

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale
Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sui ricorsi in appello rispettivamente proposti:
n.3467/2006, da Azienda Unità sanitaria locale di M. in persona del Direttore generale, legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avv.to A. C., elettivamente domiciliato presso lo studio del Dr. G. G. in Roma, L. F. 46;

CONTRO

M. F. M. s.p.a., in persona del Presidente del Consiglio di Amministrazione ed Amministratore delegato, legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli Avvocati A.M., S. B. e F. R. ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo, in Roma via F. C. n.5;
e nei confronti di D. S. s.r.l. già P. S. P. D. s.r.l, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avvocati A. E. e M. S. M. e domiciliata nello studio di quest'ultima in Roma, via della V. n.7;
n.4199/2006, proposto da D. S. s.r.l. già P. S. P. D. s.r.l in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa come sopra;

CONTRO

Azienda Unità sanitaria locale di M. in persona del Direttore generale, legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso come sopra;
M. F. M. s.p.a. in persona del Presidente del Consiglio di Amministrazione ed Amministratore delegato, legale rappresentante p. t., rappresentato e difeso come sopra;

PER L'ANNULLAMENTO

della sentenza n.510/2006 del 19 aprile 2006 pronunziata dal TAR Emilia Romagna sede di Bologna, Sez. I;
Visti gli appelli proposti dall'Azienda Unità Sanitaria Locale di M. e da P. e gli appelli incidentali proposti da M.;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della D. S. già P. S. P. D. s.r.l. e della M. F. M. s.p.a. ricorrente incidentale;
Esaminate le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;
Relatore alla pubblica udienza del 20 giugno 2008 il Consigliere Roberto Capuzzi; uditi gli Avvocati P. per delega di C., e M.;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

La appellante Azienda Unità Sanitaria Locale di M. ha impugnato in parte qua la sentenza del TAR Emilia Romagna Bologna Sez. I ter n. 510 del 2006.
La appellante espone quanto segue.
Con ricorso al TAR Emilia Romagna M. F. M. s.p.a. (d'ora in poi M.) aveva impugnato la decisione n.484 del 2.12.2005 adottata dal Direttore del servizio acquisti, Economale e Logistica dell'Azienda Unità Sanitaria Locale di M. recante la aggiudicazione definitiva a P. S. P. D. (d'ora in poi P.) della gara di appalto per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione dell'intero complesso costituente la dotazione immobiliare in uso, escluso i nuovi Ospedali di B. di S., triennio 2006 – dicembre 2008. Nonchè di tutti i verbali della Commissione di gara e segnatamente dei verbali relativi alle sedute riservate tenutesi nei giorni 14 e 22.11.2005 recanti l'accoglimento

della giustificazioni addotte da P. circa la congruità della propria offerta economica.
Con il medesimo ricorso M. ha avanzato anche domanda di risarcimento del danno.
Alla data del 1.2.2006 il contratto fra Azienda USL e P. è stato regolarmente avviato e si sta svolgendo.
All'udienza del 6.4.2006 il ricorso è stato discusso innanzi al TAR e trattenuto in decisione.
In data 13.4.2006 il giudice di I° grado ha depositato il dispositivo n.6/06 con cui ha accolto il ricorso M.
In attesa del dispositivo della sentenza l'odierna appellante proponeva appello sul dispositivo con riserva di motivi formulando istanza di provvedimenti cautelari anticipatori.
Nelle more, il TAR Emilia Romagna ha proceduto al deposito della sentenza.
L'Azienda quindi procedeva alla integrazione dei motivi di appello censurando i vari capi della sentenza accolti dal TAR.
M. ha proposto appello incidentale avverso parte della sentenza di primo grado.
A sua volta, P., con appello recante RG n.4199/06 ha impugnato la medesima sentenza chiedendone la riforma parziale.
Anche in tale giudizio M. ha proposto ricorso incidentale di appello.
Le cause sono state trattenute per la decisione all'udienza del 20 giugno 2008.

DIRITTO

1.Gli appelli devono essere riuniti in quanto diretti avverso una unica sentenza.
2.Con il ricorso n.3457/2006 e successivi motivi aggiunti l'Azienda Unità Sanitaria Locale di M. ha impugnato la sentenza n.510/2006 del 6-19 aprile 2006 pronunziata dal TAR per l'Emilia Romagna, sede di Bologna.
Con tale sentenza il TAR aveva accolto in parte il ricorso presentato da M. avverso la aggiudicazione a favore della P. (ora D. S.) della gara di appalto del servizio di pulizia e sanificazione dell'intero complesso costituente la dotazione immobiliare in uso, escluso i nuovi Ospedali di B. e di S.. Triennio gennaio 2006- dic. 2008.
M. a sua volta, ha proposto appello incidentale avverso parte della sentenza di primo grado .
Con ricorso R.G. n.4199/06 anche P. ha impugnato la medesima sentenza chiedendone la riforma parziale.
M. si è costituita anche in tale giudizio ed ha proposto appello incidentale.
3. I fatti di causa possono così sintetizzarsi.
Il bando era basato sul criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art.23 comma 1 lett.b) del d.lgs. n.157/95 con previsione di un punteggio massimo di 50 punti per l'offerta tecnica e di 50 punti per l'offerta economica.
Invitate a partecipare sette imprese che avevano superato la fase pre-qualifica, all'esito della gara risultava aggiudicataria in via provvisoria la società P. mentre la ricorrente in primo grado M. si classificava al secondo posto.
L'offerta P., che presentava un ribasso del 15,35 sui prezzi unitari posti a base di gara, risultava anomala e veniva sottoposta a verifica ex art. 25 del d.lgs n.157/95, cui P. dava ottemperanza.
Successivamente, in accoglimento delle giustificazioni fornite, con decisione n.484 del 2.12.2005 il Direttore del Servizio approvava le risultanze di gara ed aggiudicava l'appalto alla P. con punti 92.
Avverso tale aggiudicazione M. presentava ricorso al TAR Emilia Romagna che, dopo avere dichiarato infondato il ricorso incidentale

presentato dalla controinteressata P. avverso la mancata esclusione della ricorrente in via principale, accoglieva il secondo, il terzo ed il quarto motivo dedotti.
4. Tanto premesso la Sezione ritiene di dare la precedenza all'esame del terzo motivo del ricorso introduttivo (lettera b) accolto dal giudice di prime cure.
La ricorrente in primo grado M. lamentava la violazione della disciplina del sub-appalto ex art.18 settimo comma della legge n.55/1990 nonchè artt.18, terzo comma e 19 del d.lgs. n.157/1995 fornendo una interpretazione di tali disposizioni nel senso di imporre anche per le imprese subappaltatrici il pedissequo rispetto dei contratti collettivi nazionali e territoriali relativi ai rapporti di lavoro della categoria di cui trattasi.
Il primo giudice ha accolto il motivo richiamando una precedente decisione della Sezione Quinta e ritenendo che non sia ammissibile giustificare il ribasso con la dichiarazione di volersi avvalere in subappalto di imprese con personale inquadrato in un contratto diverso da quello di settore.
Tali conclusioni del primo giudice sono fortemente contrastate dagli appellanti che hanno rilevato la illogicità della interpretazione fornita dalla sentenza alla normativa e la inconferenza della giurisprudenza richiamata.
5. La doglianza ha pregio.
P. nella offerta presentata aveva indicato che parte del servizio sarebbe stato subappaltato ad alcune imprese artigiane e che il costo della manodopera per tali imprese veniva calcolato in applicazione dei contratti vigenti per tali imprese.
A giudizio del TAR Emilia Romagna, P. non avrebbe potuto proporre costi della manodopera come indicati dalle tabelle applicabili alle imprese artigiane della provincia di M. essendo invece tenuta ad applicare, anche ai servizi che avrebbe subappaltato ad imprese artigiane, i maggiori costi espressi dalla Tabella Ministeriale che avrebbe applicato nei confronti dei propri dipendenti e quindi quelli relativi al "personale dipendente da imprese esercenti servizi di pulizia e servizi integrati/multiservizi".
La norma di riferimento è l'art. 18 comma VII della legge n.55/90 che prevede che l'appaltatore di opere pubbliche è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si svolgono i lavori. Inoltre è responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto.
La previsione rivela un'evidente ispirazione garantistica: in effetti, con l'imporre il divieto di presentare offerte articolate su di un costo orario per addetto inferiore a quello indicato nei contratti collettivi nazionali e territoriali, il legislatore ha inteso scongiurare il prodursi di una potenziale distorsione concorrenziale tra le imprese partecipanti alla gara realizzabile attraverso la possibile elusione delle disposizioni, normative e contrattuali, in materia di retribuzioni dei dipendenti.
Nel caso di specie tuttavia non risulta violato il dettato del suddetto articolo 18 comma 7 in quanto l'impresa aggiudicataria ha dichiarato:
a) di applicare integralmente al proprio personale le tabelle ministeriali pubblicate in Gazzetta Ufficiale valide per la Provincia di M. in relazione alle singole figure professionali impiegate per la realizzazione del servizio;

b) di subappaltare alcuni servizi ad imprese artigiane specializzate esercenti nel medesimo settore oggetto della gara in particolare applicando, per poco più di 20.700 ore su un totale di oltre 299.000 ore di contratto, “i costi dei normali contratti con imprese artigiane specializzate..”.
E’ noto che le imprese artigiane operanti nel settore delle pulizie, per lo più imprese individuali o cooperative, fruiscono di rilevanti risparmi contributivi e tributari che si riflettono sul costo orario del personale.
La giurisprudenza ha rilevato che ove venga fatto ricorso al subappalto, la serietà e congruità dell’offerta deve essere considerata tenendo conto anche di tali agevolazioni salariali e dei trattamenti fiscali preferenziali di cui le imprese subappaltarici possono fruire al fine del contenimento dei costi della mano d’opera (Cons. Stato, VI, 26 maggio 1999 n.695).
Se infatti si imponesse a tali imprese un costo della manodopera maggiorato, si vulnererebbe il canone di ragionevolezza e buon andamento dell’amministrazione posto che la stazione appaltante si troverebbe paradossalmente obbligata a farsi carico di compensi non giustificati dal costo effettivo della manodopera dalle imprese stesse sopportato pur fissato sulla base dei criteri normativamente stabiliti (Cons. Stato, Sez. V, 12 agosto 2004 n.5550).
Nè la sentenza richiamata dal giudice di primo grado (Cons. Stato, V, 6320/2004) è applicabile al caso che occupa atteso che la fattispecie esaminata da quel Collegio verteva nel campo degli appalti dei lavori pubblici e non dei pubblici servizi, in cui una impresa aggiudicataria dei lavori subappaltati aveva applicato costi del lavoro previsti da tabelle esistenti tuttavia in un settore diverso da quello oggetto dell’appalto per una larga parte dell’appalto stesso.
In conclusione il motivo merita accoglimento.
6.Le appellanti si dolgono ancora che il giudice di primo grado abbia accolto il secondo motivo di ricorso (lettera c) della M. (violazione dell’articolo 25, secondo comma del d.lgs. n.157/1995, carenza assoluta di motivazione circa l’esito del subprocedimento di verifica dell’anomalia, conseguente eccesso di potere per essere stati ritenuti giustificati dalla Commissione aspetti, dalla stessa indicati, sui quali la controinteressata non avrebbe invece dato alcuna spiegazione).
Il primo giudice ha rilevato che in sede di verifica della anomalia non sarebbe stato assolto l’onere istruttorio da parte della concorrente e tuttavia la stazione appaltante non abbia ritenuto di chiedere integrazioni e chiarimenti.
Va premesso che secondo la giurisprudenza di questo Consiglio il giudizio di verifica della congruità di una offerta anomala è espressione di un potere tecnico discrezionale dell’amministrazione, di per sè insindacabile in sede di legittimità, salva la ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su una insufficiente motivazione o da errore di fatto (Cons. Stato, V, 20.5.2008 n.2348).
La sentenza del TAR Emilia Romagna ha ritenuto che la stazione appaltante si sia trovata di fronte ad una voce cumulativa in seno alla quale era ricostruibile solo il costo di due dipendenti (inclusi tra le spese generali), ma non gli altri costi generali e l’utile di impresa e che ciononostante non abbia ritenuto di chiedere alcun chiarimento.
Anche tale capo della sentenza deve essere riformato.
L’Azienda AUSL ha potuto quantificare i costi del responsabile della commessa e del responsabile della qualità della ditta P. in quanto

esposti dalla concorrente in euro 16,38 orarie per 3162 ore per anno, per un totale di euro 51.793,56.
In virtù di questi dati l'Azienda ha proceduto, in sede di verifica, a rapportarli a quanto esposto dall'offerente nella voce "Costi generali aziendali compresi del responsabile della commessa, del responsabile della qualità e dell'utile aziendale", ammontanti ad euro 138.000,00 ed, attraverso una semplice operazione matematica, ha potuto ricavare l'incidenza delle voci costi generali e utile di impresa.
Si tenga conto, quanto ai costi generali, che P. aveva rappresentato di non averne (all'infuori dei due dipendenti) potendo usufruire già nel territorio […*omissis*…] di un proprio ufficio per cui, dopo avere tolto il costo dei due dipendenti, restava l'utile, ammontante ad euro 88.31142 annui ed euro 263.934,26 nel triennio.
Quanto ai costi dei macchinari, attrezzature e prodotti, l'offerta indicava la relativa incidenza percentuale che nel fornire le giustificazione P. ha elaborato trasformando le percentuali in valori monetari rapportati alla offerta formulata.
Si noti come la voce "macchinari" necessari per il servizio di pulizia è di valore assai ridotto trattandosi di mezzi quali lucidatrici o lavatrici, usuali per i lavori domestici e di costo modesto.
In conclusione:
- Le giustificazioni sono state fornite dalla impresa concorrente unitamente ad una tabella riepilogativa ed esplicativa che la Commissione ha potuto esaminare e valutare;
-l'Azienda ha potuto riscontrare agevolmente l'entità delle cifre indicate da P. attraverso semplici operazioni matematiche rilevando in particolare i costi dei macchinari e attrezzature, i costi generali, i costi delle due figure professionali, l'utile di impresa;
-la Commissione concludeva per la sostenibilità e serietà dell'offerta sottolineando che "....la ditta P. S. abbia risposto in modo esauriente ai quesiti formulati fornendo buone giustificazioni sugli elementi costituitivi dell'offerta."
Non è dato quindi comprendere quale sia stata la illogicità e la inadeguatezza che inficerebbero le valutazioni della Commissione atteso che le giustificazioni fornite, consistendo prevalentemente in dati numerici e percentuali, potevano essere agevolmente sviluppate con semplici operazioni matematiche.
In conclusione anche tale motivo di appello deve essere accolto.
7. Secondo gli appellanti sarebbe infine erroneo l'accoglimento del quarto motivo del ricorso introduttivo da parte del primo giudice (punto IV della sentenza) con cui la M., sia pure in via subordinata, aveva contestato che l'attività valutativa era stata riportata in un unico verbale cumulativo di una pluralità di sedute, in violazione dei principi di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa.
Al riguardo ricorda la Sezione che l'orientamento giurisprudenziale è nel senso che la unica verbalizzazione, riferita a più sedute, non è di per sè illegittima a condizione che la verbalizzazione non contestuale segua il compimento delle attività rappresentate entro un termine ragionevolmente breve, tale da scongiurare gli effetti negativi della naturale tendenza alla dispersione degli elementi informativi (Cons. Stato, V, 4463/2005).
In ogni caso, sul giudicante grava sempre l'obbligo di verificare, previo accurato esame della fattispecie concreta, se la verbalizzazione unica e differita abbia determinato un vulnus apprezzabile degli interessi sottesi alla verbalizzazione contestuale di analitica ed attendibile resocontazione. (Cons. Stato, V, 4463/2005 cit.).
Nel caso di specie si osserva quanto segue:

-Il verbale reca la indicazione delle varie sedute, la regolare composizione dell'organo in ciascuna seduta, la descrizione delle attività valutative compiute aventi tutte una loro unitarietà ed unico oggetto, l'indicazione dei membri della Commissione presenti.
-La Commissione ha analiticamente esposto il lavoro di esame dei progetti tecnici delle concorrenti dalla stessa compiuto nelle varie giornate di seduta.
- M. non ha lamentato che il contenuto del verbale non corrisponda a quanto effettivamente attestato, nè che i fatti ivi descritti si siano svolti in modo differente.
Su tali premesse ritiene la Sezione che proprio tenendo conto della peculiarità del caso, la redazione di un unico verbale anzichè di un verbale per ciascuna seduta non incida sulla trasparenza ed attendibile resocontazione delle sedute di gara.
8. Deve essere ora esaminato il primo motivo dedotto da M. nel ricorso in primo grado, assorbito dal primo giudice ma riproposto in appello incidentale dalla stessa M.
Al riguardo M. si era lamentata che P. aveva tarato l'analisi della manodopera, non sul monte ore annuo dichiarato in offerta pari a 299.745,38, bensì su un monte ore annuo inferiore (296.583,38) e che questo ultimo dato numerico risultava ulteriormente diminuito di 20.794 ore da affidarsi in subappalto.
Nelle giustificazioni presentate P. ha dichiarato di sottrarre le complessive 3162 ore annuali svolte dal responsabile di appalto e dal delegato di qualità inserendo il relativo costo nell'indistinta generica voce "costi generali aziendali, utile di impresa".
In sostanza il sub-procedimento volto al giudizio di congruità dell'offerta tecnica ed economica della aggiudicataria, a detta di M., sarebbe stato effettuato su una offerta diversa rispetto a quella che risultava dal progetto tecnico e dalla dichiarazione di offerta economica.
Il motivo deve essere respinto.
Nelle giustificazioni fornite con lettera della P. in data 9.11.2005 prot. n.212/5 ed nelle tabelle allegate si nota come al punto 3 "altre voci di costo", sub punto 1, tra i costi generali aziendali sono stati ricompresi i costi del responsabile di commessa e del responsabile della qualità e dell'utile aziendale. Al punto 4 "analisi del costo del personale" le ore totali vengono indicate in 296.583,38. Pertanto non vi è una difformità tra progetto tecnico e le giustificazioni, essendo le ore totali comprensive delle ore svolte dal personale e dai due impiegati con funzione di coordinamento e vigilanza del personale esecutivo e cioè il responsabile dell'appalto ed il delegato della qualità dell'appalto.
Pertanto le giustificazioni avanzate da P. si sono limitate a fornire gli elementi costitutivi dell'offerta e non ne hanno modificato il contenuto.
9.In conclusione i due appelli dell'Azienda Sanitaria e di P. devono essere accolti e per l'effetto, in riforma della sentenza, il ricorso in primo grado deve essere respinto così come deve essere respinto il ricorso incidentale proposto da M.
Sussistono motivi per compensare tra le parti in causa spese e competenze di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, riuniti i ricorsi n. 3467/2006 e n. 4199/2006, accoglie gli appelli e per l'effetto in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado.
Respinge l'appello incidentale proposto da M.
Compensa spese e onorari.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall’autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 20 Giugno 2008 con l’intervento dei Sigg.ri:
Pres. Emidio Frascione
Cons. Filoreto D'Agostino
Cons. Claudio Marchitiello
Cons. Marco Lipari
Cons. Roberto Capuzzi Est.

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE
F.to Roberto Capuzzi F.to Emidio Frascione
IL SEGRETARIO
F.to Agatina Vilardo

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
21/01/09
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)
Il Direttore della Sezione
f.to Livia Patroni Griffi