

N. 09570/2011 REG.PROV.COLL.
N. 05442/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso integrato da motivi aggiunti n.5442 del 2011 proposto dalla Smeraldo srl, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dall'avv. prof. Francesco Cardarelli e dall'avv. Diego Campugiani presso il cui studio in Roma, via G. Pierluigi da Palestrina n.47, è elettivamente domiciliata;

contro

l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", in persona del Rettore pro-tempore, rappresentata e difesa dal prof. avv. Giuseppe Bernardi presso il cui studio in Roma, Via Monte Zebio n.28, è elettivamente domiciliata;

nei confronti di

- Euro & Promos Group scpa, in proprio e quale mandataria del costituendo rti con Coopservice scpa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dal prof. avv. Angelo Piazza e dall'avv. Raffaella Arcangeli ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Piazza in Roma, Via L. Robecchi Bricchetti n.10;
- del costituendo rti di cui è mandataria la Miorelli Service spa, del

costituendo rti di cui è mandataria il C.N.E. Consorzio di Servizi Globali Centro Nord Est, della srl Dussmann Service, del Consorzio G.I.S.A., del Consorzio Euro Global Service, del costituendo rti di cui è mandataria Gruppo La Nitida, del rti di cui è mandatario il CNS Consorzio Nazionale Servizi, della società cooperativa Ariete, del costituendo rti di cui è mandataria la srl Plurirapida e della srl Florida 2000, non costituiti in giudizio;

per ottenere:

A) P'ANNULLAMENTO:

- a1) del provvedimento del Direttore generale dell'intimata Università n.1487 del 5 maggio 2011 - comunicato via fax alla società ricorrente in data 10 maggio 2001 - con il quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto del servizio di pulizia presso la città universitaria e le sedi del resistente Ateneo ubicate nel comune di Roma a favore del costituendo rti Euro & Promos Group scpa - Coop Service scpa;
- a2) di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali intervenuti nell'ambito della citata procedura concorsuale.

B) la CONDANNA dell'intimata amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Università' degli Studi di Roma La Sapienza e di Soc Euro & Promos Group Soc Coop Pa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2011 il dott. Giuseppe Sapone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il proposto gravame la società ricorrente, la quale ha partecipato alla procedura aperta indetta dall'intimata Università, in epigrafe indicata, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa e classificandosi al 12° posto della relativa graduatoria, ha impugnato il provvedimento, pure in epigrafe descritto, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto del servizio de quo a favore del costituendo rti Euro & Promos Group scpa - Coop Service scpa, contestando la mancata esclusione dei concorrenti che la precedevano nella menzionata graduatoria e deducendo a tal fine i seguenti motivi di doglianza:

- 1) Violazione e falsa applicazione dell'art.12 del Disciplinare di gara e dell'art.4 del CCNL vigente. Eccesso di potere per sviamento e per carenza istruttoria. Eccesso di potere per disparità di trattamento, con riferimento alla valutazione delle prime quattro offerte in graduatoria;
- 2) Violazione e falsa applicazione del criterio di aggiudicazione denominato " Modalità di sostituzione degli addetti assenti". Eccesso di potere per sviamento nella valutazione dell'offerta presentata dal Consorzio Gisa (quinto in graduatoria) nonché delle offerte che la precedono in graduatoria;
- 3) Violazione e falsa applicazione dell'art.12 del disciplinare di gara e dell'art.4 del CCNL. Eccesso di potere per sviamento. Eccesso di potere per disparità di trattamento e per sviamento con riferimento alla valutazione della sesta, della settima, dell'ottava offerta in graduatoria;
- 4) Violazione e falsa applicazione dell'art.6 par.2 lett.B del disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione dell'art.38 comma 1 lett. m) quater. Eccesso di potere per carenza istruttoria nell'analisi dell'offerta presentata dalla spa Ariete (nona in graduatoria);
- 5) Violazione e falsa applicazione dell'art.86, comma 3 bis, del D.lgvo

n.163/2006. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e per sviamento con riferimento alle offerte nona, decima ed undicesima.

Successivamente alla luce dell'accesso alla documentazione di gara effettuato in data 8.6.2011 l'odierna istante ha proposto i seguenti motivi aggiunti di doglianza:

6) Violazione e falsa applicazione dell'art.97 della Costituzione. Violazione e falsa applicazione dell'art.7 del disciplinare di gara -Elemento di valutazione ("Elenco dei prodotti"). Eccesso di potere per sviamento e per irragionevolezza. Eccesso di potere per disparità di trattamento;

7) Violazione e falsa applicazione dell'art.86, 3 bis, del d.lgvo n.163/2006. Eccesso di potere per sviamento e per carenza di istruttoria con riferimento all'offerta presentata dal rti Pulirapida.

Sempre con il gravame in trattazione la società ricorrente ha chiesto, altresì, la condanna dell'intimata amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica da attuare mediante aggiudicazione in suo favore dell'appalto in questione, ovvero, in subordine per equivalente.

Si è costituita l'intimata Università contestando con dovizia di argomentazioni la fondatezza delle prospettazioni ricorsuali chiedendone il rigetto.

Si è pure costituito il rti aggiudicatario confutando le dedotte doglianze e chiedendone la reiezione.

Alla pubblica udienza del 16.11.2011 il ricorso è stato assunto in decisione.

DIRITTO

Con il proposto gravame la società ricorrente, la quale ha partecipato alla procedura aperta indetta dall'intimata Università, in epigrafe indicata, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa, classificandosi al 12° posto della relativa graduatoria con punti 85,80, ha impugnato il provvedimento, pure in epigrafe descritto, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto del servizio de quo a favore

del costituendo rti Euro & Promos Group scpa - Coop Service scpa, contestando la mancata esclusione di tutte le 11 concorrenti che la precedevano nella menzionata graduatoria.

In ordine logico deve essere esaminata per primo il secondo motivo di doglianza prospettato con la censura rubricata al n.5) con cui è stato fatto presente che la commissione di gara, sebbene avesse escluso dalla graduatoria definitiva n.4 imprese che precedevano la ricorrente, tuttavia, illegittimamente, non ha proceduto a riformulare la graduatoria ricalcolando i punteggi attribuiti alle offerte rimaste in gara.

A sostegno è stato fatto presente che tale modus operandi avrebbe falsato i punteggi attribuiti alle offerte valide per quanto concerne sia l'aspetto economico che l'aspetto tecnico, alla luce del criterio prescelto per l'assegnazione dei singoli punteggi (pag.18 del gravame).

Tale doglianza deve essere dichiarata inammissibile per carenza di interesse, in quanto come affermato dalla resistente Università in sede di memoria conclusionale (pag14), non contestata sul punto, "seppure i punteggi fossero stati calcolati senza tener conto delle offerte delle 9 imprese di cui è stata disposta l'esclusione, la graduatoria finale non sarebbe mutata".

Per ragioni di economia processuale il Collegio intende esaminare le censure dedotte partendo da quelle prospettate avverso le offerte che precedevano immediatamente la ricorrente nella graduatoria finale.

Relativamente all'offerta collocatasi all'undicesimo posto della graduatoria de qua (Floridia 2000 srl con punti 85,82) la ricorrente afferma con la censura di cui al n.5 che quest'ultima doveva essere esclusa in quanto aveva offerto delle tariffe orarie inferiori a quanto definito dalla Tabella redatta per la Provincia di Roma dal Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale; in particolare è stato fatto presente che la suddetta impresa aveva offerto le tariffe medie orarie pari ad euro 15,97, 16,73 e 17,60 rispettivamente per il personale di secondo, terzo e quarto livello, a fronte

di tariffe medie orarie previste dal citato decreto ministeriale pari a 16,08, 16,85 e 17,73.

Il motivo di doglianza è infondato.

Al riguardo, in linea con quanto affermato dal resistente Ateneo, alla luce della consolidata giurisprudenza in materia, il Collegio sottolinea che devono essere considerate anomale solo le offerte che si discostano in misura rilevante dai valori risultanti dalle tabelle ministeriali.

I dati risultanti dalle tabelle de quibus non costituiscono, infatti, parametri assoluti e inderogabili, ma, sono ben suscettibili di scostamento in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali svolte dall'offerente, che, evidenziando una particolare organizzazione imprenditoriale, rimettono alla stazione appaltante ogni valutazione tecnico-discrezionale di congruità (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 4831; sez. V, 7 ottobre 2008, n. 4847; TAR Lazio, Roma, sez. III, 15 marzo 2005, n. 1835; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 11 novembre 2005, n. 3972; Brescia, sez. I, 9 luglio 2007, n. 621; 23 ottobre 2007, n. 915; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 28 settembre 2007, n. 1765; 26 gennaio 2010, n. 8; TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 28 novembre 2007, n. 3223; TAR Trentino Alto Adige, Trento 23 giugno 2008, n. 154; TAR Piemonte, Torino, sez. I, 5 novembre 2008, n. 2770). Conseguentemente, è da reputarsi ammissibile l'offerta che da essi si discosti, purché il divario non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, così come stabilito in sede di contrattazione collettiva (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 15 ottobre 2003, n. 8421; 2 marzo 2006, n. 1598; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 28 settembre 2007, n. 1765).

Ora applicando tali principi alla fattispecie in esame non è data rilevare quell'eccessivo divario tra le tariffe offerte dalla Florida 2000 e quelle del ricordato decreto ministeriale, atteso che dando il valore 100 a queste ultime tariffe, quelle proposte dalla suddetta concorrente risultano essere

pari a 99,315, 99,287 e 99,266, con la conseguenza che il divario denunciato inferiore all'1% ben può essere considerato insignificante.

Sempre con riferimento alla Florida 2000 la società ricorrente con il primo motivo aggiunto di doglianza ha contestato il punteggio, 0,880, assegnatole per la voce "Elenco attrezzature utilizzate" (punteggio max 2,5) se confrontato con quello conseguito dalla controinteressata (2,083).

A sostegno di tale doglianza è stato fatto presente che il denunciato divario nel punteggio de quo risulterebbe del tutto ingiustificato, atteso che l'odierna istante aveva presentato un numero maggiore di prodotti certificati Ecobel che risultava essere il criterio principale tra quelli indicati per l'attribuzione del punteggio per la voce in trattazione.

In primis il Collegio dichiara non suscettibile di favorevole esame l'eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti proposta dalla resistente Università sul presupposto che i vizi ivi prospettati essendo conosciuti o conoscibili il giorno stesso dell'accesso (8.6.2011) dovevano essere dedotti già con il ricorso principale passato per la notifica in data 9 giugno 2011.

In merito è sufficiente rilevare che:

- a) è pacifico che i motivi aggiunti sono stati ritualmente proposti nel termine di 30 gg decorrenti dalla data dell'avvenuto accesso;
- b) non è precluso al ricorrente, sempre nel rispetto dell'originario termine di decadenza, produrre successivamente ulteriori doglianze non formulate con il ricorso principale.

Ciò precisato, nel merito la doglianza in trattazione è infondata.

Al riguardo deve essere osservato che:

- a) la ricorrente aveva offerto rispetto alla Florida 2000 solamente un prodotto in più munito del certificato Ecobel;
- b) come affermato chiaramente dalla resistente Università la certificazione di ecocompatibilità dei prodotti rappresentava uno solo dei criteri previsti dal disciplinare di gara, senza peraltro alcuna gradazione di importanza tra

gli stessi, per l'assegnazione del punteggio relativamente alla voce de qua, atteso che era esplicitamente previsto che " per ogni offerta formulata per l'elemento tecnico f) viene calcolato un valore ponderato medio, dato dalla media dei coefficienti variabili tra zero e uno, attribuiti discrezionalmente dai singoli componenti della commissione giudicatrice sulla base dei criteri sopra delineati, criteri che sono tipologia dei prodotti, caratteristiche tecniche, metodologia di impiego, ecocompatibilità, benefici per il servizio derivanti dall'uso degli stessi prodotti, con la conseguenza che l'elemento addotto dalla odierna istante, peraltro di limitata entità numerica, non può ritenersi di per sé in grado, in assenza di ulteriori prospettazioni, di inficiare la correttezza dell'operato della commissione aggiudicatrice.

Alla luce di tali argomentazioni, pertanto, le censure prospettate avverso la concorrente collocatasi all'undicesimo posto della graduatoria devono essere rigettate, con la conseguenza che devono ritenersi inammissibili le altre censure con cui è stata prospettata la mancata esclusione ovvero il punteggio attribuito alle imprese collocatesi ai primi 10 posti della graduatoria, in quanto l'eventuale accoglimento delle stesse in nessun caso comporterebbe che la odierna istante verrebbe a posizionarsi al primo posto.

Tuttavia, anche se ininfluyente ai fini dell'esito della presente decisione il Collegio procede ad esaminare, data l'importanza della stessa, la fondatezza della censura con cui l'odierna istante ha contestato la mancata esclusione di gran parte delle imprese (n.7 tra cui le prime quattro) che la precedevano nella graduatoria de qua.

Al riguardo è stato fatto presente che:

a) poichè il capitolato generale richiamava all'art.12 l'art.4 del CCNL del settore imprese esercenti servizi di pulizia e servizi integrati, l'impresa che sarebbe risultata aggiudicataria era obbligata ad assumere tutti i dipendenti dell'impresa uscente, con la conseguenza che per adempiere a tale obbligo il

numero dei dipendenti e il numero di ore di utilizzo per ciascun livello contrattuale offerti dovevano essere pari al numero degli addetti attualmente alle dipendenze dell'impresa uscente, in questo caso la ricorrente, riportati nel documento di gara denominato "Dati tecnici informativi", fatta salva ovviamente la possibilità di offrire dipendenti ed ore aggiuntive;

b) poichè le offerte delle imprese de quibus erano differenti rispetto a quanto riportato dal predetto documento con riferimento alla ripartizione tra i vari livelli contrattuali del personale che sarebbe stato utilizzato per lo svolgimento dell'appalto in questione, la Commissione, illegittimamente, una volta riscontrata tale divergenza, non ha proceduto all'esclusione delle stesse dalla gara.

Al riguardo deve essere fatto presente che:

I) l'art. 4 del CCNL del settore predetto prevede due possibili ipotesi:

“a) in caso di cessazione di appalto a parità di termini, modalità e prestazioni contrattuali l'impresa subentrante si impegna a garantire l'assunzione senza periodo di prova degli addetti esistenti in organico sull'appalto risultanti da documentazione probante che lo determini almeno 4 mesi prima della cessazione stessa, salvo casi particolari quali dimissioni, pensionamenti, decessi;

b) in caso di cessazione di appalto con modificazioni di termini, modalità e prestazioni contrattuali, l'impresa subentrante - ancorché sia la stessa che già gestiva il servizio - sarà convocata presso l'Associazione territoriale cui conferisce mandato, o in assenza presso la Direzione provinciale del lavoro, ove possibile nei 15 giorni precedenti con la RSA e le OOSS stipulanti territorialmente competenti per un esame della situazione, al fine di armonizzare le mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali, tenuto conto delle condizioni professionali e di utilizzo del personale impiegato, anche facendo ricorso a

processi di mobilità da posto di lavoro a posto di lavoro nell'ambito dell'attività dell'impresa ovvero a strumenti quali part-time, riduzione orario di lavoro, flessibilità delle giornate lavorative, mobilità”;

II) come già affermato da questa Sezione con sentenza n.2848/2011 "Il mantenimento dei livelli occupazionali in atto, con l'assunzione di tutti i dipendenti in servizio presuppone dunque, come suo primo e fondamentale presupposto, che l'impresa subentrante impieghi nel servizio un organico pari o superiore a quello dell'impresa uscente. La giurisprudenza ha del resto chiarito (cfr. CdS, V, n. 3850/2009) che "la c.d. clausola sociale va interpretata nel senso che l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante";

III) come correttamente affermato dalla resistente amministrazione, il mero richiamo dell'art.4, non implica, pertanto, in alcun modo che la ripartizione del personale utilizzato per l'espletamento del servizio proposta dalle offerte delle imprese che partecipano alla nuova gara debba essere identica a quella della impresa uscente;

IV) nè un tale vincolo può essere desunto dalla lex specialis in quanto l'unico limite inderogabile esplicitamente previsto da quest'ultima è rappresentato dal monte ore complessivo, mentre per quanto riguarda la ripartizione del personale tra le varie qualifiche le imprese offerenti non erano in alcun modo vincolate, come si evince chiaramente dall'art.7 del Disciplinare di gara e dalla scheda A utilizzata dalle concorrenti per formulare l'offerta nella quale non è prevista una soglia minima nè per il numero di dipendenti di ciascuna categoria nè per il monte ore riferibile alle stesse.

V) da ultimo non può non essere sottolineato che se la disposizione di cui

all'art. 4 dovesse essere interpretata nel senso proposto dalla odierna istante, come correttamente affermato in un precedente del Tar Puglia, Lecce, n.1826/2006, "la stessa sarebbe irrimediabilmente confliggente sia con i principi del diritto comunitario (desumibili, in particolare, dalla sentenza della Corte di Giustizia CE 27.11.2001, n. 285, conosciuta come sentenza "Lombardini"), sia con il principio di libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., in quanto essa imporrebbe sostanzialmente all'appaltatore subentrante di adottare l'organizzazione imprenditoriale del gestore uscente, il che è contrario alla logica stessa dell'attività di impresa. Viceversa, il principio generale è che l'appaltatore deve garantire l'esecuzione a regola d'arte dell'appalto avvalendosi della propria organizzazione imprenditoriale, la quale è strutturata secondo le strategie che ciascun imprenditore ritiene più adeguate. Ciò naturalmente non significa che al gestore subentrante è consentito di tenere in non cale eventuali obblighi sanciti dalla legge o dai contratti collettivi, ma solo che l'osservanza di tali obblighi non può conculcare in assoluto la libertà dell'imprenditore di predisporre un progetto tecnico diverso rispetto a quello posto in essere dal gestore precedente".

Per quanto concerne, infine, la proposta azione risarcitoria la stessa deve essere rigettata stante che in nessun caso, alla luce delle argomentazioni di cui sopra, la società ricorrente poteva aggiudicarsi l'appalto de quo.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 5442 del 2011, come in epigrafe proposto, in parte rigetta e in parte dichiara inammissibile la proposta azione impugnatoria, e rigetta l'azione risarcitoria.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere

Giuseppe Sapone, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/12/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)