

N. 04017/2014REG.PROV.COLL.
N. 06418/2013 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6418 del 2013, proposto da:
Pulitori ed Affini S.p.A. in proprio e nella qualità di capogruppo
mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Miorelli
Service S.p.A. e da Miorelli Service in proprio e nella qualità di
mandante del suddetto raggruppamento, entrambe rappresentate e
difese dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, presso il cui studio
sono elettivamente domiciliate in Roma, via Antonio Bertoloni, n.
26/B;

contro

“S. Spirito - Fondazione Montel” - Azienda pubblica di servizi alla
persona - in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata
e difesa dagli avvocati Daria De Pretis e Roberta De Pretis, con
domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gabriele Pafundi in
Roma, viale Giulio Cesare, n. 14a/4;

nei confronti di

Pulinet Servizi s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Tita, Alessandra Carlin e Francesco Vannicelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Francesco Vannicelli in Roma, via Varrone, n. 9;

Azienda pubblica di servizi alla persona "San Valentino" - Città di Levico Terme;

Azienda pubblica di servizi alla persona "San Giuseppe" di Roncegno;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. della Provincia di Trento n. 275/2013, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di pulizie ambientali e smaltimento rifiuti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di "S. Spirito - Fondazione Montel" - Azienda pubblica di servizi alla persona e di Pulinet Servizi s.r.l.;

Visto l'appello incidentale di Pulinet Servizi s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1° aprile 2014 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti gli avvocati Massimiliano Brugnoletti, Gabriele Pafundi su delega di Roberta De Petris e Francesco Vannicelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- L'Azienda pubblica di servizi alla persona "S. Spirito - Fondazione Montel" (di seguito Fondazione Montel) indiceva una gara per l'affidamento del servizio di pulizie ambientali e smaltimento rifiuti da eseguirsi presso le proprie strutture e in quelle delle aziende pubbliche di servizi alla persona "San Valentino" della Città di Levico Terme e "San Giuseppe" di Roncegno.

Il valore complessivo dell'appalto della durata quinquennale era fissato in euro 2.812.500,00 oltre i.v.a.; il criterio di aggiudicazione previsto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in base ai criteri indicati nel capitolato d'oneri e nell'invito a presentare offerte o a negoziare, con attribuzione di punti 60 all'offerta tecnica e 40 all'offerta economica.

L'art. 7 del capitolato speciale d'appalto (rubricato "modalità e frequenza del servizio") descriveva le attività da eseguirsi a cura dell'impresa aggiudicataria, tra l'altro e, per quanto qui di interesse, distingueva tra le pulizie ordinarie e quelle straordinarie, prevedendo due tipologie di servizi di pulizia:

le pulizie ordinarie, con indicazione delle relative attività da eseguirsi con frequenza giornaliera;

le pulizie straordinarie, indicando le attività da eseguirsi rispettivamente con frequenza bimestrale, semestrale ed annuale.

Con riferimento a dette due categorie di servizi, l'art. 6 del capitolato stabiliva, per le sole pulizie ordinarie, un numero minimo di ore all'anno (32.100) che i concorrenti dovevano tenere in conto nella

formulazione dell'offerta; nulla invece si disponeva in relazione alle ore da dedicare alle attività di pulizie straordinarie.

Per l'espletamento del servizio di pulizia straordinaria, quindi, non essendo fissato alcun monte ore minimo, le ore destinate a tale servizio si sarebbero ricavate sottraendo dalle ore di lavoro complessive da dichiarare nell'offerta economica quelle destinate ai servizi di pulizia ordinaria e di smaltimento rifiuti dichiarate nell'offerta tecnica.

La *lex* di gara, nell'ambito della valutazione dell'offerta tecnica, riservava 23 punti al *“Monte ore annuo destinato ai soli servizi ordinari (pulizia ordinaria e servizio di smaltimento rifiuti) suddiviso per ogni singola A.P.S.P., precisando, che il Monte ore non dovrà essere inferiore a quello minimo indicato dall'art. 6 del Capitolato...”*; non era, invece, oggetto di valutazione tecnica il monte ore per il servizio di pulizia straordinaria.

Con riguardo all'offerta economica, la stazione appaltante avvertiva i concorrenti che la stessa doveva essere formulata *“...preferibilmente mediante la compilazione del documento denominato Modulo offerta economica” e che i concorrenti avrebbero dovuto indicare, oltre alla percentuale di ribasso, anche la composizione del prezzo, con indicazione: i) del numero complessivo del personale addetto ai servizi oggetto della gara; ii) del relativo costo orario; iii) del monte – ore complessivo annuo”*.

2.- Alla gara partecipavano otto concorrenti, delle quali solo tre venivano ammesse alla valutazione tecnica.

La graduatoria finale risultava la seguente:

r.t.i. Italcappa – Issitalia A. Barbato con punti 89,275, di cui 50,621

per l'offerta tecnica e 27,048 per l'offerta economica;

r.t.i. Pulitori e Affini – Miorelli con punti 88,736, di cui 60 per l'offerta tecnica e 27,408 per l'offerta economica;

Pulinet Servizi s.r.l. con punti 87,408, di cui 48,736 per l'offerta tecnica e 40,00 per l'offerta economica.

In sede di verifica dell'anomalia, dopo aver valutato anomala l'offerta Italcappa per l'omessa previsione di ore da destinare alle pulizie straordinarie, venivano esaminate le giustificazioni del raggruppamento Pulitori e Affini S.p.A. – Miorelli Service S.p.A. che aveva offerto quale monte – orario annuale per le pulizie ordinarie 35.946,60 ore (3.846,60 in più rispetto al monte – ore minimo di 32.100 ore).

La commissione chiedeva ulteriori elementi con riferimento alle ore di lavoro destinato all'espletamento del servizio di pulizia straordinaria, ma anche le giustificazioni integrative non consentivano alla commissione medesima di valutare congrua l'offerta, che veniva, quindi esclusa perché anormalmente bassa e la gara veniva aggiudicata alla società Pulinet.

3.- I provvedimenti venivano impugnati dal raggruppamento Pulitori ed Affini con ricorso al TRGA di Trento, nel cui giudizio spiegava ricorso incidentale Pulinet Servizi s.r.l.

4.- Il TRGA di Trento, con la sentenza n. 275 del 25 luglio 2013, rigettava il ricorso incidentale ed il ricorso principale.

5.- Il Raggruppamento Pulitori ed Affini con il ricorso in appello qui in esame ha chiesto la riforma della sentenza del TAR, perché erronea

per i seguenti motivi:

a) *error in procedendo*, perché la sentenza impugnata avrebbe integrato la motivazione del giudizio di anomalia e avrebbe invaso il campo valutativo riservato all'amministrazione appaltante;

b) *error in iudicando*, per violazione degli articoli 86, 87 e 88 del d. lgs. n. 163 del 2006 e del principio di tassatività delle cause di esclusione, in relazione alla valutazione di incongruità dell'offerta per palese insufficienza delle ore per il servizio di pulizia straordinaria e dell'affermata infungibilità tra prestazioni ordinaria e prestazioni di pulizia straordinaria;

c) *error in procedendo*; violazione degli articoli 7 e 9 c.p.a. e 112 c.p.c.; violazione dell'art. 40 c.p.a. per ultrapetizione ed *error in iudicando*, per violazione degli articoli 86, 87 e 88 del d. lgs. n. 163 del 2006, in relazione al fatto che il giudizio di anomalia sarebbe stato espresso con riguardo ad una voce marginale dell'offerta qual era nella *ratio* del bando di gara quella relativa alle pulizie straordinarie;

d) violazione dell'art. 88 del d. lgs. n. 163 del 2006 e degli articoli 284 e 121 del d.p.r. n. 207 del 2010, in relazione all'asserita illegittima composizione della commissione per la verifica dell'anomalia.

6.- Resistevano l'Azienda pubblica di servizi alla persona "S.Spirito – Fondazione Montel" e la controinteressata Pulinet Servizi s.r.l. che spiegava appello incidentale, con il quale gravava la sentenza impugnata nella parte in cui aveva respinto il ricorso incidentale dalla stessa proposto di cui riproponeva i motivi:

a) *error in iudicando* per mancata esclusione dalla gara dell'appellante

principale per non aver indicato nell'offerta economica l'importo relativo agli oneri per la sicurezza da "rischio specifico";

b) *error in iudicando*, perché sarebbe insufficiente anche il costo della sicurezza ed evidenzierebbe un altro aspetto rilevante dell'anomalia dell'offerta dell'appellante principale;

c) *error in iudicando*, perché le ore di pulizia straordinaria costituirebbero al pari delle ore di pulizia ordinaria un elemento dell'offerta, sicché non avendo l'appellante principale indicato nell'offerta le ore di pulizia straordinaria, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara già per questa ragione.

7.- L'appellante principale eccepiva l'inammissibilità dell'appello incidentale di Pulinet per tardività e carenza di notifica, avvenuta esclusivamente a mezzo PEC, mentre tale sistema previsto dalla legge n. 53 del 1994 non sarebbe ancora efficace, essendo subordinato, ai sensi dell'art. 16 *quater* della legge n. 228 del 2012, alla adozione di un decreto attuativo, non ancora emanato e nel merito contestava le censure, concludendo per l'inammissibilità o il rigetto dell'appello incidentale.

8.- Le parti depositavano memorie difensive e di replica e, alla pubblica udienza del 1° aprile 2014, il giudizio è stato assunto in decisione.

9.- L'appello principale è infondato e va respinto, sicché si può prescindere dall'esame dell'appello incidentale, atteso che non avendo natura escludente, non si impone l'esame prioritario e delle eccezioni di inammissibilità dell'appello incidentale sollevate dall'appellante

principale.

9.1- Con il primo motivo, l'appellante principale assume che il giudice di prime cure avrebbe sconfinato la propria giurisdizione, invadendo il merito delle valutazioni della stazione appaltante, laddove ha affermato l'infungibilità tra le attività di pulizia ordinaria e straordinaria.

L'assunto è infondato, atteso che la sentenza impugnata si è limitata a pronunciarsi su specifici rilievi della ricorrente, circa la valutazione della commissione di gara sulla infungibilità delle ore di pulizie ordinarie e straordinarie, senza alcuna invasione della sfera di merito della commissione di valutazione dell'anomalia.

In effetti è stata la commissione a rilevare che le prestazioni di pulizia ordinaria e straordinaria non sono in alcun modo fungibili tra loro, non solo per la differente intensità degli interventi richiesti e per la diversa frequenza imposta, ma anche per le modalità, i contenuti e la tipologia delle operazioni di pulizia.

Invero, secondo il disposto dell'art. 7 del Capitolato speciale d'appalto, le pulizie ordinarie, aventi "carattere continuativo e routinario", comprendono quelle attività quotidiane quali le attività di ricambio d'aria mediante apertura delle finestre, deragnatura, vuotatura e pulizia dei posacenere e dei cestini porta rifiuti, asportazione mediante panni imbevuti con apposito detergente di tutte le tracce di sporco e impronte da tutte le pareti lavabili comprese vetrate, infissi e porte, nonché da tutti gli arredi ed ausili presenti, spolveratura ad umido di qualsiasi superficie soggetta a deposito di

polvere, pulizia dei sanitari e delle superfici lavabili, scopatura ad umido dei pavimenti.

Le pulizie straordinarie, articolate in pulizie bimestrali, semestrali e annuali, consistono, invece, in interventi di pulizia a fondo, con eventuale spostamento degli arredi, pulizie dei corpi illuminanti, dei vetri interni ed esterni, lavaggio a fondo e disinfezione di tutte le pareti piastrellate o tinteggiate con smalti lavabili, pulizia a fondo dei termosifoni, di porte, stipiti, maniglie, pulizia a fondo di tutti i sanitari e disinfezione di corrimano, pulsanterie, interruttori, pavimenti e battiscopa, lavaggio a fondo e disinfezione di tutte le pavimentazioni; pulizie vetrate esterne a mezzo l'utilizzo di piattaforma aerea.

La differenza tra le pulizie ordinarie e straordinarie, qui elencate a titolo meramente esemplificativo, stralciandole dalla puntuale e dettagliata elencazione del capitolato, dimostra che non vi è esatta coincidenza tra attività di pulizia ordinaria e straordinaria e che esse, invece, divergono significativamente, anche in considerazione dell'intensità dell'intervento richiesto, delle modalità e frequenza delle relative prestazioni e per l'oggetto dell'intervento.

9.2- Secondo il raggruppamento appellante il giudizio di anomalia espresso dalla commissione sarebbe stato motivato esclusivamente con la modifica dell'offerta in sede di giustificazioni e non, come si assumerebbe nella sentenza impugnata, con l'insufficienza del monte ore offerto per la pulizia straordinaria (201 ore).

L'assunto è infondato, atteso che la commissione ha richiesto espressamente chiarimenti sul "*monte ore di lavoro annuo complessivo*

dichiarato nell'offerta economica...e nello specifico per quanto riguarda le ore di lavoro per l'espletamento del servizio di pulizia straordinaria..”.

Dopo che il raggruppamento ha giustificato l'esiguità delle ore offerte per la pulizia straordinaria affermando che esse sarebbero state compensate dall'incremento delle ore offerte per la pulizia ordinaria, la commissione rilevava che *“Tale giustificazione non consente di superare la presunzione di anomalia, in quanto.. .sulla base dell'andamento storico del numero delle ore dedicato per l'espletamento del servizio di pulizia straordinaria e della complessità logistica delle tre A.P.S.P., il numero delle ore previste (201,30 ore annue complessive) non è sufficiente a garantire il corretto e puntuale rispetto delle prestazioni previste dall'art. 7 punto 2 del Capitolato Speciale di Appalto”.*

Non è quindi, contestabile che la commissione abbia giudicato anomala l'offerta in questione, principalmente, sulla insufficienza del monte ore offerto per la pulizia straordinaria e poi sulla mancanza di congrua motivazione.

9.3- Assume l'appellante principale che la sentenza avrebbe erroneamente fatto proprio il rilievo espresso dalla commissione di gara, per cui il raggruppamento Pulitori ed Affini non avrebbe conseguito lo stesso punteggio se avesse trasfuso le prestazioni ordinarie in quelle straordinarie.

L'assunto è smentito dalle modalità di aggiudicazione della gara.

Il bando prevedeva, infatti, l'attribuzione di 60 punti all'offerta tecnica e di 40 punti a quella economica.

L'offerta tecnica era articolata in tre componenti: A) “sistema organizzativo di fornitura del servizio” (35 punti); B) “metodologie

tecnico operative” (20 punti); C) “strumenti, attrezzature e prodotti utilizzati (5 punti).

Il “sistema organizzativo di fornitura del servizio” era a sua volta scomposto in 4 subcriteri con relativi punteggi, tra i quali, “Monte ore annuo destinato ai soli servizi ordinari (pulizia ordinaria e smaltimento rifiuti) suddiviso per ogni singola struttura”.

Il punteggio per tale sub criterio sarebbe stato assegnato in relazione al maggior monte ore complessivo annuo rispetto a quello minimo previsto dal capitolato speciale di appalto, con un massimo di 23 punti.

Il paragrafo 7.2 del disciplinare di gara, in ordine all’offerta economica, richiedeva ai concorrenti di esprimere una percentuale di ribasso sull’importo complessivo, quindi sia sulle pulizie ordinarie che straordinarie, oltre che per il servizio di smaltimento dei rifiuti a base d’appalto annuo, nonché la composizione del prezzo con riferimento al numero degli addetti impiegati, alle ore di lavoro e ai costi per i macchinari, attrezzature e prodotti.

Atteso, dunque, che l’incremento del monte ore indicato per le pulizie ordinarie costituiva uno degli elementi dell’offerta tecnica per il quale era previsto uno specifico punteggio, mentre le ore straordinarie rientravano nell’offerta economica, è evidente che elevando il numero delle prime ed abbattendo quello delle seconde l’offerta avrebbe ottenuto un punteggio particolarmente elevato, come è avvenuto, infatti, per l’offerta dell’appellante.

Il punteggio sarebbe stato completamente diverso se una quota delle

pulizie ordinarie fosse stata qualificata già nell'offerta come ore di pulizia straordinaria.

9.4- Assume l'appellante che erroneamente la stazione appaltante e la sentenza impugnata avrebbero affermato che l'appellante in sede di sub – procedimento di anomalia, avrebbe modificato la propria offerta, articolando una proposta alternativa e che tale erronea valutazione si baserebbe sull'equivoco di ritenere che le ore da dedicare alla pulizia straordinaria fossero oggetto di offerta, mentre non lo sarebbero state.

Contrariamente a quanto assume l'appellante principale, le ore di pulizia straordinaria erano oggetto di offerta, segnatamente di quella economica, anche se non considerate nella valutazione dell'offerta tecnica.

La scelta discrezionale dell'amministrazione di non prevedere un monte ore minimo per la pulizia straordinaria (a differenza che per il servizio di pulizia ordinaria) è dovuta – come spiega l'amministrazione negli scritti difensivi – al fatto che in questo tipo di pulizia l'apporto della tecnologia può determinare notevoli differenze nell'impiego della forza lavoro e nei relativi tempi, sicché si sarebbe ritenuto opportuno non fissare a priori un monte ore minimo, che avrebbe vincolato le imprese nella loro organizzazione.

La mancata previsione di un monte ore minimo per lo specifico servizio della pulizia straordinaria non può, quindi, tradursi nell'irrilevanza nell'ambito della gara delle ore offerte, che invece devono essere sufficienti per soddisfare le specifiche esigenze

dell'amministrazione, che come già detto, sono espressamente individuate nel bando attraverso la dettagliata descrizione delle attività di pulizia straordinaria.

9.5- Invero, consapevole dell'insufficienza del monte ore offerto per le pulizie straordinarie, in sede di giustificazioni, l'appellante ha precisato che l'offerta avrebbe comunque avuto sufficiente capienza per destinare altre ore (fino a 958) alla pulizia straordinaria, grazie alla sovrastima del costo del lavoro effettuata.

Così facendo ha modificato in termini sostanziali la sua offerta economica, come correttamente rilevato dalla commissione per la valutazione dell'anomalia.

E' incontestabile, quindi, che le giustificazioni rese dalle appellanti con le quali hanno rimodulato sia gli orari che i costi della manodopera indicati nell'offerta economica per i servizi richiesti, comportano un'inaccettabile modifica dell'offerta stessa.

Non v'è dubbio poi sul carattere alternativo delle giustificazioni proposte in seconda battuta, rispetto a quelle iniziali, sulla pretesa compensazione tra pulizia ordinaria e pulizia straordinaria, atteso che, come rileva la stessa commissione, è lo stesso raggruppamento Pulitori e Affini che subordina le proposte modificative di orario e costo di lavoro al caso in cui la commissione non aderisse alla tesi sulla compensazione.

In conclusione, condividendo *in toto* il percorso motivazionale del giudice di primo grado, deve rilevarsi che le giustificazioni rese dal r.t.i. Pulitori e Affini non si limitano ad aggiustare l'offerta ma la

modificano sostanzialmente, atteso che alterano insieme all'organizzazione interna del servizio, il monte ore complessivo dichiarato nell'offerta che passa da 36.147,90 ore a 37.105,92 e il costo orario della manodopera che viene ridotto per consentire il reperimento delle 958 ore da aggiungere alla pulizia straordinaria, così incidendo sulle voci dichiarate in offerta che devono rimanere immutate in sede di giustificazioni (cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2012, n. 636; 23 luglio 2012, n. 4206).

9.6- L'appellante ripropone da ultimo la censura respinta nella sentenza impugnata sulla illegittima composizione della commissione di gara.

Come correttamente evidenziato nella sentenza appellata, la formazione della commissione non può costituire motivo di ricorso se non è direttamente connessa al *vulnus* lamentato dal ricorrente, che nel caso non risulta nemmeno prospettato ma meramente presunto.

Peraltro, il principio secondo cui le commissioni di valutazione devono essere composte da un numero dispari di componenti, non è applicabile al caso delle commissioni di verifica delle offerte anomale, attesa la mancanza di un'espressa previsione in tal senso da parte del codice dei contratti, diversamente da quanto dispone in materia di commissione giudicatrice.

10.- Per quanto sin qui esposto, l'appello principale deve essere respinto, compresa la domanda risarcitoria di cui mancano i presupposti e le condizioni dell'azione, con conseguente improcedibilità dell'appello incidentale.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/07/2014

IL SEGRETARIO

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