

Pubblicato il 23/02/2021

N. 01576/2021REG.PROV.COLL.
N. 05625/2020 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5625 del 2020, proposto da Bourelly Health Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso la segreteria della Terza Sezione del Consiglio di Stato in Roma, p.zza Capo di Ferro 13;

contro

Azienda Ospedaliera Universitaria (Aou) Federico II di Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alfredo Massarelli, con domicilio eletto presso lo studio Ernesto Carpio in Roma, via G. Ferrari 2;

nei confronti

Società Scarpato Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Como, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via G. Antonelli 49;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania – Napoli, Sezione Seconda, n. 2403/2020 del 15 giugno 2020, resa tra le parti, concernente gli esiti della procedura di affidamento del servizio di rimozione, trasporto e custodia dei veicoli a motore indetta dall’Azienda Ospedaliera Universitaria “Federico II” di Napoli.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda Ospedaliera Universitaria (AOU) Federico II di Napoli e della Società Scarpato Service S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Viste le note di udienza depositate il 17 febbraio 2021 dalla parte appellante;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 febbraio 2021, tenuta in modalità telematica, il Cons. Giovanni Pescatore;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La ricorrente Bourelly Health Service S.r.l. è risultata seconda classificata (con un punteggio pari a 79,69) nella procedura di gara indetta dall’Azienda Ospedaliera Universitaria “Federico II” di Napoli per l’affidamento del servizio di rimozione, trasporto e custodia dei veicoli a motore.

2. Nel primo grado di giudizio, detta ricorrente ha impugnato l’aggiudicazione disposta in favore della Scarpato Service s.r.l., classificatasi prima con un punteggio pari a 89,06, contestandone sia l’ammissione alla procedura di gara, sia l’errata valutazione dell’offerta tecnica.

3. Il ricorso è stato respinto con la qui impugnata pronuncia n. 2403/2020.

4. Per resistere alle doglianze avanzate nella presente sede di appello si sono costituite l’AOU Federico II e la Scarpato Service s.r.l..

5. A seguito della reiezione dell’istanza cautelare (ord. 5098/2020), la causa è stata posta in decisione all’udienza pubblica del 18 febbraio 2021.

DIRITTO

1. L'appellante ripropone, a mezzo del primo e del secondo motivo di appello, le doglianze già avanzate nel secondo motivo del ricorso introduttivo, con riguardo al punteggio attribuito all'offerta della Scarpato in relazione al parametro 18.1.1c.

Detto parametro premia l'offerta di un "*numero maggiore di giornate di servizio aggiuntive (mensili)*" rispetto a quelle obbligatorie contemplate nel servizio minimo richiesto dall'art. 3.1 del disciplinare ("*.. dalle ore 8:00 alle ore 14:00, dal lunedì al venerdì sabato e festivi esclusi*").

Da parte ricorrente si sostiene che il punteggio di 35 su 35 attribuito ad entrambe le concorrenti non renderebbe giustizia del fatto che le due proposte non sono equivalenti, in quanto Scarpato ha offerto il servizio aggiuntivo solo nelle giornate di sabato, mentre la ricorrente lo ha offerto per tutti i giorni feriali del mese (dal lunedì al sabato).

Nel primo caso si avrebbe, dunque, un mero prolungamento del servizio sino alla giornata del sabato, con l'impiego di un carro e di un autista, così come previsto negli altri giorni feriali; nel secondo caso si avrebbe l'offerta di un ulteriore carro con autista destinato ad essere impiegato in tutte le giornate feriali di servizio (dal lunedì al sabato), così da ottenere 2 carri contemporaneamente operativi *pro die* (1 previsto nel disciplinare e 1 previsto nell'offerta migliorativa).

Ove diversamente interpretata e applicata, la disposizione del disciplinare risulterebbe illegittima, in quanto finirebbe per equiparare ai fini del punteggio due operatori che offrano un numero di giornate diverse a titolo di servizio aggiuntivo (la Bourelly ne ha offerte 30, la controinteressata 4).

1.1. Va osservato, preliminarmente, che mentre in questa sede, come già esposto, la ricorrente sostiene di aver offerto in via aggiuntiva un secondo carro attrezzato con altro autista per tutti i giorni feriali del mese; viceversa, nel primo grado essa aveva sostenuto di aver formulato tale offerta migliorativa per i soli giorni del sabato e della domenica (a pag. 6 del ricorso di primo

grado si legge: *“dalla lettura dell'offerta tecnica della controinteressata si evince che la Scarpato Service ha offerto tale servizio aggiuntivo limitatamente ai soli sabati del mese (circa 4 giornate) con la conseguenza che il servizio aggiuntivo è offerto per un totale di 27 giorni al mese. Diversamente, la ricorrente BHS ha offerto il servizio aggiuntivo (ulteriore carro con autista) sia per il Sabato che per la Domenica per n. 30 giorni al mese”*).

1.2. Esattamente sulla censura come da ultimo riportata si è pronunciato il giudice di primo grado, osservando che *“..la ricorrente non risulta aver affatto offerto il servizio aggiuntivo anche per le domeniche, come invece si sostiene nel secondo motivo di ricorso, avendo limitato la sua offerta ai soli giorni feriali?”*. Dunque, espunti i giorni festivi, *“la controinteressata ha offerto analogo servizio aggiuntivo per le giornate di sabato”*, donde la ritenuta equivalenza delle due offerte in quanto entrambe recanti il servizio aggiuntivo per i soli sabati del mese.

1.3. La conclusione accolta in sentenza è condivisibile.

L'offerta della Scarpato Service prevede *“l'espletamento del servizio con carro attrezzi aggiuntivo, rispetto a quanto previsto dai requisiti minimi del capitolato e relativo personale abilitato (autista), senza ulteriori oneri per l'AOU Federico II, anche in tutti i sabato dell'anno”* (v. offerta tecnica Scarpato Service, pag. 2).

Nell'offerta della ricorrente si legge che *“La Bourelly metterà a disposizione un ulteriore carro attrezzi aggiuntivo, rispetto a quanto previsto dai requisiti minimi di capitolato e relativo personale (autista), senza ulteriori oneri l'A.O.U. Federico II, per tutti i giorni feriali del mese da concordare con il RUP”* (v. offerta tecnica Bourelly, pag. 17).

Da queste previsioni il Tar ha desunto che - poiché i giorni feriali sono tutti i giorni dell'anno ad eccezione delle domeniche e delle festività - la Bourelly ha offerto analogamente alla Scarpato il servizio aggiuntivo per i soli sabati del mese.

Questo è il passaggio motivazionale decisivo, che la ricorrente non riesce efficacemente a confutare.

1.4. La diversa e inedita deduzione secondo cui l'offerta in via aggiuntiva di un secondo carro attrezzi con altro autista riguarderebbe tutti i giorni feriali

del mese (dunque anche i giorni feriali da lunedì al venerdì, così da incrementare a due i carri operativi *pro die*) è nuova e inammissibile ex art. 104 c.p.a..

Come esposto, l'illustrazione contenuta nel ricorso di primo grado (pag. 6) rende evidenza del fatto che le due offerte si differenziano unicamente per la proposta (avanzata solo da Bourelly) di estensione del servizio anche alla domenica, donde il differenziale tra i 27 giorni complessivi offerti da Scarpato e i 30 giorni complessivi offerti dalla odierna ricorrente. Eloquente, in tal senso, è il già richiamato passaggio di cui alla pagina 6 del ricorso di primo grado ove si legge: *“dalla lettura dell'offerta tecnica della controinteressata si evince che la Scarpato Service ha offerto tale servizio aggiuntivo limitatamente ai soli sabati del mese (circa 4 giornate) con la conseguenza che il servizio aggiuntivo è offerto per un totale di 27 giorni al mese. Diversamente, la ricorrente BHS ha offerto il servizio aggiuntivo (ulteriore carro con autista) sia per il Sabato che per la Domenica per n. 30 giorni al mese”*.

1.5. La stessa deduzione, comunque, è anche infondata nel merito, in quanto il parametro in questione (18.1.1c) premia le *“giornate di servizio aggiuntive (mensili)”*, quindi esso incentiva non già l'incremento quantitativo del servizio nelle giornate feriali dal lunedì al venerdì, ma la prosecuzione del servizio nelle giornate feriali non comprese nel servizio minimo (quindi il sabato). Dunque, l'interpretazione che la stazione appaltante ha reso delle due offerte è l'unica compatibile con il chiaro disposto della legge di gara e con l'esigenza in essa trasfusa.

1.6. Per quanto esposto, il motivo è da ritenersi conclusivamente infondato.

2. Con il terzo motivo di appello la Bourelly ripropone il primo motivo del ricorso introduttivo e, quindi, la tesi per cui la stazione appaltante avrebbe illegittimamente aggiudicato l'appalto mentre la verifica dei requisiti generali e speciali era ancora in corso.

2.1. Il primo giudice ha respinto il motivo, facendo richiamo all'art. 23 del disciplinare per effetto del quale *“l'aggiudicazione diventa efficace, ai sensi dell'art. 32, comma 7 del Codice, all'esito positivo della verifica del possesso dei requisiti prescritti.*

In caso di esito negativo delle verifiche, la stazione appaltante procederà alla revoca dell'aggiudicazione". Ne viene, secondo il ragionamento illustrato in sentenza, che la verifica dei requisiti può essere ultimata anche dopo l'aggiudicazione. Pertanto, il fatto che l'efficacia dell'aggiudicazione soggiaccia alla condizione sospensiva del positivo esito di dette attività, non costituisce motivo di illegittimità dell'azione amministrativa.

2.2. La ricorrente segnala la contraddittorietà di questa soluzione rispetto al dettato dell'art. 23 del disciplinare, nella parte in cui dispone che *"la stazione appaltante, previa verifica ed approvazione della proposta di aggiudicazione ai sensi degli artt. 32, comma 5 e 33, comma 1 del Codice, aggiudica l'appalto"*.

2.3. Il motivo è infondato.

Come correttamente evidenziato dal primo giudice, l'art. 23 distingue l'approvazione della proposta di aggiudicazione (alla quale fa riferimento il passaggio richiamato dalla parte appellante) dall'aggiudicazione vera e propria, i cui effetti possono essere sospensivamente condizionati al buon esito della verifica del possesso dei requisiti prescritti. Di seguito alla previsione richiamata dalla parte appellante, l'art. 23 dispone, infatti, che *"l'aggiudicazione diventa efficace, ai sensi dell'art. 32, comma 7 del Codice, all'esito positivo della verifica del possesso dei requisiti prescritti"*.

Dunque, non è affatto corretto sostenere che la stazione appaltante era tenuta ad effettuare tutti i controlli e le verifiche disposte dalla normativa di settore prima di aggiudicare il servizio; ed il passaggio dell'art. 23 richiamato in tal senso dall'appellante è inconferente ai fini che qui rilevano, perché riferito ad un diverso momento procedimentale (l'approvazione della proposta di aggiudicazione).

2.4. Nel contesto del medesimo motivo qui in esame (pag. 28) la ricorrente osserva che Scarpato avrebbe omesso di riportare nel DGUE un errore/illecito professionale riferito ad una precedente commessa (l'affidamento del servizio di rimozione in favore della società ASIA S.p.A. del Comune di Napoli).

Le parti resistenti hanno eccepito l'inammissibilità del rilievo, in quanto del tutto inedito rispetto alle censure svolte nel primo grado di giudizio.

L'eccezione di inammissibilità è fondata (secondo quanto già evidenziato in fase cautelare), come comprovato dalla stessa rettifica introdotta da parte ricorrente nella memoria del 28 dicembre 2020 (pag. 2), ove la stessa dichiara di non aver *“mai avuto intenzione di introdurre nova nel presente giudizio di appello”*.

3. Con il quarto motivo di appello la ricorrente torna a ribadire quanto già sostenuto con il terzo motivo del ricorso introduttivo ovvero che *“l'offerta economica proposta è anomala ed insostenibile poiché presenta dei costi palesemente bassi e non sostenibili”*; la ricorrente aggiunge che l'espressa dichiarazione della Scarpato di avvalersi anche di propri dipendenti risulterebbe incompatibile con l'impegno all'osservanza della clausola sociale.

3.1. Nel senso della infondatezza del motivo vi è da rilevare, innanzitutto, che la ricorrente non segnala concreti elementi e/o circostanze comprovanti l'incongruità dell'offerta economica, ma si limita a manifestare stupore per il fatto che la controparte abbia indicato *“di disporre di condizioni eccezionalmente favorevoli”* in quanto *“agevolata operativamente”* sia dal fatto di disporre di una *“sede operativa .. nelle immediate vicinanze del Policlinico”*; sia dalla già riferita scelta di utilizzare *“.. dipendenti che hanno già svolto per altre significative stazioni appaltanti lo stesso servizio oggetto di gara”*.

3.2. La debolezza e la genericità del motivo sono ulteriormente confermate dal fatto che, di contro, la procedura di verifica della congruità dell'offerta è stata compiutamente eseguita dall'AOU attraverso un esame analitico dei costi complessivi della prestazione oggetto di affidamento (si vedano i giustificativi allegati da Scarpato), ai quali la ricorrente non contrappone rilievi dotati di analoga puntualità.

3.3. Per quanto concerne, poi, il rispetto della clausola sociale, si osserva che l'asserita sua radicale incompatibilità con l'impiego di personale già in forza della Scarpato non viene in alcun modo comprovata, non dimostrandosi affatto che l'una scelta sia integralmente inconciliabile con l'altra.

3.4. E' di rilievo considerare, poi, che l'operatore economico, nel rispetto dell'art. 24 del disciplinare di gara, ha di fatto assunto gli ex dipendenti della Bourelly per impiegarli con continuità nello svolgimento del servizio. Dunque, la deduzione non trova riscontro neppure nel concreto evolversi della commessa.

3.5. Resta inconfutato, infine, anche l'argomento, tratto da un costante indirizzo giurisprudenziale (*ex multis*, Cons. Stato, sez. III n. 4796/2020), secondo il quale la clausola sociale deve intendersi in senso non rigido, ma come strumento in grado di contemperarsi con la libertà di impresa e con la facoltà di organizzare il servizio in modo efficiente.

Dunque, anche un assorbimento parziale della manodopera in forza al gestore uscente non costituirebbe, in sé, automatica evidenza di una violazione delle regole di settore.

4. Per tutto quanto esposto, l'appello va respinto nella totalità dei rilievi con esso veicolati.

5. Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente a rifondere in favore delle due resistenti (amministrazione e controinteressata) le spese di lite che liquida in complessivi €. 2.500,00 (duemilacinquencento//00) per ciascuna di esse, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Pescatore

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO