

N. 05597/2015REG.PROV.COLL.

N. 04345/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 4345 del 2015, proposto da:

Servizi Associati Soc. Coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Arturo Cancrini e dall'Avv. Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Arturo Cancrini in Roma, via G. Mercalli, n. 13;

contro

Ente per la Gestione Accentrata dei Servizi Condivisi – EGAS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. Federico Rosati e dall'Avv. Stefano Coen, con domicilio eletto presso Stefano Coen in Roma, piazza Priscilla, n. 4;

nei confronti di

Coopservice S. Coop. p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Ermes Coffrini, dall'Avv. Massimo Colarizi e dall'Avv. Pierpaolo Salvatore Pugliano, con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Massimo Colarizi in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 87;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. FRIULI VENEZIA GIULIA - TRIESTE: SEZIONE I n. 00161/2015, concernente l'affidamento della gestione in *outsourcing* del servizio di logistica per le aziende del servizio sanitario regionale – risarcimento dei danni

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Ente per la Gestione Accentrata dei Servizi Condivisi – EGAS nonché di Coopservice S. Coop. p.a.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 ottobre 2015 il Cons. Massimiliano Noccelli e uditi per le parti l'Avv. Vagnucci, l'Avv. Rosati e l'Avv. Pugliano;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara spedito per la pubblicazione nella G.U.U.E. il 15.4.2013, l'Azienda Ospedaliero Universitaria S. Maria della Misericordia di Udine – Dipartimento Servizi Condivisi ha indetto una procedura di gara aperta per l'affidamento della gestione in *outsourcing* del servizio di logistica per le Aziende del Servizio Sanitario Regionale per la durata di 48 mesi, per un importo pari ad € 14.201.000,00.
2. Servizi Associati Soc. Coop. (qui di seguito, per brevità, Servizi Associati) ha preso parte alla gara, classificandosi al secondo posto della graduatoria.
3. Al primo posto, invece, si è classificata Coopservice Soc. Coop. p.a., alla quale l'appalto è stato definitivamente aggiudicato con determinazione dirigenziale del Dipartimento Servizi Condivisi n. 954/2014 del 4.12.2014.
4. Servizi Associati, odierna appellante, in seguito all'accesso agli atti ha impugnato tuttavia avanti al T.A.R. Friuli Venezia Giulia l'aggiudicazione, evidenziando, in particolare, che l'offerta della Coopservice avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per aver previsto l'applicazione, nei rapporti con i lavoratori adibiti all'esecuzione del servizio, di un contratto collettivo nazionale (di qui in avanti, sinteticamente, CCNL) non pertinente alle prestazioni dedotte in contratto.
5. Coopservice, più nello specifico, ha dichiarato di voler assumere i lavoratori con il CCNL, di carattere residuale, relativo al comparto generale Pulizie Servizi Integrati/Multiservizi, mentre la specificità delle prestazioni oggetto di gara e dedotte nello stesso schema di contratto, predisposto dalla stazione appaltante, avrebbe postulato, secondo Servizi Associati, l'applicazione del diverso e più oneroso CCNL Logistica, Trasporto Merci e Spedizioni.
6. Tale circostanza, ad avviso della ricorrente in prime cure nonché odierna appellante, avrebbe irrimediabilmente viziato la partecipazione di Coopservice alla gara, falsando il confronto concorrenziale a tutto detrimento della Servizi Associati, che invece avrebbe correttamente impostato la propria offerta sui valori del pertinente CCNL della logistica, e dall'altro avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante quanto meno ad attivare, ai sensi dell'art. 86, comma 3, del d. lgs. 163/2006, la verifica dell'anomalia nei confronti dell'offerta presentata da Coopservice, il cui utile, secondo l'appellante, sarebbe del tutto inidoneo a compensare il maggior costo derivante dal corretto inquadramento dei lavoratori con il CCNL Logistica, pari ad € 204.148,76.
7. La ricorrente ha perciò chiesto, in prime cure, l'annullamento dell'aggiudicazione, l'inefficacia del contratto e la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente.
8. Si sono costituite per resistere al ricorso nel primo grado di giudizio l'Amministrazione e Coopservice, quest'ultima articolando anche un motivo di ricorso incidentale escludente, relativo alla cauzione provvisoria presentata dalla ricorrente.
9. Con sentenza n. 161 del 27.3.2015 il T.A.R. Friuli Venezia Giulia ha respinto il ricorso principale e dichiarato improcedibile quello incidentale, ritenendo che la *lex specialis* non imponesse l'applicazione di uno specifico CCNL, come assumeva invece Servizi Associati, e che la documentazione prodotta da questa, comunque, non comprovava affatto l'incongruità economica dell'offerta presentata da Coopservice.
10. Avverso tale sentenza ha proposto appello Servizi Associati, assumendone l'erroneità, e ne ha chiesto, previa sospensione, la riforma.
- 10.1. Si sono costituite l'Amministrazione appellata e la controinteressata Coopservice, entrambe per richiedere la reiezione del gravame.
11. Con ordinanza n. 2724 del 18.6.2015 il Collegio ha sospeso l'esecutività della sentenza impugnata.
12. Infine nella pubblica udienza del 29.10.2015 il Collegio, uditi i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.
13. Ritiene il Collegio, in ciò rivedendo la sommaria deliberazione del *fumus boni iuris* effettuata in sede cautelare con l'ordinanza n. 2724 del 18.6.2015, che l'appello proposto da Servizi Associati sia infondato e debba respinto.
14. La tesi dell'appellante, ampiamente argomentata, con dovizia di rilievi critici e richiami giurisprudenziali (pp. 3-20 del ricorso), riposa sull'assunto che l'illegittima applicazione di un CCNL non corrispondente alle prestazioni oggetto

dell'appalto rende l'offerta economica formulata dall'attuale aggiudicataria, Coopservice, del tutto inammissibile e, conseguentemente, viziato l'operato della stazione appaltante che non ne ha disposto l'esclusione dalla gara.

14.1. Anche volendo prescindere dalla espressa previsione della *lex specialis* di gara, che avrebbe vincolato le imprese partecipanti alla gara all'applicazione di condizioni normative e retributive non inferiori a quelle previste dal CCNL del settore (art. 4, Norme per la partecipazione alla gara), l'Amministrazione aggiudicatrice, secondo l'appellante, avrebbe dovuto comunque necessariamente valutare la coerenza del CCNL applicato da Coopservice rispetto alla particolare tipologia e natura delle prestazioni dedotte in contratto.

14.2. L'appellante ne conclude, perciò, nel senso di una doverosa esclusione dell'offerta presentata da Coopservice (p. 20 del ricorso).

15. La tesi è infondata e deve essere respinta.

15.1. L'applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta dalla *lex specialis* alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione né la mancata applicazione di questo può essere *a priori* sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione, sicché deve negarsi in radice che l'applicazione di un determinato contratto collettivo anziché di un altro possa determinare, in sé, l'inammissibilità dell'offerta.

15.2. Questa Sezione ha peraltro di recente anche affermato che non possono non essere considerati, in sede di valutazione delle offerte, aspetti particolari che riguardano le diverse imprese, con la conseguenza che, ai fini di una valutazione sulla congruità dell'offerta, la stazione appaltante deve tenere conto anche delle possibili economie che le diverse singole imprese possono conseguire (anche con riferimento al costo del lavoro), nel rispetto delle disposizioni di legge e dei contratti collettivi (Cons. St., sez. III, 2.4.2015, n. 1743).

15.3. Un'offerta non può ritenersi anomala, ed essere esclusa da una gara, per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi, occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata (Cons. St., sez. III, 2.7.2015, n. 3329).

15.4. Posti questi principi dunque, se anche si volesse condividere la premessa dell'intero ragionamento, pur brillantemente svolto dall'appellante, secondo cui il CCNL più appropriato, rispetto all'oggetto dell'appalto, è quello di Logistica, Trasporto Merci e Spedizioni e non quello Pulizie Servizi Integrati/Multiservizi, adottato da Coopservice, e che l'applicazione di tale contratto sarebbe stato addirittura previsto ed imposto dalla *lex specialis*, non per questo se ne potrebbe condividere la conclusione che, per ciò solo, essa dovesse essere esclusa dalla gara.

15.5. Il motivo quindi, in questa sua parte (pp. 4-20), è destituito di fondamento in diritto.

16. Occorre ora esaminare il secondo, e più pregnante, motivo di appello (pp. 20-17 del ricorso), con il quale Servizi Associati lamenta che, in ogni caso, l'operato dell'Amministrazione risulterebbe gravemente viziato anche nella parte in cui non ha attivato il sub-procedimento di verifica dell'anomalia per accertare l'effettiva congruità dell'offerta presentata in gara da Coopservice, nonostante la conclamata sussistenza, nel caso di specie, di "specifici elementi", ai sensi dell'art. 86, comma 3, del d. lgs. 163/2006.

16.1. Secondo la tesi dell'appellante, in sintesi, l'ingiustificata ed irragionevole applicazione del CCNL Pulizie, Servizi integrati/Multiservizi in luogo del CCNL Logistica, Trasporto Merci e Spedizioni ha consentito a Coopservice di offrire un costo della manodopera notevolmente più basso non solo sotto il profilo retributivo, ma anche sotto l'aspetto contributivo/assistenziale/assicurativo, ponendosi, così, nella condizione di poter formulare un decisivo ribasso sull'importo a base di gara che le ha permesso di vedersi aggiudicato l'appalto, pur avendo ottenuto un punteggio sensibilmente più basso sotto il profilo tecnico/qualitativo (31,48 a fronte dei 40 conseguiti dall'odierna appellante), con palese vulnerazione del fisiologico dispiegarsi di un leale e genuino confronto concorrenziale tra le imprese.

16.2. L'indebita applicazione del CCNL Multiservizi in luogo di quello della Logistica, prendendo a base di calcolo la medesima metodologia utilizzata dall'aggiudicataria (tabella ministeriale costi del lavoro) – avrebbe dato luogo ad una rilevante sottostima dei costi che, nella migliore delle ipotesi, ammonterebbe ad € 204.148,76 per l'intera durata dell'appalto, erodendo per quasi due volte l'utile atteso, pari ad € 127.472,19, come si evincerebbe dalle tabelle riportate a pp. 22-23 del ricorso e dall'ulteriore dettagliato prospetto comparativo prodotto unitamente al ricorso.

16.3. Servizi Associati lamenta insomma che la stazione appaltante, nonostante tale vistosa incongruità dell'offerta, non l'avrebbe sottoposto alla verifica dell'anomalia, considerando che l'offerta presentata da Coopservice sarebbe addirittura in perdita, atteso che il maggior costo (€ 204.148,76) che l'aggiudicataria sarà costretta a sopportare per garantire ai lavoratori un trattamento conforme agli indici normativi di riferimento non è passibile di compensazione con l'importo atteso quale utile d'impresa (€ 127.472,19).

16.4. L'incidenza del contratto collettivo prescelto dal concorrente sulla congruità dell'offerta presentata, poi, è ancor maggiore alla luce della c.d. clausola sociale, prevista dalla *lex specialis*, considerato che gli addetti preposti alla gestione del servizio dall'appaltatore uscente risultano inquadrati nel CCNL Logistica, Trasporto Merci e Spedizioni, sicché l'applicazione del CCNL Pulizie/Multiservizi comporterebbe una significativa riduzione del trattamento retributivo e contributivo, con gravissima lesione proprio di quegli interessi che la stessa normativa è preordinata a salvaguardare.

17. Il motivo è anch'esso infondato.

17.1. La scelta dell'Amministrazione di attivare il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è ampiamente discrezionale e può essere sindacata, in conseguenza, davanti al giudice amministrativo solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto.

17.1. La giurisprudenza di questo Consiglio ha anche chiarito che le valutazioni sul punto devono essere compiute dall'Amministrazione in modo globale e sintetico, con riguardo alla serietà dell'offerta nel suo complesso e non con riferimento alle singole voci dell'offerta (fra le più recenti: Cons. St., sez. VI, 26.5.2015, n. 2662; Cons. St., sez. V, 6.5.2015, n. 2274).

17.2. Orbene, tutto ciò premesso, si deve rilevare che i dati riportati dall'appellante Servizi Associati sono stati ottenuti applicando un monte ore e qualifiche degli addetti al servizio che non trovano corrispondenza nell'offerta presentata dall'appellata Coopservice.

17.3. In altri termini, come ha osservato l'appellata nella propria memoria difensiva (pp. 17-18), l'appellante ha volontariamente posto a base dei propri calcoli una serie di presupposti che sono propri della sua offerta, ma non già di quella di Coopservice, poiché Servizi Associati ha dichiarato 3.332 ore/anno in più rispetto a Coopservice ed ha utilizzato dei livelli superiori a quelli sufficienti previsti per lo svolgimento del servizio.

17.4. La tabella riportata dall'appellata nella propria memoria difensiva (p. 18) dimostra che il costo annuo del personale dichiarato in sede di gara da Coopservice, pari ad € 1.528.021,49, risultante dall'applicazione dei livelli retributivi di cui CCNL Multiservizi, si presenta sostanzialmente equivalente all'importo di € 1.524.207,63, invece ricavabile dalla trasposizione, nell'offerta Coopservice, dei valori retributivi del diverso CCNL Logistica.

17.5. La differenza riscontrabile, dunque, è in realtà di poco superiore ad € 5.000,00/anno, una differenza del tutto trascurabile e che non intacca, nel complessivo giudizio che sarebbe proprio di una eventuale anomalia, la congruità dell'offerta e la remuneratività dell'utile d'impresa, anche volendo seguire la tesi dell'odierna appellante.

17.6. Ciò che dimostra, peraltro, che i livelli retributivi del personale da riassorbire, in ragione della clausola sociale, non sono affatto inferiori, nel complesso, a quelli previsti dal CCNL Logistica, senza dire che la clausola sociale non può imporre all'impresa subentrante di prescegliere un determinato contratto collettivo, potendo questa scegliere diverso contratto collettivo, applicabile all'oggetto dell'appalto, che salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo.

18. L'obiezione di Servizi Associati nella memoria di replica depositata il 17.10.2015, secondo cui il ricalcolo del costo del lavoro proposto da Coopservice nell'ultima parte della propria memoria sarebbe totalmente inconferente, sia perché non suffragato dal benché minimo riscontro nei dati dell'offerta di Coopservice, sia perché finisce per tradursi in una indebita simulazione della verifica di anomalia colpevolmente omessa dalla stazione appaltante e non surrogabile in corso di causa, non coglie nel segno.

18.1. L'appellante anzitutto non ha contestato la correttezza del calcolo, limitandosi ad eccepire che esso non troverebbe minimo riscontro nei dati dell'offerta presentata da Coopservice, ma il numero delle ore e dei lavoratori è proprio quello contenuto nell'offerta di Coopservice, alla quale la stessa Coopservice nella propria memoria ha applicato il CCNL invocato dall'appellante, sicché, una volta appurato che i dati di base sono solo quelli e proprio quelli di Coopservice, è incontestabile e, di fatto, incontestata la correttezza del calcolo, con il risultato che ne consegue.

18.2. Inoltre l'obiezione secondo cui tale calcolo si risolverebbe in una simulazione della verifica dell'anomalia prova troppo e si ritorce contro l'appellante, che pure l'ha invocata, producendo una perizia di parte, proprio lamentando che la verifica dell'anomalia non fosse stata compiuta dalla stazione appaltante, sicché essa non può pretendere, dopo averla invocata in sede giudiziale per dimostrare l'ingruietà dell'offerta, che la controparte non possa sviluppare una propria ipotetica valutazione della presunta anomalia a confutazione di quella avversaria.

18.3. Né giova all'appellante eccepire che i veri valori dell'offerta di Coopservice, quanto ai costi della manodopera, sarebbero quelli esaminati nella perizia di parte, a firma del dott. A.M. Bucossi, depositata in primo grado, poiché i costi sono stati calcolati sul numero di ore e sulle qualifiche impiegate da Servizi Associati, mentre ciò che rileva è il calcolo effettuato sulla base dei dati risultanti dall'offerta di Coopservice (cfr. doc. 3, p. 2, fasc. appellata Coopservice), alla quale la stessa Coopservice, nella sua memoria, ha applicato i costi del CCNL Logistica, al fine di dimostrare, del tutto

legittimamente e convincentemente, che la differenza, rispetto all'applicazione del CCNL Imprese di pulizia, è di appena € 5.000,00.

18.4. La tesi dell'appellante, dunque, è smentita in fatto, poiché di fronte a tale trascurabile differenza, che dimostra, anche alla prova dei fatti, l'irrelevanza del CCNL applicato dall'impresa aggiudicataria purché garantisca la congruità dell'offerta e il rispetto dei minimi salariali inderogabili per i lavoratori impiegati nelle mansioni richieste dalla natura e dall'oggetto dell'appalto («rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture», come recita l'art. 86, comma 3-bis, del d. lgs. 163/2006: v., sul punto, Cons. St., sez. III, 13.10.2015, n. 4699), la mancata attivazione del procedimento di anomalia, da parte della stazione appaltante, va immune da censura, rammentando il principio di diritto, sopra già richiamato, che la scelta dell'Amministrazione di attivare il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è ampiamente discrezionale e può essere sindacata, in conseguenza, davanti al giudice amministrativo solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto, qui non sussistenti.

18.5. Anche tale motivo, dunque, è destituito di fondamento e deve essere respinto.

19. In conclusione, per tutti i motivi esposti, l'appello deve essere respinto.

20. Le spese del presente grado di giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza dell'appellante nei confronti dell'Amministrazione, l'attuale Ente per la Gestione Accentrata dei Servizi Condivisi – EGAS, subentrato all'Azienda Ospedaliero Universitaria S. Maria della Misericordia di Udine, nonché dell'aggiudicataria Coopservice.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto da Servizi Associati Soc. Coop., lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna Servizi Associati Soc. Coop. a rifondere in favore dell'Ente per la Gestione Accentrata dei Servizi Condivisi – EGAS le spese del presente grado di giudizio, che liquida in € 3.000,00, oltre accessori come per legge.

Condanna Servizi Associati Soc. Coop. a rifondere in favore di Coopservice S. Coop. s.a. le spese del presente grado di giudizio, che liquida in € 3.000,00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Dante D'Alessio, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Alessandro Palanza, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 09/12/2015

IL SEGRETARIO

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