

Publicato il 20/05/2022

N. 06531/2022 REG.PROV.COLL.
N. 06787/2021 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6787 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Sico – Società Italiana Carbuoro Ossigeno S.p.A., Gas Air Innovation S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Clizia Calamita Di Tria, Giuseppe Roberto Falla, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Rieti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Rosa Sciatta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Air Liquide Sanità Service S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Brunetti, Alfredo Vitale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Tecnoimpianti S.r.l., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della delibera dell'Azienda Sanitaria Locale – ASL di Rieti n. 609/2021 del 27 maggio 2021, di aggiudicazione in favore del costituendo RTI Air Liquide Sanità Service S.p.a. (mandataria) e Tecnoimpianti S.r.l. (mandante) della procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione, distribuzione e fornitura dei gas medicinali AIC, dei gas medicinali F.U., dei gas tecnici e di laboratorio, nonché per la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di stoccaggio, produzione on-site e di distribuzione, presso i Presidi ospedalieri e sanitari della stessa Azienda (C.I.G.: 8577658B4C);

- di tutti gli atti ad esso presupposti, conseguenti e comunque connessi, ivi compresi i verbali di gara relativi alla valutazione dell'offerta tecnica (verbale n. 3 del 16 aprile 2021), all'attribuzione del punteggio all'offerta economica, nonché il verbale della seduta di gara del 18 maggio 2021, all'esito della quale il RUP ha ritenuto l'offerta del RTI Air Liquide congrua e proceduto alla proposta di aggiudicazione;

- del bando, del disciplinare e del capitolato, nella parte in cui non sono separatamente indicati, ai sensi dell'art. 23, comma 16, del D.lgs. n. 50/2016, i costi della manodopera;

- in via subordinata: del disciplinare, nella parte in cui ha disciplinato i criteri di attribuzione dei punteggi, in parte qua, nei termini di cui in motivazione, e del verbale di attribuzione dei punteggi tecnici;

Nonché per l'annullamento, ai sensi e per gli effetti dell'art. 116, comma 2, c.p.a.

- della nota prot. n. 34909/21 del 31 maggio 2021 e della successiva nota prot. 38751 del 16 giugno 2021, con cui l'ASL di Rieti ha concesso l'ostensione parziale ai documenti richiesti con l'istanza di accesso agli atti presentata da Sico – Società Italiana Carbuoro Ossigeno S.p.A. in data 23 aprile 2021 e reiterata in data 14 giugno 2021;

Nonché in ogni caso

- per la declaratoria di inefficacia del contratto e per la condanna della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 30 del c.p.a., alla reintegrazione in forma specifica mediante affidamento del servizio alla ricorrente.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Sico – Società Italiana Carbuoro Ossigeno S.p.A. il 25/10/2021:

per l'annullamento,

degli atti già impugnati con il ricorso introduttivo, e precisamente

- della delibera n. 609/2021 del 27.5.2021, di aggiudicazione in favore del costituendo RTI Air Liquide Sanità Service S.p.a. (mandataria) e Tecnoimpianti S.r.l. (mandante) della procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione, distribuzione e fornitura dei gas medicinali AIC, dei gas medicinali F.U., dei gas tecnici e di laboratorio, nonché per la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di stoccaggio, produzione on-site e di distribuzione, presso i Presidi ospedalieri e sanitari della A.S.L. di Rieti (C.I.G.: 8577658B4C);

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale di Rieti e di Air Liquide Sanità Service S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 gennaio 2022 il dott. Roberto Vitanza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Stazione appaltante (ASL di Rieti) ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione, distribuzione e fornitura dei gas medicinali AIC, dei gas medicinali F.U., dei gas tecnici e di laboratorio, nonché per la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di stoccaggio, produzione on-site e di distribuzione, presso i Presidi ospedalieri e sanitari della A.S.L. di Rieti.

La durata del servizio è stata fissata in 36 mesi, con un importo a base d'asta pari a € 2.176.096,32 IVA esclusa, comprensivo degli oneri per la sicurezza dovuti a rischi da interferenze quantificati in € 300,00, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, comma 2 del D.lgs. n. 50/2016, attribuendo 70 punti alla qualità dell'offerta e 30 al prezzo.

Alla gara hanno partecipato solo due concorrenti : RTI controinteressato e la ricorrente SICO – Società Italiana Carbuoro Ossigeno S.p.A..

La gara è stata aggiudicata alla controinteressata con punti 94,92, mentre alla ricorrente è stato riconosciuto punti 82,99.

Avverso tale determinazione la ricorrente ha reagito con ricorso giurisdizionale e contestuale domanda cautelare, nonché istanza di accesso agli atti.

Alla camera di consiglio del giorno 20/7/2021, con ordinanza n. 4059/2021, il Collegio ha respinto la chiesta misura cautelare.

Alla successiva camera di consiglio del 7 settembre 2021, il Collegio con ordinanza collegiale ha accolto l'istanza di accesso agli atti.

L'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2021 è stata cancellata dal ruolo e rinviata alla odierna udienza per mancanza del termine previsto per l'intervenuto deposito di motivi aggiunti.

Le parti hanno precisato le proprie tesi con memorie.

Alla udienza del giorno 28 gennaio 2022 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Con il secondo motivo di gravame (invero secondo perché il precedente riguarda l'istanza di accesso) la ricorrente ha contestato la violazione dell'art. 7.3 del disciplinare di gara nella parte in cui prevede che : "L'operatore economico concorrente dovrà possedere la certificazione UNI EN ISO 13485:2016 in corso di validità alla data di scadenza della presentazione delle offerte per "progettazione, fabbricazione, installazione, assistenza e manutenzione di impianti e centrali di distribuzione dei gas medicinali". In

caso di raggruppamento o consorzio, il requisito deve essere posseduto dal raggruppamento o consorzio nel suo complesso, o fermo restando che dovrà essere posseduto almeno dall'impresa che eseguirà le attività riferite alla certificazione”.

In particolare la contointeressata, a dire della ricorrente, non era in possesso della certificazione Iso che comprendesse anche le attività d'installazione.

La tesi non può essere condivisa.

La disamina del capitolato non prevede interventi di nuova installazione, ma solo interventi manutentivi, sicchè la certificazione posseduta dalla contointeressata è idonea al servizio di cui alla gara contestata.

Non solo.

Il contratto di avvalimento della SOA OS3 stipulato tra la mandataria ALSS e la mandante Tecnoimpianti, contempla anche la certificazione UNI EN ISO 13485:2016 per "progettazione, fabbricazione, installazione, assistenza e manutenzione di impianti e centrali di distribuzione dei gas medicinali” pacificamente posseduta dalla mandataria ALSS.

Con il terzo motivo di ricorso la parte ricorrente ha rilevato che è stato sottostimato l'importo dei costi della manodopera annua, indicata ai sensi dell'art. 95, comma 10, dlgs 50/201, dal RTI aggiudicatario nella propria offerta.

In particolare :”... il RTI capeggiato da SICO ha stimato un costo complessivo annuale del personale non inferiore a € 198.697,66, pari a circa il 46% della complessiva offerta, mentre il RTI Air Liquide, a fronte di un'offerta economica ben più elevata (€ 1.581.593,55 per il triennio, a fronte di € 1.294.557,68 per il triennio offerti dal RTI Sico), ha indicato costi per la manodopera (art. 95, comma 10, del D.lgs. n. 50/2016) per un importo pari circa alla metà (€ 124.918,00 annui, pari al 24% dell'offerta complessiva) di indicati da SICO”, con conseguente sottostima del costo della manodopera per euro 221.278,98 nel triennio.

Tale censura risulta generica non avendo il ricorrente provato le criticità dell'offerta relativa alla manodopera sotto il profilo del contratto applicato, nonché il fatto che l'offerta economica va valutata nella sua complessità.

Con il quarto motivo di ricorso controparte afferma l'illegittimità della motivazione dei giudizi valutativi espressi soltanto in forma numerica perché, a dire della ricorrente, in tal modo non le ha permesso di comprendere quale (o quali) dei molteplici criteri di valutazione previsti per ciascun elemento abbiano orientato in un senso o nell'altro il giudizio della commissione.

Anche tale censura non è condivisibile.

Il disciplinare di gara contiene, per ciascun sub-criterio di valutazione, una dettagliata spiegazione degli elementi che la commissione dovrà prendere in considerazione ai fini dell'attribuzione del coefficiente valutativo.

Nel paragrafo 18. 2, sono poi fissati i criteri valutativi secondo una scala che prevede sei distinti coefficienti.

Pertanto il rilievo non coglie nel segno.

Con il quinto motivo di ricorso la ricorrente ha sostenuto la illegittimità dell'attività valutativa svolta dalla Commissione perché i Commissari avrebbero espresso coefficienti valutativi sempre omogenei tra loro.

Ora, ritiene il Collegio che non è sufficiente, per la illegittimità della valutazione, un giudizio omogeneo espresso dai commissari.

Di contro è necessaria la prova che tale giudizio, invero, sia frutto di singolari ed interessate posizioni, che allo stato la parte non ha rappresentato ed il Collegio non ha ravvisato negli atti di causa.

Successivamente all'accesso agli atti, la parte ricorrente ha avanzato ricorso per motivi aggiunti.

La stessa, alla luce dei documenti acquisiti, con il primo dei motivi del ricorso per motivi aggiunti, ha precisato le ragioni già espresse nel terzo motivo riportato nel ricorso principale, con cui è stata contestata la insufficienza dell'importo indicato in offerta a copertura dei costi della manodopera (€ 124.918,00/anno) per la retribuzione di tutto il personale necessario ad

eseguire i servizi previsti dal capitolato, invero imputata ai due dipendenti utilizzati a tempo pieno nella esecuzione del servizio.

L'art. 95, comma 10 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recita .”

Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)”.

L'offerta dell'aggiudicataria ha previsto, per l'esecuzione del presente appalto, l'utilizzazione di due operatori a tempo pieno per 5 giorni a settimana.

Per la ricorrente l'aggiudicataria non ha indicato, all'interno della voce relativa al costo del personale (art. 95, comma 10, del D.lgs. n. 50/2016), tutti gli ulteriori costi della manodopera incidenti sulla commessa, riferibili a servizi subappaltati o svolti da personale non adibito a tempo pieno nell'appalto, ma comunque costituenti costi “strutturali” della commessa, per cui l'importo indicato nella offerta economica non ha precisato, né distinto i costi della manodopera, ai sensi dell'art. 95, comma 10, del D.lgs. n. 50/2016, in relazione ai singoli servizi che sono stati rappresentati in modo aggregato senza precisare l'effettivo costo di tutto il personale impiegato nella commessa.

In particolare l'aggiudicataria ha indicato, come detto, la remunerazione per due soli operatori addetti alla manutenzione ordinaria e correttiva, al pronto intervento e alla distribuzione dei contenitori mobili presenti a tempo pieno presso le sedi dell'ASL (par. 2.2.1 dei giustificativi), così da comportare una omissione nella rappresentazione di tutti i costi della manodopera, atteso che la predetta ha provveduto, in sede di offerta economica, come detto, ad aggregare i relativi servizi in uno con il costo della manodopera necessaria al suo espletamento.

Infatti, la stessa, nei giustificativi offerti dall'aggiudicataria a conforto della propria offerta economica, ha precisato che :”... ha previsto la messa a disposizione di n. 2 operatori (condizione migliorativa rispetto al n.1 operatore richiesto dal capitolato speciale) dedicati esclusivamente al presente appalto, dal lunedì al venerdì per 8 ore al giorno, per un totale di 40 ore/settimana per operatore. Gli operatori svolgeranno sia il servizio di distribuzione dei contenitori mobili, che il servizio di manutenzione ordinaria e correttiva degli impianti di distribuzione dei gas medicinali e degli accessori, che il servizio di pronto intervento, oltre che altri servizi quali l'esecuzione delle verifiche identificative dei gas, l'installazione dei dispositivi per il monitoraggio in continuo dell'aria medicinale, ecc. Per la messa a disposizione degli operatori è stato stimato un costo complessivo, per 3 anni, pari a € 374.754,00”.

Nel caso di specie non si tratta, come ha rappresentato la controinteressata, di una sottostima dei costi della manodopera, ma, proprio in relazione alla formulazione aggregata dell'offerta economica per i singoli servizi, i relativi costi della manodopera non sono in alcun modo esplicitati, dovendo gli stessi essere ricavati in via induttiva e per supposizione.

In ogni caso l'aggiudicataria, però, non ha indicato i singoli costi della manodopera, comunque afferenti alla commessa e riferibili ai servizi subappaltati o svolti da personale non adibito a tempo pieno nella esecuzione dell'appalto.

Infatti, l'aggiudicataria non ha indicato il costo della manodopera per la fornitura di gas liquidi criogenici in contenitori fissi, ma li ha indistintamente indicati nel costo del relativo servizio pari a € 156.090,00 (€ 52.030,00/anno).

Lo stesso dicasi per i servizi logistici (organizzazione del magazzino gas negli appositi spazi messi a disposizione dalle Strutture Sanitarie; trasporto, consegna e distribuzione di tutti i contenitori mobili dai luoghi di stoccaggio aziendali a tutte le utenze (reparti ospedalieri, ambulatori, laboratori ed altri servizi territoriali); ritiro dei vuoti, dei prodotti in scadenza e dei prodotti

oggetto di revoca ministeriale/ritiro lotti) e per la fornitura gas compressi in contenitori mobili, in cui non risulta, nell'offerta, scomputato il costo della manodopera necessario all'esecuzione dei servizi.

Tali rilievi avrebbe dovuto comportare l'esclusione dell'aggiudicataria per aver non aver assolto all'obbligo previsto dall'art. 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici e dall'art. 83, comma 9, del medesimo codice.

Per l'aggiudicataria il motivo di ricorso avverso ed il collegato motivo aggiunto sono innanzitutto inammissibili per difetto d'interesse.

In ogni caso, per il resistente, tali eccezioni costituirebbero un errore/irregolarità nella quantificazione ed indicazione ex art. 95, comma 10, Dlgs n. 50/2016, dell'ammontare dei costi della manodopera e tale errore/irregolarità sarebbe di certo emendabile.

La tesi non è condivisibile.

L'aggiudicataria ha indicato un costo per il personale non conforme al dato reale proprio perché non ha indicato tutto il personale impiegato, ma solo due addetti a tempo pieno, prevedendo, per tutti gli altri servizi previsti per l'esecuzione della commessa, una offerta aggregata che non ha distinto i costi della manodopera necessaria alla esecuzione del servizio.

Né al riguardo, può trovare applicazione il principio della generale affidabilità dell'offerta, atteso che la stessa deve necessariamente partecipare, già in sede di offerta economica, i singoli costi della manodopera anche al fine di consentire lo svolgimento del successivo subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta previsto dal successivo art. 97.

E' l'art. 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici che impone, ai concorrenti, di indicare "i propri costi della manodopera" nell'offerta economica.

Ciò costituisce un obbligo dichiarativo imposto alle società partecipanti alla gara pubblica a pena di esclusione, anche ed a prescindere da una espressa previsione, in tal senso, della lex specialis di gara (Cons. Stato, A.P., 2 aprile 2020, nn. 7 e 8) e discende chiaramente dal combinato disposto di cui all'art.

95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici e dall'art. 83, comma 9, del medesimo codice, il quale non consente la regolarizzazione di carenze concernenti l'offerta tecnica o economica.

La formulazione aggregata dell'offerta economica per la maggior parte dei servizi afferenti alla commessa per cui è causa, ha comportato una alterazione dell'offerta ed una sua valutazione non adeguata al reale dato fattuale.

Pertanto il ricorso deve essere accolto con riferimento all'assorbente primo motivo del ricorso per motivi aggiunti e, conseguentemente, devono essere annullati i provvedimenti impugnati e, per l'effetto, deve essere ordinato all'ASL di escludere il RTI controinteressato dalla gara, disponendo l'aggiudicazione in favore della ricorrente, previa declaratoria d'inefficacia del contratto ove nelle more stipulato e previo accertamento del diritto di SICO al richiesto subentro.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati; accoglie la domanda risarcitoria nei sensi di cui in parte motiva.

Condanna la ASL di Rieti al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente, che, a mente del DM n. 55/2014, sono liquidate in euro 6.000,00 (seimila/00), oltre ad accessori di legge e rifusione del contributo unificato versato;

compensa le spese tra ricorrente e controinteressata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente

Claudia Lattanzi, Consigliere

Roberto Vitanza, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Roberto Vitanza

IL PRESIDENTE
Maria Cristina Quiligotti

IL SEGRETARIO