

Pubblicato il 18/03/2021

N. 02315/2021REG.PROV.COLL.
N. 00311/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 311 del 2021, proposto da Istituto di Vigilanza Ivsv S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Luigi Nilo, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti;

contro

Policlinico Riuniti- Azienda Ospedaliero Universitaria di Foggia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli Avvocati Simonetta Mastropieri, Laura Marras, con domicilio eletto presso lo studio Associati S.R.L. Studio Grez & in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18; Azienda Ospedaliera Universitaria Ospedali Riuniti di Foggia, non costituita in giudizio;

nei confronti

Cosmopol S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli Avvocati Gianluigi Pellegrino, Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda) n. 1603/2020, resa tra le parti, non notificata e depositata in Segreteria il 10 novembre 2020, con la quale era respinto il ricorso proposto per l'annullamento:

del verbale n. 3 del 25 maggio 2020, avente ad oggetto la verifica dell'anomalia;

della non conosciuta notifica a mezzo piattaforma Empulia del predetto verbale;

della nota a firma del RUP di avvio del su procedimento di verifica dell'anomali;

della relazione a firma del dott. Di Passa, consulente dei sistemi di Gestione della Security;

della determinazione del direttore dell'Area Gestione el Patrimonio n. 1775 del 29 maggio 2020;

della comunicazione della predetta determina;

ed ove occorra, el chiarimento reso dall'Amministrazione (all. A) elle determina del direttore medesimo n. 3700 dell'8 novembre 2019;

nonché

di ogni altro atto presupposto, conseguente comunque collegato;

nonché per la declaratoria dell'inefficacia del verbale di avvio d'urgenza del servizio e del contratto, previo accertamento della possibilità da parte dell'istante di conseguire l'aggiudicazione e di subentrare

e per la condanna dell'Azienda ospedaliera al risarcimento del danno per equivalente ai sensi degli artt. 30 e 124 c.p.a.;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli artt. 25 del d.l. n. 137/2020 e 4 del d.l. n. 28/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 70/2020, quanto allo svolgimento con modalità telematica delle udienze pubbliche e delle camere di consiglio del Consiglio di Stato sino al 30 aprile 2021;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Policlinico Riuniti- Azienda Ospedaliero Universitaria di Foggia e della Cosmopol S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza con modalità da remoto del giorno 11 marzo 2021 il Cons. Solveig Cogliani e dati per presenti gli Avvocati come da note d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I - La controversia in esame riguarda la procedura negoziata ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 4, 63, comma 2 lett c) e 140 d.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento del servizio di vigilanza armata dei beni immobili delle struttura dell'Azienda ospedaliero-universitaria "Ospedali Riuniti" di Foggia, con aggiudicazione al miglior prezzo.

Si duole l'appellante dell'esclusione, in sede di verifica dell'anomalia, in forza delle conclusioni del RUP, motivate sulla base della relazione del consulente, nominato con determinazione n. 3700 dell'8 novembre 2019.

Il primo giudice respingeva il ricorso ritenendo, tra l'altro, che il RUP avesse adeguatamente adottato la determinazione, e facendo riferimento all'orientamento espresso da questa Sezione con la sentenza 5 giugno 2020 n. 3602. Inoltre, rilevava che dai calcoli dettagliatamente riportati nell'elaborato redatto dal consulente e trasmesso al RUP di gara, che lo ha fatto proprio, sarebbe risultata la non congruità del costo orario offerto dall'Impresa IVSD s.r.l., poiché non sufficiente ad assicurare il pagamento delle retribuzioni delle guardie giurate particolari impiegate nell'appalto. Dai calcoli matematici riportati nel documento trasmesso dal consulente risulterebbe, infatti, che l'Impresa ha offerto un costo orario inferiore a quello previsto dalle tabelle ministeriali e per di più senza considerare gli ulteriori elementi di costo (es. contributi INPS, INAIL, scatti di anzianità); tali elementi non avrebbero lasciato dubbi in merito alla non sostenibilità economica dell'offerta, anche in considerazione dell'elemento prevalente del servizio, rappresentato dal

personale impiegato (36 unità). La perdita d'esercizio, da parte dell'Impresa non sarebbe recuperabile anche rapportata alla breve durata del servizio soli sei mesi, trattandosi di mera "gara ponte").

Quanto alla assenza del dichiarazione di assenza di cause di incompatibilità da parte del consulente,

il Tribunale di primo grado ha ritenuto che nel caso in questione non si applichi il "*Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici*".

Avverso tale pronuncia l'appellante propone i motivi di seguito indicati.

- Avrebbe errato il primo giudice a respingere il primo ordine di censure, poiché in nessuna parte del provvedimento assunto, emergerebbe che il procedimento di verifica sia stato, effettivamente, gestito dal RUP e che le valutazioni tecniche svolte dal consulente siano state da esso esaminate, e condivise; il RUP si sarebbe limitato a richiamare la relazione del consulente.

- Avrebbe errato anche nel respingere il secondo motivo attinente alla valutazione di anomalia dell'offerta e alla violazione del contraddittorio. Il provvedimento (e la sentenza di primo grado) non avrebbe preso in considerazione le giustificazioni e la documentazione prodotta dalla appellante con le quali asseritamente si dimostrava che il maggior onere che il consulente ha indicato nello 'splittamento' del costo del lavoro (che corrisponderebbe ad appena euro 3300,00) ed afferente alcune voci come scatti di anzianità, sarebbe perfettamente compensato dalla sovradimensione di altre voci.

L'appalto non è durato sei mesi, essendo peraltro, al momento del presente appello, ancora in corso.

Inoltre, l'Amministrazione avrebbe omesso di svolgere una valutazione di attendibilità dell'offerta nel suo complesso.

Quanto alla reiezione del terzo motivo la assenza del dichiarazione di assenza di cause di

incompatibilità da parte del consulente, il primo giudice avrebbe errato, laddove pur dichiarando che il Regolamento prevede che le pubbliche

amministrazioni estendono *“per quanto compatibili”* gli obblighi di condotta a tutti i collaboratori o consulenti, finisce per ritenere che ciò significhi che, *“..soltanto in presenza dei doveri di astensione o di conflitto di interesse, il consulente abbia l'onere di segnalarli, rimettendo poi all'amministrazione ogni prudente apprezzamento.”*

Con riferimento alla domanda risarcitoria, che ripropone in questa sede, evidenza di essere

stata inizialmente prima graduata e poi illegittimamente esclusa

Per quello che riguarda la quantificazione dell'obbligazione risarcitoria, la situazione sopra dedotta, porterebbe, a suo dire, come conseguenza diretta, a far ritenere pienamente presente la prova, del pregiudizio subito; così integrando le condizioni per il possibile risarcimento del danno emergente derivante dalla mancata aggiudicazione della procedura.

Quanto al lucro cessante il risarcimento da mancata aggiudicazione potrebbe essere liquidato in via equitativa; per quello che riguarda il cd. danno curriculare, vertendosi nella ipotesi di mancato guadagno conseguente all'impossibilità di utilizzare le referenze derivanti dall'esecuzione dell'appalto che non potrebbe essere giammai provato nel suo preciso ammontare, ammissibile una liquidazione in via equitativa dello stesso da parte del Giudicante ex artt. 2056 e 1226 c.c.

Si è costituita l'Amministrazione per resistere, eccependo in via preliminare l'inammissibilità per violazione dell'obbligo di specificità dei motivi d'appello.

Sul primo motivo, l'Amministrazione ribadisce la correttezza dell'orientamento seguito dalla sentenza di primo grado, fondato sulla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato.

Inoltre, il consulente avrebbe verificato dell'offerta il solo aspetto del costo della manodopera, dimostrando che l'incarico era stato opportunamente conferito in ragione di specifiche conoscenze tecniche.

Quanto alla valutazione del costo del lavoro, nel caso in esame si sarebbe constatato che gli

scostamenti non condurrebbero ad una valutazione positiva dell'offerta, affetta da un palese errore di calcolo. Per verificare la correttezza formale e sostanziale dei giustificativi prodotti si è riscontrato che la valorizzazione delle retribuzioni maturate per aumenti periodici di anzianità, c.d. scatti è avvenuta in maniera separata dalla retribuzione tabellare pur avendone la stessa natura. Per l'effetto, il costo della manodopera sarebbe erroneamente stimato in € 528.990,00, e risulterebbe essere sensibilmente inferiore e quindi determinare in concreto una perdita di esercizio che è stata stimata in meno € 3.3000,00.

In definitiva, il procedimento di verifica dell'anomalia avrebbe avuto come oggetto l'attendibilità in dell'offerta nel suo complesso.

Sul secondo motivo l'Amministrazione precisa che il consulente aziendale è stato incaricato dal RUP di gara di verificare la congruità dell'offerta, sulla base delle giustificazioni prodotte dalla medesima a seguito dell'avvio del *sub* procedimento di verifica dell'anomalia *ex* art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, trattandosi di un aspetto meramente "tecnico" che esula dalle specifiche competenze del RUP medesimo. L'esperto incaricato avrebbe, dunque, rideterminato il costo orario offerto a seguito di un dettagliato calcolo matematico, considerando le varie voci di costo che concorrono a determinare il costo orario (es. costo orario diurno e notturno, costi della sicurezza, costi generali) e nel rispetto del CCNL di settore oltreché delle Tabelle Ministeriali per le GGP. Dai calcoli riportati nell'elaborato redatto dal consulente e trasmesso al RUP di gara sarebbe risultato che il costo orario offerto dall'Impresa non è "congruo" poiché non sufficiente ad assicurare il pagamento delle retribuzioni delle GGP impiegate nell'appalto.

Inoltre, l'Amministrazione ricorda che nelle gare pubbliche il giudizio circa l'anomalia o l'incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile dal giudice amministrativo solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale

Elemento determinante dell'esclusione dell'Impresa non sarebbe stato, dunque, il fatto che dal calcolo economico elaborato dal consulente risulta

l'assenza di un margine retributivo per l'Impresa (utile), anzi, addirittura la quantificazione di una perdita, bensì l'esatta determinazione di un costo orario definito a "norma di legge" superiore a quello offerto in gara ed oggetto di verifica di anomalia.

Sul terzo motivo l'appellante non avrebbe, in sede di gravame, segnalato alcuna situazione di incompatibilità, limitandosi a ribadire in maniera del tutto generica che non è stata resa la dichiarazione di incompatibilità

Conseguentemente non vi sarebbero motivi per accogliere la pretesa risarcitoria.

Si è costituita la controinteressata per resistere evidenziando che dalla valutazione dell'anomalia sarebbero emersi maggiori costi non considerati pari ad un totale di 23.100 euro, ampiamente sufficienti ad erodere completamente l'utile stimato di appena 3.960 euro, e tali dunque da determinare una perdita pari a non meno di 19.140 euro.

In fatto, espone che, con determinazione del Direttore n. 1775 del 29 maggio 2020, la Stazione appaltante ha pertanto aggiudicato in via definitiva la procedura, disponendone l'immediata immissione nell'appalto, che risulta svolto regolarmente dalla predetta controinteressata dall'8 giugno dello scorso anno.

Eccepisce, in via preliminare, l'improcedibilità della pretesa impugnatoria, poiché non solo l'affidamento ponte è scaduto il 1° dicembre u.s., ma è altresì in fase di aggiudicazione la gara quinquennale, a cui controparte non ha partecipato e la cui indizione non è stata nemmeno contestata.

Controdeduce avverso i motivi di appello ed eccepisce l'inammissibilità del terzo motivo non essendo, comunque, stato in concreto rilevato alcun profilo di incompatibilità.

Con memoria di replica il Policlinico precisa ulteriormente che l'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 che disciplina l'anomalia non prevede il contraddittorio con il concorrente.

L'appellante, contraddicendosi, avrebbe richiamato l'art. 88 del d.lgs. n. 163/2006, abrogato e sostituito dall' art. 97 del nuovo codice degli appalti, che al comma 4 prevedeva la convocazione del concorrente prima dell'esclusione dalla gara. Il nuovo Codice dei contratti pubblici non prevedrebbe più l'audizione del concorrente, che, comunque, nel caso in specie non era ritenuta necessaria da parte del RUP.

Con ulteriore replica l'appellante precisa:

- quanto alla dedotta improcedibilità atteso la indizione della nuova gara, a nulla rileverebbe la mancata partecipazione alla procedura pubblica comunitaria, perché oggetto del presente giudizio è la procedura negoziata che è stata espletata nelle more della nuova gara , il cui procedimento è appena iniziato, pertanto laddove dovesse essere accolto il presente gravame residuerebbe alla Stazione appaltante verificare la possibilità di un risarcimento in forma specifica e/o per equivalente;
- quanto alla mancanza di prova per il dedotto vizio relativo al conflitto di interessi, sarebbe stata dedotta la assenza di un elemento obbligatorio , cioè la dichiarazione di assenza di conflitto di interessi da parte del consulente;
- quanto al dedotto vizio circa la illegittimità delle conclusioni cui il RUP, fattispecie di cui è causa non sarebbe riconducibile a quella riferibile alla predetta sentenza richiamata dal primo giudice, perché si è in presenza di una gara al massimo ribasso; il RUP si sarebbe limitato a richiamare le conclusioni del consulente esterno, senza dare un compiuto proprio giudizio sulla non congruità complessiva della offerta; peraltro, la relazione avrebbe analizzato unicamente un elemento dell' offerta, ovvero il costo del personale; ed ancora, la differenza tra il costo del personale indicato dalla appellante rispetto a quello indicato dal consulente aziendale sarebbe di euro 7260,00 che diviso per 8 mesi (almeno sino al 28 febbraio di durata della predetta gara ponte, peraltro, ancora in corso) sarebbe di soli euro 907,5 per mese.

Da quanto sopra, emergerebbe la abnormità della decisione del RUP.

Il Policlinico ha prodotto note d'udienza ribadendo le proprie difese e corredate dalla dichiarazione del Direttore Area Patrimonio, con le quali si evidenzia l'erroneità dell'impostazione dell'appellante, in quanto questi farebbe riferimento alle norme che regolano la procedura di gara da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, comma 2 del d.lgs. n. 50/2016, pur trattandosi di procedura di gara da aggiudicare secondo il criterio del minor prezzo ai sensi dell'art. 95 comma 4 del medesimo decreto.

In particolare, la figura del consulente aziendale non deve essere confusa con quella dei componenti della Commissione giudicatrice nominata per la valutazione dell'OEPV. Inoltre, non essendo prevista offerta tecnica, correttamente la valutazione dell'anomalia, ai sensi dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, è stata ricondotta dal RUP di gara solo al costo orario offerto, non essendoci altri elementi in valutazione.

All'udienza dell'11 marzo 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

II – Osserva il Collegio che possono essere sinteticamente superate le eccezioni preliminari di inammissibilità per genericità dei motivi, perché, da un lato, l'appellante, nel reiterare i motivi di censura, comunque contesta le conclusioni del primo giudice.

Inoltre, per come di seguito specificato, l'appello risulta infondato nel merito.

II – La domanda tesa all'annullamento è, in vero, divenuta improcedibile a seguito del sostanziale esaurimento dell'affidamento, in ragione della natura 'ponte' della gara in contestazione e dell'avvio della successiva procedura. Tuttavia, essa deve essere esaminata ai fini della pronuncia sull'istanza risarcitoria.

III – Con riguardo, dunque, alle censure attinenti al procedimento seguito dal RUP ed all'apporto del consulente, secondo l'orientamento ribadito dalla Sezione (sentenza 5 giugno 2020, n. 3602) e dal quale non vi è motivo di discostarsi, spetta al RUP, nel caso che occupa, la valutazione dell'anomalia. La Sezione ha avuto modo specificamente di affermare che: *“Tanto meno vizia*

l'affidamento la circostanza, questa volta in diritto, che il RUP abbia chiesto l'ausilio di un tecnico. Giova premettere che il sub-procedimento di anomalia è di competenza del RUP e non della commissione di gara, le cui incombenze si esauriscono con la "valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico" ex art. 77, d.lgs. n. 50 del 2016 (C.d.S., sez. V, 13 novembre 2019, n. 7805; id. 24 luglio 2017, n. 3646). Deve infatti confermarsi il principio (C.d.S., ad. plen., 29 novembre 2012, n. 36; id., sez. V, 24 luglio 2017, n. 3646) secondo cui anche nella vigenza del d.lgs. n. 50 del 2016 il legislatore ha rimesso proprio al RUP ogni valutazione innanzitutto in ordine al soggetto cui affidare la verifica, non escludendo che, a seconda dei casi, possa ritenere sufficienti e adeguate le competenze degli uffici e organismi della stazione appaltante, o invece concludere nel senso della necessità di un nuovo coinvolgimento della commissione aggiudicatrice anche per la fase de qua.

In questo senso sono le Linee guida Anac n. 3, recanti "Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni", che prevedono che - nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (come nella gara di cui è causa) - la verifica "è svolta dal RUP con l'eventuale supporto della commissione giudicatrice nominata ex art. 77 del Codice" (punto 5.3), ma proprio la ratio di questa previsione appare anzi confermare la tesi che per gli appalti in cui, per il criterio di selezione, la valutazione dell'offerta dal punto di vista tecnico si presenta più complessa, può rendersi necessario un supporto anche da parte della Commissione esaminatrice che ha già esaminato l'offerta anche nelle sue componenti tecniche, oltre che da parte quindi di una Commissione o un tecnico ad hoc. Non rileva, infatti, la circostanza che le Linee guida facciano riferimento solo alla possibilità di avvalersi del supporto della Commissione di gara. Ove, infatti, il responsabile del procedimento riconosca i propri limiti su una questione prettamente tecnica dell'offerta e ritenga di non essere in grado di pervenire con certezza alla conclusione corretta e dunque necessario chiedere l'ausilio di un tecnico esterno, ben può optare per tale soluzione in luogo di avvalersi esclusivamente della Commissione o comunque di interni. Diversamente opinando si ammetterebbe la possibilità di una accettazione

pedissequa dell'offerta di un concorrente affidandosi alle giustificazioni rese senza possibilità di verificarne concretamente l'attendibilità.

Non può quindi sostenersi che il fatto che il RUP non abbia proceduto direttamente alla verifica di anomalia (C.d.S., sez. V, 13 novembre 2019, n. 7805) e che ne abbia delegato la verifica in relazione ad una voce costituisca ex se un vizio di legittimità della procedura.

L'affidamento dell'incarico di verifica dell'anomalia non spoglia, infatti, il RUP della relativa competenza atteso che questi deve fare proprie le conclusioni alle quali è pervenuto il delegato, ove le condivide'.

IV - Nella specie, il RUP ha fatto propri i calcoli effettuati dal consulente aziendale nominato con la delibera sopra indicata.

Il RUP si è avvalso, nella specie, della competenza tecnica del consulente e tuttavia, come correttamente evidenziato dall'Amministrazione, la valutazione è stata svolta proprio in senso complessivo ed in considerazione della durata dell'appalto e della specificità dell'affidamento in questione.

V - Ancora, quanto alla censurata mancanza della dichiarazione di incompatibilità, vale rilevare che la deduzione si appalesa del tutto strumentale e svincolata da qualsiasi contestazione concreta.

Essa, pertanto, si profila pria ancora inammissibile e comunque, in fondata, non essendo riferibile al consulente aziendale esterno, incaricato di meri calcoli matematici e non dipendente dell'amministrazione, l'obbligo di cui alle linee guida ANAC n. 15, in ordine all'applicazione dell'art. 6 d.P.R.62/2013. La pretesa di parte appellante non trova riscontro nel paragrafo 4 delle predette Linee guida, concernente l'individuazione dell'ambito soggettivo di applicazione.

VI – La specifica indicazione dello scostamento nei dati indicati nell'offerta – come evidenziata dalla determina, dando atto del calcolo allegato – rileva l'assenza di quei profili di illogicità che consentono il sindacato di questo giudice sull'apprezzamento tecnico dell'Amministrazione in sede di verifica dell'anomalia.

Del resto l'appellante non contesta in sé siffatto scostamento, limitandosi a censurare la valutazione quanto alla rilevanza, senza tenere in considerazione la specifica natura della 'gara ponte' e legando, invece, la possibilità di evitare la perdita – come evidenziata dal RUP – ad un'eventuale 'prosecuzione' dell'affidamento, nelle more della conclusione della gara europea.

VII – Ancora va evidenziato che la giurisprudenza ha chiarito che il contraddittorio procedimentale, nella fase in argomento, ha funzione meramente istruttoria, servendo alla stazione appaltante per acquisire ogni elemento utile alla miglior valutazione dei dati contenuti nell'offerta sui quale nutre dei dubbi, e non a risolvere in via anticipata un contrasto tra differenti posizioni (Sez. V, n. 3508/2020)

VIII – Da quanto sin qui ritenuto, consegue l'infondatezza dell'appello e, conseguentemente, della pretesa risarcitoria.

IX – La particolarità della fattispecie giustifica, tuttavia, la compensazione tra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio da remoto del giorno 11 marzo 2021 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Solveig Cogliani

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO