Pubblicato il 21/03/2022

N. 00648/2022 REG.PROV.COLL.

N. 01099/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1099 del 2021, proposto da
GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Caruso, Luca Mazzeo e Maria Sara Derobertis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso la Segreteria di questo Tribunale;

contro

Azienda Socio Sanitaria Territoriale (ASST) dei Sette Laghi - Polo Universitario, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Lorito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Elisicilia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Carmela Marino, Luigi Borgia e Michele Dell'Arte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento:

- della determinazione dirigenziale n. 850 del 25.6.2021 di aggiudicazione della procedura negoziata *ex* art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs n. 50/2016 per l'affidamento del servizio di squadre di emergenza antincendio e primo intervento presso l'Ospedale F. del Ponte di Varese per il periodo 1.7.2021/1.10.2021 nelle more della aggiudicazione della gara indetta con D.D. n. 542 del 28.4.2021;

- della Relazione del 24.6.2021 – Allegato 1 della suddetta determinazione dirigenziale n. 850 del 25.6.2021, con cui il R.U.P. ha ritenuto di considerare non congrua l'offerta di GSA;

- di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto e/o connesso e/o conseguente, "anche se non conosciuto dalla ricorrente", ivi compresi, in via subordinata ai fini dell'annullamento della procedura, tutti gli atti di gara, tra cui: la determinazione dirigenziale n. 756 dell'8.6.2021 di indizione della richiamata procedura negoziata mediante criterio di aggiudicazione del prezzo più basso; la RDO (richiesta di offerta) mediante utilizzo di piattaforma informatica regionale SINTEL per l'affidamento del richiamato servizio, recante la disciplina di gara con i relativi allegati A (schema di formulario di GUE), A1 (Linee guida di GUE), B (patto di integrità), C (schema facsimile di offerta) e D (atto di nomina responsabile esterno); i chiarimenti dell'11.6.2021 e del 15.6.2021; "se e in quanto aventi contenuto provvedimentale", le note di ASST Sette Laghi del 14.6.2021 e del 16.6.2021;

e per la condanna

dell'Amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda Socio Sanitaria Territoriale dei Sette Laghi - Polo Universitario e di Elisicilia S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2021 il dott. Oscar Marongiu e trattenuta la causa in decisione sulla base degli atti, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente GSA S.p.A. ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, con cui, in particolare, l'Azienda Socio Sanitaria Territoriale (ASST) dei Sette Laghi - Polo Universitario ha disposto la sua esclusione e la contestuale aggiudicazione in favore della società Elisicilia S.r.l., odierna controinteressata, della procedura (c.d. "gara ponte") per l'affidamento del "*servizio di 2 squadre di emergenza antincendio e primo intervento presso l`Ospedale F. del Ponte di Varese per il periodo 1.7.2021/1.10.2021 nelle more di aggiudicazione della procedura di gara indetta con determinazione dirigenziale n. 542 del 28.4.2021*".

Il ricorso è affidato alle seguenti censure.

I) Sull'illegittima esclusione automatica dell'offerta di GSA: violazione e/o falsa applicazione degli artt. 95, comma 10, e 97, commi 4, 5, 6 e 8 del d.lgs. n. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione della R.D.O. (richiesta di offerta) e della relativa disciplina; eccesso di potere per difetto di presupposti, illogicità, sviamento e difetto di istruttoria.

La ricorrente contesta l'automatica esclusione della sua offerta, ritenuta dalla commissione di gara "*non congrua… e tale da garantire l'effettuazione di un servizio idoneo ai fabbisogni dell'ente e rispettosi del CCNL vigente*". L'esclusione automatica, a dire della ricorrente, "*non sarebbe prevista dagli atti di gara; né avrebbe potuto mai essere introdotta perché nulla, per contrasto con le norme di cui all'art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016 e con i principi anche giurisprudenziali in materia, che consentono agli operatori economici di giustificare il discostamento della propria offerta dai costi del lavoro di cui alle Tabelle relativi ai CCNL di settore*". In quest'ottica l'esclusione sarebbe stata disposta sulla base di un criterio non previsto negli atti di gara e surrettiziamente introdotto solo a valle della proposizione delle offerte.

II) In via subordinata (avverso l'intera gara): violazione e/o falsa applicazione degli artt. 50 e 95, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1, comma 2, lett. a), del d.l. n. 76/2020, come convertito con l. n. 120/2020 e modificato dall'art. 51 del d.l. n. 77/2021; eccesso di potere per difetto di presupposti, illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà.

La ricorrente lamenta che la stazione appaltante avrebbe erroneamente applicato alla gara il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso in luogo di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (a suo dire imposto dal fatto che si tratterebbe di affidamento di servizi ad alta intensità di manodopera), così rendendo illegittima l'intera gara, che andrebbe pertanto annullata.

Si sono costituiti l'ASST dei Sette Laghi - Polo Universitario e la controinteressata Elisicilia S.r.l., chiedendo la reiezione del ricorso.

Alla camera di consiglio del giorno 15.7.2021 la ricorrente ha chiesto l'abbinamento della domanda cautelare al merito.

In vista dell'udienza di discussione le parti hanno ribadito le proprie difese con memorie e repliche.

Alla pubblica udienza del giorno 18 novembre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è infondato.

Al riguardo il Collegio, in ossequio al principio di sinteticità, osserva quanto segue.

2.1. Con riguardo al primo motivo, è sufficiente osservare che:

- la stazione appaltante ha valutato i costi di manodopera delle offerte presentate ai sensi della disciplina di cui all'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, a tenore della quale "*nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera*" e 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)*";

- il citato art. 97, comma 5, lettera d), prevede che la stazione appaltante richieda spiegazioni agli operatori ed escluda l'offerta laddove accerti che la stessa sia "*anormalmente bassa in quanto: […] d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16*";

- l'art. 23, comma 16, a sua volta, stabilisce che "*per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra*

le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione";

- la commissione di gara ha effettuato una stima del valore della manodopera prendendo in considerazione le tabelle ministeriali di riferimento, ovvero il "*costo medio orario a livello nazionale del personale per il settore sorveglianza antincendio (CCNL 03.11.2009) emanate dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, Direzione Generale della Tutela delle Condizioni del Lavoro - Div. IV*", alla luce delle quali ha valutato non congrua l'offerta presentata dalla ricorrente in considerazione del fatto che il servizio posto a gara doveva essere svolto da una squadra composta da almeno due persone e che il costo per la manodopera formulato in sede di offerta da parte della ricorrente veniva quantificato in € 43.717,60, ovvero il 35,00% circa in meno rispetto a quanto previsto dalle tabelle ministeriali;

- la giurisprudenza condivisa dal Collegio ha chiarito che le stazioni appaltanti, ai sensi dell'art. 95, comma 10, secondo periodo, del d.lgs. n. 50/2016, prima dell'aggiudicazione hanno obbligo di controllare che i costi siano inferiori ai minimi salariali retributivi indicati nelle tabelle ministeriali, senza che per tale verifica la disposizione richieda alcun contraddittorio né, men che meno, che venga attivato il procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse; la norma di rinvio è contenuta nell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, che disciplina tale procedimento, ma il rinvio è limitato al disposto di cui al comma 5, lett. d), di tale articolo, sicché non può essere interpretato nel senso che occorre attivare comunque il procedimento citato; il rinvio in questione va, invece, interpretato nel senso che prima dell'aggiudicazione le stazioni appaltanti devono verificare il rispetto, da parte dell'offerta vincitrice, dei minimi salariali indicati nelle tabelle ministeriali; laddove la verifica dia esito negativo la disposizione di cui al richiamato art. 95, comma 10, non prevede l'istituzione di alcun contraddittorio e deve quindi ritenersi che l'offerta vada irrimediabilmente esclusa, come previsto dall'art. 97, comma 5 (cui rinvia l'art. 95, comma 10), a norma del quale l'accertamento che l'anomalia dell'offerta deriva da un costo del personale inferiore ai minimi tabellari ne determina senz'altro l'esclusione (T.A.R. Toscana - Firenze, Sez. II, n. 165/2019).

La censura, pertanto, va respinta.

2.2. Quanto al secondo motivo, il Collegio osserva che:

- l'art. 1, lett. a) del d.l. n. 76/2020, come convertito nella l. n. 120/2020 e modificato dal d.l. n. 77/2021, consente l'affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 139.000 euro;

- nella fattispecie la stazione appaltante ha fatto ricorso (al di là delle espressioni utilizzate e dei riferimenti normativi adoperati) ad un affidamento diretto e non già ad una procedura negoziata, venendo in rilievo un appalto il cui importo veniva stimato in € 125.000,00 oltre IVA, per la durata temporale del servizio di tre mesi decorrenti dall'1.7.2021 all'1.10.2021 (come indicato nella richiesta di offerta del 7.6.2021, doc. 1 dell'ASST), in relazione al quale, difatti, sono stati consultati solo quattro operatori;

- in tale ipotesi, in deroga alla normativa in materia richiamata da parte ricorrente, è consentito, ai sensi del comma 5 dell'art. 1 del citato d.l. n. 76/2020, l'utilizzo del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, nella fattispecie applicato dalla stazione appaltante.

La censura, pertanto, va respinta.

2.3. In definitiva, il ricorso è infondato e va conseguentemente respinto, inclusa la domanda risarcitoria.

Le spese del giudizio, nondimeno, possono essere compensate tra le parti, in considerazione della peculiarità e della parziale novità delle questioni affrontate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

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

Gabriele Nunziata, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere

Oscar Marongiu, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Oscar Marongiu	Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO