

Il Sub-procedimento di anomalia di competenza del R.U.P. e la nomina di un consulente tecnico quale ausilio ai fini della valutazione dell'assetto organizzativo proposto dall'O.E. a sostegno dell'offerta dal punto di vista tecnico ed economico

di Christian Longo

Data di pubblicazione: 5-8-2021

E' legittimo il giudizio di congruità condotto integralmente sull'offerta anomala da parte del R.U.P., anche ricorrendo alla professionalità di un consulente esterno per la disamina di un singolo aspetto (il costo della manodopera), non essendoci in capo allo stesso R.U.P. le conoscenze tecniche ai fini di una serena valutazione della voce relativa. Ciò rappresenta una estrinsecazione esplicita del tipico potere tecnico -discrezionale riservato alla P.A., che per natura stessa risulta insindacabile in sede giurisdizionale.

GUIDA ALLA LETTURA

Può la S.A. delegare ad un consulente tecnico esterno la verifica di parte delle giustificazioni prodotte da un Operatore Economico, ai fini di ottenere una perizia tecnica e per comprendere la persistenza di una possibile anomalia dell'offerta presentata? Può il R.U.P. prendere atto delle conclusioni del consulente limitatamente al quesito posto allo stesso consulente ai fini della definizione della congruità dell'offerta?

Prima di rispondere compiutamente a tali quesiti, occorre inquadrare la fattispecie in esame. In particolare, l'Azienda ospedaliero-universitaria Ospedali riuniti di Foggia nel 2019 ha indetto una procedura aperta da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, per l'affidamento quinquennale del servizio di pulizia e sanificazione degli stabilimenti dell'ente.

A seguito della presentazione delle offerte, nella seduta dedicata alla apertura delle offerte economiche, il R.U.P., ha chiesto a due O.E., classificati al primo e al secondo posto, di fornire le giustificazioni utili per comprendere le singole voci che concorrono alla formazione dell'importo complessivo. Successivamente, il R.U.P. ha chiesto ulteriori chiarimenti in merito alle spese di gestione del personale e ai costi di macchinari, attrezzature e prodotti e al costo del lavoro. Tuttavia, solo un operatore economico ha prodotto la documentazione necessaria. Su richiesta del R.U.P., la S.A. ha ritenuto opportuno nominare un consulente esterno per

coadiuvare lo stesso R.U.P. al fine di esaminare la voce del costo del lavoro indicata nell'offerta dall'O.E.

A conclusione di tali attività, con Determinazione del Direttore dell'Area Patrimonio dell'Azienda Ospedaliero-universitaria, è stata aggiudicata la procedura di gara, ritenendo l'offerta presentata dall'O.E. - al quale venivano richieste diverse giustificazioni ai fini della verifica della possibile anomalia – congrua, anche a seguito di una relazione depositata dal consulente esperto.

Successivamente, l'aggiudicazione è stata impugnata, ivi compresa la deliberazione del Direttore Generale con cui è stato individuato il consulente esterno cui demandare la verifica delle giustificazioni prodotte.

In particolare, i ricorrenti lamentavano, in sede di primo giudizio, non solo la nomina del consulente esterno (sia nell'*an* che nel *quomodo*) ma anche il fatto che il R.U.P. si fosse limitato a prendere atto delle conclusioni del consulente esterno "senza alcuna volizione propria, sostanzialmente abdicando all'esercizio del potere-dovere di valutare la congruità dell'offerta".

Sul primo punto, il giudice di primo grado ha ricordato quanto già evidenziato da precedente giurisprudenza (per tutte, Consiglio di Stato, Sez. III, 5 giugno 2020 n. 3602), secondo la quale non vizia l'affidamento la circostanza che il R.U.P. abbia chiesto l'ausilio di un tecnico in quanto il sub-procedimento di anomalia è di competenza del R.U.P. 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 del D.Lgs. n. 50/2016. A ciò occorre aggiungere quanto previsto dalle linee guida n. 3 Anac, secondo le quali, nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la verifica "è svolta dal RUP con l'eventuale supporto della commissione giudicatrice". Ma proprio con riferimento alla particolare procedura e al criterio adottato (offerta economicamente più vantaggiosa) si può produrre una maggiore complessità ai fini delle verifiche conseguenti, tale da rendere necessario attivare un adeguato supporto tecnico non solo attraverso la Commissione ma, in caso di carenza all'interno della stessa delle relative competenze, anche attraverso l'ausilio di un consulente nominato *ad hoc*.

Con riferimento al secondo punto, il giudice di primo grado ha rilevato che il R.U.P. ha preso atto delle conclusioni del consulente tecnico nominato e limitate solo alla verifica del costo del lavoro. Pertanto la volizione propria del R.U.P., ai fini di una valutazione compiuta dell'offerta e della possibile anomalia della stessa, ha riguardato non solo le circostanze connesse al costo della manodopera ma anche altri aspetti. In pratica, l'ausilio tecnico è stato rilevante per definire dei dubbi interpretativi sulle giustificazioni poste a fondamento dell'offerta depositata dall'O.E. in merito al costo del lavoro e, senza l'attività del consulente, il giudizio di congruità dell'offerta del candidato da parte del R.U.P. non sarebbe stato definito e compiuto; pertanto, la S.A., ritenendo una carenza della professionalità in merito al quesito riferito alle giustificazioni presentate dall'O.E., sia nella persona del R.U.P. sia dei componenti la commissione giudicatrice, ha ritenuto opportuno nominare un commercialista esterno. A seguito della relazione del consulente, il R.U.P. ha poi concluso il sub-procedimento di

competenza e la S.A. ha ritenuto congrua l'offerta presentata dal candidato.

Approdato al Consiglio di Stato, il ricorso – anche con riferimento ai motivi del giudizio in esame proposti dal ricorrente – è stato ritenuto infondato dalla seconda sezione, per come si evince dalla sentenza in commento. In particolare, il giudice di secondo grado ha richiamato – preliminarmente – l'orientamento giurisprudenziale consolidato, secondo il quale il giudizio di anomalia costituisce “espressione di tipico potere – tecnico discrezionale riservato alla Pubblica Amministrazione, insindacabile in sede giurisdizionale se non per manifesta erroneità, irragionevolezza e/o inadeguatezza dell'istruttoria, senza che possa essere sostituita alla verifica compiuta dall'Amministrazione una autonoma valutazione di congruità delle offerte da parte del concorrente controinteressato o del giudice (cfr. tra le tante, C.d.S. A.P. 29.12.2012, n. 36, Sez. V, 28.10.2019, n. 7391; 12.2.2020,, n.1066; Sez. III 19.9.2019, n. 6248 e 29.3.2019, n. 2079). Inoltre, rileva il giudice, l'esame dell'offerta anomala va condotto complessivamente e non per singole voci, con giudizio globale e sintetico, al fine di valutarne la serietà e affidabilità nel suo complesso ed eventuali inesattezze o inadeguatezze di singole voci sarebbero irrilevanti ai fini dell'esclusione dalla gara (C.d.S., Sez.V, 18.12.2018, n. 7129; 29.1.2018, n. 589).

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 2948 del 2021, proposto da Società Cooperativa di Produzione e Lavoro “Tre Fiammelle”, Meridionale Servizi Società Cooperativa S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli Avvocati Angelo Clarizia, Gennaro Rocco Notarnicola, Carlo Tangari, Giuseppe Cozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

contro

Azienda Ospedaliero Universitaria “Policlinico Riuniti” di Foggia, in persona del legale

rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocato Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Guglielmo Calderini, n. 68;
Cosimo Damiano Donvito non costituito in giudizio;

nei confronti

Dussmann Service S.r.l., rappresentata e difesa dagli Avvocati Filippo Martinez, Davide Moscuza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Filippo Martinez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda) n. 00335/2021, resa tra le parti, concernente l'annullamento della determinazione del Direttore dell'Area Patrimonio dell'Azienda Ospedaliero-universitaria "Ospedali Riuniti di Foggia" n. 2691 del 25 agosto 2020 recante aggiudicazione della procedura di gara per l'affidamento quinquennale del servizio di pulizia e sanificazione degli stabilimenti della stessa Azienda, nonché di tutti gli comunque connessi e per la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto, ove stipulato, con accertamento del diritto dell'A.T.I. ricorrente al subentro nello stesso.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Dussmann Service S.r.l. e dell'Azienda Ospedaliero Universitaria "Policlinico Riuniti" di Foggia;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 giugno 2021, svoltasi in videoconferenza ai sensi del combinato disposto degli artt. 4, comma 1, del decreto-legge n. 28/2020 e 25, comma 1, del decreto-legge n. 137/2020, il Consigliere Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia, Gennaro Rocco Notarnicola, Carlo Tangari, Vito Aurelio Pappalepore e Davide Moscuza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con determina del Direttore dell'Area del Patrimonio n. 2232 del 10.7.2019, l'Azienda Ospedaliero-Universitaria Ospedali Riuniti di Foggia indiceva una procedura aperta ex art. 60

D.lgs. n. 50 del 2016, in modalità telematica, avente ad oggetto l'affidamento quinquennale del servizio di pulizia e sanificazione dei propri stabilimenti, per un valore complessivo stimato, IVA esclusa, di € 34.142.968,45.

All'esito della valutazione delle offerte, è risultata classificata al primo posto della graduatoria la concorrente Dussmann Service s.r.l., seguita nell'ordine dal RTI IdealService - La Lucente e dal RTI formato dalle ricorrenti, gestore uscente.

Il concorrente 2° classificato è stato escluso per non aver presentato nei termini le giustificazioni dell'anomalia dell'offerta.

L'offerta di Dussmann Service s.r.l. veniva ritenuta congrua a seguito della verifica dell'anomalia condotta da un consulente esperto esterno, nominato con D.G. n. 384 del 25.6.2020 (Dott. Cosimo Donvito) al fine di valutare il più probabile costo del personale da sostenere; l'esito della perizia veniva condiviso dal RUP con verbale n. 14 del 31.7.2020.

In data 16.11.2020 si è, quindi, dato luogo alla stipula del contratto di appalto e il servizio viene svolto dalla nuova aggiudicataria a far data dal 1°12.2020.

2.- Con ricorso al TAR per la Puglia n.r.g. 1128 del 2020, le ricorrenti hanno impugnato l'aggiudicazione di cui alla determinazione del Direttore dell'Area del Patrimonio n. 2691 del 25.8.2020.

Le ricorrenti hanno, altresì, impugnato la deliberazione del Direttore generale n. 384 del 25.6.2020 con cui è stato individuato il consulente esterno cui demandare la verifica delle giustificazioni prodotte.

2.1.- Le ricorrenti lamentavano la mancata esclusione dell'aggiudicataria ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera c), del codice dei contratti pubblici per grave illecito professionale; in subordine, censuravano la nomina del consulente esterno sia nell'*an* che nel *quomodo* in quanto carente delle motivazioni poste a base della scelta del dott. Donvito quale consulente esterno e, infine, contestavano che il RUP si sarebbe limitato a prendere atto delle conclusioni del consulente senza alcuna volizione propria, sostanzialmente abdicando all'esercizio del potere-dovere di valutare la congruità dell'offerta.

2.2.- Con motivi aggiunti, le ricorrenti lamentavano l'insufficienza della valutazione di congruità sotto diversi aspetti, concludendo nel senso che l'offerta è tale da configurare una secca perdita per l'aggiudicataria, alternativa solo ad una sensibile riduzione delle prestazioni promesse.

3.- Con la sentenza in epigrafe, il TAR respingeva il ricorso e i motivi aggiunti, compensando tra le parti le spese di giudizio.

4.- Con l'appello in esame, le ricorrenti censurano la sentenza, innanzitutto, per aver rigettato il motivo con cui avevano denunciato la manifesta inadeguatezza dell'istruttoria in ordine alla resa oraria (mq/ H, secondo le tabelle dell'AFIDAMP per tipologia di rischio) elemento centrale

nel contesto di una procedura di gara per l'affidamento del servizio di pulizia.

Il numero di ore offerto sarebbe oggettivamente inidoneo a garantire il corretto espletamento del servizio, mentre, ad avviso delle appellanti, sarebbero state necessarie all'espletamento del servizio ben 16.165 ore mensili, cioè il doppio di quelle indicate dall'aggiudicataria.

L'offerta sarebbe, inoltre, incongrua perché sottostima alcune voci di costo diverse dal costo del personale (ad es. per materiale di consumo).

Infine, non sarebbe stato chiarito come mai il RUP non si è avvalso della Commissione ed ha nominato un consulente esterno e rimarrebbero ignoti i criteri con cui è stata effettuata la scelta.

Il consulente, avrebbe, peraltro, verificato un solo aspetto dell'anomalia dell'offerta, il costo della manodopera.

5.- Resistono in giudizio l'aggiudicataria e l'Azienda ospedaliera, che chiedono il rigetto dell'appello.

5.1. - L'Azienda ripropone l'eccezione di irricevibilità del ricorso notificato oltre il termine di trenta giorni dalla conoscenza della intervenuta aggiudicazione e tardivi sarebbero anche i motivi aggiunti notificati oltre 15 giorni dopo il rilascio della documentazione, avvenuta il 16.9.2020.

L'appello sarebbe inammissibile, oltre che infondato, non potendosi spingere il sindacato giurisdizionale fino alla sostituzione delle valutazioni compiute della stazione appaltante in assenza di macroscopiche illogicità.

6.- Alla pubblica udienza del 10 giugno 2021, a seguito di scambio di memorie, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è infondato e, può prescindere pertanto dall'esame dell'eccezione di irricevibilità del ricorso introduttivo di primo grado e dei motivi aggiunti e dell'eccezione di inammissibilità sollevate dall'Azienda appaltante.

1.1.- Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è immune dai vizi denunciati e l'esito della verifica non presenta macroscopiche illogicità ed arbitrarietà.

1.2.- Va premesso che secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, il giudizio di anomalia costituisce espressione di tipico potere - tecnico discrezionale riservato alla Pubblica Amministrazione, insindacabile in sede giurisdizionale se non per manifesta erroneità, irragionevolezza e/o inadeguatezza dell'istruttoria, senza che possa essere sostituita alla verifica compiuta dall'Amministrazione una autonoma valutazione di congruità delle offerte da parte del concorrente controinteressato o del giudice (cfr. tra le tante, C.d.S. A.P. 29.12.2012,

n. 36, Sez. V, 28.10.2019, n. 7391; 12.2.2020, n. 1066; Sez. III 19.9.2019, n. 6248 e 29.3.2019, n. 2079).

Inoltre, l'esame dell'offerta anomala va condotto complessivamente e non per singole voci, con giudizio globale e sintetico, al fine di valutarne la serietà e affidabilità nel suo complesso ed eventuali inesattezze o inadeguatezze di singole voci sarebbero irrilevanti ai fini dell'esclusione dalla gara (C.d.S., Sez. V, 18.12.2018, n. 7129; 29.1.2018, n. 589).

1.3.- Alla luce di tali consolidati principi interpretativi, va ritenuto legittimo il giudizio di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria formulato dalla stazione appaltante.

Circa l'affermata inadeguatezza dell'istruttoria in ordine alla resa oraria (specie con riguardo alle aree ad alto rischio) è condivisibile la sentenza appellata secondo cui l'Amministrazione, che non ha indicato un numero minimo di ore di servizio, nel determinare l'importo a base di gara pari ad euro 20.082.600,00 ha stimato i costi della manodopera, ai sensi dell'art. 23, comma 16, del codice dei contratti, in euro 10.567.117,60, e tale stima è stata condotta tenendo conto, sulla base delle tabelle ministeriali, di un certo numero di ore e di una resa oraria media, in funzione di tutti i livelli di rischio e per metro quadrato.

Sulla base di questo parametro certo, l'offerta dell'aggiudicataria per la voce costo della manodopera (pari ad euro 11.318.824,93, oltre euro 128.364,38 di riserva) appare più che congrua, a prescindere dal numero di ore lavorate per i 60 mesi di contratto, a meno di voler considerare incongrua la stessa stima posta a base di gara (censura che però le ricorrenti non svolgono).

Tale decisivo argomento, fa ritenere irrilevanti i rilievi delle ricorrenti circa l'inidoneità del numero di ore offerto dall'aggiudicataria e della resa oraria in quanto difformi dalle tabelle redatte dall'associazione AFIDAMP che non sono stati assunti a parametro di riferimento dalla lex di gara.

Neppure vale a superare tale argomento il riferimento delle ricorrenti alle decisioni di questa Sezione che hanno ritenuto utile parametro di riferimento le tabelle AFIDAMP per orientare le valutazioni del seggio di gara (sentenza n. 4478/2020).

Nel caso in esame, si ribadisce, non si è in presenza di uno scostamento *in pejus* del costo previsto dall'offerta "anomala" rispetto alla medesima voce della base d'asta e la perizia ha dato atto della coerenza del numero di operatori e delle ore dichiarate rispetto al servizio da svolgere e all'organizzazione del servizio proposta, oltre che del rispetto delle tabelle ministeriali e dei trattamenti salariali minimi contemplati dal CCNL di settore.

2.- Con altro motivo, le ricorrenti censurano l'offerta dell'aggiudicataria per non aver computato alcune voci di costo (costo di materiali che sarebbe stato quantificato in modo insufficiente, secondo un calcolo del tutto parziale).

Le ricorrenti asseriscono che il costo di fornitura dei pannetti, sostituiti ogni 20 mq, che nell'offerta Dussmann è indicato in euro 2,05, realisticamente avrebbe dovuto calcolarsi

invece in euro 7 cadauno, per un totale di 15.360 pannetti, con spesa complessiva annuale di euro 107.520 e non di 42.000 euro.

La controinteressata, di contro, ha fornito adeguata giustificazione del minor costo ipotizzato attraverso la produzione del preventivo del fornitore ICA System ed ha argomentato nel senso che per alcune aree di medio e basso rischio è previsto l'utilizzo di macchinari lavasciuga/spazzatrici per attività di detersione e disinfezione che consente di risparmiare il 15% del numero di pannetti, i quali sono stati comunque cautelativamente quantificati senza tener conto di tale riduzione.

Il Collegio non può che ribadire l'irrelevanza della censura che mira a dimostrare l'inattendibilità di singole voci di costo, tanto più allorché si tratti di voci di costo "secondarie" nell'economia dell'appalto, come nel caso dell'affidamento dei servizi di pulizia in cui la voce di gran lunga più considerevole è rappresentata dal costo della manodopera, mentre il valore di altre componenti non è idoneo a far venir meno la complessiva efficienza e utilità del servizio per la stazione appaltante, né la convenienza e l'utile per l'affidataria in modo complessivamente significativo.

Peraltro, come osserva la stazione appaltante, alcune voci di costo contestate sono ricomprese nell'offerta (vedi l'acquisto di trasmettitori, smartphone e gestione del software CollegaMe, pari a euro 10.000 annue, ricompreso nel canone di noleggio dei carrelli applicato dalla ditta produttrice); oppure le voci di costo sono state stimate in modo coerente al tipo di interventi proposti (intervento di implementazione dei locali lavanderia mediante parete in cartongesso e acquisto lavatrici per importo complessivo di 43.000 euro e trattamento/recupero acque reflue; sistema AOP-RIL per un importo di 12.000 euro, il cui costo di acquisto ricomprende anche la fornitura e posa in opera – cfr. giustificazioni del 25.6.2020).

3.- Con riguardo al subprocedimento per la verifica dell'anomalia dell'offerta, si osserva che la richiesta di consulenza esterna da parte del RUP rientra nella scelta discrezionale dello stesso, cui è affidata la detta verifica, non essendo il giudizio di congruità di competenza della Commissione di gara, le cui incombenze sono limitate alla valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico ex art. 77 D.lgs n. 50/2016 (Sez. III 5.6.2020, n. 3602).

Ove il RUP ritenga necessario per la verifica di un elemento di particolare complessità approfondire l'istruttoria avvalendosi dell'ausilio di un tecnico esterno specializzato, ben può adottare tale soluzione e non è obbligato a rivolgersi alla Commissione o a dipendenti interni (C.d.S. Sez. V, 13.11.2019, n. 7805; sez. III 5.6.2020 n. 3602).

Non ritiene il Collegio che l'art. 23 del disciplinare di gara possa interpretarsi nel senso di vincolare il RUP ad avvalersi esclusivamente della Commissione per la verifica dell'offerta anomala, atteso che la norma precisa che il RUP si avvale della Commissione "se ritenuto necessario".

La norma diversamente interpretata restringerebbe illegittimamente i poteri istruttori del RUP.

3.1. - Neppure può sostenersi fondatamente che l'aver preso atto delle risultanze del parere

tecnico da parte del RUP equivalga a spogliarsi della propria competenza o recepirne acriticamente le conclusioni: il RUP ha manifestato di condividere le valutazioni tecniche del consulente e, a tal fine, non si richiede una diffusa motivazione, che sarebbe, viceversa, necessaria, secondo le regole generali, ove il parere tecnico acquisito venisse disatteso (C.d.S. Sez.III, 20 maggio 2020, n. 3207).

D'altra parte, come rileva anche il primo giudice, l'acquisizione di parere tecnico presuppone una specifica competenza i cui esiti, salvo macroscopiche illogicità o errori, non si vede come potrebbero essere disattesi dal Responsabile del procedimento che tali specifiche competenze ammette di non possedere per il fatto stesso di risolversi ad avvalersi di un esperto.

Va, peraltro, osservato che il consulente esterno è stato nominato in seconda battuta, a seguito della richiesta di seconde giustificazioni il 9 giugno 2020 esclusivamente sul costo della manodopera; mentre in una fase precedente le giustificazioni prodotte in data 28.5.2020 erano state esaminate dal RUP, che ha ritenuto di dover approfondire esclusivamente l'ulteriore aspetto del costo della manodopera (cfr verbale n. 12 del 19.5.2020 e nota del 5.6.2020 del RUP All 1 prodotto dall'Azienda in I grado).

E' inammissibile per genericità e difetto di interesse, peraltro, la censura concernente la mancata esternazione dei criteri che hanno presieduto alla scelta del professionista incaricato, che è avvenuta in assenza di risorse interne dotate di adeguata competenza tecnica ed è caduta su commercialista e consulente del lavoro, sicuramente competente a svolgere le valutazioni in materia di costo del lavoro, le uniche valutazioni "delegate" dal RUP con la nota del 5.6.2020, come emerge dal testo della stessa relazione tecnica.

4.- In conclusione, l'appello va rigettato.

5.-Le spese di giudizio si compensano tra le parti, in considerazione delle questioni trattate.

P.Q.M.

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