bblicato il 26/03/2021

N. 02580/2021REG.PROV.COLL.

N. 01450/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.
sul ricorso numero di registro generale 1450 del 2021, proposto da
Markas S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Adami, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Corso d'Italia n. 97;

contro

Regione Lazio, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Fiammetta Fusco, domiciliata ex lege in Roma, via Marcantonio Colonna n. 27;

e con l'intervento di

Copernico Società Consortile per Azioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Nico Moravia e Marco Giustiniani e domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Bocca di Leone n. 78;

per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) n. 1196/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Lazio;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dalla ricorrente incidentale Copernico Società Consortile per Azioni;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 marzo 2021 il Cons. Raffaello Sestini e uditi per le parti gli avvocati partecipanti come da verbale d'udienza;

Dato atto, altresì, della presenza, ai sensi di legge, degli avvocati delle parti come da verbale dell'udienza;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1 - Markas S.r.l. appella la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio –Roma, Sez. III quater, n. 1196/2021 pubblicata in data 28 gennaio 2021, che ha respinto il suo ricorso per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, della determinazione della Direzione Centrale Acquisti della Regione Lazio n. G12026 del 16.10.2020, resa nota con comunicazione prot. n. 896585 del 20.10.2020, recante ad oggetto "Gara comunitaria centralizzata a procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione occorrente alle Aziende Sanitarie e Ospedaliere della Regione Lazio, e del provvedimento di aggiudicazione per un importo complessivo pari ad € 302.288.579,79 i.e.", con la quale si deliberava l'aggiudicazione in favore di Copernico Società Consortile per Azioni del lotto n. 15–IFO, oggetto del giudizio.

2 – In particolare, con determinazione G17709 del 19.12.2017 la Regione Lazio ha indetto una gara centralizzata a procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione occorrente alle Aziende Sanitarie della Regione Lazio suddivisa in 17 lotti, aggiudicata con determinazione G12026 del 16.10.2020, oggetto di comunicazione ai sensi dell'art. 76 del d.lgs. 50/2016 in data 20.10.2020.

2.1 - Con ricorso proposto innanzi al Tar la società Markas, seconda in graduatoria nel Lotto 15- IFO, ha contestato l'aggiudicazione di tale lotto a Copernico Società Consortile per Azioni, chiedendo l'annullamento, previa sospensiva, degli atti di gara. La Regione Lazio si è costituita in giudizio evidenziando l'inammissibilità ed infondatezza del ricorso. Anche la società contro interessata si è regolarmente costituita in giudizio, proponendo inoltre ricorso incidentale.

2.2 - Con la sentenza n. 1196 del 28 gennaio 2021 il Tar ha rigettato il ricorso principale, dichiarando improcedibile quello incidentale, ed ha condannato la ricorrente a rifondere le spese legali sia alla stazione appaltante che alla contro interessata per complessivi 7.000 Euro oltre ad IVA ed accessori.

2.3 – La ricorrente ha quindi proposto appello, chiedendo l'annullamento o la riforma della predetta sentenza per la parte in cui ha respinto le sue censure di primo grado, come riproposte in appello.

2.4 - Si sono costituite anche in secondo grado l'Amministrazione e la contro interessata aggiudicataria, che ha inoltre proposto appello incidentale, per la parte in cui il TAR non ha ritenuto di dover preliminarmente esaminare il suo appello incidentale escludendo la ricorrente principale dalla gara.

3 - Il Collegio ritiene possibile definire l'appello principale con sentenza succintamente motivata, avendone data previa comunicazione alle parti presenti in camera di consiglio.

4 – In particolare, la manifesta non fondatezza dell'appello principale ne consente, a giudizio del collegio, la reiezione già nella presente fase cautelare, conseguendone l'improcedibilità, ma prima ancora la non rilevanza ai fini della decisione, dell'appello incidentale, proposto in via dichiaratamente cautelativa e residuale dalla contro interessata.

5 – Le censure dedotte con l'appello principale si rivelano infatti non fondate.

6 - Con il primo motivo di appello viene riproposto il primo motivo dedotto innanzi al Tar, sostenendo che il Giudice di primo grado lo abbia non correttamente respinto. Con il motivo in esame, in particolare, si sosteneva che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per aver taciuto, in fase di gara, il sopravvenuto fallimento della società ausiliaria Unilabor Soc. Consortile, pur se ciò avrebbe determinato la perdita del requisito di capacità tecnica e professionale previsto dall'art. 5, punto 8, del disciplinare di gara, ovvero "aver stipulato/avere in corso nell'ultimo triennio antecedente la pubblicazione della gara sulla

GURI almeno due contratti aventi ad oggetto il servizio di pulizia e sanificazione presso strutture sanitarie pubbliche o private".

Dunque, poiché la Copernico, pur avendo notizia del fallimento della Unilabor, nulla avrebbe comunicato, la Stazione appaltante avrebbe dovuto escludere l'aggiudicataria, vertendosi nella specie non già nell'ipotesi "in cui l'aggiudicatario ha richiesto la sostituzione dell'ausiliaria", bensì nella diversa ipotesi di "perdita dei requisiti in corso di gara non dichiarata dall'ausiliario".

6.1 - In realtà, l'art. 89, comma 3, D.lgs. 50/2016, prevede che "la stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione". E' quindi previsto che la verifica dei requisiti debba essere eseguita dalla Stazione appaltante in via diretta e d'ufficio e che, quando, nel corso di tali verifiche, venga accertata la sussistenza di cause di esclusione in capo alla ausiliaria, la Stessa stazione appaltante debba assegnare un termine al concorrente al fine di consentirne la sostituzione.

6.2 - Ciò è quanto è accaduto nella specie, in quanto, in sede di verifica dei requisiti, la Stazione appaltante ha accertato la sussistenza di alcune condizioni in capo alla Unilabor Soc. Consortile ritenute ostative alla prosecuzione del ruolo di ausiliaria, e ha quindi assegnato termine di 15 giorni alla concorrente, che ha provveduto alla sostituzione dell'ausiliaria successivamente all'aggiudicazione ma comunque nella fase precedente l'esecuzione del contratto, quindi legittimamente secondo il principio di favor partecipationis (Cons. Stato, sez. V, 26.04 2018, n. 2527).

6.3 - L'avvalimento, che consente a qualunque operatore economico di soddisfare il possesso di taluni requisiti di partecipazione, economici, finanziari, tecnici e professionali, previsti dalla lex specialis, utilizzando risorse umane e strumentali che altre imprese si impegnano a mettere a sua disposizione (art. 89, comma 1, d.lgs. 50 del 2016) costituisce infatti un "istituto del tutto innovativo" (Cons. Stato, III, 25.11.2015, n. 5359), che consente la sostituzione dell'ausiliaria anche nell'ambito di rapporto tra imprese scaturito dalla stipulazione di un contratto di avvalimento ed anche nella fase precedente l'esecuzione del contratto (Cons. Stato, sez. V, 3.01.2019, n. 69; V, 26.04 2018, n. 2527; V, 21.02.2018, n. 1101).

7 - Con il secondo motivo di appello, si ripropone il secondo motivo dedotto innanzi al Tar, sostenendo che l'offerta economica formulata dall'aggiudicataria non poteva essere ritenuta congrua, contestandosi la valutazione di congruità effettuata da parte della Stazione Appaltante per difetto di istruttoria e di motivazione, con particolare riferimento alla indebita modifica del costo della manodopera indicato in sede di offerta (€ 7.311.227,39), rispetto alla fase di verifica dell'anomalia (€ 6.952.898,37), alla incongruità del costo della manodopera destinato alle figure di coordinamento ed alla rideterminazione di alcune voci di spesa (spese generali, costi di materiali e prodotti).

7.1 – Considera peraltro il Collegio che la Difesa dell'amministrazione argomenta dettagliatamente la congruità della verifica istruttoria svolta, che ha consentito di concludere motivatamente per la non anomalia dell'offerta a seguito di un'attività di analisi, che non può che riguardare – come sottolineato da consolidata giurisprudenza - la valutazione circa l'attendibilità e la congruità dell'offerta nel suo complesso, nell'ambito dell'ampia discrezionalità riconosciuta, sotto la propria responsabilità, alla Stazione Appaltante e senza palesare evidenti vizi logici di irragionevolezza apprezzabili da questo giudice.

7.2 – non può quindi essere accolta la censura di eccesso di potere della Stazione Appaltante per difetto di istruttoria e di motivazione, né relativamente alla variazione del prezzo della manodopera indicato a seguito della prima richiesta di giustificativi (€ 6.952.898,37) e quello riportato in sede di offerta e giustificato a seguito della seconda richiesta (€ 7.311.227,39) che risulta congruamente motivato dall'integrazione delle tabelle ministeriali tenendo conto dei benefici specifici che consentono di ottenere

una marginalità pari a € 358.329,01; né quanto alla limitazione dei costi della manodopera a quelli relativi allo svolgimento dei servizi operativi di pulizia e disinfestazione, senza dunque comprendere le attività di coordinamento e controllo, risultando imputabili i relativi costi alla voce "Costi Direzionali e Migliorie Offerte", comprendenti le ore integrative per la gestione dell'appalto da parte di quattro figure professionali indicate in sede di gara (Direttore d'Area, Responsabile della Qualità, Responsabile della Sicurezza e Supervisore Responsabile), con la previsione per tre delle quattro figure professionali indicate di esternalizzazione a soggetti terzi; né, infine, quanto alla dedotta modifica di alcune voci di costo con il solo fine di compensare eventuali extra-costi generati dalla giustificazione dei costi della manodopera e dell'attività di coordinamento e controllo, avendo al riguardo la stazione appaltante chiesto specifiche integrazioni anche riguardo ad altre voci di costo (costi di trasporto, costi per macchinari e attrezzature) ai fini della verifica della non complessiva anomalia, e quindi della sostenibilità, dell'offerta risultata più conveniente e quindi migliore, a seguito del confronto in gara, rispetto all'offerta dell'odierna appellante.

8 - Il terzo motivo di appello ripropone il terzo motivo innanzi al Tar, affermando l'evidente inaffidabilità di un progetto tecnico che prevedrebbe lo svolgimento del servizio appaltato con una struttura di soli cinque dipendenti.

8.1 – Neppure la predetta censura può essere peraltro accolta, avendo il giudice di primo grado correttamente considerato che il disciplinare di gara, nel rispetto dell'art. 50 del D.Lgs 50/2016 relativo alle clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale già impiegato nei servizi ad alta intensità di manodopera, quale è il servizio di pulizie, prevedeva che: "Nel rispetto di quanto previsto all'art. 50 del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i. sui servizi ad alta intensità di manodopera, si applicano le disposizioni previste dalla contrattazione collettiva in materia di riassorbimento del personale, in armonia con i principi di libera impresa e contemperate con le mutate condizioni del nuovo appalto ed il contesto di mercato in cui si inseriscono. A tal riguardo, si rappresenta che nel Sub Allegato C "Addetti", è riportato, per ciascuna Azienda Sanitaria Contraente, il numero complessivo di addetti attualmente impiegati nel servizio di pulizia per livello di inquadramento e ore da contratto settimanali. Le Ditte concorrenti, in aggiunta alle altre dichiarazioni rese, devono compilare il Modello 1.2 dell'Allegato 1 - Schema dichiarazioni amministrative, con cui si impegnano a presentarsi, entro e non oltre 10 (dieci) giorni dall'aggiudicazione, presso l'Associazione territoriale cui avranno conferito mandato o, in assenza, presso la Direzione del Lavoro competente, per un esame congiunto con le Organizzazioni Sindacali sopra menzionate, finalizzato all'armonizzazione delle esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali, delle condizioni contrattuali in essere delle risorse già utilizzate nello svolgimento dei servizi oggetto di gara."

8.2 - L'aggiudicataria ha pertanto formulato la propria offerta prevedendo l'assorbimento di tutte le 92 risorse attualmente impiegate presso l'IFO (lotto 15).

9 – In conclusione, l'appello principale deve essere respinto, conseguendone l'improcedibilità dell'appello incidentale. Le spese seguono la soccombenza nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), respinge il ricorso in appello principale

(R.G. n. 202101450) e per l'effetto dichiara improcedibile il ricorso in appello incidentale.

Condanna l'appellante principale al pagamento delle spese del presente grado di giudizio in favore della Stazione appaltante e della aggiudicataria contro interessata, liquidate rispettivamente in Euro 5.000,00 (cinquemila) oltre ad IVA, CPA ed accessori di legge.

Così deciso nella camera di consiglio svolta secondo modalità telematiche del giorno 18 marzo 2021 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

Raffaello Sestini **Franco Frattini**

IL SEGRETARIO