

Pubblicato il 12/07/2021

N. 04806/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00974/2021 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 974 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da Bourelly Health Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Mirko Polzone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Ospedaliera Universitaria – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Teresa Nicoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

So.Re.Sa. S.p.A. non costituito in giudizio;

Campania Emergenza S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Massimo Scalfati, Stefano La Marca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per l'annullamento

a – della delibera del Direttore Generale della A.O.U. Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli” n. 69 dell'1.02.2021, successivamente comunicata, con la quale si è disposta la aggiudicazione del servizio triennale di trasporto degli infermi in favore della Campania Emergenza S.r.l.;

b – di tutti i verbali di gara (n. 1 del 19.01.2021, n. 2 del 26.01.2021, n. 3 del 28.01.2021), nella parte in cui non hanno disposto la esclusione della Società Campania Emergenza S.r.l.;

c - di tutti gli atti presupposti, anche istruttori, collegati, connessi e consequenziali;

nonché per l'accertamento

del diritto della ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto ed al subentro nell'affidamento, anche previa declaratoria di inefficacia del contratto, ove medio tempore stipulato.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Campania Emergenza S.r.l. il 6/4/2021:

AVVERSO E PER L'ANNULLAMENTO

- della delibera del Direttore Generale della A.O.U. Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli" n. 69 dell'1.02.2021, nella parte in cui nell'approvare gli atti ed i verbali di gara ammette, anziché escludere dalla relativa procedura di gara, la Bourelly Health Service

s.r.l.;

- di tutti gli atti e verbali di gara redatti dal Seggio di gara ed in particolare quello del 7.1.2021, nella parte in cui ammette, anziché escludere, la Bourelly Health Service s.r.l.;

- di tutti gli atti e verbali di gara redatti dalla Commissione giudicatrice (n. 1 del 19.01.2021, n. 2 del 26.01.2021, n. 3 del 28.01.2021) nella parte in cui si ammette, anziché escludere, la Bourelly Health Service s.r.l.;

- di tutti gli atti presupposti, anche istruttori, collegati, connessi e consequenziali;

- nonché per l'esclusione di Bourelly Health Service s.r.l. dalla procedura di gara indetta dall'A.O.U. Università degli

Studi della Campania "Luigi Vanvitelli" per l'affidamento del servizio triennale del trasporto infermi in ambulanza.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Campania Emergenza S.r.l. il 29/4/2021:

AVVERSO E PER L'ANNULLAMENTO

- della delibera del Direttore Generale della A.O.U. Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli" n. 69 dell'1.02.2021, nella parte in cui nell'approvare gli atti ed i verbali di gara ammette, anziché escludere dalla relativa procedura di gara, la Bourelly Health Service

s.r.l.;

- di tutti gli atti e verbali di gara redatti dal Seggio di gara ed in particolare quello del 7.1.2021, nella parte in cui ammette, anziché escludere, la Bourelly Health Service s.r.l.;

- di tutti gli atti e verbali di gara redatti dalla Commissione giudicatrice (n. 1 del 19.01.2021, n. 2 del 26.01.2021, n. 3 del 28.01.2021) nella parte in cui si ammette, anziché escludere, la Bourelly Health Service s.r.l.;

- di tutti gli atti presupposti, anche istruttori, collegati, connessi e consequenziali;

- nonché per l'esclusione di Bourelly Health Service s.r.l. dalla procedura di gara indetta dall'A.O.U. Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli" per l'affidamento del servizio triennale del trasporto infermi in ambulanza.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Universitaria – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli e di Campania Emergenza S.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Campania Emergenza S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nell'udienza pubblica del 30 giugno 2021, celebrata da remoto, la relazione del consigliere Paolo Corciulo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Bourelly Health Service s.r.l. ha impugnato innanzi a questo Tribunale, proponendo contestuale domanda cautelare, la deliberazione del Direttore generale della A.O.U. dell'Università degli Studi "Luigi Vanvitelli" n. 69 del 1° febbraio 2021 con cui è stata aggiudicata alla Campania Emergenza s.r.l. la procedura aperta per l'affidamento triennale del servizio di trasporto infermi, gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in cui la ricorrente si è classificata seconda alle spalle della controinteressata, unica altra concorrente.

Con il primo motivo si deduce che Campania Emergenza s.r.l. nel DGUE avrebbe omesso di dichiarare una precedente revoca di aggiudicazione, circostanza di rilievo ai fini della verifica della sua affidabilità professionale. Si trattava della decadenza dall'aggiudicazione disposta dall'Amministrazione Penitenziaria per non avere chiarito la veridicità di documentazione allegata all'offerta. Detta situazione rileverebbe sia come violazione dell'obbligo di portare a conoscenza della stazione appaltante tutte le circostanze utili a verificare l'affidabilità, sia come fatto intrinsecamente idoneo ad escludere il possesso di tale requisito, perché integrante la commissione di un grave illecito professionale.

Con il secondo motivo, sempre con riferimento alla vicenda descritta, si contesta che la controinteressata avrebbe reso una dichiarazione mendace nel proprio DGUE, avendo barrato la casella "No" nella Sezione C, alla domanda "si è reso colpevole di gravi illeciti professionali"; la circostanza rileverebbe come falso omissivo e non come omessa dichiarazione.

Con il terzo motivo si contesta che la stazione appaltante non avrebbe sottoposto l'offerta di Campania Emergenza s.r.l. a giudizio di anomalia, pur ricorrendone i presupposti di legge; pure sarebbe stata omessa l'obbligatoria verifica dei costi della manodopera, violazione resa ancora più grave dalla circostanza per cui si tratterebbe di un servizio human intensive.

Con la quarta censura si deduce che l'offerta di Campania Emergenza s.r.l. avrebbe sottostimato l'importo degli oneri di sicurezza aziendale; al riguardo, l'importo indicato, pari a €8.000,00 per il triennio, diviso per le unità di personale, indicate nel numero di 36, determinerebbe un valore di €6,17 mensili, ossia lo 0,33% sull'importo complessivo, assolutamente lontano dalle percentuali di riferimento elaborate nel cd. Protocollo ITACA che si attestano tra il 3% ed il 5%. In tal senso, applicando la formula ITACA si giungerebbe ad un importo di €8.377,33, superiore a quello indicato in offerta. Comunque, afferma la società ricorrente, l'importo di €6,17 pro capite, sarebbe insufficiente a coprire i costi per la sicurezza di personale impegnato ad operare in ambienti a forte rischio Covid 19. In ogni caso lo scostamento tra gli oneri di sicurezza indicati dalla ricorrente e quelli indicati dalla controinteressata sarebbe pari al 700%.

Con il quinto motivo si contesta che la differenza tra l'importo dell'offerta, pari ad €2.148.034,90 e quelli per gli oneri di sicurezza aziendale, pari ad €8.000,00 e per il costo della manodopera, di €1.913.616,84, ossia €226.418,06 sarebbe del tutto insufficiente a coprire gli ulteriori costi del servizio ed a giustificare l'utile aziendale. Infine, anche riguardo al costo della manodopera, deduce la società ricorrente che Campania Emergenza s.r.l. avrebbe in forze solo 15 dipendenti e non 36 come indicato nell'offerta; inoltre,

l'importo indicato, pari ad €1.913.616,84, sarebbe gravemente al di sopra del trattamento salariale minimo e dei costi tabellari.

Si sono costituiti in giudizio l'Azienda Ospedaliera e Campania Emergenza s.r.l., concludendo per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare, quest'ultima proponendo altresì ricorso incidentale.

In particolare, la stazione appaltante rilevato che avuto riguardo alla revoca disposta dall'Amministrazione Penitenziaria, sarebbe stata necessaria la previa iscrizione del fatto al casellario ANAC; con riferimento poi alla mancata verifica di congruità, detto accertamento sarebbe obbligatorio solo nell'ipotesi di presentazione di almeno tre offerte.

La società Campania Emergenza s.r.l. ha invece evidenziato che il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria ne aveva disposto l'esclusione in sede di verifica di congruità dell'offerta, cioè prima dell'aggiudicazione definitiva e non anche in fase di esecuzione contrattuale; in particolare, era accaduto che era stata richiesto dalla stazione appaltante di produrre documentazione volta a verificare la congruità dell'offerta, mai trasmessa per meri disguidi comunicativi. Di tale vicenda non era stata effettuata alcuna segnalazione all'ANAC, poichè la stazione appaltante, con propria valutazione discrezionale, non aveva ritenuto che si fosse concretizzata alcuna delle ipotesi di cui all'art. 80 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

Alla camera di consiglio del 16 marzo 2021, il Tribunale, con ordinanza n. 505/2021 ha fissato l'udienza pubblica di discussione per il 4 maggio 2021.

Con atto depositato in data 18 marzo 2021, la società ricorrente ha proposto motivi aggiunti, a seguito del deposito da parte della stazione appaltante della trasmissione della offerta tecnica della controinteressata in data 15 febbraio 2021.

Muovendo dichiaratamente dai dati dell'offerta economica di Campania Emergenza s.r.l. la società ricorrente deduce che in base alle tabelle ministeriali per le cooperative sociali del servizio socio-assistenziale gli oneri della sicurezza sarebbero pari a €200,00 annui per ciascun operatore sanitario; ebbene, detto importo, moltiplicato per il numero degli addetti indicato in offerta da Campania Emergenza s.r.l., pari a 36 unità, determinerebbe un costo triennale complessivo per la sicurezza pari a €21.600,00, ben superiore a quello specificato di €8.000,00; ciò, anche a voler considerare il solo personale dedicato ai servizi fissi e non quello a chiamata.

Con altra censura, parte ricorrente denuncia l'incongruità del costo della manodopera per contrasto con il trattamento salariale minimo previsto dalle tabelle ministeriali che, per la categoria B1, indicano il costo orario di €18,65; il costo orario indicato dalla società ricorrente è stato invece pari a €13,25, secondo le conclusioni di una perizia di parte, e comunque di €14,01 come esposto da Campania Emergenza s.r.l. nella sua offerta. In ogni caso, i costi della manodopera indicati non coprirebbero nemmeno quelli ritraibili dalle tabelle dei minimi inderogabili del CCNL ANPASS.

Si sono costituiti in giudizio sui motivi aggiunti sia l'Azienda Universitaria resistente che Campania Emergenza s.r.l., entrambe eccependo l'irricevibilità dei motivi aggiunti.

Con ordinanza n. 605, adottata all'esito della camera di consiglio del 30 marzo 2021, il Collegio ha respinto la domanda cautelare e ribadito la fissazione dell'udienza pubblica del 4 maggio 2021.

In data 6 aprile 2021, Campania Emergenza s.r.l. ha proposto ricorso incidentale impugnando gli atti di gara nella parte in cui è stata disposta l'ammissione della ricorrente principale.

Con il primo motivo si deduce che la società ricorrente avrebbe dichiarato in offerta di svolgere il servizio con appena 20 unità, da destinare sia alle ambulanze che ai pulmini, mentre le caratteristiche minime del progetto di servizio redatto dalla stazione appaltante, valori inderogabili, avrebbero imposto l'utilizzo di 25,74 unità.

Con il secondo motivo di ricorso incidentale si contesta la mancata valutazione da parte della stazione appaltante della circostanza, pur dichiarata dalla ricorrente principale, di avere subito una risoluzione contrattuale con una ASL di Roma; circostanza, tra l'altro, solo genericamente indicata, in modo tale da impedire ogni accertamento in proposito; né rilievo avrebbe la circostanza per cui i relativi provvedimenti sarebbero attualmente sub iudice.

Con l'ultimo motivo di ricorso incidentale si deduce che la società ricorrente principale non avrebbe indicato nel proprio DGUE l'avvenuta cessazione di efficacia di un contratto di subappalto con la Croce Rossa Italiana dichiarata dalla ASL NA 1 Centro.

In prossimità dell'udienza di discussione del 4 maggio 2021, in vista della quale sono state depositate memorie conclusionali – con cui si è eccepita da parte di Campania Emergenza s.r.l. l'improcedibilità del ricorso principale per omessa impugnazione dell'atto di dichiarativo di efficacia della aggiudicazione, nonché l'inammissibilità per omessa impugnazione del verbale del 7.1.2021 e per abuso del diritto - e di replica, la controinteressata ha proposto motivi aggiunti al ricorso incidentale, notificati in data 28 aprile 2021 e depositati il giorno successivo.

Con i motivi aggiunti al ricorso incidentale, scaturiti dall'accesso a documentazione di gara resa disponibile dal 15 aprile 2021, la società controinteressata deduce che la ricorrente principale avrebbe reso una falsa dichiarazione in merito al possesso di tutte le necessarie autorizzazioni per i mezzi da usare per lo svolgimento del servizio; invero, relativamente a 5 automezzi sui 10 dichiarati, alla data del 19 novembre 2020, epoca di presentazione del DGUE e della offerta tecnica, sarebbe stato falsamente dichiarato il possesso delle DD di autorizzazione provvisoria e la licenza di esercizio.

All'udienza pubblica del 30 giugno 2021, celebrata da remoto ed in vista della quale sono state depositate memorie conclusionali e di replica, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Occorre preliminarmente respingere l'istanza di differimento della trattazione presentata dalla difesa di Campania Emergenza s.r.l. nella memoria depositata in data 17 giugno 2021 e motivata dalla necessità di acquisire documentazione in possesso della ASL Na 1 e rilevante ai fini della verifica della legittimità della partecipazione alla gara della ricorrente principale, questione che ha costituito oggetto di ricorso in materia di accesso pendente innanzi alla V Sezione di questo Tribunale. Al riguardo, ritiene il Collegio che la causa sia matura per la decisione, per cui non è necessaria l'acquisizione della documentazione de qua, anche in considerazione della sussistenza dell'opportunità di non differire oltre la decisione di una controversia da trattarsi con rito speciale accelerato.

Muovendo dall'esame del ricorso introduttivo, ritiene il Collegio di prescindere dall'esame delle eccezioni sollevate al riguardo, essendo lo stesso privo di fondamento.

Quanto al primo motivo di impugnazione, va evidenziato che le contestazioni della società ricorrente non operano alcun riferimento a fattispecie di falsa dichiarazione del concorrente, essendo stata piuttosto denunciata un'ipotesi di omessa dichiarazione di un fatto che si assume integrare un grave illecito professionale, segnatamente la decadenza dall'aggiudicazione di una precedente gara; fatto, questo, da intendersi quale comportamento dell'operatore economico a cui ha fatto seguito la successiva adozione di un provvedimento decadenziale dell'amministrazione.

Il problema che sorge nell'esaminare la questione sollevata con il motivo in scrutinio riguarda la perimetrazione degli obblighi informativi del concorrente e la definizione dell'ambito di accertamento da parte del giudice, tanto sul presupposto che occorre tracciare una linea di confine tra la discrezionalità della stazione appaltante nel verificare la rilevanza del fatto della cui omessa comunicazione si tratti e la

qualificazione del medesimo come suscumbibile nella fattispecie normativa invocata per dolersi della mancata esclusione della controinteressata.

In proposito, l'art. 80, quinto comma del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 impone l'esclusione del concorrente ove: c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si e' reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrita' o affidabilita'; c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio, oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione; c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento, ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravita' della stessa.

Non rilevano nella fattispecie in esame, invece, le differenti ipotesi di cui all'art.80, quinto comma del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 che sanciscono l'esclusione diretta dell'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere (lettera f bis) e di quello iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti (lettera f ter). Difatti, come accennato, la contestazione non concerne un'ipotesi di falsa dichiarazione, nel senso di "immutatio veri", dal momento che si deduce la mancata rappresentazione di un fatto (qualificato da parte ricorrente come decadenza dall'aggiudicazione) che avrebbe inciso sul procedimento di gara, trattandosi di un grave illecito professionale, tale da imporre l'esclusione diretta di Campania Emergenza s.r.l.

La soluzione della controversia impone piuttosto di risolvere il problema dell'individuazione di quei fatti o comportamenti che il concorrente sia obbligato a rappresentare alla stazione appaltante, onde consentire a questa di verificare la sussistenza di quelle condizioni ostative alla partecipazione alla gara di cui all'art. 80, comma quinto, lettere c), c bis) e c ter) del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

Con riferimento al caso di specie deve essere preliminarmente esclusa la ricorribilità dell'ultima fattispecie citata, dal momento che la vicenda che ha riguardato la controinteressata ed alla quale si riferisce parte ricorrente è consistita nell'esclusione di Campania Emergenza s.r.l. da una gara (qualificata come ritiro di aggiudicazione provvisoria) e, quindi, in una condotta ad esclusiva rilevanza endoprocedimentale e non anche in problematiche di corretta esecuzione di un contratto già stipulato, non mancando il Collegio di evidenziare come le prescrizioni normative de quibus siano di stretta interpretazione.

Pertanto, volendo unificare concettualmente le due ipotesi residue, ossia quelle di cui alle lettere c) e c bis), occorre chiarire cosa debba intendersi per grave illecito professionale, tenuto conto che la relativa omessa rappresentazione può essere intesa come informazione dovuta ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, ai sensi della lettera c bis) dell'art. 80 citato.

Osserva il Collegio che, sebbene non si tratti di un'omissione direttamente escludente, a monte sorge pur sempre l'interrogativo pregiudiziale in ordine alle circostanze di fatto che il concorrente sia tenuto a rappresentare, tanto al fine di escludere o configurare una sua condotta procedimentale di tipo omissivo. Al riguardo, si tenga altresì conto che si tratta di una valutazione che la norma rimette al solo concorrente, su cui, prima di ogni possibile interlocuzione procedimentale con la stazione appaltante, incombe l'onere di individuare pregresse condotte gestionali ed operative che potrebbero avere rilevanza ai fini della sua legittima partecipazione alla gara.

Ebbene, se è vero che parte della giurisprudenza è orientata nel senso di imporre al concorrente di rappresentare alla stazione appaltante ogni circostanza utile al fine di verificarne l'affidabilità dal punto di vista professionale, è anche vero che tale criterio rischia di essere eccessivamente generico, proprio rispetto alla pretesa normativa di imporre obblighi informativi specifici individuabili a priori in capo all'operatore economico; si tenga anche conto che questi tenderà verosimilmente a limitare nella maggior misura possibile la rappresentazione di eventi a sé sfavorevoli, con il rischio che la stazione appaltante resti all'oscuro di circostanze rilevanti a fini partecipativi, non altrimenti conoscibili nemmeno attraverso la consultazione di banche dati o registri ufficiali. D'altra parte, l'esigenza di non aggravare gli oneri partecipativi suggerisce di ricercare un criterio oggettivo rilevatore di fatti potenzialmente suscettibili di essere qualificati come gravi errori professionali, in primis da parte del concorrente, offrendo una soluzione che tenga conto della sussistenza di elementi minimi indiziati in tal senso; diversamente opinando, si rischierebbe di perdere ogni possibilità di perimetrazione di tale categoria, sia dal punto di vista concettuale che contenutistico.

Del resto, occorre escludere l'esistenza di una piena coincidenza tra la categoria dei fatti qualificabili - tra l'altro ex post ed a giudizio della stazione appaltante procedente - come grave illecito professionale e quella inerente al contenuto di obblighi informativi imposti al concorrente a fini di partecipazione.

Un primo elemento utile di rilevanza oggettiva del fatto può essere costituito dalla circostanza per cui la condotta in contestazione abbia interessato un soggetto pubblico; infatti, se è vero che, non ostandovi la lettera della norma, anche comportamenti serbati nei confronti di soggetti privati potrebbero integrare gli estremi di un grave illecito professionale, è altrettanto vero che nel caso di specie si tratta esclusivamente di definire la sussistenza di un obbligo informativo specifico a carico del concorrente; pertanto, appare regola proporzionata di condotta procedimentale il doversi riferire il fatto indiziante a rapporti o vicende riguardanti soggetti ed enti pubblici, fermo restando che nulla impedisce alla stazione appaltante di valutare altre fattispecie, in altro modo acquisite, ad esempio spontaneamente o da parte di terzi concorrenti, la norma esigendo solo il soddisfacimento di un adeguato onere dimostrativo.

Ulteriore elemento indiziante può essere costituito dal concreto documento arrecato all'interesse pubblico dal comportamento scorretto dell'operatore economico, dal momento che un tale vulnus ben può indurre il ragionevole sospetto di trovarsi in presenza di un soggetto non meritevole di porsi come potenziale contraente di un soggetto pubblico. In proposito, si osservi che mentre è la stessa norma di cui all'art. 80, quinto comma, lettera c ter) del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, a ritenere sintomo di inaffidabilità l'avere tenuto l'operatore economico una condotta inadempiente nella fase di esecuzione di un rapporto contrattuale, una simile qualificazione manca per vicende occorse all'interno di un procedimento di gara; ciò, verosimilmente, perché il legislatore per queste non ha ritenuto di introdurre una presunzione legale di inaffidabilità; del resto, l'esclusione da una gara è già una misura volta a protezione della legittimità del procedimento di selezione e, quindi, dell'interesse pubblico che costituisce predicato di imparzialità, ricadendo ogni conseguenza sfavorevole solo sull'operatore economico che ne sia stato colpito; sebbene anche in questo caso si possa osservare che ben possono sussistere casi in cui la condotta procedimentale di un concorrente possa aver determinato un pregiudizio al corretto e tempestivo svolgimento di un procedimento di gara, anche qui si può rilevare che l'indagine riguarda esclusivamente l'individuazione di un'oggettiva linea di confine degli obblighi informativi esigibili dal concorrente e non già la rilevanza di condotte da questo serbate ai fini della qualificazione come gravi illeciti professionali, fatti che la stazione appaltante potrà sempre valutare ove altrimenti conosciuti.

Dalle considerazioni che precedono si deve ritenere pertanto infondato il primo motivo di impugnazione, non sussistendo alcun obbligo di informazione da parte della controinteressata circa la sua esclusione dalla gara indetta dalla Amministrazione penitenziaria, né potendosi ritenere che, di per sé, tale estromissione possa - in assenza, tra l'altro dell'allegazione di ulteriori argomenti a sostegno di tale ipotesi da parte della società ricorrente - integrare gli estremi di un grave illecito professionale.

Nemmeno fondato è, di conseguenza, il secondo motivo di impugnazione, non sussistendo alcuna dichiarazione mendace di Campania Emergenza s.r.l. nella parte in cui nella documentazione di gara ha dichiarato di non essersi resa colpevole di gravi illeciti professionali, non potendo in alcun modo in tal senso definirsi la mera esclusione da una precedente gara, in assenza di specifiche circostanze da cui inferire la sussistenza di un concreto pregiudizio per la parte pubblica.

Con riferimento al terzo motivo, va esclusa la dedotta violazione di legge per mancato assoggettamento a verifica di congruità dell'offerta della controinteressata, dal momento che ai sensi dell'art. 97, terzo comma del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 tale obbligo sussiste solo in presenza di un numero di offerte ammesse pari o superiore a tre, ipotesi non ricorrente nel caso di specie; né parte ricorrente suffraga con idonee allegazioni l'ipotesi di una verifica da compiersi comunque per manifesta incongruità dell'offerta.

Quanto alla mancata verifica dei costi della manodopera ritiene il Collegio di aderire all'orientamento secondo cui «mentre l'aggiudicazione di un appalto si palesa illegittima ove l'aggiudicatario non abbia, nella sua offerta, indicato i costi della manodopera, ovvero ove tali costi siano inferiori ai minimi salariali stabiliti, l'eventuale mera mancata verifica di tali costi, riportati nell'offerta dell'aggiudicatario e non contestati, va ascritta al novero delle mere irregolarità procedurali non invalidanti di per sé. Si vuol dire che, per censurare l'aggiudicazione per il profilo dei costi di manodopera indicati dall'operatore aggiudicatario, parte ricorrente dovrebbe contestarne la sufficienza, eventualmente supportando tale contestazione con la prova della loro omessa verifica da parte della Commissione di gara. Di contro, non è sufficiente la mera mancata formalizzazione di tale controllo, in assenza di qualsiasi deduzione (supportata da elementi di prova) sul fatto che tale errore abbia prodotto conseguenze sostanziali». (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 1° luglio 2020, n. 2793); nel caso in esame, parte ricorrente non dimostra che il mancato controllo da parte della stazione appaltante ha determinato l'aggiudicazione della gara in favore di un'offerta i cui costi della manodopera siano insufficienti, tenuto altresì conto che l'importo dichiarato da Campania Emergenza è corrispondente a quello indicato all'art. 3 del disciplinare di gara, pari a € 1.913.616,84, valore la cui correttezza è rimasta incontestata; in tal senso, è anche la giurisprudenza richiamata dalla difesa di Campania Emergenza s.r.l. - sebbene in modo non del tutto aderente al testo letterale della sentenza citata - secondo cui «se la ratio dell'art. 95 comma 10 d.lgs. n. 50/2016 è quella di consentire alla stazione appaltante, in un'ottica acceleratoria e di massima tutela e protezione dei lavoratori, di procedere alla verifica della congruità del costo della manodopera proposto dai concorrenti in base alle previsioni contenute nelle tabelle ministeriali e nei contratti collettivi applicabili, appare ragionevole ritenere che detta valutazione debba essere ragguagliata ai costi dalla stessa stazione appaltante preventivamente valutati e posti a base di gara per l'esecuzione del progetto» (Consiglio di Stato III sezione, 5 giugno 2020 n. 3573).

Non può trovare accoglimento la quarta censura, alla luce della condivisibile giurisprudenza, secondo cui «una differenza di costo di poco conto (pari nella fattispecie, ad Euro 1.000,00) tra il costo per oneri aziendali di sicurezza indicato in sede di offerta economica e quello rettificato in sede di verifica della congruità costituisce una consentita rimodulazione di una singola voce dei costi per la sicurezza, sicuramente insuscettibile di modificare elementi essenziali dell'offerta e di variare in maniera significativa l'importo dei costi per la sicurezza e quello dei costi per il personale e, quindi, non è tale da minare l'affidabilità dell'offerta economica nel suo complesso». (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 21/03/2019, n. 3806); in effetti, con riferimento al caso di specie, la differenza per gli oneri di sicurezza aziendale sarebbe appena di €377,33 triennali rispetto ai calcoli elaborati nel protocollo ITACA, né parte ricorrente allega alcuna argomentazione in ordine ad una possibile incidenza di tale valore differenziale sulla complessiva congruità dell'offerta di Campania Emergenza s.r.l. Allo stesso modo, generico e non infirmante la congruità dell'offerta della controinteressata si rivela il riferimento operato dalla ricorrente ad un incremento dei costi di sicurezza aziendale legato al rischio di contagio Covid 19 per il personale.

Da ultimo, non merita condivisione il riferimento alla differenza tra l'importo per oneri di sicurezza aziendale indicati dalla ricorrente e quello espresso nell'offerta della controinteressata, dal momento che, secondo condivisibile orientamento «in sede di gara pubblica, riguardo agli oneri per la sicurezza interna, va innanzitutto precisato che la relativa congruità, riferita alla singola realtà aziendale, non può essere desunta dagli importi offerti dagli altri partecipanti alla procedura di gara e che nemmeno le tabelle ministeriali costituiscono un parametro uniforme per ciascun operatore economico del settore e dunque vincolante per la verifica di anomalia». (Consiglio di Stato sez. V , 6 luglio 2020 , n. 4308)

Passando al quinto motivo di impugnazione, va premesso che secondo condivisibile orientamento «nelle gare pubbliche grava su colui che voglia denunciare l'anomalia dell'offerta l'onere di allegare, con specifico e dettagliato motivo, quale sia il maggior costo complessivamente da sostenere per l'esecuzione della commessa e quale la sua incidenza sull'utile prospettato» (Consiglio di Stato sez. V , 19 aprile 2021 , n. 3167; Consiglio di Stato , sez. V , 30/11/2020 , n. 7554).

Va aggiunto che nel caso di specie l'accertamento della incongruità dell'offerta è direttamente rimesso alla sede giurisdizionale, essendo mancata una verifica da parte della stazione appaltante.

In proposito, parte ricorrente afferma che la differenza tra l'importo dell'offerta, pari ad €2.148.034,90 e quelli per gli oneri di sicurezza aziendale, pari ad €8.000,00 e per il costo della manodopera, di €1.913.616,84, ossia €226.418,06 sarebbe del tutto insufficiente a coprire gli ulteriori costi del servizio ed a giustificare l'utile aziendale.

Tale affermazione non si rivela assistita da un idoneo apporto probatorio, dal momento che l'affermazione di parte ricorrente per cui l'offerta di Campania Emergenza s.r.l. sarebbe in perdita di € 18.981,94, con riferimento all'intero periodo triennale di svolgimento del servizio è frutto di una stima dei costi effettivi di esecuzione, che si suppone essere di € 2.167.016,84, compiuta sulla base di valutazioni soggettive, prive di autonoma ed oggettiva rilevanza.

Infine, priva di pregio è anche la contestazione circa l'inidoneità dei costi per la manodopera rispetto ai valori tabellari di riferimento.

Innanzitutto, parte ricorrente non chiarisce perchè sarebbe incongrua l'offerta di Campania Emergenza s.r.l. nella parte in cui l'importo indicato per la manodopera, pari a €1.913.616,84, è superiore al trattamento salariale minimo e ai costi tabellari; in realtà, un problema di anomalia è riscontrabile piuttosto nell'ipotesi in cui le voci di costo siano sottostimate, dal momento che solo per valori inferiori a quelli reali è implicito sospettare che l'offerta possa essere in perdita e quindi inaffidabile. Né hanno pregio le considerazioni di parte ricorrente relativamente al personale da impiegare nell'esecuzione dell'appalto, indicato nell'offerta tecnica di Campania Emergenza s.r.l. in 36 unità, mentre quello in forze sarebbe solo di 15 elementi, come risultante dalla visura camerale e dai dati indicati nel DGUE; invero, il valore di riferimento su cui calcolare il costo della manodopera è solo quello indicato nell'offerta tecnica che è pari a 36 unità (cfr. allegato 10 al ricorso, pagine 86/89); infatti, nulla impedisce all'operatore economico di assumere o dedicare ulteriori unità di personale all'esecuzione di una specifica commessa oggetto di affidamento, purchè di tale configurazione sia data contezza e giustificazione nei dati di offerta.

Passando all'esame dei motivi aggiunti , con la prima censura parte ricorrente ha contestato che l'importo per gli oneri di sicurezza nel triennio sarebbe pari a 21.600,00, quindi superiore all'importo indicato da parte ricorrente in complessivi €8.000,00; tanto, in applicazione delle tabelle ministeriali per le cooperative sociali del servizio socio-assistenziale. A tutto concedere, anche a voler considerare solo le 31 unità lavorative destinate ai "servizi fissi", si otterrebbe un valore nel triennio pari a €18.600,00 comunque superiore a quello indicato da Campania Emergenza nella propria offerta.

Ritiene il Collegio di aderire a quella giurisprudenza che afferma «il valore parametrico e non di per sé vincolante delle tabelle ministeriali (Cons. Stato, V, 7 gennaio 2020, n. 83; VI, 4 dicembre 2019, n. 8303; III, 4 gennaio 2019, n. 90)» e secondo cui «occorre tener conto che i valori minimi degli oneri di sicurezza previsti nelle tabelle non rilevano in sé - non rientrando fra i minimi salariali di cui all'art. 97, comma 5, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016, richiamato anche dall'art. 95, comma 10, e all'art. 23, comma 16 - ma pur sempre nel quadro della congruità degli stessi ai fini dell'apprezzamento di cui all'art. 97, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016». (Consiglio di Stato, Sezione V, 23 febbraio 2021 n. 1571).

Ne discende che, ferma restando l'indimostrata applicabilità alla società controinteressata delle tabelle ministeriali per gli oneri di sicurezza a cui si riferisce la società ricorrente, è comunque mancata ogni allegazione probatoria circa l'incidenza di tale valore come idoneo ad alterare la complessiva congruità dell'offerta di Campania Emergenza s.r.l.

Il motivo è, dunque, infondato.

Con il secondo motivo aggiunto è stata poi contestata la congruità dell'offerta relativamente al costo della manodopera per contrasto con il trattamento salariale minimo previsto dalle tabelle ministeriali che, per la categoria B1, indicano il costo orario di €18,65, superiore a quello ricavabile dal rapporto tra costo complessivo della manodopera dichiarato in offerta e monte ore impiegato nell'esecuzione e comunque al valore unitario indicato in offerta pari a €14,01.

Il motivo è irricevibile, essendo fondate le eccezioni di controparte al riguardo.

Osserva il Collegio che come risulta dalla diffida di cui all'allegato n. 12 al ricorso introduttivo, la società ricorrente ha avuto piena conoscenza della documentazione amministrativa e della offerta economica di Campania Emergenza s.r.l. in data 9 febbraio 2021 e della offerta tecnica in data 15 febbraio 2021. Ne discende che possono essere ritenute tempestive le censure proposte con i motivi aggiunti notificati in data 18 marzo 2021 solo nell'ipotesi in cui le circostanze di fatto poste a sostegno delle argomentazioni sviluppate siano state conosciute in epoca successiva al 15 febbraio 2021, segnatamente a seguito della conoscenza del contenuto dell'offerta tecnica; ed è quanto afferma parte ricorrente ove si riferisce alla circostanza per cui Campania Emergenza s.r.l. ha indicato in tale documento di utilizzare 36 unità di personale.

Tuttavia, osserva il Collegio che il secondo motivo aggiunto non è affatto argomentato valorizzando tale circostanza, essendo invece basato su elementi di fatto già noti alla ricorrente in epoca anteriore al 15 febbraio 2021; difatti, il «costo orario pari di appena € 13,25 per lavoratore, facilmente ricavabile dal quoziente tra il costo della manodopera offerto ed il monte ore dichiarato» è valore ritraibile già dal contenuto dell'offerta economica, risultando dalla divisione tra il costo della manodopera offerto e il totale delle ore dedicate al servizio, che è pari a 142.038 ore, non a caso corrispondente a quanto indicato nella relazione tecnica di parte; allo stesso modo, era già noto, o comunque conoscibile alla società ricorrente il costo orario offerto da Campania Emergenza s.r.l. nella offerta economica, pari a €14,01, così come anche i valori contenuti nelle tabelle ministeriali.

Ne discende che le argomentazioni proposte nel secondo motivo aggiunto devono ritenersi irricevibili, in quanto proposte oltre il termine decadenziale di rito decorrente dalla piena conoscenza delle circostanze di fatto poste a fondamento delle medesime.

Dal rigetto del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti discende l'inammissibilità dell'impugnazione incidentale per carenza di interesse.

In considerazione della complessità e novità di alcune questioni esaminate sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti che dichiara in parte irricevibili. Dichiara inammissibile il ricorso incidentale ed i motivi aggiunti ad esso. Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 30 giugno 2021, celebrata da remoto, con l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente, Estensore

Maria Laura Maddalena, Consigliere

Germana Lo Sapio, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Paolo Corciulo

IL SEGRETARIO