



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4972 del 2019, proposto da Bourelly Health Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo 323;

contro

Azienda ospedaliera universitaria (Aou) Federico II di Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alfredo Massarelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, piazza Trieste e Trento n. 48;

nei confronti

Società Scarpato Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Como, con domicilio digitale come da

PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, viale A. Gramsci 16;

per l'annullamento

a) della deliberazione del Direttore Generale n. 896 del 15.11.2019 avente ad oggetto l'aggiudicazione del servizio di rimozione, trasporto e custodia dei veicoli a motore nell'ambito dell'AOU Federico II (CIG 783176401C) alla società Scarpato Service s.r.l.; b) della nota prot. n. 18655 del 21.11.2019 con cui è stata comunicata l'adozione della deliberazione di aggiudicazione impugnata sub a); c) dei verbali di gara, ivi compreso il verbale relativo alla verifica dell'anomalia non conosciuto, con riserva espressa di formulare motivi aggiunti; d) ove e per quanto lesivo, del bando di gara, del disciplinare di gara, in particolare in riferimento all'art. 18, e del capitolato speciale di appalto così come interpretato ovvero interpretabile dalla Stazione appaltante; e) ove e per quanto lesiva, della deliberazione a contrarre n. 252 del 29.3.2019; f) ove e per quanto lesivo del provvedimento di nomina della Commissione giudicatrice e della disposizione del D.G. n. 262 del 31.05.2019; g) ove e per quanto lesiva della nota dell'11.10.2019 con cui il RUP ha dichiarato la congruità dei prezzi offerti dalla società Scarpato Service s.r.l.; h) ove e per quanto lesivo dell'avviso di aggiudicazione dell'appalto pubblicato sul sito dell'Amministrazione resistente in data 3.12.2019; i) Ove e per quanto lesivi, di tutti gli ulteriori provvedimenti presupposti, consequenziali e connessi, anche non conosciuti, con riserva espressa di formulare motivi aggiunti nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di servizio, se ed in quanto stipulato, al fine del subentro della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della AOU Federico II di Napoli e della Società Scarpato Service S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 maggio 2020 la dott.ssa Maria Laura Maddalena e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5, d.l. 18/2020, conv. nella l. 27/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe, la società ricorrente impugna la deliberazione del direttore generale n. 896 del 15.11.2019, avente ad oggetto l'aggiudicazione del servizio di rimozione, trasporto e custodia dei veicoli a motore nell'ambito dell'AOU Federico II (CIG 783176401C) alla società Scarpato Service s.r.l.;

2. La ricorrente espone in punto di fatto di essere risultata seconda classificata, con un punteggio pari a 79,69, mentre, la Scarpato Service s.r.l., alla quale è stata successivamente aggiudicata la procedura, è risultata prima classificata, con un punteggio pari a 89,06.

Con nota prot. n. 1209/is del 25.11.2019, la ricorrente, oltre a richiedere formalmente l'accesso agli atti ed ai documenti di gara, ha rappresentato alla S.A. che a suo avviso non vi era alcun DURC regolare della società aggiudicataria.

3. Tanto premesso, la società ricorrente ha dedotto i seguenti motivi di impugnazione:

1) Violazione e falsa applicazione di legge (art. 32, 85, del D.Lgs. 50/2016; art. 97 Cost.) – Violazione e falsa applicazione della legge speciale di gara (art. 23 e 7.3 e ss.) – Eccesso di potere – Disparità di trattamento – Illogicità ovvero irragionevolezza manifesta – Difetto di istruttoria.

L'art.23 del disciplinare prescrive espressamente che: *“La stazione appaltante, previa verifica ed approvazione della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'art.32, comma 5 e 33, comma 1 del Codice, aggiudica l'appalto”*. Invece, la stazione appaltante avrebbe

aggiudicato l'appalto mentre la verifica dei requisiti era ancora in corso, tanto che avrebbe approvato l'aggiudicazione sotto condizione risolutiva per il caso in cui la verifica non si concludesse positivamente.

2)– *Violazione e falsa applicazione di legge (art. 95 del D.Lgs. 50/2016; art. 97 Cost.) – Violazione e falsa applicazione della legge speciale di gara (art. 18 e ss.) – Eccesso di potere – Disparità di trattamento – Illogicità ovvero irragionevolezza manifesta – Difetto di istruttoria.*

L'attuale aggiudicataria ha ottenuto, come si evince dal verbale di gara dell'11.7.2019, un punteggio tecnico, per il parametro 18.1.1.c, pari a 35 punti su 35, nonostante non abbia proposto la migliore offerta migliorativa. Tale punteggio si riferisce alla offerta di disponibilità di un carro attrezzi aggiuntivo e del relativo personale (autista), senza ulteriori oneri per la S.A., e doveva essere assegnato al concorrente che offriva un numero maggiore di giornate di servizio aggiuntive (mensili), rispetto a quelle obbligatorie che andavano dal lunedì al venerdì.

Scarpato Service ha offerto tale servizio aggiuntivo limitatamente ai soli sabati del mese (circa 4 giornate) con la conseguenza che il servizio aggiuntivo è stato offerto dalla aggiudicataria per un totale di 27 giorni al mese.

Invece, la ricorrente avrebbe offerto il servizio aggiuntivo (ulteriore carro attrezzi con autista) sia per il sabato che per la domenica, per un totale di 30 giorni al mese. Sarebbe, pertanto, secondo la ricorrente, illogica ed irrazionale l'attribuzione del medesimo punteggio sia ad essa sia alla controinteressata, nonostante le palesi differenze tra le offerte, che consistono in una proposta migliorativa da parte della BHS di oltre il 50% superiore rispetto a quella della Scarpato service. La tesi della ricorrente è che solo ad essa dovevano essere attribuiti i 35 punti, avendo offerto *“il numero maggiore di giornate di servizio aggiuntive (mensili)”*, mentre la Scarpato Service srl avrebbe dovuto ottenere 0 punti. In questo modo si sarebbe completamente ribaltato il punteggio complessivo, in quanto la controinteressata sarebbe stata esclusa dalla procedura per il mancato superamento del punteggio minimo di 20

punti (spettandole solo 17 punti invece dei 52 ottenuti), in riferimento all'offerta tecnica.

In subordine, la ricorrente deduce, con riferimento all'art. 18 del Disciplinare di gara, ai sensi della quale *“Il concorrente che avrà offerto il numero maggiore di giornate di servizio aggiuntive (mensili) otterrà il massimo dei punteggi (il calendario dovrà essere concordato con il RUP).”*, che laddove la disposizione dovesse essere interpretata – come ha fatto la S.A. - nel senso di attribuire il massimo dei punteggi non al singolo concorrente che offra il numero maggiore di giornate di servizio aggiuntive bensì a tutti i concorrenti che offrano il detto servizio aggiuntivo, essa sarebbe illegittima sotto il profilo della irragionevolezza e illogicità nonché della disparità di trattamento.

3) *Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 50 e 95 e ss. D.Lgs. n. 50/2016; art. 97 Cost) – Violazione e falsa applicazione della legge speciale di gara (art. 24) – Eccesso di potere – Sulla insostenibilità della offerta economica della controinteressata – Sul difetto di motivazione e di istruttoria.*

L'offerta economica proposta sarebbe anomala ed insostenibile poiché presenta dei costi palesemente bassi e non sostenibili.

Nei giustificativi resi dalla controinteressata, viene indicato che la stessa utilizzerà dipendenti che hanno già svolto, per altre significative stazioni appaltanti, lo stesso servizio oggetto di gara. Tale dichiarazione sarebbe, secondo la ricorrente, incoerente e incompatibile con quanto previsto dal Disciplinare di Gara "Art. 24 Clausola Sociale", che prevede l'obbligo di assunzione del personale attualmente impiegato nell'appalto.

4. Sia la controinteressata che l'amministrazione resistente si sono costituite in giudizio per resistere al presente gravame.

La controinteressata ha depositato una memoria nella quale, in particolare, a proposito del secondo motivo di ricorso, ha rilevato che l'amministrazione, nella

sua discrezionalità, ha ritenuto utile il servizio offerto nelle giornate di sabato ed inutile quello offerto nelle giornate di domenica. In relazione al terzo motivo, la controinteressata ha sostenuto che assumerà solo due dei propri dipendenti come autisti ma che ciò non significa che essa non voglia rispettare la clausola sociale, e quindi l'obbligo di assumere il personale già presente, in quanto la dichiarazione, resa in sede di giustificativi, di disporre di condizioni economiche favorevoli per avere la sede operativa nelle immediate vicinanze del Policlinico, è riferita non già al personale che dovrà condurre i mezzi di soccorso, stante la clausola sociale, ma ad altro personale, che darà supporto a questi e che completerà il servizio, che non consiste soltanto nell'attività di rimozione ma anche di trasporto e custodia.

Anche l'amministrazione ha depositato una memoria per chiedere il rigetto del ricorso, in quanto infondato.

In relazione al primo motivo di ricorso, essa ha rilevato che a norma di legge l'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei requisiti di cui all'art. 33, co. 1 del cit. d.lgs. n. 50 della predetta proposta da parte della stazione appaltante.

In ogni caso, poi, la stazione appaltante, anteriormente all'emanazione del provvedimento di aggiudicazione n. 896 del 15.11 2019, aveva già completato, con esito favorevole, le verifiche richieste dalla normativa imperativa di settore.

Con riferimento al secondo motivo, preliminarmente, l'amministrazione ha eccepito la sua inammissibilità, nella misura in cui esso impinge nel merito di un'attività demandata alla discrezionalità tecnica della stazione appaltante. Ha inoltre rilevato che la ricorrente, in sede di offerta tecnica (cfr. pag. 17), ha dichiarato che *“metterà a disposizione un ulteriore carro attrezzi aggiuntivo rispetto a quanto previsto dai requisiti minimi di capitolato e relativo personale (autista), senza ulteriori oneri per l'AOU Federico II, per tutti i giorni feriali del mese”*.

Pertanto, posto che i giorni feriali sono tutti i giorni dell'anno ad eccezione delle domeniche e delle festività, la ricorrente ha in buona sostanza offerto - così come ha fatto anche l'aggiudicataria - il servizio aggiuntivo per i soli sabati del mese. Di qui l'attribuzione ad entrambe dello stesso punteggio.

Sul terzo motivo, la s.a. sostiene che 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 e che non può essere esteso ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci.

5. All'udienza camerale del 14.01.2020, l'istanza cautelare presentata dalla ricorrente è stata respinta, con ordinanza n. 34/2020.

Parte ricorrente e l'amministrazione resistente hanno entrambe depositato memorie in vista dell'odierna udienza, insistendo nelle proprie difese. L'amministrazione ha inoltre segnalato che, in data 19 marzo 2020, è stato sottoscritto con l'aggiudicataria il contratto di appalto recante numero di rep. n. 274.

La ricorrente ha quindi depositato una memoria di replica.

All'udienza del 26 maggio 2020, ai sensi dell'art. 84, comma 5, d.l. n. 18/2020, conv. nella l. n. 27/2020, la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Il ricorso è infondato e pertanto esso deve essere respinto.

Per quanto attiene alle censure mosse nel primo motivo di ricorso, con cui parte ricorrente sostiene che la stazione appaltante avrebbe aggiudicato l'appalto mentre la verifica dei requisiti era ancora in corso, è sufficiente rilevare che la previsione di cui all'art.23 del disciplinare, asseritamente violata, è immediatamente dopo accompagnata dalla seguente previsione che: *“L'aggiudicazione diventa efficace, ai sensi dell'art. 32, comma 7 del Codice, all'esito positivo della verifica del possesso dei requisiti*

prescritti. In caso di esito negativo delle verifiche, la stazione appaltante procederà alla revoca dell'aggiudicazione".

L'art. 23 del disciplinare pertanto, ponendosi perfettamente in linea con quanto disposto dal codice dei contratti pubblici n. 50/2016, artt. 32 e 33, prevede che l'aggiudicazione debba intervenire *"previa verifica della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 33, comma 1"* e che essa sia sospensivamente condizionata al buon esito della verifica del possesso dei requisiti prescritti, ai sensi dell'art. 32, comma 7. Si tratta evidentemente di due profili diversi: quello della approvazione della proposta da parte dell'organo competente e quello della verifica dei requisiti. Quest'ultima può essere ultimata anche dopo l'aggiudicazione, la quale diventa efficace solo dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti.

Pertanto, la circostanza che nel caso di specie l'aggiudicazione sia stata adottata mentre le verifiche sul possesso dei requisiti di ordine generale e speciale nei confronti della Società Scarpato Service S.r.l. erano ancora in corso di espletamento, e che per tale ragione l'aggiudicazione sia stata disposta sotto condizione risolutiva ove le stesse non si concludano positivamente, non costituisce motivo di illegittimità dell'azione amministrativa.

Pertanto, l'amministrazione ha rilevato nella sua memoria che la stazione appaltante, anteriormente all'emanazione del provvedimento di aggiudicazione n. 896 del 15.11 2019, aveva già completato, con esito favorevole, le verifiche richieste dalla normativa imperativa di settore.

Il primo motivo di ricorso va dunque respinto.

7. Con il secondo motivo, la ricorrente sostiene di aver presentato una offerta migliorativa avente ad oggetto un numero di ore aggiuntive maggiore della aggiudicataria, in quanto essa avrebbe offerto il servizio aggiuntivo anche nei giorni di domenica mentre l'aggiudicataria l'avrebbe offerto solo per i giorni di sabato: pertanto il relativo punteggio di 35 punti doveva essere solo a lei attribuito.

La censura è infondata prima di tutto in punto di fatto, il che consente al Collegio di esimersi dall'esaminare l'eccezione di inammissibilità prospettata dalla amministrazione resistente.

7.1. Nell'offerta tecnica della ricorrente, prodotta in giudizio in data 11.1.2020, dalla AOU Federico II, si legge chiaramente che *“La Bourelly metterà a disposizione un ulteriore carro attrezzi aggiuntivo, rispetto a quanto previsti dai requisiti minimi di capitolato e relativo personale (autista), senza ulteriori oneri l'A.O.U. Federico II, per tutti i giorni feriali del mese da concordare con il RUP.”* (cfr. offerta tecnica Bourelly pag. 17). Dunque, la ricorrente non risulta aver affatto offerto il servizio aggiuntivo anche per le domeniche, come invece si sostiene nel secondo motivo di ricorso, avendo limitato la sua offerta ai soli giorni feriali.

La controinteressata ha offerto analogo servizio aggiuntivo per le giornate di sabato. Dall'offerta tecnica della Scarpato Service si evince, infatti, la seguente proposta migliorativa *“Espletamento del servizio con carro attrezzi aggiuntivo, rispetto a quanto previsto dai requisiti minimi del capitolato e relativo personale abilitato (autista), senza ulteriori oneri per l'AOU Federico II anche in tutti i sabato dell'anno”* (v. offerta tecnica Scarpato Service pag. 2).

Da tali circostanze, l'amministrazione ha dedotto che in sostanza le due proposte migliorative fossero uguali e ha pertanto attribuito ad entrambi i concorrenti il punteggio aggiuntivo di 35 punti.

In questo quadro la doglianza, per come prospettata nel secondo motivo di ricorso, deve essere respinta.

7.2. Va di conseguenza anche respinta la censura, conseguenziale a quella appena esaminata, secondo cui l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa, non dovendo ad essa essere attribuito il punteggio di 35 punti per l'offerta migliorativa.

7.3. Infine, va ritenuta inammissibile la doglianza concernente l'asserita illegittimità sotto il profilo della irragionevolezza e illogicità nonché della disparità di

trattamento, dell'art. 18 del Disciplinare di gara, ai sensi della quale “*Il concorrente che avrà offerto il numero maggiore di giornate di servizio aggiuntive (mensili) otterrà il massimo dei punteggi (il calendario dovrà essere concordato con il RUP).*”, laddove la disposizione dovesse essere interpretata – come avrebbe fatto la S.A. - nel senso di attribuire il massimo dei punteggi non al singolo concorrente che offra il numero maggiore di giornate di servizio aggiuntive bensì a tutti i concorrenti che offrano il detto servizio aggiuntivo.

Infatti, non risulta che l'amministrazione abbia interpretato la disposizione in esame nel senso indicato dalla ricorrente, ma che abbia invece ritenuto, a fronte di due offerte migliorative considerate di uguale contenuto, di attribuire ad entrambe le concorrenti lo stesso punteggio aggiuntivo.

8. Con il terzo motivo di ricorso, la ricorrente contesta il giudizio di non anomalia dell'offerta della aggiudicataria, sostenendo che essa non avrebbe saputo giustificare i minori costi offerti o che, in alternativa, se i giustificativi dovessero ritenersi attendibili, allora dovrebbe essere ritenuta non rispettata la clausola sociale.

Il motivo è infondato.

8.1. Occorre preliminarmente ricordare che, come afferma la giurisprudenza costante, il giudizio di anomalia dell'offerta è connotato da ampi margini di discrezionalità e costituisce espressione paradigmatica di discrezionalità tecnica, di esclusiva pertinenza dell'amministrazione, esulando dalla competenza del giudice amministrativo, il cui sindacato è limitato solo al caso in cui le valutazioni della pubblica amministrazione siano inficiate da macroscopiche illegittimità, quali gravi e plateali errori di valutazione o errori di fatto che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 12/03/2020, n.1772).

8.2. Nel merito, va rilevato che con riferimento alle indicazioni relative alle circostanze eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i servizi oggetto, la società aggiudicataria ha fatto presente che essa sarebbe stata agevolata operativamente, in quanto la sua sede operativa si trova nelle immediate vicinanze del Policlinico e dal fatto che la stessa utilizzerà dipendenti che hanno già svolto lo stesso servizio di gara (cfr. Allegato n. 8 al ricorso). Nelle sue difese, la controinteressata ha poi assicurato che comunque la clausola sociale verrà rispettata e che intende usare solo due dei propri dipendenti come autisti e il proprio personale della sede operativa solo per attività di trasporto e custodia.

Tali affermazioni non paiono denotare alcuna intenzione da parte dell'aggiudicataria di non rispettare la clausola sociale, posto che essa va intesa in senso non rigido. Infatti, in base a quanto affermato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà di impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto (cfr. da ultimo: Consiglio di Stato sez. V, 10/06/2019, n.3885; Cons. Stato, III, 30 gennaio 2019, n. 750, 29 gennaio 2019, n. 726, 7 gennaio 2019, n. 142, 18 settembre 2018, n. 5444, 5 maggio 2017, n. 2078; V, 17 gennaio 2018, n. 272, 18 luglio 2017, n. 3554). In questo quadro, il giudizio di non anomalia dell'offerta presentata dalla aggiudicataria non risulta affetto da quelle macroscopiche illegittimità che sole consentono al giudice amministrativo un sindacato su tali valutazioni.

9. In conclusione, dunque, il ricorso deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna il ricorrente al pagamento delle spese legali in favore dell'amministrazione e della controinteressata, liquidandole in complessivi euro 5.000/00 (cinquemila/00), pari a euro 2.500/00 (duemilacinquecento/00) per ciascuna di esse, oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2020, tenutasi in collegamento da remoto ai sensi dell'art. 84, comma 6, del d.l. n. 18/20, convertito nella l. n. 27/20, con l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente

Maria Laura Maddalena, Consigliere, Estensore

Germana Lo Sapio, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Maria Laura Maddalena

IL PRESIDENTE
Paolo Corciulo

IL SEGRETARIO