

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 15/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29855-va-osservato-che-l-art-87-del-d-lgs-n-163-del-2006-prevede-che-quando-un-offerta-appaia-anormalmente-bassa-la-stazione-appaltante-richiede-all-offerente-le-justificazioni-eventualmente-necessari>

Autore: Lazzini Sonia

Va osservato che l'art. 87 del D. Lgs. n. 163 del 2006 prevede che, quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede all'offerente le giustificazioni, eventualmente necessarie in aggiunta a quelle già presentate a corredo dell'

C.St. 23.06.2010 n. 3962

Va osservato che l'art. 87 del D. Lgs. n. 163 del 2006 prevede che, quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede all'offerente le giustificazioni, eventualmente necessarie in aggiunta a quelle già presentate a corredo dell'offerta, ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta medesima. Dette giustificazioni possono riguardare, a titolo esemplificativo, tra l'altro, le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti, o per prestare i servizi.

Le giustificazioni di cui all'art. 87 del D. Lgs. n. 163 del 2006 debbono consistere in elaborati più o meno completi, riportanti la scomposizione dell'offerta economica nelle varie voci che la compongono, i quali però, per essere ritenuti fondati, non debbono risolversi in asserzioni meramente apodittiche o fare generico riferimento a benefici fiscali o contributivi, a favorevoli condizioni di mercato, e così via, ma devono essere corredati da idonea documentazione giustificativa (contratti, impegni negoziali, fatture ecc. ..).

Non vi sono preclusioni alla presentazione di giustificazioni, ancorate al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte; mentre l'offerta è immodificabile, modificabili sono le giustificazioni e sono ammesse giustificazioni sopravvenute, nonché compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e, a tale momento, dia garanzia di una seria esecuzione del contratto (Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146).

Il relativo giudizio costituisce espressione di un potere tecnico-discrezionale dell'Amministrazione, di per sé insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche, o fondate su insufficiente motivazione, ovvero affette da errori di fatto (Cons. St., sez. V, 22 settembre 2009, n. 5642; Sez. IV, 11 aprile 2007 n. 1658; Sez. V, 20 settembre 2005 n. 4856; Sez. VI, 7 settembre 2006 n. 5191).

Osserva il Collegio che, come evidenziato dalla Commissione giudicatrice nel verbale n. 20 del 20.2.2008, il valore di € 1.480.000,00 non illogicamente è stato ritenuto ingiustificato, innanzi tutto in base alla condivisibile osservazione che era ottenibile grazie a percentuali di sconto praticate dalla ditta Confezioni Umbre, condizionate tuttavia a termini e modalità di pagamento, il cui mancato rispetto, sempre possibile in ogni transazione commerciale, comporterebbe l'applicazione del prezzo pieno, con possibilità di verifica della congruità solo dopo l'emissione di fattura da parte di detto fornitore, a fornitura già affidata ed in corso di esecuzione.

Il maggior costo per la biancheria piana e confezionata, rispetto alle giustificazioni addotte, ammontava quindi ad € 67.328,22.

Risulta infatti dall'elenco prezzi relativo alla biancheria piana e da quello relativo alle divise di cui alle note del 30.5.2007 e dell'1.6.2007 della Confezioni Umbre s.r.l. (prodotte in copia in atti) che lo sconto del 30 % per le divise confezionate e del 35 % per la teleria e la biancheria sarebbe stato praticato dalla società solo in caso di pagamento del 50% anticipato, con saldo a 30 giorni dalla consegna e acquisto in blocco di tutti detti articoli.

Al momento della aggiudicazione non sussisteva quindi la certezza che le favorevoli condizioni prospettate dalla ditta Confezioni Umbre sarebbero state concretamente e sicuramente mantenute all'atto della fornitura.

L'osservazione di parte appellante, che non si può pretendere in fase di giustificazioni l'esibizione di fatture relative all'acquisto di detti articoli, non è secondo il Collegio, idonea a dimostrare la illogicità delle tesi della Commissione, atteso che al momento della presentazione della offerta era ben nota tale difficoltà e l'offerta stessa avrebbe dovuto essere formulata in maniera e con indicazione di somme tali da consentirne la giustificazione prima della aggiudicazione.

In secondo luogo va considerato che non illogicamente detta Commissione ha evidenziato che era restato non dimostrato il valore delle calzature, DPI, materassi e cuscini, aggiuntivo rispetto ai costi

giustificati con note del 5.2.2008, del 12.2.2008 e del 20.2.2008 (come a suo tempo contestato dalla Commissione con nota diretta alla Ricorrente prot. n. 4950U08 del 14.2.2008), non essendo previsti per detti articoli sconti come per le divise e la biancheria.

Le censure in esame, considerato altresì che è esclusivamente alla documentazione portata all'attenzione della Commissione di gara che bisogna far riferimento per valutare la legittimità delle determinazioni dalla stessa assunte (dovendosi prescindere da tabelle prodotte successivamente in sede giurisdizionale), non possono quindi essere oggetto di favorevole apprezzamento.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 3962 del 23 giugno 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 03962/2010 REG.DEC.

N. 09217/2008 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 9217 del 2008, proposto da:
RICORRENTE s.r.l., con sede in Mezzagogna (CH), in persona dell'Amministratore unico e legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Angelo Clarizia, Paola De Virgiliis, Giuliano Milia e Lucio V. Moscarini, con domicilio eletto presso il quarto, in Roma, alla Via Sesto Rufo, n. 23;

contro

AZIENDA UNITA' SANITARIA LOCALE di CHIETI, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Corrado Curzi e Riccardo Pagani, con domicilio eletto presso l'avv. Leopoldo Aperio Bella, in Roma, via Giuseppe Avezzana 51;

nei confronti di

CONTROINTERESSATA s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Stefano Baccolini, Andrea Manzi e Francesco Rizzo, con domicilio eletto presso il secondo, in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale dell'Abruzzo, Sezione staccata di Pescara, n. 728, depositata il 12 agosto 2008;

e, per l'effetto, per l'annullamento dei provvedimenti impugnati in primo grado, con accertamento e declaratoria della illegittimità del provvedimento di esclusione dalla gara della società ricorrente e dei provvedimenti conseguenti, tra i quali l'aggiudicazione della gara a favore della Controinteressata s.p.a.;

nonché per il conseguente accertamento e la declaratoria dell'obbligo della A.S.L. di Chieti di disporre l'aggiudicazione della gara a favore della ricorrente ed il subentro nel servizio per l'intero periodo di durata previsto negli atti di gara;

in subordine per l'accertamento e la declaratoria del diritto della ricorrente al risarcimento danni per equivalente e a percepire una somma corrispondente al mancato utile di commessa.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda Sanitaria Locale di Chieti e della Ricorrente s.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, nella udienza pubblica del 23.2.2010, il Consigliere Antonio Amicuzzi e uditi per le parti i difensori gli avvocati Curzi e Manzi, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

La Ricorrente s.r.l. è risultata aggiudicataria provvisoria della gara, bandita in data 30.1.2007 dalla A.S.L./CH, per l'affidamento del servizio lavatoio, disinfezione, gestione guardaroba, trasporto, ritiro e riconsegna di tutta la biancheria piana, divise complete, calzature e DPI, nonché "materasseria".

Dopo che la sua offerta è stata sottoposta a verifica, ai sensi dell'art. 88 del D. Lgs. n. 163 del 2006, e che ha fornito le giustificazioni richieste dalla Commissione di gara, detta offerta è stata dichiarata inaffidabile, in quanto eccessivamente bassa, e la società è stata esclusa dalla gara con delibera di detta A.S.L./CH n. 126 del 5.3.2008

Il ricorso proposto dalla Ricorrente s.r.l. per l'annullamento della delibera di esclusione da detta gara e dell'aggiudicazione definitiva alla Controinteressata s.p.a., con richiesta di risarcimento, è stato respinto con sentenza del T.A.R. dell'Abruzzo, Sezione staccata di Pescara, n. 728 depositata il 12 agosto 2008, previa declaratoria di inammissibilità del ricorso incidentale proposto da Controinteressata s.p.a..

Con il ricorso in appello in epigrafe indicato la Ricorrente s.r.l. ha chiesto l'annullamento o la riforma della citata sentenza, nonché che, per l'effetto, sia disposto l'annullamento dei provvedimenti impugnati in primo grado e l'accertamento e la declaratoria della illegittimità del provvedimento di esclusione dalla gara della società e dei provvedimenti conseguenti, tra i quali l'aggiudicazione

della gara a favore della Controinteressata s.p.a.; infine ha chiesto l'accertamento e la declaratoria dell'obbligo della A.S.L./CH di disporre l'aggiudicazione della gara a favore della ricorrente ed il subentro nel servizio per l'intero periodo di durata previsto negli atti di gara, nonché, in subordine, l'accertamento e la declaratoria del diritto al risarcimento danni per equivalente e a percepire una somma corrispondente al mancato utile di commessa.

A sostegno del gravame sono stati dedotti i seguenti motivi:

1.- Eccesso di potere per erroneità, insufficienza ed illogicità della motivazione della sentenza impugnata.

Il primo Giudice avrebbe del tutto omissso il doveroso esame delle molteplici e puntuali considerazioni svolte dalla ricorrente con il primo motivo del ricorso di primo grado, che sono state riproposte in appello al fine del loro accoglimento eventualmente previa ammissione ed espletamento di apposita C.T.U..

Erronee ed insufficienti sarebbero anche le affermazioni contenute nella impugnata sentenza con riferimento al secondo motivo del ricorso di primo grado, con particolare riferimento alla ritenuta conformità a "buona amministrazione" della intervenuta sottoscrizione del nuovo contratto con la Controinteressata s.p.a. prima dello scadere dei trenta giorni previsti dall'art. 11 del D. Lgs. n. 163 del 2006; sono state quindi riproposte le considerazioni svolte al riguardo nel corso del giudizio innanzi al T.A.R..

Con atto depositato il 17.2.2009 si è costituita in giudizio la Azienda Sanitaria Locale di Chieti.

Con atto depositato il 17.2.2010 si è costituita in giudizio la Controinteressata s.p.a., che ha eccepito la inammissibilità della censura dedotta con il primo motivo di ricorso innanzi al T.A.R. e ha dedotto la infondatezza dell'appello, concludendo per la reiezione.

Con memoria depositata il 17.2.2010 parte ricorrente ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 17.2.2010 la A.S.L. resistente ha dedotto la infondatezza del ricorso, concludendo per la reiezione.

Alla pubblica udienza del 23.2.2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Con il ricorso in appello, in epigrafe specificato, la Ricorrente s.r.l. ha chiesto l'annullamento o la riforma della sentenza del T.A.R. dell'Abruzzo, Sezione staccata di Pescara, n. 728 del 12 agosto 2008, con la quale è stato respinto il ricorso proposto dalla stessa società per l'annullamento della delibera della A.S.L./CH n. 126/5.3.2008 (di esclusione dalla gara, bandita dalla A.S.L. stessa, per l'affidamento del servizio lavatoio, disinfezione, gestione guardaroba, trasporto, ritiro e riconsegna di tutta la biancheria piana, divise complete, calzature e DPI, nonché "materasseria", in quanto l'offerta sarebbe stata inaffidabile perché eccessivamente bassa) e del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara alla Controinteressata s.p.a., con richiesta di risarcimento dei danni. Con l'atto di appello la citata società ha anche chiesto l'annullamento dei provvedimenti impugnati in primo grado e l'accertamento e la declaratoria sia della illegittimità del provvedimento di esclusione dalla gara e dei provvedimenti conseguenti, tra i quali quello di aggiudicazione della gara a favore della Controinteressata s.p.a., sia dell'obbligo della A.S.L./CH di disporre l'aggiudicazione della gara a favore della ricorrente ed il subentro nel servizio per l'intero periodo di durata previsto negli atti di gara, sia del diritto al risarcimento danni per equivalente.

1.- A sostegno del gravame sono stati dedotti i seguenti motivi: Eccesso di potere per erroneità, insufficienza ed illogicità della motivazione della sentenza impugnata. Il primo Giudice avrebbe del tutto omissso il doveroso esame delle molteplici e puntuali considerazioni svolte dalla ricorrente con il ricorso di primo

grado, che vengono riproposte al fine del loro accoglimento, eventualmente previa ammissione ed espletamento di apposita C.T.U..

1.1.- Quanto al primo motivo del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado è stato dedotto con l'appello che, con riguardo al prezzo della biancheria, anche riguardo al quale il progetto tecnico prospettato dalla ricorrente è stato ritenuto non supportato da un'offerta economica "proporzionata", il TAR ha ritenuto che la giustificazione che i prezzi unitari indicati non erano quelli reali scontati non avesse pregio, poiché sarebbe stato sostituito, in sede di "giustificazioni", il prezzo originariamente indicato (di € 1.547.328,22) con quello giustificato (di € 1.480.000,00). Sarebbe stata così effettuata una modificazione postuma del prezzo, ad aggiudicazione provvisoria avvenuta, fatta per dare valore al prezzo complessivo indicato, in palese violazione della "parità di trattamento".

Secondo l'appellante, la prima di dette somme sarebbe un prezzo lordo, comprensivo del guadagno di impresa, mentre la seconda sarebbe il prezzo di acquisto della biancheria da parte di fornitori a prezzo scontato, non condizionato all'ottenimento dell'appalto praticato per forniture di elevato valore, cui dovrebbero aggiungersi le voci delle spese generali, degli oneri per la sicurezza e dell'utile di impresa, la somma dei quali corrisponderebbe al prezzo di € 1.547.328,22 offerto in sede di gara.

L'offerta della società appellante è stata ritenuta inaffidabile innanzi tutto per essere stato indicato il prezzo "complessivo" per biancheria piana, le divise, le calzature, DPI, materassi e cuscini, in € 1.480.000,00, in palese contrasto con l'elenco prezzi degli stessi materiali (esclusi le calzature, DPI, materassi e cuscini), applicando il quale alla quantità di biancheria piana e divise indicati nel capitolo n. 3 dell'elaborato tecnico prodotto in gara, si otteneva un importo totale di € 1.547.000,22.

Detta società aveva in proposito prodotto relazione scritta da parte di due consulenti e dell'Amministratore unico, allegata al verbale della riunione del 20.2.2008 della Commissione, con cui si affermava la validità dell'importo globale di € 1.480.000,00 indicato per la biancheria piana, le divise, le calzature, DPI, materassi e cuscini, dovendosi fare richiamo ai "prezzi unitari relativi all'offerte dei fornitori", contenuti nei "preventivi", che comportavano "sconti notevoli" e che, come da una effettuata suddivisione interna (€ 887.219,75 per biancheria piana, materassi e guanciali, biancheria comparti operatori; € 551.729,80 per divise e calzature; € 41.050,45 per acquisti precauzionali), corrispondevano come totale complessivo alla somma indicata nell'offerta.

Il T.A.R. ha ritenuto al riguardo che la giustificazione che i prezzi unitari indicati non erano quelli reali scontati, non avesse pregio, poiché non era possibile sostituire, in sede di "giustificazioni", il prezzo originariamente indicato. Si sarebbe trattato di una modificazione postuma del prezzo, ad aggiudicazione provvisoria avvenuta, fatta per dare valore al prezzo complessivo indicato, in palese violazione della "parità di trattamento".

Il Collegio ritiene che la, pur succinta, motivazione formulata al riguardo dal Giudice di prime cure possa essere condivisa.

Va osservato che l'art. 87 del D. Lgs. n. 163 del 2006 prevede che, quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede all'offerente le giustificazioni, eventualmente necessarie in aggiunta a quelle già presentate a corredo dell'offerta, ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta medesima. Dette giustificazioni possono riguardare, a titolo esemplificativo, tra l'altro, le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti, o per prestare i servizi.

Le giustificazioni di cui all'art. 87 del D. Lgs. n. 163 del 2006 debbono consistere in elaborati più o meno completi, riportanti la scomposizione dell'offerta economica

nelle varie voci che la compongono, i quali però, per essere ritenuti fondati, non debbono risolversi in asserzioni meramente apodittiche o fare generico riferimento a benefici fiscali o contributivi, a favorevoli condizioni di mercato, e così via, ma devono essere corredati da idonea documentazione giustificativa (contratti, impegni negoziali, fatture ecc. ..).

Non vi sono preclusioni alla presentazione di giustificazioni, ancorate al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte; mentre l'offerta è immutabile, modificabili sono le giustificazioni e sono ammesse giustificazioni sopravvenute, nonché compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e, a tale momento, dia garanzia di una seria esecuzione del contratto (Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146).

Il relativo giudizio costituisce espressione di un potere tecnico-discrezionale dell'Amministrazione, di per sé insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche, o fondate su insufficiente motivazione, ovvero affette da errori di fatto (Cons. St., sez. V, 22 settembre 2009, n. 5642; Sez. IV, 11 aprile 2007 n. 1658; Sez. V, 20 settembre 2005 n. 4856; Sez. VI, 7 settembre 2006 n. 5191).

Osserva il Collegio che, come evidenziato dalla Commissione giudicatrice nel verbale n. 20 del 20.2.2008, il valore di € 1.480.000,00 non illogicamente è stato ritenuto ingiustificato, innanzi tutto in base alla condivisibile osservazione che era ottenibile grazie a percentuali di sconto praticate dalla ditta Confezioni Umbre, condizionate tuttavia a termini e modalità di pagamento, il cui mancato rispetto, sempre possibile in ogni transazione commerciale, comporterebbe l'applicazione del prezzo pieno, con possibilità di verifica della congruità solo dopo l'emissione di fattura da parte di detto fornitore, a fornitura già affidata ed in corso di esecuzione.

Il maggior costo per la biancheria piana e confezionata, rispetto alle giustificazioni addotte, ammontava quindi ad € 67.328,22.

Risulta infatti dall'elenco prezzi relativo alla biancheria piana e da quello relativo alle divise di cui alle note del 30.5.2007 e dell'1.6.2007 della Confezioni Umbre s.r.l. (prodotte in copia in atti) che lo sconto del 30 % per le divise confezionate e del 35 % per la teleria e la biancheria sarebbe stato praticato dalla società solo in caso di pagamento del 50% anticipato, con saldo a 30 giorni dalla consegna e acquisto in blocco di tutti detti articoli.

Al momento della aggiudicazione non sussisteva quindi la certezza che le favorevoli condizioni prospettate dalla ditta Confezioni Umbre sarebbero state concretamente e sicuramente mantenute all'atto della fornitura.

L'osservazione di parte appellante, che non si può pretendere in fase di giustificazioni l'esibizione di fatture relative all'acquisto di detti articoli, non è secondo il Collegio, idonea a dimostrare la illogicità delle tesi della Commissione, atteso che al momento della presentazione della offerta era ben nota tale difficoltà e l'offerta stessa avrebbe dovuto essere formulata in maniera e con indicazione di somme tali da consentirne la giustificazione prima della aggiudicazione.

In secondo luogo va considerato che non illogicamente detta Commissione ha evidenziato che era restato non dimostrato il valore delle calzature, DPI, materassi e cuscini, aggiuntivo rispetto ai costi giustificati con note del 5.2.2008, del 12.2.2008 e del 20.2.2008 (come a suo tempo contestato dalla Commissione con nota diretta alla Ricorrente prot. n. 4950U08 del 14.2.2008), non essendo previsti per detti articoli sconti come per le divise e la biancheria.

Le censure in esame, considerato altresì che è esclusivamente alla documentazione portata all'attenzione della Commissione di gara che bisogna far riferimento per valutare la legittimità delle determinazioni dalla stessa assunte (dovendosi

prescindere da tabelle prodotte successivamente in sede giurisdizionale), non possono quindi essere oggetto di favorevole apprezzamento.

1.2.- Per quanto riguarda il costo di ammortamento della biancheria, che è l'altro elemento posto dalla Commissione di gara a base della ritenuta inaffidabilità della offerta della Ricorrente s.r.l., è stato dedotto con l'atto di appello che la sentenza impugnata si è limitata ad osservare che i bilanci degli anni 2004/2006, che non indicavano i relativi costi di ammortamento (diluiti in un quinquennio e non nel dovuto periodo fiscale di anni 2,5), comunque avrebbero dovuto essere espliciti nelle voci e conformi alle previsioni di legge.

La sentenza suddetta avrebbe ignorato la circostanza, dedotta nel corso del giudizio di primo grado, che il parametro di riferimento per il giudizio di congruità dei costi di ammortamento non poteva essere desunto dai valori previsti dalla tabella del Ministero delle Finanze di cui al D.P.R. n. 917 del 1986, poiché essi sarebbero validi per la determinazione dei limiti massimi di deducibilità per i costi di ammortamento ai fini del calcolo della base imponibile per il prelievo fiscale, ma non sarebbero obbligatori per l'ammortamento dei costi delle commesse di appalto, essendo in questo caso invece applicabile l'art. 2426 del c.c..

Inoltre non sarebbe stato indicato perché la fornitura avrebbe dovuto avere un prevedibile utilizzo di 2,5 anni e perché in tale periodo avrebbe dovuto esaurire la propria utilità economico tecnica; inoltre non sarebbe stato considerato che i coefficienti di ammortamento fiscale sono riducibili fino alla metà.

Comunque la scelta della ricorrente avrebbe avuto influenza solo sulla redazione della propria dichiarazione dei redditi, essendo comunque l'investimento iniziale tale da assicurare un utilizzo durevole dei beni in questione per l'intera durata della commessa di cinque anni.

Osserva il Collegio che in realtà il T.A.R., con riferimento che alla tesi di parte ricorrente che l'ammortamento dei costi, dovuto allo "utilizzo pluriennale", va

fatto per la durata del contratto (5 anni) e non con il criterio fiscale, ha dedotto che “Altro aspetto decisivo, al di là dei bilanci con relativi ammortamenti, che comunque devono essere espliciti nelle voci e conformi alle previsioni di legge, è il dato del personale”.

Va al riguardo preliminarmente osservato che, nell'ipotesi che un provvedimento amministrativo sia sorretto da più profili motivazionali, ciascuno dei quali idoneo, da solo, a giustificare la validità, l'infondatezza delle censure mosse nei confronti di uno dei profili motivazionali, rende inammissibili per carenza di interesse le censure residue, giacché l'eventuale loro fondatezza non potrebbe comunque determinare l'accoglimento del gravame e l'annullamento del provvedimento impugnato.

Nel caso che occupa è evidente che il T.A.R. ha rilevato che le censure contenute in ricorso, con riferimento alla incongruità che la Commissione di gara aveva ritenuto affliggesse la durata dell'ammortamento per la biancheria indicata nell'offerta della odierna appellante, non fossero decisive, evidentemente perché ritenuti decisivi altri aspetti della offerta che hanno convinto la Commissione stessa della inaffidabilità della Ricorrente s.r.l., in quanto idonei a suffragare da soli l'adottata negativa determinazione.

Comunque va rilevato che l'omessa pronuncia su una o più censure proposte col ricorso giurisdizionale non configura un “error in procedendo” (difetto di procedura o di forma secondo la previsione di cui all'art. 35, primo comma, della L. 1034 del 1971) tale da comportare l'annullamento della decisione, con contestuale rinvio della controversia al giudice di primo grado, ma solo un vizio dell'impugnata sentenza che il giudice di appello è legittimato ad eliminare integrando la motivazione carente o, comunque, decidendo del merito della causa (Cons. St., sez. VI, 3 dicembre 2009, n. 7547).

Nel caso che occupa, le censure in esame appaiono comunque al Collegio non suscettibili di positiva valutazione, atteso che risulta dal verbale n. 20 del 20.2.2008 della Commissione che la offerta relativamente alla indicata durata dell'ammortamento della biancheria posta a disposizione dell'appalto è stata ritenuta incongrua perché, assunta a parametro l'aliquota di ammortamento fissata a fini fiscali (che, ex D.M. del Ministero delle Finanze del 31.12.1998, cui fa riferimento il D.P.R. n. 917 del 1986, è di anni 2,5), non è stato dimostrato e giustificato il rilevante scarto tra la durata che a detta biancheria assegna detto D.M. e quella affermata dalla Ricorrente s.r.l., corrispondente a 5 anni.

Tale dimostrazione e giustificazione non è stata fornita neppure con l'atto di appello in esame, che si limita a dedurre la non obbligatorietà dei valori previsti dal Ministero delle Finanze (circostanza che non è stata assunta dalla Commissione di gara a base della propria determinazione circa la inaffidabilità della offerta della Ricorrente s.r.l., basata invece sulla mancata dimostrazione dei motivi della durata presunta della biancheria de qua rispetto al termine ritenuto congruo dal citato Ministero) e ad affermare, senza adeguata dimostrazione, che le quantità di materiale acquistato e il sistema produttivo e di manutenzione adottato avrebbero assicurato una durata della biancheria anche maggiore di cinque anni.

1.3.- Per quanto riguarda il costo del personale, che è l'ulteriore elemento posto dalla Commissione di gara a base della ritenuta inaffidabilità della Ricorrente s.r.l., è stato dedotto con l'atto di appello che il T.A.R. si sarebbe limitato ad osservare che deve essere rispettata la tabella ministeriale (il costo medio orario nella quale è riportato rappresenta un parametro unico ed oggettivo), senza valutare le deduzioni di parte ricorrente, che avrebbe spiegato adeguatamente, sia in gara che nel giudizio di primo grado, che quel costo medio era stato rispettato.

Secondo la parte appellante, tolta la voce "costo ore di sostituzione" dal costo annuo della manodopera calcolato dalla Commissione, in applicazione del decreto

del Ministero del Lavoro pubblicato sulla G.U., S.O., n. 75 del 14.3.2007, perché ne sarebbe stato duplicato il calcolo (in quanto il costo annuo è stato calcolato dalla Ricorrente s.r.l. in base al costo lordo orario di categoria di cui al C.C.N.L. di categoria considerando un monte ore non lavorate forfettarie per ferie, permessi e malattia superiore a quello indicato in detto D.M.), il costo del lavoro indicato nell'offerta della appellante sarebbe risultato inferiore a quello calcolato dalla Commissione in base a detto D.M..

Il Collegio osserva che nel verbale n. 20 del 20.2.2008 della Commissione di gara è asserito che è stata erroneamente utilizzata dalla Ricorrente s.r.l. la tabella del C.C.N.L. di lavoro per determinare il costo del personale assegnato alla commessa, essendo riconoscibile come base di computo per la verifica di congruità in corso detto Decreto del Ministero del Lavoro, che reca importi differenti e superiori a quelli indicati nel citato C.C.N.L.; i rilevati maggiori costi annui, pari ad € 41.328,08, sono stati ritenuti aggiuntivi rispetto ai costi giustificati dalla attuale appellante con note del 5.2.2008, del 12.2.2008 e del 20.2.2008.

Al riguardo il T.A.R. ha affermato che le retribuzioni espresse dal CCNL sono plurime e differenziate; quel che fa testo è sempre la tabella ministeriale (art. 87, comma II, del D. Lgs. n. 163 del 2006) che ha nel costo medio orario il parametro unico ed oggettivo.

Il Collegio premette al riguardo che effettivamente l'art. 87, II c. del D. Lgs. N. 163 del 2006 stabilisce, alla lettera g), che “il costo del lavoro come determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali; in mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è

determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione”.

Posto che è pacifico tra le parti che la Ricorrente s.r.l. ha determinato i costi per il personale indicati nella sua offerta in base ai dati contenuti nella tabella del C.C.N.L. e non, come dovuto, nel D.M. più volte citato, deve ritenere la censura in esame insuscettibile di accoglimento, atteso che la tesi della parte appellante (che nella concreta applicazione del C.C.N.L. di categoria sarebbe stato considerato un monte ore forfettarie non lavorate presunte superiore a quello previsto da detto D.M., sicché ,sottraendo il costo ore sostituzione indicato nel “Computo ASL” dal costo annuo manodopera, si otterrebbe un importo inferiore al costo del lavoro indicato nella offerta della appellante) non vale a smentire la tesi sostenuta dalla Commissione di gara che comunque, alla luce delle giustificazioni a suo tempo fornite dalla suddetta società, applicando i dati contenuti nel citato D.M., si ottenevano costi annui maggiori rispetto a quelli derivanti dall’applicazione del C.C.N.L..

La possibilità, poi, che in base ai complessi calcoli contenuti nell’atto di appello essi costi possano poi ridursi facendo applicazione di ulteriori calcoli relativi alla entità del monte ore non lavorate forfettarie, non vale ad escludere detta circostanza della sussistenza di maggiori costi annui derivanti dalla applicazione dei dati contenuti nel detto D.M., tenuta presente da essa Commissione per ritenere non affidabile la offerta della Ricorrente s.r.l.. Va infatti considerato che la entità del costo per ore di sostituzione forfettariamente indicato dalla Ricorrente s.r.l. nella offerta (in 4.258 ore annue presunte) era stato già oggetto di esame in sede di valutazione della offerta stessa, sicché non era possibile, per la tutela della par condicio, non tenerne conto all’atto della applicazione del costo medio orario di € 15,04 di cui al D.M. citato (comprensivo di un totale forfettario a persona di h. 472 per ore non lavorate) per la quantificazione c del costo annuo, invece del costo

loro orario di € 11, 66 di cui al C.C.N.L. di categoria erroneamente ritenuto applicabile da detta società.

1.4.- Per quanto riguarda il costo per il responsabile di commessa, che costituisce un ulteriore elemento posto dalla Commissione di gara a base della ritenuta inaffidabilità della Ricorrente s.r.l., è asserito nell'appello che il T.A.R. si sarebbe limitato a censurare la sua mancata inclusione nel costo del personale addetto al servizio senza valutare che esso responsabile (previsto dall'art. 38 del capitolato d'appalto) è inserito nell'organigramma con mansioni tali (vedasi pagg. 5 e 6 del capitolo 2 dell'elaborato tecnico di gara) da rendere lo stesso una figura di coordinamento e controllo non presente in modo continuativo nei presidi e non direttamente utilizzato per lo svolgimento del servizio. Pur se la figura presenta un costo ai fini della commessa condivisa con altri appalti, attività e progetti della società, non potrebbe considerarsi costo specifico di una singola commessa, ma andrebbe considerato costo comune della società da ripartire su essa commessa. A tal fine la ricorrente ha compreso il costo di detto responsabile, come sopra determinato, nelle spese generali dell'intero appalto in corrispondenza a tecniche aziendalistiche, la cui correttezza sarebbe da accertare con apposita CTU.

Va al riguardo osservato che il T.A.R. ha ritenuto che altro aspetto decisivo della controversia è il dato del personale indicato nell'organigramma di commessa, che ha il "responsabile di commessa" (valutato in sede di attribuzione del punteggio di qualità), il quale non può non essere computato tra i costi del personale impegnato, perché diversamente si avrebbe l'attribuzione di un punteggio di qualità per una figura inesistente in concreto.

Ritiene il Collegio che dette considerazioni contenute nella impugnata sentenza siano condivisibili, come pure le considerazioni al riguardo contenute nel verbale n. 20 del 20.2.2008 della Commissione di gara (che ha rilevato che la figura del responsabile di commessa non può essere indicata in modo differenziato e

variabile, inserendola nell'organigramma di commessa in sede di partecipazione alla gara e di predisposizione del relativo elaborato tecnico, per poi inserirla nell'organigramma aziendale in sede di giustificazione dei costi ai fini del giudizio di congruità, con maggior costo rilevato della fornitura).

Una volta inserito detto responsabile di commessa nell'organigramma di gara e considerato dalla Commissione di gara ai fini della attribuzione del punteggio di qualità, i costi derivanti dall'inserimento di tale figura non possono poi essere, in sede di giustificazione della offerta, essere inseriti solo tra le spese generali dell'appalto, nell'assunto, peraltro non concretamente dimostrato (in particolare con riguardo alla oggettiva entità), che essa figura è condivisa con altri appalti e con altre attività e progetti della società offerente.

2.- Erronee ed insufficienti, secondo l'appellante, sarebbero anche le affermazioni contenute nella impugnata sentenza con riferimento al secondo motivo del ricorso di primo grado, respinto perché è stato ritenuto corretto il comportamento tenuto dalla A.S.L., che ha stipulato il contratto d'appalto con la Controinteressata s.p.a. prima del termine previsto dalla legge, per la ritenuta eccessiva onerosità del servizio in corso, già sanzionato in un precedente giudizio avverso la delibera di rinnovo del servizio stesso.

Sostiene l'appellante che allo stato non si sarebbe formato il giudicato sulla delibera di rinnovo del contratto del 2002 a favore del precedente appaltatore, né il giudicato sulla delibera di auto annullamento del medesimo contratto adottata dalla ASL.

Comunque erroneamente il TAR avrebbe ritenuto conforme a buona amministrazione l'intervenuta sottoscrizione di un nuovo contratto con la Controinteressata s.p.a. prima dello scadere dei trenta giorni previsti dall'art. 11 del D. Lgs. n. 163 del 2006, in considerazione della eccessiva onerosità del precedente servizio svolto in ATI dalla ricorrente, per le considerazioni già svolte nel giudizio

di primo grado e riproposte in appello (insussistenza delle ragioni di particolare urgenza, perché le sentenze di conferma della legittimità della deliberazione di rinnovo del contratto 2002 e di legittimità del nuovo bando di gara non sono passate in giudicato, poiché il servizio era regolarmente assicurato dalla Ricorrente s.r.l. e perché il decorso pochi giorni non di prolungamento del servizio non avrebbe avuto portata devastante per l'economia della ASL, con impossibilità di deroga all'obbligo di previa verifica dei requisiti in capo alla società aggiudicataria). La affermazione del TAR che il mancato rispetto del termine di trenta giorni era giustificato dalla onerosità del servizio (a fronte di sei anni già trascorsi) sarebbe anche apodittica.

Osserva il Collegio che il T.A.R. ha dedotto al riguardo che con la delibera n. 126 del 2008, la Ausl/Ch ha approvato gli atti di gara e aggiudicato in via definitiva l'appalto alla S.O. spa, con la dichiarazione d'urgenza ai sensi dell'art. 11, comma X, del D. Lgs. n. 163 del 2006, che ha consentito la stipulazione del contratto prima dei previsti gg. 30 ordinari. In merito, l'effettività dell'urgenza è stata ritenuta una valutazione rimessa all'amministrazione, che deve assicurare la "buona amministrazione" (art. 97 cost.), ampiamente motivata con l'onerosità eccessiva della fase transitoria, come documentata dall'annullamento del rinnovo – proroga, che ha già superato l'esame di legittimità, con conferma, da parte del Consiglio di Stato, Sezione V, con decisione n.580 del 2007, della sentenza del Tribunale n.716 del 2006; ha, infine, ricordato il T.A.R. come la stessa procedura di gara è stata definita "accelerata".

Va considerato al riguardo che l'art. 11, X c., del D. Lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che: " Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, ai sensi dell'articolo 79, salvo motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine. La deroga di cui al

periodo precedente non si applica ai contratti relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi, di cui alla parte II, titolo III, capo IV.”

Le ragioni della deroga al rispetto del termine per la stipula del contratto, di cui al citato art. 11, X c., del D.Lgs. n. 163 del 2006 devono quindi essere eccezionali e possono ricorrere solo in quei casi in cui - come prevede la citata disposizione - tali ragioni non consentono all'Amministrazione di attendere il decorso del predetto termine (Consiglio Stato, sez. VI, 23 luglio 2009, n. 4648).

Nel caso che occupa la deliberazione n. 126 del 5.3.2008 della A.S.L. di Chieti, di aggiudicazione alla Controinteressata s.p.a. della gara de qua, contiene la dichiarazione che, ai sensi e per gli effetti della particolare urgenza di cui all'art. 11, X c., del D. Lgs. n. 163 del 2006, il contratto con l'aggiudicatario doveva essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, in quanto ogni giorno di prosecuzione alle condizioni economiche di fornitura previgenti cagionava danno erariale imputabile alla Amministrazione.

Il Collegio ritiene che la circostanza fosse idonea a configurare dette eccezionali ragioni di deroga, stante la circostanza che le sentenze che hanno confermato la legittimità della deliberazione di rinnovo del contratto 2002 e del nuovo bando di gara erano, comunque, all'epoca, esecutive, nonché che le condizioni del precedente contratto erano comunque più onerose per l'Amministrazione e che comunque, anche se riferito ad un periodo di tempo breve, appare dovuta (in conformità ai principi di buon andamento, che la U.S.L. in questione era tenuta a seguire), l'applicazione della normativa che consentiva detta deroga, nell'intento di evitare aggravii di spesa per la stessa.

La censura in esame non può essere quindi favorevolmente valutata.

3.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione.

4.- La complessità delle questioni trattate e la peculiarità del caso, visto l'art. 45, XI c., della L. n. 69 del 2009 e sussistendo le ragioni di cui all'art. 92, II c., del c.p.c., comportano la sussistenza di ragioni sufficienti per compensare fra la parti le spese del presente grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, Sezione Quinta, respinge l'appello.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2010 con l'intervento dei Signori:

Cesare Lamberti, Presidente FF

Marco Lipari, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Aniello Cerreto, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/06/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione