

Criterio del massimo ribasso: onere di impugnazione e limiti di applicazione.

di Arturo Levato

Data di pubblicazione: 7-10-2017

1) A fronte dell'illegittima adozione del criterio del massimo ribasso da parte della stazione appaltante, il concorrente che si ritiene danneggiato dalla scelta di siffatto criterio, deve impugnare immediatamente la documentazione di gara nella parte in cui lo prevede, senza attendere l'esito della gara, in quanto sono già sussistenti tutti i necessari presupposti.

2) Il rapporto, nell'ambito dell'art. 95, tra il comma 3 (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali v'è quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4 (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali v'è quello dei servizi ripetitivi), è di specie a genere. Ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3 scatta, cioè, un obbligo speciale di adozione del criterio dell'o.e.p.v. che, a differenza della ordinaria preferenza per tale criterio fatta in via generale dal codice, non ammette deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4, a prescindere dall'entità dello sforzo motivazionale dell'amministrazione.

Guida alla lettura.

Una società, operante nel settore delle pulizie, impugna la delibera di indizione della gara d'appalto per l'affidamento temporaneo di un servizio, da effettuarsi presso le strutture dell'amministrazione aggiudicataria.

Tra le censure, la ricorrente deduce che l'appalto in questione avrebbe dovuto essere aggiudicato secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e non con quello del massimo ribasso.

Il Collegio, nel vagliare il gravame proposto, si sofferma in via preliminare sull'ammissibilità dello stesso.

Sul punto, rileva che l'impugnativa deve *“considerarsi ammissibile, in quanto, dopo l'entrata in vigore del D. Lgs. n. 50/2016, a fronte dell'illegittima adozione del criterio del massimo ribasso da parte della stazione appaltante, il concorrente che si ritiene danneggiato dalla scelta di siffatto criterio, deve impugnare immediatamente la documentazione di gara nella parte in cui lo prevede, senza attendere l'esito della gara, in quanto sono già sussistenti tutti i necessari presupposti: a) la posizione giuridica legittimante avente a base, quale interesse sostanziale,*

la competizione secondo meritocratiche opzioni di qualità oltre che di prezzo; b) la lesione attuale e concreta, generata dalla previsione del massimo ribasso in difetto dei presupposti di legge; c) l'interesse a ricorrere in relazione all'utilità concretamente ritraibile da una pronuncia demolitoria che costringa la stazione appaltante all'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ritenuto dalle norme del nuovo codice quale criterio "ordinario" e generale" [1].

Sostiene, pertanto, l'adito T.a.r. che laddove il bando preveda, in difformità dalle prescrizioni del D. Lgs. n. 50/2016, che la gara debba svolgersi con il massimo ribasso anziché con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tale prescrizione sia immediatamente lesiva della posizione soggettiva del partecipante.

Non occorre, in sostanza, l'adozione di un successivo provvedimento attuativo -come l'eventuale esclusione o aggiudicazione in favore di altro concorrente- atteso che la menzionata prescrizione del disciplinare di gara consente di per sé di rinvenire in capo all'operatore economico i requisiti processuali della legittimazione al ricorso e dell'interesse al ricorso.

Ne consegue, quindi, la necessaria e tempestiva impugnazione *in parte qua* della *lex specialis*, pena l'irricevibilità dell'impugnazione, ove dedotta in uno con un provvedimento successivo.

Delineata la questione in rito, il Collegio vaglia il merito del gravame e, dopo avere disatteso una prima censura, lo ritiene fondato,

Profilo dirimente è proprio la doglianza tesa a contestare l'applicazione alla procedura selettiva del criterio del massimo ribasso.

Il T.a.r. richiama, all'uopo, le conclusioni alle quali è pervenuto, in un caso analogo, il Consiglio di Stato, secondo cui: *"il rapporto, nell'ambito dell'art. 95, tra il comma 3 (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali v'è quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4 (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali v'è quello dei servizi ripetitivi), è di specie a genere. Ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3 scatta, cioè, un obbligo speciale di adozione del criterio dell'o.e.p.v. che, a differenza della ordinaria preferenza per tale criterio fatta in via generale dal codice, non ammette deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4, a prescindere dall'entità dello sforzo motivazionale dell'amministrazione"*.

L'assunto ermeneutico, al quale si conforma il T.a.r., è aderente ai canoni direttivi contenuti nella legge delega, in forza dei quali per i contratti relativi ai servizi ad alta intensità di manodopera -come quello in esame- l'aggiudicazione dev'essere disposta solo in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In ragione di ciò, è da escludersi in ogni caso l'applicazione del solo criterio di aggiudicazione del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta.

Sulla scorta di tali argomentazioni, quindi, il Collegio accoglie il ricorso.

[1] Consiglio di Stato, sent. 2 maggio 2017, n. 2014.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 386 del 2017, proposto da:

Euro & Promos FM S.p.A. (già Euro & Promos FM Soc. Coop. p. A.), in persona del legale rappresentante Sergio Emidio Bini, rappresentato e difeso dagli avv.ti Luca Ponti e Luca De Pauli, con domicilio eletto presso lo studio di questi in Udine, via Vittorio Veneto, 39;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Matera - ASM, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Agostino Meale, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gerardo Donnoli in Potenza, via Rosica, 18;

Regione Basilicata, in persona del Presidente *pro tempore*, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

a) della deliberazione del Direttore Generale della ASM Matera n. 0680 dd. 13.07.2017, ad oggetto: "Gara d'appalto mediante procedura aperta per l'affidamento temporaneo del servizio di pulizia, sanificazione ed ausiliariato da effettuarsi presso le strutture dell'Azienda Sanitaria Locale di Matera. SIMOG n. 6790784 – CIG 713468939E. Indizione", pubblicata all'Albo Pretorio Informatico della Azienda;

b) di tutti gli allegati al provvedimento sub a), con particolare riferimento al Bando di Gara, al Disciplinare e al Capitolato Tecnico d'Appalto;

c) della presupposta nota prot. n. 20170015762 dd. 28.02.2017, con la quale è stata inoltrata richiesta di autorizzazione all'approvvigionamento del servizio *de quo* (atto non comunicato né

conosciuto, indicato nelle premesse di quello impugnato sub a);

d) della nota prot. 78071/13AO dd. 10.05.2017 del Dipartimento Politiche alla Persona – Ufficio Finanze del SSR, recante l'autorizzazione a procedere, con “considerazioni e suggerimenti in ordine alla documentazione di gara (atto non comunicato né conosciuto, indicato nelle premesse di quello impugnato sub a);

e) della presupposta determina dirigenziale dell'Ufficio “Finalze del SSR” del Dipartimento Politiche della Persona della Regione Basilicata n. 13AO.2017/D.00345 dd. 08.06.2017, con cui la ASM Matera è stata autorizzata all'approvvigionamento di che trattasi (atto non comunicato né conosciuto, indicato nelle premesse di quello impugnato sub a);

f) di tutti gli atti a tali provvedimenti comunque connessi, presupposti e conseguenti e quelli come sopra indicati;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Matera;

Visto il decreto del Presidente di questo Tribunale n. 102 del 2 agosto 2017, di rigetto della domanda di adozione di misure cautelari provvisorie;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 settembre 2017 il dott. Giuseppe Caruso e uditi per le parti i difensori Luca De Pauli e Agostino Meale, anche ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con atto notificato e depositato il 28 luglio 2017, la Euro & Promos FM S.p.A. impugna la deliberazione del Direttore Generale della ASM Matera n. 0680 dd. 13.07.2017, di indizione della gara d'appalto per l'affidamento temporaneo del servizio di pulizia, sanificazione ed ausiliario da effettuarsi presso le strutture dell'Azienda, con gli allegati bando di gara, disciplinare e capitolato tecnico. Impugna altresì: 1) la presupposta nota prot. n. 20170015762 dd. 28.02.2017, con la quale è stata inoltrata richiesta di autorizzazione all'approvvigionamento del servizio *de quo*; 2) la nota prot. 78071/13AO dd. 10.05.2017 del Dipartimento Politiche alla Persona – Ufficio Finanze del SSR, recante l'autorizzazione a procedere; 3) la presupposta

determina dirigenziale dell'Ufficio "Finalze del SSR" del Dipartimento Politiche della Persona della Regione Basilicata n. 13AO.2017/D.00345 dd. 08.06.2017, con cui la ASM Matera è stata autorizzata all'approvvigionamento di che trattasi.

La società ricorrente fa presente di essere l'attuale gestore del servizio, in forza di contratto stipulato il 25 novembre 2014.

Deduce i seguenti motivi:

I) Violazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 3 della legge n. 241/1990 e degli artt. 32 e 106 del D. Lg.vo n. 50/2016. Violazione di autolimita (lettera di invito del 15 aprile 2014). Violazione dei principi di logicità, proporzionalità ed adeguatezza. Contraddittorietà, travisamento ed errore di fatto. Eccesso di potere per difetto di presupposti. Difetto di istruttoria e di motivazione. Sviamento. Violazione del principio di buona fede. Violazione degli artt. 1362 e 1366 cod. civ.

Ai sensi dell'art. 3 del contratto sottoscritto il 25 novembre 2014, la ricorrente è tenuta ad assicurare la prosecuzione del servizio per il tempo strettamente necessario al nuovo affidamento, che a seguito dell'adesione da parte dell'ASM Matera all'unione regionale d'acquisto è ora previsto per dicembre 2017. Sarebbe pertanto illogica ed immotivata l'indizione di una nuova procedura "ponte" di affidamento semestrale del servizio (che in realtà potrebbe essere svolto, tenuto conto dei tempi di espletamento della procedura, anche solo per un mese). Quest'ultima avrebbe il solo effetto di far cessare il rapporto in essere con la ricorrente. In ogni caso, relativamente alla prosecuzione del servizio fino al nuovo affidamento, avrebbe dovuto trovare applicazione la previsione legale di cui all'art. 106 del D.Lg.vo n. 50/2016.

II) Violazione degli artt. 50 e 95 del D.Lg.vo n. 50/2016. Travisamento ed illogicità. Errore di fatto e di diritto.

In quanto "ad alta intensità di manodopera", l'appalto in questione avrebbe dovuto essere necessariamente aggiudicato secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e non al massimo ribasso.

La ricorrente conclude, anche con successiva memoria, per l'accoglimento del gravame.

L'ASM di Matera si è costituita in giudizio ed ha dedotto in fatto quanto segue:

- il contratto stipulato con la ricorrente il 25 novembre 2014 aveva durata semestrale ed è dunque ampiamente scaduto;
- esso è stato reiteratamente prorogato in attesa (dopo la revoca della gara in unione di acquisto) dell'espletamento della procedura indetta dalla Stazione unica appaltante della Regione Basilicata (da ultimo prevista per dicembre 2017);
- al fine di evitare ulteriori abnormi proroghe, l'ASM di Matera ha deciso di avvalersi del disposto dell'art. 1, comma 421, della legge n. 232/2016, in attesa della disponibilità di

contratti CONSIP o dei soggetti aggregatori.

L'amministrazione ha sostenuto, in diritto, l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso, chiedendone il rigetto.

La causa è stata assunta in decisione nella camera di consiglio del 13 settembre 2017, previo avviso alle parti della possibilità di definizione con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.

In via preliminare, il collegio ritiene che l'impugnativa in esame debba considerarsi ammissibile, in quanto, dopo l'entrata in vigore del D. Lg.vo n. 50/2016, a fronte dell'illegittima adozione del criterio del massimo ribasso da parte della stazione appaltante, il concorrente che si ritiene danneggiato dalla scelta di siffatto criterio, deve impugnare immediatamente la documentazione di gara nella parte in cui lo prevede, senza attendere l'esito della gara, in quanto sono già sussistenti tutti i necessari presupposti: a) la posizione giuridica legittimante avente a base, quale interesse sostanziale, la competizione secondo meritocratiche opzioni di qualità oltre che di prezzo; b) la lesione attuale e concreta, generata dalla previsione del massimo ribasso in difetto dei presupposti di legge; c) l'interesse a ricorrere in relazione all'utilità concretamente ritraibile da una pronuncia demolitoria che costringa la stazione appaltante all'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ritenuto dalle norme del nuovo codice quale criterio "ordinario" e generale (C.S., III, 2 maggio 2017, n. 2014).

Nel merito, il ricorso è fondato.

Con il I) motivo la ricorrente contesta l'indizione di una nuova gara ponte, in luogo della proroga dell'affidamento a suo favore di cui al contratto del 25 novembre 2014.

La doglianza non può essere condivisa.

Come correttamente dedotto dall'amministrazione resistente, il contratto invocato dalla ricorrente aveva durata semestrale e risulta tuttavia ancora in essere dopo ben tre anni dalla stipula, sicché non può sicuramente censurarsi – ma appare anzi condivisibile, se non doverosa - la decisione dell'amministrazione, dopo l'entrata in vigore delle disposizioni dettate dall'art. 1, comma 421, della legge n. 232/2016, di ricorrere ancora al mercato, sia pure per un ulteriore affidamento "ponte".

Con il II) motivo, la ricorrente sostiene invece che l'appalto in questione avrebbe dovuto essere necessariamente aggiudicato secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e non al massimo ribasso.

La censura è meritevole di accoglimento.

Il collegio condivide in proposito le conclusioni alle quali è pervenuto il Consiglio di Stato, in un caso del tutto analogo:

“7.1.È pacifico, nel caso di specie, che trattasi di un appalto di servizi ad alta intensità di manodopera secondo quanto chiarito dall'art. 50 del nuovo codice. Tuttavia l'amministrazione ritiene che ricorra la condizione, assorbente, del servizio caratterizzato da "elevata ripetitività" o, detto altrimenti, del servizio "standard".

7.2.L'assunto è radicalmente erroneo. Il rapporto, nell'ambito dell'art. 95, tra il comma 3 (casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali v'è quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4 (casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali v'è quello dei servizi ripetitivi), è di specie a genere. Ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3 scatta, cioè, un obbligo speciale di adozione del criterio dell'o.e.p.v. che, a differenza della ordinaria preferenza per tale criterio fatta in via generale dal codice, non ammette deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4, a prescindere dall'entità dello sforzo motivazionale dell'amministrazione.

La soluzione è del resto in linea con i criteri direttivi dettati dal legislatore delegante. Infatti l'art. 1, co. 1, lett. gg), per i contratti relativi (tra gli altri) ai servizi "ad alta intensità di manodopera", precisa, quale criterio direttivo, che l'aggiudicazione debba avvenire "esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come definita dalla lettera ff), escludendo in ogni caso l'applicazione del solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta" (C.S., III, n. 2014/2017, cit.).

In relazione a quanto precede, il ricorso in esame risulta fondato e va quindi accolto, con conseguente annullamento, per quanto di ragione, dei provvedimenti impugnati.

Sussistono i presupposti di legge per l'integrale compensazione tra le parti delle spese di causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla, per quanto di ragione, i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Potenza nella camera di consiglio del giorno 13 settembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente, Estensore

Pasquale Mastrantuono, Consigliere

Benedetto Nappi, Primo Referendario

