

Pubblicato il 19/05/2017

N. 05979/2017 REG.PROV.COLL.  
N. 03865/2017 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio*  
*(Sezione Terza Quater)*

*ha pronunciato la presente*

**SENTENZA**

*ex art. 60 cod. proc. amm.;*

*sul ricorso numero di registro generale 3865 del 2017, proposto da:*

*Tempor S.p.A. Agenzia per il Lavoro, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Federico Hernandez C.F. HRNFRC69E19H501O, Francesco Hernandez C.F. HRNFNC66C28H501S, con domicilio eletto presso lo studio del primo di essi in Roma, via Antonio Gramsci n. 14;*

**contro**

*Asl Roma 2, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Dell'Orso C.F. DLLFNC59S21H501B, Massimo Micheli C.F. MCHMSM63B17H501Z, con domicilio eletto presso lo studio del primo di essi in Roma, via Filippo Meda 35;*

**nei confronti di**

*Gi Group S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Giorgio Lezzi C.F. LZZGRG74P20D862C, Damiano Lipani C.F. LPNDMN61T10H501V, Francesca Sbrana C.F.*

*SBRFNC69S62L117U, Fabio Baglivo C.F. BGLFGS80M17F205W, con domicilio eletto presso lo studio del secondo di essi in Roma, via Vittoria Colonna n. 40;*

*per l'annullamento*

- della deliberazione n. 656 del 30.3.2017 della Azienda USL Roma 2 (già AUSL Roma/B e d'ora in poi anche solo "ASL") di aggiudicazione a Gi Group S.p.A. della "gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio di somministrazione di prestatori di lavoro a tempo determinato tramite personale interinale per un periodo di mesi dodici" (CIG 6800144858) (doc. 1) e, qualora sussista, dell'esclusione, anche implicita, della Tempor S.p.A. dalla gara;*
- del provvedimento di cui sopra nella parte in cui si è stabilito che l'offerta della Tempor non sarebbe congrua;*
- della mancata esclusione della Gi Group S.p.A. dalla gara e della mancata valutazione come incongrua della sua offerta;*
- del bando e del capitolato speciale di gara (in particolare dell'art. 8), per quanto attiene alla definizione dei termini dell'offerta economica;*
- della mancata aggiudicazione dell'appalto in favore della Tempor S.p.A.;*
- dei verbali di gara;*
- del contratto di appalto, ove stipulato;*
- di ogni altro atto e provvedimento annesso, connesso, presupposto, consequenziale;*

*Visti il ricorso e i relativi allegati;*

*Visti gli atti di costituzione in giudizio di Gi Group S.p.A. e di Asl Roma 2;*

*Viste le memorie difensive;*

*Visti tutti gli atti della causa;*

*Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2017 il dott. Massimo Santini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;*

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

*Premesso che:*

*A) L'ASL Roma 2 indiceva gara per l'affidamento del servizio di somministrazione di lavoro a tempo determinato per un periodo di dodici mesi e per un importo pari ad 1 milione 950 mila euro. Criterio di aggiudicazione il prezzo più basso, da determinare mediante individuazione della minore maggiorazione percentuale sul costo del lavoro, come definito dal CCNL comparto sanità;*

*B) all'esito della aggiudicazione provvisoria la ricorrente si classificava al primo posto, avendo offerto una percentuale di maggiorazione pari allo 0,45% (e corrispondenti ossia a 13 mila euro in termini assoluti). In seguito al disposto giudizio di anomalia la suddetta offerta veniva tuttavia ritenuta incongrua dalla stazione appaltante in quanto non avrebbe consentito di coprire, altresì, i previsti costi dell'assenteismo. L'appalto veniva dunque aggiudicato in favore della seconda classificata Gi Group, odierna controinteressata, la quale aveva a sua volta presentato una maggiorazione del 5,429% (pari ad oltre 100 mila euro in termini assoluti, di cui oltre 53 mila da riversare sul predetto fenomeno dell'assenteismo e salvo in ogni caso il ricorso all'utile di impresa per i costi eccedentari);*

*C) veniva allora interposto gravame per i motivi di seguito sintetizzati:*

- 1. Illegittimità dell'art. 8 del capitolato d'appalto, per perplessità ed irragionevolezza, nella parte in cui la stazione appaltante aveva stabilito che i costi dell'assenteismo avrebbero fatto parte non del costo del lavoro (come da CCNL) ma della componente variabile dell'offerta, quella soggetta a ribasso, ossia del c.d. margine di intermediazione. Si contesta in altre parole il fatto che i suddetti costi dell'assenteismo siano stati posti a carico dell'impresa aggiudicataria e non della stazione appaltante;*
- 2. Violazione dl legge per omessa convocazione della ricorrente, in audizione, nell'ambito del giudizio di anomalia;*
- 3. Difetto di motivazione circa la ritenuta inattendibilità dell'offerta presentata dalla ricorrente in merito ai suddetti costi dell'assenteismo;*

4. *Violazione dei principi di pubblicità e trasparenza di cui all'art. 4 del decreto legislativo n. 50 del 2016 nella parte in cui la stazione appaltante avrebbe utilizzato i dati offerti dall'ufficio del personale con riguardo ai costi dell'assenteismo registrati negli anni 2015 e 2016 (circa 110 mila euro annuo) soltanto all'indomani della pubblicazione degli atti di gara;*

5. *Eccesso di potere sotto il profilo della disparità di trattamento nella parte in cui la stazione appaltante: da un lato ha ritenuto incongruo il margine di intermediazione previsto dalla ricorrente (4.750 euro) per la copertura dei suddetti costi di assenteismo; dall'altro lato ha invece ritenuto congruo quello proposto dalla controinteressata (oltre 20 mila euro) sebbene anch'esso di gran lunga inferiore rispetto ai dati messi a disposizione dall'ufficio del personale (110 mila euro);*

6. *Violazione dell'art. 97 del decreto legislativo n. 50 del 2016 nella parte in cui la controinteressata avrebbe presentato le proprie giustificazioni soltanto allo scadere del termine a tal fine imposto dalla stazione appaltante;*

7. *Violazione dell'art. 97 del decreto legislativo n. 50 del 2016 nella parte in cui la controinteressata, nel fornire le proprie giustificazioni in ordine alla propria capacità di copertura dei costi dell'assenteismo, avrebbe modificato la propria offerta indicando in oltre 53 mila euro la suddetta copertura senza che tale voce fosse altresì presente in fase di presentazione dell'originaria offerta;*

*D) Si costituivano in giudizio l'amministrazione sanitaria intimata e la società Gi Group controinteressata, entrambe per chiedere il rigetto del gravame. Quest'ultima formulava altresì alcune eccezioni di rito in merito alla ritenuta insussistenza, in capo alla società ricorrente, di uno specifico interesse a ricorrere;*

*E) Alla camera di consiglio del 9 maggio 2017, avvisate le parti circa la possibilità di adottare sentenza in forma semplificata, la causa veniva infine trattenuta in decisione.*

*Ritenuto in via preliminare di prescindere dalle sollevate eccezioni di rito, stante in ogni caso la infondatezza nel merito del ricorso in esame.*

*Considerato in particolare che:*

*1. Con il primo motivo si lamenta la illegittimità dell'art. 8 del capitolato d'appalto, per perplessità ed irragionevolezza, nella parte in cui la stazione appaltante aveva stabilito che i costi dell'assenteismo avrebbero fatto parte non del costo del lavoro (come da CCNL) ma della componente variabile dell'offerta, quella soggetta a ribasso, ossia del c.d. margine di intermediazione. Si contesta in altre parole il fatto che i suddetti costi dell'assenteismo siano stati posti a carico dell'impresa aggiudicataria e non della stazione appaltante.*

*Osserva al riguardo il collegio come l'importo previsto a base di gara si componga di due voci:*

*a) costi coperti dal CCNL di categoria. Vi rientrano, a titolo esemplificativo, costi della retribuzione, indennità varie, contributi previdenziali, assistenziali ed assicurativi, TFR, tredicesima, festività, etc;*

*b) costi non coperti dal CCNL di categoria, riconducibili in quanto tali al c.d. "margine di intermediazione" dell'impresa. Vi rientrano l'utile di impresa, costi organizzativi, costi del personale non direttamente impiegato nella commessa, spese generali e, per l'appunto, i costi dell'assenteismo (per malattie inferiori ai 3 giorni, aspettative, infortuni, congedi straordinari, permessi come la legge 104, etc.). Si tratta dunque di costi non specificamente remunerati per il tramite della tariffa da CCNL di categoria che, in quanto tali, gravano esclusivamente sull'impresa somministratrice.*

*I primi hanno contenuto fisso non sono soggetti a ribasso. I secondi sono intrinsecamente variabili e sono invece soggetti a ribasso.*

*Per quanto riguarda in particolare l'assenteismo si tratta di costi non solo variabili ma anche imprevedibili, dipendenti in quanto tali da fattori spesso imponderabili nonché dalla capacità e dall'esperienza del singolo titolare dell'impresa il quale potrebbe persino mettere in atto pratiche e specifiche*

*azioni allo scopo di ridurre o comunque di scoraggiare il tasso di assenteismo (es. premi di produttività legati alla maggiore presenza in servizio).*

*Di qui la assenza di illogicità ed irragionevolezza circa la scelta della stazione appaltante, e ciò dal momento che la distinzione tra le due tipologie di costo (fisse non soggette a ribasso e variabili soggette invece a ribasso) consente di inserire nella seconda di esse, quella ossia in base alla quale “si decide la gara”, tutte quelle voci in cui si mette in gioco l’abilità, la serietà e la capacità di rischio imprenditoriale dei singoli concorrenti.*

*Di qui il rigetto della relativa censura;*

*2. Con il motivo sub 2) si lamenta violazione dl legge per omessa convocazione della ricorrente, in audizione, nell’ambito del giudizio di anomalia.*

*Osserva il collegio come, in seguito all’entrata in vigore del nuovo codice degli appalti (decreto legislativo n. 50 del 2016), un siffatto obbligo procedimentale – prima in effetti previsto, al ricorrere di determinati presupposti, dall’art. 88, comma 4, del decreto legislativo n. 163 del 2006 – non sia più altrimenti contemplato in seno all’art. 97 del predetto nuovo codice.*

*Di qui il rigetto della specifica censura;*

*3. Con il motivo sub 3) si lamenta il difetto di motivazione circa la ritenuta inattendibilità dell’offerta presentata dalla ricorrente in merito ai suddetti costi dell’assenteismo.*

*Onde ricavare il complessivo substrato motivazionale da cui è scaturita la decisione qui impugnata si rivela riduttiva l’opzione interpretativa circoscritta alla lettura del solo provvedimento finale di aggiudicazione, dovendosi estendere tale ricerca anche ai numerosi atti istruttori che hanno caratterizzato soprattutto la fase di valutazione di congruità dell’offerta e che hanno indotto ad adottare la decisione stessa.*

*Anche tale censura deve dunque essere rigettata;*

4. Con il motivo sub 4) si lamenta la violazione dei principi di pubblicità e trasparenza di cui all'art. 4 del decreto legislativo n. 50 del 2016 nella parte in cui la stazione appaltante avrebbe utilizzato i dati offerti dall'ufficio del personale con riguardo ai costi dell'assenteismo registrati negli anni 2015 e 2016 (circa 110 mila euro annuo) soltanto all'indomani della pubblicazione degli atti di gara.

Osserva al riguardo il collegio che la scelta di coinvolgere l'ufficio del personale dell'ASL Roma 2 è nata dall'esigenza, avvertitasi nella specifica fase di valutazione dell'anomalia, di effettuare ulteriori accertamenti istruttori in ordine alla posizione vantata dalla stessa società ricorrente. In particolare, gli elementi che ne sono scaturiti (costo annuo dell'assenteismo per gli anni 2015 e 2016 pari a circa 110 mila euro) non hanno costituito per la stazione appaltante parametro minimo di ammissione delle offerte ma soltanto utile e soprattutto orientativo termine di raffronto onde valutare la rispettiva congruità delle due offerte in competizione (Tempor e Gi Group). Tanto che l'offerta sul punto specifico dei costi dell'assenteismo di Gi Group (53 mila euro, salvo il ricorso all'utile di impresa per i costi eventualmente eccedentari) è stata in ogni caso ritenuta adeguata dalla stazione appaltante. Di qui il rigetto del motivo in esame;

5. Con il motivo sub 5) si lamenta il vizio di eccesso di potere sotto il profilo della disparità di trattamento nella parte in cui la stazione appaltante: da un lato ha ritenuto incongruo il margine di intermediazione previsto dalla ricorrente (4.750 euro) per la copertura dei suddetti costi di assenteismo; dall'altro lato avrebbe invece ritenuto congruo quello proposto dalla controinteressata (oltre 20 mila euro) sebbene anch'esso di gran lunga inferiore rispetto ai dati messi a disposizione dall'ufficio del personale (110 mila euro).

Il motivo è palesemente infondato in quanto si basa, erroneamente, sul presupposto secondo cui i costi dell'assenteismo graverebbero sull'utile di esercizio e non sul margine di intermediazione, concetto questo dal

*contenuto più ampio rispetto al primo e che, per quanto riguarda Gi Group, risulta infatti pari non a 20 mila ma ad oltre 100 mila euro.*

*Anche tale motivo deve dunque essere rigettato;*

*6. Con il motivo sub 6) si lamenta la violazione dell'art. 97 del decreto legislativo n. 50 del 2016 nella parte in cui la controinteressata avrebbe presentato le proprie giustificazioni soltanto allo scadere del termine a tal fine imposto dalla stazione appaltante.*

*Il collegio ritiene al riguardo di non discostarsi dalle conclusioni cui il Consiglio di Stato è a suo tempo intervenuto nella sentenza n. 2982 dell'11 giugno 2014 della sez. V, ove è stato in particolare affermato che “nelle gare pubbliche la mancata o anche la sola tardiva produzione delle giustificazioni dell'offerta e degli eventuali chiarimenti non possono comportare l'automatica esclusione dell'offerta sospettata di anomalia” e che i termini a tal fine previsti “non sono perentori, ma sollecitatori, avendo lo scopo di contemperare gli interessi del concorrente a giustificare l'offerta e quelli dell'Amministrazione alla rapida conclusione del procedimento di gara”.*

*Di qui il rigetto della specifica censura;*

*7. Con il motivo sub 7) si lamenta la violazione dell'art. 97 del decreto legislativo n. 50 del 2016 nella parte in cui la controinteressata, nel fornire le proprie giustificazioni in ordine alla propria capacità di copertura dei costi dell'assenteismo, avrebbe modificato la propria offerta indicando in oltre 53 mila euro la suddetta copertura senza che tale voce fosse altresì presente in fase di presentazione dell'originaria offerta.*

*Osserva il collegio come la voce relativa ai costi dell'assenteismo, prodotta dalla controinteressata con nota di giustificazioni del 30 marzo 2017, derivi in effetti dall'accorpamento di più voci rispetto a quelle a suo tempo presentate in sede di offerta (es. oneri finanziari, polizze, visite mediche, spese varie). Giova tuttavia allo stesso tempo rammentare che, per giurisprudenza pressoché costante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2015, n. 3859) “nelle gare pubbliche di appalto il giudizio d'insostenibilità e anomalia dell'offerta del*



*concorrente deve essere complessivo, nel senso di tener conto di tutti gli elementi favorevoli o negativi, tanto da poter giungere a ritenere credibili voci di prezzo eccessivamente basse perché accompagnate da altre voci sulle quali sono possibili e realizzabili risparmi, al fine di giungere ad una compensazione che lasci l'offerta affidabile e seria a prescindere dalla gestione interna dell'impresa offerente”.*

*Anche tale motivo deve dunque essere rigettato.*

*Considerato pertanto corretto l'operato della PA nella parte in cui ha reputato: da un lato eccessivamente bassa l'offerta presentata dalla società ricorrente in ordine al margine di intermediazione, pari a 13 mila euro, o meglio del tutto insussistente, all'interno dell'offerta stessa, il costo dovuto all'assenteismo; dall'altro lato congrua quella formulata dalla società controinteressata, sempre a titolo di margine di intermediazione, o meglio sufficientemente calcolato il costo relativo alla voce assenteismo (oltre 100 mila euro, di cui oltre 53 mila da dedicare all'assenteismo, e salvo in ogni caso il ricorso all'utile di impresa). E ciò anche in considerazione del fatto che, per giurisprudenza anche qui costante, “nelle gare pubbliche il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni compiute in sede di verifica di anomalia delle offerte è circoscritto ai soli casi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, in considerazione della discrezionalità che connota dette come tali riservate alla stazione appaltante cui compete il più ampio margine di apprezzamento” (Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2017, n. 1140). Illogicità o irrazionalità manifesta che, nel ricorso di cui si controverte in questa sede, non sono state tuttavia poste in alcun modo in evidenza.*

*Ritenuto in conclusione di rigettare il presente ricorso, con conseguente condanna alle spese di lite per la parte soccombente.*

*P.Q.M.*

*Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, LO RIGETTA.*

*Condanna la parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite, da quantificare nella complessiva somma di euro 4.000 (quattromila), oltre IVA e CPA ove dovuti, e da ripartire in parti eguali tra l'amministrazione resistente e la parte controinteressata.*

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

*Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:*

*Giuseppe Sapone, Presidente*

*Alfredo Storto, Consigliere*

*Massimo Santini, Consigliere, Estensore*

**L'ESTENSORE**  
**Massimo Santini**

**IL PRESIDENTE**  
**Giuseppe Sapone**

*IL SEGRETARIO*