

Il Consiglio di Stato, Sezione III, con la Sentenza n. 2533 del 10 Maggio 2013, in riforma alla Sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna-Bologna, Sezione II n. 672 del 9 novembre 2012 si è pronunciato sull'applicazione delle clausole sociali in una procedura per l'affidamento di un servizio con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

A sostegno della propria censura, l'appellante evidenziava la violazione dell'art. 37 del C.C.N.L. per le cooperative sociali e dell'art.6 del Disciplinare di gara, per il quale l'aggiudicataria, società cooperativa, essendo invariate le prestazioni richieste, avrebbe dovuto assumere tutti i dipendenti del gestore uscente già addetti al servizio.

Trattandosi di un servizio di call center per le prenotazioni e le disdette di prestazioni specialistiche ambulatoriali, l'aggiudicataria nella propria offerta ha previsto di avvalersi di una procedura informatica che consente all'utente di gestire in autonomia mediante internet parte dei servizi oggetto d'appalto, rendendo superflua l'assunzione di tutti i lavoratori già impiegati nel servizio.

Confermando le conclusioni del Tar, il Consiglio osserva che la summenzionata clausola sociale diretta a salvaguardare i livelli occupazionali, non può ostacolare l'esigenza dell'imprenditore di impiegare avanzati sistemi tecnologici allo scopo di rendere più efficiente la propria organizzazione d'impresa; di contro la stessa Amministrazione, tenuta in ogni modo a verificare che non venga violata la clausola e che l'impiego dei sistemi tecnici concretamente non renda più necessario l'impiego del precedente personale, giacché il servizio sarebbe svolto da un numero inferiore di addetti, trarrebbe dei vantaggi in termini di risparmio della spesa pubblica. Alla luce di quanto detto, la clausola sociale è inderogabile solo nelle ipotesi in cui il servizio è pianificato dal nuovo gestore con modalità analoghe a quelle del precedente.

Consiglio di Stato n. 2533 del 10/05/2013

N. 02533/2013REG.PROV.COLL.

N. 08935/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8935 del 2012, proposto da: C.S.R. Consorzio Sociale Romagnolo Cooperativa Sociale a r. l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Nico Moravia, Alessandra Piccinini e Marco Giustiniani, con domicilio eletto presso lo studio degli avvocati Nico Moravia e Marco Giustiniani, in Roma, via Bocca di Leone n. 78;

contro

A.U.S.L. 110 di Ravenna, in persona del legale rappresentante p.t., non costituitasi in giudizio;

nei confronti di

La Bottega Informatica Soc. Coop. Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con I-Tel Informatica e Territorio S.r.l., costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Saldutti, con domicilio eletto in Roma, via Lorenzo Magalotti n. 15;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per l'Emilia Romagna, Sede di Bologna, Sezione II, n. 672 del 9 novembre 2012, resa tra le parti, concernente l'affidamento triennale del servizio di call center per prenotazioni e disdette telefoniche relative alle prestazioni di specialistica ambulatoriale per l'Azienda U.S.L. di Ravenna.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di La Bottega Informatica Soc. Coop. Sociale Onlus;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2013 il Cons. Dante D'Alessio e uditi per le parti gli avvocati Nico Moravia e Andrea Saldutti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- L'Azienda Unità Sanitaria Locale di Ravenna (in seguito AUSL) aveva indetto, con bando di gara del 21 novembre 2011, una procedura per l'affidamento triennale, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di call center per prenotazioni e disdette telefoniche relative alle prestazioni di specialistica ambulatoriale, per l'importo presunto di € 525.000,00.

All'esito della gara risultava aggiudicataria La Bottega Informatica Soc. Coop. Sociale Onlus (in seguito Bottega Informatica), mandataria di costituendo RTI con I-Tel Informatica e Territorio S.r.l., con il punteggio di 86,83 (46,83 per la qualità e 40,00 per l'offerta economica di € 385.920,00), che si era classificata davanti a C.S.R. Consorzio Sociale Romagnolo Cooperativa Sociale a r. l. (in seguito C.S.R.), che aveva ottenuto il punteggio di 83,49 (59,5 per l'offerta tecnica e 23,99 per l'offerta economica di € 643.500,00).

2.- C.S.R. ha impugnato gli esiti della gara, con quattro articolati motivi, davanti al T.A.R. per l'Emilia Romagna, Sede di Bologna, che, con sentenza della Sezione II, n. 672 del 9 novembre 2012, ha respinto il ricorso.

3.- C.S.R. ha appellato l'indicata sentenza ritenendola erronea sotto diversi profili.

Nella Camera di Consiglio dell'11 gennaio 2013 questa Sezione ha respinto la domanda cautelare proposta dall'appellante.

Il 15 gennaio 2013 è stato sottoscritto il contratto fra l'amministrazione e il raggruppamento risultato aggiudicatario con l'attivazione del servizio a decorrere dal 1 febbraio 2013.

All'udienza pubblica dell'8 marzo 2013 la causa è stata chiamata e trattenuta in decisione.

4.- Con il primo motivo C.S.R. ha lamentato che erroneamente il T.A.R. ha disatteso la censura con la quale aveva sostenuto che, ai sensi dell'art. 37 del C.C.N.L. per le cooperative sociali e dell'art. 6 del Disciplinare di gara, l'offerta di Bottega Informatica avrebbe dovuto prevedere la necessaria assunzione della totalità delle

risorse umane già operanti nell'esecuzione del servizio, mentre Bottega Informatica aveva previsto l'assunzione di solo «4 degli 8 dipendenti del gestore uscente» (lo stesso C.S.R.).

In particolare, C.S.R. ha sostenuto che la citata disposizione, che prevede, per il caso in cui siano invariate le prestazioni richieste, l'obbligo di continuare il rapporto di lavoro con tutti i lavoratori già addetti al servizio, non lascia spazio ad esigenze diverse, con la conseguenza che non poteva essere ammessa la valutazione del diverso progetto tecnico presentato da Bottega Informatica, che aveva comportato la disapplicazione della clausola sociale.

4.1.- Il motivo non è fondato.

Come è stato correttamente affermato dal T.A.R., l'esigenza del mantenimento dei livelli occupazionali (che costituisce la ragione della clausola sociale contenuta nell'art. 37 del C.C.N.L. per le cooperative sociali) non può impedire all'imprenditore di «organizzare la propria impresa nella maniera ritenuta maggiormente efficiente». L'amministrazione quindi non può ritenersi «vincolata in maniera indefinita» ad utilizzare un servizio con «un numero di addetti variabile solo in aumento», nonostante l'evoluzione tecnologica consenta la realizzazione del servizio con un numero minore» (di addetti), «con corrispondente risparmio di spesa pubblica».

4.2.- Se quindi la clausola sociale deve ritenersi inderogabile quando il servizio è organizzato dal nuovo gestore con le stesse sostanziali modalità con le quali lo stesso servizio era organizzato dal gestore uscente, l'esigenza di dover rispettare la clausola sociale non può escludere una diversa organizzazione del lavoro e l'ausilio di nuovi strumenti tecnici o informatici, che non rendono più necessario l'utilizzo di tutto il personale già utilizzato per il servizio.

4.3.- Per evitare che la clausola possa essere (illegittimamente) elusa l'amministrazione deve comunque verificare che effettivamente il mutamento tecnico organizzativo del servizio non renda più necessario l'impiego di tutto il personale precedentemente utilizzato per il servizio.

4.4.- Nella fattispecie il servizio proposto da Bottega Informatica prevede, e la circostanza non è contestata, l'ausilio di nuove procedure informatiche, che non rendono necessario l'assunzione di tutto il personale già in precedenza addetto al servizio.

Infatti Bottega Informatica ha previsto nella sua offerta (punto 3.5.3, pag. 21) un'applicazione che consente agli utenti di servirsi di internet per «visualizzare le visite specialistiche prenotate, confermarle e/o cancellarle, leggerne le avvertenze, verificare l'importo del ticket, richiedere lo spostamento di data».

Risulta del tutto evidente che tale applicazione ha modificato (seppure in parte) la modalità di esecuzione del servizio ed ha reso quindi possibile il mancato integrale rispetto della suddetta clausola sociale.

4.5.- Si deve peraltro aggiungere che, come emerge dalle memorie depositate, C.S.R. svolgeva in precedenza il servizio con 8 operatori in part time (e non a tempo pieno), con la conseguenza che l'offerta di Bottega Informatica (che ha previsto l'utilizzo di 4 operatori in full time, ai quali devono essere aggiunti 2 operatori addetti al sistema) può ritenersi non molto diversa (per quanto riguarda l'utilizzo quantitativo del personale) dalle precedenti modalità di gestione del servizio. Mentre solo con la nuova offerta C.S.R. ha previsto l'impiego di 16 operatori, con un costo, tuttavia, ampiamente superiore a quello sostenuto in precedenza per il servizio ed a quello offerto dall'aggiudicataria.

5.- Non risulta poi che l'offerta di Bottega Informatica sia stata presentata, come sostenuto dall'appellante, in violazione delle disposizioni in favore delle persone svantaggiate dettate dall'art. 5, comma 4, della legge n. 381 del 1991 (Disciplina delle cooperative sociali).

In ogni caso l'art. 3 del contratto sottoscritto fra l'amministrazione e l'aggiudicataria espressamente prevede, conformemente all'art. 2 del disciplinare di gara, l'obbligo per l'esecutore di ricorrere all'impiego di persone svantaggiate di cui all'art. 4, comma 1, della legge n. 381 del 1991.

6.- C.S.R. ha poi sostenuto l'erroneità della appellata sentenza del T.A.R. nella parte in cui ha respinto il secondo motivo del ricorso di primo grado, con il quale essa aveva sostenuto che l'offerta di Bottega Informatica doveva essere esclusa perché incompleta e condizionata.

Secondo l'appellante, accertato che la gestione delle chiamate, con particolare riferimento ai picchi delle chiamate, costituisce la prestazione fondamentale della procedura, l'offerta di Bottega Informatica non offre una reale modalità di esecuzione della prestazione avendo indicato, al punto 3.3 della relazione tecnica, relativa alle modalità gestionali e organizzative del servizio, tre modalità solo apparenti di soluzione dell'emergenza "picchi di chiamate".

6.1.- La censura non è fondata.

Deve innanzitutto ricordarsi che oggetto della gara è la gestione di un call center per prenotazioni e disdette telefoniche relative alle prestazioni di specialistica ambulatoriale e quindi di visite specialistiche, diagnostiche e di esami di laboratorio. Tale servizio, ai sensi dall'art. 5 del capitolato tecnico, deve essere assicurato garantendo la presenza di un numero di operatori adeguato per assicurare il buon andamento del servizio e per garantire gli obiettivi fissati nello stesso capitolato. In particolare, deve garantire tassi di abbandono non superiori al 7% delle chiamate mensili, tempo medio di attesa di risposta non superiore a 60 secondi, per almeno il 70% delle chiamate mensili.

Ovviamente il servizio deve essere assicurato, nel rispetto dei requisiti richiesti, anche nei momenti di picco delle chiamate.

6.2.- Nella fattispecie Bottega Informatica ha indicato le modalità di svolgimento del servizio, che, secondo quanto verificato dalla stazione appaltante, garantiscono gli standard richiesti (tassi di abbandono non superiori al 7% delle chiamate mensili, tempo medio di attesa di risposta non superiore a 60 secondi, per almeno il 70% delle chiamate mensili), con un dimensionamento del call center che è stato ritenuto

adeguato alle necessità con una valutazione della stazione appaltante che non appare affetta da evidenti vizi logici.

6.3.- Bottega informatica ha poi anche indicato le diverse modalità, anche queste ritenute idonee dalla stazione appaltante, con le quali ha previsto di poter far fronte agli eventuali picchi di chiamata, attraverso: 1) la gestione delle chiamate in “overflow” per permettere poi il “call back” (servizio base); 2) l’aumento temporaneo del numero di operatori, su richiesta del cliente, a pagamento; 3) l’inoltro delle chiamate ad operatori della AUSL di Ravenna.

6.4.- Sulla base di tali elementi, come affermato dal giudice di primo grado, l’offerta di Bottega Informatica non può ritenersi incompleta.

Mentre l’eventuale mancato rispetto, in concreto, degli standard richiesti costituisce (evidentemente) questione che attiene alla regolare esecuzione del contratto e che dunque non inerisce alla legittimità del contestato provvedimento di aggiudicazione.

6.5.- Né si può arrivare a diversa conclusione in considerazione del fatto che Bottega Informatica ha previsto, per la gestione dei picchi di chiamata, oltre al “recall” (che costituisce la modalità base e che è stata prevista anche dall’appellante nella sua offerta), due ulteriori diverse modalità che possono comportare oneri (ulteriori) a carico dell’amministrazione. Infatti tali modalità sono, come si è detto, ulteriori e la loro erogazione è prevista solo se richiesta dall’amministrazione.

6.6.- L’appellante sostiene tuttavia, anche con una relazione tecnica, che l’insufficienza delle risorse previste nel progetto presentato da Bottega informatica rende inevitabile il costante utilizzo delle prestazioni accessorie offerte a titolo oneroso.

Ma, in proposito, non può non rilevarsi che il previsto ampio utilizzo, da parte di Bottega informatica, di internet, per la gestione del servizio, rende, con ogni probabilità, meno frequenti i picchi di chiamata e ciò consente a Bottega Informatica di gestire prevedibilmente il servizio senza che l’amministrazione debba ricorrere alle eventuali prestazioni aggiuntive a pagamento.

E comunque tali prestazioni aggiuntive sarebbero erogate solo su richiesta dell'amministrazione, che ha, quindi, il potere di controllarne l'effettiva necessità e sopportarne i costi solo se ritenuti necessari.

6.7.- Peraltro, nelle more del giudizio, l'amministrazione, in data 15 gennaio 2013, ha sottoscritto, come s'è visto, il relativo contratto con Bottega informatica, nel quale le parti hanno, fra l'altro, stabilito (all'art. 9) che, solo nel caso di scostamenti eccedenti il 10% del numero delle prestazioni annuali stimate in sede di gara (162.600), accertati dopo il primo anno di attività, potrebbe essere non rispettata l'aderenza agli standard richiesti (tasso di abbandono massimo di utenti in attesa non superiore al 7% delle chiamate mensili e tempo medio di attesa della risposta non superiore a 60 secondi per almeno il 70% delle chiamate mensili), con la mancata conseguente applicazione di penalità e la necessità di ridefinire le misure per adeguare le prestazioni agli standard richiesti.

All'articolo 9 del contratto si ribadisce poi che il servizio aggiuntivo a pagamento, previsto per i picchi, può essere eventualmente attivato solo su richiesta della AUSL, per garantire «prestazioni in emergenza ulteriormente migliorative, sicché, anche in caso di non attivazione di detta prestazione aggiuntiva a pagamento, l'offerta tecnica ed economica presentata... è in grado di garantire il perseguimento degli obiettivi minimi previsti nel ...contratto e nel richiamato capitolato tecnico (“tasso di abbandono massimo di utenti in attesa non superiore al 7% delle chiamate mensili” e “tempo medio di attesa della risposta non superiore a 60 secondi per almeno il 70% delle chiamate mensili”)). Mentre nel caso che l'Azienda decidesse di prevedere, a proprio insindacabile giudizio, un «incremento del servizio» (con standard superiori a quelli previsti dalla gara), in modo da «garantire un tasso di abbandono massimo in attesa minore al 5% delle chiamate mensili e un tempo medio di attesa della risposta minore di 60 secondi per l'80% delle chiamate mensili», il corrispettivo sarebbe diverso da quello stabilito nel precedente art. 7 del contratto.

6.8.- Anche dall'esame delle indicate clausole del contratto non si evince quindi una incompletezza dell'offerta di Bottega Informatica, quanto piuttosto l'esigenza dell'amministrazione di poter eventualmente migliorare ed adeguare il servizio alle effettive necessità.

6.9.- Né si può giungere a diversa conclusione sulla base della corrispondenza, depositata in giudizio dall'appellante, intercorsa fra l'amministrazione e Bottega informatica prima della stipula del contratto.

A prescindere da ogni questione riguardante l'ammissibilità di tale deposito, neanche da tale documentazione si evince la lamentata incompletezza dell'offerta di Bottega informatica. Né può essere di per sé censurata la circostanza che, dopo l'avvenuta aggiudicazione e prima della stipula del contratto, vi sia stato uno scambio di corrispondenza fra l'amministrazione e l'aggiudicatario per meglio definire alcuni aspetti delle prestazioni che avrebbero poi dovuto costituire oggetto delle clausole contrattuali.

7.- Con un ulteriore profilo del secondo motivo C.S.R. insiste nel sostenere che Bottega informatica doveva essere esclusa per la parzialità dell'offerta anche per la mancanza di una utile infrastruttura tecnologica. In particolare per aver previsto nella sua offerta costi ulteriori (per l'amministrazione) in relazione all'uso di due linee telefoniche per effettuare le chiamate in uscita.

Ma sul punto, come chiarito anche dal T.A.R., l'offerta presentata da Bottega informatica risulta coerente con quanto previsto dal capitolato e non implica comunque alcun aumento (non previsto) dei costi posti a base di gara.

L'art. 1 del capitolato d'onori ha infatti previsto che le linee per la gestione del call center possano essere intestate alla AUSL «se ciò porterà ad una riduzione del costo delle stesse» al fine, come evidenziato dal T.A.R., di poter beneficiare delle tariffe ridotte contrattate da CONSIP.

8.- L'appellante ha sostenuto l'erroneità della sentenza appellata anche nella parte in cui ha disatteso il motivo riguardante l'omessa verifica di anomalia (terzo motivo).

Ma, come affermato dal T.A.R. (e come poi ammesso dallo stesso appellante), correttamente la Stazione appaltante non ha proceduto alla verifica obbligatoria di anomalia, non essendo stato superato dall'aggiudicataria, che ha ottenuto il punteggio di 46,83/60 per l'elemento qualità e 40/40 per l'elemento prezzo, il limite dei 4/5 del punteggio (per entrambi gli elementi di valutazione), previsto dall'art. 86, comma 2, del d. lgs. n. 163 del 2006.

Infatti, tale disposizione prevede che «nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara».

8.1.- Neppure ricorrevano le condizioni per l'attivazione del controllo facoltativo di cui al comma 3, del citato articolo 86, secondo cui «le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa».

In proposito questa Sezione ha, di recente, affermato che nelle gare pubbliche la verifica dell'anomalia è necessaria, anche qualora non sussistano i presupposti che ne comportano l'obbligatorietà, quando gli elementi dell'offerta e l'entità del ribasso complessivo non trovino adeguata giustificazione negli atti e presentino evidenti o comunque seri dubbi di anomalia, in attuazione dei principi generali di efficacia, imparzialità, parità di trattamento e buon andamento dell'azione amministrativa (Consiglio di Stato, sez. III, 14 dicembre 2012, n. 6442).

8.2.- Nella fattispecie tuttavia, come evidenziato dal T.A.R., l'offerta presentata dall'aggiudicataria Bottega Informatica prevedeva una consistente riduzione dei costi determinata dall'ampio utilizzo ausiliario di tecnologie informatiche.

Ciò fa ritenere non irragionevole il comportamento dell'amministrazione che non ha ritenuto di utilizzare la sua facoltà di procedere al controllo di anomalia, di cui all'art. 86, comma 3. del d. lgs. n. 163 del 2006.

8.3 - Peraltro, si deve anche ricordare che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 36 del 29 novembre 2012, ha affermato che il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni compiute in sede di verifica di anomalia delle offerte deve ritenersi circoscritto ai soli casi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, in considerazione della discrezionalità che connota dette valutazioni, come tali riservate alla stazione appaltante cui compete il più ampio margine di apprezzamento.

E tale principio deve ritenersi applicabile anche nella fase (precedente), in cui l'amministrazione ritiene di utilizzare (o non utilizzare) la facoltà di procedere al controllo di anomalia, ai sensi dell'art. 86, comma 3, del codice dei contratti pubblici.

8.4.- Si deve poi aggiungere che, come pure ricordato dal T.A.R., è la scelta di effettuare la verifica facoltativa di anomalia che esige una espressa ed adeguata motivazione (in ordine alle ragioni ed agli elementi di fatto sulla base dei quali essa si sia risolta nel senso di attendere alla verifica di anomalia ai sensi del citato comma 3), mentre una motivazione non è (normalmente) necessaria quando l'amministrazione ritiene di non dover far uso di tale facoltà (Consiglio di Stato, sez. VI, 27 luglio 2011, n. 4489), il cui mancato esercizio non è pertanto censurabile.

9.- Con il quarto ed ultimo motivo l'appellante ha sostenuto che erroneamente il T.A.R. non ha considerato che le ragioni riguardanti le carenze nell'esecuzione del servizio rinvenibili nell'offerta dell'aggiudicatario (che si sono prima evidenziate) avrebbero dovuto condurre all'attribuzione di un punteggio molto inferiore per l'aggiudicatario.

9.1.- La censura è tuttavia infondata.

Le valutazioni compiute dalle commissioni giudicatrici in un appalto pubblico sono infatti espressione di discrezionalità tecnica, che non è sindacabile davanti al giudice amministrativo se non quando affetta da errori di fatto o da evidenti vizi logici.

9.2.- Nella fattispecie non può ritenersi manifestamente irragionevole (o determinato da evidenti errori di fatto) l'operato della Commissione giudicatrice, che peraltro ha assegnato all'offerta di Bottega Informatica un punteggio per la qualità (46,83) decisamente più basso di quello assegnato all'offerta dell'appellante C.S.R. (59,5).

Né, una volta accertato che il servizio poteva essere reso anche con le modalità contenute nella proposta della resistente Bottega Informatica, si può ritenere che, come voluto dall'appellante, il punteggio per alcune delle voci di valutazione dell'offerta dovesse essere pari a zero.

10.- In conclusione, sulla base delle esposte considerazioni, l'appello deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma, nei sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata.

Condanna l'appellante al pagamento di € 5.000,00 (cinquemila) in favore di La Bottega Informatica Soc. Coop. Sociale Onlus, per le spese e competenze del presente grado di appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Cacace, Presidente FF

Roberto Capuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

Alessandro Palanza, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/05/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)