

Publicato il 12/06/2017

N. 02815/2017REG.PROV.COLL.
N. 00606/2017 REG.RIC.
N. 00607/2017 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 606 del 2017, proposto da:

La Lucente s.p.a., in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Bertoloni 26/b;

contro

Acquedotto Pugliese s.p.a., in persona del presidente del consiglio d'amministrazione e legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Massimo Gentile e Ada Carabba, con domicilio eletto presso lo studio Massimo Gentile, in Roma, via Sebino 29;

nei confronti di

Gsa – Gruppo Servizi Associati s.p.a., in persona del presidente del consiglio d'amministrazione e legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Ponti, Luca De Pauli e Luca Mazzeo, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Manfredi 5,

sul ricorso numero di registro generale 607 del 2017, proposto da:

La Lucente s.p.a., in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Bertoloni 26/b;

contro

Acquedotto Pugliese s.p.a., in persona del presidente del consiglio d'amministrazione e legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Massimo Gentile e Ada Carabba, con domicilio eletto presso lo studio Massimo Gentile, in Roma, via Sebino 29;

nei confronti di

Miorelli Service s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

quanto al ricorso n. 606 del 2017:

della sentenza del T.A.R. PUGLIA – BARI, SEZIONE III, n. 1316/2016, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento in appalto del servizio di pulizia degli uffici e locali dell' Acquedotto Pugliese s.p.a. – lotto 1

quanto al ricorso n. 607 del 2017:

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI, SEZIONE III, n. 1315/2016, resa tra le parti, concernente il lotto 2 della medesima procedura di affidamento

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Acquedotto Pugliese s.p.a.:

Visto l'appello incidentale della Gsa - Gruppo Servizi Associati s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 maggio 2017 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Massimiliano Brugnoletti, Luca De Pauli, Luca Mazzeo e, su delega dell'avvocato Gentile, Arrigo Varlaro Sinisi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con separati ricorsi al Tribunale amministrativo regionale della Puglia – sede di Bari la Lucente s.p.a. impugnava l'esclusione disposta in proprio danno dalla procedura di affidamento in appalto del servizio di pulizia e igiene ambientale dei locali della società Acquedotto Pugliese s.p.a. per una durata di 36 mesi, suddivisa in quattro lotti, di cui al bando pubblicato il 21 gennaio 2015 (determinazioni assunte dalla commissione nella seduta dell'8 aprile 2016). La ricorrente veniva esclusa dai lotti 1 e 2 (relativi rispettivamente agli uffici di Bari e Brindisi e del valore di 1.645.974,00 e 159.712,08 euro, nel primo dei quali era stata dichiarata aggiudicataria provvisoria), a causa di inadeguate giustificazioni circa il costo del lavoro del personale impiegato nel servizio in relazione al monte ore complessivo dichiarato in sede di offerta.

2. Contestato quindi questo presupposto con ambedue i ricorsi, con altrettanti motivi aggiunti la La Lucente impugnava l'aggiudicazione successivamente disposta, rispettivamente, in favore della Gsa – Gruppo Servizi Associati s.p.a. per il lotto di gara 1, e della Miorelli Service s.p.a. per il lotto 2 (provvedimenti del vice presidente del consiglio d'amministrazione dell'Acquedotto Pugliese di prot. nn. 53177 e 53179 del 12 maggio 2016).

3. Entrambe le impugnazioni erano respinte dal Tribunale amministrativo adito con le sentenze in epigrafe.

Secondo il giudice di primo grado la società ricorrente aveva formulato per i due lotti in contestazione il monte ore contrattuale, così violando il capitolato speciale di gara che imponeva invece di indicare il monte ore

effettivo, mentre in sede di giustificazioni aveva indicato il costo orario unitario applicando al costo complessivo del lavoro per l'intero servizio il divisore previsto dalla pertinente tabella ministeriale relativo alle ore teoriche (2.088), anziché quello relativo alle ore effettivamente lavorate (1.581), che tiene invece conto del tasso medio di assenteismo dal lavoro di settore.

4. L'originaria ricorrente impugna le due pronunce di primo grado con altrettanti appelli.

5. Resiste ad entrambi i mezzi l'Acquedotto Pugliese.

6. Nel giudizio relativo al lotto 1 si è costituita in resistenza anche la controinteressata Gsa – Gruppo Servizi Associati. Quest'ultima ha proposto appello incidentale in relazione al mancato accoglimento dell'eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti proposti dalla La Lucente contro l'aggiudicazione del lotto 1, perché privo di censure specifiche, anche in via derivata, rispetto agli atti del giudizio di anomalia dell'offerta della ricorrente.

7. Non si è invece costituita l'aggiudicataria del lotto 2 Miorelli Service s.p.a.

DIRITTO

1. Deve innanzitutto essere disposta la riunione degli appelli per ragioni di connessione ex art. 70 cod. proc. amm., consistenti nel fatto che i due mezzi di impugnazione sono rivolti contro altrettante sentenze aventi ad oggetto due lotti della stessa procedura di gara.

2. Sempre in via preliminare va dato atto che nel giudizio d'appello relativo al lotto di gara 2 (r.g. n. 607/2017) la controinteressata Miorelli Service non si è costituita, benché ritualmente evocata in giudizio mediante notifica dell'atto di impugnazione all'indirizzo di posta elettronica certificata miorelliservice@legalmail.it.

3. Nel merito, con i primi motivi dei due appelli la La Lucente censura le sentenze del Tribunale amministrativo di Bari per insufficiente

motivazione.

4. Il motivo è inammissibile perché l'appello nel giudizio amministrativo non costituisce un giudizio di tipo cassatorio finalizzato al controllo della completezza e logicità della motivazione della sentenza di primo grado, ma (come nel giudizio civile) un giudizio di tipo devolutivo, sia pure limitatamente ai capi e ai punti della pronuncia impugnata, dalla proposizione del quale consegue l'integrale rivalutazione delle questioni controverse da parte del giudice di secondo grado. Pertanto, l'eventuale carenza di motivazione è assorbita dall'effetto devolutivo dell'appello ed è suscettibile di essere emendata attraverso il potere correttivo del giudice di secondo grado (in questo senso *ex multis*: Cons. Stato, III, 10 aprile 2012, n. 2057; IV, 12 novembre 2015, n. 5142, 21 settembre 2015, n. 4392, 19 settembre 2012, n. 4974; V, 28 luglio 2015, n. 3708, 17 settembre 2012, n. 4915; VI, 23 marzo 2016, n. 1196, 21 marzo 2016, n. 1158, 2 luglio 2015, n. 3296, 27 aprile 2015, n. 2139, 9 aprile 2015, n. 1790).

Ai fini della completezza e dell'autosufficienza dell'appello (o di suoi singoli motivi) è quindi necessario enucleare censure specifiche, come richiesto dall'art. 101, comma 1, cod. proc. amm., in grado di fare emergere l'erroneità sul piano logico-giuridico della decisione impugnata.

5. Con il successivo motivo dei due appelli la La Lucente censura nel merito la decisione di conferma del giudizio di anomalia delle proprie offerte nei due lotti in contestazione e conseguente rigetto dei propri ricorsi di primo grado.

L'originaria ricorrente ribadisce di avere formulato l'offerta in conformità alla normativa di gara, ed in particolare all'art. 7 del capitolato speciale, il quale richiedeva ai concorrenti di indicare nell'offerta tecnica «*una congrua e adeguata distribuzione del personale per immobile, a cui attribuire il numero di ore globali annue effettive ritenute necessarie per l'espletamento del servizio*» e «*il monte ore complessivo annuo*», con

relativa suddivisione per ciascun immobile di proprietà della società Acquedotto Pugliese.

6. La La Lucente richiama anche il successivo art. 9 (rubricato «*Personale impiegato*»), recante una clausola sociale in virtù della quale l'aggiudicatario è tenuto ad assicurare «*un impegno lavorativo non inferiore alle 25 ore settimanali, per ogni lavoratore attualmente utilizzato...*». Da tali disposizioni la società esclusa dalla gara trae la conseguenza che la richiesta rivolta ai concorrenti dalla stazione appaltante era di offrire il «*monte-ore globale che avrebbero previsto per eseguire il servizio*», comprensivo delle ore lavorate tanto dall'addetto titolare quanto dal sostituto. Al medesimo riguardo, l'appellante precisa che il costo complessivo della manodopera «*è determinato dalle ore effettivamente prestate*» e che l'indicazione di tale valore nell'offerta tecnica, e la corrispondente valorizzazione sul piano economico, erano necessarie al fine di garantire alla stazione appaltante la corretta esecuzione del servizio.

7. La La Lucente si duole invece che il Tribunale amministrativo abbia ritenuto che costo della manodopera da indicare nell'offerta economica fosse relativo «*a quello effettivo, "epurato" dalle ore di assenza*», vale a dire al monte-ore teorico, sottolineando che la garanzia per l'amministrazione sarebbe in questo caso vanificata dal tasso di assenteismo dal lavoro medio.

8. Nel prosieguo dell'appello si evidenzia che in conformità a quanto richiesto dal capitolato speciale, l'offerta economica formulata - orario annuo di 27.300 ore, pari a 81.900 nel triennio, ad un costo di € 961.990,95, per il lotto 1; e di 3.042 ore, pari a 9.126 ore nel triennio, ad un costo di € 103.488,84 per il lotto 2 - è stata «*parametrata(a) sul "monte ore complessivo annuo" previsto in offerta tecnica*», in modo da «*calibrare la propria offerta sui costi effettivi del lavoro da sostenere*».

9. Su questa base, in sede di giustificativi dell'offerta ai fini della verifica di congruità, il costo complessivo della manodopera per ciascun lotto di gara

è stato suddiviso, in base alle tabelle ministeriali ex art. 86, comma 3-bis, d.lgs. n. 163 del 2006, «per 2.088 (ore di impiego lavorativo per un operatore full-time)». Più precisamente, sulla base di ciò nelle tabelle inserite nei giustificativi della propria offerta la La Lucente ha ottenuto il costo medio unitario per ciascuna ora lavorata dalle varie figure professionali impiegate nel servizio ed ha quindi dimostrato la relativa corrispondenza rispetto al costo della manodopera moltiplicando tale costo per il numero delle ore secondo «l'impegno assunto (...) nell'offerta tecnica».

Sul punto la La Lucente precisa che attraverso il divisore 2.088 da essa applicato, ai fini della dimostrazione del proprio costo del lavoro in sede di sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, essa ha potuto «conteggiare il proprio costo del lavoro tenendo conto ab origine dell'incidenza delle ore di assenza del personale titolare, al fine di poter garantire alla stazione appaltante un impiego complessivo conforme all'impegno assunto in offerta tecnica».

10. In ciò risiede tuttavia l'errore che inficia gli appelli della La Lucente.

11. Quest'ultima muove innanzitutto da una lettura errata delle sentenze di primo grado.

Il Tribunale amministrativo non ha infatti affermato che nell'offerta tecnica si sarebbe dovuto indicare il monte-ore teorico, ma – concordemente a quanto appunto si sostiene negli appelli - «il numero di ore annuo effettive». In particolare, come si evince dalla lettura delle motivazioni delle pronunce di primo grado, a questa conclusione il Tribunale amministrativo è giunto argomentando dall'articolo 7.1.1 del capitolato speciale, il quale prescrive che «il sistema organizzativo del servizio», oggetto di valutazione (fino a un massimo di 35 punti) doveva essere predisposto «prevedendo una congrua e adeguata distribuzione del personale per immobile, cui attribuire il numero di ore globali annue effettive ritenute necessarie per l'espletamento del servizio».

12. In sostanza, Tribunale amministrativo e società appellante sostengono la medesima cosa, ma pervengono a conclusioni divergenti.

La ragione di ciò è ricavabile nell'errore commesso dalla stessa società in sede di giustificazione del proprio costo della manodopera. Il divisore da applicare era infatti quello di 1.581 previsto dalle citate tabelle ministeriali e non invece quello di 2.088, perché è il primo che ingloba il costo orario effettivo del lavoro, e cioè quello che tiene conto del tasso di assenteismo medio, mentre il secondo divisore consente di quantificare il costo orario teorico o contrattuale, in ipotesi gravante sul datore di lavoro a prescindere dalle assenze dei propri dipendenti (per ferie, festività, malattia, infortunio, gravidanza ecc.).

In particolare, il primo divisore è inferiore al secondo, perché recante la correzione derivante dal costo aggiuntivo derivante dall'esigenza di sostituire il personale assente per giusta causa per garantire comunque l'espletamento del servizio, ferma rimanendo la necessità di retribuire tale personale. In sostanza, l'aumento del costo unitario deriva dal conglobamento di un costo ulteriore per l'impresa, derivante dall'impiego di altro personale, nella misura necessaria a sopperire alle assenze dal lavoro.

13. Di quanto finora evidenziato si trae conferma dalle tabelle ministeriali prodotte dall'appellante nel presente grado di giudizio.

In esse si fa distinzione tra «*ore annue teoriche*» e «*ore annue effettivamente lavorate*», rispettivamente corrispondenti a 2.088 e 1.581. In particolare, quest'ultimo valore è la risultante del primo, dedotto il tasso di assenza medio, secondo la specificazione per ciascuna causale esposta nel relativo riquadro della tabella ministeriale.

14. Tutto ciò precisato, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato afferma in modo costante (*ex multis*: Cons. Stato, III, 2 marzo 2015, n. 1020, 13 dicembre 2013, n. 5984) che per il costo orario del personale da dimostrare in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta non va assunto a

criterio di calcolo il “monte-ore teorico”, comprensivo cioè anche delle ore medie annue non lavorate (per ferie, festività, assemblee, studio, malattia, formazione, etc.) di un lavoratore che presti servizio per tutte l’anno, ma va considerato il “costo reale” (o costo ore lavorate effettive, comprensive dei costi delle sostituzioni). Il costo tabellare medio, infatti, è indicativo di quello “effettivo”, che include i costi delle sostituzioni cui il datore di lavoro deve provvedere per ferie, malattie e tutte le altre cause di legittima assenza dal servizio (da ultimo: Cons. Stato, III, 2 marzo 2017, n. 974, citata dalla La Lucente nei propri scritti conclusionali).

14. Come finora esposto, anche la La Lucente conviene con queste conclusioni, ma non si è avveduta di avere errato nel fare applicazione di tali principi in sede di giustificativi del proprio costo della manodopera.

La conseguenza di questo errore è data da un’esposizione di un costo orario per ciascun profilo professionale da presumersi non congruo, perché computato sulla base di un divisore che non tiene conto delle fisiologiche assenze dal lavoro e dai costi aggiuntivi sopportati dal datore per sostituire il personale assente. Su questa base il giudizio di anomalia delle offerte formulato dalla società Acquedotto Pugliese nei provvedimenti impugnati è legittimo. Infatti, come deduce la stessa La Lucente, il costo complessivo della manodopera da essa offerto corrisponde a quello per ciascuna ora lavorata, ottenuto attraverso l’applicazione del divisore per ore lavorate teoriche della pertinente tabella ministeriale, anziché quello previsto per le ore effettive. L’applicazione di quest’ultimo divisore avrebbe invece comportato un costo unitario maggiore, tale da non fare quadrare il costo complessivo della manodopera per le ore lavorate effettive indicate dalla La Lucente nella propria offerta tecnica.

15. Per queste ragioni i due appelli devono essere respinti.

L’appello incidentale della G.s.a. deve pertanto essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Le spese del presente grado di giudizio possono essere compensate in ragione della peculiarità delle questioni controverse.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, previa loro riunione, così provvede:

- respinge gli appelli principali;
- dichiara improcedibile l'appello incidentale;
- compensa tra tutte le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Daniele Ravenna, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO