



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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2628 del 2011, proposto dal Consorzio Effe Group, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Vitolo, con domicilio eletto presso G Studio Viglione-Vitolo in Roma, via Ovidio, 32;

contro

Università degli Studi di Napoli "L'Orientale", in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

La Partenope S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Corrado Diaco, con domicilio eletto presso il signor Stefano Vinti in Roma, via Emilia, 88;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. della Campania – Napoli, 27 gennaio 2011, n. 505;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Napoli "L'Orientale" e della società La Partenope S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2012 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Francesco Casertano e l'avvocato Diaco;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Consorzio Effe Group riferisce di aver partecipato alla gara d'appalto indetta dall'Università degli Studi di Napoli 'L'Orientale' con deliberazione del C.d.A. in data 14 luglio 2009, per l'affidamento – con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – del servizio di pulizia degli immobili in uso all'Ateneo per un triennio (importo a base d'asta: 1,83 milioni di euro al netto dell'IVA)

Risulta agli atti che, a seguito dell'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, quella dell'odierna appellante era risultata caratterizzata da un ribasso percentuale sull'importo a base d'asta (pari al 32,32%) superiore rispetto alla soglia di anomalia (pari al 31,34%).

Pertanto, il seggio di gara procedeva in un primo momento ad esaminare le giustificazioni offerte dall'appellante in sede di domanda di partecipazione.

Quindi, avendo ritenuto che le giustificazioni in questione fossero inidonee a superare i rilevati profili di anomalia, l'amministrazione procedeva dapprima a richiedere ulteriori giustificazioni e, in un secondo momento, a convocare l'appellante per verificare in contraddittorio le giustificazioni fornite.

All'esito della seduta del 10 marzo 2010, la Commissione giudicatrice, dopo aver esaminato la relazione prodotta dall'appellante e averla considerata inidonea a

superare i dedotti profili di criticità, confermava il giudizio di anomalia relativo all'offerta formulata e provvedeva ad escluderla dalla gara.

Il provvedimento di esclusione veniva impugnato, col ricorso n. 3147 del 2010, dinanzi al T.A.R. della Campania dal Consorzio Effe Group, il quale impugnava, altresì, con motivi aggiunti l'aggiudicazione definitiva in favore della società Partenope s.r.l. (atto in data 20 luglio 2010).

Con la sentenza oggetto del presente appello il Tribunale adito respingeva il ricorso, ritenendolo infondato.

La sentenza in questione è stata gravata in sede di appello dal Consorzio Effe Group, il quale ne ha chiesto la riforma articolando i seguenti motivi:

1) Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione delle norme del bando di gara, dei DD.MM. 16 giugno 2005 e 17 marzo 2008, nonché degli articoli 86 e segg. del d.lgs. 163 del 2006 – Erroneità e illogicità della motivazione.

La sentenza sarebbe erronea laddove ha ritenuto che l'odierno appellante avesse offerto in modo perplesso due ipotesi sostanzialmente alternative di strutture organizzative dell'appalto (e dei conseguenti costi), pervenendo a risultati diversi sia per quanto riguarda il monte ore necessario, sia per quanto riguarda il costo orario unitario, sia – infine - per quanto riguarda il costo complessivo della manodopera.

In particolare, il T.A.R. avrebbe erroneamente stigmatizzato l'effetto (solo apparentemente paradossale) per cui la prima opzione (comportante un numero minore di ore lavorate, pari a 25.459 l'anno) esponesse un costo complessivo per la manodopera superiore (pari ad euro 393.675,61), mentre la seconda opzione (comportante un numero maggiore di ore lavorate, pari a 30.126,20) esponesse un costo complessivo per la manodopera inferiore (pari ad euro 370.112,60).

Se solo il Tribunale avesse esaminato le giustificazioni offerte, si sarebbe avveduto che il paradosso era soltanto apparente, in quanto l'appellante aveva

compiutamente esposto le ragioni per cui, nel secondo caso, essa avrebbe realizzato un'ottimizzazione dei costi indiretti (e non già una riduzione della retribuzione dei lavoratori).

In particolare, tale ottimizzazione avrebbe riguardato istituti quali: a) le ferie e le festività soppresse; b) il massimo delle festività da retribuire; c) le assenze incerte ed eventuali (quali quelle per permessi sindacali o per motivi di studio).

In definitiva, il Tribunale avrebbe ommesso di considerare che entrambe le soluzioni offerte risultavano allo stesso tempo rispettose dei diritti dei lavoratori e sostenibili sotto l'aspetto economico.

2) Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione delle norme del bando di gara, dei DD.MM. 16 giugno 2005 e 17 marzo 2008, nonché degli articoli 86 e segg. del d.lgs. 163 del 2006 – Erroneità e illogicità della motivazione.

Il T.A.R. avrebbe ommesso di pronunciarsi in ordine a un motivo di ricorso con il quale si era rilevato un profilo di sicura illegittimità del provvedimento di esclusione.

In particolare, l'atto di esclusione muoveva dalla premessa secondo cui la *lex specialis* di gara avrebbe imposto un determinato numero di ore annuo per l'effettuazione delle lavorazioni (pari a 30.126,20), mentre l'esame del bando e dei relativi allegati renderebbe chiaro che tale numero di ore era riferito soltanto al vecchio appalto e non anche al nuovo.

Ora, siccome le caratteristiche del nuovo appalto erano tali da richiedere minori lavorazioni (minori essendo le superfici da pulire e le frequenze di alcune lavorazioni), del tutto correttamente l'appellante aveva stimato di poter offrire il servizio riducendo sino al 25.459 le ore lavorate annue.

Del resto, l'art. 4, lettera b) del pertinente C.C.N.L., pur tenendo ferma la c.d. 'clausola sociale' (la quale impone al gestore subentrante di farsi carico delle maestranze già addette alla precedente gestione), ammette che, laddove le

caratteristiche del nuovo appalto siano oggettivamente diverse, anche l'utilizzo del personale possa essere modulato, se del caso attraverso la riduzione delle ore lavorate.

Ebbene, la proposta riduzione delle ore lavorate (da 30.126,20 a 25.459) non costituiva altro, se non la coerente applicazione del richiamato principio.

Pertanto, la sentenza in epigrafe risulterebbe meritevole di riforma per non aver in alcun modo tenuto in considerazione tale circostanza.

3) Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione delle norme del bando di gara, dei DD.MM. 16 giugno 2005 e 17 marzo 2008, nonché degli articoli 86 e segg. del d.lgs. 163 del 2006 – Erroneità e illogicità della motivazione.

In primo luogo, il T.A.R. non avrebbe tenuto in adeguata considerazione il fatto che, pur dovendosi rispettare in via di principio la c.d. 'clausola sociale' per la salvaguardia dei livelli occupazionali nelle ipotesi di passaggio dal vecchio al nuovo gestore, ciò non comporta l'indefettibile necessità per quest'ultimo di assumere in modo indifferenziato il modello gestionale e la struttura dei costi del gestore uscente.

Al contrario, è lo stesso C.C.N.L. di comparto (art. 4) ad ammettere che in tali ipotesi il gestore subentrante possa modulare la struttura gestionale, anche facendo ricorso a strumenti di razionalizzazione della manodopera implicanti una riduzione del monte-ore lavorativo complessivo.

In secondo luogo, il T.A.R. avrebbe ommesso di considerare che *non* qualunque scostamento dai minimi tabellari (tabelle FISE sul costo orario del lavoro) determina l'anomalia dell'offerta, ma soltanto quegli scostamenti i quali risultino ingiustificati e di ammontare obiettivamente eccessivo.

In terzo luogo, il T.A.R. avrebbe ommesso di considerare che sul costo medio orario delle tabelle FISE incide (e in modo rilevante) l'ammontare delle ore medie non lavorate in rapporto alle ore annue teoriche (in un rapporto di 507 su 2.088).

Pertanto, se il costo totale annuo venisse diviso per le ore annue teoriche (2.088) invece che per le ore mediamente lavorate (1.581), il costo medio orario risulterebbe significativamente inferiore (e di circa un quarto) rispetto a quello tenuto in considerazione dall'amministrazione e dal T.A.R.

In quarto e ultimo luogo, il T.A.R. avrebbe ommesso di considerare che il giudizio di anomalia non tende ad acclarare ai fini dell'esclusione qualsiasi – pur minima – imprecisione contabile dell'offerta, ma è volto soltanto alla verifica della serietà ed affidabilità dell'offerta nel complesso intesa.

L'appellante ha, altresì, articolato una domanda risarcitoria in forma specifica ovvero per equivalente pecuniario in relazione ai pregiudizi sofferti nell'ambito della complessiva vicenda.

Si è costituita in giudizio la società La Partenope s.r.l., la quale ha concluso nel senso della reiezione del gravame.

All'udienza pubblica del 10 gennaio 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da una società attiva nel settore dei servizi di pulizie avverso la sentenza del T.A.R. della Campania con cui è stato respinto il ricorso avverso gli atti con cui l'Università degli Studi di Napoli 'L'Orientale' l'ha esclusa da una gara di appalto per servizi di pulizie, per avere ritenuto anomala la sua offerta in relazione al costo del personale.

2. Il ricorso è infondato.

2.1. Giova premettere al riguardo che, secondo un consolidato (e qui condiviso) orientamento giurisprudenziale, nelle gare pubbliche il giudizio di verifica delle congruità di un'offerta anomala ha natura globale e sintetica sulla serietà dell'offerta stessa nel suo insieme e costituisce espressione di un potere tecnico-discrezionale dell'Amministrazione di per sé insindacabile in sede di legittimità, salvo che nelle ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o

fondate su insufficiente motivazione o affette da errori di fatto (fra le molte: Cons. Stato, III, 15 luglio 2011, n. 4322).

Ebbene, ad avviso del Collegio – e per le ragioni che fra breve si esporranno – le determinazioni assunte dall'amministrazione appellata (e sostanzialmente confermate dai primi Giudici) non appaiono affette dai richiamati profili di illogicità e sono pervenute alla conclusione del carattere nel complesso non attendibile dell'offerta formulata sulla base di un *iter* logico nel suo complesso non censurabile.

2.2. In primo luogo, è innegabile che, in sede di ulteriori giustificazioni dell'offerta economica (e, in particolare, nell'ambito della relazione trasmessa alla vigilia dell'audizione in contraddittorio del 10 marzo 2010), l'appellante avesse fatto pervenire all'amministrazione una duplice possibile articolazione dei costi (nonché, della struttura stessa del servizio da offrire e della sua articolazione ed organizzazione oraria).

In base a una prima articolazione, il servizio avrebbe potuto essere reso con 25.459 ore lavorate, per un onere complessivo, per ciò che attiene il costo del lavoro, di 393.675,61 euro.

In questo caso, il costo orario era calcolato in modo puntuale sull'ammontare delle pertinenti tabelle FISE.

In base a una seconda articolazione (che l'appellante formulava espressamente in modo alternativo rispetto alla prima), il servizio avrebbe potuto essere reso con 30.126,20 ore lavorate, per un onere complessivo, per ciò che attiene il costo del lavoro, di 370.112,60 euro.

In questo secondo caso, il costo orario era calcolato con un rilevante abbattimento sui valori unitari delle tabelle FISE (ad es.: il costo orario per la manodopera relativa al livello 2 era determinato in euro 11,95, contro i 15,05 della tabella FISE).

In sede di ulteriori giustificazioni, l'appellante affermava che questo abbattimento era reso possibile attraverso un'ottimizzazione dei costi indiretti relativi a importanti voci, fra cui: a) le c.d. 'assenze certe'; b) il massimo delle festività da retribuire; c) le assenze 'incerte ed eventuali' (es.: permessi sindacali, diritto allo studio).

Ora, è innegabile che, secondo un condiviso orientamento, in sede di presentazione delle giustificazioni sulle offerte anomale, l'impresa partecipante può operare modulazioni dell'offerta a suo tempo presentata con la conseguenza che, mentre l'offerta economica in quanto tale resta imm modificabile, possono invece essere modificate e integrate le giustificazioni, sino a consentire (ad esempio) compensazioni fra sovrastime e sottostime, purché l'offerta risulti nel suo complesso coerente ed affidabile al momento dell'aggiudicazione (Cons. Stato, V, 20 febbraio 2012, n. 875; *id.*, VI, 24 agosto 2011, n. 4801).

Tuttavia, se ciò è vero, è anche vero che l'impresa la cui offerta è assoggettata a verifica di anomalia è tenuta a fornire dati concreti ed attendibili, idonei a descrivere in modo univoco il contenuto dell'offerta e a confermarne la complessiva attendibilità e sostenibilità sotto il profilo economico-finanziario.

In caso contrario (ossia, laddove si ammettesse la possibilità di giustificare in vari modi fra loro alternativi una determinata struttura di costi), verrebbe meno la *ratio* stessa dell'istituto della verifica dell'anomalia, il quale consiste nel consentire all'amministrazione di verificare sulla base di elementi concreti ed attendibili la sostenibilità dell'offerta.

Ebbene, impostati in tal modo i termini concettuali della questione, ne consegue la correttezza dell'operato dell'amministrazione aggiudicatrice. Essa ha infatti ritenuto che il solo fatto che l'impresa partecipante avesse rappresentato due ipotesi alternative di giustificazione dell'offerta economica, basate su articolazioni orarie (e quindi, su modelli organizzativi) significativamente diversi, costituisse di

per sé un elemento sintomatico di inaffidabilità dell'offerta, tale da non consentire al seggio di gara di stabilire quale fosse in concreto l'articolazione organizzativa in ordine alla quale rendere il giudizio di congruità.

Ancora, la sentenza in epigrafe è meritevole di conferma laddove osserva che, anche ad ammettere che fossero in astratto parimenti plausibili due diverse articolazioni organizzative tali da comportare un ammontare di manodopera significativamente diverso (nell'ordine del 15 per cento fra l'una e l'altra ipotesi), ciò che risulta oggettivamente ingiustificabile è che i due modelli in questione si differenziassero fra loro – e in modo nettissimo – anche per quanto riguarda la struttura dei costi orari della manodopera (ossia, un dato che dovrebbe risultare indifferente rispetto all'utilizzo di un modello organizzativo rispetto ad un altro).

E' evidente, infatti, che l'importo del complessivo costo della manodopera rappresenti una variabile dipendente rispetto al monte ore totale necessario per le lavorazioni, mentre il suo costo orario dovrebbe – in via di principio – essere indifferente rispetto alla scelta dell'uno o dell'altro modello organizzativo.

Conseguentemente, non è dato sapere per quale ragione l'impresa datrice di lavoro sarebbe in condizione di modulare il costo unitario della manodopera (agendo sui c.d. 'costi indiretti') solo nel caso in cui l'appalto richieda un numero maggiore di ore, mentre – invece – tale modulazione non avrebbe luogo nel caso in cui l'articolazione organizzativa in concreto prescelta fosse quella tale da richiedere un numero minore di ore.

Ad esempio, non è dato sapere per quale ragione il limitato ricorso da parte dei dipendenti dell'appellante all'istituto dei permessi sindacali ovvero al diritto allo studio (che essa asserisce essere pressoché nullo in ambo i casi) rileverebbe nel caso in cui le lavorazioni richiedano un numero maggiore di ore, mentre quei medesimi fattori non rileverebbero in caso di impiego di un numero minore di ore.

Conclusivamente, pur dovendosi ammettere che in sede di giustificazione dell'offerta anomala l'impresa interessata possa procedere a una sorta di '*emendatio libelli*' rispetto a quanto inizialmente rappresentato (pur sempre entro il limite dell'offerta inizialmente formulata), non è invece ammissibile che la medesima impresa fornisca in sede di giustificazioni dati il cui tenore non consenta di stabilire in modo chiaro ed univoco quale sia l'offerta in concreto formulata e in relazione alla quale esprimere il giudizio di congruità.

2.3. Fermo restando il carattere dirimente ai fini del decidere di quanto osservato *sub* 2.2, si osserva comunque che il giudizio negativo espresso dall'amministrazione aggiudicatrice risulterebbe congruo anche laddove la valutazione fosse limitata soltanto alla prima delle due ipotesi alternative richiamate con la relazione giustificativa fatta pervenire in vista della seduta del seggio di gara del 10 marzo 2010.

Ed infatti, il richiamato giudizio negativo mantiene la sua validità anche laddove si ritenga che l'offerta fondata sull'ipotesi dell'impiego di 25.459 ore fosse quella da tenere in effettiva considerazione ai fini del giudizio di anomalia, mentre l'ulteriore offerta assumesse effettivamente un carattere subvalente e fosse inidonea a costituire oggetto di autonomo giudizio.

Al riguardo si osserva che ciò che non risulta giustificato (se non in modo del tutto generico) è in che modo l'odierna appellante sarebbe stata in grado di offrire un servizio adeguato a fronte di un rilevantissimo abbattimento delle ore lavorate rispetto al pregresso affidamento (in tale occasione, infatti, l'appellante indicava un numero di ore annue pari a 25.459, contro le 30.126,20 precedenti).

Ebbene, in sede di giustificazione dell'offerta l'appellante si è limitata ad affermare che "*le rese calcolate sono il risultato di una confluenza di dati che provengono sia da quelli standard utilizzati a livello nazionale da tutte le imprese sia da esperienze pluriennali di gestione*

diretta di appalti identici da parte delle nostre consorziate (vedasi attestazioni di esecuzioni Università di Cagliari e Università di Camerino allegati lettera 'B')".

Sempre in sede di giustificazioni, l'appellante aveva affermato che in sede di formulazione dell'offerta si era tenuto conto (fra l'altro): a) delle modifiche rispetto al precedente capitolato, che avevano comportato una diminuzione delle aree da pulire (in tal modo legittimando ai sensi del pertinente C.C.N.L. anche un minore impiego di manodopera); b) “[delle] prestazioni da rendere con tutte le periodicità previste”.

Al riguardo il Collegio osserva che l'amministrazione ha congruamente ritenuto ingiustificate le richiamate giustificazioni, anche perché:

- la riduzione delle superfici da pulire rispetto al pregresso affidamento era nell'ordine del 2 per cento del totale, ragione per cui essa non era idonea a giustificare una riduzione delle ore lavorate nell'ordine del 15 per cento;
- il riferimento alle diverse periodicità delle singole prestazioni era stato espresso dall'appellante in modo del tutto generico e – comunque – inidoneo a giustificare il rilevante abbattimento delle ore dedicate con la riduzione delle richiamate periodicità;
- lo stesso riferimento ai pregressi affidamenti presso altre Università non presentava alcun effettivo valore aggiunto al fine della giustificazione del minor numero di ore previsto per le lavorazioni, atteso che le attestazioni di esecuzioni cui si faceva riferimento erano limitate a confermare l'esistenza di precedenti affidamenti, senza nulla chiarire in ordine al modello organizzativo prescelto.

In definitiva, il provvedimento di esclusione impugnato in primo grado risulta meritevole di conferma laddove ha ritenuto il carattere complessivamente ingiustificato dell'offerta formulata dall'odierna appellante, la quale non era stata in condizione di confermare la serietà ed attendibilità della proposta.

Ed infatti, l'offerta formulata - pur garantendo la sostenibilità economica della gestione - comportava un rilevantissimo abbattimento delle ore necessarie alle lavorazioni, senza spiegare in modo plausibile come fosse possibile apportare una riduzione così significativa senza alterare in modo determinante il livello qualitativo dell'offerta medesima e, pertanto, senza comprometterne la complessiva credibilità.

3. In base a quanto sin qui esposto, non può trovare accoglimento neppure la domanda risarcitoria (peraltro, formulata in modo generico). Ed infatti, risulta nel caso di specie carente la fattispecie oggettiva dell'illecito foriero di danno (ossia, l'aver ritratto un pregiudizio meritevole di ristoro in conseguenza dell'attività illegittima dell'amministrazione).

4. Per le ragioni sin qui esposte, il ricorso in epigrafe deve essere respinto.

Le spese del secondo grado seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto n. 2628 del 2011, lo respinge. Condanna la società appellante alla rifusione delle spese del secondo grado di lite, che liquida in complessivi euro 2.000 (duemila), oltre gli accessori di legge, in favore dell'Università degli Studi 'L'Orientale' e in complessivi euro 8.000 (ottomila), oltre gli accessori di legge, in favore della società 'La Partenope' s.r.l. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Gabriella De Michele, Consigliere

Silvia La Guardia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/05/2012

IL SEGRETARIO

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