

N. 02082/2016REG.PROV.COLL.

N. 00382/2016 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

**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 382 del 2016, proposto da Aversa Fabio in proprio e nella qualità di legale rappresentante della Ditta Individuale "Il Grifone di Aversa Fabio", rappresentato e difeso dall'avvocato Angela Ferrara, con domicilio eletto presso Giuseppe Placidi in Roma, Via Cosseria N 2;

***contro***

Impresa Europolice S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Geremia Biancardi, con domicilio eletto presso l'avvocato Maria Cristina Lenoci in Roma, Via E. Gianturco, 1;

***nei confronti di***

Società Alba S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Ottavio Basso, Marcello Fortunato, con domicilio eletto presso l'avvocato Guido Lenza in Roma, Via XX Settembre, 98/E;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. Campania, Sezione Staccata di Salerno, Sez. I n. 2655/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di portierato e del controllo degli accessi delle sedi aziendali;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Impresa Europolice S.r.l. e della Società Alba S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 aprile 2016 il Cons. Raffaele Prospero e uditi per le parti gli avvocati Angela Ferrara, Michele Perrone su delega dell'avvocato Geremia Biancardi, Maurizio Boifava in dichiarata delega dell'avvocato Marcello Fortunato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con bando del 13 febbraio 2015 la società Alba, società a capitale pubblico interamente partecipata dal Comune di Battipaglia e svolgente il servizio d'igiene urbana sul territorio comunale, aveva indetto una procedura di gara per l'affidamento del servizio di portierato e controllo accessi sedi aziendali – CIG 6127267CAC, da effettuarsi presso la sede della stessa società e presso la sede “Isola Ecologica” in Via Spineta, loc. Villani in Battipaglia o presso eventuale altra sede aziendale in Battipaglia, mediante la modalità del cottimo fiduciario ai sensi dell'art. 125 comma 11 del d. Lgs. 163 del 2006, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, ai sensi dell'art. 82 d. Lgs. 163 del 2006, per un importo complessivo di € 123.000, oltre IVA e per una durata di dieci mesi.

La ditta “Il Grifone di Aversa Fabio”, dopo i passaggi di rito veniva dichiarata aggiudicataria con provvedimento del 28 settembre 2015 prot. n. 4216, cominciando a svolgere il servizio dal 1 ottobre seguente; l'altra concorrente Europolice s.r.l., che aveva praticato un ribasso del 26,10% in costanza di una soglia di anomalia stabilita nel 20,975% ed era stata esclusa per l'incongruità dell'offerta in special modo per quanto concerneva il costo del lavoro degli cinque dipendenti ritenuti comunque insufficienti del numero, proponeva ricorso davanti al TAR della Campania, Sezione staccata di Salerno, formulando le seguenti censure: ingiustizia manifesta – eccesso di potere – illogicità manifesta ed erroneità fattuale del giudizio di congruità dell'offerta – Contraddittorietà – Violazione e falsa applicazione artt. 86 – 87 e ss. d. Lgs. 163 del 2006 – Difetto d'istruttoria – Difetto di motivazione.

Si costituiva in giudizio la Alba s. r. l., eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso, per omessa impugnazione del provvedimento dirigenziale in data 4.05.2015, prot. n. 2025, di non aggiudicazione del servizio e concludendo nel merito per l'infondatezza dell'impugnativa.

Nella camera di consiglio del 16.07.2015, la Sezione accoglieva la domanda cautelare ai fini del riesame, riesame che veniva svolto in data 16 settembre 2015 e riportato nel verbale depositato nel fascicolo di causa.

Il 15 ottobre 2015 la ricorrente depositava atto di motivi aggiunti, diretto avverso gli atti e provvedimenti con i quali erano state confermate le precedenti determinazioni.

Avverso tali ultimi atti Europolice esponeva le seguenti censure:

Elusione dell'obbligo di provvedere – Eccesso di potere per illogicità manifesta ed erroneità fattuale del giudizio di congruità dell'offerta – Contraddittorietà – Violazione e falsa applicazione artt. 86 – 87 e ss. d. Lgs. 163 del 2006 – Difetto d'istruttoria – Difetto assoluto di motivazione.

La Alba s. r. l. depositava quindi brevi note in cui, sul presupposto della mancata impugnativa del verbale della Commissione di gara del 16.09.2015, da parte della ricorrente, concludeva per l'improcedibilità dell'atto introduttivo del giudizio.

Si costituiva in giudizio il controinteressato Aversa Fabio, sostenendo l'inammissibilità dei motivi avversari quanto tesi a censurare valutazioni discrezionali proprie della commissione giudicatrice e per il resto del tutto infondati.

Con sentenza n. 2655 depositata il 18 dicembre 2011, il TAR di Salerno dichiarava dapprima improcedibile il ricorso originario per sopravvenuto difetto d'interesse, visto che con l'avvenuto riesame delle proprie determinazioni da parte della stazione appaltante la primitiva esclusione aveva perso qualsiasi lesività, travolgendo anche l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Alba s.r.l. E quindi dichiarava meritevole di accoglimento i motivi aggiunti.

Il ragionamento del giudice di primo grado partiva dalla motivazione dell'originario provvedimento di esclusione, (verbale del 30.04.2015) ossia: "le giustifiche relativamente alla legge 407 sono solo per n. 5 dipendenti di cui anche part time e che pertanto gli stessi non potranno assicurare lo svolgimento del servizio così come richiesto, ad esclusione di ulteriore ricorso a straordinario e aumento di personale".

A seguito del riesame disposto dal Tribunale, veniva adottato il nuovo provvedimento di esclusione (verbale del 16.09.2015), impugnato con i motivi aggiunti, recante la seguente motivazione: premesso che, in relazione alle 11.000 ore di svolgimento del servizio e sulla scorta dei dati sul costo del lavoro forniti dalla stessa Europolice (ovvero: costo orario € 8,26 e costo medio annuo € 13.264,24 per 1702 ore medie lavorative annue, dai quali si ricavano n. 141,83 ore medie mensili per ciascun addetto), sono necessari n. 7,75 addetti per l'esecuzione del servizio, la ditta ricorrente "solo in data 14.09.2015 ha proceduto alla trasformazione dei contratti dei 5 dipendenti l. n. 407 in full time", quindi "solo in data 14.09.2015 la forza lavoro indicata per l'esecuzione del servizio risulta essere superiore a quella

determinata e quindi solo in data successiva all'offerta prodotta dalla ditta Europolice (24.02.2015)".

Con i motivi aggiunti la ricorrente aveva dedotto che la stazione appaltante non aveva esaminato tutta la documentazione prodotta, in sostanziale elusione della citata ordinanza cautelare, che essa aveva dimostrato di disporre di un numero di lavoratori sufficiente all'esecuzione del servizio, coerentemente con l'offerta economica presentata, che era errato il coefficiente di ore medie mensili, diverso da quello riferito alla potenzialità organizzativa della singola azienda, che il numero degli addetti doveva calcolarsi adottando un coefficiente annuo di riferimento di 48 ore settimanali, che, sulla scorta di tali deduzioni, erano sufficienti n. 5,7 unità per lo svolgimento del servizio.

Secondo la *lex specialis*, l'offerta economica delle ditte concorrenti avrebbe dovuto sostanziarsi nella mera indicazione del ribasso offerto, sul prezzo complessivo a base di gara senza riferimenti al numero di dipendenti impiegato: ciò consentiva di affermare che le indicazioni, fornite successivamente dal concorrente, in particolare nell'ambito del procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta, non integravano un'indebita modificazione postuma dell'offerta, ma erano, esclusivamente funzionali a dimostrare la sostenibilità economica del prezzo offerto e, quindi, la congruità dell'offerta economica: ciò anche sulla base degli art. 86 e 87, d. lg. 12 aprile 2006 n. 163, per i quali la verifica della congruità di un'offerta potenzialmente anomala ha natura globale e sintetica, vertendo sulla serietà, o meno, dell'offerta nel suo insieme, e a tal fine l'impresa chiamata a dimostrare la non anomalia della propria offerta deve in sostanza comprovare la corrispondenza tra il prezzo offerto in gara e il punto minimo di equilibrio economico dell'affare che è collegato alla somma di tutti i fattori di costo, contrattualmente rilevanti, che sono stati posti a base dell'elaborazione del suo *business plan*.

Quindi, anche ammettendo che il numero di unità lavorative, necessarie per lo svolgimento del servizio, fosse pari a 7,75, come ritenuto dalla commissione di gara - e non 5,7, come invece sostenuto dalla ricorrente - era la stessa Amministrazione resistente a riconoscere la congruità del costo orario (€ 8,26/h) indicato dall'impresa ricorrente, relativamente ai dipendenti assunti ai sensi dell'art. 8, comma 9, l. n. 407/1990, per i quali essa aveva titolo a beneficiare dei relativi sgravi contributivi.

Quanto al numero dei dipendenti suscettibile di venire in rilievo ai fini della dimostrazione della congruità dell'offerta, assumendo l'amministrazione che esso è pari, alla data di presentazione delle offerte, a 4,75 unità, avendo 2 dei 5 dipendenti, assunti ai sensi della legge citata, un contratto di lavoro part time per l'87,50% trasformato in contratto in *full time* solo a decorrere dal 14.09.2015, lo scarto pari a sole 0,25 unità, ciò non appariva, secondo il TAR, difforme da norme generali o speciali, mentre l'impresa doveva solo dimostrare, che essa disponeva di un numero di unità lavorative sufficienti ai fini dell'esecuzione del servizio con costi compatibili con il prezzo, offerto in sede di partecipazione alla gara.

Vi era poi da rilevare che i lavoratori assunti ai sensi dell'art. 8, comma 2, l. n. 223/1991, avevano un costo orario come accertato dallo stesso consulente dell'Amministrazione resistente pari ad € 5,82 - quindi addirittura inferiore al costo orario di € 8,26, indicato dall'impresa ricorrente in sede di giustificazioni; ora le unità lavorative suscettibili di venire in rilievo per la giustificazione del prezzo offerto, assunte ai sensi della legge citata, erano pari a 1,875, come affermato nella predetta relazione del consulente di parte resistente: esse, sommate alle 5, in precedenza indicate, portano il numero di dipendenti, il cui costo orario era coerente con l'offerta dell'impresa ricorrente, a 6,875.

Infine, a determinare la corrispondenza se non la differenza per eccesso tra il numero di dipendenti di cui disponeva l'impresa ricorrente, beneficiari di agevolazioni contributive tali da rendere compatibile il relativo costo con il prezzo

offerto, e quello, ritenuto necessario dalla stessa stazione appaltante ai fini dell'esecuzione del servizio (7,75), soccorreva il dipendente Buondonno Liberato, assunto il 20.03.2015 - ovvero, poco dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte - ai sensi della l. 183/2014, il cui costo orario, pari ad € 8,26, era leggermente superiore a quello determinato dall'impresa.

In conclusione, quindi, i dipendenti destinati dall'impresa ricorrente allo svolgimento del servizio, aventi un costo orario compatibile con l'offerta economica dalla stessa prodotta, erano pari a n. 7,875, superiore alle n. 7,75 unità, ritenute – dalla stessa stazione appaltante – necessarie, per l'esecuzione del servizio medesimo: le giustificazioni formulate dalla ricorrente in sede di verifica dell'anomalia condotta dalla stazione appaltante a seguito del riesame disposto dal Tribunale, non potevano essere considerate un'apodittica rimodulazione delle voci di costo senza alcuna motivazione, bensì di una legittima operazione di *business planning*.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 16 gennaio 2016 Fabio Aversa nella qualità di legale rappresentante della ditta "Il Grifone" impugnava la sentenza in questione, ribadendo dapprima l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo disattesa del TAR, per la mancata espressa impugnazione del provvedimento n. 2025 del 4 maggio 2015 di esclusione della ricorrente originaria; in secondo luogo il giudice di primo grado aveva ignorato l'illegittima rimodulazione in sede di giustificazioni dell'offerta da parte dell'appellata ed aveva ripercorso le competenze della stazione appaltante senza verificare la sussistenza di illogicità nel giudizio di incongruità, ma ad essa sostituendosi percorrendo un inammissibile esame discrezionale; la modificazione del numero di addetti da parte di Europolice non costituiva una giustificazione, ma un elemento nuovo apportato ad un'offerta ormai immutabile ed il TAR aveva illegittimamente superato elementi inesistenti al momento dell'offerta; in terzo luogo l'appellante ribadiva le proprie censure sul travalicamento dei poteri giurisdizionali da parte del TAR, rammentando la grave

anomalia dell'offerta di Europolice, in cui si era descritta la modesta retribuzione da corrispondere ai cinque dipendenti di cui due a tempo parziale, numero largamente ed indebitamente aumentato in sede di giustificazioni, questione basilare del tutto ignorata dalla sentenza impugnata, così come ignorato era il numero delle ore lavorate, dalle quali si desumeva ampiamente un numero di dipendenti certamente superiore ai cinque dell'offerta ed anche travisato poi dal TAR e senza considerare poi la presenza di un lavoratore assunto dopo la domanda di partecipazione; in quinto luogo non vi sono prove degli sgravi contributivi vantati ed anche i costi di settore sono riferiti ad altro c.c.n.l., quello delle guardie giurate e non quello, differente degli addetti alla custodia.

L'appellante concludeva per la riforma della sentenza impugnata con vittoria di spese.

Si costituivano in giudizio l'Alba s.r.l. sostenendo le ragioni dell'appellante e la Europolice s.r.l., sostenendo l'infondatezza dell'appello e chiedendo la conferma della sentenza impugnata.

All'odierna udienza del 28 aprile 2015 la causa è passata in decisione.

## DIRITTO

Preliminarmente va sgombrato il campo dall'eccezione di inammissibilità sollevata da Alba s.r.l., poiché la medesima è stata negativamente risolta dal giudice di primo grado e dunque una sua riproposizione doveva avvenire mediante appello e non tramite memoria di costituzione.

Nel merito l'appello proposto da Fabio Aversa è fondato almeno sotto due profili. In primo luogo corrisponde a verità il fatto che la sentenza impugnata abbia del tutto ripercorso l'*iter* valutativo compiuto dalla stazione appaltante per sindacare i contenuti e la congruità dell'offerta di Europolice s.r.l., poiché è stata operata una vera e propria valutazione tecnica del rapporto tra numero di unità lavorative necessarie per lo svolgimento del servizio - su questo fatto si dovrà ritornare - i costi



orari e la presenza dell'ammontare di sgravi contributivi, la corrispondenza o differenza per eccesso tra numero di dipendenti cui disponeva l'impresa ricorrente in primo grado e la compatibilità con il servizio offerto, analizzando altresì i costi di un dipendente a tempo pieno e di un dipendente a tempo parziale rispetto alla necessità del servizio ed alla offerta economica, valutando inoltre le trasformazioni dei vari rapporti di lavoro alle dipendenze dell'appellata da tempo parziale a tempo pieno e la loro incisività in rapporto alla prestazione da affidare.

Pacifica giurisprudenza richiede che il giudice dinanzi alle valutazioni delle offerte sottoposte ad esame di congruità a fronte della sussistenza di anomalia, verifichi se la valutazione sia stata condotta secondo un metro logico e razionale e non si sia caduti nell'applicazione di regole arbitrarie, senza però ripercorrere l'esame dell'offerta, parafrasandone i termini concreti rispetto alla prestazione da aggiudicare; in breve, la rinnovazione dell'esame da parte del Collegio giudicante, svolgendo passo per passo le valutazioni rispetto ai singoli aspetti dell'offerta, attua una sostituzione del giudice amministrativo nei confronti del potere amministrativo, ponendosi in contrasto il principio della separazione dei poteri.

In secondo luogo, e qui le censure dell'appellante acquistano una maggiore pregnanza, la Europolice ha sostanzialmente modificato i contenuti della propria offerta in sede di rinnovate valutazioni da parte della stazione appaltante e tale fenomeno, pur registrato dalla sentenza del T.AR., non è stato considerato nella sua pur grave illegittimità, dimostrata nei dati forniti di nuove assunzioni e di trasformazioni di contratti di lavoro a tempo parziale in contratti di lavoro a tempo pieno.

Se l'anomalia investiva dapprima il solo ribasso – del 26,10% - è del tutto evidente che l'analisi dell'offerta non poteva che investire tutto quanto rappresentato da Europolice, ivi compreso il numero e le ore lavorate dai dipendenti da porre a svolgere il servizio in questione: se Europolice ha fornito questi dati nonostante la

gara dovesse aggiudicarsi con il criterio dell'offerta più bassa, l'Alba s.r.l. era tenuta a verificare la congruità sulla base complessiva di tutti gli elementi forniti, i quali soli potevano dare la misura della congruità dell'offerta medesima.

Ora, l'offerta presentata da Europolice ha evidenziato la messa a disposizione di cinque addetti per i servizi di portierato e di controllo degli accessi delle sedi aziendali, di cui due a tempo a tempo parziale – nella specie i sigg.ri Napolitano, Durello, Caliendo, Minichino e Coppola, questi ultimi due a tempo parziale – a parere della commissione del tutto insufficienti per le ore richieste e ciò a prescindere dai costi orari dovuti, anche dei quali era palese l'insufficienza, visto il passaggio nelle more a livelli superiori degli interessati, quindi ad una retribuzione che non trovava rispondenza nell'offerta economica della ricorrente in primo grado; ma assumono ruolo fondamentale gli elementi prodotti da Europolice solamente il 14 settembre 2015, inerenti la trasformazione dei rapporti sopraddetti a tempo parziale in rapporti a tempo pieno, e ancor più l'assunzione dei sigg.ri Liberato Buondonno – il 20 marzo 2015 – e Antonio Notaro – il 2 maggio 2015 – avvenuta per entrambi non solo dopo la presentazione dell'offerta, ma dopo la seduta di apertura delle buste contenenti l'offerta delle concorrenti.

Questi elementi, insieme alla predetta trasformazione dei rapporti a tempo parziale, è avvenuta in un momento successivo alla presentazione dell'offerta ed è stata utilizzata a mò di giustificazione delle anomalie riscontrate; a prescindere che tali modificazioni andavano inevitabilmente a modificare il prezzo offerto, falsando del tutto la graduatoria e ponendosi in rotta di collisione con il principio della *par condicio* tra concorrenti, venivano a costituire non una giustificazione, ma un'inammissibile modificazione strutturale dell'offerta, dunque della futura proposta contrattuale, in una fase di termini largamente scaduti ed in una fase, la giustificazione delle anomalie, che deve verificare la serietà di un'offerta nei suoi termini di formulazione e la cui modificazione si pone quindi in contrasto

irrimediabile tanto dello scopo principale della stessa verifica, quanto con i principi posti a governo dello svolgimento delle pubbliche gare.

Per le suesposte considerazioni l'appello deve essere accolto con la conseguente riforma della sentenza impugnata ed il rigetto del ricorso di primo grado.

Spese come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Condanna l'appellata Europolice s.r.l. al pagamento a favore dell'appellante delle spese per i due gradi di giudizio, liquidandole in complessivi €. 6.000,00 (seimila/00) oltre agli accessori di legge ed alla restituzione del contributo unificato, mentre le compensa nei confronti dell'Alba s.r.l..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/05/2016

IL SEGRETARIO

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