

Publicato il 01/06/2020

N. 02143/2020 REG.PROV.COLL.
N. 04876/2019 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 della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 4876/2019 R.G., integrato da motivi aggiunti, proposto da

Soc. Gener Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Laura Rossi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, viale Gramsci n. 16;

contro

Comune di Acerra, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Flora Pirozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata - Sede di Napoli, Ministero Infrastrutture e Trasporti, in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, presso cui domiciliano ex lege in Napoli, via Diaz 11;

nei confronti

Santa Brigida Società Cooperativa per Azioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Vitolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gian Luca Lemmo in Napoli, via del Parco Margherita, 31;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

a) del Decreto n. 553 del 13/11/2019 della Stazione Unica Appaltante presso il Provveditorato Interregionale alle OO.PP. per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata, con il quale sono stati approvati e resi esecutori i verbali della procedura per l'affidamento del servizio di pulizia uffici casa comunale, locali civico cimitero, presidio P.M. Gaudello, servizi P.zza Calipari del comune di Acerra per un importo a base d'appalto: €. 1.090.800,00 oltre IVA ed è stata dichiarata aggiudicataria del servizio la società Coop. per azioni "Santa Brigida" Impresa di Servizi, ivi compreso l'eventuale contratto di appalto ove mai stipulato in violazione della clausola "stand and still" di cui all'art. 32 del Dlgs. 50/2016 e smi;

b) del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara indicata sub "a" adottato dal RUP all'esito della procedura di verifica dell'anomalia e della relativa comunicazione dalla Stazione Unica Appaltante avvenuta con Avviso di Trasparenza ex art. 29 del DLgs. 50/2016 e smi e relativa nota di trasmissione ex artt. 76 e 29 del Dlgs. 50/2016 e smi prot. M_INF.PRNA.REGISTRO UFFICIALE.U.0025501.31 del 31/10/2019;

- c) della nota della Stazione Unica Appaltante prot. M_INF.PRNA.REGISTRO UFFICIALE.U.0025499 del 31/10/2019 con la quale è stata comunicata alla ricorrente la sua esclusione dalla gara indicata sub “a” ai sensi dell’art 76 del Dlgs. 50/2016 e smi;
- d) del verbale della seduta pubblica di gara n. 5 del 23/10/2019 nel corso del quale il Presidente ha comunicato l’esclusione dalla procedura di gara della ricorrente Gener Service Srl deliberata dal RUP all’esito dell’esame delle giustificazioni trasmesse dalla ricorrente ai sensi dell’art. 97 del Dlgs. 50/2016 e smi, ivi comprese le sedute riservate eseguite dal RUP con il supporto della commissione di gara, redigendo appositi verbali in data 25/5/2019 e 11/6/2019 per l’esame delle predette giustificazioni ex art. 97 citato;
- e) delle note del RUP prot. n. 25439 del 4/4/2019 e prot.n. 38776 del 21/5/2019 di richiesta di giustificazioni ex art. 97 del Dlgs. 50/2016 e smi ed integrazione di giustificazioni;
- f) di ogni altro atto, preordinato, connesso, conseguente e/o comunque lesivo per l’interesse della ricorrente;
- g) nonché per il risarcimento del danno in forma specifica ex art. 30 del CPA mediante l’affidamento del servizio oggetto della gara sub “a” in favore della ricorrente e previa annullamento dei provvedimenti impugnati.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da SOC. GENER SERVICE SRL il 20\2\2020 :

- h) della nota del 21 gennaio 2020 con la quale in violazione di quanto disposto dal Tar Campania con Ordinanza cautelare n. 1994/2019, il Comune di Acerra chiede alla ricorrente “ai sensi delle disposizioni normative in materia di valutazione delle offerte “anomale” (art. 97

del Codice degli Appalti D.Lgs. 50/2016), di fornire tutti gli elementi che codesta ditta, ritenesse utili a giustificare l'offerta presentata. Il Rup chiede inoltre di precisare, il totale del monte ore annuo dedicato al servizio, e l'eventuale incremento di ore annue proposto nell'offerta migliorativa rispetto alle 16.354 ore previste nel capitolato speciale d'appalto”;

i) della Determinazione Dirigenziale del Comune di Acerra n. 129 del 29/1/2020 con la quale, tra l'altro, si affida il servizio oggetto del presente giudizio alla Coop. S. Brigida sotto riserva di legge e con decorrenza dal 6 novembre 2019 e sino al 28 febbraio 2020, mediante trattativa diretta e per un importo di €. 95.472,39;

l) della Determinazione Dirigenziale del Comune di Acerra n. 154 del 31/1/2020 con la quale, tra l'altro, si prende atto dell'adesione della Coop. S. Brigida alla determinazione indicata sub “i” e si conferma l'affidamento in suo favore, sotto riserva di legge, con decorrenza dal 6 novembre 2019 e sino al 28 febbraio 2020 per un importo di €. 95.472,39;

nonché

m) per il risarcimento del danno in forma specifica ex art. 30 del CPA per i danni conseguenti al mancato affidamento del servizio oggetto della gara sub “a” in favore della ricorrente mediante trattativa diretta per il periodo dal 6 novembre 2019 e sino al 28 febbraio 2020 per un importo di €. 95.472,39.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da SOC. GENER SERVICE SRL il 2\3\2020 :

a) dell'Avviso di Trasparenza della Stazione Unica Appaltante con il quale, a seguito del riesame delle valutazione di anomalia alla luce dei principi espressi dal TAR nell'Ordinanza n. 1994/2019, non accoglie

le giustificazioni, conferma l'esclusione dalla gara della ricorrente e propone l'aggiudicazione a favore della società coop. Santa Brigida e contestualmente provvede all'aggiudicazione in suo favore ai sensi dell'art 32 c. 5° del Dlgs. 50/2016; b) della nota della Stazione Unica Appaltante prot. n. 5194 del 26.02.20 di trasmissione del provvedimento impugnato sub "a"; c) dei verbali delle sedute riservate del 21.01.2010 e del 3.02.20 mai comunicati alla ricorrente e richiamati nel provvedimento impugnato sub "a" e comunque nei limiti della loro lesività; d) Per quanto di ragione, del Decreto n. 9 del 15/1/2020 adottato in esecuzione dell'Ordinanza TAR n. 1994/2019, mai comunicato alla ricorrente e richiamato nel provvedimento impugnato sub "a" e comunque nei limiti della sua lesività;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Acerra, della Santa Brigida Società Cooperativa per Azioni, del Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata - Sede di Napoli - Ministero Infrastrutture e Trasporti;

Visti tutti gli atti della causa;

data per letta nell'udienza pubblica del 26 maggio 2020, celebratasi in modalità da remoto ai sensi dell'art. 84 d.l. 17 marzo 2020 n. 18, conv. in legge 24 aprile 2020 n. 27, la relazione del consigliere Paolo Corciulo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Gener Service s.r.l. partecipava alla procedura aperta indetta dal Comune di Acerra per il tramite della Stazione Unica Appaltante

presso il Provveditorato Interregionale alle OO.PP. per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata, per l'affidamento del servizio di pulizia degli uffici della casa comunale, dei locali del civico cimitero, del presidio P.M. Gaudello e dei servizi di P.zza Calipari, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. All'esito delle operazioni di gara la Gener Service s.r.l. risultava prima graduata con 70 punti per l'offerta tecnica e 24,90 punti per quella economica. Risultando anomala per aver superato i 4/5 del punteggio previsto dalla lex specialis, l'offerta veniva sottoposta al subprocedimento di verifica, con richiesta di giustificazioni ai sensi dell'art. 97 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, depositate dalla società con nota del 19 aprile 2019; queste contenevano l'analisi degli aspetti dell'offerta tecnica ed economica relativamente ai costi. Il responsabile unico del procedimento richiedeva ulteriori giustificazioni e chiarimenti, con specifico riferimento al monte ore dichiarato nell'offerta tecnica, iniziativa riscontrata dalla concorrente con nota del 21 maggio 2019; le note integrative, tuttavia, non venivano ritenute "chiare, complete ed esaustive", per cui la stazione appaltante procedeva all'esclusione della Gener Service s.r.l. ed proponeva l'aggiudicazione della gara in favore della concorrente seconda classificata, cooperativa Santa Brigida, previa verifica favorevole delle giustificazioni esibite a sostegno dell'offerta di quest'ultima. Con nota prot. 25501 del 31 ottobre 2019 la stazione unica appaltante comunicava alla Gener Service s.r.l. la sua esclusione, con la seguente motivazione: «In conclusione, le ore giustificate pari a n. 44.224,06 sono inferiori a quelle nel progetto tecnico pari a n. 59.154,28 ed a quelle minime del capitolato pari a n. 49.062. Le giustificiche, anche a seguito di soccorso

istruttorio, non sono risultate complete, chiare ed esaustive ed il costo del personale non risulta, per la discrasia e discordanza del monte ore, giustificato. Il responsabile del procedimento del Comune, con il supporto della Commissione di Gara, ha dichiarato esclusione della società Gener Service srl...». In conclusione con decreto n. 553 del 13 novembre 2019 della Stazione Unica Appaltante la gara veniva aggiudicata alla cooperativa Santa Brigida. Avverso la propria esclusione, contro l'aggiudicazione in favore della cooperativa Santa Brigida e nei confronti dei verbali e degli atti di gara ha proposto ricorso a questo Tribunale la Gener Service s.r.l. chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari, oltre al risarcimento dei danni.

A fondamento dell'impugnazione sono state proposte le seguenti censure.

Innanzitutto, parte ricorrente nega che la *lex specialis* di gara contenga un numero minimo di monte ore da dedicare all'appalto; né potrebbe rilevare quanto stabilito nell'art. 10 del capitolato, il cui riferimento ad un monte ore ha il solo obiettivo di vincolare le concorrenti all'osservanza della c.d. "clausola sociale".

Ulteriore contestazione concerne la discrasia rilevata dal responsabile unico del procedimento tra il valore indicato in offerta, pari a 59.154,28 ore, e quello, inferiore, oggetto delle giustificazioni rese dalla ricorrente, per un ammontare di 44.224,06 ore. Ha osservato la società ricorrente che il progetto tecnico prevedeva un monte ore dedicato al servizio pari a n. 19.718,09 ore annue (59.124,28 ore triennali), costituito da n. 14.741,35 ore annue lavorate (44.224,06 ore triennali) e n. 4.976,74 (14.930,22 ore triennali) ore annue cd. non lavorate, cioè destinate alle sostituzioni di personale assente a

qualsiasi titolo (ferie, permessi, malattie, ecc.). Di conseguenza, il monte ore destinato alle sostituzioni costituirebbe un miglioramento rispetto ai parametri attuali del personale precedentemente occupato indicato all'art. 10 del capitolato. In conclusione, ai fini del calcolo dell'incidenza del costo della mano d'opera dovrebbero essere prese in considerazione le sole 44.224,06 ore triennali indicate come "monte ore lavorate", dal momento che il costo orario desunto dalla tabella paga ministeriale comprende anche il costo delle cosiddette "ore non lavorate" che, nel caso di specie, sono rappresentate dalle ore destinate alle sostituzioni.

Con il secondo motivo si contesta l'incompetenza del responsabile unico del procedimento a valutare aspetti tecnici dell'offerta, quale il monte ore, di spettanza della commissione giudicatrice, dovendo egli limitarsi a valutarne la sostenibilità economica.

Con il terzo motivo, la società ricorrente contesta la decisione della stazione appaltante di esclusione, in quanto si sarebbe attribuito valore decisivo al monte ore determinato in precedenza dall'appaltatore uscente, così vincolando ingiustificatamente ad esso l'autonomia imprenditoriale del concorrente nella formulazione dell'offerta.

Si sono costituite in giudizio la cooperativa Santa Brigida e il Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche per Campania Molise Puglia e Basilicata - sede di Napoli, concludendo per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare.

Alla camera di consiglio del 17 dicembre 2019, con ordinanza n. 1994/19, pubblicata il giorno successivo, il Collegio ha accolto la domanda cautelare con sospensione degli atti impugnati ai fini della riedizione del giudizio di anomalia dell'offerta della società

ricorrente, fissando la discussione per l'udienza pubblica del 25 febbraio 2020.

Si è costituito in giudizio il Comune di Acerra.

Con atto di motivi aggiunti depositati in data 20 febbraio 2020 la società ricorrente ha impugnato, con proposizione di contestuale istanza cautelare, anche di adozione di misure in sede monocratica, la nota del 21 gennaio 2020 con cui il Comune di Acerra le ha richiesto di fornire tutti gli elementi ritenuti utili a giustificare la propria offerta, con particolare riferimento all'indicazione del totale del monte ore annuo dedicato al servizio e l'eventuale incremento di ore annue proposto nell'offerta migliorativa rispetto alle 16.354 ore previste nel capitolato speciale d'appalto; oggetto di impugnazione sono state altresì la determinazione dirigenziale n. 129 del 29 gennaio 2020 con la quale si era affidato il servizio alla controinteressata sotto riserva di legge e con decorrenza dal 6 novembre 2019 fino al 28 febbraio 2020 e la determinazione n. 154 del 31 gennaio 2020 di presa d'atto dell'adesione della coop. Santa Brigida.

A sostegno dell'impugnazione si è sostenuto che il comportamento assunto dalla stazione appaltante sarebbe manifestamente elusivo dell'ordinanza cautelare di questo Tribunale che aveva escluso che vi fosse un monte ore minimo previsto dalla lex specialis e ritenuto che le giustificazioni rese fossero coincidenti con il monte ore lavorative effettivamente indicato in offerta.

Con decreto presidenziale n. 357 del 4 marzo 2020 è stata respinta la domanda di adozione di misure cautelari in sede monocratica, non essendovi ancora un provvedimento finale del segmento procedimentale di rinnovazione del giudizio di anomalia, come disposto in fase cautelare. Con il medesimo provvedimento è stata

fissata la camera di consiglio del 24 marzo 2020 per la trattazione della domanda cautelare in sede collegiale.

Con ulteriore atto di motivi aggiunti, corredati dalla richiesta di adozione di misure cautelari, anche in sede monocratica, depositato in data 2 marzo 2020, la Gener Service s.r.l. ha impugnato l'avviso di trasparenza con cui, a seguito del riesame delle valutazioni di anomalia alla luce dei principi espressi dal Collegio nell'ordinanza n. 1994/2019, la stazione appaltante non ha ritenuto di accogliere le sue giustificazioni, confermando l'esclusione dalla gara e nuovamente aggiudicando in favore della cooperativa Santa Brigida. Oggetto di impugnazione sono stati i verbali delle sedute riservate dei giorni 21 gennaio 2020 e del 3 febbraio 2020 ed il decreto n. 9 del 15 gennaio 2020 di annullamento del decreto provveditoriale n. 553 del 13 novembre 2019.

La nuova esclusione è stata decretata con verbale del 20 febbraio 2020 in seguito a riesame con la seguente motivazione: «In sede di esame delle giustificazioni – precedentemente rese dalla ricorrente – le ore dedicate al servizio, risultano 44.224,06, al di sotto di quanto indicato all'art. 10 del Capitolato (16.354 ore annue quindi per tre anni pari ad euro 49.062,00) in quanto non risultano valorizzate le ore di sostituzione ed il totale complessivo di 59.154,42 ore sul triennio. L'operatore economico, quindi, non giustifica la premialità attribuita in sede di offerta tecnica e, conseguentemente il RUP con il supporto della Commissione non accoglie le giustificazioni e conferma il motivo di escussione della società Gener service srl».

A sostegno dell'impugnazione parte ricorrente ha sostanzialmente riproposto le medesime argomentazioni di cui al ricorso introduttivo e segnatamente che il responsabile unico del procedimento avrebbe

perseverato nel commettere lo stesso errore interpretativo che vizia in radice il giudizio espresso in sede di verifica dell'anomalia, ciò in quanto, il progetto tecnico presentato dalla Gener Service srl prevedeva un monte ore dedicato al servizio pari a n. 19.718,09 ore annue (59.124,28 ore triennali), costituito da n. 14.741,35 ore annue lavorate (44.224,06 ore triennali) e n. 4.976,74 (14.930,22 ore triennali) ore annue cd non lavorate; inoltre, ai fini del calcolo dell'incidenza del costo della mano d'opera sull'offerta devono avrebbero dovuto essere prese in considerazione le 44.224,06 ore triennali indicate nell'offerta tecnica come "monte ore lavorate", e ciò in quanto il costo orario preso a riferimento, desunto dalla tabella paga ministeriale, comprende anche il costo delle cosiddette "ore non lavorate"; ancora una volta il responsabile unico del procedimento avrebbe poi valutato e messo in discussione, non già la congruità dell'offerta, di sua competenza, ma la correttezza del punteggio tecnico, così dando luogo ad un'ipotesi di eccesso di potere per sviamento; ne sarebbe conferma l'essersi egli riferito alla mancata giustificazione della premialità attribuita in sede di offerta tecnica; infine, i criteri di valutazione indicati nel disciplinare di gara sono discrezionali, con esclusione di qualsiasi criterio del tipo quantitativo che avrebbe potuto giustificare un possibile giudizio costruito sul numero delle ore offerte.

Con decreto presidenziale n. 539 del 25 marzo 2020 veniva respinta l'istanza di adozione di misure cautelari in sede monocratica e fissata la camera di consiglio del 21 aprile 2020 per la trattazione collegiale.

Ha depositato memoria il Comune di Acerra.

Alla camera di consiglio del 21 aprile 2020, con ordinanza n. 787/20, il Collegio ha nuovamente accolto la domanda cautelare, con

sospensione degli atti impugnati e fissazione dell'udienza pubblica di discussione per il 26 maggio 2020.

All'udienza pubblica del 26 maggio 2020, in vista della quale sono state depositate memorie conclusionali, celebrata con modalità da remoto ai sensi dell'art. 84, quinto comma del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 conv. in legge 24 aprile 2020 n. 27, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Occorre preliminarmente dichiarare l'improcedibilità del ricorso introduttivo per sopravvenuta carenza di interesse, così come dichiarato anche dalla società ricorrente nella memoria depositata in data 22 maggio 2020. Invero, come risulta dall'avviso di trasparenza del Comune di Acerra (allegato n. 4 alla memoria del Comune depositata in data 23 marzo 2020) con decreto n. 9 del 15.01.2020, in ottemperanza all'ordinanza cautelare di questo Tribunale n. 1994/2019 del 18 dicembre 2019, sono stati annullati, senza riserve, il decreto provveditoriale n. 553 del 13 novembre 2019, di originaria aggiudicazione della gara alla cooperativa Santa Brigida, così come il provvedimento di esclusione adottato nei confronti della società ricorrente; ne discende che alcuna concreta utilità può derivare per le ragioni della Gener Service s.r.l. da una favorevole delibazione nel merito delle censure prospettate con il ricorso introduttivo; né possono trovare accoglimento i primi motivi aggiunti di impugnazione, depositati in data 20 febbraio 2020, con riferimento all'impugnazione della nota del 21 gennaio 2020 con cui il Comune di Acerra ha chiesto alla ricorrente di fornire tutti gli elementi che ritenuti utili a giustificare l'offerta presentata, nonché delle determinazioni dirigenziali n. 129 del 29 gennaio 2020 e n. 154 del 31

gennaio 2020, di affidamento del servizio alla coop. Santa Brigida dal 6 novembre 2019 al 28 febbraio 2020. Invero, nel primo caso si è in presenza dell'impugnazione di un mero atto interno alla fase di rinnovazione della verifica di anomalia, come tale privo di autonoma ed immediata lesività, mentre nei confronti delle determinazioni dirigenziali di affidamento provvisorio del servizio in favore della controinteressata, non risultano proposte censure specifiche inerenti a profili di illegittimità di tali provvedimenti.

Devono ora essere esaminati i secondi motivi aggiunti, al cui proposito, in fase cautelare, il Collegio ha osservato che «preliminarmente, per quanto concerne le attività della stazione appaltante, occorre tenere ben distinte dal punto di vista funzionale le valutazioni di natura tecnico-discrezionale inerenti all'apprezzamento della componente tecnica dell'offerta ed alla assegnazione del relativo punteggio, da quelle relative alla congruità dell'aliquota economica, rimessa alla fase di verifica dell'anomalia, e riferita all'attendibilità e sostenibilità dei costi ed alla sostenibilità complessiva della proposta formulata; l'autonomia di tali scansioni procedurali non consente alla stazione appaltante in sede di verifica di anomalia di poter unilateralmente attribuire all'offerta una dimensione qualiquantitativa differente da quanto rappresentato dal concorrente, né di formulare giudizi direttamente o indirettamente afferenti alla precedente fase di valutazione del progetto tecnico di offerta; non è dubitabile che, nel caso di specie, il punteggio tecnico sia stato attribuito alla ricorrente in ragione di un monte ore indicato in offerta pari a 59.124,28 ore triennali, mentre la dimensione quantitativa della prestazione effettivamente da erogarsi all'amministrazione sarebbe stata di 44.224,06 ore triennali, ossia al

netto delle ore necessarie alle sostituzioni; il monte ore di 59.124,28 assume rilievo essenzialmente economico, inerendo al costo complessivo da sopportarsi da parte del concorrente, senza interferire con il dato dimensionale del servizio che ci s'impegna ad erogare che resta quello delle ore effettive, pari a 44.224,06; pertanto, non erra parte ricorrente ove evidenzia la sussistenza di un profilo di eccesso di potere per sviamento compiuto dalla stazione appaltante, ove evidenzia che l'espressione adoperata nell'atto impugnato "non giustifica la premialità attribuita in sede di offerta tecnica" sia manifestazione di una valutazione estranea al giudizio di anomalia – questo, da circoscriversi alla congruità dell'offerta dal punto di vista economico - denotando, osserva il Collegio, piuttosto il riconoscimento di perplessità relativamente all'apprezzamento del valore dell'offerta tecnica migliorativa, la cui eventuale risoluzione esigerebbe l'esercizio di poteri di altra natura; quanto fin qui evidenziato si pone in linea di continuità con la precedente ordinanza cautelare, in cui si era imposto il riesame dell'offerta economica, da circoscriversi entro i già indicati limiti funzionali di tale giudizio, non potendo comunque escludersi, a differenza di quanto opinato dal ricorrente, la possibilità di richiedere nuovi chiarimenti in vista della riedizione del potere».

Le conclusioni che precedono, e da cui non vi è ragione di discostarsi, muovono dal presupposto che la stazione appaltante abbia inteso porre rimedio alla circostanza di avere assegnato alla società ricorrente un punteggio per l'offerta tecnica maggiore rispetto a quanto successivamente ritenuto spettante.

Procedendo ad una ricognizione in punto di fatto, rileva innanzitutto il Collegio che, a pagina 10 del progetto tecnico di Gener Service

s.r.l. si legge quanto segue: «Pertanto la Gener Service Srl per l'erogazione dei servizi in appalto offre il seguente monte orario: totale monte ore lavorate per l'intero appalto (14.741,35 ore anno x 3 anni) 44.224,06; totale monte ore destinate alle sostituzioni di personale assente a qualsiasi titolo (ferie, permessi, malattie, ecc. 4.976,74ore anno x 3 anni) 14.930,22; totale monte ore effettivamente dedicato al servizio (19.718,09 ore anno x 3 anni) 59.154,28». Non vi è dubbio, quindi, che le ore che avrebbe dovuto essere oggetto di valutazione nell'ambito del progetto tecnico di offerta erano pari a 44.224,06, cioè il monte ore lavorate per l'intero appalto. In ogni caso, in base alle indicazioni contenute nel progetto ed in applicazione dei criteri di valutazione previsti dalla lex specialis la commissione di gara ha comunque assegnato alla Gener Service s.r.l. il massimo punteggio, pari a 70 punti, per l'offerta tecnica.

In secondo luogo, con richiesta integrativa di giustificazioni n. 38776 del 21 maggio 2019 la stazione appaltante ha osservato che «dalla documentazione di gara risulta che la valutazione con l'attribuzione del punteggio fatto dalla commissione è relativa ad un totale monte ore effettivamente dedicato al servizio (19.718,09 ore anno x 3 anni) di 59.154,28, come si riscontra nella scheda tecnica presentata da codesta ditta in sede di gara. La valutazione positiva fatta dalla commissione di gara si giustificerebbe, quale intervento migliorativo, in considerazione di un incremento di ore annuo di 3.364 rispetto alle 16.354 previste dal capitolato speciale di appalto, mentre quanto riportato nelle "giustificazioni" presentate si fa riferimento ad un monte ore complessivo di 44.224,06 ore triennali, pari a 14.741,35 ore annue, con una riduzione di 1.612,64 rispetto a quelle previste da capitolato».

Ne discende che, rispetto al chiaro contenuto dell'offerta tecnica, in cui ci si riferisce ad un monte ore lavorate per l'appalto di 44.224,06, in sede di punteggio è stato premiato, come miglioria, il monte ore destinato alle sostituzioni di personale assente a qualsiasi titolo (ferie, permessi, malattie, ecc.), segnatamente 4.976,74 ore/anno per 3 anni, pari a ore 14.930,22, valore che, in realtà, nulla offriva di aggiuntivo rispetto all'offerta, trattandosi solo della quantificazione in termini orari di un onere economico gravante sull'impresa; più specificamente, il monte ore complessivo di 59.154,28 non rappresenta la quantità di servizio in termini orari di cui la stazione appaltante avrebbe potuto usufruire in caso di aggiudicazione, ma solo un dato aggregato privo di contenuti effettivamente migliorativi, trattandosi di un elemento descrittivo del costo complessivo della manodopera.

Di qui il primo errore, già evidenziato nella prima ordinanza cautelare da parte del Collegio.

Quanto alla seconda obiezione emersa dalla dialettica procedimentale sulla verifica di anomalia e segnatamente relativa alla supposta violazione di un monte ore minimo triennale, pari a 49.062,00 ore, il Collegio deve ribadire quanto evidenziato nella prima fase cautelare, cioè che nessuna disposizione della *lex specialis* ha imposto una simile soglia di sbarramento quantitativa, che, tra l'altro, avrebbe dovuto essere posta come requisito minimo di ammissione dell'offerta tecnica e non come valore inderogabile di riferimento della stima dei costi economici; né si sarebbe potuto inferire implicitamente la previsione di un requisito minimo così importante, o comunque in modo tanto sfuggente, in base alla lettura di una norma del capitolato speciale, quale l'art. 10 - come argomentato

negli scritti difensivi del Comune di Acerra - che al fine del mantenimento dei livelli occupazionali, per l'espletamento del servizio di cui al capitolato d'oneri, si limita a fare «obbligo alla ditta aggiudicataria l'applicazione del contratto "PULIZIEMULTISERVIZI"» precisando che «il personale attualmente impiegato per l'appalto del servizio di che trattasi è pari a n.18 (diciotto) unità per 62 ore/giorno, 314,5 ore/settimana, 1364 ore/mese e 16354 ore/anno.

Al riguardo, con riferimento alla rilevanza della cd. clausola sociale, recente e condivisibile giurisprudenza (Consiglio di Stato , sez. V , 12 settembre 2019 , n. 6148) ha osservato che «le clausole del contratti collettivi che disciplinano il "cambio appalto" con l'obbligo del mantenimento dell'assetto occupazionale e delle medesime condizioni contrattuali ed economiche vincolano l'operatore economico, non già in qualità di aggiudicatario della gara, ma solo se imprenditore appartenente ad associazione datoriale firmataria del contratto collettivo; a queste condizioni, infatti, la clausola, frutto dell'autonomia collettiva, ove più stringente, prevale anche, sulla clausola contenuta nel bando di gara. Le c.d. clausole sociali inserite all'interno degli atti di gara, formulate in maniera elastica e non rigida, non vincolano l'aggiudicatario ad applicare il contratto collettivo del precedente aggiudicatario imponendo, al subentro nel contratto d'appalto, l'assorbimento e l'utilizzo nell'esecuzione dello stesso dei soci lavoratori e dei dipendenti del precedente aggiudicatario, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario. Solo se formulata in questi termini, la clausola sociale è conforme alle indicazioni della

giurisprudenza amministrativa secondo la quale l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885; III, 30 gennaio 2019, n. 750; III, 29 gennaio 2019, n. 726; 7 gennaio 2019, n. 142; III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 5 febbraio 2018, n. 731; V, 17 gennaio 2018 n. 272; III 5 maggio 2017, n. 2078; V 7 giugno 2016, n. 2433; III, 30 marzo 2016, n. 1255). La cognizione del giudice amministrativo, avendo ad oggetto esclusivamente la fase di scelta del contraente, si arresta necessariamente all'accertamento precedentemente compiuto sulla legittimità della clausola sociale inserita nel bando di gara; in che modo l'imprenditore subentrante dia seguito all'impegno assunto con la stazione appaltante di riassorbire i lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario (id est. come abbia rispettato la clausola sociale) attiene, infatti, alla fase di esecuzione del contratto, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro (cfr. Cons. Stato, sez. III, 29 gennaio 2019, n. 726; V, 15 dicembre 2016, n. 5311). I costi medi della manodopera, indicati nella tabelle ministeriali non costituiscono parametro assoluto ed inderogabile di ammissibilità dell'offerta, ma sono parametro di valutazione dell'offerta, per essere comunque rimesso alla stazione appaltante giudicare della sua congruità, pur in presenza di scostamento dalle predette tabelle (cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2019, n. 1097, V, 18 febbraio 2019, n. 1099; V, 28 gennaio 2019, n. 690; III, 4 gennaio 2019, n. 90; V, 26 novembre

2018, n. 6689; V, 2 agosto 2018, n. 4785). La scelta del CCNL nell'elaborazione del costo del lavoro in offerta è rimessa alla libertà dell'operatore economico, la stazione appaltante si occupa del costo del lavoro indicato in offerta per valutarne la congruità in presenza di scostamenti dalle tabelle ministeriali; resta fermo, però, a carico dell'operatore economico, nella sua veste di datore di lavoro, la corresponsione di una retribuzione proporzionata all'entità e alla durata dell'attività in concreto svolta dal prestatore di lavoro. Si tratta di un accertamento da compiersi necessariamente in concreto, poiché i minimi retributivi previsti dai contratti collettivi – quali che siano quelli che l'operatore economico ritenga di applicare – si presumono idonei a garantire una retribuzione proporzionata ex art. 36 Cost».

Da tale condivisibile orientamento consegue che se la previsione di una clausola sociale non può mai vincolare il concorrente aggiudicatario, al momento del subentro nel contratto d'appalto, ad assorbire ed utilizzare in fase di esecuzione i dipendenti del precedente aggiudicatario, trattandosi di una sua valutazione discrezionale, a fortiori gli elementi illustrativi della situazione occupazionale uscente, anche se contenuti in atti di gara, quali il capitolato speciale, non potrebbero giammai imporre limiti dimensionali vincolanti in sede di offerta, oltre i limiti prescritti della *lex specialis*, intesa in senso stretto..

Le due considerazioni che precedono hanno, d'altra parte, costituito la ragione dell'accoglimento della domanda cautelare con ordinanza n. 1994 del 18 dicembre 2019 proposta con il ricorso introduttivo recante l'impugnazione del primo provvedimento di esclusione della ricorrente per anomalia della sua offerta.

Invece, nel rinnovare il giudizio di anomalia, con la nuova esclusione impugnata con i motivi aggiunti in scrutinio, la stazione appaltante ha rappresentato che «in sede di esame delle giustificazioni – precedentemente rese dalla ricorrente – le ore dedicate al servizio, risultano 44.224,06, al di sotto di quanto indicato all'art. 10 del Capitolato (16.354 ore annue quindi per tre anni pari ad euro 49.062,00) in quanto non risultano valorizzate le ore di sostituzione ed il totale complessivo di 59.154,42 ore sul triennio. L'operatore economico, quindi, non giustifica la premialità attribuita in sede di offerta tecnica e, conseguentemente il RUP con il supporto della Commissione non accoglie le giustificazioni e conferma il motivo di escussione della società Gener Service srl».

Resta, pertanto, confermata la reiterazione da parte della stazione appaltante, anche in termini di violazione del primo dictum cautelare, dell'errore di aver supposto l'esistenza di un monte ore minimo di ore lavorate, collegato all'assunto di una mancata valorizzazione delle ore di sostituzione, affermazione anche questa erronea, dal momento che in sede di giustificazioni parte ricorrente aveva affermato, come già rilevato dal Collegio in sede cautelare, che il costo delle ore da giustificarsi era quello destinato al servizio i cui parametri tabellari di riferimento valoriale tenevano conto anche dell'incidenza economica delle sostituzioni (Consiglio di Stato , sez. V , 12 settembre 2019 , n. 6148).

Ultimo aspetto decisivo della controversia – anche questo evidenziato in fase cautelare - è che la violazione della funzione tipica della fase di verifica dell'anomalia, come attività volta esclusivamente ad accertare la sostenibilità economica dell'offerta, traspare dall'affermazione contenuta nel rinnovato provvedimento di

esclusione in cui si afferma che l'operatore economico «non giustifica la premialità attribuita in sede di offerta tecnica»; con tale espressione la stazione appaltante rivela di avere inteso porre rimedio attraverso un giudizio di incongruità ad un errore di valutazione commesso all'atto della assegnazione del punteggio tecnico, circostanza che, tra l'altro, emerge in modo solare dalla seconda richiesta di giustificazioni in precedenza richiamata.

In conclusione, i motivi aggiunti sono meritevoli di accoglimento con annullamento degli atti impugnati. In esecuzione della presente sentenza la stazione appaltante dovrà procedere alla rinnovazione del giudizio di anomalia dell'offerta, oppure all'attivazione di altre funzioni, ove mai ritenesse di aver commesso errori nella valutazione del progetto tecnico di offerta della società ricorrente e comunque alla luce dei principi esposti nella presente sentenza.

Quanto alla domanda risarcitoria, allo stato la stessa non può trovare accoglimento, dovendosi attendere l'esito delle attività conformative alla presente decisione da parte della stazione appaltante, onde verificare la legittima spettanza dell'aggiudicazione in capo a Gener Service s.r.l.; rispetto a tale evenienza nessun apprezzabile pregiudizio attuale deriva alla ragioni della società ricorrente dagli affidamenti provvisori disposti in favore della controinteressata, in quanto non preclusivi dell'integrale esecuzione dell'intero periodo contrattuale oggetto di gara e, comunque, eventualmente risarcibili anche per equivalente monetario.

Le spese seguono la soccombenza con condanna al relativo pagamento in favore della società ricorrente nella misura di €3.000 (tremila/00), in solido, del Comune di Acerra e del Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche per Campania Molise Puglia e

Basilicata - sede di Napoli e nella misura di €2.000(duemila/00) a carico della controinteressata cooperativa Santa Brigida, dovendo l'importo del contributo unificato versato essere rimborsato alla società ricorrente da parte del Comune di Acerra.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara improcedibile il ricorso introduttivo e respinge i primo motivi aggiunti; accoglie i secondi motivi aggiunti e per l'effetto annulla il secondo provvedimento di esclusione e gli atti consequenziali adottati per la conclusione del procedimento di gara; respinge la domanda risarcitoria. Condanna, in solido, il Comune di Acerra e il Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche per Campania Molise Puglia e Basilicata - sede di Napoli al pagamento delle spese processuali in favore della società ricorrente nella misura di €3.000(tremila/00), oltre accessori di legge; condanna la controinteressata cooperativa Santa Brigida al pagamento della spese processuali in favore della società ricorrente nella misura di €2.000 (duemila/00), oltre accessori di legge, dovendo l'importo del contributo unificato versato essere rimborsato alla società ricorrente da parte del Comune di Acerra.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2020, celebratasi con modalità di audioconferenza ai sensi dell'art. 84 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, conv. in legge 24 aprile 2020 n. 27, con l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente, Estensore

Maria Laura Maddalena, Consigliere

Germana Lo Sapia, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Paolo Corciulo

IL SEGRETARIO