

Pubblicato il 25/06/2018

N. 00368/2018REG.PROV.COLL.
N. 00412/2016 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

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA
REGIONE SICILIANA**

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 412 del 2016, proposto da:
Società Gruppo Servizi Associati S.p.A. in proprio e nella qualità di
Capogruppo Mandataria del R.T.I. costituendo con Euro & Pro,mos
soc. coop. p.a., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dagli avvocati Domenico Gentile e Claudio
Vinci, con domicilio eletto presso il secondo di essi in Palermo, via
Nunzio Morello, 40;

contro

Consorzio Italiano Cooperative Lavoratori Ausiliari del Traffico Soc.
Coop, in proprio e quale capogruppo mandatario del R.T.I.
costituendo con Util Service soc. coop., in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea

Scuderi e Giovanni Mandolfo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Daniela Macaluso in Palermo, via G. Ventura, 1;

nei confronti

Comune di Siracusa, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Salvatore Bianca, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maurizio Cannizzo in Palermo, via Resuttana, 366;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SICILIA - sez. staccata di CATANIA: sezione IV n. 794/2016, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione dell'appalto dei servizi di supporto all'amministrazione comunale quali custodia, front-office, manutenzione, affissione e defissione manifesti, servizi cimiteriali, di facchinaggio, trasloco e allestimento palchi, servizio di autista per il trasporto pubblico locale

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio Italiano Cooperative Lavoratori Ausiliari del Traffico e del Comune di Siracusa;

Visto l'appello incidentale del Consorzio;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza n. 366/2016 con cui è stata respinta la domanda cautelare;

Vista l'ordinanza istruttoria n. 135/2017 con cui è stata disposta verifica;

Vista la relazione del verificatore depositata il 15.2.2018;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2018 il Cons. Hadrian Simonetti, uditi per le parti gli Avvocati Fulvio Ingaglio La Vecchia su delega di Domenico Gentile, Daniela Macaluso su delega di Andrea Scuderi e Giovanni Mandolfo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Siracusa ha indetto una procedura aperta per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di una molteplicità di servizi definiti tutti di supporto all'amministrazione comunale e concernenti attività diverse, meglio indicate agli artt. 1 e 2 del capitolato (manutenzioni e riparazioni edilizie e idriche; servizi cimiteriali; facchinaggio e trasloco; affissione manifesti, supporto diretto agli uffici comunali etc.), per la durata di quattro anni e per un importo a base d'asta di euro 10.143.600, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (un massimo di 40 punti per l'offerta tecnica e di 60 punti per quella economica).

La procedura, cui hanno preso parte due soli concorrenti, è stata, all'esito della verifica di anomalia condotta ai sensi dell'art. 86, co. 3, d.lgs. 163/2016 e protrattasi per alcuni mesi, aggiudicata al raggruppamento temporaneo capeggiato dal Gruppo Servizi Associati, che ha ottenuto complessivamente 91,85 punti di cui 60 per l'offerta economica, avendo offerto un ribasso del 27,4%, secondo è risultato il raggruppamento guidato dal Consorzio italiano cooperative ausiliari traffico, con 69,14 punti complessivi, che ha offerto un ribasso del 4,21%.

2. Proposto ricorso dalla seconda classificata, contestando sotto numerosi profili la congruità dell'offerta economica dell'aggiudicataria, il Tar, dopo avere respinto la maggior parte delle contestazioni, lo ha accolto limitatamente ad alcune censure relative ai costi, il che ha determinato l'annullamento dell'aggiudicazione.

3. Avverso la sentenza ha proposto appello l'originaria aggiudicataria, deducendone l'erroneità sia nelle premesse che nelle conseguenze applicative.

Sotto il primo aspetto, l'appello critica la sentenza laddove disattenderebbe l'orientamento giurisprudenziale consolidato in ordine al carattere complessivo della valutazione sull'anomalia delle offerte nelle gare pubbliche.

Sotto il secondo aspetto, l'appello evidenzia come la sentenza abbia da un lato respinto la gran parte delle censure per poi, d'altro lato, accogliere profili di censura in tesi marginali e che comunque - si afferma - troverebbero la loro giustificazione nel margine di sicurezza evidenziato nei giustificativi.

4. Si è costituito l'originario ricorrente in primo grado, impugnando a sua volta la sentenza con appello incidentale per la parte in cui ha respinto le censure proposte, con particolare riferimento all'esiguità dell'utile e all'applicazione indiscriminata a tutto il personale del CCNL Multiservizi, ad onta della diversità delle prestazioni dedotte in contratto; nonché con riferimento al monte ore del personale, ai dati relativi a macchinari e attrezzature.

5. Si è costituito il Comune di Siracusa, rimettendosi alla decisione del Collegio, non senza evidenziare come l'appellante incidentale svolga i servizi in contestazione da oltre dieci anni.

Nella camera di consiglio del 25.5.2016 la domanda cautelare è stata respinta, con ordinanza n. 366/2016.

Disposta istruttoria, per verificare la congruità dell'offerta economica dell'aggiudicataria del servizio, depositata la relazione del verificatore, all'udienza pubblica del 24.5.2018, in vista della quale sono state depositate ulteriori memorie, la causa è passata in decisione.

6. Come si è già ricordato nelle premesse, con l'originario ricorso di primo grado la seconda classificata aveva impugnato l'aggiudicazione in favore del raggruppamento guidato dalla GSA contestandone la congruità dell'offerta economica sulla base di un unico articolato motivo. Muovendo dalla esiguità dell'utile d'impresa annuo, calcolato in misura pari ad euro 6.983, corrispondente allo 0,379% e come tale insuscettibile di far fronte a seppur minime variazioni in corso di esecuzione, aveva contestato, tra l'altro:

- le modifiche che, attraverso i tre giustificativi richiesti dalla stazione appaltante nel corso della lunga verifica di anomalia, avrebbe apportato alla propria offerta originaria (B1);
- la correttezza dei dati generali relativi al monte ore calcolato, assumendo che non si sarebbe tenuto nel dovuto conto la differenza tra ore teoriche e ore effettive (B2);
- la previsione e quindi l'applicazione del medesimo CCNL multiservizi per tutti i servizi oggetto dell'appalto, nonostante la loro evidente eterogeneità (B3 e B4);
- la correttezza del calcolo del monte ore riferito specificamente al personale inquadrato come "autisti bus elettrici" (B5);
- la correttezza dei dati relativi ai macchinari e alle attrezzature offerti.

6.1. Il Tar, attraverso una lunga motivazione corredata da numerosi e frequenti richiami giurisprudenziali, ha accolto il ricorso in ragione del fatto che, a fronte di un utile di impresa esiguo, l'impresa sottoposta a verifica non avesse offerto sufficienti, ovvero sufficientemente determinate, giustificazioni in ordine ad una serie di costi e di spese (elencati alle pp. 55, 56, 57 e 58 della motivazione) che non troverebbero copertura nel margine di sicurezza cui, durante la stessa verifica, l'aggiudicataria aveva fatto rinvio.

6.2. Con l'appello incidentale proposto in questa sede, l'originaria ricorrente in primo grado, ha riproposto l'intera gamma delle proprie iniziali contestazioni, anche quelle non accolte dal Tar.

6.3. Sicché, per effetto (dell'operare) congiunto dell'appello principale e di quello incidentale, tutte le questioni già dedotte in primo grado sono state riproposte all'attenzione del Giudice dell'appello, siccome vertenti, al fondo, sulla contestata congruità ovvero sulla sostenibilità dell'offerta risultata vincitrice della gara.

6.4. Il CGA, data la complessità dei fatti di causa, ha reputato necessario procedere ad una verifica, incaricando l'Ispettorato regionale del lavoro della Regione Sicilia, volta ad accertare se, tenuto conto del ribasso d'asta, dell'oggetto dell'appalto e del tipo di prestazioni richieste, l'offerta fosse adeguata e sufficiente riguardo al costo del lavoro, al rispetto dei minimi salariali, al monte ore stimato congruo e al costo dei macchinari e delle attrezzature richiesti.

6.5. Nella relazione depositata il 15.2.2018 - in estrema sintesi, rinviando alla stessa per quanto non si preciserà nel prosieguo - il verificatore ha rilevato che:

- l'applicazione senza alcuna distinzione da parte dell'aggiudicataria del CCNL Multiservizi, mentre si può giustificare per tutti i restanti

servizi, non si attaglia alla specificità dei servizi cimiteriali, che postulano il compimento di attività più complesse (quali inumazioni, tumulazioni etc.), e a quella del servizio di autista per il trasporto pubblico locale;

- la necessità, per tali ultimi due servizi, di applicare un CCNL diverso e più pertinente ha riflessi sul calcolo del costo della manodopera, che il verificatore ha rideterminato al rialzo (pp. 21 e 22 della relazione);

- i dati sull'assenteismo aziendale forniti dall'aggiudicataria sono parametrati alla propria realtà, senza però tenere conto della clausola sociale che impone l'assorbimento dei lavoratori già impiegati nel precedente appalto, e dunque senza tenere conto del dato storico di tale personale ovvero in alternativa del valore medio risultante dalla tabelle ministeriali;

- il costo della manodopera non tiene correttamente conto dell'IRAP e dei premi INAIL.

6.5. A fronte di questi rilievi del verificatore, la difesa di parte appellante principale ha sostenuto, nelle memorie finali, che, nel metodo, il verificatore avrebbe esorbitato dai propri compiti istruttori; e che, quanto al merito, la libertà di scelta del CCNL non sarebbe comprimibile e che comunque i maggiori costi pari a 46.000 euro sarebbero compensati dal margine di sicurezza di circa 100.000 euro evidenziato nei propri giustificativi; che la clausola sociale andrebbe applicata in chiave tendenziale e comunque il tasso di assenteismo pur sempre parametrato alla realtà aziendale complessiva, che consta di migliaia di dipendenti; che per l'IRAP opererebbero gli sgravi introdotti dalla l. 190/2014, applicabili anche alla presente fattispecie.

7. Il Collegio, ribadita l'ampiezza dell'oggetto della verifica, che fa anche escludere che il verificatore abbia esorbitato dai quesiti posti, ne condivide e fa proprie le valutazioni per quanto concerne il costo della manodopera in relazione all'utilizzo di contratti collettivi adeguati alla specificità dei diversi servizi.

7.1. Sul presupposto, del pari condivisibile, della richiamata specificità dei servizi cimiteriali e di quello di autista del trasporto pubblico locale alla luce delle previsioni del capitolato (2.4. e 2.5), si reputa corretto ed immune da vizi logici il ragionamento del verificatore, laddove ha reputato che non sia pertinente in questo caso, l'applicazione del CCNL Multiservizi al personale in essi impegnato. Se è vero infatti che la scelta del contratto collettivo rientra nelle prerogative dell'imprenditore, è vero anche tuttavia che vale pur sempre il limite della coerenza del contratto collettivo scelto rispetto all'oggetto dell'appalto.

Nel caso di specie reputa il Collegio che la scelta del CCNL Multiservizi non sia coerente con la specificità dei servizi cimiteriali e del trasporto pubblico locale che, del resto, esulano dalla sfera di applicazione del primo (v. art. 1), come è confermato dall'inquadramento contrattuale del personale adibito a tali servizi nel corso della precedente gestione (cfr. la risposta del Comune di Siracusa ai quesiti della Euro&Promos – doc. 9 allegato al ricorso di primo grado).

La necessità di fare applicazione di un CCNL coerente con detti servizi, comportando l'applicazione di tariffe maggiori per tipologie lavorative più specialistiche, si ripercuote sul costo complessivo annuo della manodopera, destinato a salire di alcune migliaia di euro, in una misura che la stessa controparte GSA quantifica in euro

46.000 e che per il Consorzio originario ricorrente sarebbe ancora maggiore.

7.2. Una tale lievitazione dei costi, per quanto all'apparenza non eccessivamente elevata in termini assoluti, deve tenere conto di un quadro complessivo caratterizzato da un utile d'impresa che, come ricordato, era stato indicato ed è rimasto vistosamente esiguo, nell'ordine di circa 6.000 euro annui.

Deve darsi per conosciuto il dibattito intorno alla relativa questione se, ai fini della serietà dell'offerta, sia necessario indicare un utile comunque apprezzabile, tale da scongiurare il rischio di appalti eseguiti in perdita. E si può convenire, in linea di massima, sulla tesi ricordata dalla stessa GSA in fase di verifica e seguita anche dal Giudice di primo per cui un utile esiguo di per sé solo non equivale a determinare l'anomalia dell'offerta, sebbene costituisca un indice sintomatico e debba quindi indurre l'amministrazione procedente ad una verifica accurata dell'equilibrio complessivo dell'offerta (v., per tutte, Cons. St., V, n. 3805/2014).

Tale tesi, applicata al caso di specie, nel quale è evidente lo sforzo della GSA di aggiudicarsi un appalto da molto tempo eseguito da CICLAT, puntando soprattutto su una migliore offerta economica, ha quindi giustamente condotto a non trarre da un utile obiettivamente molto ridotto conseguenze pressoché automatiche, in senso escludente.

Ciò non toglie che il valore di tale utile è destinato pur sempre a pesare a fronte di successive rideterminazioni dell'offerta, come quella (che sarebbe) imposta dall'accertamento del verificatore in ordine al costo della manodopera, divenuto più elevato, per i servizi cimiteriali e per il trasporto pubblico locale.

7.3. Lo stesso ragionamento può valere anche a proposito del tasso di assenteismo del personale deputato all'esecuzione dell'appalto, che GSA ha rapportato unicamente alla propria realtà aziendale, non tenendo conto né del dato storico del personale che dovrà "assorbire" in forza della clausola sociale di cui al punto III. 1.4.) del bando di gara, né del parametro ministeriale.

La replica di GSA, che sottolinea la dimensione della propria realtà aziendale e da questo ricava la prevalente attendibilità del proprio dato, se in parte vale a ridimensionare il rilievo del verificatore, non elide tuttavia il profilo di incongruità ovvero di indeterminatezza del calcolo.

A fronte di tali risultanze, la difesa di GSA ha a più riprese invocato l'esistenza di un cd. margine annuale di sicurezza, da essa evidenziato per la prima volta solamente in occasione delle terze giustificazioni fornite in data 8.7.2015 nel corso della verifica di anomalia, sostenendo che tale margine ammonterebbe a circa 100.000 euro e che, quindi, coprirebbe anche l'eventuale sovra-costi legato alla manodopera.

Senonché, osserva il Collegio come di un tale margine non sia stata fornita adeguata evidenza, essendo la sua individuazione frutto di una mera prospettazione di parte, che non ha trovato riscontro nell'analisi del verificatore.

Sicché trova conferma quella valutazione di insufficienza e di indeterminatezza, nei confronti delle giustificazioni di GSA e della valutazione della stazione appaltante che ad esse ha fatto rinvio, cui già il Giudice di primo grado era pervenuto.

7.4. A questo punto gli ulteriori rilievi emergenti dalla relazione del verificatore potrebbero essere non più determinanti. Ad ogni modo,

l'erroneo conteggio dei premi INAIL, accertato dal verificatore, è destinato ad aggravare l'equilibrio complessivo.

7.5. Quanto alle al peso dell'IRAP sul costo della manodopera, la difesa di GSA ne invoca l'esclusione dal calcolo complessivo, sulla base di una previsione di legge (l. 190/2015), sopravvenuta all'indizione della gara e alla presentazione delle offerte, che ne permetterebbe ora la deduzione.

Tale tesi, quand'anche fosse da accogliere (v., in senso questo senso, ma condizionatamente, Cons. St., III, n. 438/2016), confermerebbe comunque il grado di fluttuazione che ha accompagnato l'offerta attraverso le sue ripetute e plurime giustificazioni.

8. In conclusione, sulla scorta della verifica effettuata, per le ragioni e nei termini sin qui indicati, il giudizio di anomalia della stazione appaltante non resiste alle censure di inattendibilità dell'originaria parte ricorrente, il che conduce, in accoglimento dell'appello incidentale e respingendo quello principale, all'annullamento dell'aggiudicazione a suo tempo disposta in favore del raggruppamento guidato da GSA.

9. La complessità dei fatti e di talune delle questioni di diritto affrontate costituiscono giustificati motivi per compensare le spese anche del giudizio di appello. Il compenso del verificatore va posto invece unicamente a carico dell'appellante principale, nella misura che appare equo liquidare in euro 5.000,00.

10. Esula dalla materia del contendere ed è rimesso al prudente apprezzamento della stazione appaltante l'ulteriore corso della gara di appalto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, impregiudicata restando ogni valutazione sulla convenienza dell'unica offerta rimasta in gara.

Così come esula dalla materia del contendere davanti al giudice amministrativo la valutazione del fatto che ad una gara di così rilevante importanza, anche economica, abbiano preso parte due soli concorrenti, il che, nondimeno, giustifica la trasmissione di copia della presente decisione, unitamente al ricorso di primo grado e di appello e al ricorso incidentale, all'AGCM e all'ANAC per quanto di loro competenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando così provvede:

- respinge l'appello principale;
- accoglie l'appello incidentale, nei termini di cui in motivazione;
- per effetto, parzialmente riformando la sentenza di primo grado, annulla l'aggiudicazione e gli altri atti impugnati con il ricorso di primo grado;
- compensa le spese del giudizio, ad eccezione dell'onorario per il verificatore che pone a carico dell'appellante principale, liquidandolo in euro 5.000,00 (cinquemila/00), da cui detrarre quanto eventualmente già versato a titolo di acconto.

Manda alla segreteria per la trasmissione degli atti indicati in motivazione all'AGCM e all'ANAC.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Carlo Modica de Mohac, Consigliere

Giuseppe Barone, Consigliere

Giuseppe Verde, Consigliere

L'ESTENSORE
Hadrian Simonetti

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO