

Pubblicato il 15/12/2021

N. 08358/2021REG.PROV.COLL.
N. 10004/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 10004 del 2020, proposto da

Pedema Services s.c.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Ciro Manfredonia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Positano, non costituito in giudizio;

nei confronti

Multiservice Positano s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Fortunato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda) n. 01706/2020, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Multiservice Positano s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 novembre 2021 il Cons. Alberto Urso e udito per la Multiservice Positano s.r.l. l'avvocato Fortunato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando del 10 gennaio 2020 il Comune di Positano indiceva procedura di gara per l'affidamento del servizio di spazzamento strade del centro comunale e servizi accessori; risultava aggiudicataria della gara la Pedema Services s.c.s.
2. Avverso l'aggiudicazione e gli altri atti di gara - inclusi quelli relativi alla verifica di anomalia dell'offerta - proponeva ricorso la seconda classificata in graduatoria Multiservice Positano s.r.l. deducendo vari profili d'illegittimità, inerenti fra l'altro alla dedotta modifica da parte della Pedema Services di alcune voci dell'offerta in sede di sua giustificazione.
3. Si costituiva in giudizio per resistere al ricorso la Pedema Services, che interponeva a sua volta ricorso incidentale deducendo l'illegittimità dell'ammissione alla gara della Multiservice Positano.
4. Il Tribunale amministrativo adito, nella contumacia del Comune di Positano, accoglieva il ricorso principale annullando l'aggiudicazione impugnata, e dichiarava inammissibile per carenza d'interesse il ricorso incidentale, attesa la presenza in graduatoria di altri concorrenti.
In particolare, la sentenza ravvisava un'illegittima modifica del contenuto dell'offerta in fase di sua giustificazione, con alcune variazioni apportate anche fra i primi e i secondi giustificativi prodotti dalla Pedema.
5. Con ricorso in appello notificato il 16 dicembre 2020 la Pedema Services ha impugnato la sentenza deducendo:

I) *error in iudicando*: violazione e falsa applicazione dell'art. 97 d.lgs. n. 50 del 2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 3 l. n. 241 del 1990; violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; eccesso di potere per difetto assoluto del presupposto ed errore di fatto e di diritto; motivazione insufficiente ed illogica; illogicità, erroneità, travisamento;

II) *error in iudicando*: violazione e falsa applicazione dell'art. 35 Cod. proc. amm.; violazione e falsa applicazione dell'art. 100 Cod. proc. civ.; violazione e falsa applicazione del principio della necessità di esaminare sia il ricorso principale che quello incidentale sulla base delle pronunce della Corte di Giustizia (causa C-689/16) e dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato (Cons. Stato, Ad. plen. n. 11 del 2016); illogicità, contraddittorietà e perplessità della motivazione; ingiustizia manifesta; omessa pronunzia;

III) riproposizione delle eccezioni e deduzioni in fatto ed in diritto formulate per contrastare i motivi di ricorso di primo grado e ritenuti assorbiti dalla sentenza.

6. Con memoria di costituzione formale depositata il 13 gennaio 2021 s'è costituita in resistenza la Multiservice Positano s.r.l., che ha formulato le proprie difese con successiva memoria del 2 febbraio 2021 e scritti susseguenti; non s'è costituito invece il Comune di Positano, pur regolarmente intimato.

7. All'udienza pubblica del 4 novembre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Va preliminarmente respinta l'eccezione d'improcedibilità dell'appello che la Multiservice ha sollevato invocando la mancata impugnazione dei sopraggiunti provvedimenti di esclusione della Pedema e nuova aggiudicazione della gara alla stessa Multiservice.

Si tratta a ben vedere di atti successivi, esecutivi della sentenza di primo grado, come tali esposti di per sé al cd. "effetto espansivo esterno" di cui all'art. 336, comma 2, Cod. proc. civ. conseguente all'accoglimento dell'appello (cfr., *inter*

multis, Cons. Stato, VI, 13 ottobre 2021, n. 6891; V, 2 aprile 2020, n. 2214; 10 giugno 2019, n. 3881).

La determinazione del Comune di Positano n. 344 del 16 settembre 2021 dà espressamente conto, al riguardo, che l'annullamento del precedente provvedimento di accettazione della proposta di aggiudicazione in favore della Pedema, con conseguente sua esclusione, avvenne proprio *“per dare esecuzione alla [sentenza] del Tar Campania sezione II di Salerno n° 1706/2020”* (lo stesso ricorso della Multiservice, del resto, mirava proprio a tale esclusione: cfr., espressamente, il relativo par. 1.5); lo stesso può dirsi per la susseguente aggiudicazione alla Multiservice Positano, che costituisce mero atto consequenziale a fronte dello *“scorrimento della graduatoria finale”* in esito all'esclusione della Pedema per effetto della sentenza.

Di qui l'infondatezza dell'eccezione, atteso che l'eventuale riforma della sentenza, con conferma dell'originaria aggiudicazione alla Pedema, determinerebbe di per sé il travolgimento dei successivi atti di esclusione e conseguente aggiudicazione in scorrimento della graduatoria adottati dall'amministrazione.

1.1. Del pari non condivisibile è l'eccezione di giudicato interno formulata dalla Multiservice per mancata impugnazione del capo di sentenza che avrebbe accolto il terzo motivo di ricorso principale.

A ben vedere, in gran parte il suddetto motivo di ricorso risultava incentrato sulla difformità dell'offerta della Pedema dal CSA in relazione alle unità di personale offerte, e tale doglianza non risulta in alcun modo accolta dalla sentenza.

Il passo della decisione invocato dall'appellata si limita infatti ad affermare (nel solco dell'accoglimento delle precedenti doglianze: *“l'aggiudicataria ha rideterminato l'offerta economica per ben due volte, sia nella parte inerente il costo del personale [...] sia nella parte afferente gli oneri di sicurezza aziendale [...]”*) che la Pedema *“Ha, poi, variato il numero del personale impiegato nel servizio di spazzamento nonché le ore di esecuzione lavorativa, unitamente ad altri profili modificativi, degno di*

analogo rilievo”: dal che non emerge traccia dell’accoglimento della doglianza inerente alla (distinta) difformità del numero di unità lavorative rispetto alle previsioni del CSA (*i.e.*, inammissibilità della modifica dell’offerta “*rispetto agli obblighi di capitolato speciale di appalto e [...] omessa giustificazione delle corrispondenti voci*”, secondo la stessa intestazione del motivo di ricorso della Multiservice).

D’altra parte il suddetto passaggio della motivazione - che a ben vedere era integrativo o completivo dei precedenti, non essendo sorretto da specifiche argomentazioni o inerenti ricostruzioni in fatto, né peraltro da indicazioni che assumano chiaramente il portato di autonoma *ratio decidendi* della sentenza - può ritenersi censurato dall’appellante.

Anche a voler ritenere, infatti, che il giudice di primo grado abbia accolto la censura formulata nell’ultima parte del terzo motivo, relativa alle modifiche apportate dalla Pedema nel corso del procedimento di giustificazione alle ore di lavoro offerte, la *ratio decidendi* così espressa dalla sentenza risulta comunque censurata dall’appellante, che - oltre a riportare espressamente il capo della sentenza nel ricorso in appello (cfr. pag. 7) - deduce dapprima che “*le modifiche apportate nel corso del subprocedimento di verifica della congruità del costo del lavoro, non hanno determinato modifiche sostanziali ed hanno lasciato impregiudicato ed immodificato il valore complessivo dell’offerta e dei suoi caratteri fondamentali*” (appello, pag. 9), per specificare, poi, “*Quanto [...] alla modifica delle ore impiegate per lo spazzamento, [che] in realtà si tratta di un mero errore materiale di riporto, corretto nelle ulteriori giustificazioni del 30.5.2020. Tale circostanza non va a scalfire la congruità dell’offerta presentata dalla controinteressata. Inoltre, la possibilità di eventuali correzioni in fase di giustificazione è ammessa anche dalla giurisprudenza [...]*” (appello, pag. 18); lo stesso appello deduce altresì che i secondi giustificativi non comportavano alcuna “*alterazione del contenuto originario dell’offerta, quanto al numero complessivo degli addetti impiegati nel servizio [...]*” (cfr. pag. 7).

Né rileva, in senso contrario, che la suddetta deduzione relativa all’assenza di una modifica rilevante in ordine al numero di ore offerte sia stata formulata dalla Pedema nell’ambito del terzo motivo di gravame, recante riproposizione

delle difese avverso il terzo motivo di ricorso di primo grado, atteso che essa vale comunque a colpire sostanzialmente e specificamente la *ratio decidendi* del suddetto capo della sentenza, ove inteso in termini di accoglimento *in parte qua* del terzo motivo di ricorso.

1.2. Stante l'assenza dell'invocato giudicato interno, del pari infondata è la correlata eccezione con cui la Multiservice deduce la carenza d'interesse all'appello della Pedema a fronte della sua definitiva esclusione dalla gara, atteso che - salvo l'assorbimento dell'eccezione nella parte in cui riferita ai motivi di gravame qui assorbiti o resi *ex se* improcedibili dall'accoglimento del primo (v. *infra*, *sub* § 3) - alcuna esclusione definitiva può ravvisarsi a carico dell'appellante nei termini prospettati dalla resistente.

2. Col primo motivo di gravame l'appellante si duole dell'accoglimento del ricorso in primo grado censurando l'errore in cui la sentenza sarebbe incorsa nel ritenere che la Pedema abbia modificato i propri costi della manodopera in sede di giustificativi: l'appellante s'è in realtà limitata dapprima a precisarne l'importo, e poi a rispondere a una specifica richiesta del Rup di giustificare i costi rispetto al loro pertinente parametro *standard*.

Le indicazioni di dettaglio a tal fine fornite dalla Pedema non hanno del resto dato luogo ad alcuna alterazione del contenuto dell'offerta, ma sono valse solo a precisare le singole voci di costo a fronte delle richieste del Rup, né tanto meno v'è stata, in tale contesto, alcuna modifica del numero degli addetti impiegati nel servizio.

Lo stesso è a dirsi per gli oneri di sicurezza, confusi dalla sentenza con la diversa voce dei cd. "costi aziendali", e rispetto ai quali la correzione dell'importo dai primi ai secondi giustificativi è di soli € 100,00.

2.1. Il motivo è fondato, nei termini e per le ragioni che seguono.

2.1.1. Occorre premettere che il disciplinare di gara prevedeva espressamente, ai sensi dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, l'indicazione separata nell'ambito dell'offerta economica dei costi di sicurezza aziendali e dei costi

della manodopera, e precisava come la relativa valutazione di adeguatezza fosse rimessa alla fase di verifica di congruità.

La Pedema indicava espressamente tali voci nella propria offerta economica nella misura, rispettivamente, di € 2.600,00 ed € 615.380,00.

Nei successivi giustificativi del 18 maggio 2020 prodotti in sede di verifica di anomalia, la Pedema non esponeva gli oneri di sicurezza (bensì una distinta, generale, voce di “costi aziendali”, per € 1.800,00), e indicava il costo della manodopera in € 619.947,05.

Seguiva una richiesta di chiarimenti dell'amministrazione del 25 maggio 2020 relativa, tra l'altro, alle tabelle sul costo della manodopera utilizzate, con richiamo al riguardo a quelle pertinenti, allegate al CCNL del 2019 per le cooperative sociali; all'esito, la Pedema produceva il 30 maggio 2020 nuovi giustificativi, in cui forniva le precisazioni sulle tabelle di costo utilizzate, e così ricalcolava in dettaglio la voce del costo della manodopera, quantificata nell'importo di € 649.063,26, e quella degli oneri di sicurezza (specificata nel “costo DPI comprese mascherine e guanti monouso anti Covid”) di € 2.500,00, oltre alla distinta voce dei cd. “costi aziendali”, quantificati in € 1.200,00.

Alla luce di ciò la sentenza ha ritenuto integrata un'inammissibile modifica dell'offerta in sede di giustificativi con conseguente illegittimità dell'aggiudicazione in capo alla Pedema.

2.1.2. Come anticipato, le doglianze a tal fine formulate dall'appellante sono condivisibili.

In tema di modifiche dell'offerta in sede di giustificazioni dell'anomalia, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha posto in risalto che “*il principio generale del contraddittorio consente al concorrente di ‘...modificare le giustificazioni, sempre che resti ferma l'entità dell'offerta economica, in ossequio alla regola di immodificabilità dell'offerta...’ (Cons. Stato, V, 8 gennaio 2019, n. 171)”, considerato peraltro che “[...] il principio della immodificabilità della offerta economica sancito ora dall'art. 83 comma 9 del codice si riferisce alle dichiarazioni negoziali di volontà e non anche a quelle di scienza che*

riguardano giustificazione economica della offerta mediante scomposizione delle voci di costo' (*Cons. Stato, V, 16 marzo 2016, n. 1049*)" (*Cons. Stato, V, 26 febbraio 2021, n. 1637*).

Riguardo al costo della manodopera, si è così posto in risalto, in particolare, che altro è la relativa indicazione *ex art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016*, altro la modifica della voce, con la conseguenza che una volta "*accertato che non rileva [...] la questione della mancata indicazione dei costi della manodopera, la questione prospettata dall'appellante [i.e., la "immodificabilità dell'offerta"] obbliga a muoversi su un piano diverso, quello della verifica della congruità dei costi della manodopera, da svolgersi in contraddittorio con l'offerente e sulla scorta delle giustificazioni o spiegazioni da questo prodotte*" (*Cons. Stato, V, 30 giugno 2020, n. 4140*).

In particolare, per quel che qui interessa, la giurisprudenza ha affermato sul costo della manodopera che "*è possibile procedere a compensazioni tra sottostime o sovrastime o, comunque, a modifiche delle voci di costo indicate negli stessi giustificativi, purché siano rispettati i seguenti limiti: - l'entità dell'offerta economica deve restare ferma in ossequio alla regola di immodificabilità dell'offerta (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2020, n. 1449; V, 8 gennaio 2019, n. 171); - le singole voci di costo possono essere modificate solo per sopravvenienze di fatto o normative che comportino una riduzione dei costi o per originari comprovati errori di calcolo o per altre plausibili ragioni (Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2020, n. 1874; V, 26 giugno 2019, n. 4400; V, 10 ottobre 2017, n. 4680); - non è possibile rimodulare le voci di costo senza alcuna motivazione e al solo scopo di far quadrare i conti' ossia per assicurarsi che il prezzo complessivo offerto resti immutato ma siano superate le contestazioni sollevate dalla stazione appaltante su alcune voci di costo (cfr. Cons. Stato, V, 22 maggio 2015, n. 2581; sez. VI, 20 settembre 2013, n. 4676; VI, 7 febbraio 2012, n. 636; VI, 15 giugno 2010, n. 3759)*" (*Cons. Stato, V, 26 ottobre 2020, n. 6462; cfr. anche Id., 14 aprile 2020, n. 2383; 18 ottobre 2021, n. 6957; in senso parzialmente difforme, cfr. Cons. Stato, V, 11 dicembre 2020, n. 7943, che si richiama "indirettamente" a Cons. Stato, Ad. plen. n. 7 del 2020, la quale riguarda tuttavia la diversa questione della indicazione degli oneri di manodopera e sicurezza in sede di offerta*).

2.1.3. Facendo applicazione dei suesposti principi al caso di specie risulta l'assenza di elementi tali da far ravvisare un'illegittima modifica dell'offerta in relazione alle voci contestate alla Pedema.

Va rilevato, anzitutto, che il valore dell'offerta economica (*i.e.*, l'entità del ribasso formulato) è rimasto perfettamente intatto nel corso dell'intero procedimento.

Quanto alla dedotta modifica dei costi della manodopera, essa risulta la prima volta di entità minimale (*i.e.*, da € 615.380,00 a € 619.947,05 nel passaggio dall'offerta ai primi giustificativi: cfr. al riguardo Cons. Stato, V, 16 gennaio 2020, n. 389 sull'irrilevanza di variazioni marginali in rapporto al valore complessivo dell'offerta), e comunque la seconda (assorbente) volta, nei giustificativi del 30 maggio 2020 (con indicazione del valore di € 649.063,26, peraltro non radicalmente difforme da quello originario), correlata alla richiesta dell'amministrazione di precisare le tabelle di costo della manodopera utilizzate, e come si evince dal raffronto fra primi e secondi giustificativi, derivante da una mera corrispondente correzione del costo medio tabellare. Solo nella tabella *sub A)* sullo "spazzamento" c'è anche una (trascurabile) correzione del numero di ore - come dedotto dall'appellante nell'ambito del terzo motivo (cfr. *retro*, *sub* § 1.1) - d'entità minimale, peraltro in complessivo aumento (*i.e.*, da n. 14148 a n. 14238 ore nel passaggio dai primi ai secondi giustificativi, con altrettanto limitata variazione del costo *in parte qua*, da € 131.790,10 a € 132.301,62).

Il che viene chiaramente illustrato dalla Pedema, la quale dà conto nei secondi giustificativi del costo orario tabellarmente determinato sulla base di apposita relazione predisposta da un esperto consulente del lavoro, e pone in evidenza che sulla scorta dei relativi valori "*sono state rielaborate le tabelle complete di tutte le informazioni necessarie ai fini di una verifica dettagliata e non solo globale dell'offerta*".

Ciò dà luogo non già a una modifica dell'offerta, bensì semplicemente a una correzione - alla luce delle effettive tabelle di riferimento, su sollecito in

contraddittorio della stazione appaltante - di una voce di costo, che peraltro non incide in sé sul contenuto dell'offerta economica vera e propria.

Lo stesso, come dedotto dall'appellante, è a dirsi anche per il numero degli addetti impiegati nel servizio (e, in specie, riguardo al servizio di spazzamento, richiamato a tal fine dalla sentenza), in ordine ai quali non v'è alcuna evidenza di variazione rispetto alle previsioni d'offerta, e risulta anzi un'eguale conformazione fra primi e secondi giustificativi.

A conclusioni analoghe si perviene anche sulla voce degli oneri di sicurezza aziendali, la cui modifica è di entità del tutto trascurabile, e dunque irrilevante ai fini dell'esclusione della Pedema (*i.e.*, variazione di appena € 100,00, da € 2.600,00 indicati in offerta ad € 2.500,00 esposti nei secondi giustificativi nei termini suindicati: cfr., ancora, Cons. Stato, n. 389 del 2020, cit.).

In tale contesto, la Multiservice non dà del resto evidenza, attraverso rituali doglianze proposte nella presente sede, della sussistenza - sul piano della congruità delle dette voci esposte - dell'insostenibilità economica o dell'inadeguatezza dell'offerta.

Né, come già esposto, i (generici) riferimenti finali della sentenza a una variazione del numero del personale impiegato nel servizio di spazzamento e del numero di ore (di cui s'è già detto *retro*, in questo stesso §), "*unitamente ad altri profili modificativi, degno di analogo rilievo*" valgono a enucleare ulteriori e specifiche ragioni escludenti a carico della Pedema.

Di qui la fondatezza delle doglianze formulate dall'appellante.

3. L'accoglimento del primo motivo di gravame vale di per sé alla riforma della sentenza e al rigetto del ricorso di primo grado, con conseguente improcedibilità per difetto d'interesse del secondo motivo d'appello relativo all'erronea dichiarazione d'inammissibilità del ricorso incidentale escludente, e - per la medesima ragione (*i.e.*, rigetto del ricorso principale in primo grado) - con improcedibilità dello stesso ricorso incidentale qui riproposto dall'appellante.

Resta assorbito il terzo motivo di gravame (salvo quanto *retro, sub* §§ 1.1 e 2.1.3 sul detto tema del numero di ore), con cui sono riproposte le difese ed eccezioni di primo grado avverso il ricorso principale.

Le altre doglianze avverso i provvedimenti impugnati contenute nel ricorso introduttivo del giudizio, non esaminate in primo grado, si intendono rinunciate a fronte della mancata riproposizione *ex art.* 101, comma 2, Cod. proc. amm., non valendo, a tal scopo devolutivo, le repliche alle difese riproposte in via preventiva dall'appellante e le altre deduzioni difensive dell'appellata, comunque non formulate nei termini *ex artt.* 101, comma 2, 119, comma 2 e 46, comma 1, Cod. proc. amm.

4. In conclusione, per le suesposte ragioni l'appello è fondato e va accolto e, in riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso principale in primo grado e dichiarato improcedibile il ricorso incidentale.

4.1. La particolarità della fattispecie e la complessità delle questioni trattate giustificano l'integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio fra le parti.

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 principale di primo grado e dichiara improcedibile il ricorso incidentale;

compensa integralmente le spese del doppio grado di giudizio fra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE
Alberto Urso

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO