

Publicato il 30/03/2022

N. 02117/2022 REG.PROV.COLL.
N. 04921/2021 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 Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4921 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Consorzio Progetto Multiservizi - Consorzio Stabile, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Sergio Russo e Vincenzo Grimaldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

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

nei confronti

ASB s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Russo e Francesco Dal Piaz, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Omega Service soc. coop., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per l'annullamento

a – della determina n. 783 del 28.9.2021, pubblicata in data 18.10.2021, con la quale si è disposta la aggiudicazione definitiva del servizio di pulizia degli edifici comunali a ridotto impatto ambientale, previa approvazione dei verbali di gara e della proposta di aggiudicazione, formulata dalla commissione giudicatrice nei confronti della concorrente ASB SRL, nonché l'avvio dell'esecuzione del servizio a far data dal 1.12.2021;

b – ove occorra, della nota PEC prot. n.18.10.2021, di comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione definitiva prot. n. 54580/2021 e della proposta di aggiudicazione n. 29408 del 26.5.2021;

c – di tutti i verbali di gara (22/01/2019, 25/01/2019, 05/02/2019, 14/02/2019, 12/03/2019, 02/04/19, 08/04/2019, 05/10/2019, 03/05/2021, 07/05/2021,18/05/2021, 26/05/2021), nella parte in cui non hanno disposto la esclusione della ASB SRL, nonché dei verbali, in seduta riservata, di valutazione delle offerte tecniche;

d- della nota prot. N. 0055741 del 25-10-2021 comunicata in pari data con la quale l'amministrazione ha comunicato l'effettuazione del passaggio di cantiere in data 01.12.2021;

e – di tutti gli atti, provvedimenti e/o verbali (non conosciuti in quanto mai comunicati) mediante i quali l'amministrazione si è determinata in ordine alla verifica inerente la congruità dei costi della manodopera ai sensi di quanto previsto dall'art. 95 comma 10, nonché degli atti (parimenti non conosciuti in quanto mai comunicati) mediante i quali l'amministrazione si è determinata in ordine alle verifiche circa il possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara;

f – ove occorra del bando, del disciplinare, del CSA e dei chiarimenti se lesivi per gli interessi della ricorrente, di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali;

nonché per l'accertamento

del diritto della Società ricorrente, in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133 lett. d) n. 1) c.p.a., alla aggiudicazione dell'appalto controverso, anche previa declaratoria di inefficacia del contratto, eventualmente stipulato, e subentro nell'appalto ovvero, in subordine, alla rinnovazione integrale della procedura;

nonché avverso e per l'annullamento

ai sensi dell'art. 116 c.p.a.

- del provvedimento del Comune di Marcianise del 18.10.2021, notificato in pari data a mezzo pec, con il quale si è disposto il diniego di accesso all'offerta tecnica e all'offerta economica, nulla inoltre disponendo in merito alla ostensione della ulteriore documentazione richiesta mediante istanza di accesso agli atti del concernente “tutti gli scambi di note intercorsi con la p.a. relativi al sub procedimento di soccorso istruttorio attivato nei confronti della ditta ASB srl; - documentazione, comprese le richieste del RUP e successivi riscontri, trasmessi ai fini della verifica del possesso dei requisiti dichiarati in fase di gara nonché inerenti il procedimento di verifica dei costi della manodopera e per l'accertamento del diritto della ricorrente, in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett. a) n. 6) c.p.a., all'ostensione integrale degli atti di gara, sopra indicati;

per quanto riguarda i motivi aggiunti

per l'annullamento

a – della determina n. 783 del 28.9.2021, pubblicata in data 18.10.2021, con la quale si è disposta la aggiudicazione definitiva del servizio di pulizia degli edifici comunali a ridotto impatto ambientale, previa approvazione dei verbali di gara e della proposta di aggiudicazione, formulata dalla commissione giudicatrice nei confronti della concorrente ASB SRL, nonché l'avvio dell'esecuzione in via d'urgenza a far data dal 1.9.2021;

b – ove occorra, della nota PEC prot. n.18.10.2021, di comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione definitiva prot. N. 54580/2021 e della proposta di aggiudicazione n. 29408 del 26.5.2021

c – di tutti i verbali di gara (22/01/2019, 25/01/2019, 05/02/2019, 14/02/2019, 12/03/2019, 02/04/19, 08/04/2019, 05/10/2019, 03/05/2021, 07/05/2021, 18/05/2021, 26/05/2021), nella parte in cui non hanno disposto la esclusione della ASB SRL e della Omega Service soc. coop., nonché dei verbali, in seduta riservata, di valutazione delle offerte tecniche;

e – di tutti gli atti, provvedimenti e/o verbali (non conosciuti in quanto mai comunicati) mediante i quali l'amministrazione si è determinata in ordine alla verifica inerente la congruità dei costi della manodopera ai sensi di quanto previsto dall'art. 95 comma 10, nonché degli atti (parimenti non conosciuti in quanto mai comunicati) mediante i quali l'amministrazione si è determinata in ordine alle verifiche circa il possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara;

f – del bando, del disciplinare, del CSA e della determina a contrarre in riferimento alla stima del prezzo a base d'asta, con particolare riguardo ai costi per la manodopera;

g - dei chiarimenti se lesivi per gli interessi della ricorrente, di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali;

nonché per l'annullamento e la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato e per l'accertamento

del diritto della Società ricorrente, in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133 lett. d) n. 1) c.p.a., alla aggiudicazione dell'appalto controverso, previa declaratoria di inefficacia del contratto, eventualmente stipulato, e subentro nell'appalto ovvero, in subordine, alla rinnovazione integrale della procedura;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Marcianise e di ASB s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2022 la dott.ssa Paola Palmarini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso introduttivo in esame il ricorrente Consorzio ha impugnato gli atti in epigrafe indicati con i quali il Comune di Marcianise ha aggiudicato il servizio di pulizia degli edifici comunali alla controinteressata ASB s.r.l.

Premette in fatto il ricorrente che:

- con determina n. 1389 del 29 dicembre 2017 il Comune di Marcianise (e successiva integrazione n. 1060 del 13 novembre 2018) indiceva la procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia degli edifici comunali a ridotto impatto ambientale con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base di una pluralità di elementi di natura qualitativa e quantitativa;
- l'importo presunto a base di gara era di euro 472.422,81 (oltre IVA);
- svolgendo attualmente il servizio e, avendo tutti requisiti per effettuarlo nuovamente, presentava domanda di partecipazione;
- la commissione di gara, all'esito della valutazione delle offerte, con verbale n. 12 del 26 maggio 2021 formulava la seguente graduatoria provvisoria: 1) ASB s.r.l. - pt. 78,45/100, di cui 50,75 per punteggio tecnico e 27,70/30 per l'offerta economica, con un ribasso percentuale pari al 18,15% sull'importo a base di gara; 2) OMEGA SERVICE soc. coop. – pt. 76,75, di cui 46,75 per punteggio tecnico e 30/30 per l'offerta economica, con un ribasso percentuale pari al 29,33% sull'importo a base di gara; 3) Consorzio Progetto Multiservizi – Consorzio Stabile – pt. 73,00, di cui 58,86 per punteggio tecnico e 14,14/30 per l'offerta economica, con un ribasso percentuale pari al 7,71% sull'importo a base di gara;
- con due istanze di accesso (del 10 giugno 2021 e del 26 luglio 2021) chiedeva <<l'ostensione di tutti gli atti di gara, dei verbali, delle offerte tecniche ed economiche (delle imprese prime due graduate), degli atti inerenti

la verifica circa i costi della manodopera ed i requisiti dichiarati in sede di gara>>;

- ciò, nondimeno, la stazione appaltante con atti del 26 maggio 2021 e del 18 ottobre 2021 negava in parte l'accesso fornendo solo alcuni degli atti richiesti. A sostegno del gravame deduce varie censure di violazione di legge ed eccesso di potere.

Si sono costituiti per resistere il Comune di Marcianise e la ASB s.r.l.

Con l'ordinanza n. 260 del 30 dicembre 2021 la Sezione nel respingere la domanda di tutela cautelare ha ordinato al Comune di esibire gli atti richiesti con l'istanza di accesso.

Il ricorrente ha, quindi, proposto ricorso per motivi aggiunti integrando le doglianze alla luce della documentazione visionata.

Con varie memorie le parti hanno insistito nelle rispettive posizioni.

Alla pubblica udienza del 23 marzo 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso e i successivi motivi aggiunti sono infondati e, pertanto, devono essere respinti.

Il ricorrente, gestore uscente del servizio posto a gara, con un primo ordine di censure lamenta che la stima dei costi della manodopera effettuata dalla stazione appaltante sarebbe troppo bassa e che l'offerta economica della controinteressata sarebbe palesemente inadeguata a garantire il servizio in quanto reca una previsione di un monte ore annuo di lavoro (11.431,20 ore) largamente insufficiente.

Quanto al primo profilo i resistenti hanno eccepito l'inammissibilità della censura in quanto il bando non è stato per questa parte tempestivamente impugnato.

L'eccezione è fondata.

Osserva, infatti, il Collegio che il ricorrente avrebbe dovuto immediatamente impugnare il bando nella parte in cui ha previsto dei costi della manodopera

ritenuti insufficienti a consentire la formulazione di un'offerta economicamente sostenibile.

Tra le clausole da considerare immediatamente escludenti rientrano, infatti, anche quelle che prevedono un importo a base d'asta insufficiente alla copertura dei costi (cfr. C.d.S. n. 8014/2019 e, di recente, T.A.R. Lombardia, Milano, n. 1559/2021 che ha ritenuto ammissibile l'impugnazione del bando e della legge di gara da parte di un operatore non partecipante alla procedura per contestare l'incongrua determinazione della base d'asta tale da rendere il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente).

D'altra parte, come argomentato dai resistenti, il ricorrente ha comunque presentato una sua offerta il che costituisce indice della astratta remuneratività delle condizioni di gara.

Va poi rimarcato che rispetto alla stima dei costi della manodopera effettuati dalla stazione appaltante la controinteressata si è discostata solo dello 0,8 per cento e nel complesso l'offerta non aveva i requisiti per essere considerata anomala ai sensi dell'art. 97, comma 3 del d.lg. n. 50/2016 (circostanza questa pacifica e non contestata).

Il ricorso si incentra, quindi, sui costi della manodopera e sul monte ore annuo di lavoro indicati dall'aggiudicataria nella propria offerta.

In relazione a tale ultimo aspetto (monte ore annuo indicato nell'offerta della controinteressata) vale osservare che il bando non prevedeva un numero di ore minimo per effettuare il servizio lasciando gli operatori liberi di effettuare una stima.

Il ricorrente ritiene che le ore stimate dall'aggiudicataria (11.431,20 ore all'anno) siano "palesamente insufficienti a garantire il servizio messo a gara"; ciò in quanto nella precedente gara l'amministrazione aveva stimato un totale di ore annue (minimo) pari a 10.750,17 a fronte di una superficie da pulire di molto inferiore a quella di cui alla presente gara (9.038,58 mq. nella vecchia gara, 13.022 mq. nella attuale).

Ritiene il Collegio che sul punto il ricorrente non abbia dimostrato la perfetta coincidenza tra la vecchia e la nuova procedura di gara tale che possano sovrapporsi le stime del monte ore annuo minimo necessario per svolgere il servizio.

Sulla questione il ricorrente si limita a sostenere che le prestazioni richieste per tipologia e resa “erano pressappoco sovrapponibili” il che non è sufficiente a superare la circostanza che si è al cospetto di due procedimenti di gara autonomi e distinti ancorché aventi entrambi ad oggetto la pulizia degli edifici comunali.

Con un secondo ordine di censure parte ricorrente ha contestato l’omessa sufficiente verifica da parte della stazione appaltante della congruità dei costi della manodopera indicati dalla controinteressata anche con riguardo alle ore aggiuntive da questa offerte a titolo gratuito.

Vale premettere che la stazione appaltante ha doverosamente verificato, ai sensi dell’art. 95, comma 10 del d.lg. n. 50/2016, che il costo del personale indicato dalla aggiudicataria non è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle tabelle ministeriali.

Ciò che viene quindi contestato è che la commissione giudicatrice avrebbe ritenuto soddisfacenti le giustificazioni fornite dall’aggiudicataria in merito allo scostamento di circa un euro dal costo medio orario per livello contrattuale che risulta dalle tabelle ministeriali.

In particolare, la voce di costo INAIL, quella della rivalutazione del TFR e i benefici fiscali relativi all’IRAP (di cui alle giustificazioni fornite dalla aggiudicataria alla stazione appaltante) non sarebbero sufficienti a spiegare l’indicato scostamento dalle tabelle ministeriali.

La giurisprudenza sul punto ha costantemente affermato che i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali costituiscono un semplice parametro di valutazione della congruità dell’offerta, con la conseguenza che l’eventuale scostamento delle voci di costo da quelle riassunte nelle tabelle ministeriali non legittima di per sé un giudizio di anomalia o di incongruità

occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata (Cons. St., sez. III, 9 dicembre 2015, n. 5597; sez. V, 31 marzo 2017, n. 1495).

In ogni caso (cfr. anche difesa comunale) “il giudizio sulla congruità dell’offerta presenta natura complessiva e non può essere parcellizzato con riferimento a specifiche voci, essendo attribuito alla stazione appaltante un ampio potere discrezionale suscettibile di sindacato in sede giurisdizionale solo nel caso in cui emerga una obiettiva irragionevolezza della decisione adottata; il concorrente che intenda contestare la valutazione compiuta, al riguardo, dall’Amministrazione è tenuto, tra l’altro, a dimostrare che l’offerta, come formulata, non consente alcuna remunerazione e sia destinata, al contrario, a produrre un passivo per l’offerente, risultando, in altri termini, non eseguibile alle complessive condizioni proposte ” (T.A.R. Sicilia - Catania, sez. III, 28.02.2022 n° 581).

Ciò che in effetti non viene dimostrato nella presente sede è che lo scostamento dalle tabelle ministeriali con riferimento alla voce costo del lavoro (asseritamente non in toto giustificabile dagli esigui benefici contributivi e fiscali di cui gode la controinteressata) conduca ad un’offerta nel suo complesso insostenibile e in perdita.

Le censure sono tese a dimostrare la presenza di errori nella stima del costo orario indicato per qualifica ma non evidenziano l’incidenza degli stessi sulla tenuta complessiva dell’offerta e sui margini di remunerazione che residuano in capo all’impresa se correttamente considerati (la disistima del costo è quantificata in circa 10mila euro, importo che non viene messo in relazione con l’offerta economica complessivamente considerata e con gli altri costi che la compongono).

Lo stesso ragionamento può essere replicato in relazione alla mancata considerazione del monte ore aggiuntivo (pari a 1.039,2 ore) fornito gratuitamente dalla aggiudicataria in sede di offerta e dell’effetto sui costi derivante dall’intervenuto adeguamento del CCNL Multiservizi che ha

aumentato il trattamento minimo contrattuale (contratto, comunque, intervenuto dopo la formulazione delle offerte – cfr. difesa della controinteressata).

Anche in questo caso non emerge dalla prospettazione del ricorrente l'incidenza di tali costi aggiuntivi (quantificati in circa 17mila euro, per le ore aggiuntive e in circa 3.400 euro per quanto riguarda il nuovo contratto collettivo) sulla complessiva attendibilità dell'offerta e sulla sostenibilità economica della stessa (ossia l'eventuale azzeramento dell'utile e l'esecuzione in perdita del servizio).

Non coglie nel segno neppure la censura con la quale parte ricorrente lamenta l'eccessiva durata delle operazioni di gara (iniziate nel marzo 2019 e concluse circa due anni dopo).

Come evidenziato dalla giurisprudenza (Consiglio di Stato n. 514/2019) la lunghezza delle operazioni di gara non può tradursi, con carattere di automatismo, in effetto viziante della procedura concorsuale, in tal modo implicitamente collegando alla mancata, tempestiva conclusione della procedura il pregiudizio alla imparzialità e trasparenza della gara; pertanto, non è il dato in sé della lunga durata della procedura a poterne determinare l'annullamento quanto - piuttosto - l'eventuale concreta dimostrazione di circostanze effettivamente probanti in ordine alla violazione del principio di trasparenza, par condicio ed imparzialità.

Nella fattispecie, peraltro, la difesa comunale ha rappresentato l'esistenza di specifiche circostanze che hanno allungato i tempi della procedura (ossia l'intervenuto decesso di un membro della Commissione e l'emergenza pandemica).

Infine, va respinto l'ultimo motivo del ricorso introduttivo in quanto le ragioni dell'assegnazione dei punteggi alle singole offerte emerge dai verbali e, in particolare, dalle tabelle che recano analiticamente il punteggio attribuito per ciascun criterio di valutazione (cfr. Consiglio di Stato n. 2118/2021 che ha ribadito che il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione

opera alla stregua di una sufficiente motivazione quando l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura - nella specie non oggetto di alcuna censura - con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico e articolato, sì da delimitare adeguatamente il giudizio della Commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo, e da rendere con ciò comprensibile l'iter logico seguito in concreto nel valutare i singoli progetti in applicazione di puntuali criteri predeterminati, permettendo così di controllarne la logicità e la congruità, con la conseguenza che solo in difetto di questa condizione si rende necessaria una motivazione dei punteggi numerici).

Dalla infondatezza dei motivi che precedono discende l'improcedibilità delle censure relative alla mancata esclusione della seconda graduata.

La complessità in fatto della controversia giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente

Luca Cestaro, Consigliere

Paola Palmarini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Paola Palmarini

IL PRESIDENTE
Francesco Gaudieri

IL SEGRETARIO