

N. 04361/2015REG.PROV.COLL.

N. 03936/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3936 del 2015, proposto da
Gsa - Gruppo Servizi Associati s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca
Ponti e Luca De Pauli, con domicilio eletto presso l'avv. Enrico Di Ienno in Roma, viale Mazzini, 33;

contro

Fantastic Service s.r.l. Capogruppo del Costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, in persona del legale
rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Maria D'Angiolella ed Eleonora Marzano, con domicilio eletto
presso l'avv. Angela Fiorentino in Roma, Via E. Q. Visconti, 11;
Rti Istituto di Vigilanza Argo s.r.l.;

Sgs Group s.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Vecchione, con domicilio eletto presso l'avv. Angela Gemma
in Roma, Via Sabotino, 22;

nei confronti di

Università degli Studi di Napoli "L'Orientale", in persona del Rettore in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura
generale dello Stato e presso la medesima domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

per la riforma della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE II, n. 01350/2015, resa tra le parti,
concernente affidamento del servizio di portierato ed assistenza alla didattica presso le sedi universitarie;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fantastic Service s.r.l. Capogruppo del Costituendo Rti, dell'Università degli Studi
di Napoli "L'Orientale" e di Sgs Group s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2015 il Cons. Gabriella De Michele e uditi per le parti gli avvocati De
Pauli, D'Angiolella e Vecchione, nonché l'Avvocato dello Stato Spina;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Napoli, sez. II, 2 marzo 2015, n. 1350/15 è stato accolto il ricorso proposto dalla Fantastic Service s.r.l. avverso il provvedimento di esclusione del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, rappresentato dalla medesima società, dalla gara d'appalto indetta per l'affidamento del servizio di portierato ed assistenza alla didattica, presso le sedi dell'Università degli Studi di Napoli *L'Orientale*.

Nella sentenza si riteneva fondata ed assorbente la censura di difetto di istruttoria e di motivazione, in quanto sarebbe stata illogicamente ritenuta anomala un'offerta, per divario fra il costo del lavoro nella stessa indicato ed i compensi previsti dal CCNL Multiservizi. La società interessata, infatti, avrebbe inteso applicare il CCNL del personale dipendente da Istituti di vigilanza e servizi fiduciari e tale scelta avrebbe escluso detta anomalia, consentendo l'aggiudicazione a Fantastic Service, come in effetti avvenuto dopo la pubblicazione della sentenza, con atto di cui l'attuale appellante preannunciava l'impugnazione in primo grado (impugnazione che la parte resistente afferma, tuttavia, non avvenuta).

Avverso la decisione sopra sintetizzata è stato proposto dalla società Gruppo Servizi Associati s.p.a. – GSA – l'atto di appello in esame (n. 3936/15, notificato il 7 maggio 2015), nel quale si rilevava come non fosse stato impugnato l'art. 6 del capitolato di gara, in cui – in applicazione della cosiddetta clausola sociale – era prevista l'applicazione del CCNL Multiservizi.

E' intervenuta in giudizio la società SGS – collocata al secondo posto in graduatoria dopo Fantastic Service e attuale gestore del servizio in regime di proroga – aderendo alle argomentazioni dell'appellante, in quanto presentatrice di ricorso in primo grado avverso la propria esclusione.

Si sono anche costituiti in giudizio l'Università degli Studi di Napoli *L'Orientale* e la società Fantastic service, contestando tutte le argomentazioni di controparte e chiedendo il rigetto dell'impugnativa.

Premesso quanto sopra, il Collegio ritiene che l'appello sia meritevole di accoglimento.

La questione sottoposta a giudizio riguarda le modalità di individuazione e di accertamento – nonché i limiti della sindacabilità in sede giurisdizionale – di un'offerta cosiddetta "*anomala*", ovvero apparentemente favorevole per l'Amministrazione, ma in misura tale da porre in dubbio che la medesima sia frutto di valutazioni corrette e in concreto attuabili da parte dell'impresa, con conseguenze che, in caso contrario, si rifletterebero negativamente sulla fase esecutiva del contratto.

Il tema è disciplinato dagli articoli 86 e 87 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*), normalmente intesi come impositivi di una valutazione dell'offerta nel suo complesso, anche al di là delle voci direttamente indicate dall'Amministrazione come incongrue, in ogni caso con riconoscimento al riguardo di ampi margini di discrezionalità tecnica – insindacabile nel merito, salvo i consueti limiti di manifesta illogicità o errore di fatto – per l'apprezzamento affidato all'Amministrazione stessa (giurisprudenza consolidata: cfr., fra le tante, Cons. Stato, V, 5 settembre 2014, n. 4516 e 22 dicembre 2014, n. 6237; IV, 11 novembre 2014, n. 5518, 20 gennaio 2015, n. 147 e 26 febbraio 2015, n. 963).

La prima delle disposizioni legislative citate (art. 86) contiene, ai commi 1 e 2, alcuni indicatori automatici di anomalia, ma al comma 3 consente comunque una valutazione di congruità per ogni offerta che, "*in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa*"; il successivo comma 3-bis – nel testo introdotto dall'art. 1, comma 909, lettera a) della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge Finanziaria 2007*) – impone inoltre, per quanto qui interessa, che gli enti aggiudicatori verifichino «*che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro [...] il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture*». Seguono precisazioni circa le competenze affidate al Ministero del lavoro e della previdenza sociale, incaricato della predisposizione di apposite *tabelle*, che tengano conto della contrattazione collettiva (specificata, o riferita al «*settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione*»), con altri parametri riferiti anche all'ambito territoriale, nonché all'individuazione dei sindacati comparativamente più rappresentativi.

Il costo del lavoro è dunque indice di *anomalia* quando non risultino rispettati i livelli salariali che la normativa vigente – anche a base pattizia – rende obbligatori.

Sotto tale profilo, la ragione di invalidità dell'offerta va ricercata in una prospettiva di inaffidabilità dell'impresa, che tale offerta abbia presentato, diversa da quella riconducibile a un'erronea valutazione in fatto della prestazione richiesta, o di singoli parametri cui la stessa deve rapportarsi. Una convenienza dei costi, inferiore ai livelli economici minimi fissati normativamente (anche in sede di contrattazione collettiva) per i lavoratori del settore, infatti, costituisce indice

inequivoco di inattendibilità economica dell'offerta e di lesione del principio di *par condicio* dei concorrenti (essenziale per l'imparzialità e il buon andamento, di cui all'art. 97 della Costituzione), fonte di evidente pregiudizio delle altre imprese partecipanti alla gara che abbiano correttamente valutato il fattore retributivo.

Nella situazione in esame, la questione del costo del lavoro risulta direttamente riconducibile al disciplinare di gara e al capitolato speciale d'onere. Il primo, a proposito dei contenuti dell'offerta (art. 10), precisava come il ribasso dovesse tenere conto delle "spese relative al costo del personale, sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale del settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro"; il secondo disponeva quanto segue per la questione sottoposta a giudizio:

art. 6 "Il presente appalto è sottoposto all'osservanza delle norme in materia di cessazione e subentro...previste dalla contrattazione collettiva vigente fra le associazioni imprenditoriali di categoria e le organizzazioni sindacali dei lavoratori, di cui all'art. 4 del vigente CCNL";

art. 13: "La ditta si obbliga altresì ad applicare nei confronti dei propri dipendenti, occupati nelle prestazioni oggetto del contratto, condizioni normative e retributive non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro, applicabili alla data del contratto, alla categoria e nelle località in cui si svolgono le attività, nonché alle condizioni risultanti da successive modifiche ed integrazioni ed in genere da ogni altro contratto collettivo, successivamente stipulato per la categoria e applicabile alla località".

Non è contestato, inoltre, che prima della scadenza dei termini per la presentazione delle offerte, siano stati inseriti nel sito dell'Ateneo alcuni chiarimenti, circa l'elenco dei dipendenti da assumere, il CCNL applicato ed il livello di inquadramento.

A tale riguardo la risposta dell'Amministrazione, allegata agli atti, al quesito che qui interessa riportava il quadro organizzativo fornito dall'azienda, che gestiva precedentemente l'appalto, con specifica indicazione dell'applicazione al personale del CCNL Multiservizi e con rinvio all'art. 4 di quest'ultimo per la clausola di subentro. Tale articolo disponeva, in particolare, che "in caso di cessazione dell'appalto, con modificazioni di termini, modalità e prestazioni contrattuali" l'impresa subentrante – anche ove fosse stata la stessa che già gestiva il servizio – avrebbe dovuto attivarsi per valutare con le organizzazioni sindacali "le mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appalto", al fine di armonizzare dette esigenze con il mantenimento dei livelli occupazionali.

Dal contesto delle disposizioni sopra riportate può, in effetti, evincersi che l'Amministrazione avesse fatto ricorso alla cosiddetta "clausola sociale", al fine di garantire non solo la continuità dei rapporti di lavoro già in essere, ma anche – quanto meno al momento del subentro dell'impresa aggiudicataria – il mantenimento della contrattazione collettiva applicata al personale in servizio.

Se questa, d'altra parte, appare l'interpretazione corretta dell'art. 6 del capitolato – da considerare parte integrante del bando – deve anche ammettersi che l'applicazione del CCNL Multiservizi fosse stata recepita nel bando stesso e costituisse – nei termini in precedenza specificati – il parametro cui rapportare la valutazione di *anomalia* dell'offerta, anche a garanzia della *par condicio* dei concorrenti.

Per un appalto di servizi, come quello in esame, da assegnare in base al criterio del prezzo più basso, è evidente la posizione di svantaggio in cui sarebbero state poste le imprese che, rispettando le indicazioni fornite dall'Amministrazione anche in sede di chiarimenti (il cui valore integrativo di "comunicazione a tutti gli effetti", tramite pubblicazione sul sito, era specificato al punto VI.3 del bando), non avessero materialmente potuto offrire un ribasso pari o superiore a quello dell'aggiudicataria, dovendo affrontare maggiori oneri per il costo del lavoro.

Correttamente pertanto, ad avviso del Collegio, la stazione appaltante aveva ravvisato l'anomalia dell'offerta dell'impresa Fantastic Service, le cui giustificazioni (ribadite nella presente sede di appello) si riferivano solo alla pertinenza del contratto di lavoro scelto, rispetto all'oggettivo servizio oggetto di gara ed al rispetto dei minimi salariali inderogabili, previsti dal contratto, con argomentazioni che avrebbero richiesto, tuttavia, l'impugnazione dell'art. 6 del capitolato di gara, altrimenti vincolante nei termini in precedenza chiariti.

L'accoglimento dell'appello per il primo motivo di gravame, nello stesso prospettato, ha carattere assorbente rispetto alle argomentazioni delle controparti.

Per quanto riguarda l'eccezione di inammissibilità, sollevata dalla controinteressata con riferimento all'aggiudicazione, nel frattempo intervenuta a suo favore, appare evidente che detta aggiudicazione, oggetto di misura cautelare, non può che subire l'effetto caducante della presente decisione, trattandosi di provvedimento assunto in esecuzione della sentenza di primo grado, che nella presente sede viene annullata. Per le ragioni già esposte, infatti, il completamento della valutazione di anomalia ha riguardato aspetti diversi da quelli qui ritenuti rilevanti, tenendo conto delle argomentazioni esposte nella sentenza appellata. Tali argomentazioni, tuttavia, non toccavano il punto focale dell'anomalia, da rapportare – anche per ragioni di *par condicio* – alle disposizioni sul costo del lavoro desumibili dal bando (non ritualmente impugnato) e, quindi, dalla omessa applicazione dei parametri del CCNL Multiservizi.

Solo in rapporto al bando, infatti, avrebbero potuto essere spese argomentazioni (anche rapportate al diritto comunitario), riferite alla libertà di impresa e alla necessità di non ostacolare la concorrenza.

La *clausola sociale* tuttavia – nel garantire una tutela per le persone dei lavoratori coinvolti in rapporto a regole prefissate (per la cui definizione sussistono margini di discrezionalità dell'Amministrazione) – non esclude la concorrenza fra imprenditori e ne assicura il pari trattamento, raggiungendo anche (ove detta definizione si estenda ai parametri retributivi) obiettivi di non conflittualità interna, che possono corrispondere – anche a livello comunitario – al principio di salvaguardia dell'organizzazione sociale ed economica dello Stato membro.

Resta il fatto che la questione sottoposta a giudizio non era quella, che la società resistente definisce "*ipotetica busta paga mensile*" dei dipendenti, ad avviso della medesima non compiutamente definibile a priori: le esigenze, eventualmente rilevabili nella fase esecutiva del contratto, risultavano infatti affrontabili nei termini, di cui al già riportato art. 4 del CCNL Multiservizi. Era nella fase di offerta, però, che le imprese non potevano derogare dai parametri di tale contratto collettivo, nei termini riconducibili al bando ed al capitolato, dovendosi rilevare, in caso contrario, una disparità di trattamento a danno delle imprese, che si fossero attenute a tali parametri per espressa indicazione dell'Amministrazione.

Per le ragioni esposte – e con assorbimento di ogni ulteriore argomentazione difensiva delle parti – l'appello viene quindi accolto, con le conseguenze precisate in dispositivo.

Le spese giudiziali – da porre, in parti uguali, a carico delle parti resistenti – vengono liquidate nella misura complessiva di €. 6.000,00 (euro seimila/00) per i due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso proposto in primo grado. Condanna l'Università degli Studi di Napoli e la società Fantastic Service s.p.a. al pagamento delle spese giudiziali, nella misura di €. 3000,00 (euro tremila/00) ciascuna, a favore della società appellante..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere, Estensore

Bernhard Lageder, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/09/2015

IL SEGRETARIO