

Publicato il 28/06/2024

N. 00826/2024 REG.PROV.COLL.
N. 00996/2023 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 per la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 996 del 2023, proposto da Puliservice S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 90390392F4, rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Gentile e Maria Lucia Civello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Cisternino, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Vincenzo Police, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

A.G.A. Servizi S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della determina n. 902 del 28.7.2023, comunicata il successivo 4 agosto, di aggiudicazione, in favore di A.G.A. Servizi S.r.l., della gara indetta dal Comune di Cisternino con l'utilizzo del Mercato Elettronico della Pubblica

Amministrazione per l'affidamento del Servizio di pulizia immobili comunali (CIG: 90390392F4);

- di tutti i verbali di gara, ivi compresi quelli relativi alla fase di valutazione dell'offerta tecnica, di apertura dell'offerta economica e di attribuzione dei relativi punteggi, all'esito delle quali è stata formata la graduatoria e aggiudicata la gara alla controinteressata;
 - di tutti provvedimenti/relazioni, sconosciuti nel contenuto, con cui il RUP ha preso atto delle giustifiche prodotte dall'aggiudicataria e concluso per la congruità dell'offerta;
 - della proposta di aggiudicazione;
 - del provvedimento, di estremi e contenuti in atto non conosciuti, con il quale è stata disposta l'integrazione dell'efficacia dell'aggiudicazione;
- nonché per la condanna della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 30 del c.p.a., alla reintegrazione in forma specifica mediante affidamento del servizio alla ricorrente, previa dichiarazione d'inefficacia del contratto ove *medio tempore* stipulato e accertamento del diritto della ricorrente al subentro.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Cisternino;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 giugno 2024 il dott. Nino Dello Preite e uditi per le parti i difensori come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Puliservice S.r.l. ha agito in giudizio per l'annullamento del provvedimento, in epigrafe indicato, con cui il Comune di Cisternino ha aggiudicato in favore della controinteressata A.G.A. Servizi S.r.l., sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la gara indetta per

l'affidamento del servizio di pulizia degli immobili comunali, per la durata di due anni ed un importo presunto a base d'asta di complessivi € 129.069,01.

1.1. A sostegno del mezzo di gravame, la ricorrente ha dedotto i seguenti motivi di censura: I. *“Violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e di par condicio competitorum. Violazione del principio di immodificabilità dell’offerta. Violazione degli artt. 95, comma 10 e 97 del D.lgs. n. 50/2016. Difetto di istruttoria. Violazione dell’art. 97 Cost.”*; II. *“Manifesta irragionevolezza del giudizio di non anomalia; contraddittorietà manifesta tra valutazione dell’offerta tecnica e giudizio di congruità; violazione degli artt. 95 e 97 del d.lgs. n. 50/2016; motivazione falsa e solo apparente; violazione della par condicio competitorum”*.

1.2. Ha chiesto, pertanto, l'annullamento, previa sospensione, degli atti gravati e la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, con condanna dell'amministrazione al risarcimento in forma specifica mediante affidamento del servizio in suo favore.

1.3. Il Comune di Cisternino si è costituito con memoria del 24.10.2023, instando per la reiezione del ricorso e della connessa domanda cautelare, con vittoria di spese.

1.4. La controinteressata è invece rimasta estranea al giudizio, sebbene ritualmente evocata.

2. Con ordinanza n. 548/2023 del 30.10.2023 la Sezione ha respinto l'istanza cautelare proposta unitamente al ricorso introduttivo.

2.1. All'esito dell'udienza pubblica del 16.1.2024, con ordinanza collegiale istruttoria n. 137/2024 del 29.1.2024 è stata disposta verifica, ai sensi dell'art. 66 c.p.a., demandando all'organo ausiliario designato il compito di verificare *“se, alla stregua della disciplina di gara e della normativa alla stessa applicabile, il giudizio di non anomalia dell’offerta di A.G.A. Servizi S.r.l., alla luce dei vizi dedotti con il ricorso, sia da ritenersi affetto, sotto il profilo tecnico, da irragionevolezza”*, con particolare riferimento ai profili ivi dettagliatamente elencati.

2.2. Previo deposito di memorie difensive *ex art. 73 c.p.a.*, all'udienza pubblica del 12 giugno 2024 la causa è stata riservata in decisione.

3. Con i vari ordini di censura, che possono essere esaminati congiuntamente per la loro evidente connessione, la ricorrente assume l'illegittimità dell'offerta di AGA Servizi S.r.l., per aver questa inammissibilmente modificato, in sede di verifica di congruità dell'offerta, le voci di costo della manodopera e della sicurezza indicate in sede di formulazione dell'offerta, sottostimando, inoltre, i costi di altri fattori produttivi e rendendo, in tal guisa, l'offerta inaffidabile e incongrua.

3.1. Ad avviso della parte, la controinteressata ha operato una radicale ed immotivata modifica strutturale dell'offerta nelle sue componenti essenziali, sicché la P.A. – in ossequio ai principi di imparzialità, trasparenza e *par condicio competitorum* – avrebbe dovuto disporre l'esclusione dalla procedura di gara.

3.2. In particolare, la difesa attorea contesta la congruità dell'offerta della controinteressata, avendo sottostimato il costo orario e complessivo della manodopera, senza considerare adeguatamente le assenze del personale, il costo relativo al responsabile del servizio e gli oneri derivanti dal CCNL di settore.

4. Ciò posto, reputa il Collegio, alla stregua dell'attività istruttoria disposta a mezzo di verifica ed in esito all'approfondimento proprio della fase di merito, che i motivi di ricorso, sopra compendati, siano fondati per le ragioni che si passano ad esporre.

4.1. Coglie nel segno, anzitutto, la doglianza con cui la società ricorrente stigmatizza l'inammissibile modificazione dei costi della manodopera, operata dalla controinteressata in sede di giustificazioni, attraverso la variazione della relativa previsione contenuta nell'offerta economica da € 53.187,59 a € 50.520,01.

4.2. Invero, secondo la recente e condivisibile giurisprudenza del Consiglio di Stato *“la modifica dei costi della manodopera introdotta nel corso del procedimento di verifica dell’anomalia comporta un’inammissibile rettifica di un elemento costitutivo ed essenziale dell’offerta economica, che non è suscettivo di essere immutato nell’importo, al pari degli oneri aziendali per la sicurezza, pena l’incisione degli interessi pubblici posti a presidio delle esigenze di tutela delle condizioni di lavoro e di parità di trattamento dei concorrenti, come imposte dall’art. 95 comma 10 D. Lgs. n. 50 del 2016”* (Cons. Stato, Sez. V, 16 febbraio 2023, n. 1624; Cons. Stato, Sez. III, 28 agosto 2023, n. 7982).

4.3. Si è precisato, altresì, il principio secondo cui *“...deve pertanto ritenersi che nel corso del giudizio di anomalia, pur essendo possibili marginali rimodulazioni dei costi della manodopera, non possa per contro procedersi ad una incidente modifica di tali costi, essendo altrimenti vulnerata la ratio dell’art. 95 comma 10 del D. Lgs. n. 50 del 2016”* (v. pure Cons. Stato, Sez. V, 16/02/2023, n. 1652; Cons. Stato, Sez. V, 29/11/2022, n. 10470).

4.4. Orbene, nella specie, la variazione in diminuzione dei costi del personale appare significativa (ammontando ad una percentuale maggiore del 5% rispetto all’importo inizialmente offerto da A.G.A. Servizi S.r.l.) e nelle giustificazioni presentate dalla predetta società non risultano esplicitate le ragioni di tale scostamento rispetto all’originaria previsione di cui all’offerta presentata (non essendo stati addotti, ad esempio, originari errori di calcolo o sopravvenienze di fatto o di diritto).

4.5. Ciò collide con il principio dell’immodificabilità che presiede la logica della *par condicio* tra i competitori in gara, essendo evidente che *“La stessa riallocazione delle voci deve avere un fondamento economico atteso che, diversamente, si porrebbe all’inaccettabile conseguenza di consentire un’elusiva modificazione a posteriori dell’offerta, snaturando la funzione propria del subprocedimento di verifica dell’anomalia, che è, per l’appunto, quella di un apprezzamento globale della attendibilità”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 16 marzo 2020, n. 1873 ; *Id.*, 11 dicembre 2020, n. 7943).

5. Fermo restando il carattere assorbente della censura sopra richiamata, si appalesa meritevole di accoglimento anche la doglianza con cui la ditta Puliservice si duole della circostanza che la controinteressata abbia totalmente omesso di considerare nelle proprie giustificazioni il costo del responsabile del servizio, impegnato nelle ispezioni settimanali, che la stessa A.G.A. Servizi si è impegnata a mettere a disposizione con un monte ore dedicato all'appalto: si legge infatti nell'offerta tecnica che il "*monte ore per le ispezioni settimanali è di 2 ore a settimana*" (v. pag. 1 dell'offerta tecnica *sub* doc. n. 12 foliaro del 9-13.10.2023), per un totale di 208 ore nel biennio ed un conseguente costo dello specifico fattore produttivo, che non è stato in alcun modo preventivato all'interno dei giustificativi prodotti dall'aggiudicataria.

5.1. Analogamente è a dirsi per le criticità evidenziate dalla ricorrente con riguardo alla stima - effettuata dalla controinteressata - del costo orario delle due unità di II livello rinvenienti dal cambio appalto, stima che appare inficiata dal totale azzeramento delle assenze per malattie, infortunio e maternità, oltreché dei permessi per motivi sindacali e delle ore dedicate alla formazione obbligatoria *ex* D. Lgs. n. 81/08 (invece espressamente prese in considerazione nelle tabelle ministeriali del costo medio orario del lavoro, redatte *ex* art. 23, comma 16, del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

5.2. Come esattamente rilevato dalla difesa attorea, la società A.G.A. Servizi ha azzerato tutte le voci di assenza appena menzionate, senza aver fornito nei propri giustificativi alcuna dimostrazione circa un tasso di assenteismo ridotto del personale da impiegare nella commessa *de qua*; sul punto, val la pena di rammentare che la giurisprudenza ammette che le giustificazioni sul costo del lavoro contemplino scostamenti rispetto al dato medio nazionale, ma il dato aziendale va rigorosamente provato e accompagnato da elementi univoci (libro presenze, cedolini mensili, etc.), non rientrando gli eventi in parola tra quelli nella disponibilità dell'impresa, mentre il dato statistico nazionale rappresenta lo *standard* normativo, al quale i concorrenti sono

tenuti a fare riferimento in mancanza di prove serie e attendibili su statistiche interne di minore impatto sul costo orario (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 28 febbraio 2023, n. 2055; Consiglio di Stato, V, 28 giugno 2021, n. 4867; Cons. Stato, VI, 28 settembre 2021, n. 6533).

6. Peraltro, gli esiti della verifica disposta con ordinanza n. 137/2024 hanno confermato la fondatezza dei suddetti rilievi, contenuti nel ricorso ed ulteriormente supportati dalla consulenza tecnica di parte prodotta da parte ricorrente in corso di causa.

6.1. L'organo ausiliario nominato dal Tribunale, a seguito dell'indagine espletata, è giunto – attraverso un percorso argomentativo che appare immune da vizi di carattere tecnico o logico – alle seguenti conclusioni: «... *rispettando i parametri delle tabelle ministeriali in merito alle “ore annue mediamente lavorate”, il giudizio di non anomalia dell’offerta di A.G.A. Servizi S.r.l., è da ritenersi affetto, sotto il profilo tecnico da inadeguatezza in merito al calcolo del costo della manodopera»*

6.2. In particolare, dopo aver preso in considerazione i dati forniti nelle giustificazioni rese all'Ente appaltante dalla società A.G.A. Servizi S.r.l., il Verificatore ha quantificato il costo totale nel personale nella somma di euro 62.302,98 (al lordo IRAP) ed ha riscontrato che *“il maggior costo della manodopera come sopra calcolato, rispetto a quello indicato in euro 50.520,01, determina un ulteriore costo di euro 11.782,82 che determinerebbe, rispetto all’offerta di euro 62.558,86 e all’utile calcolato nelle giustificazioni rese di euro 4.343,91, una perdita potenziale di euro 7.439,06. Il tutto nel pieno rispetto dei parametri lavorativi presunti nelle tabelle ministeriali rapportate alla retribuzione minima prevista dal CCNL”*.

7. Per le ragioni suesposte il ricorso va accolto; nondimeno, considerata la vicenda nel suo complesso e la peculiarità delle questioni trattate, si ravvisano eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite, mentre il compenso spettante al Verificatore è posto a carico del Comune di

Cisternino e di A.G.A. Servizi S.r.l. ed è liquidato, alla luce della natura e della complessità dell'attività svolta, in complessivi € 1.500,00, oltre accessori.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Lecce, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Spese compensate.

Condanna il Comune di Cisternino e A.G.A. Servizi S.r.l. al pagamento del compenso in favore del Verificatore, Dott. Antonio Lezzi, liquidato nella complessiva somma di € 1.500,00, oltre accessori.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Nino Dello Preite, Presidente FF, Estensore

Paolo Fusaro, Referendario

Francesco Baiocco, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Nino Dello Preite

IL SEGRETARIO