



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1384 del 2012, proposto da:

LA LUCENTEZZA S.r.l., rappresentata e difesa dall'Avv. Giacomo Valla, con il quale è elettivamente domiciliata in Napoli alla Piazza della Repubblica n. 2 presso lo studio dell'Avv. Raffaele Ferola;

contro

- MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI e PROVVEDITORATO INTERREGIONALE PER LE OPERE PUBBLICHE CAMPANIA – MOLISE, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, presso la quale sono domiciliati per legge in Napoli alla Via A. Diaz n. 11;
- COMUNE DI CASTELLAMMARE DI STABIA, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Donatangelo Cancelmo e Catello De Simone, e domiciliato per legge presso la Segreteria di questo Tribunale in mancanza di domicilio eletto in Napoli;

nei confronti di

GSA – GRUPPO SERVIZI ASSOCIATI Soc. Cons. p.a., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Luca Ponti, Luca De Pauli e Luisa Acampora, ed elettivamente domiciliata presso l'ultimo difensore in Napoli al Viale Gramsci n. 16, studio legale Abbamonte;

per l'annullamento

- a) del decreto del Provveditore per le opere pubbliche della Campania e del Molise n. 2906 dell'8 febbraio 2012, recante l'aggiudicazione definitiva alla GSA – Gruppo Servizi Associati Soc. Cons. p.a. della gara per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione dei locali adibiti a sedi di uffici comunali e del palazzo di giustizia nel Comune di Castellammare di Stabia;
 - b) di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, comprese le valutazioni e le determinazioni del seggio di gara relative all'offerta della controinteressata e al giudizio sulla sua congruità;
- e per la declaratoria
di inefficacia del contratto, ove medio tempore stipulato, e per la condanna dell'amministrazione appaltante al risarcimento del danno in misura equivalente al corrispettivo non percepito e per pregiudizio curricolare.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle amministrazioni resistenti e della società controinteressata;

Visto il ricorso incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 giugno 2013 il dott. Carlo Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente ha partecipato alla procedura aperta, indetta dal Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise, in qualità di ente delegato dal Comune di Castellammare di Stabia, e da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione dei locali adibiti a sedi di uffici comunali e del palazzo di giustizia sito nel territorio comunale.

Con decreto del Provveditore n. 2906 dell'8 febbraio 2012 la gara è stata definitivamente aggiudicata in favore della società consortile GSA – Gruppo Servizi Associati, mentre la società ricorrente si collocava seconda in graduatoria.

Quest'ultima impugna tale provvedimento unitamente alle prodromiche valutazioni compiute dal seggio di gara sulla congruità dell'offerta vincitrice, adducendo una serie di doglianze attinenti alla violazione degli artt. 86, 87 e 88 del d.lgs. n. 163/2006, nonché all'eccesso di potere sotto svariati profili.

Insta, inoltre, per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove medio tempore stipulato, e per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in epigrafe.

Resistono sia le amministrazioni intimata sia la società controinteressata, eccependo tutte nei rispettivi scritti difensivi l'infondatezza del ricorso.

La controinteressata spiega anche ricorso incidentale nel quale sostiene che la propria offerta non andava sottoposta alla verifica di anomalia e che, viceversa, doveva essere esclusa proprio l'offerta della Lucentezza S.r.l. in quanto anomala e non coerente con le previsioni del capitolato speciale.

La società ricorrente insiste nelle proprie tesi con più memorie difensive, con le quali si oppone altresì all'accoglimento del ricorso incidentale.

L'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza n. 714 del 23 maggio 2012.

La causa è stata trattenuta per la decisione all'udienza pubblica del 19 giugno 2013.

2. Con il ricorso principale si intende infirmare l'aggiudicazione definitiva intervenuta in favore della società consortile GSA mediante la contestazione della positiva verifica di anomalia condotta sulla sua offerta.

Il Collegio, pur in presenza di un ricorso incidentale avente effetto paralizzante della pretesa attorea, ritiene di cominciare dallo scrutinio del ricorso principale attesa la sua palese infondatezza.

2.1 Si premettono, per una migliore ricostruzione della vicenda contenziosa, le seguenti circostanze di fatto:

i) la stazione appaltante, pur non essendovi tenuta per legge (cfr. art. 86, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006), disponeva di sottoporre a verifica di anomalia – sotto l'aspetto della congruità dei costi della manodopera, ritenuti inferiori ai valori delle tabelle ministeriali – le offerte delle ditte collocate ai primi due posti in graduatoria chiedendo le relative giustificazioni;

ii) sia la GSA sia la Lucentezza rendevano per iscritto le richieste giustificazioni. In particolare la prima, nelle proprie giustificazioni fornite con nota del 9 gennaio 2012, suddivideva il monte ore annuale, quantificato conformemente alle indicazioni contenute nel capitolato speciale, nelle due categorie delle attività continuative od ordinarie, da svolgersi mediante il ricorso al lavoro ordinario, e delle attività saltuarie, da effettuarsi mediante

l'impiego del lavoro supplementare e/o straordinario del personale a tempo parziale e del personale soggetto a decontribuzione ex lege n. 407/1990; a loro volta le attività saltuarie venivano scomposte nelle due sottocategorie delle attività periodiche, disimpegnabili attraverso il lavoro supplementare del personale a tempo parziale, e delle sostituzioni, il cui impegno orario veniva quantificato in circa il 20% delle ore di attività ordinarie ed era affidato al personale in regime di lavoro supplementare e/o straordinario beneficiario anche della citata decontribuzione (cfr. tabelle riportate alle pagine 6 e 20 della nota di giustificazioni). Nella stessa nota di giustificazioni la GSA evidenziava di fruire di un'aliquota media IRAP – calcolata sul triennio 2007/2009 in base alla documentazione contabile e fiscale allegata al modello UNICO – pari all'1,57% a fronte del 3,90% tabellare, nonché di godere di tale regime agevolativo “in virtù delle deduzioni sul costo del lavoro spettanti a vario titolo (quali ad esempio incremento occupazionale, spese apprendisti, disabili, etc. ex art. 11 D.Lgs. 446/1997, comma 1 e comma 4 quater, quinquies e sexies)”;

iii) con verbale del 26 gennaio 2012, la commissione giudicatrice, all'esito dell'esame delle giustificazioni prodotte, dichiarava che entrambe le ditte avevano giustificato esaurientemente i valori indicati per i costi della manodopera.

3. Ciò precisato, si può passare allo scrutinio delle questioni sviluppate nel gravame principale.

Con un articolato corredo di censure, parte ricorrente, nel dedurre che l'aggiudicataria doveva essere esclusa dalla gara per incongruità dell'offerta, sostiene che la verifica di anomalia effettuata sui costi della manodopera da questa emarginati, poggia su presupposti erronei e non è conforme ai criteri di una corretta istruttoria essenzialmente per le seguenti ragioni: a) l'impegno orario dedicato alle sostituzioni “ha funzione esclusivamente riempitiva ed è stato indicato dalla impresa al solo scopo di “raggiungere” il monte ore “promesso””, con conseguente inattendibilità anche del punteggio attribuito al progetto tecnico sotto il profilo dell'organizzazione del lavoro. Si obietta in particolare, come chiarito nella memoria difensiva depositata dalla ricorrente il 7 giugno 2013, quanto segue: “è elementare considerare che le “sostituzioni” non possono far parte del “monte ore” offerto: le sostituzioni si effettuano per consentire le turnazioni del personale o le assenze degli addetti (per ferie, malattia, permessi sindacali, maternità, ecc.). Il calcolo di tali ore è doveroso ai fini della determinazione del costo del lavoro e della congruità dell'offerta economica, ma non può influire nella valutazione dell'offerta tecnica, che ha riguardo alle ore di effettivo lavoro e, quindi, al livello qualitativo e quantitativo delle prestazioni offerte.”; b) ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. n. 446/1997, la deduzione dalla base imponibile IRAP poteva riguardare tutti i soggetti di imposta che avessero effettuato assunzioni a tempo indeterminato nell'arco temporale compreso tra il 1° gennaio 2005 ed il 31 dicembre 2007, “sicché i benefici fiscali invocati dalla GSA a tale titolo non possono valere per il biennio di durata dell'appalto in questione”; c) le ore annualmente non lavorate a vario titolo (malattie, infortuni, ecc.) sono state contraddittoriamente quantificate dalla GSA in 391 a pagina 13 della nota di giustificazioni ed in 418 alla pagina successiva, con conseguente inaffidabilità dell'offerta complessiva; d) manca nelle giustificazioni dell'aggiudicataria la considerazione “che le ore prestate in regime di lavoro supplementare e/o straordinario concorrono a determinare il rateo ferie e/o permessi”; e) nelle predette giustificazioni non si è nemmeno tenuto conto che il dipendente chiamato a svolgere prestazioni di lavoro supplementare e/o straordinario possa a sua volta assentarsi a causa di un infortunio o per altro motivo; f) è quanto meno dubbio che le attività periodiche di pulizia possano integrare le ipotesi in cui la contrattazione collettiva consente il ricorso alle prestazioni di lavoro supplementare e/o straordinario da parte di un dipendente a tempo parziale.

3.1 Le prefate doglianze, sebbene suggestivamente formulate, non meritano condivisione per le ragioni di seguito esplicitate.

Deve essere premesso che il giudizio di verifica della congruità di un'offerta sospettata di anomalia ha natura

globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme e costituisce espressione paradigmatica di un potere tecnico-discrezionale dell'amministrazione di per sé insindacabile in sede di legittimità, salve le ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o affette da errori di fatto (giurisprudenza consolidata: cfr. per tutte Consiglio di Stato, Sez. V, 29 gennaio 2009 n. 497 e 20 maggio 2008 n. 2348; TAR Campania Napoli, Sez. I, 3 luglio 2009 n. 3717).

Orbene, calando il superiore principio al caso di specie, non può essere ravvisata nell'attività della stazione appaltante alcuna palese erroneità di giudizio, alla luce degli elementi giustificativi forniti dalla GSA in occasione del procedimento di verifica dell'anomalia.

In dettaglio, come emerge dalla piana lettura della nota di giustificazioni della GSA e dall'attento esame delle tabelle sopra menzionate, l'impegno orario dedicato alle sostituzioni si configura come attività lavorativa effettiva e non come attività fittizia avente funzione meramente riempitiva di un monte orario predefinito. Tale cifra comprende nient'altro che la somma delle ore spese dal personale chiamato a sostituire il personale assente addetto alle attività ordinarie, ed è stata evidenziata a parte solo per dar conto di una minore spesa collegata all'utilizzo di dipendenti con trattamenti retributivi meno onerosi per l'azienda; se non vi fosse stata questa opportunità di utilizzo, le ore per le sostituzioni si sarebbero cumulate, come di consueto, con le ore di attività ordinaria, non assumendo alcuna valenza retributiva diversa.

In altri termini, se da una parte è assolutamente condivisibile che il calcolo delle ore di sostituzione (rectius delle ore non lavorate) influisce sulla determinazione del costo normale del lavoro, non può d'altra parte dubitarsi che ciascuna impresa possa sostenere, valorizzando al massimo la propria flessibilità organizzativa, costi per le sostituzioni dei dipendenti assenti anche inferiori ai costi lavorativi ordinari. In tale ipotesi è naturale che l'impresa indichi in maniera distinta, come avvenuto nel caso di specie, il quantitativo totale delle ore di sostituzione, avendo queste un trattamento retributivo non omogeneo a quello delle ore di lavoro ordinario.

3.2 Il riferimento alle assunzioni a tempo indeterminato nell'arco temporale compreso tra il 1° gennaio 2005 ed il 31 dicembre 2007 è proprio della specifica ipotesi di deduzione IRAP contemplata all'art. 11, comma 4-quater, del d.lgs. n. 446/1997. Ebbene, ciò non esclude che la GSA possa aver usufruito delle ben più cospicue deduzioni, non collegate al suddetto arco temporale, previste dai commi 1, 4-quinquies e 4-sexies dell'art. 11 cit., come espressamente rimarcato nella nota di giustificazioni (si pensi, ad esempio, ai contributi per le assicurazioni contro gli infortuni sul lavoro, alle spese sostenute per gli apprendisti, per i disabili e per il personale assunto con contratti di inserimento).

Ad ogni modo, è dirimente osservare che la GSA, ai fini del calcolo del costo del lavoro, non si è attenuta all'aliquota media IRAP dell'1,57% ma ha prudenzialmente applicato, proprio in vista dell'esecuzione dell'appalto, l'aliquota sensibilmente superiore del 2,70%.

3.3 Le differenti quantificazioni delle ore annue non lavorate contenute a pagina 13 (391) ed a pagina 14 (418) della nota di giustificazioni trovano ragione non nella contraddittorietà dei dati forniti dalla GSA, bensì, come chiaramente si evince dalla semplice lettura della precedente pagina 10 e della stessa pagina 14, nel fatto che nel primo caso la cifra è depurata dei costi non a carico dell'impresa in quanto sostenuti dagli enti previdenziali, mentre nel secondo rispecchia l'entità reale delle assenze del personale; peraltro, nel definire l'incidenza percentuale delle ore non lavorate sulle ore teoriche lavorabili al fine di quantificare le ore di sostituzione, la GSA ha correttamente tenuto conto dell'entità reale delle assenze, avendo l'altro valore esclusivo rilievo dal punto di vista della distribuzione degli oneri finanziari nell'ambito del rapporto previdenziale.

3.4 Non si rinviene nella normativa lavoristica (cfr. art. 3 e ss. del d.lgs. n. 61/2000 in materia di lavoro a tempo parziale ed artt. 3 e ss. del d.lgs. n. 66/2003 in tema di organizzazione dell'orario di lavoro) alcun principio di

computabilità, ai fini della determinazione del monte ferie e/o permessi, delle ore prestate in regime di lavoro supplementare e/o straordinario, il cui trattamento retributivo maggiorato compensa per legge tutti i disagi sofferti dal lavoratore per il prolungamento della prestazione lavorativa.

3.5 Come giustamente eccepito dalla difesa della controinteressata, le assenze per infortunio od altro motivo verificatesi durante lo svolgimento delle prestazioni di lavoro supplementare e/o straordinario non comportano alcuna variazione retributiva per le ore impegnate in tali attività e, pertanto, non incidono sui costi del personale, contribuendo semmai ad integrare le statistiche aziendali sull'assenteismo: si tratta, insomma, di un dato neutro che non modifica il costo orario delle prestazioni in questione e che implica soltanto la necessità di un'ulteriore sostituzione.

3.6 Infine, come emerge da un'attenta lettura delle già citate tabelle, le attività periodiche di pulizia dovrebbero essere garantite attraverso l'impiego di personale a tempo parziale in regime di lavoro supplementare, che è una modalità di organizzazione del lavoro perfettamente compatibile, ai sensi della vigente contrattazione collettiva di settore (cfr. quanto pacificamente riportato in nota a pag. 15 della memoria difensiva della controinteressata depositata in data 16 aprile 2012), con l'assolvimento di qualsiasi esigenza aziendale sia di ordine interno che riferita al servizio dei cittadini.

4. In conclusione, resistendo gli atti impugnati a tutte le censure prospettate, la domanda di annullamento degli stessi deve essere rigettata per infondatezza.

Analoga sorte subiscono le connesse domande di declaratoria di inefficacia del contratto e di condanna al risarcimento del danno, non essendosi verificati i presupposti di legge per il loro accoglimento.

4.1 Pertanto, il ricorso principale merita di essere in toto respinto, con la conseguenza che l'infondatezza di quest'ultimo non può non comportare l'inammissibilità del ricorso incidentale per evidente carenza di interesse (cfr. TAR Campania Napoli, Sez. I, 11 dicembre 2006 n. 10460).

Sussistono giusti e particolari motivi, in virtù della novità e della relativa complessità della vicenda contenziosa, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese e degli onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così statuisce:

- respinge il ricorso principale;
- dichiara inammissibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nelle camere di consiglio dei giorni 19 giugno e 23 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere

Carlo Dell'Olio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/12/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)