

Publicato il 23/01/2018

N. 00184/2018 REG.PROV.COLL.
N. 02295/2017 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 Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2295 del 2017, proposto da:
Solidarietà e Servizi Cooperativa Sociale, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Wladimiro
Troise Mangoni di S. Stefano, Mattia Errico ed Alberto Buonfino,
con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, viale Bianca
Maria, 45;

contro

Comune di Busto Arsizio, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Antonietta Carra e
Michela Beretta, domiciliato in Milano, via P. Andreani, 10;

nei confronti di

Cooperativa Sociale Eurotrend Assistenza S.C. a R.L., in persona del
legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati
Franco Enoch ed Alessandra Blasi, con domicilio eletto presso lo
studio di quest'ultima in Milano, via Mascheroni, 31;

per l'annullamento

- della Determinazione del Comune di Busto Arsizio n. 621 del 1° settembre 2017, comunicata il 5 settembre 2017 con atto del medesimo Comune prot. n. 79716 emanato in pari data, recante aggiudicazione definitiva alla controinteressata della “Procedura aperta del Comune di Busto Arsizio per l'affidamento del servizio di sostegno per favorire l'integrazione della persona diversamente abile e/o in situazione di disagio nelle strutture educative e scolastiche e dei servizi di assistenza pre-post scuola, post asilo, mensa e servizi scolastici, assistenza educativa nelle scuole dell'infanzia e asili nido comunali cittadini per il quadriennio scolastico 2017/2018 - 2018/2019 - 2019/2020 - 2020/2021”, limitatamente al Lotto 1 relativo al “Servizio di sostegno per favorire l'integrazione della persona diversamente abile e/o in situazione di disagio nelle strutture educative e scolastiche”, identificato con CIG 707453394F (docc. 1 e 2);

dell'atto di proposta di aggiudicazione del suddetto Lotto 1 da parte della Centrale Unica di Committenza tra i comuni di Busto Arsizio e Gallarate prot. 77943 del 30 agosto 2017 (doc. 3);

della relazione del R.U.P. della gara prot. n. 77717 del 29 agosto 2017 (doc. 4);

del verbale della seduta pubblica di gara n. 6 dell'8 agosto 2017 (doc. 5);

dell'atto emanato dal R.U.P. della gara prot. n. 72072 del 4 agosto 2017 (doc. 6);

del verbale della seduta pubblica di gara n. 5 del 31 luglio 2017 (doc. 7);

di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, compreso l'atto presupposto endoprocedimentale di ammissione dell'offerta della controinteressata, in relazione al Lotto 1 della suddetta gara;
e, per l'effetto,
per la condanna delle Amministrazioni resistenti
a escludere la controinteressata dal Lotto 1 della suddetta gara;
ad aggiudicare i servizi oggetto del Lotto 1 della suddetta gara alla ricorrente;
a stipulare con la ricorrente il contratto;
a dichiarare l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato, rispetto al quale la ricorrente si rende prontamente e tempestivamente disponibile a subentrare;
al risarcimento del danno per equivalente corrispondente al mancato lucro cessante in relazione alla parte di servizi illegittimamente già prestati dalla controinteressata;
ovvero, in subordine,
per la condanna delle Amministrazioni resistenti
a risarcire per equivalente i danni patiti e patendi dalla medesima ricorrente in conseguenza dell'esecuzione dei provvedimenti e degli atti impugnati, nonché dell'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Busto Arsizio e della Cooperativa Sociale Eurotrend Assistenza S.C. a R.L.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2018 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Centrale Unica di Committenza (CUC) tra i Comuni di Busto Arsizio e di Gallarate indiceva una gara d'appalto, con procedura aperta, per l'affidamento del servizio di sostegno per favorire l'integrazione della persona diversamente abile e/o in situazione di disagio nelle strutture educative e scolastiche e dei servizi di assistenza pre e post scuola, post asilo, mensa e servizi scolastici ed assistenza educativa, per il quadriennio scolastico dal 2017/2018 al 2020/2021.

L'appalto era suddiviso in due lotti ed il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di un massimo di 70 punti all'offerta tecnica e di 30 punti a quella economica.

Al termine della gara, il servizio per il lotto n. 1 – vale a dire quello che interessa la presente controversia e riguardante l'integrazione dei disabili o dei soggetti in situazione di disagio – era aggiudicato alla Cooperativa Sociale Eurotrend Assistenza soc. coop. a r.l. (di seguito, anche solo “Eurotrend”), che otteneva complessivamente 98,97 punti (68,97 per l'offerta tecnica e 30 per quella economica), dopo avere superato positivamente la verifica di anomalia.

La società esponente Solidarietà e Servizi Cooperativa Sociale – di seguito, anche solo “Solser” – si collocava seconda in graduatoria,

con il punteggio complessivo di 98,55 punti (70 per l'offerta tecnica e 28,55 per quella economica).

Era proposto di conseguenza il presente ricorso, con domanda di sospensiva.

Si costituivano in giudizio il Comune di Busto Arsizio e la Cooperativa Eurotrend, concludendo entrambi per il rigetto del gravame.

In esito alla camera di consiglio del 26.10.2017, la domanda di sospensiva era rinunciata.

Alla pubblica udienza dell'11.1.2018, la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.1 Nel primo ed articolato mezzo di ricorso, la società esponente censura l'attività dell'amministrazione che, al termine della verifica di anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, ha concluso per la congruità dell'offerta stessa.

In particolare, la stazione appaltante avrebbe erroneamente reputato congrua la misura del costo del lavoro indicata dall'impresa controinteressata nelle proprie giustificazioni e sulla base della quale era stata predisposta l'offerta economica, che aveva ottenuto il punteggio massimo previsto dalla legge di gara (30 punti su 30, cfr. il doc. 3 della ricorrente).

Ai fini della migliore comprensione della doglianza – che merita accoglimento, per le ragioni che si esporranno – occorre premettere che le tabelle ministeriali sul costo del lavoro, redatte dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali ai sensi dell'art. 83 del D.Lgs. 163/2006 (ora art. 23, comma 16, del D.Lgs. 50/2016), distinguono sempre, nell'ambito dell'orario di lavoro, le “ore teoriche” da quelle

“mediamente lavorate” (cfr. il doc. 11 della ricorrente ed in particolare la tabella allegata).

Queste ultime, in particolare, sono ottenute sottraendo dalle ore teoriche quelle mediamente non lavorate, a causa di ferie, festività, malattie, permessi per formazione ed altro.

Di conseguenza, se il trattamento economico erogato a favore del lavoratore tiene conto delle ore teoriche, il costo del lavoro effettivamente sostenuto dal datore di lavoro non può invece che riferirsi alle ore mediamente ed effettivamente lavorate.

Il costo effettivo del lavoro, in tal modo, risulta più elevato rispetto alla retribuzione del lavoratore determinata in base alle ore teoriche: infatti, una volta stabilito il trattamento economico spettante complessivamente al personale dipendente (dividendo), l'utilizzo quale divisore del numero delle ore mediamente lavorate – più basso delle ore teoriche – determina un quoziente (costo del lavoro), inevitabilmente più alto di quello che si otterrebbe se il divisore fosse costituito dalle ore teoriche.

Nella presente controversia, la tabella ministeriale applicabile è quella riguardante i lavoratori e le lavoratrici delle cooperative del settore socio-sanitario, assistenziale, educativo e di inserimento lavorativo, tabella che prevede un numero di ore teoriche annue pari a 1976 ed un numero di ore mediamente lavorate pari a 1548 (cfr. nuovamente il doc. 11 della ricorrente).

Ancora, il disciplinare di gara, all'art. 13, lettera f), prevede che l'offerta economica debba indicare i “costi aziendali” e il “costo del lavoro stimato per il numero di dipendenti che verranno impiegati nell'esecuzione del contratto” (cfr. il doc. 13 della ricorrente, pag. 21).

Il D.Lgs. 50/2016, dal canto suo, all'art. 97, comma 5, lettera d), qualifica l'offerta come "anormalmente bassa" – con conseguente onere di esclusione in capo alla stazione appaltante – se il "costo del personale" è inferiore ai minimi salariali indicati nelle tabelle ministeriali sopra citate.

Ciò premesso, a detta dell'esponente il "costo del lavoro" di cui alle citate norme di legge o di gara non può che essere riferito al costo effettivo del lavoro - corrispondente alle ore mediamente lavorate e non al costo teorico, derivante appunto dalla misura delle ore teoriche lavorate - con conseguente onere per il partecipante alla gara di formulare la propria offerta economica tenendo conto del costo medio effettivo e non di quello teorico.

La società controinteressata, invece, ha formulato la propria offerta economica – e conseguentemente ha giustificato la medesima – utilizzando non le ore effettive bensì le ore teoriche mensili previste dalla tabella ministeriale, pari a 165 ($1976 : 12 = 165$, con arrotondamento).

Sul punto, si veda il doc. 18 della ricorrente, vale a dire le giustificazioni presentate da Eurotrend, dove a pag. 3 è chiaramente scritto che il rateo orario è determinato utilizzando quale divisore il numero 165.

Ciò premesso, reputa il Collegio che la formulazione dell'offerta economica – soprattutto in un appalto come quello di cui è causa, caratterizzato dal prevalente impiego di manodopera – non possa che fare riferimento al costo medio effettivo, corrispondente al costo realmente sostenuto dal datore di lavoro e non ad un costo meramente teorico, il cui richiamo consente soltanto la formulazione

di un'offerta economica apparentemente più competitiva, ma in realtà totalmente sviata ed anomala.

Sulla questione, si evidenzia dapprima che la stessa tabella ministeriale di cui è causa determina il costo orario del lavoro per il personale di livello D1 – vale a dire quello impiegato per il lotto n. 1 – tenendo conto delle ore mediamente lavorate e non di quelle teoriche.

Infatti (cfr. ancora il doc. 11 della ricorrente), il costo orario di euro 20,02 è ottenuto dividendo il totale costo annuo di euro 30.984,54 per le ore mediamente lavorate (1548) e non per quelle teoriche ($30.984,54 : 1548 = 20,02$, con arrotondamento).

Per il provvedimento ministeriale, pertanto, il costo del lavoro non può che essere quello effettivo e non un dato meramente teorico.

La giurisprudenza amministrativa ha inoltre ripetutamente affermato che il costo del lavoro rilevante è solo quello medio ed effettivo.

Sul punto, fra le tante, si vedano Consiglio di Stato, sez. III, 13.12.2013, n. 5984, per cui: *<<...secondo la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (pure richiamata dalle parti), il costo medio orario riferito a ciascun livello retributivo, recato dalle periodiche tabelle ministeriali, indica il costo dell'ora lavorativa effettiva, comprensiva dei costi di sostituzione che il datore di lavoro deve sopportare per malattia, ferie, permessi, assenteismo (cfr. Cons. St., sez. V, 24 agosto 2006 n. 4969). In particolare, è stato affermato che "il costo orario medio distinto per livelli e categorie è dato dal rapporto fra costo annuo medio e 1581 (nella specie 1596: n.d.e.) ore annue mediamente lavorate (...) e non dal rapporto fra detto costo annuo medio e 2088 (ore annue teoriche). Ciò in quanto non vi è corrispondenza biunivoca fra la determinazione del trattamento economico (che deve tenere conto delle ore annue teoriche, comprensive di ferie, festività, festività soppresse, riduzione dell'orario*

contrattuale, assemblee e permessi sindacali, diritto allo studio, malattie infortuni e maternità, formazione e permessi, per un totale complessivo di 2088 ore) e la determinazione del costo - per il datore di lavoro - di un'ora effettivamente lavorata, che deve includere, al proprio interno, anche la frazione di retribuzione spettante per le ore annue mediamente non lavorate, in quanto già preso in considerazione nel trattamento annuo complessivo di ciascun lavoratore, considerato per categoria e livello. In altri termini, sul datore di lavoro, un'ora effettivamente lavorata grava, in termini di costo, per un ammontare frazionario di un importo che è già comprensivo di tutti gli elementi considerati nell'apposita tabella (retribuzione annua, con le incidenze derivanti dagli oneri aggiuntivi, oneri previdenziali e assistenziali, oneri fiscali) in ragione del monte teorico di 2088 ore annuo">>; TAR Toscana, sez. I, 15.3.2016, n. 468: <<... rispetto alla manodopera, il dato significativo non può che essere quello relativo al costo delle ore effettivamente lavorate, giacché solo esso consente alla stazione appaltante di verificare la sostenibilità dell'offerta.>> e TAR Campania, Napoli, sez. I, 2.11.2010, n. 22124: <<...anche le ore teoriche, da un punto di vista economico, costituiscono un costo effettivo per l'impresa, da sopportare e da giustificare in sede di verifica di congruità>>.

Non può quindi trovare accoglimento la tesi difensiva secondo cui il costo del lavoro potrebbe essere indicato anche con riferimento alle sole ore teoriche, trattandosi di una conclusione in contrasto con i precetti normativi e giurisprudenziali sopra indicati, né possono assumere rilevanza eventuali indicazioni diverse provenienti da organizzazioni sindacali di settore, come quella prodotta con le giustificazioni dalla società controinteressata (cfr. il doc. 18 della ricorrente, allegato n. 4), visto che le organizzazioni sindacali sono in ogni modo soggetti privati, le cui valutazioni assurgono semmai a meri pareri, privi però di efficacia vincolante.

La difesa comunale evidenzia altresì che il costo del lavoro dell'impresa aggiudicataria, pur essendo stato calcolato sulla base delle ore teoriche, è stato però per così dire “adeguato” ai costi corrispondenti alle assenze e ad altre voci di costo, quali i contributi assicurativi obbligatori (cfr. ancora il doc. 18 della ricorrente, allegato n. 3).

Tuttavia, nonostante tale operazione per così dire di aggiustamento (peraltro di non facile comprensione, ben avendo potuto l'impresa fare immediato riferimento alle ore mediamente lavorate), i costi aggiuntivi esposti dall'aggiudicataria sono stati in ogni modo determinati facendo sempre ricorso alle ore teoriche pari a 165 al mese, quale divisore per individuare il quoziente corrispondente ai costi stessi (ratei ferie, festività e tredicesima, contributi INPS e INAIL, TFR ed altro).

In tale modo, l'erronea determinazione iniziale si è ripetuta anche successivamente, per cui i valori esposti anche in sede di giustificazioni sono inferiori a quelli che sarebbe invece stati ottenuti impiegando quale divisore le ore mediamente lavorate (cfr. sul punto la tabella di comparazione, doc. 19 della ricorrente, che espone compiutamente i criteri di calcolo utilizzati da Eurotrend per determinare i valori di cui all'allegato n. 3 alle proprie giustificazioni e che ricalcola anche tali valori sulla base delle ore effettive mensili, pari a 129, vale a dire $1548 : 12$).

In vista dell'udienza pubblica, la difesa della società aggiudicataria ha prodotto una nutrita serie di documenti attestanti i costi sostenuti per l'esecuzione del servizio nei mesi da settembre a novembre 2017 (cfr. i documenti da 9 a 17 della controinteressata, la quale sta

attualmente gestendo il servizio in regime di esecuzione anticipata, come da determinazione di aggiudicazione n. 621/2017, punto 6).

Tale produzione documentale non vale però a mutare l'orientamento del Collegio, posto che:

- la valutazione della congruità e dell'anomalia di un'offerta deve essere effettuata prima dell'aggiudicazione e non successivamente, sulla base dei dati relativi all'esecuzione dell'appalto;
- ad ogni buon conto, i dati trasmessi riguardano tre mesi di esecuzione, mentre una corretta valutazione del rapporto in concreto fra ore teoriche ed ore effettive imporrebbe una considerazione nell'arco dell'intero anno, con riguardo ai quei periodi – si pensi alle ferie estive – nei quali si verificano le maggiori assenze;
- i dati riferiti riguardano anche il lotto n. 2, oggetto di un distinto ricorso al TAR Lombardia, nel quale però il personale non ha l'inquadramento D1, bensì quello inferiore C1, per cui la comparazione risulta impossibile.

Ciò premesso, si evidenzia che nel caso di specie il responsabile unico del procedimento (RUP), chiamato a valutare le giustificazioni addotte da Eurotrend, si è limitato ad un acritico recepimento delle medesime, non avvedendosi dell'erronea formulazione dell'offerta economica ed anzi sostenendo nel proprio provvedimento che il calcolo sul monte ore teorico di 165 ore mensili sarebbe “congruo con le tabelle ministeriali” (cfr. il doc. 6 della ricorrente, pag. 2), mentre tale asserzione è evidentemente smentita alla luce delle considerazioni sopra svolte.

La scrivente Sezione IV non ignora certo l'orientamento dominante della giurisprudenza amministrativa, che riconosce alle stazioni appaltanti ampia discrezionalità nella valutazione dell'anomalia e che

impone altresì una considerazione globale dell'offerta, oltre ad non attribuire carattere assolutamente vincolante alle tabelle ministeriali; tuttavia nel caso di specie l'amministrazione aggiudicatrice è incorsa in un evidente errore, ignorando la corretta determinazione del costo del lavoro, sulla base del quale doveva essere correttamente formulata – e di conseguenza successivamente valutata – l'offerta economica dell'impresa partecipante.

Il ricorso in epigrafe deve quindi essere accolto, con assorbimento di ogni altra censura e con conseguente annullamento degli atti impugnati, primo fra tutti il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

1.2 Per effetto del citato annullamento, la società ricorrente risulta essere prima (e non più seconda) nella graduatoria finale dell'appalto per il lotto n. 1 (cfr. il verbale n. 5/2017, doc. 7 della ricorrente); tuttavia il punteggio complessivamente ottenuto (70 punti per l'offerta tecnica e 28,55 per quella economica), supera i quattro quinti del punteggio massimo previsto dalla legge di gara, posto che l'offerta tecnica ha ottenuto il punteggio massimo (70 su 70) e quella economica supera i 24 punti, corrispondenti ai quattro quinti del punteggio massimo (30).

L'offerta, ai fini dell'eventuale aggiudicazione definitiva, deve quindi essere sottoposta a verifica di anomalia, ai sensi dell'art. 97, comma 3, del D.Lgs. 50/2016.

La domanda di risarcimento del danno in forma specifica deve quindi reputarsi soddisfatta per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione, mentre quella di risarcimento per equivalente appare allo stato inammissibile per difetto di interesse, in assenza di nuove ed ulteriori determinazioni dell'amministrazione.

2. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Condanna il Comune di Busto Arsizio e la Cooperativa Sociale Eurotrend Assistenza Soc. Coop. a r.l., in solido fra loro, al pagamento a favore della ricorrente delle spese di lite, che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge (IVA, CPA e spese generali nella misura del 15%) e onere del contributo unificato ai sensi di legge (DPR 115/2002).

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Zucchini

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO