

Pubblicato il 16/06/2017

N. 00666/2017 REG.PROV.COLL.
N. 01221/2016 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

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1221 del 2016, proposto da:
Magika Service Società Cooperativa, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni
Battista Di Matteo, domiciliata *ex art. 25 c.p.a.* presso la Segreteria
del T.A.R. Puglia, in Bari, piazza Massari, 6;

contro

Ministero della Difesa Comando 32° Stormo di Amendola,
rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura distrettuale dello
Stato di Bari, presso la quale è domiciliato, in Bari, via Melo, n.97;

nei confronti di

Consorzio Stabile Daman, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

1. dei verbali della gara d'appalto e, in particolare, quelli relativi all'esame dell'offerta della controinteressata;
2. delle giustificazioni all'offerta presentata dalla controinteressata;

3. del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara d'appalto in favore della controinteressata, pervenuto con nota prot. M-D AFG001/0023001 del 21.10.16;

4. ogni altro atto antecedente, presupposto, connesso, collegato, conseguente;

5. con riserva di proporre motivi aggiunti all'esito dell'esame della documentazione relativa all'offerta anomala, non rilasciata dall'Amministrazione convenuta;

per l'accertamento

- del diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione definitiva, avendo presentato la migliore offerta in assoluto, con ogni conseguente determinazione a carico dell'Amministrazione;

per la declaratoria

- dell'inefficacia del contratto d'appalto per l'espletamento dei servizi di pulizia presso le sedi dell'Ente appaltante, e/o della nullità del detto contratto, o, in via subordinata, per l'annullamento di detto contratto;

per l'emanazione dell'ordine di esibizione

- di tutti gli atti relativi alla procedura di gara, ed in particolare delle giustificazioni prodotte dalla controinteressata, ad oggi non rilasciate dall'Amministrazione;

per la verifica in contraddittorio, dell'insussistenza dei presupposti per l'aggiudicazione alla controinteressata;

per la nomina di CTU quale mezzo di integrazione conoscitiva per il Collegio,

a. sull'effettiva insussistenza dei presupposti per l'aggiudicazione della gara alla controinteressata;

b. sull'effettiva incongruità dell'offerta presentata dall'impresa rimasta aggiudicataria, sanzionabile a pena dell'esclusione dalla gara d'appalto;

c. sulla sussistenza, sulla misura e sull'ammontare dei danni provocati alla ricorrente;

per la condanna

- del convenuto Ministero al risarcimento dei danni patiti dal ricorrente, in forma specifica, mediante suo avvicendamento, nell'aggiudicazione della gara, alla controinteressata, e in via subordinata al risarcimento per equivalente in misura pari:

a. al guadagno che la ricorrente avrebbe conseguito con l'aggiudicazione per il periodo che va dall'affidamento dei lavori fino al momento in cui sarà ripristinata la legittimità degli atti con l'aggiudicazione della gara in favore della ricorrente o, in via subordinata, per il biennio previsto per l'appalto;

b. ai danni emergenti pari alle spese sopportate per la partecipazione alla gara, nonché per la perdita di *chance* e per la difesa da comportamenti illegittimi;

2. al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata conseguenti ai patemi e fatiche per trasferte, assistenza e difesa, dispendio di tempo ed energia nella ricerca dei documenti, colloqui difensivi, approntamento della difesa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero della Difesa - Comando 32° Stormo di Amendola;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 marzo 2017 la dott.ssa Maria Colagrande;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La Società cooperativa Magika Service, gestore uscente del servizio di pulizia presso l'Aeronautica militare – Comando 32° Stormo di Amendola, oggetto di invito ad offrire tramite mercato elettronico della p.a. per il periodo dal 1.11.2016 al 31.12.2016, impugna i verbali della procedura e l'aggiudicazione disposta in favore del Consorzio Stabile Daman rivendicandone a sé l'affidamento, in quanto seconda in graduatoria.

Con un unico articolato motivo, che fa ampio riferimento alla perizia contabile versata in atti, la ricorrente sostiene che l'offerta della controinteressata, sottoposta a verifica di anomalia, non avrebbe superato i dubbi di incongruità perché dalle giustificazioni addotte dal Consorzio, poi accolte acriticamente dalla stazione appaltante, risulterebbe:

- che il costo del lavoro esposto nell'offerta aggiudicataria sarebbe calcolato in base alla retribuzione lorda dovuta per le ore di effettiva prestazione lavorativa da parte di ciascuno degli addetti al servizio, senza considerare gli oneri che il datore di lavoro sopporta per ore retribuite *ex lege* durante le quali il dipendente non lavora;
- che non ricorrono le condizioni di legge per il godimento delle agevolazioni e degli incentivi, grazie ai quali il Consorzio avrebbe dichiarato che sosterebbe minori oneri da costo del lavoro;
- che gli oneri per la sicurezza sarebbero stati calcolati solo in parte;

- che il costo per l'assunzione di un supervisore con un contratto di collaborazione coordinata e continuativa sarebbe stato solo parzialmente calcolato essendo assimilato *ex lege* ad un rapporto di lavoro subordinato.

2.- Il ricorso è fondato.

La gara è stata aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del maggior numero di ore lavorative offerte oltre il minimo - 2179 ore mensili per un corrispettivo di € 39.000,00 - posto a base di gara.

Dall'incidenza del costo del lavoro, dato il numero delle ore effettive di servizio offerte, la stazione appaltante ha rilevato uno scostamento significativo dai parametri indicati nella tabella ministeriale riepilogativa del costo medio orario del personale dipendente della imprese esercenti servizi di pulizia, allegata al bando, tanto da sottoporre l'offerta a verifica di congruità.

Dalle giustificazioni allegate dal Consorzio Damon, ritenute congrue dalla stazione appaltante, emerge che per calcolare il costo mensile del lavoro l'aggiudicataria ha moltiplicato le ore effettive di lavoro offerte – distinte numericamente in base alla qualifica degli addetti – e lo ha moltiplicato per il compenso orario dovuto secondo le tabelle ministeriali comprensivo degli oneri indiretti (contributi INPS, INAIL e TFR).

Il risultato ottenuto documenta però l'onere economico relativo alle sole ore di servizio effettivo, non già l'onere di cui l'appaltatore deve farsi carico, quale datore di lavoro in esecuzione delle obbligazioni connesse ai rapporti di lavoro in essere con i dipendenti.

Infatti, ogni ora di servizio effettivo prestata al committente è un'ora di lavoro che comporta a favore del lavoratore dei benefici retributivi

– ferie, tredicesima, permessi sindacali, altri permessi– per ore e giorni durante il quali il dipendente è assente dal lavoro, ma viene pagato per legge, come se lo fosse, con oneri a carico del datore di lavoro.

Pertanto, ai fini della valutazione di congruità dell'offerta, occorre tener conto della sostenibilità di tutti gli oneri del servizio comprensivi delle ore retribuite, sebbene non corrispondenti a prestazioni orarie effettivamente erogate in favore della stazione appaltante.

Detti oneri sono stati solo in parte calcolati dal Consorzio aggiudicatario, come dimostra il fatto, evincibile dalle giustificazioni rese nel sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, che la remunerazione del fattore lavoro corrisponde alla retribuzione lorda delle sole ore di servizio effettivo evidenziate nell'offerta tecnica per un totale di 3.500 ore.

Il Consorzio aggiudicatario, in sede di chiarimenti, ha poi dichiarato oneri per la sicurezza relativi allo stesso numero di addetti - 36 unità - già impiegati nel servizio dall'impresa uscente, sebbene avesse chiarito che avrebbe fatto ricorso, in regime contributivo agevolato, a nuove assunzioni di personale di primo livello, in ragione del fatto che il monte ore dei servizi offerti, corrispondenti alle mansioni di detto personale, risulta triplicato rispetto a quello in precedenza fornito dall'impresa uscente.

Il Consorzio però,

- non ha specificato in sede di chiarimenti quanti sarebbero i nuovi assunti da adibire alla prestazione delle ore aggiuntive;
- non li ha indicati nell'organico, rispetto al quale sono stati calcolati gli oneri per la sicurezza, in misura evidentemente parziale;

-ha applicato agevolazioni contributive su tutte le ore di servizio effettivo corrispondenti alle mansioni del personale di primo livello, senza distinzioni fra quelle di spettanza del personale già impiegato nel servizio, sia quelli di nuova assunzione.

L'errore è manifesto perché gli sgravi contributivi non possono operare per i lavoratori già impegnati nell'appalto, in carico al precedente appaltatore, che passano alle dipendenze dell'aggiudicatario, in coerenza con quanto già previsto dall'art. 4, comma 12, lett. a) della legge n. 92/2012, che stabilisce: "*gli incentivi non spettano se l'assunzione costituisce attuazione di un obbligo preesistente, stabilito da norme di legge o della contrattazione collettiva [...]*".

Un tale obbligo sussiste in specie perché è previsto dal bando e dalla normativa di settore (art. 29, comma 3, del d. lg. n.276/2003; art. 63, comma 4, del d. lg. n. 112/1999) e mira a favorire la continuità e la stabilità occupazionale dei lavoratori, riguarda lo specifico affidamento del servizio, nel cui impiego i lavoratori devono poter essere mantenuti, compatibilmente con le esigenze organizzative dell'impresa subentrante (C.d.S. n. 5598/2015).

È del tutto evidente allora che le giustificazioni rese dall'aggiudicatario evidenziano concreti e rilevanti profili di contraddittorietà che non consentono di superare il dubbio di anomalia, in ragione del quale l'offerta è stata sottoposta a verifica, né si rivengono argomenti che depongano per la congruità dell'offerta nel verbale della commissione che ha condiviso dette giustificazioni.

In proposito non ignora il Collegio l'orientamento della giurisprudenza che non richiede alla stazione appaltante la stessa puntuale motivazione del giudizio che ritiene l'offerta anomala, se in

sede di verifica l'offerta sia stata giudicata congrua mediante un rinvio alle giustificazioni.

L'indirizzo è condivisibile, in linea di principio, perché coerente con i principi di economicità e speditezza dell'azione amministrativa a condizione che le giustificazioni siano attendibili ed esaustive, ossia esse stesse idonee a fondare il giudizio di congruità.

Infatti nella prospettiva dell'interesse del ricorrente, che aspira all'aggiudicazione in suo favore perché ritiene insuperata l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, è evidente che il giudizio di congruità di un'offerta, già presunta anomala tanto da essere sottoposta a verifica, esprime la stessa valutazione discrezionale e deve parimenti recare una puntuale motivazione che dia conto delle ragioni per le quali le giustificazioni rese dall'aggiudicataria consentono di ritenere superata l'iniziale presunzione di anomalia.

Il ricorso, pertanto, va accolto anche per i profili di accesso di potere e difetto di motivazione, essendosi la stazione appaltante limitata a condividere le giustificazioni presentate dal Consorzio, e, in conseguenza, gli atti impugnati devono essere annullati.

La tutela demolitoria soddisfa in pieno l'interesse della ricorrente che, quale precedente affidataria, ha continuato a gestire il servizio senza soluzione di continuità dopo l'accoglimento dell'istanza cautelare.

Non vi sarebbe comunque luogo a decidere sulla domanda risarcitoria per equivalente in quanto non è certo che la ricorrente avrebbe ottenuto o potrebbe ora per allora ottenere l'aggiudicazione, ben potendo la stazione appaltante sottoporre anche la sua stessa offerta a verifica di anomalia, dall'esito allo stato non prevedibile.

Non sussiste infine il danno non patrimoniale da patemi e fatiche per trasferte, assistenza e difesa, dispendio di tempo ed energia nella ricerca dei documenti, colloqui difensivi, approntamento della difesa, sia perché solo genericamente enunciato senza alcun riscontro in punto di fatto, sia perché sarebbe, eventualmente, conseguenza di lesioni psichiche o turbamenti psicologici incompatibili con la personalità non fisica della ricorrente.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in favore del difensore dichiaratosi antistatario.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione.

Condanna il Ministero della Difesa al pagamento, in favore della ricorrente, delle spese di giudizio che liquida in € 2.000,00 oltre accessori di legge.

Contributo unificato rifiuto.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giacinta Serlenga, Presidente FF

Flavia Risso, Referendario

Maria Colagrande, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Maria Colagrande

IL PRESIDENTE
Giacinta Serlenga

IL SEGRETARIO