

Publicato il 15/10/2024

N. 08265/2024REG.PROV.COLL.
N. 00533/2024 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 533 del 2024,
proposto da

Diem S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla
procedura CIG 90388463AF, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco
Napoli e Sandor Del Fabro, con domicilio digitale come da PEC Registri di
Giustizia;

contro

Team Service società consortile a r.l., in persona del legale rappresentante *pro
tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Coccoli e Lorenzo Aureli,
con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Università degli Studi Napoli Federico II, in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato,
domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Seconda), 7 dicembre 2023, n. 6784, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Team Service società consortile a r.l. e dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, che ha proposto altresì appello incidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 maggio 2024 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Marco Napoli, Lorenzo Aureli e l'avvocato dello Stato Monica De Vergori;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con l'appello proposto la società Diem s.r.l. ha impugnato la sentenza di estremi indicati in epigrafe con cui il Tribunale amministrativo per la Campania, accogliendo il ricorso della seconda classificata Team Service società consortile a r.l. (di seguito "*Team Service*"), ha annullato l'aggiudicazione, disposta (con decreto direttoriale n. 944 del 21 luglio 2023) in favore dell'odierna appellante, della procedura di gara bandita, con determina n. 1602 del 28 dicembre 2021, dall'Università degli Studi di Napoli Federico II per l'affidamento del servizio di pulizia, di igiene e sanificazione a ridotto impatto ambientale presso gli edifici dell'ateneo.

2. In particolare, con detta sentenza il giudice di prime cure:

a) accoglieva il primo motivo di ricorso a mezzo del quale si era dedotta l'illegittimità dell'operato della Stazione appaltante, la quale non si sarebbe avveduta delle erronee modalità di calcolo del costo complessivo dalla manodopera adottate dalla controinteressata in sede di verifica di detta voce di costo (in quanto inidonee a rappresentare l'effettiva spesa che l'impresa dovrà sostenere per lo svolgimento della commessa); si evidenziava, infatti, che in quella sede l'aggiudicataria non aveva considerato - come invece avrebbe

dovuto - il costo delle ore contrattuali offerte (avendo fatto esclusivo riferimento al costo monte ore effettivo, ben inferiore a quello delle ore contrattuali) e, comunque, non aveva in alcun modo giustificato il costo delle 37.268,01 ore “di nuova assunzione” per le unità di riserva (cd. “*back-up*”) offerte in sede di gara;

b) respingeva, invece, come infondato il secondo motivo di ricorso, non ravvisando la denunciata violazione dei principi di immodificabilità dell’offerta e di *par condicio* tra i concorrenti, non venendo in rilievo, nella specie, una modifica dell’offerta, ma un non corretto calcolo del costo del lavoro;

c) accoglieva anche il terzo motivo di ricorso con il quale si era censurato l’operato dell’Amministrazione (per violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara, degli artt. 95 e 97 del d.lgs. n. 50/2016, dei principi di imparzialità, buon andamento dell’azione amministrativa, trasparenza e *par condicio* dei concorrenti, nonché per “*eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e in particolare per illogicità e irrazionalità manifesta, difetto di motivazione, difetto di istruttoria, sviamento di potere, contraddittorietà e disparità di trattamento*”) laddove non si era avveduta delle erronee modalità con le quali la Diem aveva calcolato il costo orario medio posto alla base del complessivo calcolo del costo del lavoro; ciò in quanto l’aggiudicataria avrebbe surrettiziamente ridotto - tramite un artificio contabile - il numero delle ore di assenza del personale per malattia, infortuni e maternità;

d) dichiarava, infine, assorbito, stante la fondatezza delle precedenti censure, il quarto motivo di ricorso, proposto in via subordinata, concernente l’illegittimità della determinazione della Stazione appaltante di non attivare la verifica dell’anomalia dell’offerta cd. facoltativa di cui all’art. 97, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016.

2.1. Il Tribunale amministrativo annullava, quindi, l’aggiudicazione dell’appalto alla DIEM e il giudizio di non anomalia dell’offerta effettuato in relazione al calcolo dei costi di manodopera disponendo - ai sensi dell’art. 34 c.p.a. - la

riedizione della verifica di congruità di detto costo sulla scorta dei principi affermati in sentenza.

2.2. Dichiarava, invece, inammissibile, allo stato, la domanda risarcitoria, dovendo essere rinnovata la valutazione di anomalia dell'offerta della aggiudicataria, nonché, per le medesime ragioni, la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto e di subentro della ricorrente.

3. Di tali statuizioni la Diem domanda la riforma con il presente appello, a mezzo del quale ha dedotto l'erroneità della sentenza per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto sia con riguardo all'individuazione della natura del monte ore che con riguardo alle modalità di determinazione del tasso di assenteismo.

3.1. Nel costituirsi in giudizio, l'Università ha proposto altresì appello incidentale in senso adesivo alle tesi prospettate dall'appellante principale.

3.2. Si è costituita in resistenza l'originaria ricorrente, chiedendo la reiezione degli appelli in quanto infondati con conferma della sentenza impugnata.

3.3. Alla camera di consiglio del 20 febbraio 2024, su concorde richiesta delle parti la trattazione dell'istanza cautelare è stata abbinata al merito.

3.4. Le parti hanno depositato memorie e repliche in vista dell'udienza pubblica del 14 maggio 2024, all'esito della quale la causa è passata in decisione.

DIRITTO

4. Gli appelli proposti sono entrambi infondati.

5. Si contestano, con i motivi di gravame dedotti, le statuizioni della sentenza con cui il T.a.r., accogliendo il ricorso della seconda classificata, ha ritenuto erronee le modalità di calcolo del costo complessivo della manodopera da parte dell'aggiudicataria Diem.

In particolare, secondo le parti appellanti meriterebbero riforma le statuizioni di prime cure che hanno ritenuto, per un verso, errata la determinazione del tasso di assenteismo compiuta dall'aggiudicataria ai fini del calcolo del costo medio orario, e, per altro verso, che il monte ore indicato negli atti di gara

costituisse *“l’entità minima delle prestazioni da erogare in favore della stazione appaltante”*.

5.1. Con riguardo a quest’ultimo profilo si tratterebbe di tesi già disattesa dal Consiglio di Stato in relazione ad identica procedura multilotto bandita dall’Università per l’affidamento del servizio di pulizia presso le sedi dell’ateneo (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 24 settembre 2019, n. 6378).

In quella procedura - non diversamente dalla presente gara - il capitolato prevedeva che *«il servizio oggetto del presente appalto dovrà essere effettivamente svolto per il numero di ore mensili inderogabilmente fissato nei citati allegati»*, richiamando poi le ore di servizio che garantiva il precedente gestore.

La sentenza appellata non avrebbe, dunque, tenuto conto delle peculiarità della gara, alla luce delle previsioni della *lex specialis*, che, non dissimili da quelle delle precedenti gare con il medesimo oggetto ciclicamente bandite dall’Università, avrebbero consolidato l’affidamento riposto dagli operatori economici partecipanti riguardo al fatto che il monte ore indicato negli atti di gara fosse puramente teorico e che le offerte andassero calibrate con riferimento al parametro delle *“ore contrattuali”* e non delle *“ore effettive”*.

5.2. La sentenza impugnata sarebbe, dunque, innanzitutto errata con riguardo all’individuazione della natura del monte ore per *“Violazione e falsa applicazione dell’art. 7 del Capitolato speciale d’appalto, nonché dei criteri di interpretazione degli atti di gara (art. 1362 e ss. c.c.) - Violazione dei principi di auto-organizzazione della p.a. e di legittimo affidamento dei privati - Difetto di approfondimento e carenza di istruttoria, in relazione agli elementi concreti della fattispecie – Negazione assoluta del principio del risultato”*

5.3. Infatti, le ore indicate dalla stazione appaltante dovrebbero essere qualificate come *“ore contrattuali teoriche”*, corrispondenti alle ore (comprehensive delle assenze) contrattualizzate tra il vecchio gestore e i dipendenti già impiegati nella commessa, da assorbire in adempimento della c.d. *“clausola sociale”*.

Di conseguenza, il primo giudice avrebbe errato nel ritenere che gli atti di gara imponessero un impegno minimo pari a complessive 199.000 ore, da intendersi come “*ore contrattuali operative*”, che l'appaltatore dovrebbe effettivamente erogare in favore della stazione appaltante per garantire il servizio richiesto.

5.4. Del pari, sarebbe erronea la sentenza nella parte in cui ha ritenuto che la Diem, avendo mantenuto invariato il monte ore dei dipendenti già impiegati nell'appalto, avrebbe dovuto giustificare i propri costi relativamente al suddetto monte ore posto a base di gara, moltiplicando le ore contrattuali (teoriche) dei dipendenti assorbiti (199.000 ore) per il costo medio orario.

5.5. In senso contrario deporrebbero, invece, le seguenti circostanze:

a) in sede di chiarimenti, la stazione appaltante ha affermato che il monte ore indicato negli atti di gara «è riferito ad ore contrattuali (ore teoriche)» e, quindi, non ad ore “effettive”;

b) il gestore uscente, nel periodo contrattuale, ha garantito il servizio erogando nei confronti della stazione appaltante circa 150.000 ore effettive (contrattuali operative), corrispondenti a 199.000 ore (contrattuali teoriche), contrattualizzate con i 29 dipendenti applicati alla commessa;

c) tale circostanza è stata confermata anche dal RUP, il quale ha dichiarato che «le 199.527,17 ore sono teoriche mentre le ore effettive sono 151.078,76 come riportato nella tabella di calcolo posta a base di gara»;

d) anche altri operatori aggiudicatari di diversi lotti della medesima procedura hanno applicato lo stesso criterio di giustificazione dei costi adottato da Diem;

e) la *lex specialis* vietava lo stabile incremento del monte ore definito negli atti di gara dall'amministrazione, mentre l'interpretazione fornita dal Tribunale, convertendo le ore teoriche in ore effettive (o contrattuali operative), finirebbe per generare un aumento delle ore lavorate dai dipendenti e dei costi sostenuti dalla Stazione appaltante.

Ai fini del calcolo della manodopera nel presente appalto dovrebbe poi attribuirsi rilievo: i) alla collocazione della clausola relativa al monte ore,

inserita in una disposizione del Capitolato (art. 7) dedicata all'assorbimento del personale; ii) allo specifico chiarimento, dalla portata dirimente, che ha orientato i comportamenti dei concorrenti; iii) ai principi affermati in tema di verifica di anomalia dalla consolidata giurisprudenza.

Il primo giudice non avrebbe, invece, tenuto conto di quanto previsto dalla legge di gara, richiamando a supporto del proprio ragionamento precedenti giurisprudenziali inconferenti rispetto alla fattispecie concreta, perché riferiti a vicende in cui il monte ore indicato negli atti di gara doveva ritenersi "*minimo*" ed "*effettivo*", cioè relativo alla effettiva prestazione contrattuale da erogare in favore dell'ente committente.

Nel caso in esame la stazione appaltante ha stimato che per eseguire il servizio in conformità ai livelli garantiti dal gestore uscente sarebbero state necessarie 151.078,76 ore lavorate (corrispondenti a 199.527,17 ore teoriche,) contrattualizzate tra l'appaltatore e i propri dipendenti.

Pertanto, l'aggiudicataria avrebbe correttamente giustificato i propri costi sulla base del parametro delle ore effettivamente lavorate, non esponendo il complessivo costo contrattuale oggetto dell'impegno assunto con l'offerta tecnica.

5.6. A tali argomentazioni aderisce l'Amministrazione appellante incidentale, la quale pure sostiene l'erroneità della sentenza per le medesime ragioni, difendendo la legittimità del proprio operato laddove ha ritenuto corretta l'impostazione seguita dalla Diem in ordine alla giustificazione dei costi della manodopera.

Anche l'Amministrazione, infatti, evidenzia che il monte ore indicato negli atti di gara sarebbe riferito alle ore teoriche, cioè quelle complessivamente contrattualizzate tra i dipendenti e il precedente gestore del servizio, e che la Diem avrebbe correttamente esposto il costo medio orario (determinato utilizzando quale divisore il monte ore effettivo), che in realtà già comprenderebbe quello sostenuto dall'azienda per le sostituzioni durante i periodi di assenza dei propri dipendenti.

5.7. La pronuncia impugnata sarebbe affetta da travisamento dei fatti anche con riguardo alla questione dei costi delle ore di nuova assunzione per le unità di riserva (cd. “*back-up*”) offerte in sede di gara dalla Diem.

Infatti, sarebbe errato ritenere che le ore aggiuntive di pronto intervento (*i.e.* per la copertura di eventuali emergenze) previste in offerta debbano essere incluse nei costi diretti della commessa, pur essendo prestate da dipendenti operanti in regime di reperibilità e, dunque, non stabilmente impiegati nella commessa, ma utilizzati anche in altri appalti gestiti dall’impresa nel medesimo ambito territoriale: e ciò anche tenendo conto dell’esplicito divieto, posto dagli atti di gara, di aumentare il monte ore dedicato al servizio affidato.

Pertanto, l’aggiudicataria avrebbe correttamente quotato detto importo tra i “*costi generali*” dell’appalto, senza computarli tra i costi della manodopera nell’ambito della verifica ex art. 95, comma 10, del D.Lgs. n. 50/2016 svolta dalla Stazione appaltante.

5.7.1. A sua volta anche l’Amministrazione appellante incidentale assume che il T.a.r. avrebbe errato sul punto, avendo la Diem garantito quanto richiesto dagli atti di gara.

In tesi, le ore aggiuntive offerte dalla società non entrerebbero nella verifica di congruità dei costi della manodopera, dovendo essere considerate come un elemento migliorativo dell’offerta; pertanto, correttamente l’appellante non le avrebbe menzionate in quanto riferite ad ore non richieste dall’Amministrazione.

5.8. Infine, la sentenza appellata risulterebbe erronea per travisamento dei presupposti anche con riguardo alla asserita erroneità delle modalità di determinazione del tasso di assenteismo, ai fini del calcolo del costo orario medio.

Al riguardo, si sostiene che il sistema di calcolo utilizzato da Diem, come risulta dalla documentazione allegata, renderebbe conto dei costi reali effettivamente gravanti sull’impresa. In particolare, ai fini del calcolo del proprio costo orario medio effettivo, Diem ha tenuto conto che una parte dei

costi relativi alle assenze del proprio personale sarebbe sostenuto dagli enti previdenziali, non rappresentando un aggravio economico per l'impresa.

Ciò sarebbe comprovato dal fatto che la determinazione del tasso di assenteismo si sarebbe basata sulle statistiche aziendali, desunte dai c.d. "cedoloni riepilogativi" allegati ai giustificativi.

Sarebbe, dunque, del tutto ragionevole che, in sede di determinazione del costo effettivo della manodopera, un'azienda tenga conto che una parte dei costi relativi alle assenze dei propri dipendenti non sono posti a suo carico ed elabori quindi le proprie stime sulla base di tale evidenza statistica.

5.8.1. Inoltre, con lo stesso mezzo la Diem si duole della erroneità della sentenza di primo grado per aver omesso di considerare che l'appellante avrebbe previsto un "*margin*e di sicurezza" di € 107.785,41 in relazione al costo della manodopera, cui dovrebbero aggiungersi ulteriori € 250.000 derivanti dal riposo dei lavoratori nei giorni festivi e nelle due settimane centrali di agosto.

Ne deriverebbe che – anche ipotizzando che il tasso di assenteismo documentato da Diem debba essere incrementato o figurativamente riparametrato ai valori medi previsti dalle tabelle ministeriali- l'importo complessivamente stimato dall'impresa per far fronte al costo del lavoro risulterebbe comunque ampiamente capiente, considerati gli ampi margini a disposizione.

5.9. L'appellante ha altresì formulato un'istanza istruttoria chiedendo, in subordine, che venga ordinato all'amministrazione di predisporre una relazione in cui si chiarisca quanti dei concorrenti (anche degli altri lotti) abbiano inteso il monte ore indicato negli atti di gara come "teorico", modulando conseguentemente su tale parametro le proprie offerte.

6. Le riassunte doglianze non sono fondate.

7. Giova premettere che in assenza di indici automatici *ex lege* di anomalia, l'offerta di Diem è stata sottoposta a verifica limitatamente alla congruità dei costi della manodopera relativi agli addetti operativi impiegati nell'appalto: all'impresa è stato, infatti, esplicitamente richiesto di evidenziare la congruità

dei propri costi della manodopera avuto riguardo al «*Progetto di assorbimento del personale presentato in sede di gara*».

7.1. Tanto premesso correttamente la sentenza appellata ha accolto il ricorso della seconda classificata, ritenendo inattendibile la verifica della congruità del costo della manodopera compiuta dalla stazione appaltante.

7.2. Giova, anzitutto, richiamare la disciplina di gara.

7.2.1. L'art. 7 del Capitolato di gara (disposizione rubricata *“personale – clausola di promozione e valorizzazione di esigenze sociali”* e dedicata all'operatività della c.d. clausola sociale) prevede: *“Il servizio dovrà essere svolto, per l'intera durata dell'appalto, nel rispetto del numero di unità, del livello di inquadramento e del monte ore mensile comunicati dalle società che attualmente espletano il servizio oggetto del presente appalto e riportati, per ogni singolo lotto, negli Allegati denominati “Scheda addetti lotto 1”, “Scheda addetti lotto 2”, “Scheda addetti lotto 3”, “Scheda addetti lotto 4”, “Scheda addetti lotto 5”, “Scheda addetti lotto 6”, “Scheda addetti lotto 7”, “Scheda addetti lotto 8” che sono ritenuti valori di garanzia per l'Amministrazione Universitaria per l'ottimale svolgimento del servizio e che contemplano anche i presidi già assicurati nell'ambito dei contratti in scadenza. Pertanto, il servizio oggetto del presente appalto dovrà essere svolto per il numero di ore mensili fissato nei citati allegati in quanto rispondente alle esigenze dell'Amministrazione Universitaria.”*

7.2.2. In risposta al quesito n. 17 – con cui *“tenuto conto del fatto che nell'offerta tecnica sono richieste le modalità di sostituzione del personale”* si chiedeva se fosse *“corretto intendere che l'offerta tecnica ed economica deve essere riferita a ore effettivamente lavorate e non meramente a ore contrattuali”* - la stazione appaltante chiariva che *“Il monte ore riportato nel Capitolato è riferito ad ore contrattuali (ore teoriche). Il concorrente è tenuto a rispettare quanto richiesto negli atti di gara.”*

7.3. Orbene, ai fini del corretto inquadramento delle questioni poste dall'appello – prima di verificare se la disciplina di gara indicasse un monte ore teorico ovvero effettivo – importa, soprattutto, rilevare in quali termini l'impresa aggiudicataria ha sul punto formulato la propria offerta tecnica.

7.4. A tale proposito, risulta dagli atti che l'aggiudicataria: a) ha offerto un piano di lavoro composto da un totale di 236.795,17 ore (di cui, rispettivamente, 199.527,17 per lo svolgimento del servizio e 37.268,01 ore aggiuntive per *“unità operative di pronto intervento”*); b) ha chiarito espressamente di aver previsto – a titolo di garanzia del monte ore indicato dalla Committente nell'allegato *“Schede Addetti”* - l'assunzione di nuovo personale (unità operative di pronto intervento) che possa compensare il tasso di assenteismo per malattia, maternità, permessi studio e permessi sindacali; ha precisato che *“tali assunzioni resteranno in capo alla DIEM”* e che *“il monte ore aggiuntivo così ottenuto, affidato alle Unità di Pronto Intervento, sarà a disposizione della Committente per sostituzioni, situazioni emergenziali o per qualsiasi altra necessità...”*; c) in considerazione dell'importante offerta anche in termini di ore, ha conseguito, per il sub criterio in questione, un punteggio elevato, pari a 6,06 punti (contro il punteggio di 4,42 punti attribuito alla ricorrente).

7.5. Senonché, nel fornire poi alla Stazione appaltante i chiarimenti richiesti in merito al costo della manodopera, l'aggiudicataria:

- da un lato, non ha fornito alcuna indicazione in merito al costo delle 37.268,01 ore aggiuntive di nuova assunzione offerte in gara per le *“unità operative di pronto intervento”*;
- dall'altro, ha giustificato le 199.527,17 ore offerte facendo riferimento al costo delle sole 162.259,16. ore c.d. lavorate e non - come invece avrebbe dovuto - esponendo il complessivo costo contrattuale oggetto dell'impegno assunto con l'offerta tecnica.

7.5.1. In altri termini, la Diem, pur essendosi impegnata in sede di offerta tecnica alla prestazione di complessive 199.527,17 ore per lo svolgimento del servizio (oltre alle 37.268,01 ore di nuova assunzione), ha indicato come costo della manodopera il prodotto risultante dalla moltiplicazione del costo orario medio per un valore - diverso e considerevolmente inferiore rispetto a quanto offerto - pari a complessive sole 162.259,16 ore.

7.6. Invero, per la quantificazione del costo della manodopera occorre tener conto del monte ore contrattuale indicato in offerta. Solo quest'ultimo, infatti, esprime il reale impegno assunto dalla concorrente in sede di gara.

Viceversa, il monte ore effettivo (vale a dire le c.d. ore lavorate cui fa riferimento l'appellante principale) non esprime l'effettivo costo del lavoro che l'aggiudicataria dovrà sostenere nel corso dell'esecuzione della commessa, che tenga conto dei costi necessari a far fronte alle assenze del personale per ferie, malattie, permessi studio e permessi sindacali.

È, dunque, errato nel metodo il calcolo del costo della manodopera prescelto dalla Diem.

7.7. La sentenza appellata non ha, pertanto, travisato né ignorato le argomentazioni dell'aggiudicataria e della stazione appaltante.

Correttamente non le ha, invece, condivise.

7.7.1. In particolare, la sentenza dà puntualmente atto di quanto le parti resistenti avevano evidenziato: *a)* circa la richiesta della disciplina di gara di mantenere invariato il monte ore contrattuale in carico alle unità di personale impiegate nella commessa, destinate ad essere assorbite dal nuovo gestore in adempimento della c.d. "clausola sociale"; *b)* in ordine al fatto che il monte ore indicato negli atti di gara si riferisse, in tesi, alle ore teoriche, cioè quelle complessivamente contrattualizzate tra i dipendenti e il precedente gestore del servizio, per cui la Diem – oltre ad aver *"mantenuto i livelli occupazionali del personale impiegato nell'appalto, confermando il monte ore teorico del precedente gestore (199.524,96 ore)"*, avrebbe a suo dire *"anche garantito l'erogazione di un maggior numero di ore contrattuali di servizio in favore dell'Università (162.000 ore, a fronte delle precedenti 150.000 ore)"*; *c)* in merito alle modalità di giustificazione dei propri costi da parte della Diem, ossia *"con riferimento a 162.259,16 ore fisicamente lavorate in cantiere, per un importo complessivo pari ad € 2.520.865,69, ottenuto usando come moltiplicatore il costo medio unitario"*.

7.7.2. La sentenza, preso atto di tali rilievi, ha quindi correttamente esplicitato, con ragionamento immune dai vizi dedotti, i profili di erroneità

dell'impostazione seguita dalla Diem nel giustificare i propri costi della manodopera.

7.7.3. In sostanza, l'aggiudicataria avrebbe dovuto moltiplicare il costo orario medio per il numero di ore contrattuali offerte, solo così potendo assicurare l'espletamento del servizio secondo le modalità per le quali si era impegnata contrattualmente nei confronti dell'Amministrazione.

7.7.4. Nel caso di specie, posto che le ore richieste dalla Stazione appaltante nel capitolato erano da qualificarsi come ore contrattuali, l'aggiudicataria avrebbe dovuto, una volta utilizzato il monte ore effettivo ai fini del calcolo del costo orario medio, così giustificando lo scostamento rispetto ai valori ufficiali (risultante dalle tabelle ministeriali), moltiplicare tale costo orario per le ore contrattuali offerte (pari nella specie a 199.527,17).

Dette ore devono essere integralmente coperte, per poter garantire il servizio richiesto.

Ed infatti nel capitolato si legge: *“Pertanto, il servizio oggetto del presente appalto dovrà essere svolto per il numero di ore mensili fissato nei citati allegati in quanto rispondente alle esigenze dell'Amministrazione Universitaria.”*

7.7.5. Si tratta, pertanto, evidentemente di una determinazione quantitativa, ancorché effettuata *per relationem*, dell'entità minima della prestazione richiesta dalla Amministrazione, poiché ritenuta corrispondente alle sue esigenze.

7.8. La sentenza appellata ha altresì correttamente inquadrato la questione della mancata giustificazione da parte dell'aggiudicataria del costo per le 37.268,01 ore di nuova assunzione, ben chiarendo le ragioni per cui i rilievi della stazione appaltante e dell'aggiudicataria non sono convincenti.

7.8.1. In particolare, il fatto che le ore aggiuntive per le unità operative di pronto intervento rientrino nell'offerta migliorativa formulata dall'operatore economico non consente di escludere le medesime ore dalla verifica della congruità dei costi della manodopera.

In altri termini, la circostanza che le ore aggiuntive non siano state richieste dall'amministrazione non conta. Esse – pacificamente – risultano offerte

dall'appellante principale; quest'ultima, pertanto, non era esonerata dal giustificare il costo.

7.8.2. Del pari, non è fondato il rilievo dell'appellante principale secondo cui le unità di riserva (o c.d. di "*back-up*"), cioè quelle che intervengono a supporto del personale operativo titolare, costituiscono risorse che, pur a disposizione, non producono *ex se* costo a valere sull'appalto specifico, rappresentando, per definizione, un costo trasversale, utilizzabile anche su altre commesse.

7.8.3. Il punto è che l'offerta tecnica dell'aggiudicataria, alla luce del suo tenore letterale, non si è limitata a mettere a disposizione della Stazione appaltante dipendenti non specificatamente dedicati alla commessa di cui trattasi.

7.8.4. Inoltre, una volta che il costo totale sia stato calcolato sul monte ore effettivo (come ha fatto l'aggiudicataria), le ore aggiuntive indicate nell'offerta costituiscono le ore necessarie per garantire le sostituzioni, attraverso le quali è possibile giungere al monte ore contrattuale di 199.527,17.

Ed infatti, non a caso il monte ore effettivo, pari a 162.250,16 più le ore aggiuntive offerte, 37.268,01, fa esattamente 199.527,17, ovvero il monte ore contrattuale.

Pertanto, anche le ore aggiuntive dovevano essere giustificate, per poter ritenere congrua l'offerta nel suo complesso, non potendo esse riferirsi genericamente anche ad altre commesse.

7.9. Né può condividersi l'assunto dell'Università secondo cui, qualificando come fattori il costo orario medio (ottenuto utilizzando il monte ore effettivo quale divisore) e il monte ore teorico, verrebbero calcolati due volte i costi delle sostituzioni.

7.9.1. Anche sul punto la sentenza è conforme alla consolidata giurisprudenza (oltre alla pronuncia del Consiglio di Stato sez. V, 22 novembre 2022, n.10272 richiamata dalla sentenza si veda, in particolare, Cons. Stato, V, 20 aprile 2021 n. 3200, la quale in caso analogo ha ritenuto "*del tutto errata l'operazione di*

moltiplicazione del costo orario medio già ribassato con un monte ore a sua volta (ed illegittimamente) ridotto”).

8. Mette conto, infatti, evidenziare che sul tema la giurisprudenza ha costantemente affermato i seguenti principi pienamente estensibili alla fattispecie concreta (cfr. tra le tante Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2024, n. 1509; Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 2024, n. 1220; Cons. Stato, sez. V, 16 ottobre 2023, n. 8990; Cons. Stato, sez. V, 22 novembre 2022, n. 10272 e Cons. Stato, sez. V, 20 aprile 2021, n. 3200), chiarendo che:

- il monte ore contrattuale si riferisce al rapporto tra stazione appaltante e appaltatore, ovvero alla quantità di prestazioni che il secondo dovrà erogare a favore della prima: si tratta, in buona sostanza, dell'obbligazione principale dell'appaltatore nell'ambito del sinallagma contrattuale tra le parti, che si riverbera sui profili obbligatori del contratto;

- il monte ore teorico si riferisce al rapporto tra lavoratore e datore di lavoro, ovvero all'obbligazione principale del lavoratore nell'ambito di un rapporto d'impiego;

- le ore mediamente lavorate (o monte ore effettivo) rilevano ai fini della congruità dell'offerta nella logica delle tabelle ministeriali: al costo medio annuo del personale viene applicato un divisore inferiore rispetto a quello puramente teorico, al fine di determinare un costo orario più elevato, idoneo a coprire anche la frazione di costo che l'appaltatore dovrà sostenere per sostituire il personale assente (per malattia, ferie e altre evenienze): ciò in quanto l'appaltatore medesimo dovrà comunque garantire il servizio in caso di assenze del personale al fine di adempiere integralmente all'obbligazione assunta verso la stazione appaltante in base al monte ore contrattuale indicato in offerta; solo quest'ultimo, dunque, esprime il tempo reale del servizio per cui la concorrente si è impegnata contrattualmente in sede di offerta;

- l'individuazione del monte ore contrattuale costituisce, dunque, parametro numerico di riferimento per lo svolgimento del giudizio di congruità dell'offerta

- l'offerta delle ore teoriche da parte della concorrente esprime, invece, l'impegno a contrattualizzare in maniera adeguata il personale, avendo riguardo anche alle ore per le cd. sostituzioni necessarie in riferimento ad evenienze quali ferie, festività e malattie;
- il monte ore effettivo (determinato dalle ore annue mediamente lavorate ricavate mediante riduzione del monte ore teorico complessivo della percentuale di assenza dedotta dall'impresa) può essere utilizzato ai fini del calcolo del costo orario medio, così giustificando l'eventuale scostamento rispetto ai valori ufficiali (risultanti dalle tabelle ministeriali);
- il costo medio orario così determinato (che include anche i costi delle sostituzioni) deve essere poi moltiplicato con le ore contrattuali offerte (che rappresenta il monte ore concreto di espletamento del servizio): è, dunque, errata l'operazione di moltiplicazione del costo orario medio già ribassato con il monte ore effettivo, ovvero per un valore a sua volta ridotto come sopra precisato;
- infatti, se il monte ore effettivo ben può essere utilizzato per giungere alla determinazione del costo orario medio, ovvero quale divisore, tale costo va poi però moltiplicato per le ore contrattuali, che rappresentano l'effettivo costo che l'impresa deve sostenere per lo svolgimento della commessa e per cui si è impegnata contrattualmente (anche a far fronte alle necessarie sostituzioni per le varie evenienze sopra indicate);
- diversamente, ovvero utilizzando come moltiplicatore il valore inferiore delle ore effettive annuali alla Stazione appaltante risulterebbe assicurato l'impegno nel servizio di un tempo concreto reale significativamente inferiore rispetto alle ore annuali (c.d. monte ore contrattuale) che la concorrente nella propria offerta tecnica si è impegnata a erogare nell'esecuzione dell'appalto (ricevendo, per tale aspetto del progetto, anche il corrispondente punteggio);
- in definitiva, il costo della manodopera va determinato dalle ore contrattuali offerte in gara dalla concorrente, sicché è su tale valore, e non sulle ore lavorate, che deve giustificarsi il costo orario complessivo;

8.2. Alla luce dei riportati principi, deve dunque ritenersi che l'aggiudicataria avrebbe dovuto assumere a riferimento, sia per la valutazione dell'offerta tecnica, sia per il calcolo del costo complessivo della manodopera, solo il valore delle ore contrattuali: tale elemento non solo è conforme alle previsioni della *lex specialis* di gara (anche in termini di monte ore del personale già impiegato e da riassorbire in applicazione della prevista clausola sociale), ma soprattutto è corrispondente all'impegno contrattuale assunto dalla concorrente nei confronti della Stazione appaltante.

Per converso, l'indicazione del valore delle ore lavorate annuali, ricavato sottraendo dalle ore contrattuali offerte tutte le ore di assenza del personale titolare, non esprime affatto l'impegno contrattuale, ovvero il numero di ore che la ditta deve comunque garantire nella commessa anche per il tramite delle sostituzioni.

Ne consegue che non è corretto sviluppare il calcolo del costo della manodopera moltiplicando il proprio costo orario medio (riveniente dalla riduzione delle ore annue toriche di cui alle tabelle ministeriali) per il monte ore effettivo annuo (rinveniente dalla riduzione del monte ore contrattuale offerto in sede di gara): ciò costituirebbe, infatti, inammissibile duplicazione della medesima operazione di riduzione effettuata sulle due voci che determinano il costo complessivo della manodopera, che ne risulta, quindi, doppiamente ribassato, determinando un vizio insanabile dell'offerta che la rende del tutto inattendibile (in tali esatti termini si veda Cons. Stato, V, 3200/2021 cit.).

9. Né, d'altra parte, a diversa conclusione potrebbe giungersi sulla scorta delle pronunce richiamate dall'appellante. Infatti, i principi ivi affermati non conducono a una diversa decisione della presente controversia, vertente sull'individuazione della corretta modalità per il calcolo del costo del lavoro complessivo ai fini della congruità dell'offerta.

Si tratta, invero, di sentenze che non accennano ai temi oggetto di causa, soffermandosi su diverse questioni, e che comunque non affermano principi

opposti a quelli sopra riportati, statuiti dalla giurisprudenza richiamata.

10. In conclusione, il Collegio è dell'avviso che non sovverte le statuizioni della sentenza il riferimento alla *lex specialis*. Come evidenziato, la disciplina di gara ha previsto, infatti, un monte ore annuo minimo inderogabile (quelle del precedente appaltatore) stimate come necessarie a garanzia della stazione appaltante per la regolare esecuzione del servizio.

Né vale invocare il divieto della legge di gara di non aumentare le ore contrattuali.

Intanto, la ditta ha offerto quelle ore e sulla base di questo progetto ha ottenuto un determinato punteggio.

In sede di verifica di congruità, determinato il costo medio orario (sulla base delle ore effettive, in modo da giustificare il discostamento al ribasso dai valori indicati nelle tabelle ministeriali), quel valore andava moltiplicato per le ore contrattuali.

10.1. Ciò comporta che la Diem avrebbe dovuto o giustificare le ore effettive (c.d. ore lavorate) e, inoltre, le ore della squadra aggiuntiva (personale di nuova assunzione che la ditta deve remunerare) o giustificare le 199.527,17 ore contrattuali offerte.

10.2. Ed invece, l'impresa aggiudicataria:

- anziché dar conto del costo complessivo del personale offerto in sede di gara e giustificare il proprio costo della manodopera sulla scorta delle ore contrattuali offerte in gara, rispetto alle quali è stato valutato il progetto tecnico, ha esposto un costo della manodopera calcolato esclusivamente sulle c.d. ore c.d. lavorate.

- non ha fornito alcuna indicazione del costo relativo allo specifico monte ore aggiuntivo offerto.

11. Infine, sono corrette e vanno confermate anche le statuizioni della sentenza che hanno ritenuto l'erroneità delle indicazioni fornite dalla controinteressata per quanto concerne il minor tasso di assenteismo dichiarato nei propri giustificativi.

11.1. In particolare, l'originaria ricorrente ha lamentato che, in sede di giustificativi ai sensi dell'art. 95, comma 10, del D.Lgs. n. 50/2016, la Diem ha esposto un numero medio di ore annue non lavorate pari a 390 riducendo drasticamente a 37 (rispetto alle 136 ore medie prevista dalla tabella ministeriale) il numero di ore di assenza per malattia, infortuni e maternità.

La seconda classificata ha quindi contestato, con il ricorso proposto, il calcolo effettuato dall'aggiudicataria la quale dapprima, sulla base delle retribuzioni elargite dalla impresa, ha escluso le voci di costo per malattia, infortunio e gravidanza a carico dell'INPS, e poi ha calcolato le ore non lavorate mediante il prodotto tra il monte annuo teorico di 2088 ore e il rapporto percentuale tra il totale delle retribuzioni elargite e il totale delle voci di costo per malattia, infortunio e gravidanza a carico della medesima impresa.

11.2. Correttamente la sentenza appellata ha evidenziato gli errori di tale modalità di calcolo.

11.3. Anche se il costo per determinate assenze (o parte di esso) è a carico dell'ente previdenziale, tale circostanza non elide il fatto che il lavoratore risulterà comunque assente: di ciò l'impresa deve necessariamente tenere conto nell'elaborazione dei relativi dati e del computo della percentuale di assenteismo dei propri dipendenti.

11.4. Come è noto, il tasso di assenteismo che può essere valorizzato in sede di giustificazioni deve essere reale e fondato sulla concreta esperienza lavorativa dell'impresa interessata, purché lo stesso rifletta l'organizzazione e le modalità di lavoro. Esso deve basarsi su dati storici di assenza per malattia, infortunio, permessi sindacali/di diritto allo studio e maternità.

11.5. Nel caso di specie, invece, la determinazione del tasso di assenteismo si fonda su un artificioso calcolo che vede coinvolte grandezze disomogenee (e cioè i costi per le retribuzioni pagate dall'impresa e i giorni di assenza) e che indebitamente sottrae al calcolo i giorni di assenza il cui onere è sostenuto dall'ente previdenziale.

11.6. La controinteressata avrebbe dovuto, invece, fornire alla stazione appaltante la rigorosa evidenza statistica dei dati sul proprio assenteismo.

In sede di verifica di anomalia la giustificazione dello scostamento dai valori tabellari per le ore annue mediamente non lavorate deve, infatti, risultare approfondita e deve essere accompagnata da elementi probatori significativi ed univoci, trattandosi di un dato che è influenzato da eventi, quali malattie, infortuni e maternità, che non rientrano nella disponibilità dell'impresa.

11.7. Ebbene, dal documento denominato *“riepilogo tasso di assenteismo 2018 - 2021”* si desume che la Diem - anziché calcolare il tasso di assenteismo sulla base delle effettive statistiche aziendali - ha considerato le sole assenze per malattia, infortunio permessi e gravidanza i cui costi sono totalmente a carico della medesima impresa, senza considerare a fini statistici le assenze (pur pacifiche) le cui spese sono in parte sostenute dall'INPS.

11.8. Il predetto metodo di calcolo ha consentito all'appellante principale di diminuire (figurativamente) le ore di assenteismo per malattia, infortunio e gravidanza rispetto a quelle effettive. Ed invero, sebbene allorquando il lavoratore si assenti - per malattia, infortunio, permessi sindacali/di diritto allo studio e gravidanza- parte dei costi che l'impresa deve sostenere per la sua retribuzione sono a carico dell'INPS - riducendosi in tal modo l'esborso economico a carico dell'impresa in relazione alla retribuzione del lavoratore assente - tale circostanza non può incidere sulle reali statistiche aziendali concernenti il tasso di assenteismo dei lavoratori.

Il dato in questione, infatti, deriva dalla percentuale di assenteismo (nel caso in esame dalle ore di assenza che i dipendenti della società hanno registrato nel periodo 2018-2021), essendo quest'ultimo il dato utile al fine di verificare quali siano le ore annue effettivamente lavorate dai dipendenti dell'impresa.

11.9. Anche sotto tale profilo, dunque, è evidente l'errore nel calcolo in cui è incorsa l'aggiudicataria.

Quest'ultima ha, di conseguenza, esposto un costo orario non congruo perché computato sulla base di un divisore che non sembra aver tenuto

adeguatamente conto delle fisiologiche assenze dal lavoro e dai costi aggiuntivi sopportati dal datore per sostituire il personale assente.

12. Alla luce delle sopra esposte considerazioni, vanno confermate le statuizioni di prime cure che – accogliendo il ricorso- hanno demandato alla Stazione appaltante di procedere alla riedizione della verifica della congruità dei costi della manodopera alla stregua dei principi ivi affermati.

Non possono invece essere in questa sede esaminati gli ulteriori rilievi dell'appellante principale in ordine a una eventuale capienza dell'offerta sul punto, stante la possibilità di “coprire” i maggiori costi della manodopera (che la Diem non ha considerato in sede di verifica ex art. 95, comma 10, del D.Lgs. n. 50/2016) tramite un “margine di sicurezza” o altre voci.

Si tratta, infatti, di deduzioni inammissibili, ai sensi di quanto disposto dall'art. 34, comma 2, cod. proc. amm., in quanto concernenti poteri non ancora esercitati dall'Amministrazione.

13. Infine, va disattesa l'istanza istruttoria proposta dall'appellante.

Infatti, posto che la presente controversia attiene alla correttezza delle modalità con cui l'odierna appellante principale ha calcolato il costo della manodopera per l'appalto in questione nel corso della verifica di congruità svolta dalla Stazione appaltante, non rilevano quali siano state le modalità con cui i concorrenti di altri lotti abbiano eventualmente proceduto a giustificare i propri costi per la manodopera.

14. Gli appelli, principale e incidentale, vanno pertanto respinti.

15. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sugli appelli, principale e incidentale, come in epigrafe proposti, li respinge.

Condanna l'appellante Diem S.r.l. e l'Università degli Studi Napoli Federico II alla rifusione delle spese a favore della Team Service società consortile a r.l.,

che liquida in complessivi € 4.000,00 (quattromila/00) a carico di ciascuna parte costituita, oltre oneri accessori se per legge dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Pietro De Berardinis, Consigliere

Marco Morgantini, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO