Pubblicato il 18/02/2019

N. 00905/2019 REG.PROV.COLL.
N. 04744/2018 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 della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4744 del 2018, proposto da SKILL Soc. Cons. a r.l., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Domenico Gentile, Adriano Cavina e Maria Lucia Civello, con domicilio digitale presso la PEC Registri Giustizia dei suoi difensori;

contro

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI "FEDERICO II", rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, presso la quale è domiciliata per legge in Napoli alla Via Diaz n. 11;

nei confronti

- DUSSMANN SERVICE S.r.l., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Orazio Abbamonte e Luisa Acampora, con i quali è elettivamente domiciliata in Napoli al Viale A. Gramsci n. 16;
- RENATO SPOTTI, in qualità di legale rappresentante p.t. della

Dussmann Service S.r.l., rappresentato e difeso dagli Avv.ti Orazio Abbamonte e Luisa Acampora, con i quali è elettivamente domiciliato in Napoli al Viale A. Gramsci n. 16;

per l'annullamento

a) del decreto del Direttore Generale dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II" n. 995 del 16 ottobre 2018, recante l'aggiudicazione in favore della Dussmann Service S.r.l. del lotto 5 del servizio di pulizia e di igiene ambientale;

b) dei seguenti atti della serie procedimentale: b1) il verbale della seduta pubblica di apertura delle offerte tecniche ed economiche; b2) la graduatoria provvisoria; b3) la nota del 25 settembre 2018 relativa alla valutazione di congruità dell'offerta della Dussmann Service S.r.l.; b4) la proposta di aggiudicazione formulata dalla commissione giudicatrice in favore della predetta società;

c) in via subordinata, dell'art. 7 del capitolato, in uno con la scheda addetti lotto 5 ad esso allegata e con i chiarimenti nn. 9, 10 e 21 forniti dalla stazione appaltante, nell'ipotesi in cui il monte ore minimo da proporre, indicato nella predetta scheda addetti, dovesse essere inteso nel senso fatto proprio dalla Dussmann Service S.r.l., e cioè come monte ore teorico e non effettivo;

d) di tutti gli atti presupposti, conseguenti e comunque connessi;

e per la declaratoria

di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more e per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica mediante l'affidamento del servizio alla società ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente e dei controinteressati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 c.p.a. sulla redazione della sentenza in forma semplificata nel rito appalti;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 gennaio 2019 il dott. Carlo Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Premesso che:

- la società ricorrente partecipava alla procedura aperta per l'affidamento del lotto 5 del servizio di pulizia e di igiene ambientale, indetta dall'Università degli Studi di Napoli "Federico II" (d'ora in seguito per brevità "UNINA"), collocandosi al secondo posto in graduatoria dopo l'aggiudicataria Dussmann Service S.r.l. (d'ora in seguito per brevità "Dussmann");

- la ricorrente impugna il provvedimento di aggiudicazione intervenuto in favore di tale società, reso con decreto del Direttore Generale dell'UNINA n. 995 del 16 ottobre 2018, e gli atti della relativa serie procedimentale in epigrafe indicati, adducendo che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per aver formulato un'offerta tecnica non conforme al capitolato e, comunque, viziata da anomalia; in via subordinata, insta per l'annullamento dell'art. 7 del capitolato, in uno con la scheda addetti lotto 5 ad esso allegata e con i chiarimenti nn. 9, 10 e 21 forniti dalla stazione appaltante, laddove inteso nel senso esplicitato in epigrafe, con conseguente caducazione dell'intera gara;

- all'impugnativa sono accluse le istanze di accertamento di inefficacia del contratto e di condanna al risarcimento del danno in forma specifica, meglio individuate in epigrafe;

Rilevato, in via preliminare, che:

- in accoglimento della puntuale eccezione formulata dalla difesa attorea nel corso dell'odierna udienza pubblica, va disposta l'inutilizzabilità a fini processuali delle memorie di replica depositate dalla controinteressata Dussmann e dall'amministrazione universitaria rispettivamente il 14 gennaio 2019 ed il 18 gennaio 2019, essendo queste state tardivamente prodotte in dispregio del termine perentorio dimidiato di dieci giorni liberi prima dell'udienza, sancito dal combinato disposto dell'art. 73, comma 1, e dell'art. 119, comma 2, c.p.a.;

- l'ambito della presente cognizione va ristretto al solo scrutinio del provvedimento di aggiudicazione e, in via subordinata, delle contestate disposizioni della lex specialis di gara, dal momento che sui rimanenti atti gravati, meglio identificati ai punti b1, b2, b3 e b4 dell'epigrafe, non può intervenire alcuna pronuncia di merito, essendo le relative impugnative inammissibili per carenza di interesse: invero, nella specie si tratta di meri atti endoprocedimentali destinati ad essere recepiti nel provvedimento finale di aggiudicazione e, quindi, di atti privi di autonoma lesività;

Considerato, nel merito, che:

- la ricorrente, con una prima censura diretta avverso il provvedimento di aggiudicazione, deduce che la Dussmann avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per aver prodotto, quanto al monte ore minimo effettivo del personale, un'offerta tecnica non rispondente alle specifiche tecniche contenute nell'art. 7 del

capitolato: in dettaglio, tale società, a fronte di un monte ore mensile effettivo richiesto non inferiore a 6.156,99 ore, come da scheda addetti lotto 5 allegata al capitolato, avrebbe offerto un monte ore mensile lavorato pari a sole 4.661,97 ore, proponendo, quindi, un servizio non conforme alle esigenze dell'amministrazione, come individuate nella lex specialis di gara;

- la censura è fondata e merita accoglimento, se solo si pone mente a quanto testualmente previsto dall'art. 7 del capitolato, che così dispone (per la parte di odierno interesse): "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" che sono ritenuti tutti valori minimali, 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 effettivamente svolto per il numero di ore mensili inderogabilmente fissato nei citati allegati, in quanto rispondente alle esigenze dell'Amministrazione Universitaria.";

- ebbene, a fronte di tale chiara disposizione, che si sofferma sul concetto di svolgimento "effettivo" del servizio per il numero di ore mensili inderogabilmente fissato nelle schede allegate, ritenuto valore minimale di garanzia per le esigenze della stessa amministrazione, si deve ragionevolmente intendere il monte ore mensile indicato nella scheda addetti lotto 5, pari a 6.156,99 ore, come valore effettivo e

non teorico (cioè comprendente le ore di assenza a vario titolo del personale), quindi equiparato al numero di ore in concreto lavorate;

- avendo la Dussmann proposto (cfr. prospetto illustrato a pag. 9 della relazione tecnica prodotta in gara) un monte ore mensile lavorato pari a 4.661,97 ore, pur a fronte di un monte ore contrattuale o teorico dichiarato di 6.156,99 ore, è evidente che la sua offerta tecnica si poneva in contrasto con l'art. 7 del capitolato, o meglio con le specifiche tecniche ivi inserite che richiedevano un monte ore mensile effettivo (o lavorato) non inferiore a 6.156,99 ore;

- è appena il caso di osservare che l'offerta presentata in sede di gara deve essere conforme sin dal principio alle caratteristiche tecniche previste nel capitolato per i beni o i servizi da fornire, atteso che difformità, anche parziali, si risolvono in un "aliud pro alio", che giustifica l'esclusione dalla selezione; pertanto, ai fini dell'esclusione, non è necessaria un'espressa previsione in tal senso, essendo sufficiente il riscontro della difformità dell'offerta proposta rispetto alle specifiche tecniche richieste dalla lex specialis, le quali, in quanto tali, assumono valore di elementi essenziali dell'offerta ai fini del soddisfacimento delle particolari esigenze dell'amministrazione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 26 gennaio 2018 n. 565; Consiglio di Stato, Sez. V, 5 maggio 2016 n. 1818);

- ne discende che la palese difformità tra offerta tecnica della Dussmann e specifiche tecniche di cui all'art. 7 del capitolato quanto a monte ore mensile effettivo, non poteva che determinare la sua esclusione dalla gara;

- per converso, non convincono le eccezioni formulate al riguardo dalle difese dell'amministrazione universitaria e della società controinteressata, così complessivamente compendiabili: a) la scheda

addetti lotto 5, nello stabilire che il servizio da garantire all'amministrazione si sarebbe dovuto attestare ad un livello di disimpegno almeno pari a 6.156,99 ore mensili, ha preso a riferimento le ore di servizio comunicate all'Ateneo dalle ditte uscenti, che sono parametrate sulla base del dato delle ore contrattuali o teoriche, il che trova conferma nel fatto che per un addetto a tempo pieno di quinto livello, la medesima scheda ha indicato un monte ore mensile pari a 173,33 ore, che corrisponde a 40 ore settimanali e alle 2088 ore annue teoriche riportate nelle tabelle ministeriali del settore multiservizi; b) se le ore considerate dalla scheda addetti lotto 5 fossero quelle effettivamente lavorate e non quelle teoriche, "si richiederebbero prestazioni per lavoratore ben superiori alle medie nazionali con conseguenti violazioni anche di contrattazione collettiva" e si determinerebbe una lievitazione dei costi del personale incompatibile con la stima dell'importo posto a base di gara; c) anche i concorrenti aggiudicatari degli altri lotti del servizio di pulizia e igiene ambientale hanno prefigurato nelle proprie offerte tecniche un'organizzazione del servizio con un impegno orario mensile nel senso fatto proprio dalla Dussmann; d) la lex specialis non contiene alcuna prescrizione secondo la quale l'offerta tecnica deve rispettare un monte ore lavorativo minimo a pena di esclusione;

- infatti, giova replicare quanto segue con riguardo ad ogni singola obiezione: i) la circostanza, peraltro non dimostrata documentalmente, che siano state prese come punto di riferimento le ore di servizio delle ditte uscenti individuate su base contrattuale o teorica, non esclude che l'amministrazione universitaria possa aver autonomamente assemblato il proprio fabbisogno orario tenendo

conto delle esigenze effettive e, quindi, ragguagliando le ore teoriche a quelle lavorate in modo da assicurare un livello ottimale di espletamento del servizio comprensivo anche delle sostituzioni del personale assente. D'altro canto, il fatto che la scheda addetti abbia riportato per un solo dipendente un monte ore corrispondente a 40 ore settimanali, cioè coincidente con il dato contrattuale, è scarsamente indicativo non solo perché si tratta di una sola unità lavorativa su 49, ma anche perché (e il rilievo in questo caso assume valore dirimente) la scheda addetti va necessariamente letta in combinazione con l'art. 7 del capitolato, che inequivocabilmente qualifica il monte ore mensile fissato nella scheda in termini di ore effettive e cioè lavorate (cfr. negli stessi sensi qui esplicitati Consiglio di Stato, Sez. III, 20 dicembre 2016 n. 5395); ii) qualora il monte ore mensile effettivo dovesse comportare per qualche lavoratore lo sforamento dell'orario contrattuale settimanale imponendogli prestazioni superiori alle medie nazionali, l'impresa aggiudicataria potrà ovviare a tale eventuale inconveniente mediante gli ordinari istituti delle turnazioni, delle sostituzioni o del lavoro straordinario, ferma restando la copertura del fabbisogno minimo richiesto dalla stazione appaltante. Quanto alla lievitazione dei costi del personale e alla sua asserita incompatibilità con l'importo posto a base di gara, la discrasia evidenzierebbe una possibile incongruenza tra la stima dell'appalto contenuta nel bando e l'art. 7 del capitolato che impone un impegno orario effettivo, incongruenza allo stato irrilevante perché non oggetto del presente giudizio e comunque non attinta dall'intervento in autotutela della stessa amministrazione. Ad ogni modo, l'ipotizzata incompatibilità appare anche scarsamente plausibile, se solo si pone attenzione al dato che la media dei ribassi

offerti dalle 27 imprese partecipanti si è attestata a ben oltre il 30% in meno dell'importo posto a base di gara (cfr. al riguardo, per una più definita rappresentazione, il riepilogo dei punteggi con ribassi depositato dalla società controinteressata il 28 dicembre 2018); iii) nemmeno è indicativo il comportamento assunto dai concorrenti aggiudicatari degli altri lotti del servizio, peraltro non suffragato da alcuna evidenza probatoria, che ben potrebbe, al pari di quello posto in essere dalla Dussmann, rivelarsi violativo delle prescrizioni di cui all'art. 7 del capitolato; iv) infine, si è già chiarito che, non garantendo l'offerta tecnica dell'aggiudicataria il soddisfacimento delle specifiche tecniche inerenti al monte ore mensile effettivo, la stessa doveva essere esclusa anche a prescindere da un'espressa clausola espulsiva contenuta nella lex specialis;

- ne discende, alla luce di quanto sopra esposto, che il provvedimento di aggiudicazione del servizio, reso con decreto del Direttore Generale n. 995 del 16 ottobre 2018, è illegittimo per violazione dell'art. 7 del capitolato, dovendo l'aggiudicataria Dussmann essere esclusa dalla procedura per non rispondenza dell'offerta tecnica al requisito del monte ore mensile effettivo, e, pertanto, merita di essere rimosso dal mondo giuridico;

- restano, in ogni caso, assorbite le censure meno invasive rivolte nei confronti del provvedimento di aggiudicazione e quelle dedotte in via subordinata avverso la lex specialis di gara;

Considerato, altresì, che:

- deve essere rigettata la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto, non essendo stata dimostrata la sua avvenuta stipula, con conseguente inammissibilità della connessa istanza risarcitoria in

forma specifica per carenza della condizione dell'azione prevista dall'art. 124 c.p.a.;

Ritenuto, in conclusione, che:

- il ricorso deve essere accolto nei limiti sopra precisati mediante l'annullamento dell'impugnato provvedimento di aggiudicazione;

- le spese processuali devono essere addebitate alla soccombente amministrazione universitaria nella misura liquidata in dispositivo, mentre vanno compensate per il resto in ragione della omogeneità delle posizioni giuridiche rivestite dalle imprese contendenti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti precisati in motivazione e, per l'effetto, annulla l'impugnato provvedimento di aggiudicazione, reso con decreto del Direttore Generale dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II" n. 995 del 16 ottobre 2018.

Condanna l'Università degli Studi di Napoli "Federico II" a rifondere in favore della società ricorrente le spese processuali, liquidate in complessivi € 3.000,00 (tremila/00), oltre IVA, CPA ed importo del contributo unificato come per legge. Spese compensate per il resto.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 22 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Carlo Dell'Olio, Consigliere, Estensore

Antonella Lariccia, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Carlo Dell'Olio

IL PRESIDENTE
Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO