

N. ____/____REG.PROV.COLL.
N. 04371/2021 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 4371 del 2021,
proposto da

La Pulita & Service S.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Vincenzo Augusto, Roberto D'Addabbo, con
domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo
studio dell'avvocato Vincenzo Augusto in Roma, viale Mazzini 73 Scala B Int. 2;

contro

Comune di Somma Vesuviana, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'avvocato Antonio Ausiello, con domicilio digitale come da PEC Registri
di Giustizia;

Agenzia Locale di Sviluppo dei Comuni dell'Area Nolana S.c.p.a., non costituita in
giudizio;

nei confronti

Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Giorgio Fraccastoro, con domicilio digitale

come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Seconda) n. 02157/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Somma Vesuviana e di Dussmann Service S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 aprile 2022 il consigliere Angela Rotondano e preso atto delle richieste di passaggio in decisione, senza preventiva discussione, depositate da parte degli avvocati Augusto, D'Addabbo, Ausiello e Fraccastoro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso notificato il 1 marzo 2021, la ditta Dussmann Servizi S.r.l. (di seguito “*Dussmann*”), che aveva partecipato, collocandosi al primo posto della graduatoria (con il miglior punteggio complessivo di 97,45 punti), alla procedura aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, indetta con bando pubblicato il 7 agosto 2020 dall’Agenzia locale per lo sviluppo dell’Area Nolana S.c.p.a. (di seguito solo “*CUC*”) per l’affidamento del servizio di pulizia e igiene ambientale degli immobili comunali di Somma Vesuviana, per un valore a base d’asta di € 800.400,00, di durata biennale con opzione di proroga semestrale, impugnava innanzi al Tribunale amministrativo per la Campania-Napoli la sua esclusione dalla gara disposta per anomalia dell’offerta (comunicatale con nota del RUP prot. n. 2397 del 29 gennaio 2021, richiamando le considerazioni di cui all’allegato verbale di gara n. 6 del 21 gennaio 2021 redatto dalla commissione giudicatrice, e poi confermata con nota prot. n. 5019 del 25 febbraio

2021 a seguito di istanza di annullamento in autotutela), unitamente ad ogni altro atto precedente, successivo, consequenziale e comunque connesso, formulando domanda risarcitoria sia in forma specifica che, in subordine, per equivalente monetario.

2. In particolare, la ricorrente Dussmann sosteneva l'illegittimità dell'esclusione disposta dalla Stazione appaltante per incongruità e omessa giustificazione del costo della manodopera (ovvero: perché calcolato dall'operatore economico moltiplicando il costo medio orario per le ore lavorate "*effettive*" anziché per quelle *contrattuali* offerte), lamentando «*Violazione e falsa applicazione degli artt. 23, comma 16, 30 e 97 del d.lgs. n. 50/2016; art. 3 della L. n. 241/1990; artt. 28 e 29 del disciplinare di gara; art. 12 del CSA; art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere per difetto di motivazione, travisamento, contraddittorietà. Illogicità manifesta. Abnormità. Irrazionalità. Irragionevolezza*».

2.1. Con motivi aggiunti la Dussmann assumeva poi l'illegittimità derivata, per le medesime censure articolate con il ricorso introduttivo, dell'aggiudicazione dell'appalto disposta in via definitiva (con determinazione n. 13 del 23 febbraio 2021), a seguito dell'esclusione per anomalia dell'offerta delle concorrenti che seguivano in graduatoria fino al sesto posto, in favore di La Pulita & Service S.c.a.r.l. (nel prosieguo "*La Pulita*"), settima classificata con un punteggio complessivo di 89,75 punti, alla quale il servizio era affidato in via anticipata a far data dal 1 marzo 2021.

3. Con la sentenza n. 2157 del 31 marzo 2021, resa in forma semplificata, il Tribunale amministrativo, disattesa l'eccezione preliminare di inammissibilità sollevata dal Comune, ha accolto il ricorso e annullato il provvedimento di esclusione e gli atti impugnati, ordinando alla stazione appaltante di pronunciarsi nuovamente sulla congruità dell'offerta della società ricorrente, avendo cura di "*verificare l'attendibilità e correttezza di entrambi i fattori della moltiplicazione, ossia il monte ore effettivo indicato in sede di giustificazioni ed il costo medio orario*".

4. Per la riforma della sentenza ha proposto appello l'aggiudicataria la Pulita, deducendone l'erroneità e ingiustizia.
- 4.1. Il Comune di Somma Vesuviana si è costituito nel presente giudizio in senso adesivo alle tesi dell'appellante, chiedendo l'accoglimento del gravame.
- 4.2. Si è costituita in resistenza l'originaria ricorrente Dussmann che ha insistito per il rigetto dell'appello.
- 4.3. Con ordinanza n. 4020/2021 del 16 luglio 2021 l'istanza cautelare è stata accolta, sussistendone i presupposti di *fumus* e *periculum*, al fine di assicurare la continuità del servizio in corso di esecuzione affidato all'odierna appellante, in assenza di pregiudizi gravi e irreparabili per l'interesse dell'originaria ricorrente.
- 4.4. In vista dell'udienza pubblica le parti hanno depositato memorie conclusionali e di replica, con cui hanno illustrato le rispettive tesi difensive, rappresentando anche le seguenti ulteriori circostanze.
- 4.5. Dopo la camera di consiglio per la trattazione cautelare, la stazione appaltante ha proceduto alla riedizione della verifica di anomalia dell'offerta, confermando la valutazione di incongruità e inaffidabilità dell'offerta, ciò determinando la nuova esclusione della ditta Dussmann (con determina n. 557/2021 del 27.10.2021) e la riaggiudicazione del servizio in favore dell'impresa La Pulita.
- 4.6. La Dussmann ha impugnato la nuova esclusione adottata dall'ente comunale e i verbali e note della CUC relativi alla rinnovata verifica di anomalia dinanzi al TAR Napoli che con sentenza n. 1340/2022 ha respinto il ricorso ritenendo la valutazione della stazione appaltante logica e corretta; anche tale sentenza è stata appellata dalla Dussmann.
- 4.7. Dussmann ha quindi eccepito l'improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza di interesse.
- 4.8. Nel merito ne ha poi argomentato comunque l'infondatezza richiamando a sostegno delle sue tesi quell'orientamento giurisprudenziale (da ultimo, Cons. Stato, V, 15 febbraio 2021, n. 1317; V, 12 giugno 2017, n. 2815) secondo cui in

sede di verifica dell'anomalia non va assunto a criterio di calcolo il "*monte-ore teorico*", comprensivo anche delle ore medie annue non lavorate (per ferie, festività, assemblee, studio e altre evenienze) di un lavoratore che presti servizio per tutto l'anno, ma deve invece considerarsi il "*costo reale*" (o costo ore lavorate effettive, comprensivo dei costi delle sostituzioni).

4.9. All'udienza pubblica del 21 aprile 2022, la causa è passata in decisione.

DIRITTO

5. Va anzitutto esaminata l'eccezione di improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza di interesse sollevata dalla Dussmann.

5.1. L'eccezione è infondata.

5.2. Ritene il Collegio che la riedizione della verifica di anomalia svolta dalla Stazione appaltante in mera esecuzione della sentenza di primo grado non renda improcedibile il gravame.

5.3. L'ordinanza cautelare n. 4020/2021 di questa Sezione ha sospeso l'esecutività della sentenza appellata per assicurare la continuità del servizio svolto dall'odierna appellante, senza con ciò impedire la possibilità di rinnovata verifica da parte dell'amministrazione ordinata dalla sentenza, in base ai parametri e criteri ivi indicati, impregiudicata comunque ogni valutazione sulla correttezza del giudizio di anomalia dell'offerta posto a fondamento dell'impugnata esclusione.

È infatti tuttora controverso il criterio di riferimento per la valutazione del costo della manodopera, effettuata dalla stazione appaltante prendendo a parametro di calcolo le ore contrattuali di lavoro anziché le ore effettive.

Permane, dunque, integro l'interesse dell'appellante, aggiudicataria del servizio oggetto di affidamento, a una pronuncia di merito sulla corretta impostazione dei criteri di calcolo adoperati dalla Stazione appaltante per determinare il costo della manodopera e contestati con il ricorso introduttivo del giudizio, al fine di verificare la legittimità della valutazione di anomalia dell'offerta della Dussmann e dell'esclusione di quest'ultima dalla gara.

5.4. È altresì infondata l'eccezione di inammissibilità della costituzione del Comune sollevata sempre *in limine* dalla Dussmann: in particolare quest'ultima sostiene che l'Amministrazione comunale, in qualità di parte soccombente in primo grado, avrebbe dovuto impugnare la sentenza autonomamente, se del caso anche in via incidentale.

5.5. Osserva, invece, il Collegio che la costituzione in giudizio, in fase di gravame, del controinteressato soccombente in prime cure (che non abbia ritenuto di impugnare autonomamente la sentenza e neppure abbia proposto appello incidentale, limitandosi al deposito di memoria non notificata) è senz'altro ammissibile, in ragione del principio del giusto processo, che autorizza - ferma restando la ribadita preclusione alla immutazione o integrazione del *thema decidendum* – l'intervento in posizione meramente adesiva (Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 2021, n. 796; si veda anche in termini analoghi Cons. di Stato, sez. V, 23 marzo 2020, n. 1771; sez. V, 28 febbraio 2020, n. 1448). Non si tratta, invero, di intervento *ad adiuvandum* in senso tecnico, ma di mera costituzione (con deposito di memoria difensiva) in posizione adesiva, basata sulla posizione di cointeressenza sostanziale, in sede di impugnazione della sentenza sfavorevole, rispetto all'iniziativa impugnatoria autonomamente assunta dal cointeressato formalmente appellante.

5.6. Dunque il Comune, che non ha inteso far valere propri autonomi motivi di doglianza, ben ha potuto costituirsi in giudizio in senso adesivo alle conclusioni dell'appello proposto dall'aggiudicataria, insistendo per il suo accoglimento, per la riforma della sentenza gravata e la conferma dei provvedimenti impugnati in primo grado.

La costituzione del Comune (che, seppure soccombente, non ha ritenuto di impugnare la sentenza) è, pertanto, ammissibile.

5.7. Infine può prescindersi dall'esame dell'eccezione preliminare di inammissibilità del deposito documentale dell'appellante, per violazione dell'art. 104, comma 2, c.p.a., formulata dalla Dussmann (con riferimento ai documenti

contraddistinti agli allegati 5 “*Quesiti FAQ*”, 8 “*Offerta tecnica La Pulita (estratto)*”, 9 “*Offerta economica La Pulita*”, 29, 30, 31 e 32), trattandosi di documentazione non rilevante ai fini della decisione dell’appello.

6. Tanto preliminarmente rilevato, nel merito l’appello è fondato.

7. Prima di procedere all’esame delle questioni poste dall’appello, occorre brevemente soffermarsi sui concetti di: *a)* monte ore contrattuale; *b)* monte ore teorico; *c)* ore mediamente lavorate.

Il monte ore contrattuale si riferisce al rapporto tra stazione appaltante ed 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 (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’offerta delle ore teoriche da parte della concorrente esprime, pertanto, 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.

In tal senso non sbaglia dunque la sentenza appellata laddove afferma che il monte ore effettivo va utilizzato per calcolare il costo medio orario del lavoro; e a tal fine va adeguatamente giustificato il modo in cui l'impresa perviene alla sua determinazione.

7.1. Tanto evidenziato, l'esclusione dalla gara dell'originaria ricorrente è stata disposta per anomalia dell'offerta in relazione alla ritenuta incongruità nonché alla mancata giustificazione dei costi della manodopera (in particolare, del monte ore teorico offerto e delle ore annue mediamente non lavorate).

7.2. La sentenza appellata ha, per converso, ritenuto che non fosse erronea la quantificazione del costo del lavoro operata dalla ricorrente, costituente il prodotto tra il *costo medio orario* (comprensivo anche dei costi delle sostituzioni) e *“il numero di ore che rappresenta l'effettivo tempo di servizio offerto”*, in quanto l'altro fattore della moltiplicazione da assumere a base di calcolo per la determinazione del costo della manodopera non potrebbe che essere il monte ore *“concreto, che esprime il tempo reale dei servizi”*: infatti, ad avviso del primo giudice, *“diversamente opinando, assumendo, cioè di quantificare come fattori il costo orario medio e il monte ore teorico, si richiederebbe di calcolare due volte parte del costo, cioè quello al netto delle sostituzioni”*.

Secondo la sentenza di primo grado tale ragionamento sarebbe, in particolare, coerente con quella giurisprudenza la quale afferma che *“il costo medio orario si ottiene correttamente riducendo il divisore, quindi tenendo conto del monte ore effettivo, dal momento che si assume come elemento di calcolo un dato reale di costo, così come costituisce dato reale quello che esprime il tempo complessivo in cui si sostanzia l'impegno contrattuale dell'offerente nei confronti della pubblica amministrazione.”*.

7.2. Ritiene, invece, il Collegio che la Stazione appaltante ha legittimamente ritenuto incongrua l'offerta e insufficienti le giustificazioni fornite dalla Dussmann con riguardo al costo del lavoro.

7.3. Infatti, la concorrente Dussmann, pur essendosi impegnata in sede di offerta tecnica alla prestazione di complessive 30.344,60 ore biennali, 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 22.976,44 ore biennali.

7.3.1. Più in particolare, in sede di offerta tecnica la Dussmann, aderendo (come è pacifico e incontestato dalle parti) alle indicazioni della *lex specialis* laddove richiedeva alle ditte concorrenti l'impiego nella commessa di complessive 278 ore settimanali, 14.456 ore annuali e 28.912 ore biennali (avendo poi la Stazione appaltante ulteriormente confermato nel chiarimento n. 3 che il monte ore così indicato nel Capitolato era da considerarsi come "*minimo*"), ha proposto l'impiego nella commessa di 18 addetti ai lavori (di cui 16 di II livello e 2 di III livello), prevedendo così anche l'utilizzo di una unità in più di II livello rispetto al personale già operante alle dipendenze del gestore uscente (per il quale era previsto, in applicazione della clausola sociale contemplata dalla legge di gara, il prioritario assorbimento da parte del nuovo aggiudicatario del contratto di appalto: cfr. art. 7 del Disciplinare e art. 11 del Capitolato speciale con allegato prospetto del personale già utilizzato, costituito da 17 operatori di cui 15 inquadrati nel II livello del CCNL Multiservizi e impiegati per complessive 238 ore settimanali e 2 nel III livello per complessive 40 ore settimanali, per 278 ore complessive settimanali).

7.3.2. Sennonché, l'operatore economico, che nell'offerta tecnica si era impegnato, secondo le indicazioni degli atti di gara, ad impiegare 18 addetti ai lavori per 15.172,30 "*ore contrattuali*" annuali e 11.488,22 "*ore lavorate*" annuali, aveva proposto un'offerta economica ribassata del 24,28% e previsto un costo della manodopera pari a €362.203,24 al netto di IVA, ha poi, in sede di giustificazioni (cfr. chiarimenti resi da Dussmann con nota del 23 dicembre 2020), precisato che il costo della manodopera esposto era stato ottenuto assumendo a riferimento le sole

ore *lavorate* biennali, pari a complessive 22.976,44, e non quelle *contrattuali* biennali, pari a complessive 30.344,60.

7.3.3. Nello specifico, Dussmann aveva previsto:

- per 16 addetti di II livello, 18.819,64 ore lavorate biennali, un costo orario medio di €15,55 e un costo della manodopera biennale di €292.645,39;
- per 2 addetti di III livello, 4.156,80 ore lavorate biennali, un costo orario medio di €16,30 e un costo della manodopera biennale di €67.755,84.

7.3.4. In sostanza Dussmann ha quantificato nella sua offerta il costo biennale della manodopera (per un totale di € 362.203,24, così suddiviso: € 292.645,39 per i sedici addetti di secondo livello, € 67.755,84 per le due unità lavorative di terzo livello, oltre ad € 1.802,01 a titolo di riserva del costo della manodopera per ulteriori costi non prevedibili), con un costo orario medio da tabella ministeriale di €15,55 (per i sedici addetti di secondo livello), nonché un costo medio orario di € 16,30 (per i due addetti terzo livello), moltiplicando però il costo orario medio per le sole ore lavorate biennali (c.d. *monte ore effettivo*), così pervenendo a una riduzione del 24,29 per cento rispetto al *monte ore contrattuale offerto*, senza però fornire giustificazioni in merito.

7.4. Su queste basi correttamente l'impugnato provvedimento di esclusione ha quindi concluso che “*il costo della manodopera non può che essere determinato dalle ore contrattuali offerte in gara (rispetto alle quali peraltro è stato anche valutato il progetto tecnico)*” in quanto è “*su tale valore, e non sulle ore lavorate, che deve giustificarsi il costo orario complessivo*”.

7.4. Al riguardo, la Dussmann sostiene:

- di aver giustificato il costo della manodopera ricorrendo ai valori del CCNL Multiservizi aggiornato al 2013 e attualmente in vigore, calcolando il costo della manodopera per l'intera durata contrattuale come da tabella allegata;
- di aver previsto, nel pieno rispetto della clausola sociale, l'assorbimento di tutto il personale coinvolto nella precedente gestione, aggiungendo anche una figura di 3° livello, applicando esattamente il costo medio orario del lavoro indicato dalle

tabelle allegate al CCNL Multiservizi;

- di non essersi quindi discostata dai parametri tabellari, *“né in termini di costi né di ore lavorate”*, che avrebbe dovuto giustificare;

- di non aver in particolare operato alcuna *“riduzione del costo medio orario così come risultante dalle tabelle ministeriali (salvo che per l’azzeramento della rivalutazione del TFR)”*, e di aver successivamente moltiplicato tale valore per le ore effettive lavorate, in quanto diversamente ragionando- e cioè moltiplicando il costo medio orario per il monte ore contrattuale, contenente già le ore di assenza- si perverrebbe, a suo avviso, a *“una illegittima duplicazione dei costi di sostituzione”*;

- che tale *modus operandi* sarebbe conforme al costante indirizzo della giurisprudenza secondo cui il costo orario medio da considerare ai fini della verifica di anomalia va determinato in relazione alle ore effettivamente lavorate dal dipendente (Cons. Stato, Sez. V, 13 novembre 2020, n. 6987), essendo il costo tabellare medio indicativo di quello *“effettivo”*, che include i costi delle sostituzioni cui il datore di lavoro deve provvedere per ferie, malattie e tutte le altre cause di legittima assenza dal servizio (Cons. Stato, Sez. V, 12.6.2017, n. 2815; Cons. Stato, Sez. III, 2.3.2017, n. 974; Cons. Stato, Sez. III, 2.3.2015, n. 1020).

7.4.1. La ricorrente aggiunge poi che nessun rilievo può assumere il raffronto con i dati di gestione del servizio da parte dell’appellante in quanto, come statuito dalla giurisprudenza, la verifica di congruità di un’offerta sospetta di anomalia non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre (e differenti) offerte, ma va condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi dell’offerta analizzata e alla capacità dell’impresa, tenuto conto della propria organizzazione aziendale e, se del caso, della comprovata esistenza di particolari condizioni favorevoli esterne.

7.5. Le riassunte argomentazioni non conducono a un giudizio di illegittimità della verifica di anomalia condotta dalla Stazione appaltante né dei suoi esiti.

7.6. Infatti, come da quest'ultima ritenuto solo il valore delle *ore contrattuali annuali* è quello da assumere a riferimento, sia per la valutazione dell'offerta tecnica, sia per il calcolo del costo complessivo della manodopera: 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.

7.6.1. 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 per il tramite delle sostituzioni.

7.6.2. In sostanza, sono le ore contrattuali annue indicate da Dussmann in offerta tecnica ad esprimere "*il tempo complessivo in cui si sostanzia l'impegno contrattuale dell'offerente nei confronti della pubblica amministrazione*": è quest'ultimo, dunque, il *dato reale* da assumere come elemento per il calcolo totale del costo della manodopera.

7.6.3. L'operatore economico avrebbe, quindi, 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 impegnato contrattualmente nei confronti dell'Amministrazione.

Al contrario, utilizzando il valore delle ore lavorate (ricavate dall'abbattimento secco e pieno delle ore contrattuali depurate delle ore di assenza) quale moltiplicatore del costo orario medio, come ha fatto l'originaria ricorrente, si ottiene un costo della manodopera che non tiene conto delle fisiologiche assenze dal lavoro e dei costi aggiuntivi che il datore di lavoro dovrà comunque sopportare per sostituire il personale assente.

Infatti, l'utilizzo delle ore contrattuali - in luogo di quelle lavorate - come parametro di calcolo del costo della manodopera fa sì che per la determinazione di quest'ultimo venga inglobato anche il costo ulteriore per l'impresa, derivante

dall'impiego di altro personale nella misura necessaria a sopperire alle assenze dal lavoro: ne consegue che solo l'applicazione delle ore contrattuali consente di rappresentare l'effettivo costo che l'impresa deve sostenere per lo svolgimento della commessa secondo le modalità per cui si è impegnata in sede di offerta.

7.6.4. Ebbene, l'offerta economica della concorrente espone un valore tempo di ore del personale impiegato nella commessa, che risulta conforme alle previsioni della *lex specialis* di gara - in quanto coerente con il monte ore del personale già impiegato ed oggetto di passaggio nel cambio appalto (che, come detto, sviluppa 14.456 ore annuali, cui devono aggiungersi quelle dell'unità in più offerta dalla Dussmann) -, e che corrisponde all'impegno contrattuale assunto nei confronti della Stazione appaltante.

7.6.5. Ne consegue che l'indicazione in offerta tecnica del diverso e inferiore valore delle ore lavorate annuali, ricavato sottraendo dalle ore contrattuali offerte tutte le ore per la sostituzione del personale titolare, non esprime adeguatamente l'impegno contrattuale, ovvero il numero di ore che la ditta deve, comunque, assicurare alla Stazione appaltante nell'esecuzione della commessa.

7.7. Deve, pertanto, concludersi che la sentenza di prime cure, pur richiamando un principio astrattamente corretto e in generale condivisibile (secondo cui il costo della manodopera si ottiene moltiplicando il costo orario medio per le ore per le quali l'offerente si è impegnato contrattualmente nei confronti della Pubblica Amministrazione), non ne ha fatto coerente applicazione con riferimento al caso di specie.

È, invece, corretto il metodo di calcolo del costo della manodopera impiegato dalla Stazione appaltante nella verifica di anomalia, assumendo come moltiplicatore, oltre al costo orario medio, le ore contrattuali offerte per la commessa, tale essendo *il monte ore concreto che esprime il tempo reale del servizio*, senza con ciò operare alcuna duplicazione del costo delle sostituzioni.

7.7.1. Invero, tanto è ben chiarito dall'appello, laddove, con il supporto di richiami

giurisprudenziali, si evidenzia che, suddividendo il costo annuo lordo di un operatore – come desumibile dalle tabelle ministeriali o come di fatto corrisposto da un operatore ai propri dipendenti – non per il monte ore di lavoro teorico annuo, al quale quel costo si riferisce, ma per un numero di ore di lavoro inferiore, che tenga conto di un certo numero di ore di assenza, si ottiene automaticamente un costo orario che già ingloba in sé il costo delle ore di assenza: ciò perché, appunto, l'intero costo annuo lordo viene spalmato su un monte ore lavorative inferiore a quello che genera quella retribuzione e quel costo annuo lordo. In tal modo si ricava quello che è un costo orario “*medio*” della manodopera, riferibile ad un certo tipo di operatore, con un certo livello stipendiale.

A questo punto, al fine di stabilire il costo necessario a garantire la presenza di un operatore per un predeterminato numero di ore è sufficiente moltiplicare il citato costo orario “*medio*”, che è già idealmente inclusivo dei costi di sostituzione per assenza, per il numero di ore di lavoro richieste dalla commessa, senza dover aggiungere il costo di manodopera sostitutiva. Per questa ragione nelle tabelle ministeriali, oltre ad essere calcolato il costo annuo lordo, si determina, a partire dall'orario contrattuale teorico, prima il costo orario “*effettivo*”, e poi, dedotto un certo numero di ore di assenza retribuita, anche il costo orario “*medio*”, che include anche il costo delle assenze e che, dunque, può essere utilizzato per calcolare il costo effettivo della manodopera riferibile ad un determinato monte ore richiesto da una commessa.

7.7.2. In altri termini, il *monte ore effettivo* (determinato delle 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).

In tal senso, deve essere inteso quel principio giurisprudenziale, bene richiamato anche dalla sentenza appellata, secondo cui “*il costo medio orario si ottiene correttamente riducendo il divisore, quindi tenendo conto del monte ore effettivo*”,

ossia assumendo come elemento di calcolo “*un dato reale di costo*” (sì da giungere a una retribuzione oraria in linea con i parametri delle tabelle ministeriali).

7.7.3. Tuttavia, 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, del tutto 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 (in tali esatti termini, Consiglio di Stato, sez. V, 20 aprile 2021, n. 3200).

7.7.4. Dunque il monte ore effettivo ben può essere utilizzato per giungere alla determinazione del costo orario medio, ovvero quale *divisore*, ma tale costo va poi 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).

7.7.5. Diversamente, ovvero utilizzando come moltiplicatore il valore inferiore delle ore effettive annuali, come fa la Dussmann, alla Stazione appaltante risulterebbe assicurato l'impegno nel servizio di un tempo concreto reale di 11.488,22 ore annuali, significativamente inferiore rispetto alle 15.172,30 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).

7.7.5. Viceversa, rapportando, come è corretto, il costo della manodopera offerto al numero di ore contrattuali offerte dalla Dussmann, si avrà un costo medio orario che si discosta considerevolmente per difetto (risultando, in particolare, inferiore del 24,28 per cento) da quello indicato in sede di giustificazioni dalla concorrente; moltiplicando, invece, il costo orario medio come indicato in sede di giustificazioni con le ore contrattuali biennali offerte, si avrà un costo della manodopera di gran lunga superiore (complessivamente pari, per gli operatori che la Dussmann ha

dichiarato di voler impiegare nella commessa, a un totale di €475.975,72) a quello indicato in sede di offerta economica e giustificato (pari ad €362.203,24).

7.7.5 L'esclusione dalla gara di Dussmann è stata, dunque, legittimamente motivata sull'incongruità del costo della manodopera, sussistendo una divergenza considerevole tra la somma complessiva quantificata dalla concorrente in sede di gara e quella oggetto di giustificazioni, con un rilevante scostamento in riduzione del 24,29%.

7.8. Ciò posto, giova evidenziare come l'errore di fondo che si annida nel ragionamento dell'originaria ricorrente, recepito anche dalla sentenza appellata, risiede nell'erroneo convincimento secondo cui ciò che deve essere giustificato in sede di procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è il solo costo effettivo della manodopera e non quello teorico contrattuale.

7.8.1. Al contrario, se è vero sono consentiti motivati scostamenti dai valori indicati dalle tabelle ministeriali sul costo del lavoro (che, come affermato dalla consolidata giurisprudenza, non possono costituire parametri inderogabili dal cui mancato rispetto possa essere automaticamente desunta l'inattendibilità dell'offerta economica, non potendo essi, nella loro formulazione statistica, considerare l'effetto di tutti i fattori di incidenza sul costo medio del lavoro, valore quest'ultimo per la cui determinazione tabellare si considerano le *ore mediamente lavorate*, che scaturiscono detraendo dalle ore contrattuali le ore annue non lavorate, in parte predeterminabili in misura fissa, in altra parte suscettibili di variazione caso per caso: cfr. in termini Cons. Stato, sez. V, 28.1.2019, n. 690; Consiglio di Stato, VI, 20 ottobre 2020, n. 6336: id. 4 dicembre 2019, 8303), è però anche vero che le offerte che si discostino dai costi medi del lavoro indicati nelle tabelle ministeriali possono considerarsi anormalmente basse qualora la discordanza sia considerevole ed ingiustificata.

7.8.2. Orbene, nel caso di specie, lo scostamento del costo orario medio indicato in sede di giustificazioni è stato correttamente quantificato dai provvedimenti impugnati in una riduzione considerevole di circa il 24,29% rispetto a quello

individuato dalla concorrente nella propria offerta tecnica e al valore indicato dalle tabelle ministeriali e non è stato affatto giustificato dalla concorrente Dussmann; i chiarimenti resi da quest'ultima sono, pertanto, del tutto insufficienti a escludere l'anomalia dell'offerta in relazione al costo del lavoro.

7.9. Alla luce delle considerazioni svolte non andava, pertanto, rinnovata la verifica di anomalia dell'offerta prima classificata.

7.9.1. Infatti, l'impugnato provvedimento di esclusione è legittimo laddove ha correttamente ritenuto che il costo della manodopera non può che essere determinato dalle ore contrattuali offerte in gara (rispetto alle quali peraltro è stato anche valutato il progetto tecnico), sicché è su tale valore, e non sulle ore lavorate, che deve giustificarsi il costo orario complessivo.

La concorrente ha, invece, utilizzato il *monte ore effettivo* non solo come *divisore* per addivenire al costo orario medio (operazione pacificamente consentita secondo il principio giurisprudenziale richiamato dalla sentenza appellata), ma, erroneamente, anche come *moltiplicatore* per calcolare il costo complessivo della manodopera (che andava invece, come detto, determinato con riferimento al monte ore "*contrattuale*", che copre sia le ore lavorate sia le ore non lavorate per le quali devono essere impiegate unità in sostituzione ai fini della regolare esecuzione del servizio).

7.9.2. Anche il richiamo all'orientamento giurisprudenziale che rinvia al costo reale per la determinazione del costo medio orario è suggestivo, ma non coglie nel segno: infatti, come evidenziato, il costo reale può essere utilizzato, quale divisore, per determinare il costo medio orario, ma questo va poi moltiplicato per le ore contrattuali offerte (comprensive delle sostituzioni), in quanto esse rappresentano l'effettivo costo che l'impresa si è impegnata in offerta a sostenere nell'esecuzione del servizio da garantire alla stazione appaltante.

7.9.3. In conclusione, la sentenza appellata, pur muovendo da premesse corrette, ha raggiunto conclusioni non condivisibili laddove, disponendo la riedizione della

verifica di anomalia, ha sostanzialmente recepito la tesi di Dussmann secondo cui, oltre al costo medio orario, l'altro fattore da utilizzare per la quantificazione del costo della manodopera è rappresentato dal solo monte ore effettivo, anziché dal monte ore contrattuale (che esprime, invece, il reale impegno assunto dalla concorrente nell'offerta).

7.9.4. Alla stregua delle sopra esposte considerazioni, la valutazione di anomalia compiuta dalla stazione appaltante si presenta, quindi, logicamente e adeguatamente motivata, nonché fondata su una corretta impostazione dei criteri in concreto adoperati.

8. L'appello deve essere, pertanto, accolto, a ciò conseguendo, in riforma della sentenza impugnata, la reiezione del ricorso di primo grado e dei motivi aggiunti proposti dalla Dussmann Service S.r.l..

9. Sussistono giusti motivi, per il complessivo andamento della controversia e per la particolarità delle questioni trattate, per disporre la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso e i motivi aggiunti proposti in primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO