

N. 01606/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00503/2023 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 staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 503 del 2023, proposto da AF Service S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Zaira D'Alessandro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Alba Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Grattacaso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Battipaglia, via Roma 60/D; SSD S.r.l. di Tullio Security Service, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo Grimaldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Sarno, via Piani 13;

***per l'annullamento***

- della determina gestionale n. 2 del 30.01.2023, e di ogni atto presupposto e successivo;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Alba Srl e di SSD S.r.l. di Tullio Security Service;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2023 la dott.ssa Anna Saporito e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Alba Srl - società interamente partecipata dal Comune di Battipaglia, che si occupa della gestione del servizio rifiuti e di altri servizi pubblici locali per conto del medesimo Comune - ha indetto procedura di gara per l'affidamento del servizio di portierato e controllo accessi (da espletarsi presso le sedi aziendali di Alba in Battipaglia, via R. Jemma e via Spineta, nonché presso la sede del Municipio di Battipaglia, in piazza A. Moro) per la durata di mesi sei e per un importo a base di gara di € 39.659,90, oltre IVA, da aggiudicarsi mediante il criterio del massimo ribasso.

All'esito della procedura di gara si è collocata al primo posto in graduatoria la società SSD srl di Tullio Security Service (d'ora innanzi, "Di Tullio"), cui la commessa è stata aggiudicata con determina n. 2 del 30.01.2023; seconda graduata è risultata la società AF Service, odierna ricorrente.

2. Con atto notificato il 1° marzo 2023 e depositato il successivo 15 marzo, AF Service ha impugnato l'aggiudicazione articolando, con due distinti motivi, censure di eccesso di potere (per carenza di motivazione, manifesta ingiustizia ed illogicità, violazione dei principi di imparzialità, trasparenza, *par condicio*) e violazione di legge. Nello specifico, la ricorrente ha dedotto che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per non aver indicato i propri costi della manodopera, in violazione dell'art. 95, comma 10, d.lgs. 50/2016 (primo motivo); più a monte, non avrebbe potuto partecipare alla gara in quanto operatore uscente, in applicazione del principio di rotazione ex art. 36 del codice degli appalti (secondo motivo).
3. Con decreto n. 134 del 16 marzo 2023 è stata respinta l'istanza di misure cautelari monocratiche *“ritenuto che, allo stato, in ragione dell'effetto sospensivo automatico di cui all'art. 32, comma 11, D. Lgs. n. 50/2016 (che non consente la stipula del contratto nelle more della decisione dell'istanza cautelare ordinaria), non sussistono i presupposti di ammissibilità della chiesta tutela cautelare provvisoria”*.
4. Si è costituita la controinteressata Di Tullio, che ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice adito poiché la gara è stata bandita da Alba per l'affidamento del servizio interno di portierato e controllo accessi delle proprie sedi aziendali e non attiene in alcun modo all'attività da essa svolta *in house providing* in favore del Comune di Battipaglia; ha in ogni caso insistito per il rigetto del ricorso siccome infondato.
5. Con ordinanza n. 146 del 24 marzo 2023 è stata accolta la domanda cautelare, disponendo al contempo incumbenti istruttori.
6. Si è costituita Alba srl, depositando la documentazione richiesta dal Collegio e insistendo per la reiezione del gravame.

7. Previa ulteriore memoria di parte ricorrente, all'udienza pubblica del 21 giugno 2023 la causa è stata introitata in decisione.

8. Preliminarmente deve essere esaminata l'eccezione di difetto di giurisdizione, formulata dalla controinteressata sulla base della qualificazione di Alba srl quale impresa pubblica e, quindi, ente aggiudicatore, secondo la definizione dell'art. 3, comma 1, lett. e), d.lgs. n. 50 del 2016, soggetto all'osservanza della disciplina contenuta nelle sole parti II e III del citato d.lgs., disciplinanti gli appalti e le concessioni nei "settori speciali", e non anche nella parte I, concernente i settori ordinari. Pertanto, venendo in rilievo nel caso di specie un appalto avente ad oggetto il servizio interno di portierato e controllo accessi concernente le sedi aziendali della società, in alcun modo qualificabile come affidamento strumentale al settore "rifiuti", il giudice amministrativo risulterebbe sprovvisto di giurisdizione.

8.1. L'eccezione è infondata.

8.2. In disparte la considerazione che l'attività di portierato oggetto di affidamento riguarda anche la sede del Municipio di Battipaglia, dallo Statuto della società Alba emerge, all'art. 1, che *“è costituita, ai sensi dell'art. 2463 c.c., una società a responsabilità limitata a capitale interamente pubblico con la denominazione di “Alba s.r.l.” a socio unico, che adotta il modello organizzativo in house providing”*; a sua volta, l'art. 13 dello Statuto prevede le modalità attraverso le quali *“il socio pubblico esercita sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi”*.

La società Alba è quindi qualificabile come società *in house*. Come noto, la società *in house* è una società dotata di autonoma personalità giuridica che presenta connotazioni tali da giustificare la sua equiparazione ad un "ufficio interno" dell'ente pubblico che l'ha costituita, di modo tale che tra l'ente e la società è ravvisabile un rapporto di alterità non sostanziale, ma solo formale. Tali caratteristiche della

società *in house* giustificano e legittimano l'affidamento diretto, senza previa gara; ciò in quanto, nella sostanza, non si tratta di un effettivo "ricorso al mercato" (*outsourcing*), ma di una forma di "autoproduzione" o, comunque, di erogazione di servizi pubblici "direttamente" ad opera dell'amministrazione, attraverso strumenti "propri" (*in house providing*).

Tanto premesso sul piano generale, va osservato, quanto alla questione del regime giuridico degli affidamenti disposti dalla società *in house*, che anche prima dell'adozione del Testo Unico delle Società Partecipate (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175) la giurisprudenza era giunta alla conclusione secondo la quale le società *in house* - configurabili in termini sostanziali come organo dell'amministrazione controllante - sono tenute "ad osservare, per i propri affidamenti "a valle", i principi e le norme dell'evidenza pubblica" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2009, n. 2765).

Tale impostazione è stata recepita dall'art. 16, ultimo comma, del citato d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175, il quale stabilisce che le società *in house* sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 e che resta fermo quanto previsto dagli artt. 5 e 192 del medesimo d.lgs. n. 50 del 2016.

Ne discende che "le controversie attinenti le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture svolte dal gestore *in house* di un pubblico servizio rientrano nella giurisdizione amministrativa in ragione del fatto che le società *in house* ex art. 133, lett. e), n. 1 cod. proc. amm. sono comunque tenute, nella scelta del contraente, al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, come appunto dispone il citato art. 16, ultimo comma, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175" (TAR Veneto, sez. I, 4 novembre 2019, n. 1186).

9. Nel merito, risulta fondato, con portata assorbente, il primo motivo di ricorso, a mezzo del quale la ricorrente lamenta che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere

esclusa per non aver indicato i propri costi della manodopera, in violazione dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016.

9.1. Giova premettere che l'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, nella versione applicabile *ratione temporis* prevede che “*nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a)*”.

Come chiarito dalla giurisprudenza “*la ratio dell'obbligo dell'indicazione separata dei costi della manodopera è esplicitata nell'ultimo periodo dello stesso art. 95, comma 10, secondo il quale "le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto dall'art. 97, comma 5, lett. d)", vale a dire il rispetto dei minimi salariali retributivi del personale indicati nelle tabelle di cui all'art. 23, comma 16. Si tratta, all'evidenza, della finalità di tutela delle condizioni dei lavoratori*” (Consiglio di Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 283).

La portata escludente dell'inosservanza dell'obbligo in parola da parte del singolo operatore economico - ritenuta conforme ai principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza dalla Corte di Giustizia (sez. IX, 2 maggio 2019 in causa C-309/18) - è stata da ultimo confermata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nelle sentenze del 2 aprile 2020, n. 7 e n. 8.

L'omessa indicazione separata dei propri costi della manodopera, in quanto componente essenziale dell'offerta economica, è di regola sottratta, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici alla sanatoria mediante soccorso istruttorio. Tuttavia, la Corte di Giustizia ha enucleato talune ipotesi nelle quali, in base ai principi di trasparenza e di proporzionalità, deve ritenersi consentita la regolarizzazione dell'offerta mediante l'attivazione del soccorso istruttorio da parte

della stazione appaltante: *“i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice”* (CGUE, sez. IX, 2 maggio 2019 in causa C-309/18, cit.). Merita osservare che, nello specifico caso oggetto di esame da parte della Corte di Giustizia, il modello predisposto dalla stazione appaltante, che i concorrenti dovevano obbligatoriamente utilizzare, *“non lasciava loro alcuno spazio fisico per l'indicazione separata dei costi della manodopera. In più, il capitolato d'onere relativo alla medesima gara d'appalto precisava che gli offerenti non potevano presentare alcun documento che non fosse stato specificamente richiesto dall'amministrazione aggiudicatrice”* (§ 29). In ragione di tali circostanze la Corte di Giustizia ha demandato al giudice del rinvio di verificare se nel caso di specie *“fosse in effetti materialmente impossibile indicare i costi della manodopera conformemente all'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici e valutare se, di conseguenza, tale documentazione generasse confusione in capo*

*agli offerenti, nonostante il rinvio esplicito alle chiare disposizioni del succitato codice" (§ 30), al fine di fare eventualmente applicazione del soccorso istruttorio.*

9.2. Tanto premesso sul piano generale, in punto di fatto dalla documentazione versata in atti emerge che:

- la *lex specialis* indicava in euro 40.056,50 l'importo complessivo del servizio, di cui euro 3.448,68 per spese generali (nella misura del 10%); euro 1.724,34 quale utile (nella misura del 5%); euro 396,60 quali oneri di sicurezza non soggetti a ribasso (cfr. "quadro economico riepilogativo" del piano tecnico ed operativo e art. 2 del capitolato d'oneri);
- l'offerta formulata dall'aggiudicataria indicava le seguenti voci: importo a base d'asta (euro 39.659,90); ore presunte servizio (3.272); costo orario offerto (euro 9,00 oltre Iva); importo totale offerto (euro 29.448,00); precisava altresì che "*i costi della sicurezza... sostenuti dall'azienda sono pari ad euro 261,76*";
- in sede di apertura delle offerte, la rappresentante dell'odierna ricorrente ha osservato che, per quanto di interesse, l'aggiudicataria "*ha ommesso di indicare nella propria offerta economica il costo della manodopera... specificando che tale mancanza non è oggetto di soccorso istruttorio*" (cfr. verbale n. 5460 del 27.12.2022);
- con nota n. 5477 del 28 dicembre 2022 la stazione appaltante ha chiesto alla Di Tullio di fornire "*le giustificazioni inerenti l'offerta del costo della manodopera*", trasmesse dall'operatore economico con nota del 5 gennaio 2023;
- con nota n. 336 del 27 gennaio 2023, nel riscontrare una missiva della ricorrente, la stazione appaltante ha comunicato di aver richiesto le giustificazioni inerenti i costi della manodopera, "*ritenute appropriate*", evidenziando, altresì, che "*i costi relativi alla manodopera risultano di fatto intrinseci all'interno dell'offerta presentata, essendo solo manodopera*".

9.3. Posto quindi che, dai documenti agli atti di causa, emerge *per tabulas* che l'offerta dell'aggiudicataria non conteneva l'indicazione separata dei costi della manodopera, non possono condividersi le difese dell'amministrazione resistente e della controinteressata, secondo le quali tale indicazione separata non sarebbe stata necessaria nel caso di specie venendo in rilievo un'offerta composta da "sola manodopera".

Tanto per due essenziali ordini di ragioni:

- a) da un lato, il tenore testuale dell'art. 95, comma 10, il quale contempla delle puntuali deroghe all'obbligo in parola ("*ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a)*") nessuna delle quali ricorrente nella fattispecie in esame;
- b) dall'altro, la stessa *ratio* della disposizione che - in quanto preordinata, come indicato, alla tutela delle condizioni dei lavoratori - deve senz'altro trovare applicazione, *a fortiori*, proprio laddove venga in rilievo una procedura di gara nella quale la componente "impiego della manodopera" abbia un rilievo preponderante; in tal senso è stato affermato che "*negli appalti ad alta intensità di manodopera (in cui gli oneri lavorativi sono la parte prevalente - o pressoché esclusiva - degli oneri di impresa), il concorrente che formuli un'offerta economica omettendo del tutto di specificare quali siano gli oneri connessi alle prestazioni lavorative non commette soltanto una violazione di carattere formale, ma presenta un'offerta economica di fatto indeterminata nella sua parte più rilevante, in tal modo mostrando un contegno certamente incompatibile con l'onere di diligenza particolarmente qualificata che ci si può ragionevolmente attendere da un operatore professionale"* (cfr. Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giur., 28 febbraio 2023, n. 162). Peraltro, come emerge dalla stessa struttura dell'importo a base di gara indicato dalla stazione appaltante (cfr. i già citati "quadro economico riepilogativo" del piano tecnico ed operativo e art. 2 del capitolato

d'oneri), la manodopera non rappresentava l'unico elemento destinato a confluire nella struttura dei costi dell'offerta, dovendovisi includere anche l'utile e le spese generali, di modo tale che non risponde al vero l'affermazione dell'amministrazione resistente secondo la quale *“non può che esserci equipollenza tra l'importo indicato per il servizio richiesto ed il costo della manodopera trattandosi di una unica voce economica che costituisce ed assorbe l'intero costo del servizio appaltato”* (cfr. memoria di costituzione di Alba s.r.l., pag. 3).

Per completezza si osserva che, nel caso di specie, non sono neppure ravvisabili i presupposti per l'eccezionale attivazione del soccorso istruttorio stabiliti dalla CGUE (impossibilità di indicare separatamente i costi della manodopera) in quanto la *lex specialis* non conteneva un apposito modulo predefinito, nel quale era assente tale indicazione separata, nè vi erano preclusioni a provvedere in tal senso. Riprova ne sia la circostanza (non solo che la ricorrente ha separatamente indicato i propri costi della manodopera, ma soprattutto) che l'aggiudicataria stessa ha fornito distinta evidenza all'importo degli oneri di sicurezza, mediante l'aggiunta in calce all'offerta del relativo ammontare, ciò che ben avrebbe potuto fare anche con riguardo alle spese per il personale impiegato.

10. In conclusione, il ricorso è fondato e deve essere accolto, con conseguente annullamento degli atti gravati.

10.1. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie ai sensi e per gli effetti di cui in parte motiva.

Condanna l'amministrazione resistente e la controinteressata (*pro quota* al 50% per ciascuna di esse) alla rifusione, in favore della parte ricorrente, delle spese e competenze di giudizio, che liquida nella somma complessiva di euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre C.P.A. ed I.V.A. come per legge e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Fabio Di Lorenzo, Referendario

Anna Saporito, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Anna Saporito**

**IL PRESIDENTE**

**Leonardo Pasanisi**

**IL SEGRETARIO**