

APPALTI - CONCESSIONE DI SERVIZI - LEX SPECIALIS - PERSONALE - ADEGUATA QUALIFICAZIONE PROFESSIONALE - CONTRATTO DI APPRENDISTATO - INAMMISSIBILITA'

Qualora la legge di gara richieda che il personale impiegato per lo svolgimento della concessione di un servizio debba essere provvisto di adeguata qualificazione professionale e regolarmente inquadrato nei livelli professionali previsti dal C.C.N.L. di riferimento, non è ammissibile il ricorso allo strumento dell'apprendistato, quale contratto a causa mista finalizzato al conseguimento di una qualificazione professionale attraverso la formazione sul lavoro.

Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 2984/2020

Publicato il 12/05/2020

N. 02984/2020REG.PROV.COLL.

N. 00651/2020 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 651 del 2020, proposto da I.F.M. Industrial Food Mense S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso lo studio A Placidi Srl in Roma, via Barnaba Tortolini 30;

contro

Universita' degli Studi Torino, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Sodexo Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Boifava, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) n. 01280/2019, resa tra le parti, concernente Decreto della Direzione Bilancio e Contratti della Università degli Studi di Torino n. 3067 del 23.07.2019, con il quale si è disposta la aggiudicazione della concessione del servizio di gestione del Bar interno al campus Luigi Einaudi in favore della Società Sodexo Italia S.p.a..

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Sodexo Italia S.p.A. e di Università' degli Studi Torino;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 maggio 2020 il Cons. Davide Ponte e uditi per le parti gli avvocati L'udienza si svolge ai sensi dell'art. 84 comma 5 del Dl. n. 18 del 17 marzo 2020, attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto della circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con l'appello in esame l'odierna parte appellante impugnava la sentenza n. 1280 del 2019 con cui il Tar Piemonte aveva respinto l'originario gravame; quest'ultimo era stato proposto, dalla medesima impresa, al fine di ottenere l'annullamento degli atti di aggiudicazione della procedura aperta avente ad oggetto l'affidamento, in

regime di concessione, del servizio pubblico di gestione del bar interno al campus Luigi Einaudi, per la durata di quattro anni e per un valore pari ad euro 2.400.000. In particolare alla procedura di gara, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, partecipavano cinque imprese. All'esito del confronto concorrenziale, venivano attribuiti 95,56 punti alla odierna appellata Sodexo Italia s.p.a. (dei quali 68,659 per l'offerta tecnica e 26,896 per l'offerta economica), prima classificata, e 94,03 alla odierna appellante, e concessionaria uscente, FM.I. s.p.a. (dei quali 64,028 per l'offerta tecnica e 30 per l'offerta economica), seconda classificata. All'esito del successivo sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta prima classificata, nel corso del quale venivano richieste all'operatore giustificazioni sui prezzi proposti, ricevute le relative note di integrazione (prot. n. 195114 del 29 maggio 2019 e prot. n. 237209 del 21 giugno 2019), la Commissione giudicatrice e il R.U.P., nelle sedute riservate del 4 giugno e 27 giugno 2019, valutavano positivamente la congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta stessa. Quindi, con decreto della Direzione Bilancio e Contratti della Università degli Studi di Torino n. 3067 del 23.07.2019, veniva conseguentemente disposta la contestata aggiudicazione della concessione del servizio.

I cinque motivi di ricorso dedotti avverso gli atti di gara venivano respinti dal Tar Piemonte con la sentenza oggetto di gravame.

Nel ricostruire in fatto e nei documenti la vicenda, contestando la genericità, le carenze e le argomentazioni della sentenza impugnata, parte appellante formulava i seguenti motivi di appello:

- error in iudicando, violazione degli artt. 95 e 97 d.lgs. 50 del 2016, violazione del c.s.a., e diversi profili di eccesso di potere per carente ed erroneo esame di un punto decisivo della controversia in tema di illegittimo ricorso, ai contratti di

apprendistato da parte della impresa aggiudicataria, pur di far quadrare i conti dei costi del personale;

- analoghi vizi circa le ricadute invalidanti dei contratti di apprendistato sul profilo di congruità del costo della manodopera, dichiarato in sede di gara, ai sensi degli artt. 95 comma 10 e 97 comma 3 lett. d) cit., in quanto tale tipologia “peculiare” di personale è stata decisiva per giustificare il costo sottostimato della manodopera di Sodexo, in sede di verifica della anomalia, in quanto il corretto inquadramento di sei unità di personale apprendista in una qualifica ordinaria rende il costo della manodopera insufficiente per oltre € 44.000,00;

- error in iudicando, violazione degli artt. 83 e 171 d.lgs. 50 cit. error in procedendo e diversi profili di eccesso di potere in tema di attribuzione del punteggio per il criterio 2.A “numero degli addetti impiegati nella gestione del servizio”, in quanto, a fronte di un monte ore offerto da I.F.M. complessivo di 83.979 ore superiore al monte ore di Sodexo di 54.000 ore, la commissione ha dato rilievo unicamente al numero di unità del personale;

- analoghi vizi in relazione alla valutazione dell'elemento 2.D “numero di personale impiegato con padronanza della lingua inglese”, per mancanza dei necessari elementi di valutazione, non solo il numero ma anche il nominativo delle unità di personale e le certificazioni di conoscenza della lingua inglese almeno di livello B1 secondo le specifiche del Disciplinare di Gara;

- analoghi vizi nella parte in cui l'offerta Sodexo ha proposto un monte orario complessivo di 54.000 ore che, per i quattro anni di appalto, copre appena 40 settimane (annue), dando luogo pertanto ad una offerta tecnica non idonea a garantire la regolare esecuzione del servizio di ristorazione e bar del Campus Universitario;

- analoghi vizi per arbitraria attribuzione di 2 punti a Sodexo per la formazione del personale, in quanto la proposta dell'aggiudicataria (impiego orario di 1542 ore, per

la formazione, per un valore medio annuo di 385,5 ore per ciascun operatore per un totale di 6.168 ore nei 4 anni) è del tutto generica ed indimostrata, non avendo dato conto della fattibilità del progetto formativo e dei relativi costi;

- analoghi vizi in relazione alla illogicità del punteggio attribuito a Sodexo per il miglioramento dell'allestimento esistente;

- analoghi vizi in ordine all'anomalia della offerta economica di Sodexo, in specie in ordine ai contratti di apprendistato - che involgendo una specifica tecnica di appalto (art. 10 CSA) è causa automatica di esclusione non rilevando solo in termini di anomalia – all'insufficienza del costo della manodopera, dichiarata ai sensi dell'art. 95 comma 10 cit. sul piano economico e causa di esclusione, senza possibili ricorsi a meccanismi di compensazione, ed alla mancata dimostrazione dell'anomalia dell'inferiore rimborso delle spese di amministrazione, offerte in 20.000 euro in luogo dei 28.000 previsti dal bando.

Le parti appellate si costituivano in giudizio e, replicando punto per punto, chiedevano il rigetto dell'appello.

Cancellata dal ruolo la domanda cautelare a fronte della rinuncia di parte appellante, all'udienza del 7 maggio 2020 la causa passava in decisione.

DIRITTO

1. L'appello è fondato.

La presente controversia ha ad oggetto l'impugnativa, da parte dell'impresa seconda classificata, degli esiti della procedura di affidamento di cui alla narrativa in fatto, avente ad oggetto l'affidamento, in regime di concessione, del servizio pubblico di gestione del bar interno al campus Luigi Einaudi, per la durata di quattro anni e per un valore pari ad euro 2.400.000.

2. Con il primo, il secondo e parte dell'ottavo ordine di rilievi, l'impresa appellante, seconda classificata, contesta la legittimità del ricorso, da parte dell'offerta

aggiudicataria, a personale con contratto di apprendistato, sia in sé, sia in relazione alla congruità dell'offerta.

2.1 Le censure sono fondate.

2.2 La legge di gara (cfr. in specie art. 10 del capitolato speciale) richiedeva che “il personale impiegato per lo svolgimento del servizio dovrà essere provvisto di adeguata qualificazione professionale e regolarmente inquadrato nei livelli professionali previsti dal C.C.N.L. di riferimento”.

Nel caso dell'offerta aggiudicataria è pacifico che siano state previste 6 unità su 19 con il contratto di apprendistato.

2.3 Tale ultima tipologia, come noto, costituisce contratto a causa mista (cfr. ad es. Cassazione civile, sez. lav., 3 febbraio 2020, n. 2365); in particolare, il contratto di apprendistato si configura come rapporto di lavoro a tempo indeterminato a struttura bifasica, nel quale la prima fase è contraddistinta da una causa mista (al normale scambio tra prestazione di lavoro e retribuzione si aggiunge l'elemento specializzante costituito dallo scambio tra attività lavorativa e formazione professionale), mentre, la seconda, soltanto residuale, perché condizionata al mancato recesso ex art. 2118 c.c., vede la trasformazione del rapporto in tipico rapporto di lavoro subordinato. Ne consegue che, in caso di licenziamento intervenuto nel corso del periodo di formazione, è inapplicabile la disciplina relativa al licenziamento "ante tempus" nel rapporto di lavoro a tempo determinato.

Il contratto di apprendistato professionalizzante è finalizzato al conseguimento di una qualificazione professionale attraverso la formazione sul lavoro, in termini di acquisizione di competenze di base, trasversali e tecnico-professionali ed il datore di lavoro è obbligato ad impartire un addestramento necessario a far conseguire all'apprendista la relativa qualifica professionale; tale contratto è a causa mista, di

formazione e lavoro che assume rilievo solo se l'aspetto formativo si sia effettivamente realizzato.

Inoltre, la stessa modalità di svolgimento dei rapporti di apprendistato si differenzia da quella ordinaria sotto diversi profili concreti, come a titolo esemplificativo attraverso l'onere della compresenza di un tutore nell'ordinario svolgimento dell'attività lavorativa.

Ciò trova conferma dall'analisi del vigente ccnl in materia che, in relazione ad uno specifico livello (VI super) esclude il ricorso all'apprendistato.

2.4 A fronte di tali peculiarità del contratto di apprendistato non può pertanto ritenersi garantita la necessaria ed adeguata qualificazione professionale, richiesta dalla *lex specialis*.

Le peculiarità dell'apprendistato trovano conferma nel particolare regime di favore economico, evidenziato da risparmi rilevanti per l'impresa, sia in termini di retribuzione sia soprattutto in sede contributiva (dove il risparmio ammonta ordinariamente al 20 per cento della retribuzione). Un tale regime di favore si ricollega direttamente alla funzione formativa del contratto, sopra ricordata.

2.5 Ciò comporta altresì la fondatezza dei rilievi mossi avverso la verifica della congruità dell'offerta, nei termini di cui al secondo motivo di appello; infatti, applicando le retribuzioni dovute al personale dotato di adeguata qualificazione professionale l'offerta economica appare insufficiente nei termini dedotti.

2.6 Parimenti fondati sono i rilievi dedotti in relazione alla violazione degli oneri di riassunzione, inconciliabili rispetto alla natura ed agli effetti dei rapporti di apprendistato in quanto, oltre che privi della richiesta professionalità, privi della necessaria stabilità.

3. Con il terzo ordine di motivi si contesta l'attribuzione del punteggio per il criterio 2.A "numero degli addetti impiegati nella gestione del servizio", in quanto, a fronte di un monte ore offerto da I.F.M. complessivo di 83.979 ore superiore al

monte ore di Sodexo di 54.000 ore, la commissione ha dato rilievo unicamente al numero di unità del personale.

3.1 La censura non ha pregio. Infatti, il criterio in oggetto fa riferimento unicamente al “numero degli addetti impiegati nella gestione del servizio” e non al monte ore, rilevante ad altri fini, su cui infra. Conseguentemente, in relazione al punteggio ed al criterio in questione, appare corretta la valutazione riferita al solo numero degli addetti.

4. Analoga conclusione negativa concerne il quarto motivo, con cui parte appellante contesta la valutazione dell'elemento 2.D “numero di personale impiegato con padronanza della lingua inglese”, per mancanza dei necessari elementi nell'offerta aggiudicataria.

4.1 Premesso che la sentenza appellata, oltre ad apparire accompagnata da una motivazione generica in relazione alle singole censure (seppur formalmente coerente al concetto di sentenza semplificata di cui all'art. 120 comma 10 cod proc amm), ha erroneamente applicato autonomamente la prova di resistenza ad ogni singolo motivo, senza considerare che il divario di 1,53 punti ben potrebbe essere superato attraverso il riferimento a più di una censura eventualmente fondata, con conseguente verifica a valle, nel caso della censura in esame la stessa non appare fondata nel merito.

4.2 In proposito, il criterio invocato prevede l'attribuzione di massimo 2 punti in relazione al “numero di personale impiegato con padronanza della lingua inglese (almeno livello B1).

Nel caso di specie, l'offerta della Sodexo contiene l'espressa indicazione dell'impiego di 22 unità di personale con padronanza della lingua inglese ed in possesso di certificazione conforme al livello richiesto. Ciò appare adeguato al disciplinare di gara, in termini di impiego rilevante ai fini di valutazione dell'offerta, senza ausilio di ulteriori chiarimenti.

5. Con il quinto motivo parte appellante contesta l'offerta Sodexo nella parte in cui ha proposto un monte orario complessivo di 54.000 ore che, per i quattro anni di appalto, copre appena 40 settimane (annue), dando luogo pertanto ad una offerta tecnica – oltre che all'evidenza sul versante economico - non idonea a garantire la regolare esecuzione del servizio di ristorazione e bar del Campus Universitario.

5.1 Il motivo è fondato.

5.2 Infatti, l'offerta aggiudicataria copre solo 40 settimane, un periodo quindi inferiore al periodo di apertura del campus. In proposito, se per un verso la lex specialis richiedeva un'offerta relativa ad un intero quadriennio, senza alcun riferimento a presunti periodi di chiusura del servizio pur a strutture aperte, per un altro verso è provato come l'apertura del campus in oggetto, e conseguentemente delle relative strutture, sia garantita dall'università per un periodo pari all'intero anno, come da calendario allegato al gravame (cfr. doc n. 13).

5.3 Di conseguenza, l'offerta aggiudicataria non risulta in grado di coprire l'oggetto di affidamento.

Irrilevante è la difesa circa la insufficienza del (peraltro ben superiore a quella aggiudicataria, sia in termini di settimane che di monte orario offerto) periodo coperto da parte appellante, in mancanza di un motivo dedotto in via incidentale.

6. Con il sesto motivo parte appellante contesta l'arbitraria attribuzione di 2 punti a Sodexo per la formazione del personale, in quanto la proposta dell'aggiudicataria (impiego orario di 1542 ore, per la formazione, per un valore medio annuo di 385,5 ore per ciascun operatore per un totale di 6.168 ore nei 4 anni) è del tutto generica ed indimostrata, non avendo dato conto della fattibilità del progetto formativo e dei relativi costi.

6.1 Il motivo è fondato.

6.2 L'offerta aggiudicataria risulta carente in termini di esplicitazione della relativa proposta in parte qua.

In particolare, non risulta specificato se l'impegno orario indicato sia stato offerto all'interno del monte orario complessivo di 54000 ore, ovvero se sia da considerare un monte orario aggiuntivo: nel primo caso, di conteggio all'interno delle 54.000 ore, vi sarebbe una ulteriore riduzione delle ore effettivamente destinate al bar di altre 6168 ore, con ulteriore inammissibile riduzione delle settimane di servizio garantito da 40 settimane a 35,5; nel secondo caso, il necessario autonomo conteggio avrebbe dovuto costituire oggetto di autonoma e distinta voce di costo, neppure giustificata in sede di verifica di congruità.

6.3 Peraltro, la sproporzione delle ore di formazione, con conseguente sottrazione a quelle destinate al servizio oggetto di gara, appare coerente – in termini di elusione rispetto all'oggetto ed alle regole di gara – a quanto evidenziato sopra in relazione ai contratti di apprendistato.

6.4 Anche in relazione alla presente censura, irrilevanti appaiono le contestazioni di parte appellata circa la presunta insufficienza dell'offerta di parte appellante, sia in mancanza della dimostrazione delle relative deduzioni, sia in mancanza di un motivo dedotto in via incidentale.

6.5 Del pari irrilevanti sono gli invocati chiarimenti forniti dalla stazione appaltante, sulla scorta del consolidato principio a mente del quale deve escludersi che l'amministrazione, a mezzo di chiarimenti auto-interpretativi, possa modificare o integrare la disciplina di gara; i chiarimenti sono invero ammissibili nella sola misura in cui contribuiscano, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la ratio, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all' art. 97 Cost. (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. III, 27 dicembre 2019, n. 8873).

Nel caso di specie tramite chiarimento si pretenderebbe di interpretare riduttivamente lo stesso oggetto di gara, al fine di renderlo coerente alla limitativa offerta aggiudicataria, in termini inammissibili rispetto agli individuati parametri di ammissibilità dei chiarimenti.

7. Con il settimo motivo parte appellante lamenta l'illogicità del punteggio attribuito a Sodexo per il miglioramento dell'allestimento esistente.

7.1 La censura appare genericamente formulata, nonché inammissibile in quanto concernente valutazioni di merito.

8. Con l'ottavo motivo, parte appellante contesta l'anomalia della offerta economica di Sodexo, in specie in ordine ai contratti di apprendistato, all'insufficienza del costo della manodopera ed alla mancata dimostrazione dell'insufficienza del previsto rimborso delle spese di amministrazione, offerte in 20.000 euro in luogo dei 28.000 previsti dal bando.

8.1 Anche tale motivo è fondato in parte qua, in relazione ai primi due profili, per i quali valgono le considerazioni sopra svolte in ordine ai motivi uno, due, cinque e sei.

8.2 In relazione alle spese di amministrazioni le stesse, come offerte dall'aggiudicataria, risultano invece coerenti all'allegato 2 del capitolato speciale d'appalto, che indica le spese di amministrazioni annue in euro 20.000.

9. Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello è fondato in merito ai motivi indicati e va conseguentemente accolto; per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, va accolto il ricorso di primo grado.

10. L'accoglimento del gravame in merito all'annullamento dell'aggiudicazione impone l'esame dell'ulteriore domanda, proposta in relazione al diritto all'aggiudicazione.

10.1 La domanda è fondata ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 122 cod proc amm. Non emergono in alcun modo circostanze ostative ai sensi della richiamata

norma; in proposito assumono dirimente rilievo le criticità rilevate nell'offerta dell'aggiudicataria, che hanno comportato l'annullamento della relativa aggiudicazione, la tipologia del servizio da svolgere, che consente un subentro in corso d'opera, e la circostanza che l'appellante fosse già precedente concessionaria del servizio stesso; tali circostanze costituiscono elementi rilevanti ai sensi dell'invocata norma al fine di disporre il richiesto subentro.

10.2 Va di conseguenza sin d'ora dichiarata l'inefficacia del contratto d'appalto stipulato con la società odierna appellata, spettando all'amministrazione la verifica dei presupposti per il definitivo subentro nello stesso della parte odierna appellante.

11. Le spese del doppio grado di giudizio, liquidate come da dispositivo, seguono soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado.

Dichiara l'inefficacia del contratto stipulato fra le parti appellate e rimette alla stazione appaltante per la verifica del subentro, nei termini di cui in motivazione.

Condanna le parti appellate in solido al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio in favore di parte appellante, liquidate in complessivi euro 6.000,00 (seimila\00), oltre accessori dovuti per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 maggio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Davide Ponte

IL PRESIDENTE

Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO