

APPALTI - ANOMALIA - GIUDIZIO DI ANOMALIA - OFFERTA ECONOMICA - COSTO DEL LAVORO - ART. 23, C. 16 D.LGS. 50/16 - TABELLE MINISTERIALI - DISCORDANZA NON CONSIDEREVOLE E GIUSTIFICATA - LEGITTIMITA'

È legittima l'offerta economica che preveda un costo del lavoro discordante dai parametri indicati nella tabella ministeriale - privi del carattere di cogenza e inderogabilità - qualora nel corso della verifica di anomalia lo scostamento si riveli non considerevole e giustificato.

Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 788/2020

Publicato il 30/01/2020

N. 00788/2020REG.PROV.COLL.

N. 07841/2019 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 7841 del 2019, proposto da Pulitori ed Affini s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni n. 26/B;

contro

Università degli Studi Pavia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Saser s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Adavastro, Paolo Re, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, 30;

per la riforma

della sentenza 24 luglio 2019, n. 1713 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, Sezione Quarta.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Università' degli Studi Pavia e di Saser S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2020 il Cons. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti gli avvocati Santi Dario Tomaselli, per delega di Massimiliano Brugnoletti, Paolo Re e l'avvocato dello Stato Stigliano Messuti.

FATTO e DIRITTO

1.- L'Università degli Studi di Pavia ha indetto una procedura aperta per l'affidamento triennale, con opzione di rinnovo di pari data, del servizio di pulizia degli edifici universitari e delle relative pertinenze.

Il criterio di aggiudicazione indicato è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di settanta punti per l'offerta tecnica e di trenta punti per l'offerta economica.

All'esito della procedura di gara è risultata aggiudicataria la società Saser s.r.l. (d'ora innanzi solo Saser), che ha ottenuto complessivamente 84,18 punti (55,04 + 29,14), mentre al secondo posto si è collocata la Pulitori ed Affini s.p.a. (d'ora innanzi solo Pulidori), con 73,16 punti (45,92 + 27,24).

L'offerta dell'aggiudicataria è stata sottoposta a verifica facoltativa di congruità, ai sensi dell'art. 97, comma 6 ultimo periodo, del decreto legislativo 1° aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), verifica conclusasi positivamente.

2.- La Pulitori ha impugnato gli esiti della procedura di gara innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, articolando motivi poi riproposti nel giudizio di appello e riportati nei successivi punti.

Si è costituita in giudizio la Saser, chiedendo il rigetto dell'appello e proponendo ricorso incidentale.

3.- Il Tribunale amministrativo, con sentenza 24 luglio 2019, n. 1713, ha rigettato il ricorso principale e dichiarato inammissibile il ricorso incidentale.

4.- La ricorrente in primo grado ha proposto appello principale.

La resistente in primo grado ha proposto appello incidentale.

5.- La causa è stata decisa all'esito dell'udienza pubblica del 16 gennaio 2020.

6.- Con un primo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui non ha ritenuto che fosse stata modificata, in modo non consentito, l'offerta tecnica. In particolare, si assume che l'aggiudicata ha indicato: *i)* nell'offerta tecnica, un numero di ore annuo pari a 7.560; *ii)* nelle prime giustificazioni, quale costo, per tali ore, la somma di euro 50.521,64; *iii)* nelle seconde giustificazioni, una prima parte delle ore, pari a 4.113,78, impiegate per «*urgenze non prevedibili*» coperte con la somma di euro 60.308,01 riportata nella voce «*costi generali*» e una seconda parte delle ore, pari a 3.446,22, destinate alle «*urgenze prevedibili*», coperte con la somma di euro 50.521,64, indicata nell'offerta economica.

Il motivo non è fondato.

L'art. 97 del Codice dei contratti pubblici dispone che «*gli operatori economici forniscono, su richiesta della stazione appaltante, spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle*

offerte se queste appaiono anormalmente basse, sulla base di un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta».

La giurisprudenza amministrativa è costante nell'affermare che il giudizio di anomalia dell'offerta è espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di violazione del principio di ragionevolezza tecnica e di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (Cons. Stato, V, 23 gennaio 2018, n. 430).

Dagli atti del processo e del procedimento risulta come non vi sia stata la censurata modifica dell'offerta tecnica, in quanto la Saser ha indicato le ore complessive annue di lavoro. Nella fase delle giustificazioni ha diversamente modulato il costo economico di tali ore distinguendo tra *«urgenze prevedibili»* ed *«urgenze non prevedibili»*. Come già osservato in modo convincente dal primo giudice, che ha rimarcato la presenza anche di urgenze non prevedibili e quindi eventuali, e come tali insuscettibili di essere univocamente determinate in offerta economica, si tratta di una articolazione che costituisce una plausibile giustificazione, in quanto, avuto riguardo all'oggetto dell'appalto, la distinzione in due tipologie di urgenze è compatibile con l'indicazione contenuta negli atti di gara, senza alcuna modificazione del progetto complessivo gestionale valutato dalla commissione. Si tenga conto che l'impresa ha chiarito che la squadra specializzata per questa tipologia di interventi *«è reperibile e disponibile in qualsiasi momento»*. Né tale modifica potrebbe desumersi dal riferimento, nell'offerta economica, di una somma riferita soltanto alle *«urgenze prevedibili»*, in quanto il mancato riferimento anche al costo delle *«urgenze non prevedibili»* si può giustificare, come fatto dalla aggiudicataria nel procedimento a ciò dedicato, in ragione del fatto che non fosse determinabile il relativo costo che presenta, infatti, i connotati del cd. costo di reperibilità. Nondimeno, in sede di giustificazioni, la Saser ha indicato la somma massima necessaria per la copertura di tale costo nel caso di eventuale impiego di tutti i

lavoratori messi a disposizione, indicandola, come si esporrà oltre, nella voce «*costi generali*».

In definitiva, la decisione della stazione appaltante non risulta in contrasto con il principio di ragionevolezza tecnica.

7.- Con un secondo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui non ha ritenuto illegittima la decisione della stazione appaltante di non escludere la Saser per non avere indicato i costi di manodopera, non potendosi ritenere surrogabile tale obbligo con i costi indicati nella voce «*costi generali*».

Il motivo non è fondato.

L'art. 95, comma 10, del Codice dei contratti prevede, tra l'altro, che nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera.

Questo Consiglio ha già avuto modo di affermare che «*la valutazione sulla congruità complessiva dell'offerta risultata migliore all'esito della procedura concorsuale risponde all'esigenza della stazione appaltante di verificarne l'affidabilità in termini di sostenibilità economica*». Per queste ragioni «*il giudizio di anomalia non ha per oggetto la ricerca di ipotetiche inesattezze parziali dell'offerta economica, bensì l'accertamento della sua tenuta globale*» (Cons. Stato, sez. VI, 4 dicembre 2019, n. 8303).

In questa prospettiva, si può utilizzare anche lo strumento delle giustificazioni: «*nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è consentito pervenire ad un giudizio di congruità senza modificare l'offerta, tuttavia modificando le giustificazioni (fornendo giustificazioni basate su dati, di fatto o normativi, sopravvenuti; correggendo precedenti errori di calcolo; attuando compensazioni tra sottostime e sovrastime), purché l'offerta risulti complessivamente affidabile nel suo complesso al momento dell'aggiudicazione*» (Cons. Stato sez. V, 8 gennaio 2019, n.171).

Nella fattispecie in esame, la Saser ha indicato i costi della manodopera, avendo riportato una somma complessiva a copertura di essi. Nella fase delle giustificazioni, la società, distinguendo tra «*urgenze prevedibili*» e «*urgenze non*

prevedibili», ha soltanto indicato una diversa voce, costituita dai «*costi generali*», nel cui ambito collocare le «*urgenze non prevedibili*». Come già osservato in precedenza – e come argomentato dal primo giudice – deve ritenersi che il collegamento tra il costo della manodopera destinato alle «*urgenze non prevedibili*» e la voce «*costi generali*» risulta non irragionevole, in quanto, come già sottolineato, si tratta di costi che partecipano anch'essi della natura e della finalità delle prestazioni da eseguire che sono caratterizzate dalla non prevedibilità. Il che, si ribadisce, giustifica l'allocatione dei costi nell'ambito di una voce compatibile con la intrinseca caratterizzazione dei costi stessi. Ciò che rileva è che - come già rilevato da questo Consiglio, con le sentenze sopra citate - l'offerta economica, nel complesso, sia sufficiente a coprire tutti i costi della manodopera che dovessero risultare necessari per l'espletamento delle prestazioni oggetto della procedura di gara. Si tratta poi, come correttamente messo in rilievo dal primo giudice, di costi che costituiscono una parte minima (poco più di 60.000,00 euro), rispetto all'ampio importo contrattuale dell'appalto.

8.- Con il terzo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui non ha rilevato l'illegittimità della determinazione amministrativa per non avere la Saser indicato gli oneri aziendali di sicurezza per tutti i lavoratori indicati nell'offerta. In particolare, sarebbero stati omessi gli oneri riportati riguarderebbero 169 addetti su 175, sicché per sei addetti non vi sarebbe stata alcuna indicazione degli oneri di sicurezza ($175 - 169 = 6$).

Il riporto art. 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici dispone che nell'offerta economica devono essere indicati anche «*gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*».

Il motivo non è fondato.

La Saser ha reso congrue giustificazioni su tale aspetto.

Si è, infatti, affermato che i sei addetti destinati ai «*servizi generali*» non sono dipendenti subordinati dell'impresa ma consulenti esterni, che svolgono attività di controllo sull'applicazione delle procedure aziendali di qualità e i costi ad essi relativi rientrano fra quelli generali.

In questa ottica, si giustifica la mancata indicazione di un monte ore annuale. Anche in tale caso, occorre poi tenere conto della oggettiva scarsa incidenza di tali costi rispetto al valore complessivo dell'appalto, come già sopra evidenziato.

Né varrebbe rilevare che si tratta di una giustificazione non resa nell'ambito del procedimento amministrativo, in quanto, in sede di giustificazioni, si è fatto riferimento a sei unità ricomprese nei servizi generali.

9.- Con il quarto motivo si assume l'erroneità della sentenza nella parte cui non ha sindacato la scelta della stazione appaltante di non escludere la Saser a fronte dello scostamento del costo del lavoro da essa indicato rispetto a quello risultante dalle tabelle ministeriali. In particolare, tale scostamento si sarebbe risolto nella violazione dei diritti dei lavoratori con riferimento alle ore garantite per assemblee sindacati e diritto allo studio.

Il motivo non è fondato.

L'art. 23, comma 16, del Codice dei contratti pubblici dispone che *«per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali»*.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato è costante nell'affermare che i valori indicati dalle tabelle ministeriali sul costo del lavoro non hanno carattere cogente ed inderogabile, essendo invece consentiti motivati scostamenti dai medesimi (Cons. Stato, sez. V, 28.1.2019, n. 690). In particolare, si è affermato che: i) «*la*

determinazione tabellare del costo del lavoro costituisce per la stazione appaltante soltanto un indice valutativo del giudizio di adeguatezza economica»; ii) «le ore mediamente lavorate, considerate per la determinazione tabellare del costo medio orario scaturiscono detraendo dalle ore contrattuali le ore annue non lavorate, le quali sono in parte predeterminabili in misura fissa (si pensi a: ferie, riduzioni di orario contrattuale, festività e festività soppresse), in altra parte sono suscettibili di variazione caso per caso (assemblee, permessi sindacali, diritto allo studio, formazione professionale, malattia, gravidanza, e infortunio)»; iii) «sulla misura del costo orario incidono inoltre anche le eventuali agevolazioni di cui può godere il datore di lavoro in considerazione della natura giuridica dell'azienda e delle tipologie contrattuali utilizzate (contratti di formazione, assunzioni di lavoratori disoccupati a vario titolo, assunzioni di giovani)»; iv) «non potendo le tabelle ministeriali, nella loro formulazione statistica, considerare l'effetto di tutti i descritti fattori di incidenza sul costo medio del lavoro, è necessario ritenere che l'inattendibilità economica dell'offerta non possa essere automaticamente desunta dal mancato rispetto delle tabelle ministeriali, le quali per le ragioni anzidette non possono costituire parametri inderogabili»; v) «le offerte che si discostino dai costi medi del lavoro indicati nelle tabelle predisposte dal Ministero del Lavoro possono dunque considerarsi anormalmente basse soltanto qualora la discordanza sia considerevole ed ingiustificata» (Cons. Stato, sez. VI, n. 8303 del 2019, cit.).

La Saser, nelle proprie giustificazioni, ha messo in evidenza che i minori costi rispetto a quelli tabellari derivano da una pluralità di elementi, fra cui: sgravi Inail, rivalutazione del trattamento di fine rapporto; percentuale minima di adesione al fondo di previdenza complementare; la totale deducibilità dell'Irarp.

La società ha depositato nel procedimento una serie di tabelle esplicative e un prospetto contabile con i costi del personale redatto dalla società CNA Srl di Pavia.

In questo contesto, non risultano elementi in grado di fare ritenere, come affermato dall'appellante, che non vengano garantiti i diritti sindacali e gli altri diritti irrinunciabili dei lavoratori.

In definitiva, lo scostamento non è considerevole e lo stesso è stato giustificato.

Per questa ragioni la decisione del responsabile unico del procedimento non appare contraria al principio di ragionevolezza tecnica, come già ritenuto dal primo giudice.

10.- L'infondatezza dell'appello principale determina la improcedibilità dell'appello incidentale, non permanendo alcun interesse alla sua disamina.

11.- Sussistono giustificati motivi per disporre la compensazione totale delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando:

- a) rigetta l'appello principale, proposto con il ricorso indicato in epigrafe;
- b) dichiara improcedibile l'appello incidentale, proposto con il ricorso indicato in epigrafe;
- c) spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

L'ESTENSORE
Vincenzo Lopilato

IL PRESIDENTE
Sergio De Felice

IL SEGRETARIO