

Pubblicato il 09/06/2023

N. 05665/2023REG.PROV.COLL.
N. 04296/2023 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 4296 del 2023, proposto da Egle Soc. Coop Ar.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura per l'affidamento di “*Servizi Sociali in favore dei cittadini residenti nei comuni dell’Ambito di Zona di Gallipoli (LE)*” Lotto 2 CIG 91802738EE, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabrizio Mangia, Annarita Marasco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Raggio di Sole Cooperativa Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Mariano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ambito Sociale di Zona di Gallipoli, Comune di Gallipoli, Comune di Alezio, Comune di Racale, Comune di Melissano, Comune di Sannicola, Comune di Tuglie, Comune di Alliste, Comune di Taviano, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce (Sezione Seconda) n. 430/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Raggio di Sole Cooperativa Onlus;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2023 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Mangia e Mariano;

sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Egle Soc. Coop a r.l. ha partecipato alla gara bandita dall'Ambito di zona di Gallipoli il 10/10/2022 per l'affidamento dei “*Servizi Sociali in favore dei cittadini residenti nei Comuni dell'Ambito di zona di Gallipoli Lotto 2*” “*Centro Servizi per le famiglie per 18 mesi*” (CIG 91802738EE), da aggiudicarsi col metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo complessivo a base di gara pari a € 215.318,53.

2. La Lettera d'invito, al punto 7 prevedeva quanto segue: *“Importo presunto a base d'asta. L'importo presunto posto a base d'asta per ciascun lotto, ai sensi dell'art. 35 c. 4 e art. 51 del D. Lgs. 50/2016 e ss.mm., è il seguente: ... - Lotto n. 2: € 215.318,53 (IVA esclusa), così composto: • € 199.369,02 (IVA esclusa) quale costo complessivo del servizio, non soggetto a ribasso; • € 15.949,52 (IVA esclusa) quale spese generali pari all'8% da assoggettarsi a ribasso ... Nel prezzo offerto si intendono interamente compresi e compensati tutti i servizi, le prestazioni del personale, le spese tutte ed accessorie ed ogni altro onere espresso o implicito correlato all'esecuzione delle prestazioni, inerente e conseguente alla perfetta esecuzione dei servizi de quo, anche se non previsto, come meglio riportato all'interno del Quadro economico allegato”*.

3. L'appellante è risultata prima classificata nella graduatoria della procedura, seguita dalla società Raggio di Sole Onlus. Con Determinazione 2869/2022 del 6 ottobre 2022 l'Ambito di zona di Gallipoli ha aggiudicato la gara alla Egle Soc coop a r.l. in quanto risultata titolare dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

4. Avverso la predetta aggiudicazione è insorta la seconda classificata Raggio di Sole coop. Onlus, proponendo ricorso innanzi al Tar Puglia sezione staccata di Lecce.

5. L'Amministrazione, successivamente alla notifica del ricorso, attivava una procedura per la verifica della congruità dell'offerta di Egle, la quale forniva tutti i giustificativi. Con verbale del 23/1/2023 l'Ambito confermava l'aggiudicazione dei servizi del Lotto 2 del Bando alla Egle, ritenendo che le giustificazioni prodotte fossero sufficienti a supportare la valutazione di congruità.

6. Nel giudizio pendente dinanzi al TAR, la ricorrente Raggio di Sole, proponeva motivi aggiunti. In particolare, la seconda classificata affermava la sussistenza di una causa escludente in capo all'aggiudicataria in ragione di un illegittimo ribasso che la stessa avrebbe offerto sul costo della manodopera, nonostante, secondo la sua ricostruzione, la *lex specialis* ne facesse espresso divieto.

7. Il TAR, con la sentenza indicata in epigrafe ha accolto il ricorso (in parte) e i motivi aggiunti (in parte) proposti da Raggio di Sole.

8. Di tale sentenza, asseritamente ingiusta e illegittima, Egle Soc. Coop a r.l. ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua dei motivi così rubricati: “1) *Violazione e falsa applicazione della lex specialis e degli artt. 23 e 95 del D.lgs n. 50/2016. Error in iudicando. Errore sui presupposti di fatto e di diritto*; 2) *Violazione e falsa applicazione della lex specialis e degli artt. 23, 95 e 97 del D.lgs n. 50/2016. Error in iudicando. Errore sui presupposti di fatto e di diritto*”.

9. Si è costituita la Società Cooperativa Raggio di Sole onlus chiedendo il rigetto dell'appello.

10. Alla camera di consiglio dell'8 giugno 2023, sentite le parti, il ricorso è stato trattenuto in decisione per la sentenza in forma semplificata sussistendone i presupposti.

DIRITTO

11. Le argomentazioni dell'appellante necessitano di una sintesi al fine di inquadrare con ordine le questioni sottoposte al Collegio.

12. Con il primo motivo l'appellante afferma quanto segue.

12.1. Secondo il primo giudice “*la Stazione appaltante, con inequivoche prescrizioni della lex specialis di gara, ha richiesto ai partecipanti alla gara di attenersi, nella presentazione delle offerte economiche, a precisi parametri di riferimento, suddividendo le voci di costo in due macro-categorie: l'una, non soggetta a ribasso, di € 199.369,02 per l'espletamento del servizio de quo (come visto, coincidente con il costo del personale) e l'altra, invece da assoggettare a ribasso, di € 15.949,52 per le spese generali. 5.5. In disparte l'opinabilità di tale scelta, che non può evidentemente essere qui messa in discussione, non essendo l'oggetto del contendere, risulta per tabulas che la Stazione appaltante si è autovincolata a valutare il punteggio da attribuire all'offerta economica esclusivamente in termini di ribasso del costo preventivato per le spese generali, avendo evidentemente ritenuto che il costo del personale sia fisso ed inderogabile*”.

12.2. L'offerta economica della società Egle ha riguardato esclusivamente, così come prescritto nella lettera d'invito, le spese generali, che sono state ribassate del 99%. Nessun ribasso è stato praticato sul costo del personale nell'ambito dell'offerta economica.

12.3. Sostiene invece il TAR che *“l'Amministrazione resistente – venendo contra factum proprium – ha ammesso alla gara la Egle Coop., sebbene il costo reale del personale indicato nella sua offerta, pari a € 191.475,49, risulti ribassato rispetto a quello risultante dagli atti di gara”*.

12.4. La prima obiezione da muovere alla decisione gravata è che, diversamente da quanto assume il TAR, in realtà nessuna disposizione della *lex specialis* prevedeva, e mai avrebbe potuto prevedere (pena la nullità della clausola), un divieto, sanzionato con l'esclusione, per l'ipotesi in cui i costi aziendali della manodopera del concorrente fossero risultati inferiori rispetto a quelli teorici e presunti indicati nella lettera di invito. L'errore in cui sarebbe incorso il TAR è quello di avere sovrapposto e confuso aspetti dell'offerta totalmente diversi, soggetti a discipline diverse. Un conto è infatti il costo teorico medio determinato dalla stazione appaltante ai fini del valore da attribuire all'appalto, ai sensi dell'art. 23, comma 16 del d.lgs. n. 50/2016, altro è invece il costo effettivo della manodopera che il concorrente deve indicare nella propria offerta, ai sensi dell'art. 95, comma 10 del Codice.

12.5. Egle, al pari degli altri concorrenti, era tenuta a compilare l'Allegato che richiedeva ai partecipanti alla gara di indicare *“i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali”*, indicando il proprio costo del personale, che poteva quindi essere diverso da quello medio stimato dalla stazione appaltante. La società appellante ha indicato il proprio costo in € 191.475,49.

12.6. Qualora, come sostiene il TAR, il costo predeterminato dalla stazione appaltante fosse stato fisso e inderogabile, l'Allegato (E) sarebbe stato totalmente superfluo, non potendo indicare i concorrenti oneri aziendali per il personale di

importo diverso da quello stimato nella lettera d'invito.

12.7. Vi sarebbe una errata interpretazione della *lex specialis* e la violazione degli artt. 23 e 95, comma 10 del d.lgs. n. 50/2016, posto che Egle, da un lato, ha formulato la propria offerta economica secondo le indicazioni del bando, applicando il ribasso solo sulle spese generali, dall'altro, ha indicato i propri costi del personale, così come richiesto dalla legge (art. 95 codice contratti pubblici) e dalla stessa *lex specialis*.

13. Con il secondo motivo l'appellante afferma quanto segue.

13.1. L'errore in cui sarebbe incorso il TAR nel ritenere sussistente una illegittima operazione di ribasso sui costi del personale si sarebbe riverberato sulle considerazioni successive sviluppate nella sentenza, nella parte in cui investono la valutazione di congruità dell'offerta di Egle.

13.2. Egle è una Cooperativa Sociale con scopo mutualistico, il cui fine principale non è il profitto fine a sè stesso, ma quello sociale relativo all'occupazione e all'assistenza delle fasce disagiate, ponendo in evidenza che in essa prevale l'organizzazione sotto il profilo del metodo di prestazione del servizio e delle soluzioni tecniche adottate nonché le ulteriori condizioni favorevoli di cui gode in favore dei soci e dei propri utenti.

13.3. Egle sostiene di avere pienamente giustificato e documentato alla Stazione appaltante i seguenti costi: Descrizione Importi Costo aziendale del personale relativo al servizio posto a base di gara € 189.326,86, Migliorie dell'offerta tecnica compresi ulteriori costi del personale aggiuntivo € 2.793,63, Oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro € 1.000,00, Oneri di gestione dell'appalto € 4.900,00, Utile d'impresa € 1.350,12, Totale Servizio € 199.370,61.

14. L'appello è fondato.

14.1. Intanto, la clausola della *lex specialis* che imponga il divieto di ribasso sui costi di manodopera, sarebbe in flagrante contrasto con l'art. 97, comma 6 d.lgs. n. 50/2016 e, più in generale, con il principio di libera concorrenza nell'affidamento delle commesse pubbliche.

14.2. L'art. 97 comma 6 appena citato così recita: “6. *Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge. Non sono, altresì, ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza di cui al piano di sicurezza e coordinamento previsto dall'articolo 100 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81. La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa*”.

14.3. Il divieto indiscriminato di ribasso sulla manodopera avrebbe i seguenti effetti:

- a) la standardizzazione dei costi verso l'alto;
- b) la sostanziale imposizione del ccnl individuato dalla stazione appaltante al fine di determinare l'importo stimato dell'appalto;
- c) la sostanziale inutilità dell'art. 97 comma 6 sopra citato e cioè l'obbligo per gli operatori economici del rispetto degli oneri inderogabili;
- d) l'impossibilità, da parte della stazione appaltante, di vagliare l'effettiva congruità in concreto delle offerte presentate dai concorrenti tenuto conto che:
 - d1) ciò che la stazione appaltante deve verificare, con riferimento al costo della manodopera indicato, è l'eventuale scostamento dai dati tabellari medi con riferimento al “costo reale” (o costo ore lavorate effettive) comprensivo dei costi delle sostituzioni cui il datore di lavoro deve provvedere per ferie, malattie e tutte le altre cause di legittima assenza dal servizio;

d2) l'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in offerta, e la correlativa verifica della loro congruità risponde all'esigenza di tutela del lavoro sotto il profilo della giusta retribuzione (Consiglio di Stato, sez. V, 13 ottobre 2022, n. 8735);

d3) l'indicazione dei costi della gestione e delle spese generali seppure indicate in misura esigua, impinge in valutazioni di merito sottratte al sindacato giurisdizionale nella misura in cui la stazione appaltante ne ha ritenuto la congruità e attendibilità, alla luce del generale principio sul carattere globale e sintetico di tale giudizio per cui un sospetto di anomalia per una specifica componente non incide necessariamente ed automaticamente sull'intera offerta che deve essere comunque apprezzata nel suo insieme, con un giudizio globale e sintetico di competenza della stazione appaltante;

d4) la valutazione di anomalia dell'offerta va fatta considerando tutte le circostanze del caso concreto, poiché un utile all'apparenza modesto può comportare un vantaggio significativo sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa (il mancato utilizzo dei propri fattori produttivi è comunque un costo), sia per la qualificazione, la pubblicità, il *curriculum* derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e dall'aver portato a termine un appalto pubblico, cosicché nelle gare pubbliche non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulta pari a zero (Consiglio di Stato, sez. V, 10 novembre 2021, n. 7498).

14.3. Un'altra considerazione è dirimente. L'art. 23 comma 16, invocato dall'appellante a sostegno delle proprie ragioni, dispone che *“I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso”*. I costi della sicurezza e solo quelli.

14.4. Al fine di leggere e applicare correttamente la clausola della *lex specialis*, è significativo richiamare, solo quale supporto interpretativo, l'art. 41 comma 14 del d.lgs. 36/2023 che, significativamente, opera una netta “inversione di

rotta” rispetto al d.lgs. 50/2016 laddove dispone: “14. *Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13. I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale*”.

14.5. Persino nel “nuovo Codice”, che in applicazione di un preciso criterio di delega di cui all’art. 1 comma 2 lett. t) della L. 78/2022, ha previsto “*in ogni caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso*” è stata fatta salva la possibilità per l’operatore economico di dimostrare che un ribasso che coinvolga il costo della manodopera sia derivante da una più efficiente organizzazione aziendale così armonizzando il criterio di delega con l’art. 41 della Costituzione.

14.6. E, d'altronde, non è superfluo osservare che, a supporre corretto l’argomentare del TAR si arriverebbe (come si è arrivati) a considerare che la gara sia stata indetta solo per vagliare il ribasso sulla voce “spese generali”, ciò che costituisce un assurdo logico prima che una ricostruzione in diritto non condivisibile.

15. L’appello deve pertanto essere accolto.

16. Va osservato che la censura riproposta dalla controinteressata e cioè “*VIOLAZIONE ART. 80, COMMA 5, LETT. C-BIS., D.LGS 50/2016. ECCESSO DI POTERE PER SVIAMENTO*” è infondata poiché muove dall’erroneo presupposto, già ampiamente illustrato, secondo cui i partecipanti alla gara non potessero concretamente indicare il costo reale della manodopera e non quello teorico indicato nella *lex specialis*.

17. Sulla scorta delle considerazioni che precedono, e respinto il motivo riproposto dalla Società Cooperativa Raggio di Sole onlus, l’appello deve essere accolto essendo fondati sia il primo sia il secondo motivo. Ne segue la riforma della sentenza impugnata.

Le spese del doppio grado di giudizio, vista la particolarità della questione, possono essere compensate tra le parti in causa. Il contributo unificato corrisposto per la proposizione del ricorso in appello è dovuto in ogni caso dalla parte soccombente e rappresenta un'obbligazione *ex lege* espressamente prevista dall'art. 13, comma 6 *bis*, del d.P.R. n. 115 del 2002 (tra le altre, Consiglio di Stato sez. V, 21 novembre 2018, n. 6587 e Consiglio di Stato sez. V, 2 marzo 2018, n. 1291).

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 del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce (Sezione Seconda) n. 430/2023, respinge il ricorso di primo grado e i motivi aggiunti. Spese del doppio grado compensate. Il contributo unificato corrisposto per la proposizione del ricorso in appello è posto a carico della parte soccombente.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO