

Consiglio di Stato, Sezione Terza, Sentenza n. 1591 del 19 febbraio 2024

Appalti di servizi – Verifica anomalia offerta – Obbligo di instaurare contraddittorio con OE – No provvedimento immediato di esclusione

Pubblicato il 19/02/2024

N. 01591/2024REG.PROV.COLL.

N. 08603/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8603 del 2023, proposto dall'(...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

(...) S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. (...),

nei confronti

(...) S.r.l., non costituita in giudizio,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 1932/2023, resa tra le parti, in relazione al ricorso proposto da (...) S.p.a.

per l'annullamento, previa adozione di idonea misura cautelare:

- del provvedimento del 22 dicembre 2022 a firma del R.U.P., comunicato via p.e.c. in pari data, di esclusione di (...) S.p.a. dalla procedura di gara per l'affidamento del “*servizio di portierato, sostituzione custodi ed addetti alle pulizie, rotazione e resa sacchi, fornitura materiale di pulizia, disinfezione, disinfestazione, derattizzazione e manutenzione delle aree verdi presso gli stabili patrimoniali urbani in Milano e comuni limitrofi per la durata di 3 anni*”;

- del “*verbale di gara – seduta riservata del RUP del 20 dicembre 2022*”, allegato al provvedimento di esclusione;

- di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto e/o connesso e/o conseguente, anche se non conosciuto, se e in quanto lesivo per la ricorrente, ivi compresa la - non conosciuta - aggiudicazione del servizio in favore di altro concorrente;

e per la condanna della resistente Amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica, mediante declaratoria del diritto alla aggiudicazione della ricorrente, con dichiarazione di inefficacia del contratto, ove *medio tempore* stipulato con altro concorrente, e subentro nel contratto per l'intera durata programmata; nonché, in subordine, in tutto o in parte, per il risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di (...) S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 18 gennaio 2024, il Cons. Angelo Roberto Cerroni e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. – L'(...) (di seguito, *breviter* (...)) con Determinazione AEP/17 del 24 febbraio 2021 ha disposto l'avvio di una procedura aperta, *ex art.* 60 del D.Lgs. n. 50/2016, per l'affidamento del “*servizio di portierato, sostituzione custodi ed addetti alle pulizie, rotazione e resa dei sacchi, fornitura materiale di pulizia, disinfezione, disinfestazione, derattizzazione e manutenzione delle aree verdi presso gli stabili patrimoniali urbani in Milano e comuni limitrofi per la durata di tre anni*” da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, comma 2, del medesimo decreto legislativo. La *lex specialis* prescrive l'applicazione integrale delle norme del “*Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro per il personale dipendente da imprese esercenti servizi di pulizia e servizi integrati / multiservizi*” del 31 maggio 2011, c.d. CCNL Multiservizi e reca la c.d. clausola sociale allegando l'elenco del personale, costituito da 22 lavoratori, tutti inquadrati al II livello del CCNL Multiservizi, alcuni dei quali già applicati in regime di c.d. discontinuità, trattandosi di mansioni c.d. di attesa, ossia con un orario settimanale superiore alle 40 ore.

2. – Hanno partecipato alla procedura nove operatori economici e si è collocata al primo posto della graduatoria (...) S.p.a., la cui offerta è stata sottoposta al subprocedimento di verifica dell'anomalia. Dopodiché, senza ulteriori momenti di confronto procedimentale, l'(...) ha ritenuto di escludere l'offerta di (...) per il fatto che sarebbero stati “*violati i minimi salariali inderogabili stabiliti dal CCNL di riferimento*”, procedendo allo scorrimento della graduatoria in favore di (...) S.r.l. Più nello specifico, il RUP avrebbe rilevato che applicando il divisore orario indicato dall'art. 19 del CCNL Multiservizi 2011 (l'unico asseritamente applicabile perché il contratto collettivo non ne individua altri) la retribuzione oraria per l'offerta di (...) sarebbe di € 6,14/6,42 (per gli operai di II livello), mentre il minimo contrattuale è di € 6,90 per gli operai di I livello, quindi irrimediabilmente inferiore.

3. – Sicché, (...) ha impugnato il provvedimento di esclusione innanzi al TAR per la Lombardia deducendo profili di censura formale e sostanziale e, segnatamente,

la pretermissione delle garanzie partecipative in sede di subprocedimento di verifica, la falsa applicazione della disciplina normo-contrattuale in materia di lavoro discontinuo e i vizi di difetto istruttorio e motivazionale rispetto al ritenuto scostamento dalle tabelle ministeriali.

3.1. – Il giudice di prime cure ha aderito all'impianto demolitorio dell'operatore pretermesso con la sentenza n. 1932/2023, pubblicata in data 20 luglio 2023, che ha accolto il ricorso di primo grado e, conseguentemente, annullato il provvedimento di esclusione impugnato. In particolare, il TAR lombardo ha rimarcato, con riguardo ai profili procedimentali, che il *modus procedendi* di (...) non ha rispettato il principio del contraddittorio da preservare anche in sede di valutazione di anomalia, sulla base delle previsioni dell'art. 97, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, mentre con riferimento al dedotto vizio istruttorio e motivazionale ha affermato che il divisore 195 utilizzato dalla ricorrente è quello che consente, ferma la paga mensile, di determinare la paga oraria, laddove il lavoro è discontinuo e articolato su 45 ore settimanali.

4. – Avverso la richiamata sentenza la (...) ha proposto appello con atto notificato il 16 ottobre 2023, depositato il 31 ottobre 2023, affidato a tre motivi e contenente domanda cautelare. Deduce segnatamente:

4.1. – *Error in iudicando, sub specie* di illogicità e contraddittorietà della motivazione, violazione e falsa applicazione dell'art. 97, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016.

L'appellante sostiene che il momento del contraddittorio in sede di verifica dell'anomalia risponderebbe a carattere di elasticità e sarebbe bastevole e adeguato quanto posto in essere dal RUP, specie se con riferimento alla violazione dei minimi salariali da CCNL. Difatti, la disciplina primaria – prima *ex* art. 97, co. 6, d.lgs. n. 50/2016, ora *ex* art. 110, co. 4, lett. a), d.lgs. n. 36/2023 – preclude in punto di principio ogni tipo di giustificazione in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge, sicché non vi sarebbe stata ragione di estendere il contraddittorio a tali profili inderogabili

e insuscettibili di giustificazione.

4.2. – *Error in iudicando, sub specie* di violazione art. 97, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016, violazione artt. 19 e 32 CCNL Multiservizi.

La tesi di parte appellante verte su una questione squisitamente giuslavoristica alla stregua della quale per i dipendenti del comparto Multiservizi, anche se discontinui, sarebbe corretto applicare il divisore 173 di cui all'art. 19 CCNL, in quanto unico divisore riconosciuto dalla disciplina normo-contrattuale. Indi, l'operazione algebrica prospettata da (...) e avallata dal primo giudice consistita nel riproporzionare la paga oraria al monte orario dei lavoratori discontinui pari a 45 ore settimanali, indi con divisore mensile 195, sarebbe fatalmente fallace e non potrebbe essere condivisa. Il *punctum dolens* rimarcato dall'appello sarebbe proprio rappresentato dalla circostanza che l'utilizzo del lavoro discontinuo deve e può essere applicato “*a parità di trattamento economico*” e se si va al di sotto del minimo salariale che viene determinato in modo vincolato, è pacifico che non vi sia parità di trattamento economico.

4.3. – *Error in iudicando, sub specie* di violazione art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, violazione artt. 19 e 32 CCNL multiservizi.

L'appellante stigmatizza l'ultimo capo di decisione ove ravvisa un difetto istruttorio e motivazionale del verbale di esclusione in punto di quantificazione del tasso di assenteismo per malattia/infortuni/maternità e, più in generale, dello scostamento dai valori medi ministeriali.

L'appellante rivendica la congruità dell'*iter* motivazionale e invoca l'insindacabilità della discrezionalità tecnica del RUP in sede di verifica di anomalia dell'offerta.

5. – Si è costituita in giudizio l'appellata (...) che ha svolto difese nel merito, obiettando l'inammissibilità e l'infondatezza dell'impugnazione oltre a riproporre cautelativamente e formalmente, *ex* art. 101, comma 2, c.p.a., la domanda finalizzata alla declaratoria del diritto all'aggiudicazione di (...) S.p.a., al risarcimento in forma specifica e all'inefficacia del contratto eventualmente

stipulato con altro operatore economico.

6. – Alla camera di consiglio fissata per la discussione dell'istanza cautelare, le parti hanno convenuto per l'abbinamento della trattazione al merito, soprassedendo dalla fase cautelare.

7. – Espletato lo scambio di memorie difensive *ex art. 73 c.p.a* la causa è venuta in discussione all'udienza pubblica del 18 gennaio 2024 ed è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. – La controversia che viene all'attenzione del Collegio di appello verte su un profilo estremamente specifico del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della prima graduata (...) nell'ambito della procedura aperta per l'affidamento dei servizi di portierato, guardiana e altri servizi indetta dall'(...). Il Responsabile unico del procedimento ha, infatti, ritenuto di escludere dalla procedura (...) S.p.a., odierna appellata, per supposta violazione dei minimi salariali inderogabili come previsti dal CCNL cd. Multiservizi, la cui applicazione alla commessa è pacificamente disposta dall'art. 16 del capitolato speciale d'appalto (*“Sono a carico della ditta aggiudicataria: [...] 2 - L'obbligo di retribuire il proprio personale in misura non inferiore a quanto previsto nel “Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro per il personale dipendente da imprese esercenti servizi di pulizia e servizi integrati / multiservizi” del 31 maggio 2011, secondo i costi medi orari vigenti da settembre 2012 di cui al D.M. 23 maggio 2012 e negli accordi locali integrativi dello stesso in vigore per il tempo e nella località in cui vengono effettuati i servizi e le prestazioni richiesti”*).

1.1. – La contestata deroga *in pejus* dei minimi salariali scaturirebbe dalla controversa applicazione dell'art. 19 del CCNL Multiservizi del 31 maggio 2021, laddove prevede che *“ai fini della determinazione della retribuzione oraria, il divisore mensile è 173”*, con particolare riguardo all'istituto del lavoro discontinuo disciplinato dall'art. 32 CCNL.

La posizione assunta dal RUP in sede di verifica di anomalia opina nel senso

dell'inderogabile applicazione del divisore 173, riferibile ad una prestazione articolata in 40 ore settimanali, anche nelle ipotesi di lavoro discontinuo regolato dall'art. 32 CCNL in cui l'orario contrattuale è, invece, fissato nella misura di 45 ore settimanali.

Di segno antitetico è l'interpretazione perorata dall'appellata (...) e avallata dal giudice di prime cure, compendiabile nell'asserto per cui *“è irragionevole la tesi che, a parità di paga mensile, pretende di applicare lo stesso divisore anche quando l'orario di lavoro sale a 45 ore settimanale, in dipendenza del carattere discontinuo del lavoro svolto”*.

2. – Delineato nei termini che precedono il *thema disputandum*, il Collegio deve primariamente peritarsi di scrutinare il primo motivo di appello, come visto, di indole schiettamente procedimentale. In buona sostanza il primo giudice ha dato ragione all'operatore estromesso (...) che si assumeva lesa nelle proprie prerogative partecipative atteso che effettivamente *“nel caso di specie, il contraddittorio è mancato, perché l'amministrazione si è limitata ad avanzare una richiesta di giustificazioni connotata da estrema genericità e, a fronte delle giustificazioni fornite, non ha sottoposto all'aggiudicataria i profili dell'offerta ritenuti – per la prima volta – problematici, sicché non le ha consentito di fornire giustificazioni specifiche sui profili che hanno condotto all'esclusione”*. L'appellante contrasta tale affermazione trincerandosi dietro il carattere vincolato ed ineludibile del rimedio espulsivo a fronte di una violazione dei minimi salariali inderogabili che non consentirebbe giustificazione alcuna a mente dell'art. 97, co. 6, d.lgs. n. 50/2016.

2.1. – Il motivo è infondato.

2.2. – Le osservazioni del (...) non sono, infatti, persuasive. A ben vedere, il RUP, con la nota del 19 ottobre 2022, si è limitato a richiedere chiarimenti genericamente riferiti all'offerta nel suo complesso senza far seguire a tale nota di avvio della verifica alcuna richiesta di approfondimento istruttorio o di maggiori delucidazioni con riferimento alla – perverso ben circoscritta – *vexata questio* dell'individuazione del corretto divisore per il lavoro discontinuo nella disciplina

del CCNL Multiservizi: senonché, sarebbe stato opportuno e conveniente, specie in un'ottica di trasparenza procedimentale e di *clare loqui*, che il RUP esternasse le proprie perplessità in ordine al calcolo del costo medio orario (questione compendiabile in estrema sintesi nella scelta tra il divisore 195 o 173) prima di addivenire alla definitiva esclusione della prima graduata, giunta a sorpresa dopo un non trascurabile lasso di apparente stasi procedimentale con la nota del 22 dicembre 2022.

2.3. – Se è dunque vero che “*il principio del contraddittorio procedimentale non comporta un vincolo assoluto di piena corrispondenza tra giustificazioni richieste e ragioni di anomalia dell’offerta*”, come evocato dall’appellante, - anche a mente dell’evoluzione ordinamentale che, con l’articolo 97, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, ha previsto per la verifica di anomalia dell’offerta una struttura “monofasica” del procedimento e non più trifasica, cioè articolata in giustificativi, chiarimenti, contraddittorio, com’era, invece, nel regime disegnato dal previgente articolo 87 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 - non si può tuttavia approdare all’estremo opposto in cui l’esternazione delle ragioni dell’anomalia dell’offerta avvenga in definitiva solo col provvedimento di esclusione, amputando ogni forma di confronto sui profili ritenuti critici, in spregio dei canoni di collaborazione e buona fede che devono informare i rapporti tra stazione appaltante e imprese partecipanti alla gara, specie quando vengono in rilievo profili escludenti inderogabili come la violazione dei minimi salariali inderogabili.

2.4. – Deve dunque essere vagliata positivamente la statuizione del primo giudice laddove afferma univocamente che il contraddittorio è mancato nella fattispecie *de qua* impedendo all’impresa destinataria del provvedimento espulsivo di apportare il proprio fondamentale contributo partecipativo.

3. – Spostando ora il fuoco della disamina sul secondo mezzo di censura, si entra nel vivo della questione di merito giuslavoristica della corretta individuazione del divisore per i lavoratori discontinui del comparto regolato dal CCNL Multiservizi.

3.1. – Ad avviso del Collegio la tesi di parte appellante non coglie nel segno.

3.2. – Dall'esegesi sistematica dell'accordo di contrattazione collettiva non si rinviene alcun indice testuale di impedimento all'individuazione di altri divisori oltre a quello enucleato in via ordinaria dall'art. 19 con riguardo all'orario normale di lavoro di 40 ore settimanali. Anzi, l'applicazione del divisore 195 rappresenta un corollario logico della *ratio* stessa sottesa all'istituto della discontinuità, consistente appunto nell'assicurare un monte orario di 45 ore settimanali a parità di base salariale (a fronte di prestazioni di mera attesa o custodia) nel quadro di una cornice di flessibilità dell'organizzazione del lavoro: giova, infatti, soffermarsi sulla circostanza che le ore contemplate dal lavoro discontinuo non corrispondono necessariamente a periodi di svolgimento effettivo della mansione, ma possono tradursi in prestazioni di mera attesa o, a tutto concedere, di custodia. Indi la contrattazione collettiva, in una prospettiva di competizione più serrata sul costo del lavoro, ha convenuto che tale monte ore maggiorato, ma più rarefatto sul piano delle energie psico-fisiche profuse dal lavoratore, sia remunerato con la stessa paga mensile dell'ordinario lavoratore del comparto multiservizi soggetto alla disciplina base dell'art. 19 CCNL.

Tale *ratio* efficientista e pro-competitiva sarebbe vanificata se si facesse ricorso indistintamente al divisore 173, come a voler ignorare che il monte ore di cui si discorre è maggiorato e assicura prestazioni orarie più competitive, perlomeno sui servizi di durata come la guardiania e la portineria.

4. – Siffatto argomento è ulteriormente corroborato dalla decisiva circostanza che i minimi salariali stabiliti inderogabilmente dal contratto collettivo sono espressi su base mensile e non già su base oraria: a mente di tale inconfutabile dato si sfalda l'intero impianto impugnatorio giacché la notoria inderogabilità *in peius* dei trattamenti fissati dalla contrattazione collettiva opera rispetto a tali valori mensili e non può trovare adesione la rielaborazione di tali valori su base oraria sviluppata dall'Azienda appellante nel tentativo di dimostrare che i prospetti orari di (...)

conducano a ribassi illeciti.

5. – Se a tali considerazioni si aggiunge, infine, che, nonostante l'applicazione del divisore inferiore per i lavoratori discontinui, l'offerta dell'originaria ricorrente assicura a costoro una retribuzione mensile pari a quella – pacificamente conforme al CCNL – riconosciuta ai lavoratori ordinari si sgretolano definitivamente le fondamenta della doglianza in esame: si veicola, infatti, l'asserto conclusivo che nella fattispecie in esame non vi è luogo a discorrere di violazioni dei minimi salariali inderogabili atteso che tali minimi devono essere esaminati e raffrontati nella valorizzazione globale su base mensile e non su quella su base oraria.

Anzi, ricapitolando i termini della questione mediante l'espedito logico-argomentativo del rasoio di Occam, può dirsi che (...) ha sviluppato un'offerta al contempo rispettosa, sul piano economico dei minimi salariali mensili da contrattazione collettiva ed efficiente sul piano tecnico, in virtù del maggior monte ore ritraibile dall'attività dei discontinui: il conseguente minor costo orario della manodopera rappresenta un naturale corollario del quoziente operato col divisore maggiorato pari a 195, espressivo del maggior monte ore assicurato dai discontinui, ma non inficia in alcun modo i minimi inderogabili, essendo questi formulati su base mensile.

6. – Tanto considerato, il motivo deve essere disatteso.

7. – In ultimo, la terza censura, volta a denunciare la decisione del primo giudice in ordine al lamentato difetto istruttorio e motivazionale del verbale del RUP, allegato *per relationem* al provvedimento di esclusione viene a cadere per la sua stessa intrinseca genericità e vaghezza a fronte della esaustiva relazione giustificativa dell'offerta prodotta da parte appellata in sede di verifica: perverso, rimarca correttamente il primo giudice che l'appellata ha prodotto questa corposa relazione, nella quale “*dedica un lungo paragrafo al costo della manodopera, indicando in modo dettagliato e argomentato le diverse voci che conducono ad uno scostamento tabellare; una parte è dedicata espressamente all'analisi dell'“incidenza effettiva a carico dell'azienda degli oneri*

per carenza malattia, infortunio e maternità”.

7.1. – Le affermazioni del primo giudice meritano piena condivisione avendo specialmente riguardo al fatto che secondo la costante giurisprudenza la difformità dalle tabelle ministeriali non è sufficiente da sola a dimostrare la non congruità del costo del personale dichiarato dall'offerente (*v. ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 27 novembre 2023, n. 10164) ed è ammissibile lo scostamento da tali valori purché risulti suffragato da attendibili dati esperienziali e statistiche aziendali. Orbene, la dettagliata relazione prodotta da (...) in sede di giustificativi dava conto, anche sotto forma tabellare, di tali statistiche aziendali ampiamente idonee a giustificare gli scostamenti dalle tabelle ministeriali, cionondimeno il RUP non ne ha inspiegabilmente tenuto conto sminuendone la valenza esplicativa, vieppiù acuita dall'erronea applicazione del divisore 173 di cui al punto precedente, con inevitabili riverberi in punto di monte orario complessivo.

7.2. – Indi, appare fondato il vizio istruttorio e motivazionale lamentato dal primo ricorrente e ravvisato dal TAR lombardo, con conseguente reiezione anche dell'ultimo nucleo censorio.

8. – Tanto considerato, l'appello deve essere conclusivamente respinto.

9. – La novità della questione giustifica la compensazione delle spese del grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Nicola D'Angelo, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Angelo Roberto Cerroni, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Angelo Roberto Cerroni

IL PRESIDENTE

Raffaele Greco

IL SEGRETARIO