

Pubblicato il 02/11/2023

N. 09421/2023REG.PROV.COLL.
N. 04392/2023 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4392 del 2023, proposto da SLEM S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia e Giovanni La Fauci, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, Via Principessa Clotilde n. 2 e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

la C.C.U. – Centrale Unica di Committenza per le procedure di appalto tra i Comuni di Ariano Irpino, Montecalvo Irpino e Villanova del Battista, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio; il Comune di Ariano Irpino, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Donato Cicenia, con domicilio eletto in Roma, Via Taranto, 95, lotto C, sc. A e domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

del Raggruppamento Temporaneo di Imprese ALTHEA s.r.l. - Società Cooperativa Sociale PROGETTO 2000, in persona del legale rappresentante *pro tempore* della mandataria capogruppo designata ALTHEA s.r.l, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Misserini, domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

la Omnia Plus Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione staccata di Salerno, Sezione I, 3 aprile 2023, n. 737, resa tra le parti e notificata il 14 aprile 2023, avente ad oggetto l'aggiudicazione del servizio di refezione scolastica da eseguirsi nel Comune di Ariano Irpino;

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Ariano Irpino e del Raggruppamento Temporaneo di Imprese ALTHEA s.r.l. - Società Cooperativa Sociale PROGETTO 2000;

Visti tutte le memorie e gli atti della causa;

relatore, nell'udienza pubblica del giorno 12 ottobre 2023, il consigliere Luca Di Raimondo e viste le conclusioni delle parti come da verbale.

Ritenuto in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 126 del 29 ottobre 2021, il Comune di Ariano Irpino ha indetto, tramite la Centrale Unica di Committenza per le procedure di appalto tra i Comuni di Ariano Irpino, Montecalvo Irpino e Villanova del Battista - C.C.U. – una

“Procedura aperta ex art. 60 del D.Lgs. n. 50 del 18 aprile 2016 e s.m.i. per affidamento del Servizio di Refezione Scolastica da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi degli artt. 60 - 95 comma 3 lett. a) e art.144 del D.Lgs. n. 50/2016 aggiornato alla Legge 120 del 2020 e s.m.i. C.I.G.:8859474D37”.

Oggetto dell’appalto è *“la fornitura, preparazione e somministrazione dei pasti per il servizio di refezione scolastica nella scuola dell’infanzia (ex scuole materne), in quella primaria e media inferiore del comune di Ariano Irpino, per gli anni scolastici 2021/2022-2022/2023-2023/2024.”*, con base d’asta € 691.824,00, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (con punteggio da attribuire nella misura di massimo 70 punti per l’offerta tecnica e di massimo 30 punti per l’offerta economica).

In esito alle operazioni di gara, gli unici tre operatori economici partecipanti alla procedura di evidenza pubblica si sono classificati come segue:

- 1) il Raggruppamento Temporaneo di Imprese ALTHEA s.r.l. - Società Cooperativa Sociale PROGETTO 2000 (di seguito anche “RTI” o “Althea”), che ha ottenuto complessivamente punti 99/100,
- 2) SLEM S.r.l. (di seguito anche ”SLEM”), che ha ottenuto complessivamente punti 93,458;
- 3) Omnia Plus Società Cooperativa (di seguito anche “Omnia”), che ha ottenuto complessivamente punti 93,919.

La graduatoria è stata successivamente modificata con determina n. 12 del 5 ottobre 2022, con l’inversione della terza con la seconda società classificate.

In esito alla proposizione del ricorso al Tar Campania – Salerno da parte della SLEM per l’annullamento degli atti di gara, con determina n. 17 del 21 novembre 2022, la stazione appaltante ha nuovamente modificato la graduatoria, posizionando SLEM al secondo posto ed Omnia al terzo e confermando l’aggiudicazione in favore del RTI.

Anche tale secondo provvedimento è stato impugnato dinanzi al primo giudice dalla SLEM con ricorso per motivi aggiunti, unitamente ad altri atti della procedura.

2. Con sentenza 3 aprile 2023, n. 737, resa tra le parti e notificata il 14 aprile 2023, il Tribunale territoriale adito ha rigettato il ricorso ed il ricorso per motivi aggiunti, condannando la ricorrente e la Omnia alla rifusione delle spese di lite in favore della controinteressata e dell'ente resistente.

3. Con ricorso in appello notificato il 15 maggio 2022 e depositato il 22 maggio successivo, SLEM ha impugnato, chiedendone la riforma previa istanza cautelare, la citata decisione, affidando il proprio gravame a tre mezzi di doglianza, con i quali ha riproposto, anche in chiave critica rispetto alla sentenza impugnata, le censure dedotte in primo grado, lamentando:

I. Errores in procedendo ed in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell'art. 8 del Bando/Disciplinare. Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 95 e 97 D.Lgs. 50/2016. Violazione D.D. 27.06.2019 e CCNL di riferimento. Violazione e falsa applicazione dell'art. 4 L. n. 381/1991. Violazione dell'art. 97 Cost. Violazione di legge. Eccesso di potere; difetto di istruttoria; illogicità manifesta; perplessità.": secondo l'appellante, in sostanza, la sentenza di primo grado sarebbe erronea perché il Tar non ha correttamente valutato le giustificazioni rese dall'operatore economico aggiudicatario della gara in sede di ulteriore verifica dell'anomalia dell'offerta, seolta in due riprese, con particolare riguardo al costo del lavoro, non valorizzando evidenti profili di indeterminatezza della proposta tecnico-economica formulata dal RTI, che si sostanzierebbe in un'offerta anomala, senza alcuna garanzia dell'affidabilità dell'impresе raggruppate in ordine alla corretta esecuzione della fornitura in termini di adeguata remunerazione dei costi sostenuti e delle prestazioni rese in esecuzione dell'appalto;

"II. Errores in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell'art. 8 del

Bando/Disciplinare. Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 95 e 97 D.Lgs. 50/2016. Violazione di ogni norma e principio in tema di modifica dell'offerta tecnica in sede di giustificazioni d'anomalia. Violazione dell'art. 97 Cost. Violazione di legge. Eccesso di potere; difetto di istruttoria; illogicità manifesta; perplessità.”: con tale mezzo, l'appellante lamenta l'incongruità, sotto diverso e ulteriore profilo, dell'offerta del RTI Althea, con particolare riguardo alle numerose offerte migliorative proposte;

“III. Errores in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell'art. 8 del Bando/Disciplinare. Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 95 e 97 D.Lgs. 50/2016. Violazione dell'art. 97 Cost. Violazione di legge. Eccesso di potere; difetto di istruttoria; illogicità manifesta; perplessità.”: il motivo lamenta l'incongruità dell'offerta del RTI Althea anche con riferimento ai costi preventivati per le attrezzature e gli interventi da allestire in base al proprio progetto tecnico.

4. Con memorie depositate rispettivamente il 12 e il 13 giugno 2023, si sono costituiti in giudizio il Comune di Ariano e Althea, eccependo l'inammissibilità dell'appello, e chiedendone il rigetto nel merito, unitamente alla domanda cautelare.

Nella camera di consiglio del 15 giugno 2023, la causa è stata rinviata all'udienza di merito del 12 ottobre 2023, vista la relativa istanza di parte appellante, alla quale non si sono opposte gli appellati.

Hanno depositato memoria *ex* articolo 73 c.p.a. l'ente pubblico (il 7 settembre 2023), la SLEM e il RTI (il 26 settembre 2023) e memoria di replica l'appellante (il 29 settembre 2023) e Althea (il 30 settembre 2023).

5. All'udienza pubblica del 12 ottobre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. SLEM, ha impugnato, chiedendone la riforma, la sentenza del Tar

Campania–Salerno n. 737/2023, di cui ha lamentato l'erroneità da diversi angoli prospettici.

L'appello è fondato secondo le considerazioni che seguono e i mezzi di gravame possono essere esaminati congiuntamente per ragioni di economia processuale.

2. Prima di passare all'esame dei motivi di censura, mette conto individuare il perimetro entro cui è consentito il sindacato di legittimità del giudice amministrativo in relazione al procedimento di verifica di anomalia dell'offerta.

L'istituto in esame – com'è noto - è funzionale alla verifica delle condizioni di serietà ed attendibilità dell'offerta e di affidabilità dell'impresa che, in caso di aggiudicazione, deve eseguire l'appalto, considerato l'equilibrio che deve sempre sussistere tra una proposta competitiva e un'adeguata remunerabilità, al fine di scongiurare che l'affidamento di un appalto, che non consenta un ragionevole ritorno economico, esponga la stazione appaltante al rischio di un'irregolare esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto a valle della procedura di evidenza pubblica o, peggio, alla sua interruzione a causa dell'impossibilità per l'aggiudicataria di farvi fronte.

Le attività di verifica dell'anomalia dell'offerta sono disciplinate dall'articolo 97 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, il cui primo comma prevede 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.”*

Le operazioni che la stazione appaltante svolge per verificare che l'offerta sia, oltre che congrua e rispettosa della *lex specialis*, anche adeguata e concretamente eseguibile, sono caratterizzate da ampi margini di discrezionalità tecnica, secondo una valutazione globale e sintetica, sindacabili

in sede giurisdizionale solo di fronte a macroscopici profili di illegittimità, restando in ogni caso precluso al giudice di sostituirsi all'Amministrazione nell'esecuzione di tali attività (Consiglio di Stato, Sezione V, 3 maggio 2022, n. 3453; 28 febbraio 2022, n. 1412; 4 agosto 2021, n. 5754; 8 aprile 2021, n. 2843; 8 gennaio 2021, n. 295; 30 novembre 2020, n. 7554; 23 novembre 2020, n. 7255; 2 ottobre 2020, n. 5777; 17 giugno 2019, n. 4050).

Con argomentazioni dalle quali il Collegio non vede ragioni di discostarsi, la giurisprudenza ha stabilito che *“la valutazione di anomalia dell'offerta costituisce espressione della discrezionalità tecnica, di cui l'amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell'interesse pubblico ad essa affidato dalla legge, e, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti; in altri termini, il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni operate dalla stazione appaltante in ordine al giudizio di anomalia dell'offerta non può estendersi oltre l'apprezzamento della loro intrinseca logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria, essendo preclusa all'organo giurisdizionale la possibilità di svolgere (autonomamente o a mezzo di consulenti tecnici) un'autonoma verifica circa la sussistenza, o meno, dell'anomalia, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità tecnica dell'amministrazione (cfr., fra le tante, Cons. Stato, V, 28 marzo 2022, n. 2269; 17 marzo 2022, n. 1946; 9 febbraio 2022, n. 939; 3 febbraio 2022, n. 764).* (Consiglio di Stato, Sezione V, 14 marzo 2023, n. 3811).

La valutazione della congruità dell'offerta che la stazione appaltante è chiamata a svolgere deve essere eseguita in modo complessivo, sintetico, e non parcellizzato o atomistico (Consiglio di Stato, Sezione V, 28 marzo 2023, n. 3196, Sezione III, 28 ottobre 2022, n. 9312), in maniera da valorizzare nell'insieme le singole voci di cui si compone la proposta contrattuale formulata dall'operatore economico, poiché *“questione essenziale del giudizio di*

verifica della congruità dell'offerta è se quest'ultima, nonostante le imprecisioni o le manchevolezze nella quantificazione di alcune voci di costo, sia comunque complessivamente affidabile (giudizio che, come noto, ha natura necessariamente globale e sintetica, non potendo risolversi in una parcellizzazione delle singole voci di costo e costituisce frutto di apprezzamento tecnico riservato all'amministrazione appaltante, non sindacabile in giustizia se non per illogicità, manifesta irragionevolezza, arbitrarietà: cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2021, n. 2437): risultato che si ottiene, secondo i principi appena richiamati, solo se si accerti che gli eventuali scostamenti o errori di valutazione non trovino compensazione, o copertura sotto il profilo economico-finanziario, in altre voci (quali quelle per spese generali, fondi accantonamenti rischi, utile d'impresa). (ex multis, Consiglio di Stato, Sezione V, 14 aprile 2023, n. 3857).

Proprio perché la verifica dell'anomalia dell'offerta può comportare l'esclusione del concorrente dalla gara, la giurisprudenza ha stabilito che è necessaria, *“nel caso di una valutazione sfavorevole all'offerente, una motivazione rigorosa e analitica, a causa dell'immediata lesività del provvedimento che determina l'esclusione dalla procedura (C.d.S. sez. III, 14/10/2020, n.6209; sez. VI, 20/04/2020, n.2522)”*, fermo restando che *“l'obbligo di motivazione analitica e puntuale sulle giustificazioni sussiste solo nel caso in cui l'Amministrazione esprima un giudizio negativo, mentre tale onere non sussiste in caso di esito positivo del giudizio di congruità dell'offerta essendo sufficiente in tal caso motivare il provvedimento per relationem alle giustificazioni presentate dal concorrente (C.d.S. sez. III, n.6209/2020 cit.; 24/02/2020, n.1347) (Consiglio di Stato, Sezione III, 28 dicembre 2020, n. 8442; in terminis, Consiglio di Stato, Sezione III, 14 ottobre 2020, n. 6209).*

L'onere di motivazione rafforzata rileva, dunque, con riferimento ad offerte particolarmente basse, formulate dall'operatore economico anche al solo fine di poter ottenere la commessa e restare attivo sul mercato.

A livero unionale, la Corte di Giustizia ha espresso, persino in relazione alle

offerte complessivamente pari a zero, il principio per cui “*l’art. 2, par. 1, pt. 5, della direttiva 2014/24/UE, come modificata dal regolamento 2017/2365 della Commissione, deve essere interpretato nel senso che esso non costituisce un fondamento giuridico per il rigetto dell’offerta nell’ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il solo motivo che il prezzo proposto nell’offerta è di EUR 0*” (Corte di Giustizia, 10 settembre 2020, in causa C-367/19), e ciò perché “*dalla logica sottesa all’articolo 69 della direttiva 2014/24 risulta che un’offerta non può automaticamente essere respinta per il solo motivo che il prezzo proposto è di EUR 0*”, con la conseguenza che l’eventuale anomalia dell’offerta deve essere verificata in concreto e puntualmente motivata, rimanendo fermo che “*le amministrazioni aggiudicatrici, in caso di sospetto di offerta anormalmente bassa, sono tenute a verificare l’effettiva sussistenza di tale carattere anormalmente basso prendendo in considerazione tutti gli elementi pertinenti del bando di gara e del capitolato d’oneri*” (Corte di Giustizia, 15 settembre 2022, in causa C-669/20).

Per stabilire quando un’offerta può essere definita anomala - vale a dire senza un margine minimo e, dunque, in perdita - si deve sempre fare riferimento alla fattispecie concreta.

La giurisprudenza in materia ha stabilito il principio, secondo cui, “*salvo il caso in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è dato stabilire una soglia di utile al di sotto della quale l’offerta va considerata anomala - potendo anche un utile modesto comportare un vantaggio significativo (Cons. Stato Sez. V, 22/03/2021, n. 2437; Cons. Stato Sez. III, Sent., 13-07-2021, n. 5283)*”, fermo restando che “*legittimamente l’aggiudicataria può difendersi in giudizio provvedendo a giustificare tali voci in sede processuale (Cons. Stato, Sez. III, 14.11.2018, n. 6430; Consiglio di Stato, sez. III, 15.02.2021 n. 1361) (tra le tante, Consiglio di Stato, Sezione V, 24 marzo 2023, n. 3085; in termini, Sezione V, 29 novembre 2022, n. 10470).*

I canoni ermeneutici cui si deve ispirare anche la decisione del caso in esame

sono stati ben sintetizzati da Consiglio di Stato, Sezione V, 26 ottobre 2022, n. 9139, secondo cui *“vanno preliminarmente richiamati i principi costantemente affermati dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato in materia di valutazione di congruità dell’offerta anomala, bene riepilogati, da ultimo, da Cons. Stato, III, 14 maggio 2021 n. 3917, e dai quali il Collegio non ritiene di doversi discostare, secondo cui:*

- la valutazione in parola consiste in un procedimento il cui esito è rimesso alla discrezionalità tecnica della stazione appaltante ed è globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci, dal momento che l’obiettivo dell’indagine è l’accertamento dell’affidabilità dell’offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che la compongono (Cons. Stato, Ad plen. n. 36 del 2012; V, 14 giugno 2013, n. 3314; 1° ottobre 2010, n. 7262; 11 marzo 2010, n. 1414; IV, 22 marzo 2013, n. 1633; III, 14 febbraio 2012, n. 710);

- ciò che interessa al fine dello svolgimento del giudizio successivo alla valutazione dell’anomalia dell’offerta è rappresentato dall’accertamento della serietà dell’offerta desumibile dalle giustificazioni fornite dalla concorrente;

- la valutazione sulla congruità dell’offerta resa dalla stazione appaltante, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, è sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o irragionevolezza, erroneità fattuale o difetto di istruttoria, che rendano palese l’inattendibilità complessiva dell’offerta (Cons. Stato, Ad. plen. n. 36 del 2012; V, 17 gennaio 2014, n. 162; 26 settembre 2013, n. 4761; 18 agosto 2010, n. 5848; 23 novembre 2010, n. 8148; 22 febbraio 2011, n. 1090);

- il giudice amministrativo non può operare autonomamente una verifica delle singole voci dell’offerta sovrapponendo così la sua idea tecnica al giudizio - non erroneo né illogico - formulato dall’organo amministrativo cui la legge attribuisce la tutela dell’interesse pubblico nell’apprezzamento del caso concreto, poiché, così facendo, invaderebbe una sfera propria della pubblica amministrazione (Cons. Stato, IV, 27 giugno 2011, n. 3862; V, 28 ottobre 2010, n. 7631; 17 gennaio 2014, n. 162);

- al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, poiché anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio significativo, sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivante per l'impresa dall'essere aggiudicataria di un appalto pubblico e di averlo portato a termine (Cons. Stato, V, 27 settembre 2017, n. 4527; 29 maggio 2017, n. 2556; 13 febbraio 2017, n. 607; 25 gennaio 2016, n. 242; III, 3 novembre 2016, n. 4671).”.

3. Orbene, inquadrata nell'ambito dei canoni ermeneutici che precedono le questioni che concernono il caso di specie, ritiene il Collegio che sia preliminarmente da esaminare l'eccezione di inammissibilità dell'appello sollevata dall'ente intimato e dalla controinteressata, che sostengono che il gravame non contenga censure dirette contro la sentenza impugnata ma abbia ad oggetto unicamente la lamentata illegittimità degli atti impugnati in prime cure.

In altri termini, le parti appellate sostengono che il gravame sia inammissibile perché non contiene una precisa contestazione della sentenza impugnata, nella parte in cui ha statuito in ordine ai limiti del sindacato giurisdizionale con riferimento alla valutazione dell'anomalia dell'offerta, frutto, come detto, di discrezionalità tecnica della stazione appaltante.

L'eccezione è infondata.

L'appello si appunta contro la decisione del Tar e ne censura i capi ritenuti erronei, ovviamente con riferimento alla mancata condivisione delle doglianze dedotte contro gli atti di gara ritenuti illegittimi da SLEM.

4. Fondato è il primo mezzo contenente plurime censure riferite all'inattendibilità dell'offerta dell'RTI aggiudicatario in ragione di un significativo scostamento del costo del lavoro indicato nell'offerta con

riferimento al parametro recato dalle tabelle di cui al decreto direttoriale n. 44 del 27 giugno 2019 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

Secondo l'appellante, il RTI andava escluso dalla gara per aver indicato sia in sede di offerta che di giustificazioni un costo del lavoro inattendibile sotto un duplice punto di vista: per aver considerato un divisore eccessivo di 1.715 ore annue mediamente lavorate e per aver indicato un costo orario che si discosta oltremodo ed ingiustificatamente da quello contenuto nelle tabelle ministeriali, nella misura di 3 euro per la mandante Progetto 2000 Società Cooperativa e di quasi 6 euro per la mandataria Althea.

L'operatore economico aggiudicatario ha offerto un ribasso del 17 % sul prezzo unitario del pasto in relazione ad una base d'asta di 4 euro, dichiarando un'incidenza del costo della manodopera pari a € 1,65 a pasto (€ 281.816,00 in totale), oltre gli oneri della sicurezza aziendali non soggetti a ribasso pari a € 0,03 a pasto, con la conseguenza che l'offerta economica prevede un valore unitario di € 3,32 e un importo complessivo di € 565.728,00 riferito a 170.400 pasti da servire nel triennio di durata dell'appalto, con un utile complessivo di € 20.876,00.

Quanto al primo profilo del monte ore annue mediamente lavorate nella misura proposta di 1715, anziché di 1.604 indicate nelle tabelle ministeriali, la tesi di fondo su cui fa leva la doglianza in esame concerne l'ingiustificato abbattimento del costo orario conseguente alla sua suddivisione per un divisore maggiore rispetto a quello prevedibile in procedure simili a quella oggetto del contendere.

5. Nelle giustificazioni inviate a seguito della richiesta della stazione appaltante *ex* articolo 97, comma 5, del decreto legislativo 8 aprile 2016, n. 50 ed acquisite al protocollo comunale al n. 11232 del 27 aprile 2022, l'RTI ha comunicato che il costo per il personale impiegato era la risultante

dell'applicazione di una serie di indici, costituiti dal CCNL per pubblici esercizi, ristorazione collettiva e commerciale e turismo e dall'elenco del personale uscente impiegato per l'erogazione del servizio precedente dall'operatore economico costituito da Althea e da SLEM che, in forza della clausola sociale, sarebbe stato assunto nella misura di 9 unità dalla stessa mandataria e di 9 unità dalla mandante

Sotto questo secondo aspetto, le giustificazioni hanno fatto riferimento sostanzialmente alla presenza di lavoratori svantaggiati da assumere da parte della Progetto 2000 Società Cooperativa, che, in quanto impresa sociale, è beneficiaria del trattamento agevolativo di cui all'articolo 4, comma 3, della legge 8 novembre 1991, n. 381, a mente del quale *“le aliquote complessive della contribuzione per l'assicurazione obbligatoria previdenziale ed assistenziale dovute dalle cooperative sociali, relativamente alla retribuzione corrisposta alle persone svantaggiate di cui al presente articolo, con l'eccezione delle persone di cui al comma 3-bis, sono ridotte a zero.”*

Né nelle prime giustificazioni, dunque, né nelle seconde acquisite al protocollo comunale n. 0016483 del 24 giugno 2022, concernenti ulteriori chiarimenti richiesti per l'acquisto di attrezzature e investimenti, l'aggiudicataria ha chiarito in maniera convincente le ragioni che l'hanno indotta ad indicare l'applicazione del divisore delle 1715 ore annue lavorate e a discostarsi dal valore di 1604, di cui alle tabelle millesimali, secondo la previsione dell'articolo 23, comma 16, del citato d.lgs. n. 50/2016, applicabile *ratione temporis*.

6. Da questo punto di vista, osserva il Collegio che le tabelle ministeriali assumono la funzione di parametro di riferimento, ancorché non vincolante per l'offerente e per la stessa stazione appaltante, in ragione delle specifiche ed accertate modalità organizzative dell'impresa o di particolari agevolazioni di cui la stessa gode (già con la sentenza 2 aprile 2015, n. 1743, la Sezione ha

condiviso l'orientamento secondo cui *“i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali non costituiscono un limite inderogabile, ma semplicemente un parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che l'eventuale scostamento da tali parametri delle relative voci di costo non legittima di per sé un giudizio di anomalia (cfr., fra le tante, Consiglio di Stato, sez. V, n. 3937 del 24 luglio 2014).”*

6. Quanto al profilo dell'assenteismo, da computare per una valutazione corretta del costo del lavoro, il RTI appellato deduce in giudizio che, trattandosi di lavoratori appartenenti alla compagine sociale erogatrice uscente del servizio, la conoscenza della situazione pregressa mette al riparo da possibili e significative oscillazioni per il profilo in esame.

La ricostruzione di Althea, tuttavia, non considera che il RTI aggiudicatario è formato da due diverse società rispetto a quelle appartenenti a quello che ha svolto il servizio finora, composto da Althea e SLEM, per cui la conoscenza del pregresso non può incidere in maniera assolutamente attendibile sulla prevedibilità delle assenze per malattia, infortunio o studi dei lavoratori dipendenti dell'operatore economico aggiudicatario (cfr. Consiglio di Stato, Sezione III, 28 febbraio 2023, n. 2055 e 20 giugno 2022, n. 5022 sulla valorizzazione dei dati statistici aziendali concernenti l'incidenza dell'assenteismo l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente).

Sul punto la Sezione ha stabilito, con argomentazioni che il Collegio condivide e da cui non vi è ragione di discostarsi, che *“relativamente alla minore incidenza dell'assenteismo, la detrazione dei costi a carico dell'Inps e dell'Inail deve ritenersi compresa tra i dati medi presi in considerazione dalle tabelle ministeriali di cui al DM 6 giugno 2022, n. 25 che già tengono conto del fatto che i costi effettivamente sostenuti dall'impresa in caso di sostituzione non coincidono con quelli che su essa gravano direttamente in relazione al lavoratore sostituito, ma comprendono anche le somme afferenti ai compensi e*

alle altre voci di costo relativi al sostituto che presta la propria attività al posto dell'assente, con la conseguenza che in assenza di giustificazioni specifiche e documentate che incidano sul quantum delle assenze, il numero di ore non lavorate per malattia, infortunio e gravidanza non può essere diminuito artificialmente dalla ditta, ma va conteggiato nella quantità indicata dalle tabelle (le tabelle sono suscettibili di oscillazioni in diminuzione soltanto in ragione di "eventuali benefici (contributivi, fiscali od altro) previsti da disposizioni normative di cui l'impresa può usufruire" cfr. art. 2 del citato DM)." (Consiglio di Stato, Sezione III, 25 settembre 2023, n. 8499).

In mancanza di giustificazioni attendibili dall'angolo prospettico esaminato – prosegue la decisione – *“si andrebbe ad abbassare illegittimamente (per effetto dell'innalzamento del divisore), il costo orario e complessivo della manodopera, omettendo di considerare i costi per sostituzione cui la ditta deve invece necessariamente far fronte al fine di eseguire esattamente il servizio appaltato”, con la conseguenza che “lo scorporo delle quote di retribuzione poste a carico degli istituti previdenziali in caso di assenza del dipendente, non accompagnato dalla contestuale considerazione dei costi del personale che lo sostituisce e, comunque, applicato all'impegno orario effettivamente richiesto per l'esecuzione del servizio, è una operazione che modifica i risultati di una rilevante voce di costo.”*

In una prospettiva ancor più generale, è ammissibile uno scostamento dai valori espresse nelle tabelle ministeriali (Consiglio di Stato, Sezione III, sentenza n. 1743/2015), a condizione che i chiarimenti resi dall'impresa in sede di giustificazioni rendano attendibile la sua offerta, all'interno dei canoni ermeneutici sopra individuati.

In questo quadro di riferimento, la giurisprudenza ha stabilito che la valutazione della possibilità di escludere l'offerente in applicazione dell'articolo 97, comma 5, lett. d) del codice dei contratti vigente *“deve invero intendersi riferita all'incongruità complessiva del costo del lavoro, quale risultante all'esito delle giustificazioni prodotte nel corso del subprocedimento di verifica dell'anomalia*

dell'offerta – rispetto al quale il riferimento ai costi risultanti dalle tabelle ministeriali di cui all'art. 23 comma 6 del codice costituisce utile parametro di riferimento, secondo quanto di seguito specificato - laddove, per contro, il mancato rispetto dei minimi salariali inderogabili previsti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge (id est dalla contrattazione collettiva) comporta ex se l'esclusione dalla procedura di gara, non essendo in relazione al mancato rispetto di detti minimi salariali ammesse le giustificazioni, come claris verbis statuito dall'art. art. 95 comma 6 del Codice secondo cui "Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge...".(Consiglio di Stato, Sezione V, 16 febbraio 2023, n.1652).

Tale condivisibile decisione ha, inoltre, stabilito quanto segue: *“sono da considerare pertanto anormalmente basse le offerte che si discostino in modo "evidente" dai costi medi del lavoro indicati nelle tabelle predisposte dal Ministero del lavoro, atteso che questi ultimi non costituiscono parametri inderogabili ma unicamente indici del giudizio di adeguatezza: di conseguenza, è ammissibile l'offerta che da essi si discosti, purché il divario non sia eccessivo. In particolare, le tabelle assolvono a una funzione di parametro di riferimento del quale è certamente possibile discostarsi, ma in sede di giustificazioni dell'anomalia è richiesta una dimostrazione puntuale e rigorosa, tanto più se si considera che il dato delle ore annue mediamente lavorate dal personale coinvolge eventi (malattie, infortuni, maternità) che non rientrano nella disponibilità dell'impresa e che quindi necessitano, per definizione, di stima di carattere prudenziale. Quindi, lo scostamento dai minimi tabellari è rivelatore di inattendibilità e anti-economicità se sia consistente e rilevante, riscontrandosi una divergenza quantitativamente significativa (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V - 20/2/2017 n. 756 che richiama sez. IV - 23/7/2013 n. 4206; in senso analogo Consiglio di Stato, sez. IV - 29/2/2016 n. 854).”*

7. Nel caso in esame, la differenza significativa di 6 euro per la mandante e di 3 per la mandataria comporta una difformità di notevole entità rispetto ai

parametri tabellari, in applicazione dei principi fissati dalla Sezione con la citata sentenza n. 2055/2023, secondo la quale *“uno scostamento vistoso e significativo dalle indicazioni parametriche delle tabelle ministeriali induce a svalutare, o comunque a non attribuire rilevanza decisiva al dato storico aziendale (relativo all’assenteismo per malattia, gravidanza, infortunio o permesso a vario titolo) - a meno che non se ne dimostri la specifica attendibilità sotto tutti o parte dei profili innanzi riepilogati – proprio perché si tratta di un andamento statistico non rientrante nel pieno controllo e nella completa disponibilità dell’impresa e che dunque necessita di una considerazione cauta e prudentiale (Cons. Stato, sez. V, n. 2796 del 2020; id., sez. V, n. 1465 del 2017 e sez. III n. 90 del 2019).”*

Se ne ricava che il RTI aggiudicatario si è limitato sostanzialmente in giudizio a sostenere la non vincolatività dei criteri tabellari e non ha fornito in occasione delle giustificazioni seri elementi a confutazione dell’inattendibilità della propria offerta - la cui congruità deve essere valutata a monte dell’inizio del servizio e non in fase di sua esecuzione, residuando in questo secondo caso solo gli strumenti privatistici che l’Amministrazione può azionare a tutela dell’interesse pubblico al regolare svolgimento dell’appalto - sia dal punto di vista del divisore utilizzato per il calcolo del costo del lavoro, sia per il risultato finale che consegue alla sua applicazione, da cui si evince che l’eventuale svolgimento del servizio da parte di Althea non consentirebbe all’operatore economico di poter ragionevolmente contare sull’utile complessivo nel triennio di € 20.876,00.

Infatti, l’offerta presentata non si caratterizza da sicuri indici di attendibilità rispetto ai valori indicati dall’RTI, sia con riferimento all’applicazione del divisore delle 1715 ore annue lavorate, per un importo nel triennio di € 324.429,03, sia con riguardo all’applicazione del divisore di 1.604 ore lavorate, per un importo triennale complessivo di € 346.872,00, entrambi di gran lunga

più elevati del valore indicato in offerta di € € 281.816,00.

La conclusione che se ne trae è che Althea doveva essere esclusa dalla gara e, dunque, il primo motivo di appello risulta, in conclusione, fondato.

8. L'accoglimento di tale mezzo di gravame, con cui sono state riproposte le censure dedotte con il secondo motivo di ricorso in prime cure, comporta l'assorbimento dell'esame delle ulteriori doglianze, che pure presentano profili di fondatezza, atteso che, in ogni caso, Althea doveva essere esclusa dalla gara per anomalia dell'offerta, nonostante le due verifiche effettuate all'esito della procedura concorsuale ed anche tenendo conto dell'esercizio della libertà negoziale e secondo il calcolo del rischio di impresa, sottesi alla proposta dell'RTI, che non riveste, tuttavia, i caratteri dell'attendibilità e della sufficiente remunerabilità.

9. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, in conclusione, l'appello va accolto nei sensi suindicati.

Poiché l'appellante ha formulato specifica domanda con l'atto introduttivo del presente giudizio in prime cure poi ripresa in appello, deve essere, altresì, disposto il subentro di Slem, per la parte residua del servizio, nel contratto, avente durata triennale, stipulato con l'aggiudicataria con efficacia dal 3 novembre 2022 (cfr. attestazione del Comune di Ariano Irpino del 21 novembre 2022, in atti).

Va, infine, precisato che la presente decisione è stata assunta tenendo altresì conto dell'ormai consolidato "principio della ragione più liquida", corollario del principio di economia processuale (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 5 gennaio 2015, n. 5 nonché Cassazione, Sezioni Unite, 12 dicembre 2014, n. 26242), che ha consentito di derogare all'ordine logico di esame delle questioni e tenuto conto che le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma

dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cassazione Civile, Sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione Civile, Sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663 e per il Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 settembre 2021 n. 6209, 13 settembre 2022 n. 7949 e 18 luglio 2016 n. 3176), con la conseguenza che gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

10. Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 4392/2023) come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso e il ricorso per motivi aggiunti di primo grado, con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione in favore della società appellata, e dispone il subentro dell'appellante nel contratto di appalto stipulato con il Comune di Ariano Irpino.

Condanna il Comune di Ariano Irpino ed il Raggruppamento Temporaneo di Imprese ALTHEA s.r.l. - Società Cooperativa Sociale PROGETTO 2000 a rifondere all'appellante le spese di giudizio, che liquida in complessivi € 3.000,00, oltre oneri, per il primo grado ed in € 6.000,00 per l'appello, da corrispondersi in parti uguali.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 12 ottobre 2023, con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Paolo Carpentieri, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Luca Di Raimondo

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO