

N. 01166/2025REG.PROV.COLL.

N. 07988/2023 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7988 del 2023, proposto da General Enterprise s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore* (in relazione alla procedura CIG 9066759E35), rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Brancaccio, Alberto La Gloria, Valentina Brancaccio, con domicilio digitale come da pec da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Antonio Brancaccio in Roma, via Taranto, n. 18;

contro

Sergema scs, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Orazio Abbamonte e dall'avvocato Nicola Senatore, con domicilio digitale come da pec da Registri di Giustizia;

nei confronti

Comune di Sassano (Sa), non costituito in giudizio;

per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima) n. 01825/2023.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sergema scs;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2024 il Cons. Luigi Furno e uditi per le parti gli avvocati come da verbale.

FATTO

1. Con ricorso di primo grado, proposto dinanzi al T.a.r. Campania, la Sergema, società cooperativa sociale, ha impugnato, unitamente agli atti connessi e presupposti, l'atto di comunicazione dell'aggiudicazione dell'appalto, ex art. 76 d.lgs. n. 50/2016 - relativo alla procedura aperta per l'appalto del servizio di "raccolta di spazzamento e smaltimento dei RR.SS.UU. del Comune di Sassano e servizi accessori" - attraverso cui il Comune di Sassano comunicava che, con determina CUC n. 33 R.G., del 26 gennaio 2023 e con successiva presa d'atto n. 19 R.G. del 1 febbraio 2023, la stazione appaltante aveva approvato gli esiti delle procedure in esame, ed aveva individuato, come miglior offerente, la General Enterprise.

2. Con il primo motivo del ricorso di primo grado, la Sergema Società Cooperativa ha lamentato l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria General Enterprise, in quanto questa avrebbe giustificato il minor costo della manodopera allegando di poter usufruire del credito d'imposta per la "Formazione 4.0".

2.1. Ad avviso della ricorrente in primo grado, tale beneficio fiscale, contrariamente a quanto sostenuto da General Enterprise, si tradurrebbe solo in una riduzione delle

imposte da versare attraverso il modulo F 24, ma non rappresenterebbe un abbattimento dei costi che dovrebbero essere comunque previsti. Quindi, secondo Sergema Società Cooperativa Sociale, il meccanismo del credito d'imposta non determinerebbe un elemento economico positivo certo e discrezionalmente destinabile, ma rappresenterebbe un credito, il cui utilizzo sarebbe solo subordinato e limitato alla riduzione dei debiti per imposte in misura capiente per la sua compensazione.

3. Con il secondo motivo del ricorso di primo grado, la Sergema ha lamentato che la General Enterprise, per giustificare l'abbattimento del costo della manodopera, avrebbe utilizzato la riduzione del tasso medio per la prevenzione *ex art.* 23 del decreto interministeriale del 27.2.2019, disciplinante le modalità per l'applicazione delle tariffe dei premi. La ricorrente in primo grado ha, in particolare, affermato che il tasso medio indicato dalla società controinteressata nell'atto di giustificazione è pari al 18%, per cui i vantaggi economici che questa avrebbe ricevuto sarebbero stati da essa utilizzati per la riduzione del costo del personale per tutti e cinque gli anni di erogazione del servizio oggetto dell'appalto. Tuttavia, secondo la ricorrente in primo grado, se è vero che, ai sensi dell'art. 23, è prevista dall'INAIL una riduzione del tasso medio di tariffa in favore del datore di lavoro che sia in regola con gli adempimenti contributivi ed assicurativi e sia in regola anche con le misure di sicurezza e salute sul lavoro, è pur vero che ai sensi dell'ultimo comma del medesimo articolo è previsto che "Qualora risulti successivamente all'accoglimento dell'istanza, la mancanza dei requisiti previsti per il riconoscimento della riduzione di cui al presente articolo, l'INAIL procede all'annullamento della riduzione stessa e alla richiesta delle integrazioni dei premi dovuti, nonché all'applicazione delle vigenti sanzioni"; ne deriverebbe, secondo la ricorrente in primo grado, che il tasso

utilizzato dalla controinteressata sarebbe soggetto a perenne oscillazione perché la percentuale del tasso dipenderebbe da specifiche situazioni indicative di un minore o maggiore rischio a livello nazionale.

4. Con il terzo motivo del ricorso di primo grado, la Sergema ha lamentato l'inadeguatezza del fondo di riserva dei lavoratori. In particolare, ha affermato che l'art. 18 del capitolato speciale di appalto, rubricato "Personale", ha disposto che "Per assicurare l'esatto adempimento degli obblighi derivanti dal presente Capitolato, l'Aggiudicatario dovrà utilizzare personale in numero sufficiente ed idoneo a garantire la regolare esecuzione dei servizi previsti e comunque non inferiore a quello che dovrà operare solo ed esclusivamente per i servizi previsti sul territorio del Comune di Sassano", e nell'ultimo comma ha disposto che "L'Aggiudicatario dovrà garantire l'espletamento dei servizi anche in caso di malattia o ferie del personale previsto".

La Sergema ha, al riguardo, lamentato la violazione del citato art. 18 del capitolato speciale, in quanto dall'esame dei giustificativi presentati dalla General Enterprise S.r.l. emergerebbe la mancata previsione di un fondo di riserva della manodopera per ulteriori costi non prevedibili (c.d. paracadute economico) utili per fronteggiare i costi da sostenere nell'eventualità di sostituzioni del personale impiegato (ferie, malattie o altro) dal momento che nel capitolato speciale di appalto è precisato che l'aggiudicatario dovrà utilizzare personale in numero sufficiente e idoneo a garantire la regolare esecuzione dei servizi e comunque non inferiore a quello previsto.

5. Con il quarto motivo del ricorso di primo grado, la Sergema ha lamentato la mancata esclusione di General Enterprise s.r.l., la quale avrebbe omesso informazioni dovute o reso false dichiarazioni in sede di domanda di partecipazione. In particolare, General Enterprise s.r.l. non avrebbe dichiarato:

- 1) l'esistenza del Verbale di transazione (sub doc. 019 prodotto con il ricorso), relativo a precedente contratto risolto con il Comune di Padula, in cui si legge: “il Comune di Padula non si ritiene soddisfatto del servizio reso sia in termini qualitativi che quantitativi e che, al contrario, la ditta appaltatrice ritiene di aver svolto in modo coerente e conforme al capitolato ogni obbligazione a suo carico”, e da cui si desumerebbero precedenti inadempimenti di General Enterprise.;
 - 2) una precedente risoluzione contrattuale intervenuta con il Comune di Sant'Angelo a Fasanella, che avrebbe indotto il Comune di Montemurro, in una successiva gara, ad escluderla in sede di autotutela;
 - 3) vertenze sindacali riferite ai dipendenti di General Enterprise S.r.L., da cui risulterebbero problemi organizzativi e di rapporti con il personale;
 - 4) una controversia stragiudiziale con Ecoambienti Salerno spa che vanterebbe un credito di euro 357.771,77.
6. Il T.a.r, con ordinanza 24 marzo 2023, n. 145, ha respinto la domanda cautelare e ha disposto una verifica affidata all'Ispettorato del lavoro.
7. Con sentenza 25 luglio 2023, n. 1825, il Ta.r. ha accolto il ricorso, e per l'effetto, ha annullato gli atti impugnati.
8. General Enterprise ha proposto appello per i motivi riportati nella parte in diritto.
9. Si è costituita nel giudizio di appello la Sergema Società Cooperativa, chiedendo di dichiarare l'infondatezza del gravame.
10. Con ordinanza 1° febbraio 2024, n.1020, la Sezione ha disposto una verifica
Al fine di accertare se:
- 1) la General Enterprise s.r.l possa giustificare il minor costo della manodopera sulla base della utilizzazione del credito d'imposta per la “Formazione 4.0”;

2) la General Enterprise s.r.l possa in concreto utilizzare la riduzione del tasso medio per la prevenzione ex art. 23 del decreto interministeriale del 27.2.2019, disciplinante le modalità per l'applicazione delle tariffe dei premi;

3) la General Enterprise s.r.l possa garantire la continuità del servizio anche nel caso in cui il personale sia in sospensione della prestazione per malattia o ferie, a tal fine dovendosi valutare se la General Enterprise s.r.l in base al contenuto dell'offerta, possa coprire la frazione di costo necessaria per sostituire il personale assente (malattia, ferie e altre evenienze), avendo cura di accertare a tal fine anche se la General Enterprise s.r.l ha alle sue dipendenze unità di personale con contratto a tempo indeterminato idoneo a poter essere utilizzato per provvedere alle predette sostituzioni e, in caso di accertamento positivo, di verificare come quest'ultimo dato eventualmente si rifletta sulla idoneità dell'offerta a coprire la frazione di costo necessaria per sostituire il personale assente.

11. In data 4 luglio 2024 il verificatore ha depositato il proprio elaborato peritale.

12. La causa è stata decisa all'esito dell'udienza del 19 dicembre 2024.

DIRITTO

1. La questione all'esame del Collegio attiene alla correttezza del giudizio di anomalia dell'offerta presentata dalla General Enterprise s.r.l nell'ambito della procedura aperta per l'affidamento del servizio di "raccolta di spazzamento e smaltimento dei RR.SS.UU. del Comune di Sassano e servizi accessori".

2. Con un primo mezzo di gravame la società appellante lamenta l'erroneità della decisione impugnata nella parte in cui ha disposto una verifica in assenza di un qualsivoglia scrutinio circa la sussistenza di macroscopici profili di erroneità o di irragionevolezza dell'operato della stazione appaltante (e, quindi, dell'offerta dell'impresa aggiudicataria).

2.1. In ogni caso, osserva la parte appellante, la sentenza di primo grado sarebbe erronea nella parte cui avrebbe fondato la sua decisione di accoglimento del ricorso sulle “risultanze” palesemente inattendibili della disposta verifica.

Ciò in quanto il verificatore nominato dal T.a.r. sarebbe giunto alle sue conclusioni senza aver mai svolto un effettivo e concreto accertamento tecnico sulle questioni demandategli, ma soltanto sulla base delle sue mere opinioni personali, aderendo, per di più, acriticamente alle tesi difensive della ricorrente in primo grado.

3. Il motivo non è fondato.

3.1. Come recentemente ricordato dalla Consiglio di Stato, con la decisione 7 marzo 2024, n. 2223, la verifica, analogamente alla consulenza tecnica d'ufficio, è un mezzo istruttorio sottratto alla disponibilità delle parti ed affidato al prudente apprezzamento del giudice, rientrando nel suo potere discrezionale la decisione di disporre o meno la nomina dell'ausiliario, sicché non può essere censurata la scelta del giudice di primo grado di ricorrere al mezzo istruttorio, né quella di aver aderito, all'esito di un autonomo percorso argomentativo, alle conclusioni cui è giunto il verificatore in ordine al giudizio di anomalia dell'offerta.

4. Con un secondo mezzo di gravame la società appellante lamenta l'erroneità della decisione di primo grado nella parte in cui ha accolto il secondo motivo del ricorso di primo grado con il quale era stato lamentato che la General Enterprise, per giustificare l'abbattimento del costo della manodopera, avrebbe utilizzato la riduzione del tasso medio per la prevenzione ex art. 23 del decreto interministeriale del 27.2.2019, disciplinante le modalità per l'applicazione delle tariffe dei premi.

4.1. Ad avviso della società appellante, la conclusione cui è giunto il giudice di primo grado si baserebbe su mere congetture sviluppate del verificatore, e, segnatamente

sulla futura eventuale oscillazione del tasso medio di riduzione INAIL, ovvero su eventi futuri e incerti che non è dato sapere se si verificheranno o meno.

Tali congetture non sarebbero, nella prospettiva in esame, tali da smentire il fatto che l'INAIL ha attestato che la General Enterprise può usufruire di un tasso medio di riduzione del 18%.

4.2. Ad ulteriore sostegno di questa conclusione la società appellante osserva che, anche a volersi ipotizzare l'applicazione del tasso del 10% (e non quello del 18% correttamente dichiarato in sede di gara), le conseguenze sulla sostenibilità economica dell'offerta sarebbero state assolutamente minimali e tali da non poter mettere in discussione la sua complessiva congruità e affidabilità. Di qui la conclusione per cui, in relazione a tale aspetto, il ricorso di primo grado avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile.

5. Il motivo è fondato.

5.1. Al fine di esaminare il motivo in esame, come evidenziato nella parte in fatto, con ordinanza 1° febbraio 2024, n.1020, la Sezione ha disposto una verifica al fine di accertare, tra le altre cose, se "la General Enterprise S.r.l possa in concreto utilizzare la riduzione del tasso medio per la prevenzione ex art. 23 del decreto interministeriale del 27.2.2019, disciplinante le modalità per l'applicazione delle tariffe dei premi".

In data 4 luglio 2024 il verificatore ha depositato il proprio elaborato peritale.

In via preliminare, deve rilevarsi che la verifica è stata eseguita nel rispetto delle regole del contraddittorio.

Il Verificatore ha accertato, in sintesi, che: *"l'art. 23 del decreto interministeriale del 27.02.2019, prevede una riduzione del tasso medio di tariffa per le aziende che abbiano effettuato interventi per il miglioramento delle condizioni di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, in aggiunta*

a quelli previsti dalla normativa in materia. Per accedere alla riduzione, l'azienda deve presentare un'apposita istanza (Modulo per la riduzione del tasso medio per prevenzione), in modalità telematica, attraverso la sezione Servizi Online presente sul sito www.inail.it, entro il termine del 28 febbraio, unitamente alla documentazione probante richiesta dall'Istituto attestando di essere in regola con gli adempimenti contributivi ed assicurativi ed essere in regola anche con le misure di sicurezza e salute sul lavoro. Nel caso di specie la General Enterprise Srl dopo aver presentato la domanda ed in assenza del provvedimento di annullamento da parte dell'INAIL, ha utilizzato il tasso di riduzione attualmente vigente pari al 18%, ovvero il tasso corrispondente per la P.A.T. di Sassano il cui numero di lavoratori (nel caso di specie 11) era compreso tra 10,01 e 50. Considerando che al momento della presentazione dell'offerta, la General Enterprise Srl ha applicato il tasso medio di riduzione attualmente vigente pari al 18% e presupponendo la continuità di tale tasso a causa della mancanza di eventi infortunistici si può sostenere che il tasso medio continui anche nel periodo di vigenza dell'appalto. Ciò trova conforto anche nelle ultime note dell'INAIL del 27/2/2023 e 15.5.2024, le quali hanno confermato per la posizione in oggetto (posizione assicurativa territoriale del cantiere di Sassano) sia per l'anno 2023 che 2024 il tasso medio di riduzione del 18%. Non è da escludere però che a causa di un evento futuro ed incerto, si possa avere una riduzione del tasso medio pari ad esempio al 10% con un contestuale aumento del costo della manodopera. E' possibile, dunque, affermare che allo stato attuale sussiste un'alea sul punto, che può essere quella generica ed eventuale che potrebbe interessare qualsiasi società impegnata nell'appalto e che al momento non appare probabile".

5.2. Dalle risultanze delle Verificazioni disposte emerge, contrariamente a quanto ritenuto nella sentenza impugnata, che, in relazione all'utilizzo del tasso di riduzione Inail pari al 18%, non integri l'esposizione di un costo inattendibile posto che l'eventuale futura riduzione del tasso, con conseguente aumento del costo della manodopera, appare, allo stato, non probabile, ma solo possibile.

Il percorso ricostruttivo seguito dal Verificatore appare condivisibile sul piano logico e coerente, sia nelle premesse da cui muove, sia nelle conclusioni cui giunge.

5.3. La conclusione cui è giunto il Verificatore è, inoltre, coerente, con la *ratio* dell'art. 97, d.lgs. 50 del 2016, applicabile *ratione temporis*, la quale è costantemente ravvisata nell'esigenza di valutare se l'offerta sia "nel complesso, inaffidabile". E nel caso in esame, alla luce di chiarimenti offerti dal verificatore, tale complessiva inaffidabilità non emerge, non potendosi tale giudizio complessivo di inaffidabilità basarsi su mere congetture.

Il giudizio di anomalia dell'offerta deve basarsi su dati oggettivamente verificabili, che devono orientare dapprima l'analisi della stazione appaltante, e successivamente il controllo giudiziale sul ragionevole esercizio della discrezionalità tecnica da parte della stazione appaltante stessa.

Del resto, laddove, nel caso in esame, si volesse fondare il giudizio di anomalia su mere ipotesi congetturali, non si potrebbe escludere, sul piano della possibilità, che, sempre in futuro, possa avverarsi anche l'ipotesi contraria rispetto a quella della riduzione del tasso in esame, ovvero la continuazione del favorevole andamento infortunistico che ha contraddistinto l'attività aziendale della General Enterprise s.r.l. dal 2019 fino ad oggi

con il mantenimento dell'attuale tasso medio di riduzione.

5.4. Nel caso in esame, la complessiva attendibilità dei costi indicati dalla General Enterprise si ricava anche dalle risposte fornite dal Verificatore in relazione al quesito (relativo ad un motivo di ricorso di primo grado ritenuto non fondato dal Tar) se quest'ultima "possa giustificare il minor costo della manodopera sulla base della utilizzazione del credito d'imposta per la "Formazione 4.0", in relazione al quale il Verificatore ha fornito una plausibile risposta positiva.

6. Con un terzo mezzo di gravame la società appellante lamenta l'erroneità della decisione di primo grado nella parte in cui ha accolto il terzo motivo del ricorso di primo grado con il quale era stata lamentata l'inadeguatezza del fondo di riserva dei lavoratori.

6.1. In particolare, con tale motivo di appello, la General Enterprise contesta che il verificatore non ha indicato quale sarebbe la norma che avrebbe imposto la costituzione di un "fondo di riserva della manodopera". Contrariamente a quanto sostenuto dal verificatore, osserva la società appellante che non esisterebbe alcuna norma legislativa, regolamentare o contrattuale che preveda la costituzione di un "fondo di riserva della manodopera". In secondo luogo, il verificatore non avrebbe tenuto in considerazione il fatto che la General Enterprise ha dimostrato di aver alle sue dipendenze diverse unità di personale (ben otto) con contratto a tempo indeterminato che già vengono utilizzate per provvedere alle sostituzioni del personale assente.

Di qui l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha sostenuto l'indeterminatezza del costo del personale (in relazione al secondo motivo di ricorso), sia perché il concorrente ha dichiarato di applicare il tasso medio di riduzione INAIL di cui è legittimamente in possesso, sia perché l'eventuale e ipotetico scostamento (dal 18% al 10%) avrebbe avuto, solo in tesi, un peso economico assolutamente minimale e irrilevante sulla commessa (pari a neanche € 6.000,00).

6.2. Parimenti erronea si rileverebbe la decisione impugnata nella parte in cui ha sostenuto che l'offerta dalla General Enterprise avrebbe determinato una compromissione della continuità del servizio (in relazione al terzo motivo di ricorso perché non avrebbe coperto la frazione di costo astrattamente necessaria per

sostituire il personale assente (per malattia, ferie o altre evenienze) sia perché l'impresa aggiudicataria ha correttamente computato le unità di personale e le ore di servizio necessarie all'esecuzione dell'appalto già predeterminate a monte della stazione appaltante, sia perché la stessa ben può legittimamente provvedere alle eventuali sostituzioni del personale assente a mezzo del personale a tempo indeterminato che ha già alle sue dipendenze (il cui onere economico, evidentemente, non deve rientrare nei costi della specifica commessa del Comune di Sassano).

7. Il motivo è fondato.

7.1. Al fine di esaminare il motivo in esame, come evidenziato nella parte in fatto, con ordinanza 1° febbraio 2024, n.1020, la Sezione ha disposto una verifica al fine di accertare, tra le altre cose, se *“la General Enterprise s.r.l possa garantire la continuità del servizio anche nel caso in cui il personale sia in sospensione della prestazione per malattia o ferie, a tal fine dovendosi valutare se la General Enterprise S.r.l in base al contenuto dell'offerta, possa coprire la frazione di costo necessaria per sostituire il personale assente (malattia, ferie e altre evenienze), avendo cura di accertare a tal fine anche se la General Enterprise s.r.l ha alle sue dipendenze unità di personale con contratto a tempo indeterminato idoneo a poter essere utilizzato per provvedere alle predette sostituzioni e, in caso di accertamento positivo, di verificare come quest'ultimo dato eventualmente si rifletta sulla idoneità dell'offerta a coprire la frazione di costo necessaria per sostituire il personale assente”*.

7.2. Il Verificatore, in relazione al quesito in esame, ha accertato che: *“Prendendo in considerazione il CCNL Fise Assambiente per il personale addetto ai servizi ambientali, applicato dalla società aggiudicataria dell'appalto nell'offerta tecnica, nonché il personale occupato ed il livello professionale del medesimo per quanto concerne le ore lavorate e confrontandole con le ore annue teoriche indicate nella Tabella allegata al Decreto n. 14/2024 del Ministero del Lavoro e delle*

Politiche Sociali, si osserva che le stesse includono anche le ore annue mediamente non lavorate tra cui rinveniamo proprio la malattia, le ferie, gli infortuni ed altri istituti contrattuali. Tale tabella, infatti considera nel costo dell'ora lavorata anche i costi che la società deve sostenere per malattie, ferie etc. quindi ore di assenza del lavoratore. Gli oneri per la sostituzione dei lavoratori assenti incidono sul datore di lavoro che è tenuto ad adempiere con la propria organizzazione potendo utilizzare altro personale in forza per eventuali sostituzioni, per cui trattandosi di un costo, lo stesso va computato riferendosi alle sole ore di attività lavorativa ed avendo il lavoratore assente diritto comunque alla retribuzione, ciò comporta un costo aggiuntivo per la sostituzione. L'impresa aggiudicataria della gara ha giustificato il costo del personale (undici lavoratori con diverso livello professionale) calcolando il numero delle ore necessarie per l'espletamento del servizio richiesto. Dall'esame della documentazione agli atti risulta che nessun pregiudizio alla continuità del servizio è riscontrabile nell'offerta tecnica dell'impresa aggiudicataria; invero, in caso di malattia e/o ferie dei lavoratori suddetti l'azienda dispone di ulteriori lavoratori già alle sue dipendenze, assunti con contratto a tempo indeterminato, non rientranti tra il personale previsto dalla stazione appaltante che sarebbero utilizzati per l'esecuzione dell'appalto in sostituzione dei lavoratori assenti. La General Enterprise, infatti, ha dedotto di avere alle proprie dipendenze un "nucleo di riserva" ovvero un numero di 8 lavoratori a tempo indeterminato che viene utilizzato proprio per sopperire alla mancanza dei lavoratori in caso di malattia e/o ferie. Tale circostanza è confermata anche dalle banche dati consultabili dal verificatore. Il costo sostenuto dall'azienda per questi dipendenti rappresenta un costo di struttura dell'organizzazione aziendale e quindi un costo fisso diverso dal costo degli addetti che vengono assunti a tempo determinato per la durata del singolo servizio di igiene ambientale. Quest'ultimo, invero, non è altro che il costo variabile influenzato quindi dal tipo di attività e dal numero delle stesse che la società deve svolgere. Pertanto, ai fini della congruità dell'offerta i costi da valutare sono soltanto quelli variabili, direttamente correlati alla commessa oggetto dell'appalto e non quelli fissi rappresentati, nel caso di specie, dai costi dei dipendenti

impiegati dall'azienda per diversi appalti per sopperire ad esigenze non prevedibili quali la malattia, le ferie e/ o qualsiasi altra causa di assenza dei lavoratori. L'offerta, pertanto, può essere considerata idonea a coprire la frazione di costo necessario per l'eventuale sostituzione del personale assente”.

Anche in relazione al quesito in esame, il percorso ricostruttivo seguito dal Verificatore appare condivisibile sul piano logico e giuridico.

7.3. La conclusione cui è giunto il Verificatore è, in particolare, conforme al quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento.

L'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/20126, applicabile *ratione temporis*, stabiliva, infatti, che: “Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d).”.

Un costante orientamento del Consiglio di Stato ha chiarito che, in relazione alla verifica dell'anomalia non va assunto a criterio di calcolo il “monte-ore teorico”, comprensivo anche delle ore medie annue non lavorate (per ferie, festività, studio, etc.) di un lavoratore che presti servizio per tutto l'anno, ma deve invece considerarsi il “costo reale” (o costo ore lavorative effettive)” (cfr. cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 31 ottobre 2022 n. 9386; Cons. Stato, V, Sez., 27 dicembre 2021 n. 8264).

In tale ordine di idee, è stato altresì rilevato che “*l'operatore economico, del resto, può sempre mediante l'organizzazione della sua impresa realizzare economie di scala (così Cons. Stato, Sez. V, 17 maggio 2018 n. 2951) che rendono il costo del lavoro offerto inferiore a quello di altro operatore pur a parità di ore lavorate (che il costo del lavoro non sia uguale per tutte le imprese che*

partecipano ad una procedura di gara, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2017 n. 2844; Cons. Stato, Sez. III, 12 febbraio 2016 n. 589); - *“è per questo, allora, che il costo del lavoro deve sempre essere calcolato tenendo conto delle ore effettivamente lavorate (giurisprudenza costante, ex multis, Cons. Stato, Sez. III, 9 novembre 2018 n. 6326; Cons. Stato, Sez. V, 20 giugno 2018 n. 3800; V, 12 giugno 2016 n. 2815; III, 25 novembre 2016 n. 4989)”* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 27 dicembre 2018, n. 7248).

7.4. Tali conclusioni sono state ulteriormente sviluppate dalla decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, 3 novembre 2020, n. 6786, la quale ha, al riguardo, opportunamente distinto tra i “costi indiretti della commessa” che sono quelli “relativi al personale di supporto all’esecuzione dell’appalto” e i “costi diretti della commessa” che sono quelli “comprensivi di tutti i dipendenti impiegati per l’esecuzione della specifica commessa”. In particolare, si è rilevato che: *“L’obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in offerta – e la correlativa verifica della loro congruità imposta alla stazione appaltante – risponde all’esigenza di tutela del lavoro sotto il profilo della giusta retribuzione (art. 36 Cost., cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 ottobre 2020, n. 6306; V, 22 giugno 2020, n. 3972; V, 10 febbraio 2020, n. 1008); serve ad evitare, infatti, manovre speculative sulla retribuzione dei dipendenti finalizzate a rendere l’offerta in gara maggiormente competitiva rispetto alle altre. Tale essendo la ratio della citata prescrizione, è gioco forza riconoscere che l’esigenza di tutela è avvertita solo e proprio per quei dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell’offerta per la specifica commessa; non è così, invece, per le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente (nella vicenda de qua il dietista), ovvero lo fanno in maniera trasversale a vari contratti (il direttore del servizio), il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all’offerta da presentare per il singolo appalto”*.

Tale consolidato orientamento interpretativo, che il Collegio condivide, disattende la prospettazione della società resistente, secondo cui il costo della manodopera del "cantiere" è dato dal costo complessivo di tutta la manodopera impiegata in un dato periodo

7.5. Applicando tali coordinate teoriche al caso in esame, il Collegio rileva che la General Enterprise:

i) ha correttamente giustificato il costo del lavoro tenendo conto del "costo reale" del personale ovvero del numero annuo delle ore di servizio già computate a monte dalla stazione appaltante (in relazione alle 11 unità di personale previste per l'esecuzione del servizio con le rispettive qualifiche professionali di cui all'art. 18, comma 6, del capitolato speciale di appalto);

ii) può utilizzare il personale a tempo indeterminato già alle sue dipendenze per provvedere ad ogni eventuale sostituzione (per malattia, ferie o altre evenienze) dei lavoratori addetti all'esecuzione del servizio, nei sensi che sono stati ampiamente condivisi anche nelle due precedenti relazioni di verifica dell'Ispettorato Territoriale del Lavoro di Salerno del 14.6.2023 e del 27.6.2023 innanzi richiamate.

8. L'accoglimento, per le ragioni indicate, del secondo e del terzo motivo di appello, determina l'assorbimento dei motivi riproposti dalla odierna parte resistente, con memoria, ai sensi dell'art. 101, comma 2, relativi all'omesso esame, da parte del giudice di primo grado, delle domande, tese, per un verso, all'accertamento dell'inefficacia del contratto e al conseguente ottenimento del subentro nel contratto e, per altro verso, alla condanna al risarcimento dei danni, ex art. 30 c.p.a., per l'effetto dell'illegittima condotta amministrativa, nonché al pagamento delle sanzioni pecuniarie previste dall'art. 123 c.p.a.

La ritenuta legittimità del giudizio di anomalia effettuato dalla stazione appaltante preclude, infatti, l'accoglimento delle domande in esame.

9. Per le ragioni evidenziate l'appello deve essere accolto e, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

10. In ragione della parziale novità delle questioni sottese al giudizio di appello in esame, il Collegio ravvisa eccezionali ragioni, ex artt. 26 comma 1 cod. proc. amm. e 92 comma cod. proc. civ., per compensare integralmente le spese del doppio grado giudizio, incluse quelle della verifica che saranno liquidate con separato decreto.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma della sentenza di primo grado:

- respinge il ricorso di primo grado;
- compensa tra le parti integralmente le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Lopilato, Presidente FF

Luca Lamberti, Consigliere

Luca Monteferrante, Consigliere

Luigi Furno, Consigliere, Estensore

Ofelia Fratamico, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Luigi Furno

Vincenzo Lopilato

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI