

Pubblicato il 09/08/2021

N. 05795/2021 REG. PROV. COLL.
N. 09430/2020 REG. RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 9430 del 2020,
proposto da

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

contro

Ministero della Difesa, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e
difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via
dei Portoghesi, 12;

Ministero della Difesa - Comando per la Formazione e Scuola di
Applicazione dell'Esercito, non costituito in giudizio;

nei confronti

Pro.Ges. Società Cooperativa Sociale a Responsabilità Limitata – Servizi
Integrati alla persona, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Coccoli, Luigi Gili, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Franco Coccoli in Roma, via Michele Mercati, 51;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, Sezione Prima, 23 novembre 2000, n. 754, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa e di Pro.Ges. Società Cooperativa Sociale a Responsabilità Limitata – Servizi Integrati alla persona;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 maggio 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, modificato dall'art. 1, comma 17, del d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2021, n. 21, il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Tozzi e Gili, i quali dichiarano di non avere interesse alla pubblicazione del dispositivo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società RAGGIO di SOLE Società Cooperativa ONLUS (d'ora in avanti anche solo soc. coop. Raggio di Sole), che aveva partecipato alla procedura di gara indetta dalla Caserma A. Riberi di Torino per l'affidamento della gestione dell'asilo nido (per il periodo gennaio 2020-luglio 2022), per l'importo a base di asta di € 746.460,00 (IVA esclusa), da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e la cui offerta era risultata la prima classificata (con un punteggio complessivo di punti 91,20), è stata successivamente esclusa dalla gara in quanto la sua offerta, risultata anormalmente bassa, non ha superato la verifica di congruità.

In particolare, in sede di verifica di anomalia, si riteneva che l'offerta della prima classificata non rispettasse i livelli minimi retributivi di categoria, come da contratto collettivo vigente al momento della presentazione dell'offerta (ossia quello del 2019), applicando i quali l'offerta sarebbe risultata economicamente non sostenibile, avendo invece la ricorrente fatto riferimento al precedente CCNL delle cooperative sociali del 2013.

2. Di tale provvedimento di esclusione, comprensivo della escussione della cauzione provvisoria, e della contestuale aggiudicazione della gara in favore di Pro.ges. soc. coop. a r.l. (oltre che, ove e per quanto lesivi, dell'avviso di pubblicazione dell'esito della gara ex art.29 del d.lgs. n. 50 del 2016, del bando di gara, del disciplinare di gara e del capitolato speciale di appalto laddove interpretati ovvero interpretabili così come fatto dall'amministrazione appaltante, dei chiarimenti, di tutti i verbali di gara, con particolare riferimento a quelli di verifica della congruità dell'offerta, e di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti), la soc. coop. Raggio di Sole ONLUS ha chiesto l'annullamento al Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte.

2.1. L'impugnativa è stata affidata a quattro articolati motivi di censura, rubricati rispettivamente *“1 – Sulla illegittimità della esclusione - Sulla violazione e falsa applicazione di legge (art.30 e 89 in relazione all'art. 95 e 97 del d.lgs. 50/2016 ed in relazione all'art. 3 della l. n. 241/1990) - Eccesso di potere per difetto d'istruttoria e travisamento - Violazione del principio di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) - Violazione e falsa applicazione del bando/disciplinare e del capitolato (art. 11). – 1.1. Sul difetto di motivazione. – 1.2. Sulla violazione e falsa applicazione dell'art. 97 D.Lgs. 50/2016 – Ulteriori profili. Sulla sostenibilità dell'offerta presentata dalla ricorrente. 1.3. Sulla sostenibilità dell'offerta presentata dalla ricorrente”*; *“2. Sulla illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione alla società PRO.GRES”*; *“3. Sulla illegittimità propria e derivata del provvedimento di escussione della cauzione provvisoria”*; *“4. Sulla illegittimità della intera procedura di gara”*.

2.2. In sintesi, secondo la ricorrente, posto che la scelta del CCNL da applicare costituiva una prerogativa dell'imprenditore, non sindacabile

dall'amministrazione appaltante, quest'ultima aveva innanzitutto errato a ritenere applicabile al caso di specie il CCNL del 2019, dal momento che esso era entrato in vigore solo dopo la pubblicazione del bando di gara; in ogni caso anche con riferimento al CCNL 2019 l'offerta presentata era pienamente sostenibile, dovendosi tener conto degli sgravi INPS, IRAP ed INAIL di cui essa ricorrente avrebbe beneficiato, così che l'esclusione dalla gara era frutto di un'inadeguata, insufficiente e approssimativa valutazione, basata sul mero richiamo al predetto CCNL 2019 e della esclusiva valutazione, peraltro anch'essa errata, dei soli costi della manodopera.

3. L'adito Tribunale, nella resistenza dell'intimata amministrazione e della controparte, con la sentenza segnata in epigrafe, ha respinto il ricorso, ritenendo infondate tutte le censure sollevate.

Il Tribunale ha in particolare ritenuto che l'offerta della ricorrente contemplasse quanto al costo della manodopera trattamenti salariali inferiori ai minimi retributivi previsti dal CCNL vigente (che, tenuto conto della data di presentazione dell'offerta, è quello del 2019) e che non potesse tenersi conto delle giustificazioni sugli sgravi addotte solo in sede di giudizio ma non di verifica dell'anomalia, avendo quindi la stazione appaltante verificato l'incongruità dell'offerta in concreto in quanto, applicando i minimi retributivi del CCNL 2019, il costo del lavoro sarebbe aumentato di circa 19.000 euro, rendendo l'offerta incapiente.

4. Con rituale e tempestivo atto di appello la soc. coop. Raggio di Sole ha chiesto la riforma di tale sentenza, lamentandone l'erroneità e l'ingiustizia alla stregua dei seguenti articolati motivi di gravame, così rubricati: *"1 – ERROR IN IUDICANDO - Sulla illegittimità della esclusione - Sulla violazione e falsa applicazione di legge (art.30 e 89 in relazione all'art. 95 e 97 del d.lgs. 50/2016 ed in relazione all'art. 3 della l. n. 241/1990) - Eccesso di potere per difetto d'istruttoria e travisamento -Violazione del principio di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) - Violazione e falsa applicazione del bando/disciplinare e del capitolato (art. 11)"; "1.1 – Sull'erroneità della sentenza gravata"; "1.1 – Sulla*

omessa ovvero insufficiente motivazione in ordine al rigetto del quarto motivo del ricorso introduttivo"; "1.2 – *Sulla erroneità della motivazione avente ad oggetto il rigetto del primo motivo del ricorso introduttivo*"; "1.3 - *Sulla erroneità della motivazione avente ad oggetto il rigetto del primo motivo del ricorso introduttivo – Ulteriori profili*"; "1.4 – *Sulla omessa motivazione della sentenza in ordine alla carenza motivazionale del provvedimento di esclusione*"; "2 – ERROR IN IUDICANDO – *Errata motivazione - Sulla violazione e falsa applicazione dell'art. 97 D.Lgs. 50/2016 – Ulteriori profili. Sulla sostenibilità dell'offerta presentata dalla ricorrente*"; 2.1 – *Sul difetto di motivazione della sentenza gravata – Ulteriori profili*"; "2.2 – *Sul difetto di motivazione della sentenza gravata – Ulteriori profili*"; "3 – ERROR IN IUDICANDO - *Sulla illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione alla società PRO.GRES.*".

L'appellante ha così riproposto i motivi di censura sollevati in primo grado, a suo avviso malamente apprezzati, superficialmente esaminati ed ingiustamente respinti con motivazione approssimativa e lacunosa.

5. Hanno resistito al gravame l'amministrazione appaltante e la controinteressata Pro.ges., deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza e chiedendone il rigetto.

6. Abbinata alla trattazione del merito su accordo delle parti l'istanza cautelare, nell'imminenza dell'udienza di trattazione le parti hanno illustrato con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive e all'udienza del 20 maggio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

7. I motivi di gravame, che per la loro intima connessione possono essere trattati congiuntamente, sono infondati alla stregua delle osservazioni che seguono.

7.1. Occorre preliminarmente evidenziare che nessuna previsione della *lex specialis* (bando, disciplinare di gara, capitolato) obbligava i concorrenti ed il futuro aggiudicatario all'applicazione di uno specifico contratto collettivo di lavoro, limitandosi il disciplinare a prevedere: a) al punto 11 ("*Adempimenti in tema di tutela dei lavoratori*") tra l'altro, oltre al più generale impegno ad

ottemperare a tutti gli obblighi, di legge e di contratto, relativi alla prestazione di lavoro e alla tutela dei lavoratori, l'obbligo "...a praticare verso i dipendenti lavoratori condizioni normative e retributive non inferiori a quelle previste dai contratti collettivi di lavoro"; b) al punto 24 ("*Clausola sociale ed altre condizioni particolari di esecuzione*") l'obbligo dell'aggiudicatario ad applicare quanto previsto dall'art. 50 del Codice dei Contratti, garantendo l'applicazione del CCNL di Settore, di cui all'art. 51 del D. lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

E' pertanto priva di qualsiasi fondamento la tesi dell'appellante secondo cui l'amministrazione appaltante avrebbe imposto l'applicazione del CCNL Cooperative Sociali 2019, entrato in vigore il 1° novembre 2019.

Vero è piuttosto che, com'è pacifico, il termine iniziale per la presentazione delle offerte per la partecipazione alla gara in questione era il 29 ottobre 2019 e che le offerte potevano essere presentate fino al 14 novembre 2019 (termine poi prorogato al 18 novembre 2019): a tale ultima data era già entrato in vigore (dal 1° novembre 2019) il CCNL Cooperative Sociali 2019.

Fermo pertanto il principio, più volte ribadito in giurisprudenza, secondo cui nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica la scelta del contratto collettivo da applicare al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalto o di concessione rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, sempreché esso risulti coerente con l'oggetto dell'appalto (*ex plurimis*, sez. V, Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2019, n. 5574), per un verso non è seriamente dubitabile che quello fosse il contratto vigente ex articolo 30, comma 4, del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, e per altro verso non vi è fondamento positivo alla pur suggestiva tesi dell'appellante circa la possibilità per l'operatore economico concorrente di scegliere liberamente tra l'applicabilità del CCNL del 2013 e di quello del 2019.

Le considerazioni svolte consentono di ritenere infondate le censure sollevate con il primo e con il quarto motivo del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, riproposte col gravame in esame, con la precisazione che non

risulta neppure pertinente al caso in esame il richiamo al principio giurisprudenziale secondo cui la *lex specialis* di una procedura concorsuale cristallizza le regole della gara che non possono essere successivamente disapplicate neppure per effetto dello *jus superveniens*.

7.2. Le pur articolate censure che residuano riguardano a questo punto tutte soltanto la correttezza della valutazione di non congruità dell'offerta formulata dall'appellante: esse sono infondate alla stregua delle osservazioni che seguono.

7.2.1. Deve ribadirsi che secondo un ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale, dal quale non vi è motivo di discostarsi, il giudizio di anomalia dell'offerta non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto, trattandosi pertanto di una globale e sintetica valutazione, senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo (Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2021, n. 2843; 8 gennaio 2021, n. 295; sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1361); del resto la *ratio* di tale valutazione è quello di evitare, da un lato, affidamenti ad offerte che nel loro complesso non appaiono suscettibili di buon esito riguardo agli interessi pubblici perseguiti e, dall'altro, comportamenti di *dumping* contrari al principio di libera concorrenza in un mercato regolato, senza in alcun modo pregiudicare il confronto concorrenziale fra le diverse possibili tecnologie e strategie imprenditoriali e senza, evidentemente, sovrapporsi alla necessità di un costante monitoraggio amministrativo e di un efficace presidio giurisdizionale della successiva fase attuativa, posto che la bontà dell'esecuzione del rapporto contrattuale-e quindi la realizzazione dell'interesse pubblico perseguito- non sono necessariamente rapportate al maggiore costo dell'offerta prescelta (Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2020, n. 6969).

Con riguardo alla posizione dell'amministrazione appaltante la verifica dell'anomalia dell'offerta costituisce espressione della sua ampia discrezionalità, sindacabile in sede giurisdizionale solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di manifesto e decisivo travisamento dei fatti (Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2021, n. 2437), con l'ulteriore conseguenza che il giudice di legittimità non può sostituire il proprio giudizio a quello della Pubblica amministrazione (Cons. Stato, sez. III, 23 febbraio 2021, n. 1554).

7.2.2. Ciò ricordato è innanzitutto da respingere la prospettazione secondo cui l'amministrazione appaltante avrebbe valutato negativamente l'offerta dell'appellante per il solo fatto dell'applicazione del CCNL del 2013 invece che di quello del 2019.

Al contrario dalla documentazione versata in atti, come correttamente rilevato dal primo giudice, emerge incontestabilmente che l'amministrazione appaltante in ragione dell'offerta formulata ha espressamente chiesto (più volte) all'offerente giustificazioni sul costo del lavoro, non limitandosi a prendere atto (negativamente) che l'offerta non aveva tenuto conto del CCNL del 2019; l'amministrazione ha in effetti proceduto alla verifica in concreto dell'offerta presentata (indipendentemente dal fatto che il costo del lavoro fosse stato calcolato tenendo conto del CCNL del 2013 o di quello del 2019) sotto il profilo della sua sostenibilità economica, così che il giudizio finale di non congruità, ancorché possa essere ritenuto soggettivamente non condivisibile dall'appellante, non per questo è illegittimo, essendo, come sopra ricordato, espressione della ampia discrezionalità di cui in materia è titolare ogni stazione appaltante e che non risulta *ictu oculi* manifestamente viziata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza o irrazionalità né da travisamento di fatti.

7.2.3. Del resto in tal senso finiscono per militare le stesse considerazioni dell'appellanti che, nell'imputare all'amministrazione appaltante – e poi allo stesso primo giudice – di non aver tenuto conto ai fini della sicura – a suo avviso – sostenibilità economica della propria offerta degli sgravi INPS, IRAP

e INAIL di cui sarebbe stata beneficiaria, ammette in effetto che l'offerta, in quanto modulata sulle previsioni del CCNL del 2013, si prestava ai dubbi sollevati dall'amministrazione appaltante, superabili, a suo avviso, proprio per effetto di quella particolare situazione (sgravi) di cui avrebbe beneficiato.

Senonché tali sgravi, indipendentemente da ogni altra considerazione, risultano meramente affermati, ma della loro spettanza non è stata fornita alcuna prova, neppure a livello meramente indiziario, all'amministrazione appaltante, che pertanto non ne ha potuto tenere conto.

Né quella prova poteva essere fornita solo in sede giurisdizionale, così come invocato dall'appellante a sostegno della contestazione sul punto della sentenza impugnata; anche a voler ammettere – per mera completezza espositiva - che una tale prova, non fornita nel corso del sub procedimento di valutazione della congruità dell'offerta, fosse stata prodotta in sede giurisdizionale di primo grado, il giudice non ne avrebbe potuto tener conto, poiché altrimenti avrebbe, in violazione del principio di separazione dei poteri, sostituito inammissibilmente la propria valutazione (sulla congruità dell'offerta) a quella propria ed esclusiva dell'amministrazione appaltante.

7.2.4. Resta da precisare che, diversamente da quanto prospettato dall'appellante, ancora una volta senza alcun tipo di riscontro fattuale, la contestata valutazione di non congruità dell'offerta in questione non risulta neppure inficiata da una pretesa confusione tra minimi salariali, non derogabili, e valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali, derogabili in quanto semplici parametri di valutazione della congruità dell'offerta.

Invero, come accennato in precedenza, le conclusioni cui è pervenuta l'amministrazione appaltante circa la non congruità dell'offerta formulata dall'appellante sono fondate sulla verifica in concreto tra costo del lavoro indicato nell'offerta e nelle giustificazioni e quello effettivamente gravante sull'aggiudicatario per effetto dell'applicazione del CCNL di settore vigente.

7.3. E' appena il caso di aggiungere che la riscontrata legittimità e correttezza della valutazione di anomalia dell'offerta dell'appellante rende priva di qualsiasi rilievo la censura di invalidità derivata dell'aggiudicazione in favore della controinteressata.

8. In conclusione l'appello deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante Raggio di Sole Società Cooperativa Onlus alla rifusione delle spese di giudizio a favore del Ministero della Difesa e di Pro.Ges. Società Cooperativa Sociale a Responsabilità Limitata – Servizi Integrati alla persona che liquida forfettariamente in complessivi € 4.000,00 (quattromila), per ciascuna parte costituita, oltre IVA, CPA ed altri accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 20 maggio 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, modificato dall'art. 1, comma 17, del d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2021, n. 21, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Antonella Manzione, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO