

Le prescrizioni della *lex specialis* impediscono all'aggiudicataria di ribassare i costi della manodopera, pena il riscontro dell'anomalia dell'offerta.

di Rita Maiolo

Data di pubblicazione: 26-7-2016

Lo scopo sotteso al comma 3-bis dell'articolo 86 del decreto legislativo n. 163/2006 è quello di garantire maggiormente il rispetto, da parte degli operatori economici e delle stazioni appaltanti, della normativa a tutela dei lavoratori, sia con riferimento alla retribuzione che alla sicurezza.

Nel caso di specie, la circostanza che il capitolato d'onere imponeva di assumere i dipendenti già in servizio presso il gestore uscente, costituiva un impedimento normativo all'assunzione di lavoratori disoccupati da parte dell'aggiudicataria e, quindi, alla possibilità per la stessa di giustificare il ribasso anomalo appellandosi alla legge 407/1990, che consente di fruire dell'esonero dall'obbligo del versamento dei contributi previdenziali e assistenziali con l'assunzione di lavoratori disoccupati.

Il ribasso del costo del lavoro, congiuntamente alla modifica sostanziale delle altre condizioni contrattuali inizialmente offerte dalla società appellante ed analiticamente presi in considerazione della Commissione nel procedimento di verifica dell'anomalia, ha di fatto determinato una manipolazione dell'offerta non consentita.

(1) Conforme Consiglio di Stato, sez. III, 3 maggio 2016, n. 1706; Consiglio di Stato, sez. III, 2 aprile 2015, n. 1743; Consiglio di Stato, sez. III, 8 luglio 2014, n. 3484.

Guida alla lettura

La pronuncia sopra indicata si sofferma sulle **disposizioni poste a tutela dei lavoratori** impiegati nell'erogazione dei servizi affidati a seguito dell'espletamento di una gara pubblica. Partendo dalla *ratio* sottesa alle norme contenute nel "vecchio" Codice dei Contratti, il Collegio coglie l'occasione per **enfaticamente quelle prescrizioni della *lex specialis* che siano state inserite dalla stazione appaltante appositamente per evitare eventuali disparità di trattamento a danno di determinate categorie di lavoratori.**

In particolare, nella fattispecie esaminata dai Giudici della Quinta Sezione, la circostanza che all'interno del capitolato d'onere fosse stata inserita una **clausola che imponesse di assumere i dipendenti già in servizio presso il gestore uscente, rappresentava un ostacolo normativo all'assunzione di lavoratori disoccupati** da parte dell'aggiudicataria; pertanto, l'effetto che ne conseguiva si concretizzava nell'impossibilità per la società vincitrice di giustificare il ribasso anomalo appellandosi alla legge 407/1990, che consente di fruire dell'esonero dall'obbligo del versamento dei contributi previdenziali e assistenziali con l'assunzione di lavoratori disoccupati.

Né è apparsa convincente l'argomentazione dell'impresa appellante secondo cui, nel procedimento di verifica dell'anomalia (collocato dopo la fase di verifica dei requisiti generali e speciali, nonché dell'apertura delle buste), essa si sarebbe limitata a rimaneggiare esclusivamente i dati forniti con le giustificazioni richieste dalla Commissione. Invero, **il ribasso del costo del lavoro (contrario alla *lex specialis*), unitamente alla modifica sostanziale delle altre condizioni contrattuali inizialmente offerte dalla società appellante, ha di fatto determinato una manipolazione dell'offerta non consentita.**

Dunque, la discrasia tra quanto proposto in sede di partecipazione rispetto a quanto risultante all'esito dei chiarimenti richiesti dalla Commissione, ha portato prima il Tar e poi il Giudice d'appello ad appurare che in realtà **la società, risultata poi aggiudicataria**, non si era limitata ad una mera integrazione di alcuni dati, bensì **aveva effettuato una radicale modifica dell'offerta**; pertanto, tale alterazione, nell'ottica dell'organo decidente, rende legittimo l'operato della Commissione di gara, la quale ha dapprima attestato l'anomalia dell'offerta e successivamente emanato il provvedimento d'annullamento della procedura concorrenziale per l'affidamento del servizio di refezione scolastica.

In chiusura, si segnala che il **nuovo Codice dei Contratti Pubblici** (D. Lgs. n. 50 del 2016) si occupa del giudizio relativo all'anomalia delle offerte **nell'articolo 97, ritenendo sia tale l'offerta in cui il costo del personale sia inferiore ai minimi salariali retributivi indicati in apposite tabelle** (comma 5, lettera d), con ciò allineandosi a quanto già previsto nella versione precedente.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3198 del 2013, proposto da:

Essebi s.r.l., in nome del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv. Fausto Corti, Mario Sanino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Angelo Maleddu in Roma, via del Tempio, 1;

contro

Comune di L'Aquila, in nome del sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico De Nardis, con domicilio eletto presso Annalisa Pace in Roma, Via Tremiti 10; Vivenda Spa;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO - L'AQUILA: SEZIONE I n. 00066/2013, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di refezione scolastica per gli anni 2011/2013

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di L'Aquila;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 maggio 2016 il Cons. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti gli avvocati Paola Salvatore su delega dell'avv. Sanino, Giancarlo Caporali su delega dell'avv. Domenico de Nardis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Essebi s.r.l. (d'ora in poi Essebi) ha impugnato il provvedimento d'annullamento della procedura concorrenziale per l'affidamento del servizio di refezione scolastica adottato (d. 18 dicembre 2011) dal comune di L'Aquila in esito al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dall'aggiudicataria ricorrente.

A fondamento del ricorso ha dedotto la plurima e concorrente violazione degli artt. 86 e ss. del

d.lgs. n. 163/2006 disciplinanti il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta nonché eccesso di potere sotto vari indici c.d. sintomatici, quali il difetto di motivazione e l'irrazionalità manifesta del provvedimento impugnato.

2. Si costituivano in giudizio il comune di L'Aquila e la società controinteressata Vivenda s.p.a., che congiuntamente, richiamando l'analitico riscontro operato dalla Commissione di gara dell'anomalia dell'offerta e la modifica delle condizioni contrattuali dell'offerta come presentata in gara operata in sede di verifica dalla società ricorrente, instavano per l'infondatezza del gravame.

3. Il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo respingeva il ricorso, sottolineando che la società ricorrente in sede di giustificazione non si era limitata ad integrarle ma le aveva radicalmente modificate alterando l'offerta, oggetto di verifica d'anomalia.

Appella la sentenza Essebi. Resiste il Comune che, a sua volta, propone appello incidentale avverso il capo di sentenza di condanna alle spese della ricorrente, ritenuta ingiustificatamente insufficiente rispetto al valore della causa e all'impegno defensionale profuso dall'Avvocatura Civica.

Alla pubblica udienza del 19.05.2016 la causa, su richiesta delle parti, è trattenuta in decisione.

4. I motivi d'appello, muovono da un'unica trama argomentativa che intesse tutte le censure: l'impresa nel procedimento di verifica dell'anomalia si sarebbe limitata a rimaneggiare esclusivamente i dati forniti con le giustificazioni richieste dalla Commissione, sicché il Tar, che ha fondato la sentenza di reiezione del ricorso sull'assunto della modifica dell'offerta presentata in gara, sarebbe incorso in un errore di fatto, emendabile con l'accoglimento dell'appello.

6. L'appello è infondato.

L'obiettivo riscontro delle condizioni contrattuali economiche offerte, analiticamente prese in considerazione della Commissione nel procedimento di verifica dell'anomalia, evidenzia la modifica sostanziale di esse operata dalla società appellante.

Tali modifiche, che hanno avuto ad oggetto il contratto di lavoro delle maestranze impiegate per l'esecuzione del servizio in gara, confliggono – va sottolineato – con la *ratio* della disciplina invocata dalla ricorrente: lo scopo sotteso al comma 3-bis dell'articolo 86 del decreto legislativo n. 163/2006 è quello di garantire maggiormente il rispetto, da parte degli operatori economici e delle stazioni appaltanti, della normativa a tutela dei lavoratori, sia con riferimento alla retribuzione, sia alla sicurezza. Da ciò deriva che è la Commissione di gara ha assolto al dovere di valutare che il valore economico offerto fosse adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro, come determinato periodicamente in apposite tabelle del Ministero del Lavoro, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva, e delle norme in materia previdenziale e assistenziale dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. La Commissione ha infatti verificato che il ribasso anomalo del costo del lavoro è stato giustificato dall'impresa richiamando la legge n. 407 del 1990 che consente di fruire

dell'esonero dall'obbligo del versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali con l'assunzione dei lavoratori disoccupati. Senonché, come accertato in sede di giustificazioni, la disciplina di favore non poteva trovare applicazione nella misura operata dalla società in ragione del fatto che gravava su di essa l'obbligo, prescritto dalla *lex specialis*, di riassorbimento del personale precedentemente impiegato. In altre parole, l'art. 21 del capitolato d'oneri ostacoli, che imponeva di assumere i dipendenti già in servizio presso il gestore uscente, costituiva un impedimento normativo all'assunzione di lavoratori disoccupati da parte dell'aggiudicataria e, quindi, alla possibilità per la stessa di giustificare il ribasso anomalo appellandosi alla legge 407/1990, che consente di fruire dell'esonero dall'obbligo del versamento dei contributi previdenziali e assistenziali con l'assunzione di lavoratori disoccupati.

Per questo motivo la società ha manipolato l'offerta al fine di aumentare il numero dei lavoratori disoccupati a detrimento di quelli da riassorbire rispetto a quanto aveva invece indicato nell'offerta. In aggiunta ha espunto in sede di giustificazione gli oneri derivanti dall'applicazione dell'IRES e dell'IRAP, componenti del costo del lavoro che incidono sull'offerta presentata, rappresentandone una parte essenziale.

Venendo agli elementi dell'offerta, il costo d'allestimento dei refettori è stato ritenuto insufficiente, sì da non garantire l'igiene del servizio prestato in favore degli alunni delle scuole; non è stato altresì osservato il parametro previsto dalla stazione appaltante di un addetto allo sporzionamento per non più di 50 alunni.

In definitiva la stazione appaltante ha verificato analiticamente e globalmente la non congruità dell'offerta nonché l'avvenuta modifica delle condizioni contrattuali operata dalla società in sede di verifica dell'anomalia.

7. Conclusivamente l'appello principale deve essere respinto. Va invece accolto l'appello incidentale sul rilievo dell'esiguità, a fronte del valore dell'appalto, della somma di 2.000,00 euro liquidata dal Tar in favore del Comune resistente, risultato vincitore nel giudizio di primo grado. Somma che va quantificata nell'importo complessivo a favore del Comune di 3500,00 euro.

Le spese di causa del presente grado di giudizio, come liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso.

Accoglie l'appello incidentale e, per l'effetto, condanna Essebi s.r.l. al pagamento in favore del Comune di 3500,00 euro, oltre diritti ed accessori di legge.

Condanna Essebi s.r.l. al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio in favore del comune di L'Aquila che si liquidano in complessivi 4000,00 euro, oltre diritti ed accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore