

La natura volontaria del lavoro straordinario e del lavoro supplementare non può essere precluso ai fini giustificativi della sostenibilità dell'offerta

di Francesca Lucchese

Data di pubblicazione: 30-7-2020

La sola natura volontaria del lavoro straordinario (così come di quello supplementare) non vale di per sé a incidere sull'offerta, afferendo piuttosto il possibile rifiuto del prestatore di lavoro "ai rapporti interni fra datore e lavoratore", sempreché "il ricorso al lavoro supplementare (e straordinario) sia contenuto in una percentuale limitata".

Ne consegue, pertanto, che il richiamo al lavoro straordinario, potendo effettivamente rientrare fra gli elementi di possibile organizzazione dell'impresa, non va ritenuto aprioristicamente precluso a fini di giustificativi della sostenibilità dell'offerta.

Orbene, il lavoro supplementare è una modalità di organizzazione del lavoro (volta a consentire un legittimo risparmio di spesa) perfettamente compatibile, ai sensi della vigente contrattazione collettiva di settore, con l'assolvimento delle esigenze aziendali sottese alla tipologia di appalto per cui è causa.

GUIDA ALLA LETTURA

Nella pronuncia in commento la V sezione del Consiglio di Stato si sofferma sulla natura del lavoro straordinario e del lavoro supplementare nell'ambito dell'offerta.

Ebbene, secondo i Giudici di Palazzo Spada, la **natura volontaria del lavoro straordinario** (così come di quello supplementare) **non vale di per sé a incidere sull'offerta né è idonea ad inficiare la significatività dell'impegno giuridico assunto dall'impresa nei confronti del committente.**

Infatti, il richiamo al lavoro straordinario non va ritenuto aprioristicamente precluso a fini di giustificativi della sostenibilità dell'offerta, potendo esso effettivamente rientrare fra gli elementi di possibile organizzazione dell'impresa (cfr. Cons. Stato, III, 14 novembre 2018, n. 6430; v. anche Id., 18 gennaio 2018, n. 324); ciò sempreché *"il ricorso al lavoro supplementare (e straordinario) sia contenuto in una percentuale limitata"* (Cons. Stato, VI, 30 maggio 2018, n. 3244).

Dal tale assunto non deriva peraltro, in senso opposto, la libera e incondizionata applicazione del lavoro straordinario, tanto meno a fini di giustificazione della sostenibilità economica dell'offerta, atteso che permane pur sempre l'intrinseca diversità del lavoro straordinario rispetto a quello ordinario, così come l'applicazione del necessario canone della

ragionevolezza nel ricorso allo straordinario al fine di contemperare le esigenze aziendali con l'irrinunciabile preservazione dell'integrità psicofisica dei lavoratori (cfr. Cons. Stato, III, 4 gennaio 2019, n. 90, in cui s'è esclusa la legittimità del ricorso al lavoro straordinario in un caso in cui le ore complessivamente previste superavano l'ammontare teorico indicato dalle tabelle ministeriali e il tetto previsto dalla contrattazione collettiva).

Nella cennata ottica ricostruttiva, così come rilevato dallo stesso Consiglio di Stato, si deve osservare che il lavoro straordinario/supplementare è una modalità di organizzazione del lavoro (volta a consentire un legittimo risparmio di spesa) perfettamente compatibile, ai sensi della vigente contrattazione collettiva di settore, con l'assolvimento delle esigenze aziendali sottese alla tipologia di appalto per cui è causa. L'eventuale rifiuto del lavoratore – che apparentemente sembra previsto solo dalla disciplina legislativa di *default*, ma che secondo una parte della dottrina non può essere limitato al caso in cui manchi la disciplina collettiva – **riguarda un profilo attinente ai rapporti interni tra datore e lavoratore, senza intaccare la significatività dell'impegno giuridico assunto dall'impresa nei confronti del committente, sempreché il ricorso al lavoro supplementare (e straordinario) sia contenuto in una percentuale limitata.**

Sulla base di tali osservazioni, il Consiglio di Stato accoglie il ricorso della ricorrente facendo una considerazione di estremo rilievo sia sostanziale che processuale: **“sono estranee al perimetro del sindacato giurisdizionale le considerazioni circa l'apprezzamento “etico” delle scelte organizzative dell'impresa”.**

REPUBBLICA ITALIANA

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 8191 del 2019, proposto da Co.L.Ser. Servizi s.c.a.r.l. in proprio e quale capogruppo mandataria di costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con L'Orologio soc. coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Manzi, Luigi Manzi,

Paolo Michiara e Gianni Zgagliardich, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Confalonieri, n. 5;

contro

Consorzio Nazionale Servizi soc. coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni, n. 26/b;

nei confronti

Comune di Trieste, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Maritza Filipuzzi, Aldo Fontanelli e Valentina Frezza, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Trieste, via del Teatro Romano, n. 7;

Meranese Servizi s.p.a. ed Iss Italia A. Barbato s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima) n. 00360/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio Nazionale Servizi soc. coop. e del Comune di Trieste;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 84, commi 5 e 6, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18;

Relatore nell'udienza del giorno 23 aprile 2020 il Cons. Valerio Perotti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara del 28 settembre 2017, il Comune di Trieste indiceva una procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione a ridotto impatto ambientale di immobili di sua proprietà o pertinenza, per un importo a base di gara pari ad euro 6.800.000,00 oltre ad oneri per la sicurezza e per una durata di quattro anni, rinnovabile per ulteriori quattro anni per pari importo, da eseguirsi secondo le modalità illustrate nel capitolato speciale d'appalto.

Il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base di criteri, sub-criteri, pesi e sub-pesi definiti nel disciplinare di gara, valutati dalla Commissione

giudicatrice utilizzando il confronto a coppie ed applicando il metodo aggregativo compensatore secondo la formula contenuta a pag. 23 del citato disciplinare.

Alla procedura partecipavano, tra gli altri, il Consorzio Nazionale Servizi soc. coop. (di seguito CNS) ed il costituendo raggruppamento facente capo a Co.L.Ser. Servizi s.c.a.r.l.

All'esito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche, veniva stilata la seguente graduatoria provvisoria:

- 1° graduato il Rti Meranese Servizi - ISS Italia s.r.l., con 100 punti (ma 89,032 punti complessivi non riparametrati);
- 2° graduato Rti Co.L.Ser., con 88,819 punti (ma 78,986 punti complessivi non riparametrati);
- 3° graduato CNS, con 78,247 punti (ma 69,457 punti complessivi non riparametrati).

Peraltro, la Commissione altresì precisava che *"[...] la soglia di anomalia è pari a 56 per il punteggio tecnico (4/5 di 70-punti massimi qualità) e a 24 per il punteggio prezzo (4/5 di 30 punteggio massimo prezzo). Considerato che il concorrente primo graduato ha ottenuto punti 59,032 nella qualità (punteggio puro non riparametrato) e punti 30 nel prezzo, si dichiara l'offerta del concorrente primo graduato anomala e si rimettono gli atti al Responsabile Unico del Procedimento [...]"*

Alla luce dei punteggi attribuiti ed in considerazione del fatto che l'appalto in questione era ad alta intensità di manodopera, il Rup, oltre ad effettuare le verifiche sull'offerta del primo graduato risultata anormalmente bassa ai sensi dell'art. 97, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, per scrupolo attivava il sub-procedimento di verifica dell'offerta anche nei confronti del RTI Co.L.Ser. (secondo graduato).

In esito al sub-procedimento di anomalia, l'offerta del primo graduato veniva dichiarata non congrua e non affidabile *"[...] in quanto le proposte contenute nell'offerta tecnica che sono state valutate molto positivamente dalla commissione giudicatrice, non hanno trovato adeguata rispondenza nel prezzo complessivamente offerto [...]"*, mentre quella del Rti Co.L.Ser. veniva giudicata dal Rup *"[...] nel suo complesso congrua, seria, sostenibile e realizzabile [...]"*.

Con successiva determinazione n. 3279 del 2018, comunicata agli altri concorrenti in data 7 dicembre 2018, il Comune aggiudicava il servizio al Rti Co.L.Ser.

Avverso l'aggiudicazione e gli atti della procedura ad essa presupposti il consorzio CNS, terzo graduato, proponeva ricorso al Tribunale amministrativo del Friuli Venezia Giulia, chiedendone l'annullamento previa declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato.

Deduceva, a tal riguardo, i seguenti motivi di censura:

- 1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5 lett. c), del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso

di potere per manifesta illogicità ed erroneità. Carezza di istruttoria. Incongruità ed inconferenza della motivazione.

2) Violazione e falsa applicazione art. 97, commi 5 e 6, del d.lgs. 50/2016. Violazione art. 23, comma 16, del d.lgs. 50/2016. Violazione art. 30 del d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per manifesta illogicità ed erroneità. Carezza di istruttoria. Incongruità della motivazione.

3) In via subordinata: violazione dell'art. 95 del d.lgs. 50/2016. Difetto di motivazione. Eccesso di potere per illogicità.

Con ricorso per motivi aggiunti, successivo all'accesso alla documentazione di gara della quale inizialmente non disponeva, il consorzio CNS deduceva inoltre ulteriori autonomi profili di illegittimità dell'aggiudicazione disposta dal Comune, denunciando, in particolare, l'incompletezza dell'offerta economica del Rti Co.L.Ser. e la sua inammissibile modifica postuma (primo e secondo motivo), la violazione della "clausola sociale" (terzo motivo) e l'erronea valutazione di congruità dell'offerta con riferimento al costo della manodopera ed agli oneri della sicurezza (quarto motivo), nonché censurando ulteriormente la carezza di motivazione dei punteggi assegnati alle offerte nel confronto a coppie (quinto motivo).

Il Comune di Trieste, il Rti Co.L.Ser. ed il Rti Meranese Servizi si costituivano in giudizio con separate memorie, contestando variamente la fondatezza del gravame.

Con sentenza 7 agosto 2019, n. 360, il giudice adito accoglieva l'appello ed i successivi motivi aggiunti, sul presupposto che il ricorso al lavoro supplementare rendesse intrinsecamente inattendibile l'offerta economica del raggruppamento aggiudicatario.

Avverso tale decisione Co.L.Ser. Servizi s.c.a.r.l. interponeva appello, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

1) *Eccesso di potere per travisamento dei fatti, sviamento, carezza dei presupposti. Erroneità della sentenza, in fatto ed in diritto. Difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 63 ss. c.p.a.*

2) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 10, D.Lgs. 50/2016. Eccesso di potere per travisamento dei fatti.*

3) *Violazione di legge: violazione dell'art. 41, Cost. (principio di libera iniziativa economica). Violazione e falsa applicazione art. 97, commi 5 e 6 del D.Lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione art. 33, CCNL Multiservizi. Eccesso di potere per errata valutazione dei fatti e dei presupposti, carezza di istruttoria e difetto / erroneità della motivazione, sviamento.*

4) *Violazione di legge: violazione art. 97, comma 3, D.Lgs. 50/2016. Eccesso di potere per falso supposto di fatto, manifesta illogicità, carezza di istruttoria e difetto di motivazione.*

Costitutosi in giudizio, il Comune di Trieste concludeva con la richiesta di accoglimento dell'appello.

Anche il consorzio CNS si costituiva, contestando invece la fondatezza dei motivi di gravame e chiedendone la reiezione; proponeva inoltre appello incidentale, rinnovando le censure non accolte dalla sentenza di primo grado.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed alla camera di consiglio del 23 aprile 2020, giusta quanto previsto dall'art. 84, commi 5 e 6, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di appello la sentenza impugnata viene censurata per aver decretato direttamente l'esclusione del raggruppamento Co.L.Ser. senza un reale contraddittorio e senza un'istruttoria tecnica, sul presupposto di un asserito ma non documentato superamento del costo del personale di circa 54.102 euro rispetto ai calcoli – ritenuti peraltro errati – riportati nello stesso provvedimento. Il tutto, peraltro, aggravato da un'erronea comparazione dei costi orari del personale (il costo orario dell'appellante essendo inerente a lavoratori a tempo indeterminato, laddove la tabella ministeriale usata per il confronto atterrebbe invece a lavoratori a tempo determinato).

Più nello specifico, i calcoli riportati in sentenza sarebbero fondati su presupposti erronei, *in primis* per quanto concerne la ritenuta inutilizzabilità dei contratti *part time* e del lavoro "supplementare", invece previsto dalla contrattazione collettiva, con conseguente ingiustificato (per di più, senza istruttoria) "azzeramento dei conti" e, quindi, dei giustificativi che lo contemplavano.

Così facendo, il primo giudice avrebbe anche determinato un'impropria inversione dell'onere della prova, atteso che – laddove l'offerta di un concorrente non presenti elementi di anomalia *ex lege* ed abbia d'altra parte fornito dei giustificativi dell'offerta analitici e complessi, per di più avallati dalla stazione appaltante – avrebbe dovuto essere la controparte a dimostrare la non veridicità delle deduzioni della concorrente.

Il motivo è fondato.

Deve infatti convenirsi con il precedente di Cons. Stato, V, 7 gennaio 2020 n. 83, per cui *"la sola natura volontaria del lavoro straordinario (così come di quello supplementare) non vale di per sé a incidere sull'offerta o 'intaccare la significatività dell'impegno giuridico assunto dall'impresa nei confronti del committente', afferendo piuttosto il possibile rifiuto del prestatore di lavoro 'ai rapporti interni fra datore e lavoratore'; tutto ciò sempreché 'il ricorso al lavoro supplementare (e straordinario) sia contenuto in una percentuale limitata' (Cons. Stato, VI, 30 maggio 2018, n. 3244). Dal che consegue che il richiamo al lavoro straordinario non va ritenuto aprioristicamente precluso a fini di giustificativi della sostenibilità dell'offerta, potendo esso effettivamente rientrare fra gli elementi di possibile organizzazione dell'impresa (cfr. Cons. Stato, III, 14 novembre 2018, n. 6430; v. anche Id., 18 gennaio 2018, n. 324)".*

Non può pertanto condividersi l'aprioristico giudizio contenuto in sentenza, secondo cui il ricorso a queste due tipologie di lavoro di per sé renderebbe inaffidabile l'offerta, trattandosi di

tipologie pacificamente riconosciute e consentite dalla legge e dalla stessa disciplina di gara.

D'altro canto, effettivamente eccede l'ambito del sindacato di legittimità proprio del giudice amministrativo, per attingere direttamente il merito della discrezionalità tecnica nella scelta del contraente, che compete alla sola stazione appaltante, il rilievo secondo cui – con riguardo al *part-time* – sussisterebbero *“altre tipologie contrattuali (rectius di articolazione dell'orario di lavoro), peraltro, espressamente contemplate all'art. 30 del CCNL citato, sicuramente più adatte del part time a soddisfare l'esigenza dell'impresa di far fronte alle prestazioni proprie dell'appalto di servizi in questione in orari compatibili con quelli di normale funzionalità degli uffici che hanno sede presso gli immobili interessati dalle attività di pulizia”*.

Ancor più estranee al perimetro del sindacato giurisdizionale sono infine le considerazioni circa l'apprezzamento “etico” delle scelte organizzative dell'impresa.

Con il secondo motivo di appello la sentenza impugnata viene inoltre censurata laddove riporta, con riferimento alla “pulizia iniziale”, che *“[...] il fatto che il r.t.i. aggiudicatario non abbia dato evidenza del detto costo tra quelli della manodopera e che abbia, anzi, chiarito, in sede di giudizio di anomalia, che l'onere economico di tale attività ‘migliorativa’ prevista, ‘pari a € 8.676,00/ appalto, e pari a € 2.169,00/ anno’, sia stato calcolato all'interno dell'offerta ‘in voce separata dal costo manodopera’ (all. 11, pag. 3 e 4 – fascicolo doc. CO.L.SER) basta, ad avviso del Collegio, per far emergere la palese fondatezza del vizio denunciato da parte ricorrente, sotto tutti i profili lamentati”*.

Rileva l'appellante, al riguardo, come la *lex specialis* di gara neppure richiedesse la fase di “pulizia iniziale” (che peraltro non era oggetto di alcuna regolamentazione specifica da parte della *lex specialis* di gara), trattandosi di una semplice miglioria da valutarsi nell'ambito dell'offerta tecnica, la cui indicazione era pertanto del tutto eventuale e rimessa alla discrezionalità dei concorrenti.

Anche questo motivo è fondato.

Ritiene il Collegio che la natura di “miglioria” del servizio in questione emerga con evidenza dalle previsioni del disciplinare di gara, in particolare laddove, nel definire i criteri di valutazione dell'offerta, si precisa (al *sub*-criterio 1.1, concernente la fase di avvio dell'appalto) che *“[...] Sarà valutata positivamente l'offerta che descriverà le misure che intende adottare per garantire la continuità del servizio, nonché gli accorgimenti tecnici (anche in termini di pulizie iniziali) ed amministrativi per garantirne un'efficiente presa in carico del servizio e la successiva messa a regime dello stesso”*.

Risulta dagli atti, come documentato dall'appellante (cfr. doc. 5) che l'offerta tecnica del raggruppamento Co.L.Ser. prevedeva, tra le risorse idonee a garantire tempistiche ridotte, la *“attivazione delle squadre di lavoro per le pulizie iniziali”*, altresì indicando che *“[...] Le attività saranno svolte in simultanea dalle 5 Squadre per il Pronto intervento di Trieste (cfr. cap. 2.1) in base all'area di competenza [...]”*.

Trattandosi di un servizio eventuale, rimesso alla discrezionalità degli offerenti, per tale attività

non poteva essere prevista l'indicazione di un monte ore complessivo stimato: deve dunque concludersi che il solo elemento certo cui riferire il costo della manodopera, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 95, comma 10 d.lgs. n. 50 del 2016, era dunque quello orario per ciascuna delle categorie di operatori impiegati nelle "squadre di pulizia" offerte dai concorrenti.

D'altra parte, il medesimo raggruppamento aveva indicato, in una voce separata dal costo della manodopera, l'onere economico derivante dalla proposta migliorativa (ossia, come già detto, dei servizi di pulizia aggiuntivi ad inizio appalto), quantificato in euro 8.676,00 (ossia euro 2.169,00 l'anno), così come dei correlati oneri della sicurezza.

A tal riguardo, non risulta all'evidenza implausibile, né incoerente con le risultanze di causa quanto rilevato dall'appellante in ordine al fatto che i servizi aggiuntivi offerti – incidenti per lo 0,06% sull'importo dell'intero appalto e che sarebbero stati svolti da personale ulteriore rispetto a quello indicato per l'esecuzione dello stesso – trovavano copertura all'interno di altre voci dell'offerta economica rispetto alla tabella della manodopera relativa al personale prevalentemente impiegato nell'appalto, così come i correlati (sia pure occasionali) oneri di sicurezza. Analogamente dicasi per le considerazioni esposte nelle difese della stazione appaltante, che già nel *sub*-procedimento di anomalia dell'offerta in precedenza svolto non aveva evidenziato criticità del tipo considerato.

In ogni caso, è coerente con la documentazione versata in atti il rilievo della stazione appaltante (nella memoria difensiva del 7 aprile 2020) secondo cui neppure vi sarebbero i presupposti, nel caso di specie, per contestare un'omessa indicazione, ovvero un'indicazione eventualmente non completa, essendosi in realtà in presenza di un'indicazione contenuta in una separata ed autonoma voce dell'offerta, dedicata alle proposte migliorative del servizio, le quali ultime non erano previste nella relativa modulistica predisposta dalla stazione appaltante, proprio perché meramente eventuali, essendo rimesse alle scelte discrezionali dei concorrenti.

Con il terzo motivo di appello viene nuovamente ripresa la questione del ricorso al lavoro cd. "supplementare", deducendo che erroneamente il primo giudice avrebbe ritenuto *ex se* anomala (in quanto aleatoria ed inaffidabile) l'offerta del raggruppamento Co.L.Ser.per il fatto stesso del ricorso a tale tipologia organizzativa.

Il motivo è fondata, per le ragioni già evidenziate in relazione al primo motivo di appello. Invero, come anche ribadito da costante giurisprudenza (*ex multis*, Cons. Stato, VI, 30 maggio 2018, n. 3244), il lavoro supplementare è una modalità di organizzazione del lavoro (volta a consentire un legittimo risparmio di spesa) perfettamente compatibile, ai sensi della vigente contrattazione collettiva di settore, con l'assolvimento delle esigenze aziendali sottese alla tipologia di appalto per cui è causa. L'eventuale rifiuto del lavoratore riguarda un profilo attinente ai rapporti interni tra datore e lavoratore, senza intaccare la significatività dell'impegno giuridico assunto dall'impresa nei confronti del committente, sempreché il ricorso al lavoro supplementare (e straordinario) sia contenuto in una percentuale limitata, come per l'appunto accade nel caso dell'offerta dell'aggiudicataria (dove rappresenta appena il 19% del monte ore totale (dato confermato anche dall'appellato consorzio CSM, a pag. 7 della propria memoria di replica 10 aprile 2020).

Con il quarto motivo di appello la sentenza di primo grado viene infine censurata nella parte in cui ha ritenuto comunque insostenibile, dal punto di vista economico, l'offerta del raggruppamento aggiudicatario, comportando *“allo stato, un utile di soli € 6.099,66 annui”*.

Parte appellante contesta, *in primis*, che detto calcolo non considererebbe i risparmi ottenuti grazie al ricorso al lavoro supplementare e che, in ogni caso, non terrebbe conto *“dei benefici, delle agevolazioni e delle particolarità, evidenziate nei giustificativi e in primo grado; benefici tali da rendere comunque l'utile (calcolato prudenzialmente) ben più alto di quanto dichiarato”*.

Anche questo motivo può trovare accoglimento.

Va in primo luogo ribadito, infatti, il consolidato principio secondo cui un utile anche esiguo di per sé solo non equivale a determinare l'anomalia dell'offerta, al più costituendo un indice sintomatico da cui l'amministrazione – ma non il giudice amministrativo – debba trarre spunto per procedere ad una verifica accurata dell'equilibrio complessivo dell'offerta (*ex plurimis*, Cons. Stato, V, 17 luglio 2014, n. 3805).

Ciò premesso in termini assorbenti, risultano inoltre convincenti i rilievi di parte appellante, secondo cui la sentenza appellata si sarebbe limitata ad ignorare – senza alcunché motivare al riguardo – una rilevante voce di risparmio, data dall'integrazione riconosciuta da Inps ed Inail all'azienda per coprire gli oneri di sua competenza nel caos di assenza del lavoratore per malattia, infortunio e maternità obbligatoria, pari per la mandataria Co.L.Ser. Servizi s.c.a.r.l. ad euro 141479,44 e per la mandante L'Orologio soc. coop. ad euro 155.640,00 circa.

Lo stesso dicasi per i risparmi relativi ai costi per la formazione, psri ad euro 20.493,84, voci queste che erano state invece positivamente considerate dall'amministrazione in sede di valutazione dei giustificativi dell'offerta.

Venendo ora ai motivi di appello incidentale proposti dal consorzio CNS, va in primo luogo considerata la preliminare eccezione di inammissibilità dell'appello principale per omessa impugnazione di un capo decisivo (ed autosufficiente) della sentenza di primo grado, avente ad oggetto l'asserita mancata indicazione degli oneri per la sicurezza, laddove il primo motivo di appello principale si sarebbe limitato a contestare le statuizioni esclusivamente sul costo della manodopera (nulla contestando in riferimento all'omessa indicazione degli oneri della sicurezza del personale addetto all'attività di pulizia iniziale).

L'argomento non può essere accolto, alla luce di quanto già rilevato in ordine al secondo motivo dell'appello principale.

Deve infatti concludersi, alla luce del complessivo tenore della decisione impugnata, che il rilievo evidenziato dall'appellante incidentale non integri un autonomo capo (per di più dotato di autosufficienza rispetto alle ulteriori considerazioni riportate in sentenza), bensì costituisca un inscindibile tutt'uno argomentativo con la questione principale della mancata indicazione, nell'ambito dei costi della manodopera, degli oneri derivanti dal servizio aggiuntivo di “pulizia iniziale”, problematica peraltro compiutamente affrontata, nel suo complesso, con il già richiamato secondo motivo di appello principale.

Ciò premesso, con il primo motivo di appello incidentale si ribadisce che il raggruppamento Co.L.Ser. avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per omessa dichiarazione dei costi della manodopera, non avendo esso indicato nella propria offerta economica: a) né l'importo della voce "*costo manodopera per livello*" dei 75 addetti di II livello offerti; b) né l'importo del "*totale complessivo costo manodopera*", identificativo del costo complessivo di tutta la manodopera impiegata nella commessa. Invero, solo nelle giustificazioni il raggruppamento poi risultato aggiudicatario avrebbe indicato gli importi mancanti in offerta, con ciò incorrendo nell'integrazione postuma dell'offerta economica, in violazione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Né potrebbe ritenersi, come fatto invece dal primo giudice, che nell'offerta fosse indicata una cifra, seppur "illeggibile" (in quanto automaticamente sostituita da simboli nel modulo digitale utilizzato), che il raggruppamento avrebbe poi messo "in chiaro" nella "tabella depositata con le giustificazioni.

Analogamente non sarebbe persuasiva l'idea per cui il medesimo raggruppamento avrebbe sì – verosimilmente – inteso indicare i costi, ma lo avrebbe fatto in maniera "illeggibile" a causa delle dimensioni della "cella" del modulo predisposto dalla stazione appaltante.

Il motivo non può trovare accoglimento.

Risulta infatti convincente, poiché non manifestamente smentita dalle risultanze di causa, la spiegazione fornita da Co.L.Ser., secondo cui l'indicazione specifica e di dettaglio dei costi della manodopera – ai sensi dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 – sarebbe avvenuta, secondo indicazione della *lex specialis* di gara, servendosi di una tabella in formato excel, nella quale il valore del costo totale riferito ad "*Operaio comune – servizio pulizia e altri servizi*" (secondo livello) non sarebbe risultato visibile ma sostituito (per un errore dovuto alla dimensione della cella, contenente il relativo valore ma non adeguata al contenuto del testo) dai simboli "#####".

Tale omissione non avrebbe però conseguenze sull'ammissibilità dell'offerta, essendo detto importo "*agevolmente ricavabile in quanto è frutto del prodotto tra il numero delle ore ed il costo orario e quindi: $286.960 \times € 14,46 = € 4.149.441,60$* ".

Analogamente, anche il totale complessivo della manodopera sarebbe agevolmente ricostruibile – con una mera ed automatica operazione di calcolo – dalla somma del totale del costo della manodopera, per un totale di euro 4.978.296,15.

Deve quindi concludersi per la correttezza delle conclusioni raggiunte nel capo impugnato della sentenza di primo grado, laddove si evidenzia come "*alcuna surroga da parte della Stazione appaltante che si è semplicemente limitata a fare ricorso un banale calcolo aritmetico per dare senso compiuto la volontà negoziale della ricorrente già esaustivamente espressa*".

È evidente infatti che da una tabella recante numero qualifica e livello degli addetti impiegati e soprattutto puntuale Chiara indicazione del numero complessivo delle ore lavoro e del loro costo orario per ogni livello ed intuibile facilità la determinazione del totale del costo della

manodopera per livello dato dalla moltiplicazione del costo orario per il numero di Ore complessive lavorate e successivamente quella del costo complessivo della manodopera”.

Con il secondo motivo di appello incidentale il consorzio CNS deduce invece la violazione della “clausola sociale” di cui all’art. 12 del capitolato da parte dell’offerta del raggruppamento Co.L.Ser.: invero, se il precedente operatore impiegava settantacinque dipendenti, di cui ventidue di I livello, quarantatré di II livello, nove di III livello ed uno di IV livello, il raggruppamento aggiudicatario aveva invece offerto di eseguire le prestazioni con ottantasette dipendenti, di cui settantasette inquadrati nel II livello, nove nel III livello ed uno nel IV livello.

L’offerta del Rti Co.L.Ser. non contemplava pertanto alcun addetto del I livello, laddove il precedente appaltatore ne impiegava addirittura ventidue.

Al riguardo, deduce l’appellante incidentale, l’art. 12 del capitolato, nel rinviare espressamente all’art. 4 del CCNL, doveva essere interpretato nel senso di impedire di alterare il numero degli addetti impiegati dal gestore uscente, poiché il subentrante era tenuto *“al rispetto delle norme contrattuali vigenti in materia di salvaguardia dell’occupazione”, che prevedono l’impegno a “garantire l’assunzione [...] degli addetti esistenti in organico sull’appalto”*

Neppure questo motivo è fondato.

Va detto, innanzitutto, che proprio l’esigenza di assicurare l’effettività dei principi del diritto eurounitario anche in ordine ai limiti di operatività delle clausole sociali – principi che nel caso di specie precludono un assorbimento del personale incompatibile con la libertà di impresa – impedisce di dar credito all’interpretazione secondo cui un obbligo incondizionato in tal senso prevarrebbe in ogni caso, ove introdotto da una previsione *ad hoc* di un contratto collettivo nazionale di lavoro.

Interpretazione, questa, del resto scorretta già solo sotto il profilo della gerarchia tra le fonti di diritto, non potendo certo un accordo negoziale privato – quale è pur sempre un CCNL – derogare a principi fondamentali del diritto sovranazionale con efficacia *erga omnes*.

Diversamente opinando verrebbe conculcata la stessa libertà d’impresa degli operatori economici, i quali sarebbero alla fine costretti ad elaborare le proprie offerte entro gli schemi organizzativi compatibili con lo *stock* di personale “ereditato” dalla precedente gestione).

Nel merito, è appena il caso di rilevare come la censura articolata dal consorzio CSM si limiti, in realtà, ad un mero rilievo formale, non tenendo in alcun conto la circostanza (evidenziata nella sentenza appellata) per cui una gran parte dei lavoratori inquadrati al I livello nella precedente gestione verosimilmente aveva già maturato il passaggio (automatico) al livello successivo (il II) al momento della conclusione del precedente affidamento: ne conseguiva che – al momento del subentro – gli stressi avrebbero dovuto essere correttamente inquadrati dal nuovo gestore al II livello, anziché al I.

Al riguardo, risulta che il numero dei dipendenti da inquadrarsi al II livello fosse

sufficientemente capiente per assicurare il riassorbimento dei detti dipendenti (ancora) di I livello e di quelli già di II livello (quarantatré unità).

La reiezione dei precedenti due motivi di appello incidentale comporta altresì l'impossibilità di ottenere il correlato risarcimento danni dedotto in giudizio.

Alla luce dei rilievi che precedono, l'appello principale va accolto, mentre va respinto l'appello incidentale del consorzio CNS.

La particolarità delle questioni affrontate giustifica peraltro l'integrale compensazione – tra le parti – delle spese di lite del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, per l'effetto respingendo, in riforma dell'impugnata sentenza, il ricorso originariamente proposto dal Consorzio Nazionale Servizi soc. coop. Respinge inoltre l'appello incidentale proposto da quest'ultimo.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 aprile 2020.