



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10230 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
GSA - Gruppo Servizi Associati S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Luca De Pauli, Mariano Protto e Luca Ponti, con domicilio eletto presso Federica Scafarelli in Roma, Via Giosuè Borsi n. 4;

contro

Azienda Ospedaliera Nazionale "SS. Ambrogio e Biagio e Cesare Arrigo", non costituita in giudizio;

nei confronti di

Elisicilia S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Innocenti, con domicilio eletto presso la Segreteria del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro n. 13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per il Piemonte, Sezione I, n. 23 del 9 gennaio 2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio triennale di vigilanza

antincendio ed attività complementari presso la base dell'Elisoccorso del servizio 118 dell'Azienda Ospedaliera di Alessandria.

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Elisicilia S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visto il decreto cautelare di questa Sezione n. 5757 del 17 dicembre 2014;

Viste le ordinanze cautelari di questa Sezione n. 24 dell'8 gennaio 2015 e n. 591 del 5 febbraio 2015;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, del c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 giugno 2015 il consigliere Dante D'Alessio e uditi per le parti l'avvocato Luca Mazzeo, su delega degli avvocati Luca De Pauli, Mariano Protto e Luca Ponti, e l'avvocato Giuseppe Innocenti;

Visto il dispositivo di sentenza n. 2883 del 12 giugno 2015.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- L'Azienda Ospedaliera Nazionale "S.S. Ambrogio e Biagio e Cesare Arrigo" di Alessandria, di seguito Azienda Ospedaliera, ha indetto una gara per l'affidamento triennale del servizio di vigilanza antincendio ed attività complementari presso la base dell'Elisoccorso del servizio 118, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito della procedura, l'Azienda Ospedaliera, con determinazione dirigenziale n. 170 del 15 aprile 2014, ha aggiudicato la gara alla società Elisicilia, che si è classificata al primo posto nella graduatoria di merito, con punti 92,381 (punti 22,381 per l'offerta tecnica e punti 70 per l'offerta economica), davanti alla società

GSA - Gruppo Servizi Associati, di seguito GSA, seconda classificata con punti 85,627 (punti 30 per l'offerta tecnica e punti 55,627 per l'offerta economica).

2.- GSA, già gestore del servizio, ha impugnato tale determinazione, con gli atti presupposti, davanti al T.A.R. del Piemonte sostenendo, in particolare, che la società Elisicilia doveva essere esclusa dalla gara per aver formulato l'offerta prevedendo l'applicazione, per il personale impiegato nel servizio, di un CCNL diverso da quello (multiservizi) che era richiesto dal capitolato speciale di gara. GSA ha poi sostenuto che comunque l'offerta di GSA non poteva ritenersi congrua né attendibile.

3.- Il T.A.R. per il Piemonte, con ordinanza n. 252 del 27 giugno 2014, ha respinto la domanda cautelare ritenendo, ad un primo sommario esame, che il ricorso non era assistito dal prescritto *fumus boni iuris*, essendo stato applicato (dalla società Elisicilia) il contratto per il settore "Sorveglianza antincendio" ANISA, che poteva ritenersi equipollente a quello indicato dalla *lex specialis* di gara.

3.1.- Questa Sezione, con ordinanza n. 3452 del 31 luglio 2014, ha accolto l'appello cautelare, evidenziando la necessità di approfondire nel merito, davanti al T.A.R., la questione riguardante la possibile applicazione al personale impiegato nel servizio di un contratto collettivo diverso da quello previsto nel capitolato di gara.

4.- Il T.A.R. per il Piemonte, con sentenza della Sezione I, n. 23 del 9 gennaio 2015, ha respinto il ricorso proposto da GSA.

4.1.- Con riferimento alla prima (e centrale) questione sollevata, il T.A.R. ha ritenuto che poteva ritenersi possibile l'applicazione al personale impiegato nel servizio anche di un contratto collettivo diverso da quello (multiservizi) che era stato previsto nel capitolato speciale di gara.

Infatti, nelle due disposizioni del capitolato che facevano riferimento al CCNL multiservizi (l'art. 6 e l'art. 10) l'applicazione del contratto non era prevista «*a pena di esclusione dell'offerta*».

4.2.- Era poi rilevante, secondo il T.A.R., la circostanza che nello schema “modulo dell’offerta” la partecipante doveva dichiarare di redigere l’offerta “alle condizioni del lavoro e del CCNL di categoria”, senza l’indicazione di uno specifico contratto collettivo.

Inoltre, nei chiarimenti forniti prima dello svolgimento della gara, la stessa stazione appaltante aveva precisato, in risposta al quesito di un’impresa concorrente, che il CCNL poteva essere anche equipollente a quello multiservizi.

4.3.- Peraltro, secondo il T.A.R., il C.C.N.L. per il settore “Sorveglianza antincendio” poteva ritenersi, nella fattispecie, equipollente al contratto multiservizi, tenuto conto che le attività complementari richieste non presentavano una specificità tale da differenziarle sostanzialmente dalle consimili attività eseguite nell’ambito di un servizio di sorveglianza antincendio.

Ai fini dell’equipollenza risultava, inoltre, irrilevante, secondo il T.A.R., la circostanza che il diverso contratto applicato non prevedeva la clausola sociale di assorbimento del personale.

4.4.- Il T.A.R. per il Piemonte ha infine ritenuto che l’offerta della società Elisicilia poteva considerarsi globalmente attendibile, non riscontrandosi quelle palesi e manifeste contraddizioni nella voce del costo del personale ravvisate dalla ricorrente.

5.- GSA ha appellato l’indicata sentenza sostenendone l’erroneità sotto diversi profili e chiedendone la riforma. GSA ha inoltre chiesto il risarcimento dei danni subiti per effetto delle illegittime determinazioni dell’Amministrazione.

All’appello si oppone la controinteressata società Elisicilia.

6.- GSA, con il primo motivo, ha insistito nel sostenere che l’offerta presentata dalla società Elisicilia doveva essere esclusa dalla gara perché prevedeva l’applicazione, per il personale impiegato, di un contratto collettivo diverso da quello “multiservizi” previsto dal capitolato di gara.

6.1.- La censura non è fondata.

Invero il capitolato speciale di gara richiedeva in due articoli (l'art. 6 – “personale addetto” e l'art. 10 “trattamento giuridico ed economico”) l'applicazione del CCNL multiservizi al personale impiegato dall'impresa esecutrice del servizio oggetto della gara.

Negli indicati articoli del capitolato non era tuttavia prevista, come ha giustamente osservato il T.A.R. per il Piemonte, (anche) l'esclusione dalla gara delle imprese che avessero comunicato di voler applicare al personale impiegato un diverso (ma equipollente) CCNL. Né l'esclusione per la violazione della suddetta prescrizione era stata prevista in altre disposizioni della *lex specialis* di gara.

Peraltro, come ha osservato il T.A.R., nello schema “modulo dell'offerta”, che le imprese dovevano predisporre, le partecipanti alla gara dovevano dichiarare di redigere l'offerta “alle condizioni del lavoro e del CCNL di categoria”, senza l'indicazione dello specifico contratto collettivo multiservizi.

6.2.- Si deve quindi ritenere che lo scopo della disposizione, contenuta nei due citati articoli del capitolato di gara, che fa riferimento all'applicazione del CCNL multiservizi era (solo) quello di garantire la partecipazione alla gara di imprese operanti nel settore, ai fini di una puntuale esecuzione del servizio richiesto.

Non si può pertanto condividere la tesi, sostenuta dall'appellante, secondo cui il riferimento contenuto nelle due norme del capitolato al contratto multiservizi costituiva una vera e propria condizione di partecipazione alla gara e quindi un requisito di ammissibilità dell'offerta.

6.3.- L'interpretazione che si ritiene corretta delle disposizioni in questione risulta peraltro coerente con l'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 (recante il codice dei contratti pubblici), che ha sancito il principio della tassatività delle cause di esclusione da una gara.

L'indicata disposizione, infatti, allo scopo di evitare la possibile esclusione da una gara a causa del mancato rispetto di adempimenti solo documentali o formali o privi, comunque, di una base normativa espressa, ha previsto che i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione, oltre quelle indicate nello stesso comma 1 bis e riguardanti il mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali dell'offerta.

7.- A ciò si deve aggiungere che la stessa Stazione appaltante aveva precisato, in sede di chiarimenti, in data 4 febbraio 2014, prima che le imprese presentassero la loro offerta, che le partecipanti alla gara avrebbero potuto applicare al proprio personale (anche) un contratto di lavoro di categoria equipollente a quello (multiservizi) indicato nel capitolato di gara.

8.- Con il secondo motivo di appello GSA ha insistito nel sostenere che, anche a voler ritenere ammissibili le offerte basate su un CCNL equipollente a quello richiesto dal capitolato di gara, comunque il CCNL per il settore "Sorveglianza antincendio" ANISA non poteva essere preso ad utile riferimento essendo molto diverso dal CCNL multiservizi sotto vari profili, quali le tutele per i lavoratori del settore, le mansioni oggetto dei profili professionali, i livelli retributivi.

8.1.- Ma anche tale motivo deve ritenersi infondato.

L'Azienda Ospedaliera di Alessandria ha indetto una gara per l'affidamento del servizio di vigilanza antincendio, con le attività complementari, presso la base dell'Elisoccorso del servizio 118. Risulta, quindi, evidente, la correlazione fra il CCNL per il settore "Sorveglianza antincendio" ANISA, che GSA ha ritenuto di poter applicare al proprio personale, e i servizi richiesti dall'Azienda.

Ciò è confermato dall'esame del capitolato speciale che, nel descrivere i servizi oggetto della gara, ha precisato, all'art. 3, che il personale addetto doveva svolgere, in primo luogo, attività riguardanti la sorveglianza antincendio e l'uso dei dispositivi antincendio, con le attività connesse.

Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, il CCNL per il settore "Sorveglianza antincendio" ANISA può ritenersi pertanto coerente con le prestazioni richieste dalla Stazione appaltante.

8.2.- Non può essere, invece, sostenuta la mancata equipollenza del CCNL per il settore di Sorveglianza antincendio a quello multiservizi, per le ulteriori prestazioni "complementari" richieste dalla Stazione appaltante, tenuto conto della natura accessoria delle altre prestazioni (riguardanti la guardiania e il controllo degli accessi, la manutenzione delle attrezzature e degli impianti, le pulizie etc.). Inoltre, come ha già evidenziato il T.A.R., nel CCNL per il settore di Sorveglianza antincendio, applicato dall'aggiudicataria Elisicilia, oltre le prestazioni del servizio antincendio sono previsti, all'art. 1, anche "servizi integrati", a condizione che tra i servizi offerti vi sia la vigilanza antincendio.

8.3.- Non può avere, invece, rilievo, ai fini di una valutazione sull'equipollenza del contratto, come pure ha ritenuto il T.A.R., la mancata previsione, nel contratto per il settore di Sorveglianza antincendio, della cd. clausola sociale che prevede l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori da parte dell'azienda subentrante alle medesime condizioni economiche e contrattuali.

In assenza, infatti, di una diversa specifica previsione nella *lex specialis* di gara, l'equipollenza del CCNL, nella fattispecie, non può che riguardare le prestazioni che devono essere rese ai fini del corretto svolgimento del servizio in questione.

8.4.- Non possono avere poi rilievo le eventuali differenze retributive contenute nei due CCNL. Fermo restando il rispetto di quanto previsto dall'art. 86 del codice dei contratti sui costi per il personale.

9.- Con il terzo motivo di appello GSA ha sostenuto l'erroneità della sentenza appellata anche per aver disatteso la censura con la quale aveva lamentato le palesi contraddizioni che emergevano con riferimento al costo del personale contenuto nell'offerta che risultavano irrispettose delle stesse previsioni del CCNL per il settore di Sorveglianza antincendio.

9.1.- In particolare Elisicilia, secondo GSA, non ha rispettato i costi medi orari che avrebbero dovuto essere inderogabilmente non inferiori alle vigenti tabelle di riferimento.

Infatti, ha indicato un costo orario di € 11,38, per il personale "livello G" e di 12,06 per il personale "livello F" mentre la tabella ministeriale prevede rispettivamente il costo orario di € 14,39 e di € 16,12, con una differenza superiore al 20%.

9.2.- Secondo l'appellante, l'offerta di Elisicilia sarebbe incongrua anche per aver inserito, nell'offerta tecnica, una tabella del personale nella quale i lavoratori sono inquadrati tutti nel livello F, in contrasto con le previsioni contenute nell'offerta economica. Inoltre per la mancata previsione, nell'offerta economica, di personale inquadrato nel livello E, con mansioni di caposquadra, e per aver fatto applicazione delle disposizioni sul lavoro effemeridiale (con orario giornaliero di durata variabile in funzione del variare dell'ora del sorgere del sole e del tramonto).

10.- In proposito, si deve preliminarmente osservare che, nella fattispecie, l'Amministrazione non ha ritenuto di dover attivare il procedimento di verifica di anomalia dell'offerta di Elisicilia.

L'offerta di Elisicilia non rientrava, infatti, in uno dei casi, disciplinati dall'art. 86, comma 2, del codice dei contratti, nei quali è prevista la verifica obbligatoria e l'Amministrazione ha ritenuto di non dover procedere nella verifica facoltativa prevista dall'art. 86, comma 3, del codice dei contratti pubblici.

10.1.- Al riguardo si deve ricordare che l'art. 86, del codice dei contratti individua, nei commi 1 e 2, distinti criteri per l'individuazione delle offerte che si sospetti essere anomale, a seconda che il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso, ovvero, come nella fattispecie, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Al comma 3, con una clausola generale valida per entrambe le ipotesi, stabilisce poi che la stazione appaltante può procedere in ogni caso alla valutazione della congruità di ogni altra offerta che in base ad elementi specifici appaia anormalmente bassa.

10.2.- L'esercizio di tale facoltà comporta, pertanto, l'apertura di un subprocedimento in contraddittorio con il concorrente che ha presentato l'offerta ritenuta a rischio di anomalia.

10.3.- La scelta dell'amministrazione di attivare il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è, tuttavia, ampiamente discrezionale e può essere sindacata, in conseguenza, davanti al giudice amministrativo solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto.

La giurisprudenza ha anche chiarito che le valutazioni sul punto devono essere compiute dall'Amministrazione in modo globale e sintetico, con riguardo alla serietà dell'offerta nel suo complesso e non con riferimento alle singole voci dell'offerta (fra le più recenti: Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2662 del 26 maggio 2015, Sezione V n. 2274 del 6 maggio 2015).

11.- Facendo applicazione di tali principi, le censure sollevate da GSA sull'incongruità dell'offerta di Elisicilia devono essere respinte.

Gli elementi di asserita criticità dell'offerta di Elisicilia, indicati dall'appellante (nel terzo ed anche nel quarto motivo di appello), non sono, infatti, sufficienti a manifestare una chiara illogicità nella scelta compiuta dall'Amministrazione

intimata di ritenere attendibile e congrua l'offerta di Elisicilia e di non procedere ad una specifica valutazione sulla sua possibile anomalia.

11.1. Invero, come emerge dagli atti, l'Amministrazione ha adeguatamente e compiutamente esaminato le offerte delle imprese partecipanti alla gara, anche ricorrendo agli approfondimenti necessari per la loro migliore disamina, ed ha, quindi, ritenuto l'offerta di Elisicilia, nel suo complesso e per l'importo indicato, congrua, attendibile e affidabile.

12.- Ciò chiarito, non si può ritenere illegittima la scelta dell'Amministrazione di non sottoporre l'offerta di Elisicilia alla verifica dell'anomalia in relazione all'asserita difformità dalle tabelle ministeriali di riferimento posto che, come si è ricordato, la valutazione sulla serietà e congruità dell'offerta ha per oggetto l'offerta nel suo insieme e non riguarda i suoi singoli aspetti, e tenuto conto che la società Elisicilia, risultata aggiudicataria, aveva dato una chiara esposizione, anche nel dettaglio, dei costi per il personale che avrebbe sopportato per dare esecuzione all'appalto.

13.- Con riferimento poi al rispetto dei minimi stabiliti dalle tabelle ministeriali, si deve ricordare che l'art. 86, comma 3 bis, del Codice dei contratti pubblici prevede che *«nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture»* e che, ai fini di tale disposizione, *«il costo del lavoro è determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali»*.

13.1.- Sul punto la giurisprudenza, anche di questa Sezione, ha ritenuto che i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali non costituiscono tuttavia un limite inderogabile, ma semplicemente un parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che l'eventuale scostamento da tali parametri delle relative voci di costo non legittima di per sé un giudizio di anomalia (cfr., fra le tante, Consiglio di Stato, sez. III, n. 1743 del 2 aprile 2015, Sez. V, n. 3937 del 24 luglio 2014).

13.2.- Si è quindi affermato che devono considerarsi anormalmente basse le offerte che si discostino in modo evidente dai costi medi del lavoro indicati nelle tabelle predisposte dal Ministero del lavoro in base ai valori previsti dalla contrattazione collettiva, in quanto i costi medi costituiscono non parametri inderogabili ma indici del giudizio di adeguatezza dell'offerta, con la conseguenza che è ammissibile l'offerta che da essi si discosti, purché lo scostamento non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, così come stabilito in sede di contrattazione collettiva.

13.3.- Questa Sezione ha peraltro di recente anche affermato che non possono non essere considerati, in sede di valutazione delle offerte, aspetti particolari che riguardano le diverse imprese, con la conseguenza che, ai fini di una valutazione sulla congruità dell'offerta, la stazione appaltante deve tenere conto anche delle possibili economie che le diverse singole imprese possono conseguire (anche con riferimento al costo del lavoro), nel rispetto delle disposizioni di legge e dei contratti collettivi (Consiglio di Stato, sez. III, n. 1743 del 2 aprile 2015 cit.).

14.- In applicazione di tali principi, un'offerta non può ritenersi anomala, ed essere esclusa da una gara, per il solo fatto che il costo del lavoro è stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata.

15.- Nella fattispecie, invece, Elisicilia ha fornito, come si è accennato, chiare indicazioni sulle modalità con le quali era stato determinato il costo del lavoro per il servizio in questione e, in base a tali indicazioni, l'Amministrazione ha ritenuto nel suo complesso l'offerta presentata seria e congrua.

16.- Per le ragioni che si sono esposte, non assumono poi un decisivo rilievo, ai fini di una valutazione sulla legittimità della scelta dell'Amministrazione, nemmeno le asserite incongruità riscontrate (rispetto all'offerta economica) in una parte dell'offerta tecnica contenente una tabella di riepilogo del personale, né la mancata previsione, nell'offerta economica, di personale inquadrato nel livello E, con mansioni di caposquadra, che è stata peraltro giustificata dalla resistente con una motivazione che non appare manifestamente illogica.

Infondata, anche nel merito, è poi la censura riguardante l'applicazione al servizio in esame delle disposizioni sul lavoro effemeridiale, con orario giornaliero di durata variabile in funzione del variare dell'ora del sorgere del sole e del tramonto.

17.- Con il quarto motivo GSA ha sostenuto l'erroneità della sentenza appellata anche per aver disatteso il motivo (contenuto in primo grado nel ricorso per motivi aggiunti) con il quale si sosteneva l'erroneo riferimento fatto da Elisicilia all'applicazione della disposizione, contenuta nella legge n. 407 del 28 giugno 1990, come modificata dalla legge 28 giugno 2012, n. 92, che prevede incentivi per l'assunzione dei lavoratori disoccupati o in cigs da almeno 24 mesi e dei lavoratori iscritti nelle liste di mobilità, con la riduzione dei costi previdenziali ed assistenziali per il personale neoassunto.

18.- Anche tale motivo deve essere respinto per le stesse ragioni generali che sono state esposte con riferimento al terzo motivo di appello. Peraltro, come ha osservato il T.A.R. nell'appellata sentenza, anche Elisicilia, in presenza dei presupposti richiesti, potrebbe risultare beneficiaria di tali agevolazioni, come si evince anche dalla circolare INPS n. 137 del 12 dicembre 2012.

19.- In conclusione, per tutti gli esposti motivi, l'appello deve essere respinto.

Le spese del grado di appello possono essere integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

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

Dispone la compensazione integrale fra le parti delle spese e competenze del grado di appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/07/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)