



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 numero di registro generale 10039 del 2020, proposto da
Le Macchine Celibi Soc. Coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Dugato e Diego Vaiano, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio, n.3;

contro

Unione dei Comuni della Bassa Romagna, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Maltoni, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Le Pagine Cooperativa Sociale A R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Benito Magagna, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione Seconda, n. 00764/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Unione dei Comuni della Bassa Romagna e di Le Pagine Cooperativa Sociale A R.L.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 settembre 2021 il Cons. Carlo Saltelli e viste le conclusioni dei difensori come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.L'Unione dei Comuni della Bassa Romagna ha indetto per il Comune di Lugo una procedura aperta per l'affidamento del servizio di *front-office, reference* e realizzazione di progetti speciali presso la biblioteca comunale F. Trisi di Lugo per il biennio 2020/2021 (CIG 80458827DD), del valore a base d'asta di €. 259.016,40, oltre IVA, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito della gara, cui hanno partecipato la Soc. Coop. Noigroup, la Coop. Sociale Le Pagine a r.l. e la soc. Coop. Le Macchine Celibi, l'offerta di quest'ultima ha conseguito il miglior punteggio complessivo (punti 94/100), ma non ha superato la verifica di congruità alla quale è stata sottoposta ed è stata perciò esclusa dalla gara: l'aggiudicazione è stata pertanto disposta, giusta determinazione del responsabile del Servizio Appalti e Acquisiti n. 730 del 9 giugno 2020, alla Coop. Sociale Le Pagine a r.l.

2. Il Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna, sez. II, con la sentenza segnata in epigrafe, definitivamente pronunciando nella resistenza dell'Unione dei Comuni della Bassa Romagna e della Cooperativa a r.l. Le Pagine, sul ricorso proposto dalla Soc. Coop. Le Macchine Celibi (d'ora in avanti anche solo Le Macchine Celibi) per l'annullamento della predetta aggiudicazione e dei verbali di causa, oltre che per l'accertamento e la dichiarazione del suo diritto alla stipulazione del contratto (previa dichiarazione di inefficacia di quello nelle more eventualmente stipulato), prescindendo dall'esame dell'eccezione di inammissibilità sollevata dalle parti resistenti per l'omessa impugnazione del provvedimento del RUP di valutazione negativa dell'offerta, ha respinto il ricorso e condannato la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio.

Il predetto Tribunale ha infatti escluso che la valutazione di anomalia dell'offerta fosse viziata dal dedotto acritico recepimento da parte della commissione di gara del parere chiesto ad uno studio legale specializzato in diritto del lavoro, dal momento che gli apporti tecnici forniti da quest'ultimo erano stati oggetto di chiarimenti e approfondimenti, così che l'istruttoria al riguardo era stata adeguata e sufficiente e non vi era stata pertanto alcuna rinuncia da parte dell'amministrazione all'esercizio del proprio potere tecnico discrezionale; il contestato giudizio di non congruità dell'offerta della ricorrente era pertanto corretto sia con riferimento alla questione dell'inquadramento del personale nel III livello e al fatto che in ragione dell'attività di coordinamento e di catalogazione da svolgere detto personale avrebbe dovuto essere inquadrato quanto meno nel IV livello, sia con riferimento alla effettiva applicazione della clausola sociale, il cui contenuto era stato violato dalla ricorrente.

Il tribunale ha altresì respinto il terzo motivo di censura, negando la dedotta tardività ex art. 33 del D. Lgs. n. 50 del 2016 del provvedimento di esclusione.

3. La Soc. Coop. Le Macchine Celibi ha ritualmente chiesto con tempestivo atto di appello la riforma di tale sentenza, di cui ha lamentato l'erroneità e l'ingiustizia, criticando le motivazioni poste a fondamento del rigetto dei tre motivi di censura sollevati in primo grado, motivi che sono stati sostanzialmente riproposti.

Hanno resistito al gravame l'Unione dei Comuni della Bassa Romagna e la Soc. Coop. Le Pagine, instando per il suo rigetto e riproponendo anche l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per la mancata impugnazione della nota del RUP dichiarativa dell'anomalia dell'offerta de Le Macchine Celibi.

4. Nell'imminenza dell'udienza di trattazione le parti hanno illustrato con apposite memorie le rispettive tesi difensive e all'udienza pubblica del 16 settembre la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. Deve essere innanzitutto esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado sollevata dall'Unione dei Comuni della Bassa Romagna e dalla Soc. Coop. Le Pagine, eccezione assorbita dalla sentenza impugnata, ma ritualmente riproposta nel presente giudizio, per la omessa impugnazione della nota del RUP del 29 maggio 2020 dichiarativa dell'anomalia dell'offerta presentata dalla Soc. Coop. Le Macchine Celibi.

L'eccezione è infondata.

La verifica di anomalia dell'offerta dà vita ad un sub-procedimento che si inserisce nel procedimento principale di selezione del contraente e la valutazione finale costituisce un atto infraprocedimentale, interno al detto procedimento, necessariamente presupposto del provvedimento di esclusione dalla gara (in caso di valutazione negativa) o di quello di aggiudicazione (in caso di valutazione positiva).

La valutazione in sé è pertanto priva di effetti immediatamente lesivi, non comportando in realtà neppure un effetto di arresto procedimentale, così che con specifico riferimento al caso di specie, anche a voler prescindere dal fatto che la nota del RUP di cui si discute non risulta neppure indirizzata o comunicata a Le Macchine Celibi, carattere di lesività deve essere riconosciuto alla sola decisione della commissione di presa d'atto della predetta valutazione e di nuova proposta di aggiudicazione, cui ha fatto seguito l'atto dirigenziale di esclusione dalla procedura di gara della soc. coop. Le Macchine Celibi, atti questi ultimi correttamente e ritualmente impugnati.

6. Passando all'esame dei motivi di appello, possono essere esaminati congiuntamente i primi due motivi di appello, con cui l'appellante si duole dell'erroneo rigetto dei primi due motivi di censura sollevati col ricorso di primo grado, stante la loro intima connessione: le censure investono infatti la valutazione negativa di congruità della sua offerta, valutazione negativa che sarebbe viziata sia sotto il profilo procedurale (mancata partecipazione al sub procedimento), sia sotto il profilo sostanziale (acritico recepimento da parte della commissione alle conclusioni raggiunte dal professionista incaricato della verifica, erronea valutazione dell'inquadramento previsto per una parte del personale incaricato dell'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto; erronea riconduzione del c.d. cambio appalto alla fattispecie del trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c.; erronea e travisata applicazione della c.d. clausola sociale).

I motivi sono fondati alla stregua delle osservazioni che seguono.

6.1. Occorre premettere che secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale:

- la verifica di anomalia dell'offerta non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze, quanto piuttosto ad accertare la sua complessiva attendibilità e

affidabilità nel concreto e nel complesso, dovendo pertanto essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente ed in modo parcellizzato su singole voci di prezzo (*ex plurimis*, tra le più recenti, Cons. Stato, sez. V, 21 luglio 2021, n. 5483; sez. III, 13 luglio 2021, n. 5283);

- costituendo la valutazione di anomalia espressione della discrezionalità di cui è titolare in materia l'amministrazione, il relativo sindacato del giudice amministrativo non può superare l'apprezzamento della intrinseca logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria, essendo del tutto preclusa al giudice qualsiasi forma di un'autonoma verifica (Cons. Stato, sez. V, 14 giugno 2021, n. 4620), fermo restando che il presupposto della limitazione dell'apprezzamento alla logicità ed irragionevolezza è la corretta individuazione del substrato materiale/fattuale della valutazione anche con riferimento alle disposizioni normative da applicare;

- il carattere non sanzionatorio del procedimento di verifica dell'anomalia, finalizzato a garantire e tutelare l'interesse pubblico concretamente perseguito dall'amministrazione con la procedura di gara per l'effettiva scelta del miglior contraente possibile ai fini alla corretta esecuzione dell'appalto, implica l'effettività del contraddittorio tra amministrazione ed offerente quale strumento che consente alla prima di acquisire ogni elemento utile alla sua valutazione, postulando così la presentazione di giustificazioni e chiarimenti (Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2021, n. 3473; 25 marzo 2019, n. 1969);

- nel sub-procedimento di verifica dell'anomalia, che appartiene alla competenza del RUP, questi può avvalersi del supporto della stessa commissione giudicatrice o di una commissione o di un tecnico ad hoc, con la precisazione che l'affidamento di detto incarico non spoglia il RUP della sua competenza, dovendo egli fare proprie

le conclusioni alle quali è pervenuto il delegato (Cons. Stato, sez. V, 11 marzo 2021, n. 2086; sez. III, 5 giugno 2020, n. 3602);

- la valutazione negativa di congruità di un'offerta impone un obbligo puntuale, rigoroso ed analitico di motivazione (Cons. Stato, sez. III, 18 gennaio 2021, n. 544; 28 dicembre 2020, n. 8442; 14 ottobre 2020, n. 6209; sez. V, 17 maggio 2018, n. 2951; sez. VI, 20 aprile 2020, n. 2522);

- l'obbligo sotteso alla clausola sociale, che richiede un bilanciamento tra valori antagonisti, non può mai essere assoluto, tale cioè da comprimere le esigenze organizzative dell'impresa e da impedire una efficiente ed efficace combinazione dei fattori produttivi, dovendo essere pertanto interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, così che detto obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa dell'aggiudicatario (Cons. Stato, sez. III, 23 aprile 2021, n. 297; 23 febbraio 2021, n. 1576; sez. V, 2 novembre 2020, n. 6761);

- il c.d. cambio appalto, cioè la mera assunzione dei lavoratori in caso di cambio del soggetto appaltatore, in esecuzione di una c.d. clausola sociale, non costituisce trasferimento d'azienda, salvo che non si accompagni alla cessione dell'azienda o di un suo ramo autonomo inteso come passaggio di beni di non trascurabile entità, tali da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa (Cass. Lav., 6 dicembre 2016, n. 24972);

- è precluso alla stazione appaltante di imporre agli operatori economici l'applicazione di un determinato CCNL per la partecipazione alla gara (Cons. St., V, 3 novembre 2020, n. 6786), il che implica anche la libertà dell'imprenditore di operare gli

inquadramenti professionali secondo la regolamentazione dettata dal CCNL applicato: la difformità tra l'inquadramento professionale attribuito al lavoratore e la qualifica contrattuale spettantegli secondo le declaratorie previste dal contratto collettivo, può essere fatta valere - in linea di principio - solo nell'ambito dei rapporti fra lavoratore e datore di lavoro, salvi i riflessi sulla congruità complessiva dell'offerta, se l'inquadramento è del tutto anomalo o abnorme in relazione ai profili professionali ritenuti necessari per lo svolgimento del servizio; e fatti salvi, altresì, i riflessi in punto di ammissibilità dell'offerta, se il CCNL di settore, applicato dall'offerente, sia del tutto avulso rispetto all'oggetto dell'appalto (Cons. Stato, sez. V, 11 marzo 2021, n. 2086);

6.2. Alla stregua dei ricordati principi giurisprudenziali non può innanzitutto dubitarsi della legittimità della decisione del RUP di chiedere un apporto tecnico esterno (nel caso di specie ad uno studio legale specializzato in diritto del lavoro) per una adeguata e corretta valutazione della congruità dell'offerta de Le Macchine Celibi in ragione delle criticità emerse dalla sua analisi e dei chiarimenti e delle controdeduzioni formulate dalla predetta società cooperativa: trattasi infatti di una scelta legittima, coerente e ragionevole con la stessa finalità della verifica di congruità.

Né è meritevole di favorevole considerazione la censura con cui l'appellante lamenta la violazione del contraddittorio per non essere stato informato delle osservazioni e dei rilievi sulla propria offerta svolte dal consulente del RUP e per non aver potuto pertanto fornire ulteriori controdeduzioni e chiarimenti al riguardo: è decisivo rilevare che l'apporto tecnico richiesto al consulente esterno riguardava esclusivamente la fase propriamente valutativa della congruità dell'offerta, fase successiva a quella istruttoria di acquisizione di elementi di giudizio e di controdeduzioni e chiarimenti, che si era già svolta nel pieno rispetto del contraddittorio.

6.3. Quanto al merito della valutazione negativa di congruità i motivi di doglianza sono fondati.

6.3.1. Invero ancorché il RUP, la commissione tecnica (incaricata della valutazione di congruità) e la commissione di gara si siano limitate ad una presa d'atto della consulenza esterna, il che in astratto potrebbe anche integrare una fattispecie di motivazione *per relationem* (con conseguente infondatezza della tesi dell'appellante secondo cui l'amministrazione appaltante e per essa gli organi deputati alle valutazioni si sarebbe spogliata del potere di esercitare il proprio potere discrezionale valutativo), deve tuttavia rilevarsi che:

a) la presunta erroneità dell'inquadramento (di una parte) del personale incaricato di eseguire il servizio oggetto del contratto di appalto nel terzo livello del CCNL Multiservizi invece che quanto meno nel quarto livello, con conseguente incongruità dei costi del personale indicati nell'offerta, non solo non risulta supportata da adeguati elementi probatori (non potendo in tal senso essere valorizzati, come fatto dalla consulenza esterna, gli elementi del coordinamento e della complessità dell'attività, anch'essi meramente ipotetici e non provati e comunque contestati dall'appellante che ha per contro negato la asserita complessità della prestazione lavorativa oggetto del contratto e l'inerenza ad essa del coordinamento), per quanto essa si traduce in un'inammissibile intromissione nel potere organizzativo dell'imprenditore, tanto più che nel caso di specie non è stata contestata la coerenza del CCNL Multiservi applicato con l'oggetto del contratto, ma solo il presunto ma non dimostrato svolgimento da parte del personale incaricato del servizio di mansioni superiori a quelli rientranti nella declaratoria del III livello; a tutto voler concedere in presenza di dubbi sul punto il RUP avrebbe potuto formulare un'ulteriore richiesta di chiarimenti;

b) quanto alla equiparazione, ritenuta dal parere fatto proprio dal RUP, del c.d. cambio appalto con la fattispecie del trasferimento dell'azienda ex art. 2112 c.c., essa non sussiste, potendo al riguardo rinviarsi alla giurisprudenza richiamata;

c) anche quanto alla corretta applicazione della clausola sociale deve rinviarsi alla richiamata consolidata giurisprudenza al riguardo.

In definitiva la valutazione negativa dell'offerta de Le Macchine Celibe è da ritenersi effettivamente viziata perché piuttosto che verificarne in concreto la sua affidabilità e sostenibilità economica, ne ha stabilito l'incongruità sulla base di elementi, criteri e parametri non conferenti e non applicabili al caso di specie.

6.4. E' invece infondato il terzo motivo di gravame, con cui l'appellante ha riproposto il corrispondente motivo del ricorso di primo grado, a suo avviso erroneamente respinto dal Tribunale, con cui era stata lamentata la tardività dell'esclusione per violazione dell'art. 33 del D. Lgs. n. 50 del 2016.

E' sufficiente osservare che nel caso di specie la proposta di aggiudicazione era stata subordinata all'esito positivo della valutazione di congruità con la conseguenza che il termine di trenta giorni, il cui inutile decorso del termine di trenta giorni determina l'approvazione implicita della proposta di aggiudicazione, nel caso di specie non poteva che decorrere dal momento in cui quest'ultima fosse diventata efficace e cioè proprio al termine del sub procedimento di verifica dell'offerta.

7. Alla stregua delle osservazioni svolte, in accoglimento dell'appello ed in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto il ricorso di primo grado con annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara della soc. coop. Le Macchine Celibi e dell'aggiudicazione alla Cooperativa Sociale a r.l. Le Pagine.

L'amministrazione dovrà procedere alla rinnovazione della valutazione di congruità dell'offerta de Le Macchine Celibi.

Quanto al contratto, già stipulato, con decorrenza 1° luglio 2020 e scadenza 30 giugno 2022, allo stato in ragione dell'interesse delle parti contraenti alla sua esecuzione e dell'interesse pubblico alla non interruzione del servizio, tenuto conto anche della rinnovazione della valutazione di congruità dell'offerta de Le Macchine Celibi, la Sezione non ritiene allo stato di doverne dichiarare l'inefficacia.

Le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto in riforma della sentenza impugnata accoglie il ricorso proposto in primo grado on annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara della soc. coop. Le Macchine Celibi e dell'aggiudicazione alla Cooperativa Sociale a r.l. Le Pagine, pure nei sensi di cui in motivazione.

Dichiara interamente compensate tra le parti 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 16 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente, Estensore

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI