

Pubblicato il 04/01/2019

**N. 00090/2019REG.PROV.COLL.**  
**N. 06325/2018 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 Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6325 del 2018, proposto da Cosmopol s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Gianluigi Pellegrino e dall'Avvocato Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Gianluigi Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento, n. 11;

*contro*

I.R.C.C.S. – Istituto nazionale per lo studio e la cura dei tumori Fondazione G. Pascale, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Paola Cosmai, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via M. Semmola;

*nei confronti*

S.S.D. Security Services di Tullio s.r.l., non costituita in giudizio;

*e con l'intervento di*

*ad opponendum*:

Vigilanza Privata Turrus s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, e Istituto di Vigilanza La Torre s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocato Antonio Scuderi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per la riforma*

della sentenza n. 4600 dell'11 luglio 2018 del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sez. V, resa tra le parti, concernente l'annullamento:

- della determinazione di esclusione di Cosmopol s.p.a. dalla procedura negoziata "ponte" per l'affidamento del servizio di vigilanza armata e guardiania/reception CIG 7022073DF1, assunta nella seduta riservata verifica anomalia del 6 novembre 2017, giusta 4° verbale di seduta, e comunicata ai sensi dell'art. 76, comma 5, del d. lgs. n. 50 del 2016 con la nota prot. n. 0013069 del successivo 13 dicembre 2017;
- di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso, ancorché non conosciuto.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di I.R.C.C.S. – Istituto nazionale per lo studio e la cura dei tumori Fondazione G. Pascale e l'atto di costituzione *ad opponendum* di Vigilanza Privata Turrus s.r.l. e Vigilanza La Torre s.r.l.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2018 il Consigliere Massimiliano Nocelli e uditi per l'odierna appellante, Cosmopol s.p.a., l'Avvocato Gianluigi Pellegrino, I.R.C.C.S. – Istituto nazionale per lo studio e la cura dei tumori Fondazione G. Pascale l'Avvocato Paola Cosmai e per gli interventori, Vigilanza Privata Turrus s.r.l. e Vigilanza La Torre s.r.l., l'Avvocato Antonio Scuderi;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. L'odierna appellante, Cosmopol s.p.a., è stata gestrice dei servizi di vigilanza e fiduciari in favore dell'I.R.C.C.S. – Istituto nazionale per lo studio e la cura dei tumori Fondazione G. Pascale Fondazione G. Pascale (di qui in avanti, per brevità, l'Istituto) a decorrere dal 2014 ed ha impugnato avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Napoli, la determinazione di esclusione dalla procedura negoziata “ponte”, per l'affidamento del servizio di vigilanza armata e guardiania/reception CIG 7022073DF1, indetta dallo stesso Istituto, alla quale ha partecipato, esclusione disposta per l'anomalia dell'offerta in quanto ritenuta inidonea a coprire i costi del lavoro.

1.1. A sostegno del proprio gravame Cosmopol s.p.a. ha dedotto due motivi:

- a) la violazione e la falsa applicazione dell'art. 97 del d. lgs. n. 50 del 2016, delle tabelle ministeriali di cui al D.M. del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 21 marzo 2016, del C.C.N.L. per dipendenti da Istituti e Imprese di Vigilanza privata e servizi fiduciari per gli anni 2013-2015;
- b) l'eccesso di potere per il difetto di motivazione e di istruttoria, l'illogicità e l'irragionevolezza manifeste.

1.2. Nel primo grado del giudizio si sono costituiti l'Istituto, stazione appellante resistente, e S.D.D. s.r.l., partecipante controinteressata, entrambe per chiedere la reiezione del ricorso.

1.3. Il Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Napoli, con la sentenza n. 4600 dell'11 luglio 2018, ha respinto il ricorso e ha condannato Cosmopol s.p.a. a rifondere le spese del giudizio nei confronti dell'Istituto e della controinteressata S.D.D. s.r.l.

2. Avverso tale sentenza ha proposto appello Cosmopol s.p.a., con un unico complesso articolato motivo che di seguito sarà esaminato, e ne ha chiesto, previa sospensione dell'esecutività, la riforma, con il conseguente annullamento dell'esclusione impugnata in primo grado.

2. Si è costituito l'Istituto appellato, per resistere al ricorso, e sono intervenuti *ad opponendum* Vigilanza Privata Turrus s.r.l. e l'Istituto di Vigilanza La Torre s.r.l., risultate aggiudicatrici della gara, entrambe per chiedere la reiezione dell'appello.

2.1. Con l'ordinanza n. 3558 del 27 luglio 2018 la Sezione ha respinto l'istanza cautelare proposta dall'odierna appellante sul presupposto, peraltro, dell'imminente avvio del servizio da parte del r.t.i. composto da Vigilanza Privata Turrus s.r.l. e dall'Istituto di Vigilanza La Torre s.r.l., poi effettivamente avviato il successivo 1° agosto 2018.

2.2. Infine, nella pubblica udienza del 13 dicembre 2018, il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

3. L'appello è infondato.

4. L'odierna appellante, Cosmopol s.p.a., come si è accennato in premessa (v. *supra*, § 1) era affidataria del precedente servizio di vigilanza per conto dell'Istituto e, nel censurare la presunta assurdità del provvedimento espulsivo e, con esso, anche della sentenza appellata, muove da un fondamentale interrogativo e, cioè, se un'impresa che abbia svolto il servizio ed abbia in concreto sperimentato l'ambito dei costi da sostenere, nel momento in cui debba formulare un'offerta per un identico affidamento (quello della gara ponte), ne possa tenere conto o debba formulare un'offerta più alta e meno conveniente per la pubblica amministrazione al solo fine, a quel punto, di avere un maggior utile (p. 2 del ricorso).

4.1. Essendo in scadenza, infatti, il precedente affidamento e prossima l'attivazione di una convenzione centralizzata regionale, l'Istituto, con la determina dirigenziale n. 1028 del 2 dicembre 2016, ha indetto una procedura "ponte" per l'affidamento annuale del servizio, consistente nelle stesse attività di vigilanza e portierato svolte dall'appellante in ragione dell'affidamento in scadenza

4.2. L'odierna appellante ha quindi formulato la propria offerta utilizzando la specifica esperienza maturata nell'identico appalto con le medesime voci di

costo e, peraltro, con un ulteriore margine, atteso che rispetto all'offerta economica ha previsto un trattamento tariffario complessivamente superiore a quello di cui al servizio precedente.

4.3. Essa lamenta però in questa sede di essere stata illegittimamente esclusa dalla stazione appaltante, per la ritenuta incongruità della propria offerta, nonostante abbia formulato detta offerta considerando, quanto ai costi del personale, i dati specificamente registrati nell'ultimo triennio per l'identico servizio svolto per la medesima amministrazione.

4.4. Cosmopol s.p.a. sostiene poi di avere prodotto nel primo grado del giudizio una puntuale perizia giurata che, sulla base del Libro Unico del Lavoro e delle buste paga, ha dato atto delle ore lavorate effettive e dei relativi costi di ciascuno dei dipendenti impiegati nell'appalto.

4.5. Questi dati sono stati confrontati con l'offerta, formulata in gara da Cosmopol s.p.a., risultando che:

- a) *«la nuova procedura ponte non prevede alcuna modifica alla organizzazione dei servizi rispetto a quelli attualmente in esecuzione da parte di essa Cosmopol»*, essendo rimasti identici il monte ore annuo, i turni e i tempi di esecuzione nonché il numero e i profili delle unità lavorative impiegate;
- b) per i servizi di vigilanza armata, aggiudicati a Cosmopol s.p.a. il 4 febbraio 2014, Cosmopol s.p.a. sostiene un costo medio effettivo pari ad € 15,47;
- c) ne deriverebbe pertanto che *«la tariffa offerta da Cosmopol S.p.A. di € 17,04 per ora uomo è congrua, coerente e ragionevole, atteso che è superiore al costo medio orario reale di € 15,47 (margine orario di € 1,57) sostenuto dalla stessa azienda per lo stesso servizio svolto da anni dalle stesse unità sullo stesso appalto»*.

4.6. L'appellante sostiene di avere stimato in gara, rispetto ad un monte annuo di 31.390 per i servizi di vigilanza armata, un costo del lavoro pari ad € 500.872,32, laddove il costo del lavoro reale puntualmente desunto dalle buste paga delle guardie giurare effettivamente impiegate sull'appalto risulta essere pari, complessivamente, ad € 485.603,80.

4.7. Ciò risulterebbe idoneo, all'evidenza, a fornire la prova concreta della sicura congruità e sostenibilità dell'offerta e la macroscopica irrazionalità dell'esclusione con la quale la stazione appaltante si sarebbe privata della migliore offerta.

4.8. Di diverso avviso, ovviamente, si sono mostrati la Commissione giudicatrice e il r.u.p. che, nel corso della 4a seduta riservata alla verifica dell'anomalia dell'offerta, hanno ritenuto, pur volendo considerare l'offerta nel suo complesso, *«l'inattendibilità di voci che per la loro importanza ed incidenza sull'intera offerta rendono l'offerta stessa carente degli elementi di congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità richiamati dall'art. 97, comma 1 del D.L.vo 50/2016»*.

4.9. Anche il primo giudice, nel sindacare la legittimità del provvedimento espulsivo reso all'esito della valutazione effettuata dal r.u.p. e dalla Commissione giudicatrice, ha ritenuto che *«il controllo esperibile sul giudizio tecnico dell'organo amministrativo, debole nel rammentato senso della inammissibilità di una logica sostitutiva, non consente, nel caso de quo, di riscontrare macroscopiche illogicità o palesi travisamenti dei fatti in considerazione del notevole scostamento del costo del lavoro delle tabelle ministeriali e dalla stessa Contrattazione collettiva, tale da incidere in misura significativa sull'affidabilità della stima complessiva, stravolgendo, data l'importante del fattore lavoro, l'equilibrio economico del servizio da appaltare e pregiudicando, quindi, la stessa sostenibilità dell'offerta [...]»* (§ VI.3. della sentenza impugnata).

5. Cosmopol s.p.a. contesta, in particolare e in primo luogo (pp. 9-13 del ricorso), la valutazione del lavoro straordinario effettuata dal primo giudice.

5.1. Essa lamenta che è la peculiarità dei turni di servizio di vigilanza, previsti dall'art. 3 del capitolato d'appalto, a postulare strutturalmente il necessario ricorso ad una rilevante quota di straordinario ai fini della corretta esecuzione dell'appalto.

5.2. Ai sensi dell'art. 76 del C.C.N.L. di categoria, infatti, il limite dell'orario normale di lavoro giornaliero per la vigilanza è pari a 7 ore, laddove la disciplina di gara stabilisce sia turnazioni di 24 ore, che prevedono il necessario ricorso a 3 ore di straordinario per ogni giorno di lavoro, sia

turnazioni da 10 ore, implicanti il ricorso ad altre 3 ore giornaliere di straordinario strutturale.

5.3. La sentenza impugnata avrebbe trascurato, insomma, che il lavoro straordinario trova specifica ed esclusiva regolamentazione da parte del C.C.N.L. di categoria ed è pari a 416 ore annue, risultando quindi perfettamente legittima e congrua l'indicazione, da parte di Cosmopol s.p.a., di un numero di ore straordinarie pari a 351.

5.4. Emergerebbe dalla disciplina prevista dal C.C.N.L. che, ove tale limite orario sia rispettato, come nel caso di specie, nessun altro limite invalicabile può rinvenirsi a carico dell'impresa, che ben può contemplare il possibile utilizzo di tale istituto nell'organizzazione dei turni di lavoro.

5.5. Nel caso di specie nessun elemento oggettivo di irrazionalità è stato addotto dalla determinazione, in questa sede gravata, né tantomeno viene individuato dalla sentenza, oggetto di appello.

5.6. Del resto, anche rispetto all'utilizzo degli straordinari, l'offerta di Cosmopol s.p.a. trova pieno riscontro nelle rilevazioni storicamente registrate nell'attuale gestione dell'appalto.

5.7. A ciò si dovrebbe aggiungere che la stessa Cosmopol s.p.a., nel computo del costo orario complessivo del lavoro, avrebbe correttamente valorizzato tutte le maggiorazioni di costo connesse alla ore previste di lavoro straordinario.

5.8. Sotto tale profilo, dunque, l'offerta di Cosmopol s.p.a. risulta sicuramente congrua ed affidabile, garantendo pienamente la salvaguardia dei livelli minimi retributivi e gli ulteriori istituti inderogabili della contrattazione collettiva di settore.

6. L'assunto dell'appellante, pur sostenuto con dovizia e brillantezza di argomentazioni, non può essere condiviso.

6.1. Cosmopol s.p.a. ha previsto lo svolgimento continuo, per tutti gli operatori, di ben 351 ore di lavoro straordinario, ritenendo che il ricorso a tale istituto sarebbe stato necessitato dalle turnazioni previste.

6.2. Ora, se è vero che la disciplina del d. lgs. n. 66 del 2003 non è in gran parte applicabile ai servizi di vigilanza, come sostiene l'appellante e come pure ha correttamente ammesso la sentenza impugnata (v., in particolare, § V.3.10. della parte motiva), è pur vero che i suoi principi generali valgono anche per tale tipologia di servizio e che il datore di lavoro è tenuto a ricorrere al lavoro straordinario nei limiti secondo un ordinario canone della ragionevolezza (art. 5 del d. lgs. n. 66 del 2003), fronteggiando le sopravvenute esigenze con la riduzione dell'organico, atteso che è esigenza prioritaria preservare l'integrità psicofisica dei dipendenti.

6.3. L'art. 71 del C.C.N.L. di categoria, del resto, prevede obiettive necessità di organizzare i turni di lavoro in maniera da garantire la continuità dei servizi e non già di una libertà del datore di lavoro di ricorrere, in modo abituale, all'istituto dello straordinario per lo svolgimento dei servizi.

6.4. Il ricorso abituale e costante al lavoro straordinario per Cosmopol s.p.a. non è dettato dalle esigenze di servizio, ma costituisce nient'altro che la tipica modalità di svolgimento dell'attività lavorativa, che incide non poco sull'integrità psicofisica dei dipendenti, portando ad un monte effettivo di 2150 ore lavorate, superiore a quelle teoriche, circoscritte dal Ministero in 2128 ore.

6.5. Con la misura indicata nelle giustificazioni (351 ore), peraltro, viene superato addirittura il tetto previsto dalla contrattazione, che – contrariamente a quanto assume l'appellante – non è di 416 ore.

6.6. L'art. 71 prevede l'orario settimanale in 40 ore, individuando la durata massima dell'orario di lavoro, comprese le ore di straordinario, non superiore alle 48 ore per ogni periodo di sette giorni, calcolate come media, riferita ad un periodo di 12 mesi.

6.7. L'art. 79 precisa, fermo restando il limite delle 48 ore settimanali previste dall'art. 71, che *«per lavoro straordinario si intende quello prestato oltre il limite di cui agli artt. 76 e 77 del presente CCNL, a seconda dell'applicazione dei sistemi 5+1 e 6+1+1»*.

6.8. Nella specie vige il primo regime – sistema 5 + 1 – il cui orario di normale di lavoro giornaliero è di 7 ore, che porta, per ogni periodo di sette giorni, allo svolgimento di 42 ore settimanali di servizio.

6.9. Nel sistema 5 + 1, pertanto, il monte ore straordinario massimo è pari a 312 ore e va pertanto immune da censura la sentenza impugnata laddove – ritenendo legittimo il giudizio di anomalia operato dalla stazione appaltante – ha acclarato che le ore di straordinario utilizzate dall'impresa siano superiori a quelle ammissibili nel massimo.

7. Ne discende la legittimità dell'operato della Commissione, che nel verbale della 4a seduta riservata ha correttamente valutato come il numero delle ore previste per lo straordinario – 351 nella tabella riepilogativa e 416 nel verbale di contraddittorio – sia superiore al limite annuo, pari a 276 ore.

8. L'odierna appellante contesta poi, con un secondo ordine di argomentazioni (pp. 13-21 del ricorso), anche la valutazione di anomalia effettuata dalla Commissione e ritenuta legittima dal primo giudice in ordine al costo del personale, inferiore ai minimi salariali retributivi previsti dalle tabelle ministeriali.

8.1 Cosmopol s.p.a., nel rammentare la fondamentale differenza tra costo orario medio del lavoro e minimi salariali, sostiene che la violazione dei minimi retributivi sarebbe sicuramente insussistente, osservando peraltro che la misura dei costi relativi alle ore effettivamente lavorate ben può essere influenzata da scelte aziendali, sicché ai fini della verifica in ordine all'anomalia dell'offerta – da compiersi in concreto e non sulla base di meri valori statistici – assume rilievo, sicuramente, il dato reale sui costi dell'assenteismo, in quanto il riferimento a dati recenti e reali costituisce un parametro razionale per valutare la sostenibilità economica dell'offerta (Cons. St., sez. III, 5 febbraio 2018, n. 746).

8.2. Anche nel dettaglio, poi, plurimi sarebbero gli errori commessi dalla stazione appaltante e dal primo giudice con riferimento alle festività (pp. 15-16 del ricorso), poiché rispetto a tale voce, sia nelle giustificazioni che in sede

di contraddittorio, si è rilevato come la considerazione di un numero di ore differente rispetto a quello indicato dal C.C.N.L. sia conseguenza, inevitabile, della stessa articolazione dei turni di vigilanza stabilita dal contratto di appalto, che richiede di assicurare l'esecuzione del servizio anche durante i giorni festivi.

8.3. Tale scostamento risulta dunque necessario ai fini del corretto svolgimento dei servizi, dedotti in gara, alla luce della consistenza di tali prestazioni rispetto al monte ore annuo di 946 ore poiché, suddividendo tale numero di ore per i lavoratori impiegati nell'appalto, si ottiene che ciascun dipendente lavorerà in media 55 ore festive, esattamente quelle stimate dall'odierna appellante.

8.4. Sarebbe proprio la normativa di settore – e, in particolare, l'art. 89 del C.C.N.L. – a prevedere la pacifica derogabilità delle 77 ore di festività indicate in misura massima teorica dalle tabelle millesimali, laddove i turni di servizio impongano lo svolgimento delle attività di vigilanza anche nei giorni festivi, riconoscendo in favore del lavoratore in aggiunta alla retribuzione mensile la quota giornaliera e oraria di tale retribuzione per le ore effettivamente lavorate con le previste maggiorazioni.

8.5. La previsione, da parte di Cosmopol s.p.a., di 22 ore non lavorate per festività risulta dunque pienamente corretta e congrua rispetto ai turni di servizio stabiliti dalla *lex specialis*, oltre che rispettosa della normativa di settore.

9. La Commissione e il primo giudice avrebbero errato, altresì, anche nel valutare le ore dei permessi, inferiori a quello indicato nelle tabelle ministeriali (pp. 16-18 del ricorso).

9.1. Il dato indicato nel C.C.N.L. – 140 ore – è relativo, infatti, al numero massimo di ore di permesso che un dipendente può ottenere nel corso dell'anno, mentre l'effettivo godimento dei permessi maturati rientra, in primo luogo, nella facoltà del lavoratore, che ben può decidere di non

usufruirne affatto o solo in parte, ottenendo la corresponsione della retribuzione per quelli che non ha richiesto.

9.2. Del resto, deduce l'appellante, a differenza delle ferie e del riposo settimanale, che sono posti a tutela del diritto alla salute del dipendente dovendo quindi essere da questo necessariamente goduti senza possibilità di monetizzazione, i permessi hanno finalità e natura del tutto diverse, con la conseguenza che non devono essere necessariamente fruiti dal lavoratore e non devono essere necessariamente concessi dal datore di lavoro.

9.3. Proprio in ragione di ciò Cosmopol s.p.a. ha stimato un numero di ore di permesso godute non corrispondente al massimo richiedibile, con l'integrale pagamento delle altre ore fino al massimale, facendo riferimento, peraltro, ai dati concreti ed effettivi riguardanti quei medesimi lavoratori in quel medesimo servizio nel triennio precedente.

9.4. In ogni caso varrebbe ribadire che Cosmopol s.p.a. ha pacificamente considerato nella propria offerta anche gli specifici oneri necessari a retribuire integralmente le ore di permesso non godute da ciascun lavoratore, come espressamente previsto dagli artt. 76 e 82 del C.C.N.L. di categoria.

10. Infine, anche con riferimento alla stima del numero di assenze per malattia, infortuni e maternità (pp. 19-21 del ricorso), l'appellante deduce di avere valorizzato il dato teorico delle tabelle ministeriali, quello del costo reale, inerente alle ore effettive lavorate comprensive dei costi per le effettive sostituzioni, perché risultante dai dati storici concretamente rilevati rispetto alle stesse unità lavorative da riassorbire con riferimento all'esecuzione dei medesimi servizi nell'ambito dell'appalto precedente.

10.1. Come sarebbe reso evidente dalla perizia prodotta in primo grado, le cui risultanze in alcun modo sarebbero state contestate in giudizio, la previsione di un numero di assenze inferiore a quello riportato nelle tabelle ministeriali sarebbe del tutto congrua rispetto alle assenze rilevate nell'ultimo semestre, con specifico riferimento alle risorse impiegate nell'appalto, che proiettano un dato normalizzato annuo molto più basso, pari ad appena 38,5 ore *pro capite*.

10.2. Sarebbe del tutto plausibile, quindi, la stima operata dall'odierna appellante, che peraltro garantirebbe anche una marginalità di ulteriore sicurezza rispetto al costo reale del lavoro – e, cioè, il costo effettivo riscontrato nell'appalto in corso – pari ad € 1,57 per ora/uomo e, pertanto, più capiente rispetto ad eventuali oscillazioni che dovessero riscontrarsi in corso di esecuzione.

10.3. L'appellante ribadisce in conclusione l'erroneità della sentenza impugnata, laddove ha ritenuto di poter censurare la quantificazione delle ore lavorate senza considerare che tale stima è pienamente adeguata al dato effettivo e, quindi, fedelmente attagliata al costo reale dell'appalto.

11. Anche tale censura, pure nella sua complessa triplice articolazione, non può trovare accoglimento in quanto la sentenza impugnata ha valutato correttamente, nel complesso, l'inattendibilità dell'offerta anche rispetto a tali voci.

12. Quanto al primo profilo, inerente alle ore per le festività, la Commissione ha correttamente rilevato che esse sono state indicate in 22 anziché nelle 77 previste dal C.C.N.L. e la stessa Commissione, nel verbale, ha dato atto che nel contraddittorio tale riduzione è stata giustificata con la necessità di assicurare il servizio di vigilanza armata anche durante le festività, come anche l'appellante in questa sede ribadisce.

12.1. Si deve osservare, tuttavia, che questa valutazione, per quanto indicata nel punto a) del verbale tra gli scostamenti risultanti dalle tabelle ministeriali, non ha inciso in modo determinante sulla valutazione complessiva della Commissione, che si è soffermata sul punto b), inerente ai permessi annui, e sul punto c), inerente alle ore medie per malattia, infortuni e maternità.

12.2. Sul punto, quindi, difetta di concreto interesse *in parte qua* la censura proposta dall'appellante, non essendo essa decisiva nel sovvertire la valutazione di anomalia effettuata dalla Commissione sulla base di ben altri, e significativi, fattori.

13. Quanto al secondo profilo, inerente ai permessi annui retribuiti di cui agli artt. 76 e 84 del C.C.N.L., che sarebbero pari a 20 giorni, mentre Cosmopol s.p.a. ha indicato solo trenta ore, la Commissione – insieme con il r.u.p. – ha osservato che tale riduzione è stata giustificata, nel contraddittorio, con l'osservazione delle statistiche aziendali, ritenendo tali assenze come voci derogabili rispetto alle tabelle ministeriali.

13.1. Tale scostamento appare veramente significativo e non giustificato dalle deduzioni anche in questa sede fatte valere dall'appellante.

13.2. Sul punto, infatti, non si può non rilevare che il vistosissimo scostamento dalle tabelle ministeriali – 30 ore anziché 140 – concretizza un sostanziale azzeramento della disciplina dei permessi retribuiti.

13.3. I permessi retribuiti, va qui ricordato, debbono essere goduti nel corso dell'anno mediante un utilizzo compatibile con le esigenze aziendali, spettando all'impresa programmare la distribuzione dei permessi lungo l'arco dell'anno in modo che non ne soffrano le esigenze aziendali, ma non certo “calibrarne” il mancato godimento al fine di abbattere, irragionevolmente, i costi della commessa.

13.4. L'abbattimento delle ore di permesso retribuito da 140 a 30, nel cancellare ben 16 giornate su 20 previste dal C.C.N.L., dimostra in questo senso la inaffidabilità dell'offerta, basata su una irrazionale e non consentita, nemmeno dalle esigenze organizzative dell'impresa o dalla pregressa esperienza nel medesimo servizio e dalle conseguenti statistiche aziendali, contrazione dei costi con un vistoso, radicale, scostamento rispetto alla disciplina di settore.

13.5. E per di più – come ha correttamente notato anche la sentenza impugnata – senza nemmeno considerare che lo svolgimento del servizio in luogo del permesso è considerato dall'art. 82 del C.C.N.L. alla stregua di lavoro straordinario.

14. Quanto al terzo profilo, inerente alle assenze per malattia, infortunio e maternità, Cosmopol s.p.a. ha previsto 70 ore in luogo delle 126 contemplate

dalla tabella ministeriale.

14.1. Lo scostamento dalle tabelle ministeriali non è lieve – ben 56 ore – e non può essere giustificato dal solo dato di assenteismo, più basso, registrati nel triennio precedente sulla base delle statistiche aziendali.

14.2. Tali dati si prestano, come ha correttamente rilevato la Commissione nel verbale, *«ad una più probabile variazione nel breve periodo (variazione sicuramente più contenuta se viene preso in considerazione il dato nazionale, come peraltro calcolato dalle Tabelle ministeriali) che espongono l'impresa ad un più probabile aumento del costo del lavoro in corso di esecuzione dell'appalto»*.

14.3. Tanto rileva, del resto, anche la costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, quando rammenta che i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali non costituiscono, per quanto qui rileva, un limite inderogabile, ma pur sempre un parametro di valutazione della congruità dell'offerta, di modo che l'eventuale scostamento da tali parametri delle relative voci di costo, pur non legittimando *ex se* un giudizio di anomalia, può essere accettato sempre che risulti puntualmente e rigorosamente giustificato (Cons. St., sez. V, 9 aprile 2015, n. 1813, proprio in un giudizio che vedeva quale parte la odierna appellante).

14.4. Ma tale giustificazione, puntuale e rigorosa, non è stata fornita nel caso di specie dall'odierna appellante né, come essa pretende, può ragionevolmente fondarsi, a fronte di uno scostamento sì rilevante, sulla base delle sole statistiche aziendali, le cui risultanze condurrebbero ad un inammissibile, sostanziale, svuotamento della disciplina delle assenze per malattia, infortuni e maternità, non essendo ragionevolmente prevedibile un andamento di tali assenze analogo a quello registrati nell'ultimo semestre del precedente appalto e fronteggiabile con un numero di ore così vistosamente basso rispetto a quello minimo previsto dalle tabelle ministeriali.

14.5. Di qui, anche per tale profilo, la correttezza della valutazione di incongruità effettuata dalla Commissione e, sulla sua scorta, anche dal primo giudice.

15. Ne segue che, essendo corretta la valutazione dell'anomalia effettuata nel provvedimento di esclusione, l'appello di Cosmopol s.p.a. debba essere respinto, con la conseguente conferma, anche per tutte le ragioni sin qui espresse, della sentenza impugnata.

16. Le spese del presente grado del giudizio, attesa la sua complessità tecnica, possono essere interamente compensate tra le parti.

16.1. Rimane definitivamente a carico di Cosmopol s.p.a., soccombente, il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, proposto da Cosmopol s.p.a., lo respinge, anche per le ragioni di cui in parte motiva, e per l'effetto conferma, pure per dette ragioni, la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

Pone definitivamente a carico di Cosmopol s.p.a. il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2018, con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Massimiliano Noccelli**

**IL PRESIDENTE**  
**Franco Frattini**

## IL SEGRETARIO