

Publicato il 20/10/2020

N. 06336/2020REG.PROV.COLL.
N. 09689/2019 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9689 del 2019, proposto da
GSA – GRUPPO SERVIZI ASSOCIATI S.P.A., in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Caruso,
Luca Mazzeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e
domicilio eletto presso lo studio Luca Mazzeo in Roma, via Eustachio Manfredi,
n. 5;

contro

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI BARI, in persona del Rettore pro tempore,
rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege
in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia n.
1491 del 2019;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi Bari;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 ottobre 2020 il Cons. Dario Simeoli e uditi per le parti gli avvocati Luca Mazzeo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Ritenuto che il giudizio può essere definito con sentenza emessa ai sensi dell'art. 74 c.p.a.;

Rilevato in fatto che:

- l'odierno appellante (di seguito anche "GSA") – attuale gestore del servizio di **portierato** nelle strutture dell'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro" – impugnava il bando relativi alla procedura di gara europea indetta dalla stessa Università degli Studi di Bari, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il 25 settembre 2019, per l'affidamento dell'appalto del servizio di **portierato** nei siti universitari di Bari e Valenzano e in Taranto, per l'importo complessivo di € 13.675.160,03, con durata di sessanta mesi dal 1mo aprile 2020 al 31 marzo 2025, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

- l'illegittimità del bando degli atti impugnati veniva censurata sotto i seguenti profili:

1) gli atti di gara, in sede di determinazione dell'importo dell'appalto, avrebbero erroneamente preso a riferimento il costo orario medio del personale inquadrato nel II Livello del "CCNL Multiservizi", senza considerare che il personale da riassorbire, adibito alla commessa da oltre venti anni dei quali 15 alle dipendenze di GSA, sarebbe invece per gran parte inquadrato nel III Livello di detto CCNL, con relativi maggiori costi e oneri;

2) la disciplina di gara non avrebbe specificato elementi fondamentali ed essenziali concorrenti a integrare le condizioni economiche e normative di detto personale (qualifica; percentuale di part-time; tipo di retribuzione; anzianità di

settore; premi mensili derivanti da accordi sindacali di 2° livello; presenza di fondo assistenza integrativa ASIM), la cui assenza non solo inciderebbe sulla corretta determinazione del costo del lavoro compreso nell'importo a base di gara, ma renderebbe anche non comparabili tra loro le offerte economiche dei concorrenti, potendo ciascun partecipante alla gara prescindere in tutto o in parte da detti elementi, a differenza dell'appellante che, quale appaltatore uscente e attuale datore di lavoro del predetto personale, non potrebbe unilateralmente modificarli;

3) sarebbe stato impossibile determinare in modo certo e attendibile il costo della manodopera, in ragione della mancata indicazione del "CCNL Multiservizi" – ovvero il contratto collettivo applicato da oltre un ventennio al personale in questione e per di più unico contratto collettivo applicabile per attinenza merceologica e teleologica, oltre che per maggiore rappresentatività delle organizzazioni sindacali firmatarie –, nonché in ragione dell'assenza di una clausola di salvaguardia del trattamento retributivo e normativo del personale;

4) l'azione amministrativa sarebbe contraddittoria sul piano, sia intrinseco (avuto riguardo alla disciplina delle precedenti procedure di affidamento indette dall'Università a partire dal 2004), sia estrinseco (considerate le gare per l'affidamento del servizio pubblico di **portierato** indette nel 2019 da altre Amministrazioni della Regione Puglia), non avendo l'impugnata *lex specialis* obbligato i concorrenti quanto meno a mantenere le medesime condizioni normative e retributive praticate da GSA al personale attualmente impiegato nella commessa;

5) il metodo di attribuzione dei punteggi alle offerte economiche sarebbe illegittimo, in quanto la formula matematica attribuirebbe sempre e comunque il punteggio pari a 0 al ribasso meno elevato, il quale non potrebbe che essere quello di GSA in ragione dei vincoli giuslavoristici sopra menzionati;

- il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, con sentenza n. 1491 del 2019, dichiarava il ricorso inammissibile;
- la società Gruppo Servizi Associati s.p.a. ha quindi proposto appello, riproponendo in sostanza le censure sollevate già in primo grado sia pure adattate all'impianto motivazione della sentenza gravata;
- si è costituita in giudizio l'Università degli studi di Bari, insistendo per il rigetto del gravame;

DIRITTO

Considerato in diritto che:

- secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale (Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 26 aprile 2018, n. 4; sez. V, 23 agosto 2019, n. 5789; 18 luglio 2019, n. 5057; 8 marzo 2019, n. 1736), il carattere immediatamente escludente ai fini della immediata impugnazione va individuato: a) nelle clausole impositive di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati ai fini della partecipazione; b) nelle regole procedurali che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (Cons. Stato, Adunanza plenaria, 7 aprile 2011, n. 3); c) nelle disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara oppure prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980); d) nelle condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e non conveniente (Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015, n. 293); e) nelle clausole impositive di obblighi *contra ius*; f) nei bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta oppure che presentino formule matematiche del tutto errate; g) negli atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso (Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421);

- è stato pure precisato (Cons. Stato, sez. III, 26 febbraio 2019, n. 1331; C.G.A.R.S. 20 dicembre 2016, n. 474) che tra le clausole da considerare immediatamente escludenti rientrano anche quelle che prevedono un importo a base d'asta insufficiente alla copertura dei costi, inidoneo cioè ad assicurare ad un'impresa un sia pur minimo margine di utilità o addirittura tale da imporre l'esecuzione della stessa in perdita (ciò in quanto l'amministrazione, nel perseguimento del suo interesse all'ottenimento della prestazione alle condizioni più favorevoli, deve contemperare tale interesse con l'esigenza di garantire l'utilità effettiva del confronto concorrenziale (Cons. Stato, sez. III, 21 febbraio 2019, n. 513), aggiungendosi al riguardo che il carattere escludente di una siffatta clausola deve essere verificato e apprezzato in concreto, cioè anche in relazione allo specifico punto di vista dell'impresa e della sua specifica organizzazione imprenditoriale (ancora Cons. Stato, sez. III, 21 febbraio 2019, n. 513);
- nel caso di specie, l'appellante lamenta l'impossibilità di presentare un'offerta competitiva e di non avere concrete chances di aggiudicazione in considerazione del fatto che, nel bando, non è stata richiesta l'applicazione obbligatoria del CCNL Multiservizi che la società ricorrente, gestore uscente del servizio, applica (e dovrebbe continuare ad applicare) ai propri dipendenti; aggiunge che il costo della mano d'opera, componente del prezzo posto a base della gara nella misura dell'85%, è stato determinato con riferimento al costo orario previsto per i dipendenti di II livello del CCNL multiservizi mentre la maggior parte dei propri dipendenti impiegati nel servizio è invece inquadrato nel III livello;
- ritiene il Collegio che tali censure sono infondate, in quanto le clausole del bando impugnate non impongono oneri, né eccessivamente onerosi, né irragionevoli, né discriminatori nei confronti del gestore uscente;
- con riguardo al costo del lavoro, quale componente dell'offerta economica, va rimarcato che – come si desume dagli artt. 23, comma 16, 30, comma 4, e 97, commi 5 e 6, lettera *d*, del decreto legislativo n. 50 del 2016 –, mentre il rispetto

delle norme a tutela dei livelli retributivi dei lavoratori costituisce per gli operatori economici un vincolo inderogabile, la determinazione tabellare del costo del lavoro costituisce per la stazione appaltante soltanto un indice valutativo del giudizio di adeguatezza economica (cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2019, n. 1097, V, 18 febbraio 2019, n. 1099; V, 28 gennaio 2019, n. 690; III, 4 gennaio 2019, n. 90; V, 26 novembre 2018, n. 6689; V, 2 agosto 2018, n. 4785);

- le ore mediamente lavorate, considerate per la determinazione tabellare del costo medio orario scaturiscono detraendo dalle ore contrattuali le ore annue non lavorate, le quali sono in parte predeterminabili in misura fissa (si pensi a: ferie, riduzioni di orario contrattuale, festività e festività soppresse), in altra parte sono suscettibili di variazione caso per caso (assemblee, permessi sindacali, diritto allo studio, formazione professionale, malattia, gravidanza, e infortunio);

- sulla misura del costo orario incidono inoltre anche le eventuali agevolazioni di cui può godere il datore di lavoro in considerazione della natura giuridica dell'azienda e delle tipologie contrattuali utilizzate (contratti di formazione, assunzioni di lavoratori disoccupati a vario titolo, assunzioni di giovani);

- l'elemento costo del lavoro è dunque composito e non va considerato atomisticamente e rigidamente ma va valutato nel complesso dell'organizzazione imprenditoriale, specie per imprese di notevoli dimensioni ed ampia operatività che possono quindi compensare gli oneri derivanti da un maggior costo del lavoro con offerte qualitativamente migliori e soluzioni organizzative appropriate; a questo riguardo, la giurisprudenza distingue tra "costo reale", costituito da quanto dovuto dal datore di lavoro per il singolo lavoratore quale sia il numero di ore effettivamente lavorate e il "costo della specifica commessa", il quale, per svariate ragioni, può essere inferiore al "costo totale reale", vale a dire alla somma del costo reale di ogni singolo lavoratore (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5700; sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5939);

- l'operatore economico, del resto, può sempre mediante l'organizzazione della sua impresa realizzare economie di scala (così Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2018, n. 2951) che rendono il costo del lavoro offerto inferiore a quello di altro operatore pur a parità di ore lavorate (essendo vicenda normale che il costo del lavoro non sia uguale per tutte le imprese che partecipano ad una procedura di gara, cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2017, n. 2844; Cons. Stato, sez. III, 12 febbraio 2016, n. 589); si pensi anche al lavoro supplementare quale modalità di organizzazione del lavoro volta a consentire un legittimo risparmio di spesa (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 30 maggio 2018, n. 3244, sez. VI, n. 8303 del 2019);

- costituisce consolidato orientamento giurisprudenziale quello in base al quale «l'applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta dalla lex specialis alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione né la mancata applicazione di questo può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione, sicché deve negarsi in radice che l'applicazione di un determinato contratto collettivo anziché di un altro possa determinare, in sé, l'inammissibilità dell'offerta» (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975; 9 dicembre 2015, n. 5597); tale assunto vale anche in relazione alla valutazione di anomalia dell'offerta (cfr. in termini Consiglio di Stato, sez. V, 1 marzo 2017, n. 932; 12 maggio 2016, n. 1901);

- non rientra nella discrezionalità dell'amministrazione appaltante quella di imporre o di esigere un determinato contratto collettivo nazionale di lavoro, tanto più qualora una o più tipologie di contratti collettivi possano anche solo astrattamente adattarsi alle prestazioni oggetto del servizio da affidare (Consiglio di Stato sez. V, 23 luglio 2018, n.4443; Consiglio di Stato, Sez. V, 5 ottobre 2016, n. 4109);

- resta fermo che la libertà imprenditoriale non è assoluta, ma incontra il limite logico, ancor prima che giuridico in senso stretto, della necessaria coerenza tra il

contratto che in concreto si intende applicare (e in riferimento al quale si formula l'offerta di gara) e l'oggetto dell'appalto; la scelta del contratto collettivo di lavoro applicabile al personale dipendente, che diverge insanabilmente, per coerenza e adeguatezza, da quanto richiesto dalla stazione appaltante in relazione ai profili professionali ritenuti necessari, è idonea di per sé a determinare una ipotesi di anomalia, riflettendosi sulla possibilità di formulare adeguate offerte sotto il profilo economico incoerenti o incompatibili essendo i profili professionali di riferimento.

- nel caso di specie, l'appellante non ha dimostrato che, in relazione al contenuto delle prestazioni oggetto di affidamento e ai livelli professionali richiesti agli operatori, l'unico CCNL applicabile fosse quello "multiservizi"; è invece emerso – alla luce di quanto prospettato da controparte – che erano astrattamente applicabili, anche il CCNL "vigilanza e servizi fiduciari" e quello per le "imprese esercenti servizi ausiliari fiduciari" (in cui peraltro figuravano costi orari del personale inferiori rispetto al contratto "multiservizi");

- rispetto all'ulteriore argomentazione spesa dall'appellante – secondo cui, ai sensi della clausola sociale inserita nel bando, l'aggiudicatario avrebbe dovuto assumere tutti i propri dipendenti impiegati nel servizio, garantendo loro le medesime condizioni economiche, ragione per cui non si poteva giustificare il mancato richiamo, nel bando, al CCNL "multiservizi" – è dirimente replicare che l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885; III, 30 gennaio 2019, n. 750; III, 29 gennaio 2019, n. 726; 7 gennaio 2019, n. 142; III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 5 febbraio 2018,

n. 731; V, 17 gennaio 2018 n. 272; III 5 maggio 2017, n. 2078; V 7 giugno 2016, n. 2433; III, 30 marzo 2016, n. 1255);

- deve quindi escludersi che una clausola sociale possa consentire alla stazione appaltante di imporre agli operatori economici l'applicazione di un dato contratto collettivo ai lavoratori e dipendenti da assorbire (cfr. Cons. Stato, sez. III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 1 marzo 2017, n. 932; III 9 dicembre 2015, n. 5597; Sezione V, 12 settembre 2019 n. 6148);

- l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885; III, 30 gennaio 2019, n. 750; III, 29 gennaio 2019, n. 726; 7 gennaio 2019, n. 142; III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 5 febbraio 2018, n. 731; V, 17 gennaio 2018 n. 272; III 5 maggio 2017, n. 2078; V 7 giugno 2016, n. 2433; III, 30 marzo 2016, n. 1255);

- le stesse clausole dei contratti collettivi che disciplinano il "cambio appalto" con l'obbligo del mantenimento dell'assetto occupazionale e delle medesime condizioni contrattuali ed economiche vincolano l'operatore economico, non già in qualità di aggiudicatario della gara, ma solo se imprenditore appartenente ad associazione datoriale firmataria del contratto collettivo; soltanto a queste condizioni la clausola, frutto dell'autonomia collettiva, ove più stringente, prevale anche, sulla clausola contenuta nel bando di gara.

- anche le norme del codice dei contratti pubblici invocate dall'appellante, non colgono nel segno: l'art. 30, comma 4, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nell'imporre l'applicazione al personale impiegato nel servizio di un contratto collettivo (in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro, nonché) «strettamente connesso con l'attività oggetto

dell'appalto», intende riferirsi al contratto che meglio regola le prestazioni rese dalla categoria dei lavoratori impiegati nell'espletamento del servizio, e non a quello imposto dai vincoli e alle clausole sociali inserite negli atti di gara; l'art. 50 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, richiede solo al bando di prevedere clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale, ma senza irrigidire o limitare né la possibilità per l'amministrazione di adottare scelte organizzative differenti nel tempo, né la possibilità dell'imprenditore di organizzare al meglio la propria struttura produttiva;

- da ultimo, come pure correttamente rilevato dal giudice di prime cure, la carenza d'interesse all'impugnazione anticipata del bando di gara, sulla base dei dedotti vizi, deriva anche dal criterio di scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa, rispetto alla quale il ribasso sull'offerta è solo una componente;

- le spese di lite del secondo grado di giudizio possono compensarsi, in considerazione della particolarità della fattispecie concreta;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso n. 9689 del 2019, come in epigrafe proposto, lo respinge. Compensa integralmente tra le parti le spese di lite del secondo grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Dario Simeoli

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO