

L'interpretazione della c.d. clausola sociale: tra libertà d'impresa e tutela dei lavoratori.

di Battista Barberio

Data di pubblicazione: 25-7-2020

La ratio della c.d. clausola sociale impedisce una lettura rigida di tali modi contrattuali di tutela dei lavoratori, che devono essere sempre temperati con la libertà di organizzazione dell'imprenditore.

Quest'ultima deve essere necessariamente dotata del carattere di flessibilità. ponendola in un territorio i cui confini sono delimitati da un lato dalle esigenze della stazione appaltante (che non possono comunque imporre un riassorbimento integrale del personale, in quanto verrebbero a limitare eccessivamente la libera iniziativa economica dell'operatore concorrente) e dall'altro da quelle dei lavoratori (perché l'elasticità di applicazione della clausola non può peraltro spingersi fino al punto da legittimare politiche aziendali di dumping sociale in grado di vanificare gli obiettivi di tutela del lavoro).

Guida alla lettura

Con la pronuncia in commento, la VI Sezione del Consiglio di Stato affronta il tema della corretta interpretazione della c.d. clausola sociale, in relazione alla manifesta intenzione della stazione appaltante di garantire i livelli occupazionali attualmente esistenti in capo all'aggiudicatario.

La *ratio* di tale clausola prevede generalmente di promuovere la stabilità occupazionale nel rispetto dei principi dell'Unione Europea, ferma restando la necessaria armonizzazione con l'organizzazione dell'operatore economico e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera, facendo sì che il nuovo aggiudicatario del contratto di appalto sia tenuto ad assorbire prioritariamente nel proprio organico il personale già operante alle dipendenze dell'aggiudicatario uscente, come previsto dall'articolo 50 del Codice dei contratti pubblici, garantendo l'applicazione dei CCNL di settore, anche tenuto conto delle condizioni professionali e di utilizzo del personale impiegato, facendo eventualmente ricorso a processi di mobilità nell'ambito dell'attività dell'impresa ovvero a strumenti quali part-time, riduzione orario di lavoro, flessibilità delle giornate lavorative, mobilità.

Tale considerazione, tuttavia, **non equivale ad un onere di integrale assunzione del personale già dipendente.**

Invero, a tal proposito, i precedenti orientamenti pretori tendono ad impedire una lettura rigida di tali modi contrattuali di tutela dei lavoratori, operando un **bilanciamento con la parallela**

libertà di organizzazione dell'imprenditore.

Ed infatti, la giurisprudenza ha individuato il necessario carattere di flessibilità della clausola sociale, ponendola nell'ambito della libertà d'impresa, in un territorio i cui confini sono delimitati da un lato dalle esigenze della stazione appaltante (che non possono comunque imporre un riassorbimento integrale del personale, in quanto verrebbero a limitare eccessivamente la libera iniziativa economica dell'operatore concorrente) e dall'altro da quelle dei lavoratori (perché l'elasticità di applicazione della clausola non può peraltro spingersi fino al punto da legittimare politiche aziendali di dumping sociale in grado di vanificare gli obiettivi di tutela del lavoro perseguito attraverso la stessa,).

Deve quindi rimarcarsi come la clausola sociale non possa avere un'applicazione rigida in quanto l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà di 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.

Si segnalano, per completezza di trattazione, alcuni precedenti rilevati (Cfr. Cons. Stato, VI, 24 luglio 2019, n.5243), per i quali la c.d. clausola sociale deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost., che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto; in sostanza, tale clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente.

Ed ancora (Cfr. Cons. Stato, V, 10 giugno 2019, n.3885) per il quale la c.d. clausola sociale mentre da un lato non può comprimere l'autonomia imprenditoriale, dall'altro non può nondimeno essere esercitata fino al punto da vanificarne le sottostanti esigenze di tutela dei lavoratori, sotto il profilo del mantenimento delle condizioni economiche e contrattuali vigenti, attraverso il ricorso, pur legittimo in astratto, a forme di lavoro flessibile. Infatti, nel bilanciamento tra tali contrapposte esigenze, la clausola sociale ammette il sacrificio degli interessi dei lavoratori rispetto a scelte improntate a migliorare la qualità e l'efficienza del servizio, ma non anche in funzione del solo ed esclusivo risparmio di costi per la manodopera, quand'anche consentito dalla legislazione lavoristica.

REPUBBLICA ITALIANA

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 596 del 2020, proposto da Team Service soc. cons. a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Scalia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Università degli studi di Napoli "Parthenope", in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Ennio Magri', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Guido D'Arezzo 18;

nei confronti

Gestione Servizi Integrati s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Crescenzo Santuori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Catanzaro, via Santa Maria di Mezzogiorno 17;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, 23 dicembre 2019 n. 6101, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope" e di Gestione Servizi Integrati S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2020 il Cons. Diego Sabatino e rilevato che

l'udienza si svolge ai sensi dell'art.84 comma 5, del D.L.n.18 del 17 marzo 2020, attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto dalla circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso iscritto al n. 596 del 2020, Team Service soc. cons. a r.l. propone appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, 23 dicembre 2019 n. 6101, con la quale è stato accolto in parte il suo ricorso proposto contro l'Università degli studi di Napoli "Parthenope" e Gestione Servizi Integrati s.r.l. per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio di pulizia giornaliera e periodica delle sedi di Ateneo (CIG 7724678DEE), comunicato a mezzo pec in data 11 luglio 2019;
- dell'aggiudicazione, disposta dal Consiglio di Amministrazione dell'Università il 9 luglio 2019, in favore di GSI Gestione Servizi Integrati, comunicata a mezzo pec il 18 luglio 2019;
- degli atti del R.U.P. e delle decisioni della Commissione di Gara in ordine alla verifica dell'anomalia dell'offerta della ricorrente, di cui al verbale del 12.6.2019;
- degli atti del R.U.P. e delle decisioni della Commissione di Gara in ordine alla verifica dell'anomalia dell'offerta della controinteressata;
- della proposta di aggiudicazione e della relativa graduatoria;
- in via subordinata, del D.D.G. n. 30 del 6.2.2019 di nomina della Commissione di Gara, non conosciuto;
- nonché di tutti gli atti e provvedimenti presupposti, consequenziali e comunque connessi;

nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato;

e la condanna dell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope", ai sensi dell'art. 30 c.p.a., a risarcire la ricorrente in forma specifica e, quindi, ad aggiudicare alla ricorrente l'appalto.

I fatti di causa possono essere così riassunti.

Con ricorso in prime cure notificato in data 23 luglio 2019 la Team Service soc. cons. a r.l. invoca l'annullamento, previa sospensione, degli atti in epigrafe lamentando:

quanto alla illegittimità dell'esclusione della ricorrente

- Eccesso di potere per travisamento, Erroneità del presupposto, Contraddittorietà ed illogicità

manifesta;

- Violazione e falsa applicazione del combinato disposto di cui all'art. 95, comma 10 e 97, comma 5, lettera d), D.Lgs. n. 50/2016;

quanto motivi relativi alla illegittimità dell'aggiudicazione alla controinteressata G.S.I.. s.r.l.

- Violazione e falsa applicazione dell'art. 50 D.Lgs. n. 50/2016, dell'art. 2 del capitolato d'onori. Eccesso di potere per violazione di statuizioni della stessa s.a., Contraddittorietà ed illogicità manifesta;

- Violazione e falsa applicazione dell'art. 9 dell'Allegato 1A al bando istitutivo «Capitolato tecnico di categoria 1 Servizi di pulizia e igiene ambientale»;

- Violazione e falsa applicazione degli artt. 95, comma 10, e 97 D.Lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per illogicità manifesta;

in via subordinata quanto all'illegittimità della costituzione della commissione di gara

- Violazione e falsa applicazione dell'art. 216, comma 12, D.Lgs. n. 50/2016. Violazione delle Linee Guida ANAC n. 5 sui criteri di scelta dei commissari di gara. Eccesso di potere per illogicità manifesta, Violazione del principio di ragionevolezza e proporzionalità, Imparzialità e buon andamento dell'amministrazione.

La ricorrente agisce altresì per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, e per la condanna dell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope", ai sensi dell'art. 30 c.p.a., a risarcire la ricorrente in forma specifica e, quindi, ad aggiudicare alla ricorrente l'appalto per cui è ricorso.

Espone in particolare la Team Service di essere l'attuale affidataria del servizio di pulizia e igiene ambientale relativamente agli immobili dell'Università degli Studi di Napoli "Parthenope" siti in Napoli in Via Acton n. 38, Via Petrarca n. 80, Via Medina n. 40, Via G. Porzio Centro Direzionale Isola c/4, Via Generale Parisi n. 13 e di avere partecipato alla gara indetta dalla medesima Università per l'appalto, articolato in un unico lotto per l'importo posto a base di gara pari ad € 4.213.201,44, di cui € 4.029.562,85 per le pulizie ordinarie, € 98.867,61 per le pulizie aggiuntive (presidio) ed € 84.949,98 per attività straordinarie extra canone, avente ad oggetto la fornitura del medesimo servizio per il prossimo triennio (CIG 7724678DEE).

In particolare, la S.A., avendo riscontrato il superamento della soglia di anomalia dell'offerta della ricorrente, ha chiesto alla stessa di giustificarne la sostenibilità e, avendo in un primo momento ritenute congrue le giustificazioni offerte, il R.U.P. ha proposto l'aggiudicazione della gara alla società Gestione Servizi Integrati s.r.l., approvando la graduatoria che vede al primo posto la controinteressata G.S.I., con 97,59 punti, ed al secondo posto la ricorrente Team Service, con 97,03 punti; senonchè, con i provvedimenti impugnati, la Commissione di Gara ha escluso la ricorrente dalla gara ed aggiudicato la medesima all'odierna controinteressata.

Si sono costituite in giudizio l'Università degli Studi Napoli Parthenope e la Gestione Servizi Integrati S.r.l. eccependo l'inammissibilità e comunque l'infondatezza nel merito dello spiegato ricorso e il T.A.R., dopo avere accolto la spiegata istanza cautelare limitatamente alla sola comminata esclusione della ricorrente, all'udienza pubblica del 3 dicembre 2019, sulle conclusioni delle parti, ha trattenuto la causa per la decisione.

Il ricorso veniva così deciso con la sentenza appellata, dove il T.A.R. riteneva fondate le censure proposte avverso l'esclusione dalla procedura di gara ma rigettava quelle in relazione al prosieguo della procedura, ritenendo quindi corretta l'aggiudicazione operata.

Contestando le statuizioni del primo giudice, la parte appellante evidenzia l'errata ricostruzione in fatto e in diritto operata dal giudice di prime cure, riproponendo come motivi di appello le proprie censure non altrimenti accolte, come meglio descritte in parte motiva.

Nel giudizio di appello, si sono costituite l'Università degli studi di Napoli "Parthenope" e la Gestione Servizi Integrati s.r.l., chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via gradata, rigettare il ricorso.

Dopo l'accoglimento della domanda di adozione di misure cautelari inaudita altera parte, avutosi con decreto presidenziale 27 gennaio 2020 n. 347, all'udienza del 6 febbraio 2020, l'esame dell'istanza cautelare veniva rinviato al merito.

Dopo un primo rinvio, dato all'udienza del 16 aprile 2020 con ordinanza n. 2480, pubblicata il giorno successivo, alla pubblica udienza del 4 giugno 2020, il ricorso è stato discusso e assunto in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello non è fondato e va respinto per i motivi di seguito precisati.

2. - Con il primo motivo di diritto, rubricato "1. error in iudicando: erroneità della sentenza nella parte in cui non accoglie il motivo IIIB del ricorso relativo alla violazione e falsa applicazione dell'art. 50 d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 2.3 del capitolato d'onori ed all'eccesso di potere per violazione di statuizioni della stessa s.a., contraddittorietà, illogicità manifesta", dove si lamenta l'errata interpretazione dell'art. 2.3 del capitolato d'onori e della clausola sociale, in relazione alla manifesta intenzione della stazione appaltante di garantire con la clausola sociale i livelli occupazionali attualmente esistenti, in coerenza con l'art. 4, lettera a, del CCNL di categoria.

2.1. - La censura non può essere accolta.

La clausola di cui si discute, ossia l'art. 2.3. del capitolato d'onori, rubricata "Clausola sociale" prevede: "Al fine di promuovere la stabilità occupazionale nel rispetto dei principi dell'Unione Europea, e ferma restando la necessaria armonizzazione con l'organizzazione dell'operatore economico subentrante e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto, l'aggiudicatario del contratto di appalto è tenuto ad

assorbire prioritariamente nel proprio organico il personale già operante alle dipendenze dell'aggiudicatario uscente, come previsto dall'articolo 50 del Codice, garantendo l'applicazione dei CCNL di settore, di cui all'art. 51 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81."

Il citato CCNL di settore, a sua volta, all'art. 4, rubricato "Cessazione di appalto" e nel dettaglio alla lettera b), applicabile al caso in esame (come evidenziato anche in sede di incontro sindacale del 19 luglio 2019), prevede "in caso di cessazione di appalto con modificazioni di termini, modalità e prestazioni contrattuali, l'impresa subentrante -ancorché sia la stessa che già gestiva il servizio -sarà convocata presso l'Associazione territoriale cui conferisce mandato, o in assenza presso la Direzione Provinciale del Lavoro o eventuale analoga istituzione territoriale competente, ove possibile nei 15 giorni precedenti con la rappresentanza sindacale aziendale e le Organizzazioni sindacali stipulanti territorialmente competenti per un esame della situazione, al fine di armonizzare le mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali, tenuto conto delle condizioni professionali e di utilizzo del personale impiegato, anche facendo ricorso a processi di mobilità da posto di lavoro a posto di lavoro nell'ambito dell'attività dell'impresa ovvero a strumenti quali part-time, riduzione orario di lavoro, flessibilità delle giornate lavorative, mobilità."

Dalla lettura delle due disposizioni, emerge immediatamente come non sia riscontrabile un onere di integrale assunzione del personale già dipendente, sia sulla scorta della clausola contrattuale (che subordina l'assunzione alle vicende organizzative dell'appalto e alla tipologia di prestazioni richieste) sia sulla base del CCNL (che parimenti prende atto della necessità di mantenere la situazione occupazionale nei limiti della nuova situazione lavorativa).

In questo senso, il richiamo operato dal primo giudice alla giurisprudenza in tema di interpretazione della cd. clausola sociale rende evidente la ratio cogente che impedisce una lettura rigida di tali modi contrattuali di tutela dei lavoratori, che devono essere sempre temperati con la libertà di organizzazione dell'imprenditore. Ed infatti la giurisprudenza ha individuato il necessario carattere di flessibilità della clausola sociale, ponendola nell'ambito della libertà d'impresa e ponendola in un territorio i cui confini sono delimitati da un lato dalle esigenze della stazione appaltante (che non possono comunque imporre un riassorbimento integrale del personale, Cons. Stato, VI, 24 luglio 2019, n.5243 in quanto verrebbero a limitare eccessivamente la libera iniziativa economica dell'operatore concorrente) e dall'altro da quelle dei lavoratori (perché l'elasticità di applicazione della clausola non può peraltro spingersi fino al punto da legittimare politiche aziendali di dumping sociale in grado di vanificare gli obiettivi di tutela del lavoro perseguito attraverso la stessa, Cons. Stato, V, 10 giugno 2019, n.3885).

Deve quindi rimarcarsi come la clausola sociale non può avere un'applicazione rigida in quanto l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà di 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 (Cons. Stato, III, 30 gennaio 2019, n. 750; id., III, 29 gennaio 2019, n. 726; id., III,

7 gennaio 2019, n. 142; id., III, 18 settembre 2018, n. 5444; id., III, 5 maggio 2017, n. 2078; id., V, 17 gennaio 2018, n. 272; id., V, 18 luglio 2017, n. 3554).

Non può allora condividersi la lettura operata dalla parte appellante per cui “È manifesta, quindi, l’intenzione della S.A. di garantire con la clausola sociale i livelli occupazionali attualmente esistenti, in coerenza con l’art. 4, lettera a, del CCNL di categoria”, in quanto tale obiettivo non è perseguibile in sé, ma è collegato alla organizzazione dell’imprenditore aggiudicatario, e non è nemmeno coercibile, come evidenzia la giurisprudenza sopra citata.

Pertanto, il primo giudice ha fatto buon governo dei principi qui applicabili quando ha affermato che afferma che “la S.A. ha indicato il monte orario annuo di 54.474 ore solo quale generale soglia di salvaguardia dei livelli occupazionali, ferma la possibilità per gli operatori economici di armonizzare il monte orario più adeguato alle proprie esigenze organizzative”. Con questa lettura, il T.A.R. si è mantenuto nei limiti sopra indicati, impedendo una lettura estrema della clausola, incompatibile con il sistema ordinamentale.

Parimenti, in relazione ai chiarimenti resi dalla stazione appaltante, il primo giudice ha fornito una lettura corretta, affermando che questi possono ritenersi ammissibili soltanto “se contribuiscono, attraverso un’operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la ratio di una disposizione del bando, ma non già quando, proprio attraverso l’attività interpretativa, si giunga ad attribuire alla disposizione un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto notoriamente a garanzia dei principi di cui all’art. 97 della Costituzione”. Anche in questo caso, la lettura del T.A.R. ha ricondotto in un ambito compatibile con il sistema vigente l’intero assetto di gara.

Conclusivamente, il motivo di ricorso deve ritenersi infondato.

3. - Con il secondo motivo di diritto, rubricato “2. error in procedendo ed in iudicando: omessa motivazione su un punto decisivo della controversia. Erroneità della sentenza nella parte in cui non accoglie il motivo (IIIB2) relativo alla violazione e falsa applicazione dell’art. 9 dell’allegato 1a al bando istitutivo «capitolato tecnico_categoria 1 “servizi di pulizia e igiene ambientale”, si censura la sentenza per omessa pronuncia in relazione al motivo che censurava il ribasso operato sui costi per i servizi aggiuntivi e straordinari, compensati extra canone e per i quali è prevista una remunerazione €/ora, dove invece risulta che il costo della manodopera è incomprimibile, non essendo soggetto a ribasso.

3.1. - La censura è infondata.

Va preliminarmente notato che la doglianza si fonda su una lettura opinabile del capitolato. La clausola in esame, rubricata “9.3.1. Corrispettivi manodopera per i servizi di pulizia ed igiene ambientale”, recita: “Il costo della mano d’opera, ribassato in sede di offerta nella modalità di seguito indicata, si utilizza per la determinazione: - del corrispettivo per il presidio di pulizia; - del corrispettivo relativo ad attività programmate Integrative, Aggiuntive e Straordinarie per le sole attività di pulizia per le quali è prevista una remunerazione Euro/ora;

“Il costo della manodopera da utilizzare sarà quello ufficiale in vigore nel territorio ove viene effettuata la prestazione, in ottemperanza alla contrattazione collettiva di più recente pubblicazione al momento della definizione dell’ordine o alle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, cui si aggiunge un importo pari al 28,70%, afferente alle voci di costo rappresentate dai costi generali (17%) e dall’utile d’impresa (10%), calcolato sul costo della manodopera di cui sopra.

“Il ribasso da effettuarsi sul corrispettivo della manodopera si applica esclusivamente al menzionato importo aggiuntivo pari al 28,70% del costo della manodopera (costi generali e utile d’impresa).”

Nel caso in esame, l’appalto, come si evince dalla tabella indicata al punto 2.1. del Capitolato d’oneri, individuava un importo a base di gara pari a €. 4.213.201,44, di cui €. 4.029.562,85 per le pulizie ordinarie; €. 98.697,61 per le pulizie aggiuntive (presidio); e €. 84.940,98 per le attività straordinarie extra canone. Ciascuna di queste voci di specificazione comprendeva anche l’evocato importo aggiuntivo pari al 28,70%. Lo stesso Capitolato d’oneri, al punto 5.1., evidenziava poi come le attività ordinarie e aggiuntive venissero ricompensate a canone, con la previsione di un extra canone per le straordinarie.

È pertanto palese come la stazione appaltante abbia esplicitamente voluto e potuto individuare nel canone e nell’extra canone il modo di remunerazione, ponendo tutte le attività a base di gara e rendendo quindi possibile riferire il ribasso offerto a tutti i prezzi, non essendo all’uopo prevista alcuna distinzione tra le attività, in modo tale che tutti gli operatori economici, in sede di presentazione delle offerte, potessero effettuare i relativi ribassi su tutti i prezzi offerti per ciascuna delle attività oggetto di appalto.

Sulla scorta della detta lettura, va quindi respinta anche la censura di omessa pronuncia, in quanto il T.A.R., sulla base della considerazione del modo con cui doveva articolarsi l’offerta, ha valutato globalmente il tema della correttezza della valutazione di anomalia, sottolineando come questa sia stata svolta in rapporto “non solo ai diversi criteri di valutazione prestabiliti dalla lex specialis, ma anche tenendo conto del fabbisogno di ore lavorate come concretamente riscontrato dall’Amministrazione nell’effettivo svolgimento del servizio in questione, nonché della capacità di organizzazione e gestione della propria impresa documentata da parte della controinteressata”.

La doglianza va quindi respinta.

4. - Con il terzo motivo di censura, rubricato “3. error in procedendo ed in iudicando: omessa motivazione su un punto decisivo della controversia. Erroneità della sentenza nella parte in cui non accoglie il motivo (IIIB3) relativo alla violazione e falsa applicazione dell’art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016”, si lamenta come il primo giudice non abbia adeguatamente valutato che la regola invocata impone all’operatore economico di indicare nella propria offerta i costi della manodopera, in quanto i costi così indicati rappresentano un elemento essenziale dell’offerta mentre, nel caso in esame, la controinteressata G.S.I. ha indicato nell’offerta i costi della manodopera per l’importo di €. 1.952.713,18 che, con i giustificativi del 26 marzo 2019, sono stati ridotti a € 1.812,943,53, per un abbattimento di ben 140.000 euro.

4.1. - La censura è infondata.

Dalla lettura del verbale dei giustificativi del 26 marzo 2019, si evidenzia come non sia intervenuta alcuna modifica in riduzione del costo della manodopera indicato in offerta, atteso che la controinteressata, fermo il prezzo della manodopera offerto, ha fornito le spiegazioni del minor costo reale aziendale, individuando una serie di voci di spesa per le quali ha indicato le ragioni a giustificazione del rispettivo ribasso. Nel dettaglio, in merito allo scostamento del costo orario praticato, ha documentato la riduzione ovvero l'eliminazione di talune voci rispetto alla tabella ministeriale che, in particolare, hanno riguardato la voce "Rivalutazione TFR della tabella ministeriale", il tasso INAIL applicato, l'eliminazione della voce IRAP, le ragioni sulla riduzione del tasso di assenteismo per malattia, infortunio, maternità e per le assenze dovute al diritto allo studio.

Pertanto, la doglianza proposta appare smentita dalla lettura del detto verbale.

Sulla scorta di tale osservazione, anche per questo motivo come per il precedente, deve affermarsi che la valutazione complessiva operata dal T.A.R. sulla correttezza dell'operato della stazione appaltante va condivisa, atteso che il primo giudice ha fatto corretto governo del principio per cui il giudizio di anomalia deve essere di carattere globale e sintetico, senza concentrarsi esclusivamente ed in modo parcellizzato o atomistico sulle singole voci di prezzo, dal momento che l'obiettivo dell'indagine è l'accertamento dell'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che la compongono (ex multis, Cons. Stato, V, 17 giugno 2019, n.4050) e verificando come la giustificazione offerta sul minor costo reale della manodopera abbia dato conto proprio della funzione dell'istituto, che è quella di escludere il concorrente che, avendo formulato un'offerta particolarmente conveniente, non sia poi in grado di dimostrarne la serietà e la congruità, in rapporto alla specificità della propria organizzazione aziendale.

5. - Con il quarto motivo, rubricato "4. error in procedendo ed in iudicando: omessa o insufficiente e comunque contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia. Erroneità della sentenza nella parte in cui ritiene non manifestamente irragionevole la valutazione di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria", si lamenta come la sentenza non abbia considerato che la controinteressata G.S.I. ha giustificato il proprio minor costo del personale, aumentando il numero delle ore annue mediamente lavorate dalle 1581 stimate dalla Tabella Ministeriale a 1674,40; e si contesta inoltre il contenuto delle giustificazioni proposte, in relazione al computo del minor tasso di assenteismo.

5.1. - La censura va respinta.

Le doglianze proposte partono da un presupposto indimostrato, contrario alla ratio della natura concorrenziale della gara e della autonomia organizzativa imprenditoriale, e postulano quali immutabili due diversi fattori produttivi, quali quello delle ore mediamente lavorate e quello del tasso di assenteismo dei lavoratori impiegati.

La giurisprudenza appare invece orientata a salvaguardare i temi della imprenditorialità, proprio facendo perno sulle capacità di miglioramento dei processi produttivi e sulla

ottimizzazione dell'impiego dei singoli fattori.

Nel dettaglio, in relazione all'ammontare delle ore effettivamente lavorate nelle singole imprese, si è notato che il dato indicato nelle tabelle ministeriali sotto la voce 'ore mediamente lavorate' (dato ottenuto sottraendo, dalle ore teoriche contrattuali, le 'ore mediamente non lavorate' per ferie, malattia, e altro) null'altro è che "un elemento variabile in relazione all'organizzazione della medesima impresa; quindi, costituisce un elemento derogabile ove, come nella fattispecie, l'impresa abbia fornito opportune, ragionevoli ed incontestate giustificazioni" (Cons. Stato, III, 20 novembre 2019, n. 7927; nella stessa scia, Cons. Stato, V, 2 agosto 2018, n. 4785). Più in particolare, si è detto (Cons. Stato, V, 28 gennaio 2019, n. 690; negli stessi termini, Cons. Stato, VI, 30 gennaio 2020, n.788) che: i) "la determinazione tabellare del costo del lavoro costituisce per la stazione appaltante soltanto un indice valutativo del giudizio di adeguatezza economica"; ii) "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)"; iii) "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)"; iv) "non potendo le tabelle ministeriali, nella loro formulazione statistica, considerare l'effetto di tutte i descritti fattori di incidenza sul costo medio del lavoro, è necessario ritenere che l'inattendibilità economica dell'offerta non possa essere automaticamente desunta dal mancato rispetto delle tabelle ministeriali, le quali per le ragioni anzidette non possono costituire parametri inderogabili"; v) "le offerte che si discostino dai costi medi del lavoro indicati nelle tabelle predisposte dal Ministero del Lavoro possono dunque considerarsi anormalmente basse soltanto qualora la discordanza sia considerevole ed ingiustificata".

In merito invece al tasso di assenteismo, va rilevato come si sia notato come "le tabelle ministeriali siano costruite in modo ampiamente prudenziale, tale da collocare tutta una serie di costi a carico delle imprese che, in realtà, la disciplina pone totalmente o parzialmente a carico di altri soggetti, come gli istituti previdenziali" e, per altro verso, il tasso di assenteismo possa essere valutato dall'offerente solo in relazione alla propria organizzazione imprenditoriale, in relazione alla quale andrà computata la sua sostenibilità (Cons. Stato, VI, 4 dicembre 2019, n.8303, dove la stima viene effettuata sul tasso di assenteismo medio dell'azienda offerente). Appare quindi incongruo pretendere una continuità nell'utilizzo dei fattori produttivi nel passaggio da un imprenditore ad un altro, evenienza questa che nega ogni possibilità di miglioramento organizzativo. Il che vale anche qualora ci fosse, evento che qui peraltro appare solo tendenziale, un obbligo di riassunzione dell'intero personale già assunto, come indicato nel precedente evocato dalla parte appellante (Cons. Stato, V, 30 marzo 2017, n. 1465; id., V, 28 giugno 2011, n. 3865). Nel caso attuale, peraltro e a differenza di quello evocato dall'appellante, la prova dell'effettivo conseguimento dell'abbattimento del tasso di assenteismo è stata fornita in sede di presentazione della giustificazioni con una articolata motivazione apprezzata puntualmente dalla stazione appaltante.

Pertanto, anche l'ultimo motivo di doglianza va rigettato.

6. - L'appello va quindi respinto. Tutti gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso. Sussistono peraltro motivi per compensare integralmente tra le parti le spese processuali, determinati dalla parziale novità della questione decisa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, così provvede:

1. Respinge l'appello n. 596 del 2020;
2. Compensa integralmente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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