

Ai fini della valutazione di anomalia dell'offerta la stazione appaltante deve compiere un giudizio sintetico e globale

di Alessandra Musio

Data di pubblicazione: 9-7-2020

[...] Vale il principio, tralasciamente invalso nell'ambito delle gare pubbliche di appalto, secondo il quale il giudizio di incongruenza dell'offerta economica deve essere condotto in termini sintetici e globali, quindi allargando lo sguardo a tutti gli elementi positivi e negativi, attraverso una valutazione complessiva che sia in grado di compensare voci di prezzo eccessivamente basse con altri e maggiormente capienti elementi dell'offerta.

D'altra parte, è obiettivo proprio del giudizio di congruità delle offerte quello non già di ricercare specifiche inesattezze di ogni elemento dell'offerta, bensì di valutare se, globalmente considerata, la proposta economica sia seria ed attendibile e se i prezzi offerti trovino rispondenza nella realtà, sia di mercato che aziendale, cioè se gli stessi siano verosimili in relazione alle modalità con cui si svolge il lavoro, alle dimensioni dell'azienda, alla capacità di effettuare acquisti convenienti o di realizzare particolari economie ed efficienze di spesa.

Guida alla lettura

Con la decisione in commento, i Giudici della Terza sezione del Consiglio di Stato intervengono per chiarire **l'oggetto della valutazione posta in essere dalla stazione appaltante ai fini della verifica dell'anomalia dell'offerta, sulla base di quanto prescritto dall'art. 97 d.lgs. n. 50 del 2016.**

La vicenda controversa prende le mosse dall'esito negativo del sub-procedimento di verifica della congruità dell'offerta compiuto dalla stazione appaltante, a seguito del quale il ricorrente è stato escluso dalla gara.

In particolare, il problema di cui è investito il Collegio attiene all'individuazione dei parametri attraverso cui compiere il giudizio di anomalia, sulla base di quanto prescritto dall' art. 97 cod. dei contratti, quale norma attributiva e regolativa del suddetto potere.

La stazione appaltante ha giudicato l'offerta non sostenibile in ragione del mancato computo, nel trattamento di fine rapporto (c.d. TFR), dell'importo relativo alle festività retribuite. Secondo il giudizio posto in essere nel sub-procedimento, il cui esito è stato confermato dai

Giudici di prime cure, ai fini del calcolo del TFR, quale voce necessaria per verificare la congruità dell'offerta in quanto indicativa anche del potere economico del concorrente, sarebbe stato necessario inserire tutte le indennità aventi natura «*non occasionale*», così da valutare la posizione retributiva di ciascun lavoratore della società in gara. Conferma di tale puntualizzazione è, chiariscono l'amministrazione e il Tar competenti, l'art. 55 del CCNL, il quale prevede che, ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto, sia computata anche la voce «*indennità che abbiano carattere non occasionale*». Inoltre, anche la disciplina lavoristica dettata dal codice civile escluderebbe dal computo del valore del TFR, sulla base del secondo comma dell'art. 2120 c.c., solo le somme che abbiano carattere sporadico e occasionale, liquidate per soddisfare esigenze improvvise e fortuite dell'azienda.

Dal giudizio di primo grado emergerebbe, inoltre, come la soluzione per cui la valutazione posta in essere dall'amministrazione precedente sia di tipo analitico, caratterizzata dall'esame di ciascuna voce integrante la retribuzione dei lavoratori dipendenti dell'impresa concorrente, stante il dettato normativo che regola il sub-procedimento di anomalia dell'offerta. Sulla base di un esame congiunto dei commi quinto e sesto dell'art. 97 cit., difatti, la stazione appaltante, e di conseguenza il Tar che si conforma alle sue statuizioni, ammetterebbe la deroga alle indicazioni del costo del lavoro solo laddove lo scostamento non risulti macroscopico e l'impresa motivi adeguatamente le ragioni sottese alla suddetta deroga.

Il Consiglio di Stato, con la decisione in commento, disattende le conclusioni dell'amministrazione precedente e, quindi, dei Giudici di primo grado.

Nello specifico, **il Collegio definisce il giudizio di anomalia dell'offerta in termini di valutazione complessiva, volto a verificare effettivamente l'idoneità della proposta economica a soddisfare le esigenze pubbliche sottese a quella determinata contrattazione.** Si legge, al punto 3.4. della motivazione, che «***il giudizio di incongruenza dell'offerta economica deve essere condotto in termini sintetici e globali, quindi allargando lo sguardo a tutti gli elementi positivi e negativi, attraverso una valutazione complessiva che sia in grado di compensare covi di prezzo eccessivamente basse con altri e maggiormente capienti elementi dell'offerta***».

Del resto, il fine dell'Amministrazione è di realizzare, anche attraverso il ricorso al mercato, l'interesse pubblico primario. **Il mezzo per realizzare il vincolo finalistico, soprattutto quando l'amministrazione compia atti di natura non autoritativa, passa anche per l'eliminazione di alcuni fenomenidistorsivi della concorrenza, tra cui rientra l'exasperata riduzione dei prezzi da parte di quei concorrenti che intendano acquisire, a ogni costo, la commessa, salvo poi non poterla onorare nei termini previsti dal contratto.**

La verifica dell'anomalia dell'offerta, quindi, si traduce nell'accertamento dell'affidabilità dell'operatore economico. L'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte richiede un giudizio complessivo e non analitico, in quanto la ricerca di specifiche inesattezze di ogni elemento dell'offerta rischierebbe di condurre a un esito parziale del giudizio.

Solo una valutazione globale, suscettibile di compensazione tra sotto-elementi

retributivi, consente di verificare se *«la proposta economica sia seria ed attendibile e se i prezzi offerti trovino rispondenza nella realtà, sia di mercato che aziendale, cioè se gli stessi siano verosimili in relazione alle modalità con cui si svolge il lavoro, alle dimensioni dell'azienda, alla capacità di effettuare acquisti convenienti o di realizzare particolare economie ed efficienze di spesa»*(punto 3.5. della motivazione).

Inoltre, il Collegio, disattendo le conclusioni dei Giudici di prime cure, **ammette la possibilità per l'impresa di compensare le voci stimate in eccesso e le altre computate in difetto, purché siano rispettati i criteri dei minimi di legge dettati in relazione ai livelli salariali.**

Non assumono, pertanto, carattere dirimente ai fini di un esito di non congruità dell'offerta, ai sensi dell'art. 97 cod. dei contratti, le discordanze che siano meramente settoriali, quali quelle oggetto del giudizio all'attenzione dei Giudici, in ragione della necessità, già ricordata, di procedere a una valutazione sintetica delle voci che compongono il minimo salariale. **La divergenza delle voci di costo inerenti alle festività retribuite, non computate nel TFR, non costituisce di per sé elemento sintomatico di scarsa affidabilità dell'operatore economico e non può, pertanto, assurgere a unico criterio su cui fondare l'esito negativo del giudizio di conformità dell'offerta.**

Pertanto, sulla base delle considerazioni emerse dalla decisione in commento, può concludersi che **l'art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016, e in particolare il suo sesto comma nella parte in cui prevede che “non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge”**), impone una valutazione del trattamento economico (mensile e TFR) complessivamente dovuto, con la conseguenza che, se tale parametro è rispettato, l'eventuale singola voce considerata in misura non conforme ben può essere compensata dagli altri addendi retributivi.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10315 del 2019, proposto da Cosmopol S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e

domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, Corso del Rinascimento n. 11;

contro

Azienda Ospedaliera Universitaria "Federico II" di Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Messina, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gennaro Terracciano in Roma, piazza San Bernardo n. 101;

e con l'intervento di

ad opponendum: Team Security S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Marrama, con domicilio digitale come da PEC da

Registri di Giustizia e domicilio eletto ex art. 25 c.p.a. presso la segreteria della terza sezione del Consiglio di Stato in Roma, p.zza Capo di Ferro n. 13;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Seconda) n. 05746/2019, resa tra le parti, concernente il provvedimento di esclusione di Cosmopol dalla gara indetta per l'affidamento del servizio di custodia, guardiania, reception, posta interna ed altre mansioni accessorie da svolgere presso i varchi, gli edifici e l'anello viario dell'A.O.U. Federico II (Lotto 1).

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Universitaria "Federico II" di Napoli;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2020, tenuta in videoconferenza ai sensi dell'art. 84, co. 6, d.l. n. 18/2020, il Cons. Giovanni Pescatore e uditi per le parti, a mezzo di note difensive, gli avvocati Arturo Testa, Antonio Messina e Daniele Marrama;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Cosmopol S.p.A. ha partecipato al Lotto 1 della gara indetta dall'Azienda Ospedaliera Universitaria "Federico II" di Napoli (di seguito A.O.U.) per l'affidamento del servizio polifunzionale, della durata di anni 4, di custodia, guardiania, reception, posta interna ed altre mansioni accessorie da svolgere presso i varchi, gli edifici e l'anello viario

dell'amministrazione aggiudicatrice.

2. Sul presupposto che l'offerta di Cosmopol, risultata prima graduata, superasse la soglia di possibile anomalia ex art. 97, comma 3, d.lgs. n. 50/2016, la stazione appaltante ha avviato il subprocedimento di verifica della sua congruità e lo ha concluso con esito negativo, giudicando l'offerta economicamente non sostenibile.

3. I rilievi della A.O.U. si sono appuntati sul fatto che: *i)* il trattamento di fine rapporto (di seguito TFR), esposto tra le voci inerenti al costo del personale, non sarebbe stato correttamente computato nella sua cifra complessiva, essendo stato escluso dalla sua base di calcolo l'importo relativo alle festività retribuite, le quali, avendo natura di indennità dal carattere "*non occasionale*", avrebbero dovuto essere conteggiate con riguardo alla posizione retributiva di ogni singolo lavoratore da impiegare nell'appalto; *ii)* l'importo degli oneri per la sicurezza sarebbe stato indebitamente parametrato alle ore annue mediamente lavorate, anziché al numero di lavoratori, così eludendo il costo minimo annuo di € 150,00 per ogni lavoratore, indicato nella tabella ministeriale di riferimento.

4. Con sentenza n. 5746/2019, il giudice di primo grado ha respinto le deduzioni avanzata dalla Cosmopol, ritenendo la prima delle ragioni addotte nel provvedimento impugnato assorbente ed idonea a giustificare l'estromissione della Cosmopol dalla gara.

Il ragionamento che ha condotto a tale conclusione si dipana nei seguenti passaggi:

-- la voce "*indennità che abbiano carattere non occasionale*", prevista quale componente obbligatoria dall'art. 55 del CCNL ai fini del calcolo del TFR, si presta a ricomprendere nel suo ambito, proprio per la sua ampia formulazione, ogni indennità (come le festività retribuite) collegata alla particolare organizzazione del lavoro, anche se non corrisposta con regolare ripetitività;

-- d'altra parte, l'art. 2120 c.c., comma 2, nel definire la nozione di retribuzione ai fini del calcolo del TFR, non richiede, a differenza del suo precedente testo, la ripetitività regolare e continua delle prestazioni e dei relativi compensi, ma statuisce

piuttosto che questi ultimi vanno esclusi dal suddetto calcolo solo in quanto sporadici ed occasionali, come tali dovendosi intendere solo quelli dipendenti da ragioni aziendali del tutto imprevedibili e fortuite;

-- a giustificazione dell'incongruenza di calcolo presente nell'offerta della Cosmopol non vale invocare la compensazione dei maggiori costi per festività retribuite con l'utile d'impresa o con i costi di rivalutazione del TFR, in quanto nel caso di specie l'offerta della società ricorrente si è attestata, nella definizione dei costi del personale, al di sotto dei minimi salariali imposti dalla legge e dalla contrattazione collettiva, costituendo il TFR retribuzione differita ed essendo le festività retribuite componente della sua base di calcolo. Tale violazione dei minimi salariali integra in sé un indice assorbente di anomalia dell'offerta, non superabile da alcuna giustificazione di sorta ed implicante la doverosa esclusione dell'impresa concorrente;

-- a tanto conduce l'esame del combinato disposto di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, il quale ammette la derogabilità delle indicazioni del costo del lavoro fissate nelle tabelle ministeriali qualora lo scostamento non sia macroscopico e l'impresa fornisca idonea giustificazione; ma, al contempo, esclude la derogabilità dei minimi salariali contemplati dalla legge o dalla contrattazione collettiva, precludendo la giustificazione delle relative violazioni.

5. In questa sede di appello, Cosmopol svolge l'opposta tesi secondo cui la violazione dei minimi salariali non solo non sussiste (poiché la controversa voce delle festività retribuite non incide sull'osservanza della retribuzione minima salariale complessivamente intesa) ma non è neppure stata eccepita dalla stazione appaltante, essendo stata introdotta *extra petitum* dal giudice di primo grado.

In ogni caso, l'eventuale incongruenza della voce retributiva determinerebbe un incremento di costo complessivo (pari a circa € 4.000,00) non in grado di incidere sul trattamento salariale minimo globalmente inteso, trovando esso ampia

compensazione sia nella stima del trattamento retributivo, conteggiata nell'offerta Cosmopol ben al di sopra della soglia minima di legge; sia nel margine di utile residuo (€ 70.000,00), ampiamente superiore ad entrambi i maggiori oneri per costi del lavoro e della sicurezza (pari rispettivamente a circa € 4000,00 ed € 12.000,00) contestati dalla stazione appaltante.

Difatti, Cosmopol ha formulato una offerta di complessivi € 11.681.200,00, indicando costi del lavoro pari € 11.491.200,00 e costi per la sicurezza pari ad € 68.400,00.

6. Si è costituita in giudizio l'Azienda Ospedaliera Universitaria Federico II, la quale, oltre a replicare nel merito alle deduzioni avversarie, in via preliminare ha eccepito l'improcedibilità dell'appello, stante l'intervenuta aggiudicazione dell'appalto, non impugnata da Cosmopol.

7. L'istanza cautelare è stata accolta con ordinanza n. 93 del 17 gennaio 2020.

8. Con atto depositato il 14 maggio 2020, ha spiegato intervento *ad opponendum* la Team Security s.r.l., divenuta aggiudicataria dell'appalto in forza della delibera n. 997 del 17 dicembre 2019.

9. A seguito dello scambio delle memorie ex art. 73 c.p.a. e delle note di udienza ex art. 84 del d.l. n. 18 del 2020, la causa è stata infine posta in decisione all'udienza pubblica del 21 maggio 2020.

DIRITTO

1. - L'eccezione di improcedibilità sollevata dalla parte appellata si è rivelata in corso di giudizio destituita di fondamento, in quanto la Cosmopol ha documentato l'avvenuta tempestiva impugnazione, con distinto ricorso, del provvedimento di aggiudicazione del 17 dicembre 2019. La stessa amministrazione ne ha preso atto, con memoria datata 1° giugno 2020, confermando l'inattualità del rilievo.

2. - Venendo al merito dell'appello, va innanzitutto respinto il primo motivo, riferito all'esorbitanza della pronuncia di primo grado rispetto ai limiti contenutistici del

provvedimento impugnato, posto che quest'ultimo farebbe esclusivo riferimento all'art. 97 comma 5 del d.lgs. n. 50 del 2016 (e quindi all'inosservanza dei minimi salariali retributivi), mentre la prima ha argomentato circa il mancato rispetto da parte dell'appellante dei trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o dalle fonti, di cui al successivo comma 6 dell'art. 97.

2.1. - Il Collegio dissente, innanzitutto, sulla premessa in fatto della deduzione, in quanto l'atto di esclusione stigmatizza il mancato conteggio delle festività retribuite nella base di calcolo del TFR, senza tuttavia fare esplicito richiamo ad alcuno dei commi dell'art. 97 del Codice appalti.

2.2. – Ciò posto, il tracciato motivazionale del provvedimento si presta, in considerazione del suo contenuto (incentrato sulla non corretta quantificazione del TFR), alla qualificazione che ne ha proposto il primo giudice (con riferimento all'art. 97 comma 6), in alternativa a quella meno restrittiva avanzata dalla parte appellante (con esclusivo riferimento all'art. 97 comma 5).

3. - Quanto al merito della censura e, quindi, al tema della supposta violazione dei minimi salariali contemplati dalla legge o dalla contrattazione collettiva (art. 97 comma 6), i rilievi svolti dalla parte appellante sono fondati e meritano di essere accolti.

3.1. - Costituisce dato pacifico all'esito del procedimento di verifica dell'anomalia (in quanto giammai revocato in dubbio dalla stazione appaltante) che, a fronte di un minimo inderogabile del trattamento salariale pari ad € 11,79, l'offerta della ricorrente garantisce una paga oraria pari ad € 15,12 (si vedano le tabelle riassuntive riportate alle pagg. 5 e ss. dell'atto di appello e le note giustificative allegate nel procedimento di verifica dell'anomalia). In termini globali, se il costo complessivo minimo inderogabile della manodopera è pari ad € 8.960.400,00, l'importo indicato da Cosmopol risulta di € 11.491.200,00.

Di contro, la sottostima riferita al computo del TFR è quantificabile in € 4.000,00.

3.2. - Ciò posto, non appare condivisibile la tesi del primo giudice secondo la quale l'incongruenza di una singola voce di trattamento stipendiale, pur a fronte di un importo complessivo ampiamente al di sopra dei minimi, determinerebbe di per sé la violazione del divieto di incisione del minimo retributivo, né potrebbe essere corretta, o altrimenti compensata, con i margini sovrabbondanti di altre componenti del trattamento retributivo.

Sottesa a questo ragionamento vi è l'idea secondo cui per "salario minimo" debba intendersi non (solo) un minimo economico ma una sorta di minimo di composizione strutturale per voci, tutte indifferentemente essenziali, sicché la sottostima o l'omissione della singola componente di costo sarebbe idonea a determinare un giudizio di anomalia dell'offerta economica nel suo insieme, pur in presenza di un trattamento salariale globale (e di un TFR) ampiamente al di sopra dei minimi di legge.

3.3. - Una tale impostazione non pare sostenibile innanzitutto alla stregua del disposto dell'art. 97 comma 6 ("*Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge*") il quale, nella sua stessa formulazione testuale, deve intendersi riferito al trattamento economico (mensile e TFR) complessivamente dovuto, con la conseguenza che, se tale parametro è rispettato, l'eventuale singola voce considerata in misura non conforme ben può essere compensata dagli altri addendi retributivi.

3.4. - Nello stesso senso vale il principio, tralaticciamente invalso nell'ambito delle gare pubbliche di appalto, secondo il quale il giudizio di incongruenza dell'offerta economica deve essere condotto in termini sintetici e globali, quindi allargando lo sguardo a tutti gli elementi positivi e negativi, attraverso una valutazione complessiva che sia in grado di compensare voci di prezzo eccessivamente basse con altri e maggiormente capienti elementi dell'offerta (v., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, n. 4871/2019).

3.5. - D'altra parte, è obiettivo proprio del giudizio di congruità delle offerte quello non già di ricercare specifiche inesattezze di ogni elemento dell'offerta, bensì di valutare se, globalmente considerata, la proposta economica sia seria ed attendibile e se i prezzi offerti trovino rispondenza nella realtà, sia di mercato che aziendale, cioè se gli stessi siano verosimili in relazione alle modalità con cui si svolge il lavoro, alle dimensioni dell'azienda, alla capacità di effettuare acquisti convenienti o di realizzare particolari economie ed efficienze di spesa (Cons. Stato, sez. III, n. 5880/2018).

3.6. - Sono le stesse tabelle ministeriali, infine, ad avvalorare questo ragionamento, nel momento in cui individuano un valore globale e di sintesi (costo medio orario) quale risultante di riferimento tendenziale della composizione di plurimi elementi retributivi e contributivi.

3.7. - Nel contesto della composizione delle diverse voci del costo del lavoro, deve quindi ammettersi una compensazione tra sotto-elementi retributivi, ovvero tra voci stimate in eccesso ed altre stimate in difetto, laddove comunque inidonee a far abbassare il livello salariale complessivo al di sotto dei minimi di legge.

3.8. - Nel caso di specie, non solo i minimi salariali risultano rispettati, ma anche i maggiori oneri della sicurezza contestati dalla stazione appaltante nel maggior importo di € 12.000,00, trovano agevole compensazione nel margine di utile pari ad € 70.000,00, del quale l'amministrazione avrebbe dovuto tenere conto, trattandosi di un dato direttamente evincibile dall'offerta, ove anche non enfaticamente segnalato nei giustificativi.

Dunque, indipendentemente dalla correttezza o meno delle settoriali discordanze rilevate nel provvedimento di esclusione, è la considerazione globale del costo del lavoro e della sostenibilità economica dell'offerta nel suo insieme che appalesa l'erroneità della valutazione operata dalla stazione appaltante, in quanto disancorata sia dalla interpretazione globale del concetto di minimo salariale; sia dal parametro

metodologico che impone di condurre il vaglio di sostenibilità in termini unitari e sintetici.

3.9. - Aggiungasi che la divergenza sulla stima delle voci di costo qui controverse è derivata da diverse interpretazioni della normativa applicabile e da una discordante individuazione dei parametri ai quali rapportare la relativa quotazione. Si può quindi escludere che vi sia stato qualunque intento sleale e capzioso - violativo delle regole generali di correttezza che governano la logica relazionale del "contatto sociale qualificato" che si instaura nel corso della procedura della evidenza pubblica – in sé sintomatico di scarsa affidabilità dell'operatore.

3.10 - Al contempo, il margine di incertezza interpretativa sussistente sulla tematica del calcolo del TFR (a riprova del quale rileva il fatto che la stessa stazione appaltante si è avvalsa dell'ausilio di un consulente del lavoro) può deporre quale scusante della limitata e scusabile rettifica introdotta da Cosmopol a seguito del confronto in contraddittorio con l'amministrazione.

4. - Resta da esaminare l'atto di intervento *ad opponendum*, promosso da Team Security nella sua asserita qualità di controinteressato sopravvenuto, in quanto aggiudicatario dell'appalto in forza del provvedimento del 17 dicembre 2019.

4.1. - Il ruolo processuale rivendicato dall'asserita controinteressata è in realtà oggetto di contrasto tra le parti, in quanto il provvedimento di aggiudicazione è stato in seguito revocato dalla stazione appaltante con atto del 4 marzo 2020, avverso il quale la stessa Team Security ha prospettato nei suoi scritti difensivi una imminente (ma mai documentata) impugnazione.

4.2. - Nell'atto di intervento si sviluppano sia argomenti in adesione a quelli già svolti dall'amministrazione appellata, sia deduzioni aggiuntive.

Quanto a queste ultime, si sostiene la tesi per cui Cosmopol in sede di gara avrebbe indicato i costi della manodopera separatamente dai costi per oneri della sicurezza, salvo poi, in sede di giustifiche, individuare i costi per gli oneri della sicurezza quale

parte dei costi della manodopera. In tal modo, esse sarebbe riuscita a "simulare" un inesistente utile d'impresa (pari a circa € 70.000,00), in realtà non invocabile a compensazione dei maggiori costi della sicurezza (per € 12.000,00) e del lavoro (per € 4.000,00) eccepiti dalla stazione appaltante.

Più precisamente, secondo Team Security, il costo medio orario (pari ad € 15,12) indicato da Cosmopol andrebbe integrato degli oneri della sicurezza individuali (€ 0,09) e, così rideterminato, raggiungerebbe l'importo complessivo medio orario di € 15,21. Di conseguenza, le spese complessive per il personale (manodopera+sicurezza) ammonterebbero ad € 11.559.600,00, importo che poi andrebbe sommato ai costi per migliorie ed ai costi generali (pari a € 119.684,00), dal che residuerebbe un utile (di € 1.916,00) di gran lunga inferiore a quello ipotizzato da Cosmopol (€ 70.000,00).

Con un ulteriore argomento, Team Security asserisce che la *lex specialis* subordinerebbe al gradimento della stazione appaltante la possibilità di utilizzare personale ulteriore rispetto a quello derivante dal cambio appalto. Dunque, la base di computo del costo del lavoro dovrebbe essere rimodulata in virtù di questa corretta interpretazione della platea dei lavoratori

effettivi.

4.3. - Il Collegio ritiene che, in disparte la questione della ritualità dell'atto di intervento (dalla quale si prescinde in applicazione del criterio della ragione più liquida), le deduzioni con esso formulate risultano inammissibili e infondate sotto plurimi profili, puntualmente eccepiti da Cosmopol:

-- innanzitutto, gli argomenti che sorreggono le deduzioni di Team Security non integrano motivazioni poste a fondamento del provvedimento di esclusione impugnato. La stazione appaltante ha eccepito l'erroneità del calcolo degli oneri della sicurezza sotto il solo profilo della loro parametrizzazione alle ore annue mediamente lavorate, anziché al numero di lavoratori. Nulla ha eccepito circa l'incidenza degli oneri della sicurezza sul margine di utile e sulla complessiva sostenibilità dell'offerta,

né ha rilevato incongruenze sulla asserita confluenza, solo in sede di giustificazione dell'offerta, dei costi della sicurezza nel costo complessivo della manodopera. Al contempo, la parte interveniente riveste una posizione processuale che non può in alcun modo legittimarla all'ampliamento della *res controversa*, sicché, sotto entrambi i menzionati profili, le questioni poste non possono integrare il *thema decidendum*;

-- sotto un secondo riguardo, è rilevante considerare che i costi della manodopera e degli oneri della sicurezza offerti da Cosmopol superano per € 484.812,00 quelli indicati da Team Security. Si tratta di un differenziale che in sé certamente indebolisce la persuasività di deduzioni che, ove ritenute fondate, finirebbero per rivelare ("*contra factum proprium*") l'illegittimità della stessa situazione giuridica vantata dal soggetto interventore (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 1605/2015). Né vale invocare, da parte della società interveniente, il carattere eterogeneo e non comparabile delle due offerte, poiché di tutte le molteplici variabili che in astratto potrebbero concorrere a differenziare l'impostazione delle due offerte, in modo da renderle tra di loro non comparabili, la Team Security, pur sollecitata ad argomentare sul punto dalla controparte, non ne ha allegata e comprovata alcuna;

-- infine, gli argomenti di merito spesi nell'atto di intervento non trovano riscontro negli elementi documentali in atti. In particolare, la tesi dedotta dall'interveniente con riguardo alla fittizietà del margine di utile indicato da Cosmopol risulta smentita *per tabulas* dalle risultanze del procedimento di verifica dell'anomalia. Il modello riepilogativo dei costi della manodopera predisposto da Cosmopol in sede di giustifiche contiene, in aggiunta rispetto al medesimo modello offerto dalle Tabelle Ministeriali, la voce relativa agli "oneri della sicurezza" nella misura indicata in offerta di € 150,00 per ciascuna unità. A conferma di questa integrazione di costo, si legge nella stessa descrizione della "Tabella Costo medio orario della manodopera" predisposta nelle giustifiche di Cosmopol: "*Per quanto appena descritto il costo medio orario delle unità da impiegare sarà pari a 15,12 e, come riportato nella seguente tabella*

riepilogativa, ricomprende l'incidenza degli oneri della sicurezza individuali nella Tabella Ministeriale in € 0,09, ovvero 150 / 1603'.

Dunque, diversamente da quanto sostenuto da Team Security, il costo della manodopera

indicato in € 15,12 (come si evince dalla Tabella citata) è già inclusivo del costo di € 0,09 per oneri della sicurezza. Non a caso esso risulta superiore al valore riportato nelle stesse Tabelle Ministeriali. Non ha quindi ragion d'essere la pretesa di sommare nuovamente al costo della manodopera i medesimi costi (già considerati) degli oneri della sicurezza in misura di € 0,09, giungendo ad un apodittico ricalcolo del costo orario in € 15,21 e a un residuo utile di € 1.916,00;

-- lo stesso giudice di primo grado, pur escludendo la fattibilità dell'operazione di compensazione, non ha affatto negato la portata del margine di utile stimato da Cosmopol.

Restano quindi ferme le considerazioni già esposte in merito alla capienza della riserva di utile, quale elemento apprezzabile ai fini del giudizio di sostenibilità dell'offerta economica.

4.4. - Aggiungasi, con riguardo all'ulteriore rilievo riferito al numero di lavoratori effettivi da impiegare nella commessa, che la stazione appaltante, all'esito del procedimento di verifica della congruità dell'offerta di Cosmopol, ha ritenuto di imputare per la voce relativa agli oneri della sicurezza maggiori costi per € 12.000,00. Non vi è possibilità per l'interventore di ricalcolare *in peius* tale cifra, contestando la scelta di Cosmopol di utilizzare personale ulteriore rispetto a quello derivante dal cambio appalto, in difetto di alcun rilievo sollevato in tal senso da parte della stazione appaltante.

4.5. - Risultano infine inammissibili, in quanto anch'essi estranei al contenuto delle valutazioni espresse in sede di gara dall'amministrazione e al contenuto delle sue conseguenti determinazioni, gli ulteriori rilievi sollevati dalla Tema Security con le note del 1° giugno 2020 (pagg. 9 - 16).

5. - Per le decisive e assorbenti ragioni sin qui esposte, l'appello merita di essere accolto, dal che consegue l'annullamento dell'atto di esclusione impugnato nel primo grado di giudizio.

6. - Stante la peculiarità delle questioni trattate e l'alternativo esito dei due gradi di giudizio, si ravvisano giusti motivi per disporre la compensazione delle relative spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla l'atto di esclusione con esso gravato.

Compensa le spese di lite dei due gradi di giudizio.

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