

## Sulla diversità tra soluzioni migliorative e varianti, nonché sulla verifica facoltativa di anomalia dell'offerta.

di Nicola Alessandro Lisco

Data di pubblicazione: 5-2-2022

*Le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo preclusa comunque la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'amministrazione, laddove le varianti si sostanziano invece in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria un'previa manifestazione di volontà della stazione appaltante.*

*La scelta di sottoporre l'offerta a verifica facoltativa di anomalia è rimessa all'ampia discrezionalità della stazione appaltante, che la dispone soltanto laddove, in base ad elementi specifici, l'offerta appaia anormalmente bassa. La facoltà di procedere comunque alla valutazione della congruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica riconosciuta dalla legge alle Amministrazioni aggiudicatrici, sindacabile esclusivamente in presenza di macroscopica illogicità, irragionevolezza, inadeguatezza dell'istruttoria, o travisamento del dato fattuale.*

### Guida alla lettura

La vicenda che occupa ha ad oggetto l'indizione da parte di una Stazione appaltante di una procedura aperta, da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento triennale del "servizio di assistenza antincendio, gestione e manutenzione dell'elisuperficie del P.O. San Michele".

La procedura in parola si era conclusa con l'affidamento del servizio in favore di uno dei due operatori economici partecipanti alla gara, sicché il secondo in classifica aveva proposto ricorso dinanzi al **T.a.r. Sardegna** chiedendo l'annullamento dell'aggiudicazione; il Giudice di primo grado, con la **sentenza n. 509/2021**, aveva respinto il gravame, così il ricorrente ha appellato la decisione dinanzi al Consiglio di Stato.

Or, le censure rivolte da quest'ultimo, dapprima avverso il provvedimento di aggiudicazione, poi nei confronti della sentenza in commento, hanno riguardato, per quel che qui è d'interesse: l'introduzione di una **variante** progettuale non consentita dalla legge di gara, nonché la mancata verifica della **congruità** dei **costi** della **manodopera** e del **sub-procedimento di verifica di anomalia** dell'offerta.

1. Con riferimento alla “prima” censura, l’appellante ha ritenuto che l’aver offerto, nell’ambito del servizio di assistenza antincendio, la fornitura (gratuita) di un impianto fisso antincendio - che la S.a. aveva previsto di realizzare a partire dal secondo anno di servizio - avrebbe costituito una **variante** non consentita dalla legge di gara con conseguente inammissibilità della proposta; l’aggiudicataria, invece, ha evidenziato come il servizio offerto fosse riconducibile a quelle **proposte migliorative** espressamente permesse dalla *lex specialis*.

Sul punto, il Consiglio di Stato, ha rimarcato, sin da subito, la pacifica interpretazione giurisprudenziale secondo cui: “... le **soluzioni migliorative** si differenziano dalle **varianti** perché le prime possono liberamente esplicarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo preclusa comunque la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall’amministrazione, laddove le **varianti** si sostanziano invece in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria un’previa manifestazione di volontà della stazione appaltante.

Siffatta distinzione si apprezza, in particolare, sul cd. “grado di interferenza” delle modifiche proposte sul progetto posto a base di gara, per cui le migliorie proposte non si traducono in una diversa ideazione dell’oggetto del contratto, cosa che accade, invece, con le varianti; infatti, si devono considerare tali quelle che, da un lato, non comportano rilevanti modifiche del progetto previsto dal bando, per l’altro, consentono di soddisfare le esigenze della S.a. in modo flessibile (in questi termini: Cons. Stato, sez. V, 8 ottobre 2019, n. 6793; 14 maggio 2018, n. 2853; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 5 ottobre 2020, n. 4212).

Sulla scorta di tali considerazioni di carattere generale, oltreché della specificità del servizio posto a base di gara, il Giudice d’appello ha qualificato la proposta dell’impianto antincendio fisso come **miglioria** consentita (non, dunque, come variante); tanto, sull’assunto per cui: “*l’intraneità od estraneità della miglioria proposta rispetto all’oggetto del contratto nel caso di specie va valutata in relazione al fatto che l’aggiudicataria nel caso di specie ha sicuramente proposto una prestazione relativa a tale oggetto ...*”.

2. Sulla censura inerente la mancata verifica della **congruità** dei **costi** della **manodopera** e sulla altrettanto assente attivazione del sub procedimento di **verifica** di **anomalia** dell’**offerta** va osservato che, com’è noto, gli art. 95, comma 10 e 97, comma 6 d.lgs. n. 50/2016 prevedono rispettivamente:

*“Nell’offerta economica l’operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ... Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell’aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all’articolo 97, comma 5, lettera d)”*;

*“Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge. Non sono, altresì, ammesse*

*giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza di cui al piano di sicurezza e coordinamento ... La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”.*

Sui **costi della manodopera** è pacifico l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui, la loro mancata indicazione concreta la violazione della specifica prescrizione imposta dall'articolo 95, comma 10, *cit.*, e la conseguente esclusione dalla gara.

Siffatta conseguenza, sul piano sostanziale, segnala la rilevanza dei beni giuridici tutelati poiché risulta evidente come mediante la norma in parola si intenda garantire la tutela del lavoro sia sotto il profilo della applicazione dei contratti collettivi (indi, della tutela della retribuzione dei lavoratori ai sensi dell'art. 36 Cost.), sia sotto il profilo della salute e della sicurezza dei lavoratori (ex art. 32 Cost.); l'indicazione del costo della manodopera svolge, quindi, una duplice funzione: non solo ai fini dell'eventuale giudizio di anomalia (che ha come unico scopo la verifica della congruità dell'importo indicato dall'offerente come costo del personale) ma, prima ancora, in sede di predisposizione dell'offerta economica, al fine di formulare un'offerta consapevole e completa sotto i profili cennati (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 giugno 2020, n. 3972).

La verifica dei costi in parola coinvolge, tuttavia, soli quelli diretti della commessa escludendo, dunque, i costi per le figure professionali coinvolte in ausilio e solo in maniera occasionale secondo esigenze non prevenibili (quali quelle, ad es., che hanno un ruolo direttivo o di coordinamento); ciò in quanto l'esigenza di tutela è avvertita solo per i dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, come voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell'offerta.

Non accedono alla medesima tutela, quindi, le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente ovvero lo fanno in maniera trasversale a vari contratti, il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all'offerta da presentare per il singolo appalto (*ex multis*, T.a.r. Lazio, Roma, sez. II, 28 settembre 2021, n. 10021; *idem*, sez. III, 12 luglio 2021, n. 8261).

2.1 Stante la su citata premessa, va precisato, come efficacemente fatto dalla sentenza in commento, che, stante la circostanza per cui a concorrere alla gara v'erano solo due partecipanti: *“La scelta di sottoporre l'offerta a **verifica facoltativa di anomalia** è rimessa all'ampia discrezionalità della stazione appaltante, che la dispone soltanto laddove, in base ad elementi specifici, l'offerta appaia anormalmente bassa. La facoltà di procedere comunque alla valutazione della congruità dell'offerta costituisce espressione di **discrezionalità tecnica** riconosciuta dalla legge alle Amministrazioni aggiudicatrici, sindacabile esclusivamente in presenza di macroscopica illogicità, irragionevolezza, inadeguatezza dell'istruttoria, o travisamento del dato fattuale”.*

Tale scelta, trattandosi di una valutazione corredata da ampia discrezionalità, non necessita di esser corredata da una compiuta motivazione, sicché non è soggetta alla discrezionalità del giudice amministrativo se non per le su citate ipotesi di eccesso di potere (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 11 maggio 2021, n. 3710).

A ogni buon conto, il Giudice adito, nel merito, ha rappresentato che: “... *le contestazioni della ricorrente sul **costo del lavoro** sono del tutto generiche e non tengono conto del fatto che: a) nelle gare di appalto, l’elemento “costo del lavoro” è composito e non deve essere considerato atomisticamente e rigidamente, ma va valutato nel complesso dell’organizzazione imprenditoriale; occorre distinguere tra “costo reale” – costituito da quanto dovuto dal datore di lavoro per il singolo lavoratore quale sia il numero di ore effettivamente lavorate – e “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 ...; b) l’operatore economico, mediante l’organizzazione dell’impresa, può sempre realizzare economie di scala ... 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 alla stessa procedura di gara”.*

3. Alla luce di tanto, il Consiglio di Stato ha rigettato il gravame e condannato l’appellante alla refusione delle spese di lite in favore delle parti appellate.

**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 6377 del 2021, 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;

***contro***

l’Azienda di Rilievo Nazionale ed Alta Specializzazione G. Brotzu, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’avvocato Giulio Steri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Elisicilia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Borgia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) n. 00509/2021, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Arnas G. Brotzu e di Elisicilia S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 novembre 2021 il Cons. Giovanni Tulumello e viste le conclusioni delle parti come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Con Deliberazione n. 1663 del 17.12.2020, l'Azienda di Rilievo Nazionale ed Alta Specializzazione (Arnas) G. Brotzu ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del "servizio di assistenza antincendio, gestione e manutenzione dell'elisuperficie del P.O. San Michele" per un periodo di tre anni.

Alla procedura di gara, da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per un valore stimato triennale di € 774.177,00; hanno partecipato due operatori economici: Gruppo Servizi Associati S.p.A. (d'ora in avanti anche solo "GSA") ed Elisicilia s.r.l.

Con Deliberazione n. 194 del 17.2.2021 è stata disposta l'aggiudicazione in favore di Elisicilia.

Di tale aggiudicazione, GSA ha chiesto l'annullamento con ricorso R.G. n. 221/2021 proposto al T.a.r. Sardegna.

Il T.a.r. ha respinto il ricorso con la sentenza n. 509/2021.

Con ricorso in appello notificato e depositato l'8 luglio 2021, il GSA ha impugnato l'indicata sentenza chiedendone l'annullamento, previa adozione di idonea misura cautelare.

Si sono costituite in giudizio Elisicilia s.r.l e l'A.r.n.a.s. G. Brotzu chiedendo, con motivazioni analoghe, il rigetto del ricorso in appello.

Alla camera di consiglio del 26 agosto 2021, fissata per l'esame dell'incidente cautelare, il ricorso è stato rinviato al merito.

Il ricorso in appello è stato definitivamente trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 25 novembre 2021.

2. Il primo motivo di appello censura il capo della sentenza gravata con cui il T.A.R. ha respinto il motivo del ricorso di primo grado relativo alla realizzazione dell'impianto antincendio.

Ad avviso del Tar la fornitura di un impianto fisso antincendio automatico costituisce una ragionevole valorizzazione del servizio di assistenza antincendio, che ne incrementa le prestazioni, per cui legittimamente la Commissione lo ha ritenuto non idoneo ad alterare l'oggetto dell'appalto.

L'appellante sostiene in contrario che Elisicilia avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per avere offerto la realizzazione dell'impianto antincendio che era, invece, a carico della stazione appaltante, introducendo così una "variante" non consentita dalla legge di gara, in violazione quindi degli artt.1, 2, 6, 8 e 12 del Capitolato.

Elisicilia resiste all'appello, sostenendo che la miglioria proposta rientri tra quelle ammissibili: la circostanza che la stazione appaltante ha previsto di realizzare a proprio carico, a partire dal secondo anno di servizio, un impianto fisso di spegnimento antincendio, non precludeva di certo ai partecipanti alla gara di potere offrire (gratuitamente), come miglioria, la fornitura di un impianto antincendio.

La legge di gara (art.13 del Capitolato) contemplava infatti con espressione ampia la possibilità di proporre "... qualunque ulteriore proposta migliorativa che possa garantire maggiore funzionalità e sicurezza al servizio offerto ...".

3. Il mezzo è infondato.

In merito alla distinzione fra proposta migliorativa e variante, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (ribadita da ultimo dalla sentenza n. 4754/2021) è pacifica nel ritenere che, allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il criterio discrezionale si fonda sul fatto che le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo preclusa comunque la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'amministrazione; laddove le varianti si sostanziano invece in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante.

Costituisce, altresì, orientamento consolidato in giurisprudenza quello secondo cui la valutazione delle offerte tecniche, come pure delle ragioni che giustificano la soluzione migliorativa proposta quanto alla sua efficienza e alla rispondenza alle esigenze della stazione appaltante, costituisce espressione di un'ampia discrezionalità con conseguente insindacabilità nel merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla commissione ove non inficiate da microscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza (Consiglio di Stato

Sez. IV n. 2853/2018).

Nel caso in esame la Stazione Appaltante ha inteso affidare il servizio di assistenza antincendio, gestione e manutenzione dell'elisuperficie.

Dal disciplinare di gara risulta che sarebbe stato a carico della stazione appaltante la realizzazione dell'impianto fisso antincendio a partire dal secondo anno, con conseguente riduzione del personale da due ad una unità.

Ritiene il Collegio che la proposta di Elisicilia non si ponga in contrasto con il disciplinare di gara per il solo fatto di prevedere l'impianto fisso.

Tale miglioria, peraltro, nella valutazione effettuata dalla commissione non ha assunto particolare rilievo, come risulta dai verbali di gara: come ha condivisibilmente osservato la sentenza gravata, *"Elisicilia ha ottenuto il punteggio massimo per la sua offerta tecnica avendo offerto anche altro e di più"*.

In ogni caso, quand'anche fosse stato riscontrato il supposto contrasto, questo avrebbe tutt'al più condotto a una non valutazione della miglioria, e non anche alla inammissibilità della proposta così come sostenuto dall'appellante.

Nel caso in esame, e alla luce di quanto appena richiamato, la proposta dell'impianto fisso deve ritenersi dunque qualificabile come miglioria consentita, permettendo questa di realizzare obiettivi che la stessa azienda si prefiggeva in tempi più lunghi, senza apportare modifiche progettuali.

In ogni caso la miglioria risulta, come detto, legittimata dalla stessa disciplina di gara.

In altri termini, vero è che il disciplinare di gara prevede la realizzazione dell'impianto a carico dell'Amministrazione a partire dal secondo anno; ma è altresì vero che l'art. 13 del Capitolato prevede la possibilità di proporre qualunque proposta migliorativa (beninteso, nell'ambito dell'oggetto della prestazione negoziale: il quale si caratterizza anche in relazione al richiamato elemento diacronico).

In altre parole, l'intraneità od estraneità della miglioria proposta rispetto all'oggetto del contratto nel caso di specie va valutata in relazione al fatto che l'aggiudicataria nel caso di specie ha sicuramente proposto una prestazione relativa a tale oggetto, per il periodo in cui la stazione appaltante non vi avrebbe provveduto direttamente.

Che tale prestazione sia inclusa nell'oggetto negoziale lo si ricava proprio, *per tabulas*, dalla scelta dell'amministrazione di provvedervi essa stessa a partire da secondo anno (il che dimostra l'attributo dell'inerenza, ed anzi quello della necessarietà).

Che vi fossero margini per una proposta migliorativa in tal senso emerge dalla circostanza che per il primo anno vi fosse un vuoto prestazionale da colmare.

La sentenza gravata resiste dunque alle critiche formulate con il mezzo in esame nella parte in cui ha ragionevolmente ritenuto che la realizzazione di un impianto antincendio automatico, nell'ambito di un servizio di assistenza antincendio, possa rientrare tra le migliori in grado di garantire maggiori funzionalità e sicurezza del servizio offerto.

4. Il secondo motivo di appello censura il capo della sentenza gravata con cui il T.A.R. ha respinto il motivo del ricorso di primo grado relativo al contenuto dell'offerta di Elisicilia, nella parte relativa al numero degli addetti al servizio antincendio.

Secondo l'appellante Elisicilia avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver rispettato quanto richiesto dal Capitolato, che stabilisce che "la squadra antincendio sarà costituita da due addetti contemporaneamente presenti".

La possibilità di utilizzare un solo addetto all'assistenza antincendio è stata prevista solo a partire dal secondo anno di contratto, in concomitanza con l'avvento del sistema di spegnimento che l'Amministrazione ha stabilito di realizzare a proprio carico.

Il Tar ha ritenuto infondata la censura sollevata in primo grado da GSA e riproposta in appello, in quanto la riduzione del personale conseguente al proposto sistema di antincendio fisso è stata ritenuta conforme a quanto statuito dall'art. 9 c. 2 del Decreto 238/07 il quale ricollega la riduzione del personale addetto all'assistenza antincendio alla realizzazione dell'impianto fisso di spegnimento incendi.

5. L'infondatezza del mezzo in esame è conseguenza dell'infondatezza del precedente.

Come correttamente osservato dal giudice di primo grado, *"Nell'offerta tecnica dell'aggiudicataria si legge che "La dotazione dell'impianto fisso di spegnimento incendi consentirà sin dal primo anno di servizio una riduzione del personale addetto all'assistenza antincendio (da due a una unità), così come indicato dal Decreto 238/07, art. 9 c. 2.". Siccome Elisicilia ha offerto, del tutto legittimamente, come si è visto, un impianto automatico di rilevazione antincendio è del tutto logica la previsione della riduzione del personale impiegato nel servizio"*.

Una volta chiarito che l'offerta di Elisicilia è, sul punto, una miglioria consentita (nei termini, contenutistici e funzionali, sopra ricostruiti), la riduzione del personale in essa contemplata non può essere letta come una violazione del bando di gara, quanto piuttosto come una coerente conseguenza della proposta migliorativa offerta.

Si legge all'art. 6 del Capitolato speciale d'appalto che la squadra antincendio sarà costituita da due addetti contemporaneamente presenti, e che il servizio assistenza antincendio elisuperficie dovrà essere svolto ogni giorno dal lunedì alla domenica sempre da due addetti.

La possibilità di utilizzare un solo addetto all'assistenza antincendio è contemplata solo con l'avvio del sistema di spegnimento automatico.

Quanto previsto nell'offerta tecnica dell'aggiudicataria si pone dunque perfettamente in linea



con il quadro normativa della gara *de qua*, avendo l'aggiudicataria proposto la riduzione del personale (contemplata dal capitolato) in virtù della miglioria proposta (impianto fisso) e in aderenza alla disciplina di gara.

6. Il terzo motivo di appello censura il capo della sentenza gravata con cui il T.A.R. ha respinto il motivo del ricorso di primo grado relativo alla ritenuta equivocità ed indeterminata dell'offerta Elisicilia, nella parte relativa alla miglioria di cui si discute.

Sostiene GSA che l'offerta di Elisicilia non sarebbe "seria" perché, proprio col riconoscere che occorre la certificazione dei Vigili del Fuoco, si rende incerta, indeterminata e condizionata.

L'indeterminatezza sarebbe anche confermata dal contenuto dell'offerta economica, avendo l'aggiudicataria dichiarato il solo valore annuale del servizio in € 178.060,71 senza tuttavia indicare per ciascuna annualità l'importo del costo della manodopera.

Il Tar ha ritenuto infondata tale censura in appello riproposta in quanto *"Dichiarare che l'impianto antincendio offerto come miglioria debba essere certificato prima dell'entrata in funzione è un fatto che attesta la serietà dell'offerta e non la sua indeterminatezza"*.

Anche questo mezzo è infondato: alle richiamate valutazioni del primo giudice, non superate dalla riproposizione degli stessi argomenti da parte dell'appellante, è sufficiente aggiungere che una volta ammessa la miglioria in questione, essa si connota strutturalmente per il requisito normativo in parola, sicché tale contenuto dell'offerta non è affatto indeterminato o condizionato, ma piuttosto conforme al regime normativo della prestazione che ne costituisce oggetto.

L'ottenimento della certificazione è infatti funzionale al soddisfacimento delle esigenze preventive volte a garantire la necessaria sicurezza alla luce soprattutto delle caratteristiche e peculiarità delle funzioni del sistema antincendi di cui si discute.

Inoltre, anche a proposito del motivo in esame il T.A.R. ha osservato, per la parte che qui rileva, che *"non vi è traccia in nessun verbale di gara del fatto che l'aggiudicazione disposta in favore di Elisicilia sia avvenuta sulla base della decisiva offerta dell'impianto di spegnimento automatico"*.

Per quanto riguarda poi la parte della censura inerente la mancata indicazione annuale dei costi per la manodopera, si rinvia all'esame del motivo successivo.

7. Il quarto motivo di appello censura il capo della sentenza gravata con cui il T.A.R. ha respinto il motivo del ricorso di primo grado, che lamentava che Elisicilia si fosse limitata a dichiarare nella propria offerta economica "la stima annuale media del costo della manodopera", anziché detto costo in ciascun anno di contratto, in contrasto con quanto previsto dagli articoli 2 e 11 del Capitolato.

Anche questo motivo è infondato.

Il T.A.R. ha in proposito ritenuto che *“L’art. 95 comma 10 del Codice dei contratti così dispone: “Nell’offerta economica l’operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell’articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell’aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all’articolo 97, comma 5, lettera d)”. Non vi è quindi l’obbligo di suddividere i costi della manodopera per annualità. Tale obbligo non si rinviene nell’art. 95 comma 10 del Codice né nella legge di gara”.*

Ad avviso del Collegio la richiamata motivazione resiste agli argomenti di critica riproposti dall’appellante.

Il Capitolato di gara ha prescritto all’articolo 12 che: *“.. Gli Operatori Economici dovranno obbligatoriamente indicare il valore annuale del servizio a corpo, al netto del ribasso sull’importo a base d’asta ...”*, ed è quanto Elisicilia ha fatto, come risulta dalla lettura dell’offerta economica in cui è stato indicato l’importo annuale di € 178.060,71.

Dunque neppure la legge di gara imponeva di indicare il costo della manodopera scomposto anno per anno, e per di più a pena di esclusione.

8. Il quinto motivo di appello censura il capo della sentenza gravata con cui il T.A.R. ha respinto il motivo del ricorso di primo grado relativo alla mancata verifica della congruità dei costi della manodopera (che avrebbe dovuto condurre all’esclusione diretta di Elisicilia per violazione dei minimi salariali) e, in subordine, per mancata attivazione del sub-procedimento di anomalia, in presenza di conclamate ragioni per dubitare della sostenibilità, attendibilità e serietà dell’offerta prima classificata, a mente dell’art. 97, comma 6, del Codice.

Il T.A.R. ha in proposito ritenuto che *“La scelta di sottoporre l’offerta a verifica facoltativa di anomalia è rimessa all’ampia discrezionalità della stazione appaltante, che la dispone soltanto laddove, in base ad elementi specifici, l’offerta appaia anormalmente bassa. La facoltà di procedere comunque alla valutazione della congruità dell’offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica riconosciuta dalla legge alle Amministrazioni aggiudicatrici, sindacabile esclusivamente in presenza di macroscopica illogicità, irragionevolezza, inadeguatezza dell’istruttoria, o travisamento del dato fattuale. Ciò premesso, le contestazioni della ricorrente sul costo del lavoro sono del tutto generiche e non tengono conto del fatto che: a) nelle gare di appalto, l’elemento “costo del lavoro” è composito e non deve essere considerato atomisticamente e rigidamente, ma va valutato nel complesso dell’organizzazione imprenditoriale; occorre distinguere tra “costo reale” – costituito da quanto dovuto dal datore di lavoro per il singolo lavoratore quale sia il numero di ore effettivamente lavorate – e “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 (Consiglio di Stato, sez. V, 4 dicembre 2017, n. 5700; id. 18 dicembre 2017, n. 5939); b) l’operatore economico, mediante l’organizzazione dell’impresa, può sempre realizzare economie di scala (Consiglio di 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 alla stessa procedura di gara (Consiglio di Stato, Sez. III, 15 marzo 2021, n. 2168). La censura deve ritenersi quindi infondata posto che la ricorrente propone un proprio conteggio e vorrebbe sostituire la stazione appaltante in un apprezzamento invece altamente discrezionale”.*

9. Ad avviso del Collegio la richiamata motivazione resiste agli argomenti di critica riproposti dall'appellante.

G.S.A. ha praticato un ribasso d'asta del 38,1% ben superiore a quello praticato da Elisicilia del 31%, con una differenza in valore assoluto di oltre 55.000,00 euro.

Essendo inoltre soltanto due i partecipanti alla gara l'Amministrazione non era tenuta ad effettuare la verifica d'anomalia ai sensi dell'articolo 97, comma 3, del d.lgs. 50/2016;

Il successivo sesto comma della disposizione da ultimo richiamata stabilisce poi che: “La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”.

È pacifico che la “sfera di valutazione della congruità dell'offerta” rientri nell'ambito della “discrezionalità c.d. tecnica” dell'Amministrazione (Cons. Stato, ad. plen., 3 febbraio 2014 n. 8).

Nel caso di specie, fermi restando i limiti del sindacato sull'esercizio di tale valutazione, la determinazione della stazione appaltante di non procedere a valutazione di anomalia non appare viziata nel senso dedotto dall'appellante.

10. Quanto alla parte della censura concernente la violazione dei minimi salariali, osserva il Collegio che, come riconosce la stessa appellante nella memoria depositata il 9 novembre 2021, “*Con nota del 16.8.2021 (doc. 1 dell'Amministrazione) l'Amministrazione ha dato atto di aver avviato un procedimento volto alla verifica (ex art. 95, comma 10, del D.Lgs. n. 50/2016) dei costi della manodopera di Elisicilia*”.

La stazione appaltante ha quindi depositato in data 18 ottobre 2021 le giustificazioni rese da Elisicilia in data 20 settembre 2021 in merito alla congruità della propria offerta.

L'appellante non contesta la tardività di tale adempimento, ma ritiene che nel merito il motivo in esame non ne venga inficiato: ed anzi nella stessa memoria specifica che, avendo prioritario interesse allo scrutinio del primo motivo di appello, la fondatezza dello stesso comporterebbe “*l'inammissibilità dell'offerta, al di là e a prescindere dall'esito della verifica dei costi della manodopera ex art. 95, comma 10, D. Lgs. n. 50/2016 e dal contenuto della relazione di giustificazione di Elisicilia, comunque di per sé erroneo e, in ogni caso, non idoneo a dimostrare la congruità dei costi della manodopera*”.

Ritiene in argomento il Collegio che per giurisprudenza pacifica (da ultimo Consiglio di Stato, sez. V, sentenze n. 5239/2020 e n. 575/2021) lo scostamento dai minimi salariali rileva non come fattore ostativo all'ammissione dell'offerta in gara, ovvero all'aggiudicazione della gara

all'offerente, ma come dato sintomatico che impone alla stazione appaltante di valutare se tale elemento sia, o meno, indicativo della incongruità dell'offerta.

In altre parole, tale dato rileva non in modo assoluto ed automatico, ma nel contesto della complessiva struttura dell'offerta, dovendo essere valutato congiuntamente ad ogni altro elemento della stessa (all'art. 97, comma 5, lettera d, cod. contr. pubbl.).

Nel caso di specie, in disparte il rilievo della sussistenza comunque di elementi tali da fondare il giudizio di sostenibilità economica dell'offerta ritenuto dalla stazione appaltante (fra i quali la richiamata percentuale di ribasso, anche nella valutazione combinata con l'offerta concorrente), quest'ultima ha – sia pur tardivamente, nel corso del presente giudizio – proceduto a specifica verifica di congruità sotto lo specifico profilo considerato.

La parte appellante, che non ha dedotto la tardività di tale adempimento, accettando il contraddittorio sul punto, non ha neppure formulato specifici argomenti di critica ai suoi esiti: che, nei limiti di cui possono essere oggetto di sindacato giurisdizionale, non denotano comunque profili di manifesta illogicità od irragionevolezza tali da far ritenere fondato il profilo di censura in esame.

Del resto anche in memoria di replica l'appellante continua a subordinare, sul piano della dipendenza logica, l'affermazione dell'incongruità dell'offerta di Elisicilia alla censura sviluppata nel primo motivo di gravame, facendone discendere conseguenze invalidanti anche in relazione agli altri profili dedotti (*“Non vi è chi non veda come Elisicilia, nel tentativo di far quadrare i conti a seguito della richiesta di giustifiche sui costi della manodopera ricevuta dalla Stazione appaltante, abbia fatto ricorso nella richiamata relazione di giustificca all'applicazione di un costo orario irrisorio (pari a € 9,57), tale da non consentire il rispetto del trattamento minimo retributivo previsto dalle tabelle ministeriali allegate al CCNL Anisa, la cui applicazione era prescritta dal C.S.A.. Sia l'Amministrazione che la controinteressata, nelle proprie difese, nel tentativo di sminuire detta – ormai conclamata - circostanza continuano a fare gran conto sul fatto che l'importo complessivo triennale offerto in gara da GSA sia più basso di quello offerto da Elisicilia. Si tratta tuttavia di circostanza la cui ragione è ovvia, dal momento che GSA, diversamente da Elisicilia, non ha ricompreso nella propria offerta economica gli ingenti costi relativi alla fornitura dell'impianto fisso di spegnimento antincendio (inammissibilmente offerto dalla controinteressata)”*).

Così impostata la censura, però, essa risente inevitabilmente anche dell'accertata infondatezza del primo motivo: oltre ad essere infondata per le specifiche ragioni fin qui illustrate, inerenti la denunciata violazione degli artt. 95 e 97 del codice dei contratti pubblici.

11. Il sesto motivo di appello censura il capo della sentenza gravata con cui il T.A.R. ha respinto il motivo del ricorso di primo grado relativo all'attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche, ritenendo il mezzo estraneo ai limiti del sindacato giurisdizionale in materia.

Secondo GSA sarebbe stata determinante, ai fini dell'aggiudicazione della gara ad Elisicilia, la valutazione della miglioria relativa all'impianto antincendio, e per converso non sarebbero state valorizzate adeguatamente le migliorie contenute nella propria offerta.

Il mezzo è infondato.

Premessa la correttezza della valutazione del T.A.R. in merito alla estraneità della censura (che svolge profili di critica viziati da un approccio eminentemente soggettivo) ai limiti del sindacato giurisdizionale sulla abnormità, irragionevolezza od illogicità del percorso valutativo seguito dalla stazione appaltante, in ogni caso – come già accennato - non risulta affatto dalla lettura dei verbali di gara relativi alla valutazione delle migliorie che l'impianto antincendio offerto da Elisicilia sia stato determinante nell'attribuzione di un punteggio tecnico superiore.

D'altra parte la stazione appaltante, con affermazione rimasta incontestata, ha chiarito che *“la lex specialis prescriveva che le offerte migliorative dovevano essere inserite al punto 5). Pertanto, correttamente la commissione di gara ha esaminato solo quelle ivi inserite in conformità alla già richiamata previsione dell'art. 13 ove si legge: “Non saranno accettate offerte che non rispettino le indicazioni del presente capitolato ...”.*

12. Il settimo motivo di appello censura il capo della sentenza gravata con cui il T.A.R. ha respinto il motivo del ricorso di primo grado relativo alla necessità di consentire la riedizione della gara in caso di rigetto del primo motivo.

La tesi dell'appellante è nel senso che, ove ritenuta ammissibile la miglioria oggetto di tale censura, si dovrebbe ripetere la gara per consentire anche a G.S.A. di proporla.

Il mezzo è infondato.

Infatti, delle due l'una: o la miglioria in questione non era ammissibile, oppure (come accertato) lo era; e allora ogni concorrente avrebbe potuto e dovuto proporla in sede di formulazione dell'offerta.

L'ammissibilità della miglioria non discende dal provvedimento giurisdizionale: che si è limitato a scrutinare il motivo fondato sull'assunto opposto, ma dalla legge di gara, riconosciuta esente dai vizi denunciati.

13. Il rigetto dei motivi di gravame inerenti la domanda caducatoria comporta altresì la conferma della sentenza gravata in punto di rigetto della domanda risarcitoria, difettando l'elemento della condotta *non iure* del preteso danneggiante.

14 Il ricorso in appello è pertanto infondato, e come tale deve essere rigettato.

Le spese del giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la regola della soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna la parte appellante alla rifusione nei confronti delle parti appellate delle spese del

presente giudizio, liquidate, per ciascuna di esse, in complessivi euro tremila/00, oltre accessori.

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