

N. 00211/2016REG.PROV.COLL.

N. 05759/2015 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5759 del 2015, proposto da:  
Orienta S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Tozzi, con domicilio eletto presso lo studio legale Associato Quorum, in Roma, Via degli Scipioni, n. 281;

***contro***

Azienda Usl di Bologna, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Stefano Argnani, con domicilio eletto presso l'avv. Rosaria Russo Valentini in Roma, piazza Grazioli, n. 5;

***nei confronti di***

Obiettivo Lavoro S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Piazza, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Via Luigi Robecchi Bricchetti, n.10;

***per la riforma***

della sentenza breve del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA – BOLOGNA, SEZIONE

I, n. 496/2015, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di somministrazione di lavoro temporaneo per le aziende sanitarie - risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell' Azienda Usl di Bologna e di Obiettivo Lavoro S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 novembre 2015 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli avvocati Russo Valentini su delega di Argnani e Di Bonito su delega di Piazza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1.- Con ricorso al TAR Emilia Romagna, sede di Bologna, Orienta S.p.A. impugnava l'aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata della procedura aperta n. 174/2013 per la conclusione di un accordo quadro con unico operatore per l'affidamento del servizio di somministrazione di lavoro temporaneo per le Aziende Sanitarie dell'area vasta Emilia Centrale, con durata quadriennale, nonché ogni altro atto connesso, con particolare riferimento al verbale della commissione Giudicatrice n. 15 del 14.10.14 relativo al sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, chiedendo la dichiarazione di inefficacia del relativo contratto, ove stipulato, e la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno per la mancata aggiudicazione, in forma specifica mediante subentro nel contratto, ovvero, in via graduata, per equivalente economico.

2.- L'aggiudicazione ad Obiettivo Lavoro S.p.A. era avvenuta sulla base di un'offerta economica più favorevole, superato positivamente il giudizio sull'anomalia, avendo quest'ultima indicato un moltiplicatore unico del costo base dell'ora di lavoro del personale che sarebbe stato somministrato leggermente inferiore a quello della ricorrente ( 1,649 contro 1,669 ).

Le critiche della ricorrente si appuntavano sul mancato riscontro dell'anomalia dell'offerta economica.

2.1- Obiettivo Lavoro S.p.A. presentava, altresì, un ricorso incidentale volto a chiedere l'esclusione della ricorrente dalla gara per aver omesso di produrre una specifica dichiarazione ex art. 38 D.lgs. 163/2006 relativa a soggetti cessati, titolari di poteri di rappresentanza, in dipendenza dell'acquisto di ramo di azienda di altra società, in data 30.10.13.

3. - Con la sentenza in epigrafe, il ricorso è stato rigettato sulla scorta dell'esito della verifica disposta, che ha ritenuto corretto il tipo di calcolo impostato nell'offerta dalla controinteressata per rapporti di breve durata, oppure laddove i dipendenti da somministrare fossero stati assunti a tempo indeterminato, in considerazione del minore onere contributivo previsto per tale tipologia di assunzioni.

Dai documenti presentati dall'amministrazione e dalla società controinteressata emergerebbe che quest'ultima si era impegnata nell'offerta a stabilizzare il personale somministrato, poi assunto a tempo indeterminato; pertanto, l'offerta correttamente non è stata ritenuta anomala.

4. - Propone appello Orienta S.p.A., che lamenta l'erroneità della sentenza.

La verifica si sarebbe svolta in violazione del contraddittorio e del diritto di difesa e avrebbe violato la regola "tempus regit actum".

In ogni caso, sostanzialmente, la verifica riconoscerebbe la correttezza dell'assunto attoreo, ovvero che l'offerta dell'aggiudicataria ha indicato un

moltiplicatore che non tiene conto delle ore pagate non lavorate; inoltre, si spinge “ultra petita” a considerare due condizioni (non verificate nella specie) che renderebbero sostenibile detta offerta. Di queste, quella fatta propria dal TAR (ossia che i lavoratori somministrati siano assunti a tempo indeterminato) non avrebbe comportato alcun vantaggio sul versante contributivo all’epoca di presentazione delle offerte, in quanto il trattamento contributivo di favore è stato introdotto solo nel 2015 ( c.d. Jobs act).

Inoltre, le assunzioni a tempo indeterminato non sono immediatamente realizzabili e i probabili alti costi di mancata ricollocazione di lavoratori assunti incide in modo determinante sul costo puro del lavoro.

L’appellate ribadisce, dunque, l’inaffidabilità dell’offerta aggiudicataria e ripropone i motivi disattesi in primo grado.

5. - Resistono in giudizio Obiettivo lavoro S.p.A. e l’Azienda USL di Bologna che chiedono il rigetto dell’appello perché inammissibile, improcedibile e infondato.

6. - All’udienza del 19 novembre 2015, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1.- L’appello non merita accoglimento.

2.- Quanto alla prima censura, concernente la violazione del principio del contraddittorio e la lesione del diritto di difesa nella fase istruttoria per la mancata comunicazione alla ricorrente della richiesta e ammissione della controinteressata alle operazioni di verifica, ritiene il Collegio che le parti abbiano avuto entrambe la possibilità di partecipare alla verifica (che non comportava, peraltro, sopralluoghi od operazioni che richiedessero la presenza fisica dei rappresentanti delle imprese) e che tale possibilità abbiano esercitato tramite la produzione di documentazione, come emerge dalla relazione del verificatore, che, in apertura, riferisce degli atti di causa esaminati e dell’“ulteriore documentazione prodotta da entrambe le parti”.

Inoltre, il fatto che i tecnici della ricorrente non siano stati “sentiti” in fase di ulteriore approfondimento (come, invece, su loro richiesta, i tecnici di controparte) non ha impedito le opportune contestazioni relativamente alle considerazioni del verificatore ritenute “ultrapetita” e l’esercizio pieno del diritto di difesa in giudizio. Il motivo va, dunque, respinto.

2.1. - Anche il profilo concernente l’erroneità della sentenza e della verifica per violazione del principio “tempus regit actum” non è determinante ai fini della decisione.

Tale profilo va approfondito considerando nel suo complesso la censura fondamentale, svolta in primo grado, con cui si afferma che il moltiplicatore a pareggio indicato da Obiettivo Lavoro S.p.A. è fuorviante e tale da rappresentare un costo del lavoro inferiore a quello effettivo e, quindi, inferiore ai minimi inderogabili, con la conseguenza che a fronte del costo effettivo del lavoro e degli oneri di gestione esposti in sede di verifica, l’utile reale di impresa sarebbe negativo e l’offerta economicamente insostenibile.

Innanzitutto, il Collegio osserva che sebbene al tempo della presentazione dell’offerta il trattamento contributivo applicabile fosse quello ordinario, non essendo entrato in vigore all’epoca il jobs act, come rilevato dall’appellante, tuttavia ciò non toglie che le valutazioni complessive svolte dal verificatore potessero giustificare un giudizio di non anomalia dell’offerta, nonostante l’erroneità dello specifico dato, in effetti non adeguatamente considerato nella verifica.

Difatti, le conclusioni cui è giunto il verificatore, tralasciando la prospettata alternativa delle assunzioni “a tempo indeterminato” con minore onere contributivo, sono chiare nell’affermare che, in assenza di una tabella ministeriale di settore, il moltiplicatore a pareggio indicato dall’aggiudicataria fosse in grado di “consentire di coprire tutti i costi certi che devono essere sostenuti per il personale assunto con rapporti di lavoro di breve durata, comunque inferiore all’anno, con

pagamento finale di tutte le assenze retribuite maturate e non fruite”.

Aggiunge, ancora, il verificatore che per assunzioni a tempo determinato di durata superiore, il moltiplicatore a pareggio indicato da Obiettivo Lavoro S.p.A. “sottostima il costo del lavoro di circa 0,33 euro/ora per il livello BS (operatore socio sanitario OSS) e di 0,42 euro/ora per il livello D (infermieri), che quindi vanno ad erodere il margine operativo stimato dall’azienda e in particolare le voci imputate ad assenteismo (rispettivamente di 0,177 e 0,220 euro/ora) ed utile di impresa (rispettivamente di 0,342 e 0,430 euro/ora)”.

Tale affermazione individua le criticità dell’offerta aggiudicataria.

Non è dimostrato però che, neppure nell’ipotesi di contratti a tempo determinato che superano la durata annuale, l’offerta dell’aggiudicataria non sia in grado di coprire il costo del lavoro; non è dato sapere a priori, infatti, il fabbisogno, ovvero quali professionalità verranno concretamente assunte e per quanto tempo saranno impiegate le singole unità.

Pur evidenziando che in ipotesi di contratti di durata ultra annuale si riduce notevolmente il “margine operativo” stimato dall’azienda al di fuori della voce “costo orario”, per effetto dei costi per assenteismo (tuttavia aleatori e non determinabili) e con riduzione dell’utile di impresa, il verificatore, difatti, prudentemente, non si pronuncia sull’azzeramento o valore negativo dell’utile.

A tal proposito, occorre rammentare alcuni principi enunciati dalla giurisprudenza, che si attagliano al caso di specie.

Nella gara pubblica la valutazione di anomalia dell’offerta va fatta considerando tutte le circostanze del caso concreto, poiché un utile all’apparenza modesto può comportare un vantaggio significativo sia per la prosecuzione in sé dell’attività lavorativa (il mancato utilizzo dei propri fattori produttivi è comunque un costo), sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivanti per l’impresa dall’essere aggiudicataria e dall’aver portato a termine un appalto pubblico,

cosicché nelle gare pubbliche non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulta pari a zero (Consiglio di Stato, sez. III, 10/11/2015, n. 5128).

Il giudizio sull'anomalia è un giudizio ampiamente discrezionale, espressione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza; il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della Pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, ma non procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera propria della Pubblica amministrazione e tale sindacato rimane limitato ai casi di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto. (Consiglio di Stato, sez. V, 02/12/2015, n. 5450).

Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta non ha carattere sanzionatorio e non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare in concreto che l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile ed affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto. Esso mira piuttosto a garantire e tutelare l'interesse pubblico concretamente perseguito dall'Amministrazione attraverso la procedura di gara per l'effettiva scelta del miglior contraente possibile ai fini dell'esecuzione dell'appalto, così che l'esclusione dalla gara dell'offerente per l'anomalia della sua offerta è l'effetto della valutazione (operata dall'Amministrazione appaltante) di complessiva inadeguatezza della stessa rispetto al fine da raggiungere. Un sindacato nel dettaglio sui singoli aspetti è, dunque, precluso al giudice amministrativo, cui non è consentito procedere ad una autonoma valutazione della congruità o meno di singole voci, non potendosi esso sostituire ad una attività valutativa rimessa,

quanto alla sua intrinseca manifestazione, unicamente all'Amministrazione procedente (Consiglio di Stato, sez. VI, 14/08/2015, n. 3935; sez. V, 22/12/2014, n. 6231).

2.2 - Va, ulteriormente, considerato che il c.d. moltiplicatore, che nella disciplina di gara ha rappresentato l'elemento del confronto concorrenziale tra le offerte, sta ad indicare un valore nel quale si compendia la capacità competitiva delle concorrenti. Si tratta di valore che moltiplicato per un costo fisso, rappresentato dal costo orario lordo del CCNL, genera la tariffa oraria da corrispondere quale prezzo del servizio di somministrazione.

Le voci che concorrono a formare il moltiplicatore sono individuate dalle singole imprese tenuto conto delle proprie caratteristiche e modelli organizzativi in modo da ricomprendere tutti i potenziali costi che consentono di svolgere il servizio e la verifica di anomalia è stata rivolta a chiarire come abbiano inciso le varie voci di costo nel determinare il coefficiente.

Ma non è in discussione che vengano rispettati i minimi inderogabili previsti dal CCNL.

3. - Pertanto, alla luce delle considerazioni svolte e delle complessive risultanze della verifica, anche a prescindere dalla circostanza favorevole sopravvenuta (le agevolazioni contributive per le assunzioni a tempo indeterminato, tenuto conto dell'impegno assunto da Obiettivo lavoro S.p.A. di assumere a tempo indeterminato i lavoratori somministrati) è possibile rispondere affermativamente al quesito se sia legittimo e corretto il giudizio di non anomalia dell'offerta aggiudicataria compiuta dall'Amministrazione.

4. - In conclusione, l'appello va rigettato.

5. - Le spese di giudizio si compensano tra le parti, in considerazione delle questioni trattate.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/01/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)