

N. 03134/2012REG.PROV.COLL.
N. 00521/2012 REG.RIC.



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 521 del 2012, proposto da:

Auxilium Soc. Coop. Sociale, rappresentata e difesa dagli avv. Angelo Clarizia, Felice Eugenio Lorusso, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde N.2;

contro

U.T.G. - Prefettura di Bari, ministero dell'Interno, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Consorzio di Cooperative Sociali "Opus" - Opere Pugliesi di Utilità Sociali, rappresentato e difeso dagli avv. Eugenio Mangone, Giorgio Costantino, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria n 2;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Uil-Federazione Poteri Locali, Ugl Terziario,
A.G.C.I.-Ass.Gen.Coop.Italiane, rappresentati e difesi dall'avv. Mario Esposito, con domicilio eletto presso Mario Esposito in Roma, via

Lattanzio, 66;

ad opponendum:

Confisal - Confederazione Sindacati Autonomi dei Lavoratori, rappresentata e difesa dagli avv. Michele Mirengi, Stefano Viti, con domicilio eletto presso Michele Mirengi in Roma, p.zza della Libertà n.. 20;

U.N.C.I., rappresentata e difesa dall'avv. Bruno Ciarmoli, con domicilio eletto presso Bruno Ciarmoli in Roma, via Cimarosa 18;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 00231/2012, resa tra le parti, concernente aggiudicazione appalto triennale per la gestione del centro di accoglienza ;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di U.T.G. - Prefettura di Bari e di Consorzio di Cooperative Sociali "Opus" - Opere Pugliesi di Utilità Sociali e di Ministero dell'Interno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2012 il Cons. Alessandro Palanza e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Lorusso, Costantino, Esposito, Viti, Ciarmoli e l'avvocato dello Stato Gentili;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – La società cooperativa Auxilium ha impugnato la sentenza n. 231/2012 del TAR Puglia – Sezione di Bari - che ha respinto il suo ricorso per l'annullamento del provvedimento prot. n. 202/C/S/G del 14 aprile 2011, con cui la Prefettura di Bari ha determinato l'aggiudicazione dell'appalto triennale per la gestione del centro di accoglienza per richiedenti asilo in Bari - Palese in favore del Consorzio di Cooperative Sociali Opus, e dei

verbali della commissione giudicatrice, nonché per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento in forma specifica, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, ovvero per equivalente monetario.

2. - Il TAR ha respinto il ricorso della società Auxilium con riferimento a tutti i seguenti motivi:

- la mancata esclusione dalla gara dell'aggiudicatario per difetto del requisito indicato al paragrafo 10 a del bando, relativo alla presenza nel certificato di iscrizione al registro delle imprese delle indicazioni relative all'oggetto dell'appalto, mancando quella riguardante i servizi di assistenza sanitaria: il giudice di primo grado, infatti, ha ritenuto che la indicazione relativa ai servizi di ambulanza fosse sufficiente in relazione alle prestazioni sanitarie di cura immediata ed urgente degli immigrati richieste dal bando;
- l'omessa dichiarazione di assenza di condanne assistite dal beneficio della non menzione per gli amministratori: sul punto il giudice di primo grado ha ritenuto che l'autocertificazione presentata sul modello allegato all'avviso pubblico di gara fosse idonea a coprire l'intero spettro dei presupposti di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici, comprese le eventuali condanne con il beneficio della non menzione;
- la mancata soddisfacente giustificazione del ribasso offerto con particolare riferimento al costo del lavoro: qui il TAR ha ritenuto che il consorzio Opus abbia fornito, in fase di giustificazione, chiarimenti e rettifiche sul calcolo delle ore di lavoro, sul monte orario preventivato per i vari operatori, sugli oneri per la sicurezza, sul rispetto dei minimi salariali in base al contratto collettivo 2007 dell'UNCI-ANCOS, FIALS-CONSAL, CONSAL-FISALS, sulla non obbligatorietà dell'integrale riassorbimento del personale dipendente dal precedente gestore, sulla correttezza del divisore utilizzato ai fini del calcolo del costo orario.

3. - L'appellante contesta la sentenza per i seguenti motivi:

Con il primo motivo ritiene innanzitutto errata l'affermazione del giudice di primo grado, secondo cui il Consorzio Opus avrebbe “dimostrato di soddisfare il requisito di partecipazione mediante un certificato camerale nel quale vengono elencate attività d'impresa sostanzialmente corrispondenti ai servizi da rendere all'Amministrazione, ivi compresi i servizi di assistenza sanitaria”. In realtà, il servizio di ambulanza, indicato nel certificato del Consorzio Opus, non rientra neppure nell'oggetto del servizio, non essendo mai contemplato nel capitolato di appalto. L'unico riferimento alla dotazione di un'ambulanza è contenuto nella scheda Allegato n. 3, relativa alla dotazione minima del personale ed è riferita alle sole strutture con capienza superiore a 600 ospiti. Tenuto conto che la recettività del C.A.R.A. di Bari Palese è fissata in 400 posti, deve escludersi che il servizio di ambulanza possa rientrare nell'oggetto dell'appalto. Del resto, l'art. 1.3. del capitolato individua in modo specifico i servizi di assistenza sanitaria richiesti, facendo riferimento a: “screening medico d'ingresso” e “primo soccorso sanitario, espletato in apposito presidio medico allestito all'interno della struttura, adeguatamente fornito di quanto necessario per le cure ambulatoriali urgenti ed organizzato con presenza di personale medico e paramedico”.

Ritiene l'appellante che trattasi di servizi di assistenza medica e ambulatoriale da svolgersi all'interno del Centro di Accoglienza e che non possono di certo ritenersi “sostanzialmente corrispondenti” al semplice “servizio di ambulanza”, come invece ritenuto dal giudice di primo grado. Anche a voler ritenere – seguendo l'argomentazione del TAR – che il servizio di ambulanza costituisca una sub-categoria del servizio sanitario – ai sensi della classificazione europea e come riferito dalla nota del Conservatore del registro delle imprese di Foggia, menzionata dal TAR – resta comunque fermo che lo stesso servizio: a) non rientra nel novero dei servizi oggetto dell'appalto; b) non individua comunque le prestazioni di

assistenza sanitaria richieste dal capitolato medesimo; c) di conseguenza non rileva ai fini dell'integrazione del requisito richiesto dall'art. 11, lettera b), dell'avviso di gara, non riguardando l'esercizio di attività corrispondenti ai servizi da rendere. Irrilevante poi è, secondo Auxilium, la circostanza, cui ha invece dato rilievo il TAR, che il Consorzio Opus abbia svolto per conto della ASL di Foggia il Servizio di pronto soccorso ed emergenza 118 negli anni 2005-2008". Quest'ultimo fatto, semmai, può avere rilevanza ai fini dell'integrazione dell'ulteriore requisito di cui al punto 10, lettera b), dell'avviso di gara, che chiede, ai fini dell'ammissione alla gara, il possesso dell'ulteriore requisito dello svolgimento di servizi analoghi nel quinquennio precedente la pubblicazione del bando, ma nulla ha a che fare con l'integrazione del distinto requisito del punto 10 a), secondo cui il concorrente deve comprovare l'attuale iscrizione presso il registro della Camera di commercio per attività corrispondenti ai servizi da rendere in relazione all'oggetto dell'appalto. In sostanza, la società Auxilium afferma che la pregressa esperienza di Consorzio Opus riguardava un'attività presumibilmente corrispondente a quanto richiesto dall'ASL di Foggia nel bando di gara per il servizio 118, ma del tutto diversa da quella prevista dal bando per il C.A.R.A. di Bari Palese.

Con il secondo motivo l'appellante ribadisce la complessiva inattendibilità e incongruità dell'offerta economica del Consorzio Opus, censurando la superficialità dell'apprezzamento operato dal TAR, che ha fatto semplice rinvio alle difese della controparte. L'appellante, sottolinea in particolare, riguardo al primo elemento motivazionale speso dal TAR – secondo il quale i costi orari del personale da impiegare nel servizio rispetterebbero i minimi salariali previsti dal contratto UNCI –, che nelle giustificazioni rese in data 25 febbraio 2011 l'aggiudicatario aveva, invece, affermato che il CCNL di riferimento applicato per determinare il costo del personale sarebbe stato quello delle Cooperative Sociali e non il contratto UNCI.

Solo con un successivo ripensamento, quindi, OPUS ha affermato che avrebbe utilizzato un contratto collettivo diverso da quello sulla cui base aveva predisposto l'offerta, pretendendo di rimodulare addirittura in giudizio i giustificativi prodotti nella apposita fase procedimentale di gara. Il giudice ha del tutto trascurato non solo gli aspetti di inammissibilità connessi al tardivo aggiustamento dell'offerta, ma anche il dato sostanziale dell'inutilizzabilità del contratto UNCI, sia per la mancanza del requisito della necessaria rappresentatività dell'organizzazione, sia perché esso prevede condizioni di trattamento dei lavoratori certamente deteriori rispetto agli altri contratti collettivi nazionali stipulati dalle associazioni comparativamente più rappresentative degli operatori del settore ai sensi dell'art. 7, comma 4, del decreto legge n. 248/2007, convertito dalla legge n. 31/2008. Erra inoltre il TAR nel ritenere che il divisore utilizzato dal Consorzio Opus per la determinazione del costo orario è stato 1548 e non 1976. Infatti, se per ciascuna voce della tabella allegato 2 si divide il costo annuo ivi indicato per il costo orario, si ottiene proprio il valore di 1976. Quindi, i costi orari dell'Opus si riferiscono a un monte ore lavorate annue pari a 1976, anziché a 1548, (ore mediamente lavorate conformi a quanto previsto dal contratto collettivo nazionale di lavoro come dichiarato dalla stessa Opus nell'apposita tabella).

4. - Nell'appello incidentale il Consorzio Opus ricorda che, in primo grado, con ricorso notificato il 16 giugno 2011, aveva contestato la mancata esclusione di Auxilium soc. coop. ed il punteggio ad essa attribuito dalla Commissione di gara ed invocato l'annullamento, previa sospensiva, per quanto di interesse, del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto (a proprio favore), nella parte in cui prende atto dei verbali e delle risultanze delle operazioni della Commissione di gara attribuenti il secondo posto in graduatoria all'ATI costituenda, composta da Auxilium Soc. Cooperativa Sociale, la Cascina Global Service s.r.l. e Solidarietà e lavoro So. Coop. Il

TAR ha dichiarato improcedibile per difetto di interesse il ricorso incidentale in conseguenza della declaratoria di infondatezza e del conseguente rigetto del ricorso principale. Tale decisione, secondo il Consorzio Opus, è erronea, sulla base della pronuncia del Consiglio di Stato Ad. Plen. 7 aprile 2011, n. 4, per la quale - nell'ordine di esame dei ricorsi principali e incidentali aventi ad oggetto la contestazione incrociata degli atti di ammissione alla gara di tutti i concorrenti - l'esame del ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara deve precedere quello del ricorso principale.

Per l'appellante incidentale, il raggruppamento Auxilium - A.T.I. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara poiché la mandante Soc. La Cascina Global Service non ha allegato la dichiarazione di uno dei suoi consiglieri di amministrazione (Sig. Gabriele Lino Scotti) di non trovarsi in una delle condizioni di esclusione previste dall'articolo 38, comma 1, del decreto legislativo n. 163/2006. Inoltre, qualora si ritenesse fondata la doglianza dell'appellante principale circa la non corrispondenza del certificato camerale dell'aggiudicataria ai servizi da rendere in relazione all'oggetto dell'appalto, bisogna concludere che analogo vizio inficia la partecipazione di Auxilium soc. coop., in quanto nessuna delle iscrizioni alla CCIAA delle società costituenti il raggruppamento appellante principale riporta quali attività esercitate quella di: servizio di gestione amministrativa e di minuta assistenza e manutenzione e fornitura di alcuni beni.

Con altro motivo, l'appello incidentale rileva che il raggruppamento facente capo ad Auxilium ha proposto, relativamente agli operatori generici, un monte ore annuo complessivo (77.376) inferiore a quello previsto dalla lex specialis (di 78.840 ore: 56.940 per operatori diurni + 21.900 per operatori notturni). Inoltre, Auxilium ha ottenuto 4,5 punti in più del dovuto, perché il servizio di pulizia offerto in più (50 ore settimanali) è effettuato dallo

stesso numero di operatori generici, senz'alcun incremento dunque, visto che essi sono già meno di quanto previsto dal bando. Togliendo al punteggio di Auxilium 4.5 punti, Auxilium si collocherebbe pertanto al 5° posto e quindi perderebbe l'interesse suscettibile di tutela nel presente giudizio.

5. - Intervengono *ad adiuvandum* dell'appello principale l'AGCI, la UIL federazioni poteri locali e la UGL terziario - Unione generale del lavoro, le quali, affermato il proprio interesse in merito, sostengono il secondo motivo di impugnazione formulato dall'appellante ed, in specie, nella parte in cui esso censura la statuizione con la quale il TAR ha rifiutato di escludere dalla gara il Consorzio di cooperative sociali Opus, che aveva confezionato un'offerta economica irricevibile e comunque invalida in quanto basata su un contratto collettivo di lavoro non applicabile. Con le successive memorie di replica i tre intervenienti *ad audiuvandum* rilevano che:

- la società appellata ha ammesso che la sua offerta è stata elaborata e giustificata, per quanto riguarda la remunerazione del lavoro, con riferimento al contratto UNCI; e che è incontestato e incontestabile che tale contratto contempla tariffe orarie mediamente inferiori di circa il 30 per cento rispetto a quanto dispone il CCNL stipulato il 30 luglio 2008 da LEGA COOP SOCIALI, FEDERSOLIDARIETA'-CONFCOOPERATIVE, AGISCI-SOLIDARIETA', FUNZIONE PUBBLICA-CGIL, CSIL-F.P., FISA SCATT-CISL, UIL-FPL;

- l'art. 7, comma 4, del decreto legge n. 248 del 2007, convertito dalla legge n. 31/2008 disciplina espressamente l'ipotesi in cui si sia in presenza di una pluralità di contratti collettivi della medesima categoria, attribuendo la funzione di fissare i livelli minimi di trattamento economico complessivo a quelli sottoscritti dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria. A questi contratti collettivi è dato di fissare il trattamento economico

complessivo minimo inderogabile e integrare i disposti normativi statali che rinviano ai contenuti della contrattazione collettiva, tra i quali si annovera anche l'articolo 86, comma 3 bis, 87, comma 2, lettera g, e comma 3, del D. Lgs. n. 163/2006, il quale ultimo fa menzione proprio delle fonti autorizzate dalla legge.

- nell'ambito della categoria della cooperazione sociale, l'individuazione del contratto dotato delle summenzionate efficacia ed idoneità, quale fonte autorizzata dalla legge, è stata effettuata dal D.M. 24 febbraio 2009, che reca il titolo: "determinazione del costo orario del lavoro per i lavoratori delle cooperative del settore socio sanitario – assistenziale – educativo ed inserimento lavorativo": esso fa appunto rinvio al contratto collettivo delle Cooperative sociali stipulato dalle medesime Organizzazioni intervenute *ad adiuvandum* nel presente giudizio il 30 luglio 2008;

- è percepibile persino *ictu oculi* la maggiore rappresentatività comparativa delle organizzazioni datoriali e sindacali che hanno stipulato il contratto del 30 luglio 2008 rispetto a quelle autrici dell'accordo UNCI; qualora si ritenesse legittimo il contratto UNCI, si determinerebbe non solo una grave violazione dell'art. 7 del decreto legge n. 248 del 2007 e del conseguente D.M. 24 febbraio 2009, ma risulterebbero violati e disapplicati anche gli articoli 86, comma e 87, commi 2 e 3, del D.Lgs. n. 163 del 2006.

6. – Con atti di intervento *ad opponendum* UNCI e CONFESAL, confederazione sindacati autonomi dei lavoratori, hanno sostenuto le ragioni e le argomentazioni proposte da Opus e chiesto l'integrale rigetto dell'appello di Auxilium e delle ragioni avanzate dalle parti *ad adiuvandum*. UNCI e CONFESAL dichiarano di essere comprese nell'elenco delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative e di avere strutture periferiche diffuse su tutto il territorio nazionale. Si ricorda che l'articolo 7, comma 4, del decreto legge n. 248/2007 è all'esame della Corte Costituzionale a seguito di ordinanza di rimessione del tribunale di

Lucca n. 240 del 2011. Viene osservato che un meccanismo che attribuisca efficacia *erga omnes* a contratti collettivi al di fuori delle condizioni previste dall'articolo 39 non è costituzionalmente legittimo. L'unico parametro da seguire in concreto risulta essere quello della proporzionalità e sufficienza della retribuzione ex art. 36 della Costituzione. Secondo la Corte di Cassazione la determinazione della giusta retribuzione ex art. 36 Cost., anche nei casi in cui le parti non aderiscono ai contratti collettivi di settore stipulati, non importa automatica adesione alle tariffe minime previste dagli stessi, potendosi procedere anche alla loro riduzione in ragione delle dimensioni dell'impresa. Tale principio è vieppiù significativo se calato nella realtà cooperativa, ove si realizza una coincidenza tra lavoratore e datore di lavoro ed anzi un'integrazione delle due figure, con influenza sul trattamento economico e normativo prescelto.

7. – L'appellante principale ha presentato memoria in data 8 febbraio 2012 e 7 marzo 2012. Il Consorzio di cooperative sociali Opus, controinteressato e appellante incidentale, ha presentato ricorso incidentale in data 1 febbraio 2012, memoria di costituzione e difesa in data 6 febbraio 2012, memoria in data 6 marzo 2012 e memoria di replica il 10 marzo 2012 ai rilievi nel frattempo esposti dall'appellante principale con la memoria soprarichiamata. L'Amministrazione appellata ha presentato memoria in data 6 marzo 2012.

8. – Il Presidente della terza Sezione, con proprio decreto n. 347/2012, ha respinto l'istanza di misure cautelari monocratiche proposta dall'appellante.

9. - La causa è andata in decisione all'udienza pubblica del 23 marzo 2012.

10. – Vanno esaminate per prime le censure mosse dall'appello incidentale del Consorzio Opus e parallelamente da quello principale della società Auxilium avverso la legittimazione a partecipare alla gara della controparte.

10.1. - Va esaminata, innanzitutto, la censura relativa alla mancanza della dichiarazione ai sensi dell'art. 38, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006 di uno

dei consiglieri di amministrazione (Sig. Gabriele Lino Scotti) della società mandante Soc. La Cascina Global Service che - secondo OPUS - è in base allo statuto titolare di poteri di rappresentanza della società.

La censura non può essere condivisa, in quanto la norma statutaria che indica nel presidente, nel vicepresidente e negli amministratori, senza ulteriori specificazioni, i rappresentanti della società, va letta in coerenza con le risultanze della visura camerale della società, dalla quale si evince che il signor Scotti non risulta munito di poteri di rappresentanza, nonché alla luce di quanto previsto dallo stesso statuto, nella parte in cui prevede che i singoli amministratori debbano essere delegati con la fissazione di specifiche attribuzioni.

10.2.- Il secondo motivo dell'appello incidentale e il primo motivo dell'appello principale fanno reciprocamente riferimento al mancato rispetto del requisito previsto dall'art. 10, lettera a), dell'avviso di gara, il quale richiedeva di allegare, a pena di esclusione, il certificato di iscrizione al registro delle imprese "con l'indicazione delle attività dell'operatore corrispondenti ai servizi da rendere in relazione all'oggetto dell'appalto da affidare". L'Auxilium sostiene che nel certificato di Opus manchi il riferimento al servizio di assistenza sanitaria richiesto - consistente in screening medico di ingresso e primo soccorso sanitario, esplicito in apposito presidio medico -, mentre il certificato camerale fa menzione del diverso servizio di ambulanza, non ricompreso nei servizi oggetto dell'appalto. Opus, a sua volta, rileva che dal certificato di iscrizione di Auxilium e delle società associate manchi il richiamo alle attività di gestione amministrativa e minuta assistenza e manutenzione, nonché di fornitura di alcuni beni. Le contrapposte censure non possono essere accolte sulla base dei seguenti tre criteri di ordine generale:

- non vi può essere - e non è richiesta dal bando - identità testuale tra le attività descritte nel certificato camerale e quelle oggetto dei singoli appalti,

dal momento che queste possono essere di volta in volta specificamente definite con riferimento a concrete esigenze;

- il certificato camerale deve limitarsi ad attestare che l'impresa svolge solo il tipo di attività corrispondente a quelle richieste dall'appalto e non anche quelle implicitamente necessarie e strumentali.

- le attività effettivamente svolte in precedenza possono costituire, in caso di dubbio, valido criterio interpretativo delle formule utilizzate in sede di iscrizione, che evidentemente non possono che rifletterle.

Con riferimento al certificato camerale di OPUS si osserva che la dizione di servizio di ambulanza fa riferimento ad un'attività che rientra nell'assistenza sanitaria. Ciò nonostante, tale denominazione può dar luogo a dubbi circa la sostanziale corrispondenza qualitativa ai servizi richiesti dal bando, come già rilevato nell'ordinanza cautelare di questa Sezione del Consiglio di Stato n. 3458/2011, adottata nell'ambito del giudizio di primo grado. A questo riguardo il Collegio giudica ragionevole il criterio seguito dal TAR, secondo cui, in caso di mancata coincidenza terminologica e di dubbi sul significato, possa farsi ragionevolmente riferimento alla restante documentazione richiesta al medesimo scopo cui è finalizzato il requisito del bando relativo al certificato di iscrizione camerale; nel caso di specie, a quella concernente il requisito dell'effettivo svolgimento di attività analoghe negli ultimi 5 anni. Infatti, questo diverso requisito concorre allo stesso fine di soddisfare la esigenza sostanziale di verificare la capacità di svolgere le attività oggetto dell'appalto. Al riguardo il consorzio Opus ha attestato di aver svolto, per conto della ASL di Foggia, il servizio di pronto soccorso ed emergenza 118 negli anni 2005 – 2008. Tale documentazione non potrebbe certo sostituire la mancanza del requisito relativo al certificato di iscrizione, ma può invece servire a interpretare in modo corretto e conforme ai fini del bando quanto risulta dal certificato camerale. In tal senso può intendersi la dizione servizi di ambulanza come comprensiva di un servizio

onnicomprensivo di primo soccorso come il servizio 118, che può considerarsi corrispondente o equivalente all'elenco delle attività sanitarie - da ritenersi tassativo e non meramente esemplificativo - richiesto dal bando e che comprende lo "screening medico d'ingresso", il "primo soccorso sanitario" e gli eventuali "trasferimenti presso strutture ospedaliere".

Con riferimento al certificato camerale di Auxilium, le attività asseritamente mancanti devono considerarsi attività accessorie o strumentali che chiunque svolga attività complesse, e in particolare la complessiva gestione di un centro di accoglienza, non può non svolgere e sono, quindi, implicite nelle formulazioni più generali. Non può essere, pertanto, accolta la relativa censura avanzata nell'appello incidentale di Opus.

10.3. - L'appello incidentale del Consorzio OPUS è respinto anche per i motivi ulteriori oltre a quelli già esaminati.

10. 4. - Con il primo motivo dell'appello incidentale viene formulato un rilievo di ordine processuale, con il quale viene dedotta la mancata valutazione del ricorso incidentale da parte del TAR, che lo ha infatti dichiarato improcedibile per difetto di interesse in conseguenza della declaratoria di infondatezza e del conseguente rigetto del ricorso principale. Al riguardo osserva il Collegio che tale motivo di appello non individua che una eventuale mera irregolarità procedurale, senza alcuna concreta incidenza ai fini della tutela dei diritti delle parti e sulle ragioni del contendere in questa fase del giudizio. Infatti, com'è noto, la palese infondatezza del ricorso principale consente di dare precedenza all'esame di quest'ultimo, con conseguente assorbimento della valutazione del ricorso incidentale.

10.5. - Il terzo motivo dell'appello incidentale è frutto di un calcolo elaborato sul monte ore risultante a partire dal numero di operatori richiesti in rapporto al numero di ospiti dall'art. 5 del capitolato e dall'allegato 3 al medesimo. Dalla tabella riepilogativa sul costo del lavoro allegata all'offerta

economica di Auxilium Opus deduce il monte ore risultante dal numero degli operatori generici e dei medici moltiplicato per l'orario settimanale a ciascuno assegnato e il numero delle settimane in un anno e lo confronta con il monte ore richiesto dal capitolato. Risulta una differenza in meno pari a 1464 ore in un anno per gli operatori generici che ammontano a 62 unità. Per il personale medico (5 unità) la differenza è invece pari a 24 ore. Di contro Auxilium fa presente che la sua offerta di personale (62 operatori generici e 5 medici) consente di soddisfare pienamente le esigenze nel rispetto dei livelli di impiego previsti dalla contrattazione collettiva. Sostiene Auxilium che la "Tabella riepilogativa" cui fa riferimento Opus è allegata all'offerta economica di Auxilium, ma non ne fa parte, essendo un documento non necessario e non richiesto in quella sede ed essendo rivolta soltanto ad anticipare elementi utili alla eventuale fase di verifica di anomalia dell'offerta con riferimento al costo del lavoro, non ad individuare il monte ore complessivo.

Il terzo motivo dell'appello incidentale non è condivisibile come censura alla configurazione e alla validità dell'offerta tecnica di Auxilium. Come sostenuto da Auxilium, il numero degli operatori è sicuramente congruo e più che sufficiente a rispettare l'impegno assunto a garantire l'orario di lavoro nei termini previsti dal capitolato. La censura di Opus attiene al ridotto orario di lavoro previsto solo nella tabella riepilogativa per ciascun operatore che condurrebbe ad un monte orario insufficiente per circa 23,6 ore annue per ciascun operatore generico e per circa 4,8 ore annue per ciascun operatore medico. Tali scostamenti concernono esclusivamente l'orario di lavoro inferiore a quello ordinario e non inficiano evidentemente la validità dell'offerta tecnica, ma entrano a comporre gli elementi giustificativi dell'offerta economica e in particolare di quelli relativi al costo del lavoro influenzando come fattori di costo sul rispetto del tetto previsto per la complessiva offerta economica. Questa materia è propriamente l'oggetto

della fase di verifica dell'anomalia dell'offerta, che non ha avuto luogo tra Auxilium e la stazione appaltante, mentre quella tra Opus e la stazione appaltante è avvenuta, dando luogo ad aggiustamenti di costo ben superiori a quelli segnalati da Opus nei confronti di Auxilium, che sono tra gli oggetti del presente giudizio. Se si giungerà a svolgere la fase di verifica dell'anomalia dell'offerta nei confronti di Auxilium e questi scompensi fossero in quella sede confermati, spetterà alla stazione appaltante di verificare l'adeguatezza dell'orario e del costo del lavoro proposto

10.6. - Anche il motivo relativo alla erronea attribuzione alla società Auxilium di 4,5 punti per l'offerta migliorativa sui servizi di pulizia si basa sui medesimi elementi dedotti al precedente punto 10. 5. Per le medesime ragioni non può essere presa in considerazione, in quanto gli elementi dedotti non inficiano l'offerta tecnica inclusa l'offerta migliorativa, essendo il numero degli operatori più che sufficiente a consentirne il compimento. Quanto all'orario di lavoro indicato nella tabella riepilogativa valgono le considerazioni già svolte al punto precedente, per il quale questi aspetti non sono valutabili in questa fase sulla base della documentazione disponibile e delle verifiche fin qui compiute dall'Amministrazione e potrebbero, invece, essere oggetto di una eventuale fase di verifica dell'anomalia dell'offerta con riferimento al costo del lavoro. Quanto dedotto da Opus non è, pertanto, sufficiente a dimostrare la incongruità dell'offerta migliorativa di Auxilium con riferimento ai servizi di pulizia.

10.7.- L'ultimo motivo riguarda la inammissibilità della previsione nella offerta Auxilium dei contratti di collaborazione professionale per medici e infermieri professionali, mentre il disciplinare di gara prevede l'applicazione del contratto collettivo e quindi solo rapporti di lavoro subordinato. Ritiene il Collegio, al riguardo, che il disciplinare prevede sì il rispetto dei contratti collettivi per i rapporti di tipo subordinato, ma non proibisce affatto contratti di collaborazione professionale, anche perché non si palesa, di per

sé, la violazione di alcun interesse nel ricorso a forme contrattuali differenti dal contratto di lavoro subordinato, purché compatibili con la natura del servizio da svolgere e coerenti con gli interessi coinvolti, aspetti questi ultimi peraltro non evocati nel motivo di appello in esame.

11. – Quanto, invece, all'appello principale, il Collegio lo ritiene fondato limitatamente al secondo motivo, nelle parti in cui lamenta: a) la carenza della informazione e documentazione fornita dalla società Opus nel corso della verifica in ordine al contratto collettivo da utilizzare ed alle tabelle retributive del personale proposte su questa base rispetto a quelle indicate come riferimento per i minimi salariali della categoria da fonti autorizzate dalla legge sulla base di altro contratto collettivo; b) la conseguente impossibilità di adeguata istruttoria e verifica da parte della Amministrazione in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta per gli specifici aspetti considerati come obbligatori dall'articolo, 86, comma 3 bis, 87, comma 2, lettera g (ancora in vigore al momento dello svolgimento della gara), e comma 3.

11.1. – Occorre esporre, nell'ordine: a) il quadro normativo e giurisprudenziale in materia di verifica dell'anomalia dell'offerta per ciò che concerne il costo del lavoro; b) la documentazione richiesta e acquisita nel corso della verifica dell'anomalia dell'offerta; c) le conseguenti conclusioni sui due aspetti su cui verte la presente decisione: la carenza di informazione e documentazione che caratterizza la fase di verifica dell'anomalia dell'offerta da parte del Consorzio Opus e la carenza di istruttoria da parte della stazione appaltante..

11.2. – Va, in primo luogo, ricostruito il quadro normativo che regola le valutazioni relative al costo del lavoro nel corso di verifiche dell'anomalia dell'offerta. L'articolo 86, comma 3 bis, del codice dei contratti pubblici stabilisce che “ Nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di

appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture. Ai fini del presente comma il costo del lavoro è determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. ...". L'articolo 87, comma 3, del codice dei contratti pubblici stabilisce che "non sono ammesse giustificazioni a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge", mentre il precedente comma 2, alla lettera g) (abrogata solo successivamente e quindi in vigore al momento dello svolgimento della gara), prevede tra gli aspetti da considerare nella verifica: "g) il costo del lavoro come determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali; in mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione".

In materia di cooperative sociali, l'articolo 7, comma 4, del decreto legge n. 248/2007, convertito dalla legge n. 31/2008, prevede che :“ Fino alla completa attuazione della normativa in materia di socio lavoratore di società cooperative, in presenza di una pluralità di contratti collettivi della medesima categoria, le società cooperative che svolgono attività ricomprese

nell'ambito di applicazione di quei contratti di categoria applicano ai propri soci lavoratori, ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della legge 3 aprile 2001, n. 142, i trattamenti economici complessivi non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria”.

In attuazione di questo insieme di norme il Ministero del lavoro provvede periodicamente ad emanare decreti che fissano tabelle di riferimento per il costo del lavoro. Per quanto riguarda le cooperative sociali è stata emanata una serie di decreti tra i quali, in relazione al periodo di svolgimento della gara in esame, va considerato il D.M. 24 febbraio 2009, il quale stabilisce le tabelle per i minimi del trattamento economico complessivo per i lavoratori del settore delle cooperative sociali e (che, come tutti i precedenti ed anche l'unico decreto successivamente emanato ben dopo lo svolgimento della gara in data assai recente - il 2 aprile 2012) reca la seguente premessa: “Esaminato il contratto collettivo nazionale di lavoro per le lavoratrici e i lavoratori delle cooperative del settore socio-sanitario-assistenziale-educativo e di inserimento lavorativo, stipulato il 30 luglio 2008 da LEGACOOPSOCIALI, FEDERSOLIDARIETA'-CONFOCOOPERATIVE, AGCI-SOLIDARIETA' E FUNZIONE PUBBLICA-CGIL,CISL-FP, FISASCAT-CISL,UIL-FPL”. I decreti sul costo del lavoro in materia di cooperative sociali, quindi, individuano con certezza e senza alcuna variante nel tempo un unico contratto collettivo di riferimento e seguono le sue scadenze e suoi successivi rinnovi.

Il complesso della normativa in esame risponde a principi generali da tempo radicati nella legislazione e successivamente recepiti nel codice dei contratti pubblici, che hanno la loro origine nella disciplina generale, dettata dalla legge 7 novembre 2000, n. 327 - Valutazione dei costi del lavoro e della sicurezza nelle gare di appalto -, principi poi puntualmente recepiti e assorbiti dal codice dei contratti pubblici ed, in particolare, nelle già citate

norme dell'art. 86, comma 3 bis, art. 87, commi 2 e 3. La legge n. 327/2000 specifica, in particolare, una graduazione di modalità per giungere comunque ad individuare un contratto collettivo di riferimento ai fini delle valutazioni relative al costo del lavoro nel corso delle gare di appalto (tabelle ministeriali, contratti stipulati dai sindacati più rappresentativi, settore merceologico più vicino etc.), modalità che devono considerarsi tuttora operanti nella prassi ai fini dell'applicazione delle disposizioni dell'art. 87, comma 3, del codice dei contratti pubblici, come dimostra la più recente circolare del Ministero del Lavoro del 9 settembre 2010, che specifica nello stesso senso le relative modalità attuative.

11.3. - In materia di anomalie concernenti il costo del lavoro, la giurisprudenza ha affermato che devono considerarsi anormalmente basse le offerte che si discostino in modo evidente dai costi medi del lavoro indicati nelle tabelle predisposte dal Ministero del Lavoro in base ai valori previsti dalla contrattazione collettiva, costi medi che costituiscono non parametri inderogabili, ma indici del giudizio di adeguatezza dell'offerta, con la conseguenza che è ammissibile l'offerta che da essi si discosti, purché lo scostamento non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, così come stabilito in sede di contrattazione collettiva. Lo scostamento dai livelli di riferimento costituisce un importante indice di anomalia, che dovrà essere verificato dalla stazione appaltante. Invero, la contrattazione collettiva e la tabella ministeriale non assumono valore di parametro assoluto ed inderogabile, ma suscettibile di scostamento in relazione a valutazioni ed analisi aziendali svolte dall'offerente, che evidenzino una particolare organizzazione aziendale; cosicché è rimessa alla stazione appaltante la valutazione della congruità e dell'affidabilità dell'offerta, in caso di sensibile scostamento, mediante il procedimento di verifica dell'anomalia, in linea con il principio codificato dall'art. 55 della direttiva 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE, secondo cui i concorrenti devono

avere la possibilità di dimostrare in concreto qualunque circostanza (di diritto e di fatto) che dia luogo alla concreta riduzione dei costi (Consiglio di Stato, Sez III, 14 febbraio 2012, n. 710; Consiglio Stato, Sez. V, 2 febbraio 2012 n. 551, Consiglio di stato, Sez III, 26 gennaio 2012, n. 343; Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 luglio 2010, n. 4783; Consiglio Stato, Sez. III, 07 marzo 2011, n. 1419; Consiglio Stato, Sez. VI, 21 luglio 2010, n. 4783; Consiglio Stato, Sez. V, 7 ottobre 2008, n. 4847- citata dalle parti in opposte direzioni). In particolare, tre sentenze affrontano gli stessi aspetti che qui vengono in esame, sottolineando la necessità di una dimostrazione puntuale e rigorosa di ogni scostamento rispetto alle tabelle ministeriali: a) nel caso in cui sia adottato un contratto diverso rispetto a quello di riferimento; b) nel caso di scostamento concernente le variazioni relative al parametro - considerato essenziale - delle ore annue mediamente lavorate. Si tratta delle sentenze: TAR di Puglia – Sezione di Lecce n. 1600/2011, confermata dalla recente sentenza del Consiglio di Stato – Sezione V, n. 2642/2012; ed in precedenza la sentenza Consiglio di Stato, Sezione V, n. 3865/2011.

11.4. - Si rammenta inoltre che - sempre sulla base della giurisprudenza - con riferimento al procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni compiute dalla P.A. sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità dell'istruttoria, ma non può operare autonomamente la verifica della congruità dell'offerta presentata e delle sue singole voci, poiché, così facendo, invaderebbe una sfera propria della P.A., in esercizio di discrezionalità tecnica. Al contrario, il giudice amministrativo ben può sindacare le valutazioni compiute dalla pubblica amministrazione sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza (al fine di verificare la presenza delle relative figure sintomatiche di eccesso di potere) e della congruità dell'istruttoria all'esito della quale l'Amministrazione ha proceduto alle

proprie valutazioni (Consiglio Stato Sez. III, 26 gennaio 2012, n. 343; Consiglio Stato, sez. IV, 27 giugno 2011, n. 3862; Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2010 n. 1040). Si ricorda, come ulteriore specificazione, che, alla luce della giurisprudenza, l'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione di una gara d'appalto, per riscontrata illegittima valutazione dell'anomalia dell'offerta non costituisce *ex se* titolo ad ottenere l'appalto da parte dell'impresa seconda graduata, ma impone alla stazione appaltante l'obbligo di valutare la sussistenza dei requisiti di congruità della sua offerta (Consiglio di Stato, sez. VI, 24 settembre 2007, n. 4894).

11.5. – Alla luce della normativa e della giurisprudenza citate, occorre valutare la documentazione e l'istruttoria sulla base della quale si è svolta la verifica di anomalia dell'offerta di Opus per gli aspetti attinenti al costo del lavoro. Il Collegio non ritiene, invece, di dover affrontare, ai fini della soluzione della presente controversia, le questioni - sollevate dall'appellante principale e dalle organizzazioni sindacali intervenute *ad adiuvandum* in appello - di quale sia il grado di rappresentatività dell'UNCI e della CONFISAL, né quella della idoneità del contratto collettivo stipulato tra queste organizzazioni a fungere da riferimento ai fini della determinazione dei livelli minimi salariali. Secondo la normativa e la giurisprudenza richiamata nei punti precedenti, si deve certamente assumere che tutti i decreti emanati dal Ministero del lavoro con riferimento alle cooperative sociali (D.M. 14 settembre 2004, D.M. 1° giugno 2005, D.M. 1 dicembre 2008, D.M. 24 febbraio 2009 e il recentissimo D.M. 2 aprile 2012) fanno riferimento ai contratti stipulati da LEGACOOPSOCIALI, FEDERSOLIDARIETA'-CONFSCOOPERATIVE, AGCI-SOLIDARIETA', FUNZIONE PUBBLICA-CGIL, CISL-FP, FISASCAT-CISL, UIL-FPL: rispettivamente in data 26 maggio 2004 per il triennio 2004-2006, il 30 luglio 2008 per il triennio 2006-2009, il 16 dicembre 2011 per il triennio 2009-2012. Alle tabelle ministeriali che fanno

riferimento al contratto collettivo stipulato da tali organizzazioni bisogna dunque fare riferimento, anche se non in modo inderogabile - secondo la giurisprudenza richiamata al punto 11.3 -, ma quale parametro di riferimento per giustificare in modo adeguato le eventuali difformità in ordine al costo del lavoro. Ai fini del caso in esame, visto il periodo di svolgimento della gara, va, dunque, preso in considerazione il decreto ministeriale 24 febbraio 2009, già ricordato.

Ciò, in quanto la questione oggetto del presente giudizio verte pregiudizialmente - non sul grado di rappresentatività dell'UNCI e della CONFSAL né sulla capacità del contratto collettivo da loro stipulato a costituire autonomamente valido strumento nell'ambito dei contratti pubblici - ma più semplicemente sulla idoneità della documentazione presentata per giustificare gli aspetti relativi al costo del lavoro nella fase di verifica dell'anomalia dell'offerta, con riferimento ai trattamenti retributivi minimi inderogabili e alle ore mediamente lavorate individuati sulla base della normativa vigente e dunque dei decreti ministeriali sopra ricordati.

11.6. – Da questo punto di vista, nelle circostanze date, il costo del lavoro, in fase di verifica dell'anomalia dell'offerta, deve essere giustificato in rapporto ad un determinato contratto collettivo ed ai livelli salariali minimi retributivi anche con riferimento all'art. 7, comma 4, del decreto legge n. 248/2007 riportato al punto 11.2, cui deve attribuirsi perlomeno l'effetto di richiedere ai concorrenti un confronto tra il trattamento derivante tra i diversi contratti collettivi, laddove non si adotti il CCNL direttamente preso a base dai decreti ministeriali, al fine di verificare la “non” violazione della tassativa disposizione di cui all'art. 87, comma 3, del codice dei contratti pubblici. A questo riguardo la documentazione presentata da OPUS ai fini della verifica di anomalia dell'offerta è del tutto carente, fino al punto che manca perfino una chiara indicazione del contratto collettivo che si intende adottare.

Dall'esame degli atti presentati da Opus ai fini della verifica dell'anomalia dell'offerta, risulta confermata la censura dell'appellante principale secondo cui solo in sede giudiziale Opus avrebbe affermato con chiarezza e dato pienamente conto dell'utilizzazione del contratto collettivo UNCI/CONFESAL, stipulato in data 11 luglio 2007 e del rispetto dei livelli salariali previsti da detto contratto. Al riguardo è sufficiente osservare che, all'inizio del punto 1 della Relazione giustificativa dei costi del piano economico gestionale allegata alla prima lettera di giustificazioni del 25 febbraio 2011, OPUS afferma che "Il CCNL di riferimento applicato per determinare il costo del personale è quello delle Cooperative Sociali (cfr. tabelle ministeriali in allegato)". Le predette tabelle ministeriali in allegato fanno riferimento al contratto collettivo denominato "CCNL 26 maggio 2004" stipulato dalle organizzazioni considerate più rappresentative e comunemente denominato CCNL delle Cooperative Sociali. La difesa di Opus sostiene, invece, che nel testo della relazione l'espressione "è quello delle Cooperative Sociali" si riferisce non a quel determinato contratto (come per "un voluto equivoco" intenderebbe la controparte), ma ad uno dei diversi contratti collettivi nazionali che si riferiscono alle cooperative sociali, come specifica categoria contrattuale. Si può obiettare che l'espressione utilizzata, l'uso della iniziale maiuscola per entrambe le parole - "Cooperative Sociali" - e il contestuale richiamo alle tabelle ministeriali, a loro volta, richiamanti nel titolo un ben determinato contratto collettivo, accreditano piuttosto la lettura fornita da Auxilium, lasciando pensare che si tratti del contratto comunemente definito con tale espressione e posto a base delle tabelle ministeriali in quanto sottoscritto dalle associazioni proporzionalmente più rappresentative. Oppure in alternativa che, perlomeno, lo si voglia lasciar credere, non fornendo alcuna precisa indicazione sul contratto utilizzato.

La difesa di Opus fa poi notare che nella successiva lettera di giustificazioni

del 10 marzo è stato precisato lo specifico riferimento al contratto collettivo UNCI/CONFISAL e ciò smentirebbe la censura avversaria per la quale solo in sede giudiziale sarebbe emerso il ricorso a tale contratto. In realtà, anche nella successiva lettera di giustificazioni del 10 marzo 2011 (ove, diversamente da quanto avviene nella lettera di giustificazione del 25 febbraio 2011, vi è un esplicito riferimento al contratto UNCI/CONFISAL), il richiamo a tale contratto collettivo risulta comunque effettuato con una formulazione generica e volutamente non impegnativa. Si afferma, infatti, con riferimento alle tabelle allegate alla lettera stessa: “Dette tabelle peraltro prevedono costi del personale maggiori rispetto ad altri CCNL di settore (UNCI/CONFISAL) applicabili dal Consorzio Opus e senz’altro rispondenti al dettato costituzionale di cui all’art. 36, suscettibili di fugare ogni residuo dubbio circa l’economicità del servizio per lo scrivente”. In sostanza, ad avviso del Collegio, in questo modo ci si è limitati ad individuare le tabelle autonomamente elaborate da Opus per il costo del lavoro prospettando la “possibilità” di utilizzare un determinato contratto, e segnalando che, rispetto a questo contratto, le retribuzioni prospettate da Opus sono superiori: senza peraltro dimostrarlo al pari di quanto si verifica per la successiva affermazione in ordine alla piena rispondenza all’art. 36 Cost. E’ anche significativo che, contestualmente, si confermi l’ “economicità” del servizio per la stazione appaltante, economicità che non viene neanche essa chiarita e giustificata, come invece pretendono tassativamente le norme e la giurisprudenza richiamate ai punti 11.2. e 11.3.

11.7. – Si deve, comunque, dare per acquisito che, anche in base ai successivi atti processuali, la volontà di Opus è sin dall’origine di adottare il contratto collettivo UNCI/CONFISAL 2007, anche se tale volontà è stata solo imperfettamente comunicata alla stazione appaltante, al punto da non essere oggetto di alcun accertamento o apprezzamento a conclusione della

verifica. Acquisito questo dato, si deve verificare se le tabelle sul costo del lavoro presentate da Opus - anche se basate su un contratto collettivo non compiutamente dichiarato - siano comunque in grado di fornire le richieste giustificazioni rispetto alle tabelle ministeriali ai sensi delle disposizioni degli articoli 86 e 87 del codice dei contratti pubblici, come interpretati dalla giurisprudenza richiamata al punto 11.3.

11.8. – A questo riguardo occorre in primo luogo constatare che restano non adeguatamente contestate le reiterate affermazioni secondo le quali il contratto collettivo UNCI-CONFSAL comporta significative riduzioni dei livelli retributivi rispetto al contratto delle cooperative sociali del 30 luglio 2008, richiamato dal decreto ministeriale 24 febbraio 2009 che reca le tabelle ministeriali di riferimento. Tali affermazioni sono più volte ripetute: a) nella memoria conclusiva presentata in primo grado da Auxilium; b) nel suo ricorso in appello e successive memorie, nel quale viene riproposta anche la censura relativa all'uso di un divisore più alto di ore lavorate per ciascun dipendente; c) da tutti gli intervenienti *ad adiuvandum*. Rispetto a queste nette affermazioni non si riscontra una corrispondente negazione e dimostrazione negli atti presentati da Opus (se non nella forma dell'uso del condizionale: detto contratto “contemplerebbe un trattamento deteriore per i lavoratori rispetto ad altri contratti collettivi”) ovvero negli interventi *ad opponendum* di UNCI e CONFSAL, impegnati piuttosto a dimostrare la loro rappresentatività e la conseguente legittimità del contratto stesso, affermando in proposito solo un generico e non provato rispetto dei parametri fissati dall'art. 36 della Costituzione. La sentenza del TAR di Puglia – Sezione di Lecce n. 1600/2011, confermata dalla recente sentenza del Consiglio di Stato – Sezione V, n. 2642/2012, afferma, proprio in relazione alla applicazione del medesimo contratto UNCI-CONFSAL, che esso reca “minimi retributivi inferiori a quelli dei sindacati maggiormente rappresentativi utilizzati nei decreti del Ministero del lavoro” quantificati in

oltre un 1/5, censurando di conseguenza la carenza di istruttoria e di motivazione della verifica di anomalia dell'offerta e riaffermando - in presenza della dichiarata intenzione di ricorrere ad altro contratto - la necessità di una attenta verifica di congruità rispetto ai valori salariali considerati di riferimento, che, secondo la giurisprudenza non sono inderogabili, ma possono essere variati solo in presenza di puntuali e rigorose giustificazioni o compensazioni per aspetti non retributivi. Pertanto, anche sulla base di quest'ultima sentenza, in coerenza con la giurisprudenza ricordata al punto 11.3, si afferma un principio che non contesta l'utilizzo di un contratto collettivo diverso da quello di riferimento, come quello UNCI-CONFSAL, ma riafferma il preciso e tassativo obbligo del concorrente sottoposto ad anomalia dell'offerta di dare piena contezza ed esplicita dimostrazione degli effetti di tale contratto in rapporto alle tabelle ministeriali e dei contratti collettivi, cui esse fanno riferimento, nonché dei meccanismi compensativi che consentano di ridurre il costo del lavoro nel rispetto della normativa e dei parametri costituzionali di cui all'art. 36 Cost. In sostanza, l'individuazione di tabelle parametriche di una determinata provenienza contrattuale da parte dell'apposito decreto ministeriale non può che comportare una netta inversione nell'onere della prova a carico di chi faccia eventualmente riferimento a diversi contratti collettivi o adotti diversi parametri retributivi, nell'ambito di una rigorosa esegesi della situazione prospettata e nel superiore interesse dei lavoratori a vedere idoneamente retribuita la propria attività a norma dell'art. 36 della Costituzione. Questa prova non è invece stata data da Opus come si evidenzia al successivo punto 11.10.

11.9. – Dallo stesso punto di vista è assai significativo che, a causa della insufficiente giustificazione e documentazione presentata in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, restano in ombra fino alla fase del giudizio e sono tuttora controversi aspetti rilevanti, quali quelli relativi agli obblighi di

riassunzione del personale già in servizio – previsti - nei limiti in cui le attività da svolgere nell’ambito del nuovo contratto d’appalto restano invariate - dal contratto collettivo di riferimento (art.37), ma non, a quanto sembra, dal contratto collettivo UNCI. La riassunzione del personale alle condizioni previste da detto articolo – ancorché non prevista espressamente dal bando – è da intendersi compresa nelle dichiarazioni di impegno previste nell’Avviso Pubblico di gara al punto 11, lettera d, punto 4: che chiede dichiarazione attestante: “il rispetto dei contratti collettivi e dei contratti integrativi di riferimento in tutti i loro istituti, anche per i soci di cooperativa, a prescindere da qualsiasi regolamento interno”. In ogni caso la evenienza della riassunzione va giustificata in un senso o nell’altro in sede di anomalia dell’offerta, potendo avere una possibile incidenza sul costo del lavoro e presentando un sicuro e significativo valore sociale da prendere in considerazione secondo la *ratio*, se non la lettera, delle norme del codice dei contratti pubblici e del bando di gara, soprattutto in presenza di un contratto diverso da quello di riferimento, che ci si è impegnati a rispettare in sede di dichiarazione.

Anche in questo caso si può evidenziare che, contrariamente a quanto asserito nella sentenza del TAR e sostenuto dall’Amministrazione appellata, non spetta al ricorrente - che solleva tale doglianza nel suo ricorso in primo grado (e la ripropone in appello) - di provare che le attività sono rimaste invariate come presupposto previsto dal contratto per la riassunzione del personale, ma spetta invece alla società cooperativa interessata di chiarire e motivare questo aspetto in fase di verifica dell’anomalia dell’offerta o alla stazione appaltante di formulare precise richieste di chiarimenti. Il fatto che, invece, la questione sia emersa solo successivamente alla aggiudicazione e, per di più, in sede giudiziale, costituisce ulteriore prova della mancanza di adeguata documentazione e di adeguata istruttoria per la verifica della anomalia dell’offerta sugli aspetti concernenti il costo del

lavoro.

11.10. – Le giustificazioni presentate da Opus in sede di anomalia dell'offerta riguardano il confronto tra le tabelle retributive proposte con quelle derivanti dalle tabelle ministeriali, che fanno esplicito riferimento al contratto collettivo nazionale delle Cooperative Sociali. Orbene, nella tabella riportata da Opus il costo orario per le ore annue mediamente lavorate (1578 ore) non è praticamente leggibile (forse perché la riga è evidenziata nell'originale così da non essere leggibile in fotocopia): nelle poche cifre leggibili risulta tuttavia nettamente inferiore al costo orario quale risulta in tutte le tabelle allegate ai decreti ministeriali. Le cifre del costo orario sono comunque chiaramente riportate nel paragrafo 1.1. della Relazione giustificativa dei costi del piano economico gestionale allegata alla prima lettera di giustificazioni insieme alla tabella di cui si discute. Ad esempio, il costo orario per gli operatori generici diurni è pari a 12,20 senza alcuna anzianità, mentre nella tabella allegata al decreto ministeriale del 2009 è pari a 17,31 (con indennità di turno pari a 11,7%).

Nella successiva lettera di giustificazione del 10 marzo 2011, successiva alla comunicazione con la quale la stazione appaltante ha chiesto di giustificare il costo del lavoro con riferimento alle tabelle ministeriali, viene riportata una tabella di confronto tra la tabella ministeriale allegata alla prima lettera del 25 febbraio e le definitive tabelle sul costo del lavoro allegate nella quale questi valori registrano solo minimi scostamenti, per lo più positivi. Tuttavia se si confrontano questi dati con la tabella ministeriale allegata al decreto 24 febbraio 2009, pubblicato nella G.U. 12 marzo 2009, che si deve considerare la tabella ministeriale di riferimento per il periodo considerato, si verifica che, ad esempio, per la categoria C1, corrispondente agli operatori generici diurni specializzati (liv 4), mentre la prima cifra corrispondente ai minimi contrattuali conglobati mensili è superiore, il costo orario è nettamente inferiore, dal momento che la tabella ministeriale

prevede un costo orario pari a 17,31, comprensivo dell'indennità di turno pari all' 11,7%. Anche deducendo questa indennità, che, secondo le indicazioni fornite da Opus - non spetterebbe a questi lavoratori, questo costo orario resta nettamente superiore al costo orario indicato da Opus (12,01).

Da un attento esame delle giustificazioni fornite da Opus, i dati forniti dal Consorzio risultano coerenti solo tra loro e con l'offerta presentata, mentre presentano vistose non spiegabili differenze con la tabella ministeriale da considerare in vigore in quanto allegata all'apposito decreto. Tali differenze non sono neppure dichiarate da Opus e quindi non possono essere giustificate. La stessa riduzione del costo del lavoro non è rivendicata e sottolineata. Pertanto il confronto con le tabelle ministeriali è condotto sulla base di una documentazione come minimo insufficiente e non idonea.

11.11. - Con riferimento alle modalità per la determinazione del costo orario con riferimento al numero di ore considerate per ripartire il costo annuale di ciascuna unità di personale, sostiene Auxilium nell'appello principale e nelle conseguenti memorie che il Consorzio Opus ha utilizzato per la determinazione del costo orario della propria offerta il divisore 1976, corrispondente al numero teorico di ore di lavoro in un anno, anziché quello di 1548 previsto dalla tabella ministeriale per la determinazione del costo orario in quanto corrispondente alle ore mediamente lavorate da ciascuna unità di personale detraendo ferie, festività malattie etc. Il TAR sostiene invece che "il divisore utilizzato dal consorzio per la determinazione del costo orario è stato proprio 1548 e non 1976". Ad un'attenta disamina le argomentazioni portate da Auxilium meritano maggiore attenzione e approfondimento. Da una verifica puntuale di tutti i dati offerti risulta confermata la tesi dell'appellante che, ai fini del calcolo del costo orario, non sono state considerate le ore mediamente lavorate pari a 1548, secondo la tabella ministeriale allegata al decreto 24 febbraio 2009,

ma un numero di ore molto superiore, anche se non sempre coincidente con la cifra di 1976, pari alle ore teoriche annue per ogni dipendente secondo la tabella ministeriale (senza ferie, festività e malattie). Ad esempio - per la categoria C1 (liv. 4) già sopra considerata - se si divide il costo annuo di 23.777,63 per 1548 il costo orario risulterebbe pari 15,360, mentre se divide per 1976 risulterebbe 12.03 e cioè una cifra sostanzialmente uguale al costo orario indicato da Opus.. In altri casi risultano divisori leggermente diversi, ma sempre assai più alti ed il risultato sostanziale non cambia.

Se il Consorzio Opus avesse preso in considerazione, ai fini della giustificazione del costo di lavoro, il costo di ciascuna ora mediamente lavorata risultante dalle tabelle ministeriali, invece che considerare un monte ore per ciascun dipendente più alto, avrebbe dovuto confrontarsi con valori notevolmente più alti di quelli indicati nella lettera di giustificazioni del 10 marzo 2011 e sarebbe quindi venuta alla luce la minore retribuzione oraria prevista. Né si può neppure pensare che la causa dei sensibili scostamenti sia l'adozione di altri parametri sul numero di ore annue lavorate. Nella tabella presentata da Opus il 25 febbraio e nella seconda delle due tabelle presentate il 10 marzo, il numero delle ore mediamente lavorate è chiaramente indicato accanto alla voce costo orario. Nella seconda tabella allegata alla lettera di giustificazione del 10 marzo, corrispondente al definitivo assestamento del costo del lavoro, accanto alla voce costo orario è indicato come cifra delle ore mediamente lavorate : 1548. Mentre nella riga subito sotto è indicato come ore mediamente lavorate la cifra di 1578, quanto al costo orario per i lavoratori con indennità di turno. Se si verificano questi dati, prendendo ad esempio la qualifica B 1 della seconda tabella del 10 marzo, il costo orario, in luogo di 11,35, come indicato nella tabella Opus , sarebbe stato di euro 14,22 o di euro 14,50 (a seconda che si fosse utilizzato, come denominatore, 1578 (con indennità di turno) o 1545

(numero di ore mediamente lavorate indicato nella riga del costo orario senza indennità di turno).

In ogni caso, dalle verifiche effettuate, risulta certo che ha gravemente errato la stazione appaltante a non operare, in sede di verifica dell'anomalia, la necessaria istruttoria volta ad accertare la affermazione della sostanziale corrispondenza dell'offerta Opus, per quanto concerne il costo del lavoro, ai costi ricavabili dalle tabelle ministeriali quali risultano dai decreti ministeriali pubblicati secondo le date di vigore da essi indicati. Ciò anche in presenza del riferimento ad altro contratto rispetto a quello richiamato dai medesimi decreti ministeriali e posto a base delle tabelle da essi riportati.

Risultano, poi, errate anche le affermazioni contenute nella sentenza del TAR e nelle memorie dell'Amministrazione in primo grado e in appello, che hanno attestato l'utilizzo di un divisore pari a 1548. Opus, più prudentemente, nell'ultima memoria preferisce segnalare la sostanziale e, a suo avviso, determinante rilevanza del rispetto del monte ore previsto dal capitolato e del totale costo annuo, mentre "si palesa un fuor d'opera discettare di divisori determinati in base alle ore mediamente lavorate alla stregua di altro contratto (adottato come mero criterio statistico di riferimento)". La questione dirimente è proprio questa, che gli effetti sul costo orario rispetto alle ore mediamente lavorate in relazione all'adozione di un altro contratto non sono documentati alla luce della difformità dalle tabelle ministeriali quali risultanti dal decreto in vigore, ma sono giustificati solo, e solo in fase giudiziale, rispetto al contratto UNCI. La documentazione presentata da Opus si presenta, quindi, irrimediabilmente carente e incongrua proprio su questo punto decisivo, in quanto, sulla base delle normative come interpretata dalla giurisprudenza, le differenze retributive sono ammissibili, ma devono essere puntualmente chiarite e motivate (Cfr. da ultimo la sentenza CdS V sezione 27 aprile 2012 n. 2642,

proprio con riferimento al contratto UNCI- CONFISAL).. In particolare, gli scostamenti al riguardo rispetto alle tabelle ministeriali come parametri di riferimento devono essere dichiarati, giustificati e motivati al pari di ogni altro fattore di costo del lavoro. (La sentenza CdS - V Sezione – n. 3865/2011 afferma in merito alla necessità di tenere nel massimo conto questi aspetti: “tanto più se si considera che il dato delle ore mediamente lavorate dal personale coinvolge eventi (malattie, infortuni, maternità) che non rientrano nella disponibilità dell’impresa e che quindi necessitano di una valutazione prudenziale “).

11.12. – Dalla documentazione agli atti emergono anche profili di incongruità dell’offerta di Opus lamentati nell’appello principale, attinenti all’indicazione del monte-ore di manodopera per alcune figure professionali. Nella tabella 1 “Personale previsto da capitolato” allegata alla lettera del 25 febbraio 2011, il totale delle ore annue indicate per gli operatori diurni (specializzati e non), per gli operatori notturni (specializzati e non), per i mediatori linguistici, per l’informazione normativa, per i medici e per gli infermieri professionali sembra inferiore a quello derivante dalla moltiplicazione del numero degli operatori per il monte ore settimanale e per il numero delle settimane presenti in un anno. La sentenza impugnata afferma che “l’errore di calcolo sulle ore di lavoro, per taluni profili professionali è stato spontaneamente rilevato dallo stesso Consorzio Opus, durante il contraddittorio con la stazione appaltante ed emendato nella lettera di chiarimenti del 10 marzo 2011”. Questo risulta vero per quanto riguarda gli operatori generici diurni e notturni, ma ad una prima sommaria ricognizione non risulta confermato per i mediatori linguistici culturali, gli operatori di informazione normativa, i medici e gli infermieri professionali, relativamente ai quali la tabella costituente l’allegato 4 non presenta correzioni del dato relativo al totale ore annue rispetto all’analoga tabella allegata alla lettera del 25 febbraio. Come già

rilevato con riferimento al terzo motivo dell'appello incidentale, questi elementi avrebbero dovuto essere verificati e, se confermati, motivati e valutati nell'ambito della verifica dell'anomalia dell'offerta. Per quanto riguarda gli errori riconosciuti e corretti da Opus in sede di seconda lettera di giustificazione, si deve condividere la censura dell'appellante principale per il fatto che l'aggiudicataria, in occasione delle seconde giustificazioni, abbia ridotto di un terzo (da 50.000 euro su base annua a 50.000 euro per il triennio) gli oneri per la sicurezza, senza fornire alcuna giustificazione né svolgere considerazioni sulla sufficienza dello stanziamento "corretto", salvo la necessità di coprire l'incremento dei costi derivanti dalla carente indicazione del monte ore relativamente alle figure degli operatori diurni.

12. – In base al complesso delle precedenti considerazioni, la mancanza di una appropriata verifica dell'anomalia dell'offerta, quale è richiesta dalle norme del codice dei contratti pubblici come interpretate da una consolidata giurisprudenza, risulta nel caso in esame dovuta ad una insanabile carenza e omissione nella informazione e documentazione presentata da Opus: sia per gli aspetti relativi al tipo di contratto collettivo prescelto e ai suoi effetti rispetto ai livelli retributivi minimi individuati per la categoria interessata da fonti autorizzate dalla legge, quale il decreto ministeriale 24 febbraio 2009, sia quanto al calcolo del costo orario senza un'adeguata considerazione e dimostrazione degli scostamenti rilevati rispetto alle tabelle ministeriali per il dato relativo alle ore mediamente lavorate, nonché quanto ad ulteriori incongruità solo parzialmente corrette durante la verifica.. L'insieme di tali carenze rende l'offerta Opus inidonea ad essere sottoposta ad una nuova verifica di anomalia, senza ammettere una inammissibile successiva integrazione dell'offerta su punti essenziali e determinanti rispetto alla documentazione fornita in sede di gara, tenuto, altresì, conto che neppure in sede giurisdizionale tale prova è stata fornita, se non a livello meramente assertivo ovvero con riferimento esclusivamente

al rispetto del contratto collettivo UNCI-CONFISAL e non con riferimento alla idoneità complessiva dell'offerta medesima a consentire il rispetto dei parametri invalicabili richiamati dall'art. 36 Cost..

Pertanto, il Collegio non può limitarsi ad annullare l'aggiudicazione e a richiedere alla stazione appaltante una nuova verifica dell'anomalia dell'offerta, perché una verifica appropriata appare impossibile sulla base della documentazione già fornita in corso di gara. Di conseguenza, la complessiva argomentazione svolta conduce all'annullamento dell'aggiudicazione al Consorzio Opus e alla sua esclusione dalla gara per incompletezza, indeterminatezza e mancata giustificazione dell'offerta per gli aspetti relativi al costo del lavoro indicati nei punti precedenti.

13. - In conclusione, l'appello principale della società Auxilium è accolto nei limiti di cui in motivazione, considerandosi assorbiti i restanti motivi. L'appello incidentale è invece respinto per i motivi indicati al punto 10. Poiché il contratto non risulta ancora sottoscritto con l'aggiudicataria (anzi, risulta che l'odierna appellante nelle more ha continuato a gestire il servizio in questione), ne consegue che non trova spazio la richiesta di inefficacia del contratto, né tantomeno può essere accolta la domanda risarcitoria per equivalente, ben potendo essere l'interesse dell'appellante soddisfatto mediante stipulazione del contratto di appalto per l'intero periodo triennale oggetto di gara, previa appropriata verifica dell'anomalia dell'offerta, anche per gli aspetti indicati ai punti 10.4 e 10.5.. .

14. - La complessità della vicenda giustifica la compensazione delle spese per entrambi i gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello principale, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e, pertanto, in riforma della sentenza impugnata, annulla i provvedimenti impugnati. Respinge la richiesta di

risarcimento del danno in forma specifica e per equivalente monetario.

Respinge l'appello incidentale.

Spese compensate per entrambi i gradi del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2012

con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Botto, Presidente FF

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/05/2012

IL SEGRETARIO

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