

Publicato il 03/06/2022

N. 04539/2022REG.PROV.COLL.
N. 07968/2021 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 7968 del 2021, proposto da CNS Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Dugato, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Comune di Bologna, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Nadia Zanoni e Antonella Trentini, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

Intercent – Er Agenzia per lo sviluppo dei mercati telematici, non costituita in giudizio;

nei confronti

C.S. Con.Service s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Open Group Società Cooperativa Sociale Onlus, Società Cooperativa Culture ed Euro&Promos FM, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Pisanu, con domicilio digitale come da PEC da Registri

di Giustizia;

Open Group Società Cooperativa sociale Onlus, Società cooperativa Culture ed Euro&Promos FM, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna (Sezione seconda) n. 698/2021.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Bologna;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e di C.S. Con.Service s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 10 marzo 2022 il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti gli avvocati Dugato, Zanoni e Pisanu;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Bologna avviava con determinazione del 4 agosto 2020 una procedura aperta per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei servizi di gestione del pubblico e del patrimonio documentario e dei servizi di catalogazione per le biblioteche comunali nel periodo gennaio 2021/31 dicembre 2022, suddivisa in due lotti.

Oggetto dell'odierno contenzioso è il lotto 1, relativo ai servizi di gestione del pubblico e del patrimonio documentario, di importo a base d'asta pari a € 3.725.304,00 (di cui € 5.000,00 per oneri della sicurezza ed € 3.481.604,86 per costi di manodopera), stimato tenendo conto del fabbisogno presunto delle ore necessarie allo svolgimento dei servizi e del costo orario della manodopera, calcolato in base all'ultimo adeguamento della retribuzione tabellare previsto dal CCNL Imprese di pulizia e servizi integrati/Multiservizi aggiornato al luglio 2013, recepito con d.m. Lavoro 13 febbraio 2014, e considerando la maturazione degli scatti di anzianità del personale impiegato nella precedente gestione del servizio, elencato per qualifica e livello nel

capitolato di gara in rapporto alla prevista “clausola sociale” (art. A.13 e allegato C), nonché l’incremento di circa il 7% per costi generali inerenti alle attività di gestione e coordinamento dei servizi e per il margine operativo.

CNS Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa partecipava alla gara per entrambi i lotti e risultava prima classificata per il predetto lotto 1 con una offerta complessiva pari a € 3.501.762,50, che, sebbene non anomala ai sensi dell’art. 97 comma 3 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, *Codice dei contratti pubblici*, veniva sottoposta a verifica di congruità ai sensi del comma 6 dello stesso articolo 97 (“*La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa*”), con particolare riferimento alla sostenibilità dei costi della manodopera dichiarati (€ 3.251.163,01 complessivi) e al loro scostamento rispetto a quelli stimati dalla stazione appaltante.

Il subprocedimento di verifica, dopo l’esame degli elementi prodotti dalla società in esito alle due richieste di chiarimenti formulate dal RUP, si concludeva con un articolato giudizio di non congruità, cui seguiva l’esclusione dalla gara di CNS e l’aggiudicazione del lotto al raggruppamento temporaneo di imprese secondo classificato, capeggiato da C.S. Con.Service s.p.a., la cui offerta complessiva era pari a € 3.701.387,20.

CNS impugnava innanzi al Tribunale amministrativo regionale per l’Emilia Romagna i provvedimenti con cui il Comune di Bologna ha esitato negativamente la verifica di congruità della sua offerta, ha escluso la società dalla gara e aggiudicato il lotto in parola alla controinteressata, nonché gli atti connessi e consequenziali. Sostenuta l’illegittimità e l’erroneità della predetta verifica, domandava l’annullamento degli atti gravati e il risarcimento del danno in via specifica (con disposizione in suo favore dell’aggiudicazione, declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto con la controinteressata o il suo subentro nello stesso) o per equivalente.

L’adito Tribunale, dopo la reiezione della domanda cautelare formulata in ricorso, cui seguiva il 16 aprile 2021 la stipula del contratto con la

controinteressata, respingeva il gravame con sentenza della Sezione seconda n. 698/2021 e condannava la ricorrente alle spese del giudizio in favore di entrambe le parti costituite in resistenza, Comune di Bologna e Con.Service.

CNS ha appellato la predetta sentenza, sostenendo che essa è priva del contenuto minimo necessario a produrre l'effetto di certezza giuridica costituente lo scopo del giudicato. In particolare, per la deducente, la sentenza sarebbe affetta da difetto assoluto di motivazione, tale non essendo le mere formule di stile e il richiamo alle motivazioni del provvedimento impugnato e a un generico orientamento giurisprudenziale in cui essa si dipana, elementi che non enunzierebbero la *ratio decidendi*, rappresentando piuttosto la fattispecie di motivazione apparente siccome delineata dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato n. 10 del 2018, e impedirebbero al giudice di appello di esercitare il sindacato sostitutivo, anche in via di integrazione/emendazione, per inesistenza di una statuizione su cui incidere.

L'appellante ha chiesto pertanto in via principale la declaratoria di nullità della sentenza ai sensi degli artt. 88 e 105 Cod. proc. amm., per violazione degli artt. 111 Cost., 132 e 156 Cod. proc. civ. e per difetto assoluto di motivazione, con rinvio al Tribunale di primo grado.

In via subordinata, ha chiesto la riforma della sentenza con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati. A tale fine, ha riproposto i sette motivi del ricorso originario, *“poiché nessuna specifica censura può essere mossa a una sentenza che si è limitata a dichiarare legittimo il provvedimento senza nulla affermare a confutazione degli argomentati motivi di diritto”*.

Con.Service si è costituita in resistenza, sostenendo la validità della sentenza impugnata ed eccependo l'inammissibilità dell'appello per violazione del principio di specificità di cui all'art. 101 Cod. proc. amm. e, in ogni caso, la sua infondatezza nel merito.

Il Comune di Bologna si è costituito in resistenza. Dato atto che il contratto per cui è causa è in via di regolare esecuzione, ha escluso la sussistenza dei vizi radicali della sentenza denunciati dalla parte appellante, evidenziandone

l'emendabilità in questa sede, mediante l'integrazione della motivazione carente o, comunque, la decisione sul merito della causa, e confutato analiticamente i motivi del ricorso di primo grado, concludendo per la reiezione dell'appello.

Tutte le parti hanno affidato a memorie lo sviluppo delle proprie tesi difensive.

La causa è stata indi trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 10 marzo 2022.

DIRITTO

1. La società appellante afferma che la sentenza gravata - in violazione dell'art. 111 sesto comma Cost., che dispone che *“Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati”*), e degli artt. 132 n. 4) Cod. proc. civ. e 88 n. 4) Cod. proc. amm., che stabiliscono che la sentenza deve contenere la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione, anche mediante il rinvio a precedenti cui il giudice intende conformarsi, come precisa il Codice del processo amministrativo - non presenti il contenuto minimo della decisione giurisdizionale, per non avere affrontato l'esame delle censure formulate nel ricorso di primo grado, che ha respinto mediante il generico richiamo ai principi giurisprudenziali della materia controversa e alle ragioni contenute nel provvedimento che ha escluso la società dalla gara, così integrando la fattispecie della motivazione apparente o comunque incomprensibile.

Per tale motivo, l'appellante domanda in via principale la declaratoria della nullità della sentenza, ai sensi dell'art. 156 Cod. proc. civ., che prevede che la nullità di un atto del processo possa essere pronunciata quando esso manchi *“dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo”*, e il rinvio della causa al primo giudice, secondo quanto previsto dall'art. 105 Cod. proc. amm., secondo cui *“Il Consiglio di Stato rimette la causa al giudice di primo grado ... se dichiara la nullità della sentenza ...”*.

1.1. In linea generale, quanto al vizio denunciato, occorre fare riferimento alla giurisprudenza civile, che afferma che l'anomalia motivazionale implicante una violazione di legge costituzionalmente rilevante integra un *error in procedendo* che comporta la nullità della sentenza nei casi di 'mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico', di 'motivazione apparente', di 'contrasto irriducibile fra affermazioni inconciliabili', di 'motivazione perplessa e obiettivamente incomprensibile'(Cass., III, ordinanza 8 ottobre 2021, n. 27411; Sez. un., 7 aprile 2014, nn. 8053 e 8054).

Le fattispecie di 'motivazione apparente' e 'motivazione perplessa e incomprensibile' qui specificamente evocate ricorrono, sempre per la stessa giurisprudenza, quando la sentenza non renda "*percepibili le ragioni della decisione, perchè consiste di argomentazioni obiettivamente inidonee a far conoscere l'iter logico seguito per la formazione del convincimento, di talchè essa non consenta alcun effettivo controllo sull'esattezza e sulla logicità del ragionamento del giudice*" (Cass., Sez. un., 3 novembre 2016, n. 22232; 5 aprile 2016, n. 16599).

Più in particolare, il vizio di 'omessa o apparente motivazione' è integrato quando la sentenza: ometta di indicare gli elementi da cui il giudice di merito ha tratto il proprio convincimento, ovvero li indichi senza la loro approfondita disamina giuridica, rendendo in tal modo impossibile ogni controllo sull'esattezza e sulla logicità del suo ragionamento (Cass., VI, ordinanza 7 aprile 2017, n. 9105); sia carente, sotto il profilo sia formale che sostanziale, del requisito di cui all'art. 132 comma 1 n. 4) Cod. proc. civ., consistendo la motivazione nel dichiarare sufficienti tanto i motivi esposti nell'atto che ha veicolato la domanda accolta, quanto non meglio individuati documenti e atti a essa allegati, oltre a una consulenza tecnica, senza riprodurne le parti idonee a giustificare la valutazione espressa (Cass., III, 23 marzo 2017, n. 7402); abbia una motivazione meramente assertiva o riferita solo complessivamente alle produzioni in atti, non esponendo in modo comprensibile e coerente rispetto alle evidenze processuali presenti il

percorso logico compiuto al fine di accogliere o rigettare la domanda proposta (Cass., III, ordinanza 30 maggio 2019, n. 14762).

1.2. Occorre poi fare riferimento alla giurisprudenza amministrativa, e segnatamente alla decisione dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato 30 luglio 2018, n. 10, invocata dalla stessa appellante, che ha indagato il tema del rinvio al primo giudice disciplinato dall'art. 105 del Codice del processo amministrativo.

La decisione ha rilevato in linea generale che:

- i casi di rimessione al giudice di primo grado previsti dalla norma hanno carattere tassativo ed eccezionale, inscrivendosi in un quadro normativo-sistematico che recepisce anche nel processo amministrativo la regola dell'effetto devolutivo/sostitutivo dell'appello e ne codifica il principale corollario applicativo, che si traduce nella predetta limitazione, in considerazione del fatto che l'annullamento con rinvio conferisce eccezionalmente all'appello una funzione rescindente e non più sostitutiva;
- il principio dell'effetto devolutivo fa dell'appello una impugnazione sostitutiva che di regola conduce, subordinatamente all'onere della formulazione di specifici motivi, a una sentenza che ridefinisce integralmente (per la parte appellata: *tantum devolutum quantum appellatum*) la causa pendente, ripronunziandosi sullo stesso oggetto della sentenza di primo grado. In altre parole, nonostante la sua natura di *revisio prioris instantiae* e non di *novum iudicium*, la sentenza di appello amministrativa, come quella civile, nei limiti delle censure dedotte, si esprime direttamente sull'esito da attribuire alla causa, sostituendo, in tutto o in parte, la sentenza di primo grado e ponendosi come nuova decisione idonea a passare in giudicato;
- l'appello, stante il principio di conversione delle cause di nullità in motivi di impugnazione, è un mezzo di impugnazione a vocazione generale (o "a critica libera"), idoneo a far valere tutti i vizi della sentenza, sia quelli che ne determinano l'ingiustizia, sia quelli che ne determinano l'invalidità, e solo nei rari casi di nullità-inesistenza (art. 161 secondo comma Cod. proc. civ.: mancata

sottoscrizione del giudice), la particolare gravità del vizio non ammette sanatorie e consente la proposizione di un'azione di nullità della sentenza senza limiti di tempo;

- in questo contesto, i casi di annullamento con rinvio disciplinati dall'art. 105 Cod. proc. amm. non sono 'aperte' o 'indeterminate' bensì sono formule 'chiuse' e 'determinate', che confermano e rafforzano il principio di tassatività;

- tra tali casi, la 'nullità della sentenza' è l'ipotesi che presenta qualche profilo di criticità, poichè la categoria della nullità degli atti processuali soggiace al principio di tassatività tendenziale di cui all'art. 156 primo comma Cod. proc. civ. (da ritenersi principio generale del processo ai sensi del rinvio esterno di cui all'art. 39 Cod. proc. amm.), in forza del quale la nullità può essere dichiarata solo se è comminata dalla legge (nullità testuale), che è poi ridimensionato dal secondo comma dello stesso articolo, che consente di pronunciare la nullità (anche in assenza di una puntuale previsione testuale) *"quando l'atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo"*, introducendo così, anche in materia processuale, una ipotesi di nullità 'virtuale';

- la nullità processuale 'virtuale' ha anch'essa carattere eccezionale, in quanto *"richiedendo la carenza di requisiti formali, opera solo per le nullità 'formali' (e non per quelle c.d. extraformali) e postula, inoltre, che la forma mancata sia 'indispensabile' ai fini del raggiungimento dello scopo cui l'atto è preordinato. Eccezionalità indirettamente ribadita dall'art. 156, terzo comma, Cod. proc. civ., secondo cui la nullità non può essere mai pronunciata se l'atto ha raggiunto lo scopo cui è destinato"*;

- la tassatività dei casi di annullamento con rinvio si ricollega anche a esigenze sostanziali di effettività della tutela e di ragionevole durata del processo, principio quest'ultimo rivolto al legislatore ma che funge da parametro interpretativo per il giudice nell'interpretazione di norme processuali (Corte Cost. 12 marzo 2007, n. 77), e non trova alcun ostacolo nel principio del doppio grado di giudizio, non costituendone una deroga, sia in quanto il

principio richiede non una doppia pronuncia sul merito, ma più limitatamente che il giudice valuti gli atti processuali ed emetta un giudizio, sia perchè, alla luce del carattere rinnovatorio del giudizio di appello, sarebbe piuttosto il diffuso rinvio al primo giudice ad atteggiarsi come eccezione al principio, nella misura in cui contraddice la *plena cognitio* del giudice di appello una volta che il primo giudice abbia consumato il proprio grado di giurisdizione.

Tanto (e altro) chiarito, l'Adunanza plenaria n. 10 del 2018 si è addentrata nella questione qui di interesse, affermando che il difetto assoluto di motivazione non si identifica con la motivazione illogica, contraddittoria, errata, incompleta o sintetica, presentando una *“ben più marcata gravità che dà luogo ad una sentenza abnorme ancor prima che nulla. A parte le ipotesi estreme (spesso dovute ad errori materiali in fase di redazione o pubblicazione della sentenza) di mancanza ‘fisica’ o ‘grafica’ della motivazione (ad esempio, la sentenza viene pubblicata solo con l’epigrafe e il dispositivo, lasciando in bianco la parte dedicata all’illustrazione delle ragioni della decisione), o di motivazione palesemente non pertinente rispetto alla domanda proposta (perché fa riferimento a parti, fatti e motivi totalmente diversi da quelli dedotti negli scritti difensivi), il difetto assoluto di motivazione coincide con la motivazione apparente, per tale dovendosi intendere la motivazione tautologica o assertiva, espressa attraverso mere formule di stile”*.

Più in particolare:

- *“la motivazione è apparente quando a sostegno dell’accoglimento o non accoglimento del ricorso non individua neppure una ragione ulteriore rispetto alla generica affermazione della sua fondatezza o infondatezza, di cui, però, non viene dato conto e spiegazione, se non attraverso l’utilizzo di astratte formule di stile”*;

- *“E’ apparente, ad esempio, la motivazione che richiama un generico orientamento giurisprudenziale senza illustrarne il contenuto, né direttamente, né indirettamente, attraverso la citazione di pertinenti precedenti conformi (ed è questo profilo che differenzia, invece, la motivazione in forma semplificata che in base agli art. 74 Cod. proc. amm. e 118 disp. att. Cod. proc. civ. può avvenire anche attraverso il richiamo ad un precedente conforme)”*;

- in linea generale *“la motivazione è apparente quando sussistono anomalie argomentative di gravità tale da porre la motivazione al di sotto del ‘minimo costituzionale’ che si ricava dall’art. 111, comma 5, Cost.”*;
- *“Pertanto, dà luogo a nullità della sentenza solo l’anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all’esistenza della motivazione in sé. Esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di ‘sufficienza’ della motivazione’, tale anomalia si identifica, oltre che nella mancanza assoluta di motivi sotto l’aspetto materiale e grafico, nel contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili, nella motivazione meramente assertiva, tautologica, apodittica, oppure obiettivamente incomprensibile (in senso conforme anche l’orientamento della giurisprudenza civile: cfr. Cass. civ. sez. un. n. 7 aprile 2014, n. 8053; Cass. sez. un. 3 novembre 2016, n. 22232; Cass. civ., sez. VI, 22 febbraio 2018, n. 4294)”*;
- la motivazione apparente, in altri termini, e quella *“che, quale che sia la formulazione linguistica concretamente utilizzata, non reca in sé alcuna enunciazione delle ratio decidendi, limitandosi ad affermare in maniera apodittica e tautologica che il ricorso merita o non merita accoglimento perché fondato o infondato”, e “non è sindacabile dal giudice, in quanto essa costituisce un atto d’imperio immotivato, e dunque non è nemmeno integrabile, se non con il riferimento alle più varie, ipotetiche congetture”*;
- la nullità della sentenza per difetto assoluto di motivazione, quanto alle sentenze di merito, è quella che reca *“un dispositivo di merito (accoglimento o rigetto del ricorso) non sorretto da una reale motivazione”*;
- *“il difetto assoluto di motivazione deve essere valutato e apprezzato con riferimento alla sentenza nella sua globalità rispetto al ricorso proposto unitariamente inteso, e non in maniera parcellizzata o frammentata, facendo riferimento ai singoli motivi o alle singole domande formulate all’interno di esso”*.

1.3. Il principio di diritto che rileva nella fattispecie è quindi quello enunziato dopo il descritto percorso argomentativo dall’Adunanza plenaria n. 10 del 2018: *“Costituisce un’ipotesi di nullità della sentenza che giustifica l’annullamento con rinvio al giudice di primo grado il difetto assoluto di motivazione. Esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di sufficienza della motivazione, tale anomalia si identifica,*

oltre che nella mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico, nel contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili, nella motivazione meramente assertiva, tautologica, apodittica oppure obiettivamente incomprensibile: quando, cioè, le anomalie argomentative sono di gravità tale da collocare la motivazione al di sotto del 'minimo costituzionale' di cui all'art. 111, comma 5, Cost.'".

1.4. Alla stregua di tali coordinate ermeneutiche, il Collegio ritiene che la sentenza impugnata, considerata nella sua globalità, non presenti anomalie argomentative di gravità tale da renderla nulla. Invero, il giudice di primo grado:

- a) ha illustrato, in sintesi, la vicenda controversa;
- b) ha illustrato i motivi di ricorso, tutti afferenti, sotto vari profili, alla illegittimità della verifica di congruità, e rilevato il loro comune intento di attestare l'affidabilità e la congruità dell'offerta della ricorrente;
- c) ha ritenuto non condivisibili le censure ricorsuali, richiamando anche l'analogo avviso espresso nell'ordinanza cautelare di rigetto (n. 138/2021);
- d) ha a tal fine considerato, da un lato, i molteplici profili critici dell'offerta della ricorrente indicati dalla stazione appaltante (*“la violazione della clausola sociale; l'errata considerazione dell'aliquota INAIL; la riparametrazione non adeguata del CCNL Cooperative sociali; l'omessa previsione del costo del Referente di cui al punto B.7, n. 2 del Capitolato; la mancata previsione del costo delle ore di formazione di cui all'art. B.9 del Capitolato; l'inadeguatezza dell'importo dei costi della sicurezza”*), dall'altro la loro afferenza a *“una valutazione complessiva le cui conclusioni, per pacifica giurisprudenza, vanno valutate unitariamente e non con riferimento a ogni singola voce presa in esame (come vorrebbe il ricorrente), avendo il giudizio di verifica dell'anomalia dell'offerta natura sintetica e globale e costituendo esso esercizio di un potere tecnico discrezionale sindacabile dal Giudice Amministrativo solo in caso di manifesta irragionevolezza, non ravvisabile nel caso di specie, tenuto conto della pluralità dei rilievi opposti all'interessata e dell'effettiva criticità di alcuni dei profili eccepiti, non adeguatamente chiariti dall'odierna ricorrente nel corso del sub-procedimento di verifica dell'anomalia*

attivato dalla Stazione appaltante (Cons. di Stato, Sez. V, 16.04.2019, n. 2496; nonché TAR Emilia Romagna - Bologna, Sez. II, 14.01.2020, n. 18)”; -- e);

e) ha più in particolare ritenuto la non ravvisabilità di illogicità o irragionevolezza manifeste nella decisione della stazione appaltante, in quanto *“motivata unitariamente attraverso il riferimento a una molteplicità di rilievi critici, ciascuno di essi di per sé stesso adeguato e sufficiente a giustificare l’esclusione della ricorrente”*;

f) e ciò anche rilevando come una delle contestazioni (la mancata considerazione dei costi connessi alla figura del ‘referente’) non fosse stata adeguatamente giustificata dalla ricorrente neanche in sede giudiziale.

Si tratta di un percorso argomentativo che, pur risultando con ogni evidenza carente di approfondimenti in ordine alle specifiche censure ricorsuali, non partitamente esaminate, si rivela idoneo a enunciare la *ratio decidendi*, da ricondursi al rilevante numero delle criticità dell’offerta indicate dall’Amministrazione, al carattere complessivo e globale che la giurisprudenza amministrativa riconosce pacificamente alla valutazione di congruità, e infine alla ritenuta non superabilità del giudizio tecnico discrezionale reso nella fattispecie, in ragione della pure ritenuta insufficienza degli elementi offerti dalla ricorrente, che viene specificata quanto meno in ordine a una delle predette criticità, in via di implicita applicazione del principio della “ragione più liquida”.

La sentenza quindi, piuttosto che nulla, si rivela affetta da insufficienza della motivazione, vizio che l’Adunanza plenaria n. 10 del 2018 ritiene come visto emendabile in sede di appello.

Deve pertanto trovare qui applicazione il principio giurisprudenziale, ripetuto anche dalla ridetta Adunanza plenaria n. 18 del 2018 [capo n. 48: *“Deve, infatti, essere confermato l’orientamento giurisprudenziale secondo cui l’omesso esame di un motivo o anche di una fra le più domande proposte (così come la mancanza della motivazione rispetto ai singoli motivi o a rispetto a una delle domande proposte) non rientra fra le ipotesi di annullamento con rinvio previste dall’art. 105 Cod. proc. amm.*], secondo cui, in

forza dell'effetto devolutivo dell'appello, l'omessa pronunzia su una o più censure proposte con il ricorso giurisdizionale è vizio dell'impugnata sentenza che il giudice di appello è legittimato a eliminare, integrando la motivazione carente o, comunque, decidendo sul merito della causa (tra tante, Cons. Stato, IV, 29 marzo 2021, n. 2611; VI, 22 gennaio 2021, n. 666; V, 30 luglio 2020, n. 4856).

1.5. La domanda principale dell'appellante di declaratoria della nullità della sentenza impugnata e di rinvio della causa al primo giudice, *ex art. 105 Cod. proc. amm.*, è pertanto infondata.

2. Al riconoscimento del difetto di motivazione della sentenza in esame e della sua emendabilità di cui al capo che precede non può che conseguire la reiezione dell'eccezione spiegata dalla controinteressata di inammissibilità dell'appello per violazione del principio di specificità dei motivi di appello di cui all'art. 101 comma 1 Cod. proc. amm.: è infatti evidente che la parte soccombente in primo grado e odierna appellante, nell'impossibilità di formulare specifiche censure contro le motivazioni della reiezione dei suoi motivi di ricorso, che la sentenza impugnata non ha puntualizzato, non poteva che riproporre, come ha fatto, le censure di primo grado, in applicazione dell'art. 102 comma 2 Cod. proc. amm., secondo cui *“Si intendono rinunciate le domande e le eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado, che non siano state espressamente riproposte nell'atto di appello o, per le parti diverse dall'appellante, con memoria depositata a pena di decadenza entro il termine per la costituzione in giudizio”*.

3. Può quindi passarsi all'esame della domanda subordinata dell'appellante di riforma della sentenza di primo grado e di annullamento dei provvedimenti impugnati, che comporta lo scrutinio dei motivi del ricorso originario riproposti nell'appello.

3.1. Al riguardo, il Collegio deve dare preliminarmente atto del rilievo svolto dal Comune di Bologna, che fa constare che la domanda demolitoria è l'unica domanda riproposta in appello, non essendo stata qui riprodotta la domanda

risarcitoria pure formulata nel ricorso di primo grado, sia in forma specifica che per equivalente, sicchè l'unica questione rimessa all'odierna sede è quella della asserita illegittimità degli atti impugnati.

4. Il primo motivo riproposto concerne l'illegittimità della verifica di congruità *ex art. 97 comma 6 d. lgs. 18 aprile 2016 n. 50, Codice dei contratti pubblici*, con riferimento al costo del personale e agli scatti di anzianità, per eccesso di potere, errata interpretazione e travisamento dei fatti, contraddittorietà estrinseca del provvedimento di esclusione rispetto alle valutazioni del RUP.

4.1. Ai fini della disamina del motivo, va premesso che la *lex specialis* della gara per cui è causa contiene la clausola sociale, e che tra i rilievi del RUP figura quello per cui *“Riguardo al costo del personale, verificato alla luce della corretta applicazione della clausola sociale contenuta dell'art. A.13 del Capitolato speciale d'appalto: ‘prevedere l'assorbimento del personale utilizzato dall'Impresa uscente che, alle condizioni economiche della gara, consenta il mantenimento dei diritti e delle condizioni retributive di provenienza dei lavoratori’ si rileva: - riguardo agli scatti di anzianità degli addetti inquadrati al 4° livello del Multiservizi, l'Allegato C al Capitolato speciale d'appalto, evidenziando nell'ultima colonna la decorrenza relativa alla maturazione dello scatto successivo durante il biennio contrattuale, permetteva un calcolo preciso e puntuale degli scatti medi sui due anni di contratto per ciascun addetto. Nei chiarimenti pervenuti da CNS si dichiarava che per i 34 operatori inquadrati al 4° livello del Multiservizi veniva considerato un dato medio di 6,79 scatti di anzianità e applicato un costo equivalente a 7 scatti di anzianità. Tenendo conto che dei 34 addetti di cui sopra, ben 31 matureranno l'ottavo scatto durante il contratto (25 già nel primo semestre del 2021), nella stima dei costi non vengono esattamente presi in considerazione gli scatti che decorreranno per ciascun lavoratore negli anni 2021 e 2022”*.

4.2. Con la principale linea argomentativa del motivo in esame, che si diffonde anche su altri rilevati profili di illegittimità, l'appellante, in estrema sintesi, premessa la congruità sul punto della propria offerta, per avere questa calcolato il costo della manodopera non solo correttamente, ma anzi in

eccesso, afferma l'erroneità della valutazione formulata dalla stazione appaltante nel ritenere che la clausola sociale, nel mirare alla salvaguardia dei livelli retributivi legati ai livelli di inquadramento e all'anzianità maturata fino alla data della gara, si estenda oltre l'anzianità maturata fino al cambio di appalto, riguardando anche gli scatti ulteriori di anzianità che i lavoratori avrebbero maturato nel corso dell'appalto se fossero rimasti alle dipendenze del precedente gestore.

In particolare, per l'appellante un siffatto avviso non può essere ricondotto alla Tabella di cui all'Allegato C del Capitolato, come ha fatto la stazione appaltante nel rilevare che essa evidenzia *“nell'ultima colonna la decorrenza relativa alla maturazione dello scatto successivo durante il biennio contrattuale”*, così permettendo il *“calcolo preciso e puntuale degli scatti medi sui due anni di contratto per ciascun addetto”*, giacché la clausola sociale va inequivocabilmente riferita alla retribuzione di provenienza e non a quella maturanda conseguente al mantenimento del rapporto di lavoro con il precedente gestore.

Soggiunge l'appellante che la tesi del Comune comporta una evidente e ingiustificata disparità di trattamento fra i lavoratori assunti nella medesima data ma per appalti diversi, e che, se è vero che la determinazione temporale del futuro scatto è presente nella richiamata Tabella, è parimenti vero che essa è cosa diversa dalla retribuzione di provenienza espressamente prevista dalla clausola sociale, e consiste in un elemento ancora da maturare e che si pone al di là dell'orizzonte temporale in cui si pone il nuovo rapporto di lavoro.

Inoltre, sempre per l'appellante, se la predetta Tabella, nell'indicare la qualifica, il livello, gli scatti di anzianità maturati e la determinazione temporale del futuro scatto, dovesse essere interpretata secondo la logica indicata dalla stazione appaltante, se ne dovrebbe concludere, per un verso, *“che essa non riporta il monte ore settimanale contrattualizzato con ciascun operatore ‘uscente’, quale elemento determinante ai fini dell'effettiva tutela dei diritti acquisiti dai lavoratori impiegati nell'appalto, con la conseguenza che è rimessa alla piena discrezionalità del gestore la facoltà di rimodulare gli orari settimanali dei lavoratori impiegati, con un*

maggior o minor costo orario derivante dall'anzianità maturata. Ciò, in evidente contraddizione rispetto a quanto asserito dall'Amministrazione ai fini dell'effettivo mantenimento dei precedenti livelli retributivi dei lavoratori”; per altro verso, non si tratterebbe più di una clausola sociale e di un progetto di assorbimento, ma dell'applicazione, per ogni cambio di appalto, della disciplina prevista dall'art. 2112 Cod. civ. per il caso di trasferimento di azienda con perpetuazione diretta dei rapporti di lavoro preesistenti con il nuovo datore di lavoro.

A sostegno della tesi esposta, l'appellante richiama la sentenza di questa Sezione del Consiglio di Stato 2 novembre 2020, n. 6761, e altre pronunzie di questo Consiglio di Stato, del Giudice del lavoro e della Corte di giustizia.

4.3. La censura è fondata.

Il Collegio non intende infatti discostarsi, pienamente condividendole, dalle conclusioni raggiunte nella ridetta sentenza della Sezione n 6761/2020, relativa a una procedura di gara per l'affidamento dei servizi bibliotecari bandita da altro comune.

4.4. La clausola sociale di cui all'art. 13 del capitolato della gara di cui trattasi è del seguente tenore *“Ai fini di favorire la stabilità occupazionale del personale impiegato, l'Appaltatore subentrante dovrà, compatibilmente con la propria organizzazione aziendale, prevedere l'assorbimento del personale utilizzato dall'Impresa uscente che, alle condizioni economiche della gara, consenta il mantenimento dei diritti e delle condizioni retributive di provenienza dei lavoratori. La tabella Allegato C espone i dati relativi al personale utilizzato nel contratto di appalto in corso di esecuzione di cui al lotto 1. L'Appaltatore si impegna a dare attuazione, quale specifico obbligo contrattuale, al progetto di riassorbimento presentato alla Stazione Appaltante prima dell'aggiudicazione”*.

La regola generale inserita nel disciplinare prevede dunque l'applicazione della clausola sociale *“compatibilmente con la propria organizzazione aziendale”*.

Pertanto, il richiamo da parte della stessa regola all'elenco del personale già impiegato e alla relativa tabella recante la decorrenza relativa alla maturazione dello scatto successivo durante il biennio contrattuale può valere a rendere edotti i concorrenti della conformazione della forza lavoro già presente, ma

non incide sul grado di vincolatività della clausola sociale, né implica *sic et simpliciter* l'obbligo di conservare gli scatti di anzianità in capo ai dipendenti.

Lo stesso obbligo non deriva neppure dal calcolo del costo della manodopera presente nella *lex specialis*, atteso che il richiamo all'inquadramento dei singoli lavoratori vale a spiegare il modo in cui la stazione appaltante ha stimato l'importo complessivo dell'appalto (come confermano le difese svolte del Comune di Bologna), ma non implica di per sé un vincolo al corrispondente inquadramento del personale, trattandosi, appunto, di una "stima" avente di suo carattere presuntivo in funzione dell'importo posto a base di gara e della durata dell'affidamento, che può valere quale costo minimo vincolante per gli operatori solo a parità di condizioni rispetto a quelle enunciate, fra cui anche il CCNL applicato e il livello d'inquadramento dei lavoratori, ma non quale elemento da cui ricavare direttamente l'obbligo a tener ferma l'anzianità dei lavoratori già impiegati.

La diversa interpretazione che volesse ricavare dalla *lex specialis* un vincolo per i concorrenti, una volta aderita alla clausola, al mantenimento dei livelli di anzianità vantati dai lavoratori risulterebbe del resto contraria allo spirito e al significato delle clausole sociali come delineato dalla giurisprudenza.

Questo Consiglio di Stato ha infatti posto in risalto che il regime della clausola sociale "*richiede un bilanciamento fra più valori, tutti di rango costituzionale, ed anche europeo Ci si riferisce da un lato al rispetto della libertà di iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Cost, ma anche dall'art. 16 della Carta di Nizza, che riconosce 'la libertà di impresa', conformemente alle legislazioni nazionali Ci si riferisce, dall'altro lato, in primo luogo al diritto al lavoro, la cui protezione è imposta dall'art. 35 Cost., e dall'art. 15 della Carta di Nizza, di analogo contenuto*" (Cons. Stato, Comm. spec., parere 21 novembre 2018, n. 2703).

Per tali ragioni detta clausola va formulata e intesa "*in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario*", anche perché solo in questi termini "*la clausola sociale è conforme alle indicazioni della*

giurisprudenza amministrativa secondo la quale l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885; III, 30 gennaio 2019, n. 750; III, 29 gennaio 2019, n. 726; 7 gennaio 2019, n. 142; III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 5 febbraio 2018, n. 731; V, 17 gennaio 2018 n. 272; III 5 maggio 2017, n. 2078; V 7 giugno 2016, n. 2433; III, 30 marzo 2016, n. 1255)" (Cons. Stato, V, 12 settembre 2019, n. 6148; anche Cons. Stato, VI, 21 luglio 2020, n. 4665; 24 luglio 2019, n. 5243; V, 12 febbraio 2020, n. 1066).

Il tema delle modalità di attuazione della clausola sociale è stato affrontato dal Consiglio di Stato anche in sede consultiva, con il parere reso sulle Linee guida Anac n. 13 (delibera n. 114 del 13 febbraio 2019) relative all'applicazione dell'art. 50 del Codice contratti pubblici.

Al riguardo, è stata posta in risalto l'opportunità di prevedere un "*vero e proprio 'piano di compatibilità' o 'progetto di assorbimento', nel senso che l'offerta debba illustrare in qual modo concretamente l'offerente, ove aggiudicatario, intenda rispettare la clausola sociale*"; il che confluirebbe nella formulazione di "*una vera e propria proposta contrattuale ... che contenga gli elementi essenziali del nuovo rapporto in termini di trattamento economico e inquadramento, unitamente all'indicazione di un termine per l'accettazione*", con conseguente possibilità per il lavoratore di "*previa individuazione degli elementi essenziali del contratto di lavoro*" (Cons. Stato, parere n. 2703 del 2018).

Allo stesso modo, la stazione appaltante potrebbe valutare se "*inserire tra i criteri di valutazione dell'offerta quello relativo alla valutazione del piano di compatibilità, assegnando tendenzialmente un punteggio maggiore, per tale profilo, all'offerta che maggiormente realizzi i fini cui la clausola tende*".

Da ciò si ricava chiara conferma che è rimessa al concorrente la scelta sulle concrete modalità di attuazione della clausola, incluso l'inquadramento da

attribuire al lavoratore, spettando allo stesso operatore formulare eventuale ‘proposta contrattuale’ al riguardo, anche attraverso il cd. ‘progetto di assorbimento’, introdotto dall’art. 3, ultimo comma, delle predette Linee guida (in proposito, Cons. Stato, V, 1 settembre 2020, n. 5338); il che conferma che dalla clausola sociale non può trarsi *sic et simpliciter* un obbligo in capo al concorrente di inquadrare il lavoratore con lo stesso livello di anzianità già posseduto.

È stato recentemente sottolineato anche come la clausola non comporti “*alcun obbligo per l’impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato e in forma automatica e generalizzata, nonché alle medesime condizioni, il personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria, ma solo che l’imprenditore subentrante salvaguardi i livelli retributivi dei lavoratori riassorbiti in modo adeguato e congruo*”; di guisa che “*l’obbligo di garantire ai lavoratori già impiegati le medesime condizioni contrattuali ed economiche non è assoluto né automatico*” (Cons. Stato, n. 6148 del 2019, cit.; 16 gennaio 2020, n. 389, in cui si precisa, sotto altro concorrente profilo, che sull’aggiudicatario non grava “*l’obbligo di applicare ai lavoratori esattamente le stesse mansioni e qualifiche che avevano alle dipendenze del precedente datore di lavoro*”; si veda anche 13 luglio 2020, n. 4515, in ordine al CCNL prescelto).

Per tali ragioni va escluso che la clausola sociale possa implicare la necessaria conservazione dell’inquadramento e dell’anzianità del lavoratore assorbito dall’impresa aggiudicataria.

Del resto, è stato anche rilevato, sotto altro profilo, che l’aspetto inerente al “*modo con cui l’imprenditore subentrante dia seguito all’impegno assunto con la stazione appaltante di riassorbire i lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario (id est. come abbia rispettato la clausola sociale) attiene ... alla fase di esecuzione del contratto, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro*” (Cons. Stato, n. 6148 del 2019, cit.; Linee guida Anac n. 13, che all’art. 5 prevedono: “*L’inadempimento degli obblighi derivanti dalla clausola sociale comporta l’applicazione dei rimedi previsti dalla legge ovvero dal contratto. Nello schema di contratto le stazioni*

appaltanti inseriscono clausole risolutive espresse ovvero penali commisurate alla gravità della violazione. Ove ne ricorrano i presupposti, applicano l'articolo 108, comma 3, del Codice dei contratti pubblici?").

Di contro, non rileva il precedente della Sezione che ha escluso che l'estensione della libertà imprenditoriale possa spingersi sino al punto di vanificare le sottostanti esigenze di tutela dei lavoratori sotto il profilo del mantenimento delle condizioni economiche e contrattuali vigenti, pena la legittimazione di politiche aziendali di *dumping* sociale in grado di vanificare gli obiettivi di tutela del lavoro (Cons. Stato, V, 10 giugno 2019, n. 3885): il caso ivi esaminato era infatti caratterizzato da una clausola sociale e una corrispondente disposizione di legge regionale che prevedevano espressamente il mantenimento delle condizioni economiche e contrattuali già in essere in capo ai lavoratori, sicché la fattispecie - in disparte ogni ulteriore considerazione al riguardo - non è sovrapponibile a quella qui in esame.

4.5. Pertanto, il primo motivo riproposto, assorbe ogni altra questione pure con lo stesso introdotta sempre in relazione all'erroneità della valutazione formulata dalla stazione appaltante nel ritenere la vincolatività della clausola sociale quanto all'anzianità maturata dai lavoratori da assorbire nel cambio di appalto, va accolto: una volta escluso che dalla *lex specialis* discenda un obbligo di mantenimento dell'anzianità già riconosciuta ai lavoratori assorbiti, deve parimenti escludersi che la mancata considerazione degli scatti decorrenti per i lavoratori indicati negli anni 2021 e 2022 possa valere di per sé quale ragione d'anomalia relativa al costo della manodopera, non potendosi ravvisare, come ha fatto la stazione appaltante, l'inadeguatezza dell'offerta per la sottostima dei costi del lavoro per tale motivo.

5. Non possono invece essere favorevolmente valutate le doglianze di cui agli altri motivi di ricorso riproposti.

Si rammenta che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, in materia di valutazione di congruità dell'offerta di cui all'art. 97 d.lgs. 50/2016 il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni dell'amministrazione

sotto l'aspetto della regolarità della relativa istruttoria e sotto il profilo della loro logicità, ragionevolezza e adeguatezza, e ciò senza procedere a una autonoma verifica: il relativo giudizio costituisce infatti *“espressione paradigmatica di discrezionalità tecnica, di esclusiva pertinenza dell'amministrazione, esulando dalla competenza del giudice amministrativo, il cui sindacato è limitato solo al caso in cui le valutazioni della pubblica amministrazione siano inficiate da macroscopiche illegittimità, quali gravi e plateali errori di valutazione o errori di fatto”* (Cons. Stato, IV, 7 agosto 2020, n. 4973; V, 12 marzo 2020, n. 1772), diversamente incorrendosi in una *“inammissibile invasione della sfera propria della pubblica amministrazione”* (Cons. Stato, V, 27 novembre 2020, n. 7444; 23 maggio 2019, n. 6419; 26 novembre 2018, n. 6689; 24 agosto 2018, n. 5047; 17 maggio 2018, n. 2953; 22 dicembre 2014, n. 6231; 18 febbraio 2013, n. 974; 19 novembre 2012, n. 5846; 23 luglio 2012, n. 4206; 11 maggio 2012, n. 2732).

5.1. Alla stregua di tale indirizzo:

- il secondo motivo (illegittimità della verifica di congruità *ex art. 97 comma 6 d.lgs. 50/2016* con riferimento all'aliquota Inail, per violazione di legge, eccesso di potere ed errata interpretazione e travisamento dei fatti) è infondato.

Il Collegio non rinviene alcuna menda nell'avviso della stazione appaltante secondo cui andava applicata l'aliquota media INAIL (14,12%) riferita, tra altro, ai *“musei, esposizioni, biblioteche e archivi”* anziché quella relativa alla *“attività d'ufficio”* (4,04%) pretesa dall'appellante: infatti la circostanza che l'affidamento posto a gara comporti diverse attività, di cui alcune non riferite ai servizi bibliotecari e diverse da questi anche sotto il profilo del trattamento fiscale, non fa venir meno il fatto, bene evidenziato dall'Amministrazione resistente, che i dipendenti sono tenuti a svolgere tutte le attività indicate nel capitolato, sia quelle inerenti ai servizi bibliotecari che quelle relative ai servizi 'di ufficio' complementari o di supporto, come risulta anche dal progetto di gara e dalla formulazione dell'offerta economica prevista per entrambi i

gruppi di attività, con la sola differenza del prezzo unitario offerto in funzione del livello di inquadramento del personale;

- è infondato il terzo motivo (illegittimità della verifica di congruità *ex art. 97* comma 6 d.lgs. 50/2016 con riferimento alla riparametrazione del CCNL Cooperative sociali, livello D1 3 scatti, per violazione di legge, eccesso di potere, irragionevolezza e travisamento dei fatti).

I due rilievi mossi nella verifica di congruità all'offerta dell'appellante e considerati nel motivo sono: la mancata considerazione, nell'ambito della riparametrazione del CCNL Cooperative sociali applicato dalla deducente con il CCNL Multiservizi considerato dalla *lex specialis*, delle indennità per gli inquadramenti *part-time*; la previsione di un periodo di prova di 2 mesi per le assunzioni a tempo indeterminato.

L'appellante espone che il CCNL Multiservizi non prevede detta indennità e consente il periodo di prova quando i termini del nuovo appalto non coincidano con il precedente.

Quanto al primo punto, è dirimente la difesa del Comune di Bologna, che rileva che l'indennità in parola, nel CCNL Cooperative sociali (tabella "settembre 2020", colonna "livello C3/D1, terza riga) è una voce tabellare dello stipendio, e non un istituto indiretto, come afferma l'appellante, e quindi andava riconosciuta *ad personam*. Di contro, non convince l'affermazione dell'appellante che, essendo il costo orario del CCNL Multiservizi maggiore di quello riconosciuto dal CCNL Cooperative Sociali, tale indennità non sarebbe dovuta: come bene osservato dal Comune, l'indennità è correlata a una specifica situazione (l'inquadramento *part-time* e/o il lavoro festivo), prevista nell'offerta tecnica della deducente, sicchè, anche se il CCNL cui aderisce l'appellante non prevede tale voce salariale, essa va in ogni caso corrisposta al personale interessato, eventualmente sotto forma di indennità *ad personam*.

Quanto al secondo punto, l'appalto di che trattasi si rivela diverso dal precedente solo quanto alla durata (2 anni anziché 4), mentre gli altri pretesi elementi di differenziazione indicati dalla deducente (importo; monte ore;

progetto di gestione) non sono tali, esprimendo solo una diversa conformazione dell'appalto per cui è causa rispetto al precedente, in stretta correlazione con la minor durata prevista: da cui l'inapplicabilità del periodo di prova, non sussistendo la differenziazione invocata dall'appellante, che non può che riguardare gli aspetti sostanziali dei due affidamenti;

- è infondato il quarto motivo (illegittimità della verifica di congruità *ex art. 97* comma 6 d.lgs. 50/2016 in riferimento alle maggiorazioni previste dal CCNL per il sesto giorno lavorativo, per eccesso di potere, irragionevolezza, erroneità, contraddittorietà e travisamento dei fatti), concernente le maggiorazioni previste per il sesto giorno lavorativo, il lavoro festivo, domenicale e notturno. L'appellante sostiene che tali condizioni non ricorrono nell'attività oggetto di appalto, atteso che per il CCNL Multiservizi la domenica è un normale giorno di lavoro, e i turni su 5 giorni coprono tutta la settimana. Ma tali rilievi non risultano persuasivi, essendo stati puntualmente ed efficacemente smentiti dalla difesa comunale che fa constare che: il capitolato di gara, nei termini ivi considerati, prevede sia il lavoro notturno e festivo (art. B.4, punto 4.2) che l'apertura domenicale (Allegato A); l'art. 41 del CCNL Multiservizi contempla le domeniche tra i giorni festivi ancorché ricadenti all'interno dell'orario di lavoro, da cui la necessità di prevedere, in forza dell'Accordo integrativo del CCNL Multiservizi per la provincia di Bologna del 16 aprile 1991, la corresponsione di un'indennità del 30% della retribuzione base, con maggiorazioni anche più elevate laddove essa non fosse normale giornata lavorativa; non consta che detta ultima previsione sia stata superata dall'Accordo integrativo del 2005 richiamato dall'appellante, che è appunto integrativo e non abrogativo, tanto che, come pure indicato dall'Amministrazione resistente, le Tabelle del CCNL Multiservizi del 2013 contengono gli aumenti retributivi delle voci salariali previste dall'accordo provinciale del 1991 sotto la voce "premio annuo variabile";

- è infondato il quinto motivo (illegittimità della verifica di congruità *ex art. 97* comma 6 d.lgs. 50/2016 in relazione alla mancata previsione del costo del ‘referente’ di cui all’art. B.7.2 del capitolato e dei costi della formazione di cui all’art. B.9 del capitolato, per eccesso di potere, irragionevolezza, erroneità, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione e travisamento dei fatti).

L’appellante sostiene che il costo del ‘referente per le biblioteche di quartiere’ non ha formato oggetto di contraddittorio, e che sia il costo di tale figura che quello delle ore di formazione bene potrebbe rientrare nella voce ‘costi generali per l’offerta tecnica’.

Sul punto, si osserva innanzitutto che non vi è il denunciato vizio di contraddittorio. La verifica di congruità si è dipanata in due richieste istruttorie datate 1° e 29 dicembre 2020, di cui la prima [espressa per quanto qui di interesse nei seguenti termini: “... *per procedere all’aggiudicazione è necessario effettuare la verifica sui costi della manodopera da Voi indicati nell’offerta (pari ad Euro 3.251.163,01). Su questo aspetto si richiede quindi idonea documentazione a supporto della sostenibilità del costo indicato ed al suo scostamento rispetto ai costi stimati dalla stazione appaltante (pari ad Euro 3.481.604,86) ...*”], riguardante all’evidenza tutti i costi del personale.

Ciò posto, si rileva che l’art. B.7 del capitolato prevede al punto 1 un referente per le principali biblioteche, tenuto a garantire la propria presenza durante tutto l’orario di servizio del personale, e al punto 2 un referente per tutte le altre, tenuto a garantire la propria reperibilità immediata e, in caso di richiesta, a recarsi nelle diverse sedi entro 24 ore, nonché vice referenti o sostituti che garantiscono la presenza in servizio durante l’orario di apertura delle biblioteche e durante i turni di riposo del referente.

L’appellante, che per quanto concerne il servizio di cui al predetto punto 2 non ha previsto alcun costo, afferma che il “referente per le biblioteche di quartiere” è figura priva di implicazioni operative o comunque ‘marginale’ (nei

sensi indicati da Cons. Stato, III, 759/2021), e quindi tale da rendere legittima la proposta imputazione delle relative spese ai costi generali.

Ma si tratta di una tesi che contrasta frontalmente con il citato art. B.7, che assegna alla figura una serie di mansioni ben precise (partecipazione alle riunioni di programmazione delle singole biblioteche, a richiesta; gestione delle postazioni di prestito, restituzione e iscrizione al fine di ottimizzare l'utilizzo del personale in rapporto alle esigenze di servizio; coordinamento di tutte le attività di gestione del patrimonio, compresa la ricollocazione, e in generale di tutte le attività necessarie all'espletamento del servizio oggetto di appalto; comunicazioni in forma scritta dell'articolazione e della presenza del personale, delle sostituzioni e dell'effettuazione dei periodi di tirocinio e prova; collaborazione a tutte le attività di verifica e controllo esercitabili dall'Amministrazione; controllo quotidiano delle comunicazioni provenienti dai responsabili dei servizi e loro comunicazioni agli addetti, con particolare riguardo alle variazioni di procedure interne; controllo del rispetto delle prescrizioni contrattuali da parte degli addetti), che la caratterizzano come inserita stabilmente nell'organizzazione del lavoro.

Infine, la ritenuta incapienza della voce spese generali (€ 190 mila) quanto ai costi per la formazione (€ 44.000,00) non risulta illogica, considerati tutti i costi (al netto di quelli che pure l'appellante nelle giustificazioni vi ha incluso, quale quello per le figure di cui appena sopra) che detta voce nell'offerta dell'appellante è destinata a coprire, partitamente elencati dall'Amministrazione resistente in uno alle relative fonti [costo della fideiussione a garanzia degli obblighi di contratto del valore del 10% dell'importo del contratto; spese relative alla procedura di gara, alla stipulazione del contratto e alle coperture assicurative; spese per l'installazione di un marcatempo elettronico, per materiali e attrezzature per pulizie occasionali e d'emergenza, per allestimenti, per piccole manutenzioni, montaggi e smontaggi di arredi e attrezzature, per facchinaggi, per un mezzo di trasporto; spese per il sistema RilevaGeo, inerente la tracciabilità degli orari

e delle presenze quotidiane degli addetti, per un cellulare per ogni operatore, con sistema di rilevazione della posizione, geolocalizzazione, per Sim telefoniche per gli addetti; costi generali della struttura di gestione dell'azienda, per gestione del personale, contabile amministrativa, finanziaria, fiscale, legale e relative consulenze; spese per le migliorie proposte all'interno del progetto tecnico ('Cultur-attivi', consulenza di uno specialista per un monte ore dedicato di 15 ore/anno; 'laboratorio di beatbox', 20 ore/anno; 'digit-ALL', corso della durata di 10 lezioni di 3 ore; 'gaming Lab', 10 incontri per un monte ore *extra* pari a 30 ore all'anno; presenza di un educatore professionale per 72 ore per tutto l'appalto; due auto ibride);

- è infondato il sesto motivo (illegittimità della verifica di congruità *ex art. 97* comma 6 d.lgs. 50/2016 con riferimento alla mancata previsione dei costi per la sicurezza, per eccesso di potere, irragionevolezza, erroneità, contraddittorietà e travisamento dei fatti).

La tesi del Comune in ordine all'insufficienza dello stanziamento in parola (€ 24.000), con particolare riferimento ai costi da contenimento Covid, risulta ampiamente giustificata dai costi necessari per lo svolgimento dell'attività che esso è destinato a coprire (sorveglianza sanitaria, medico competente, visite mediche e altro; gestione delle emergenze, materiale primo soccorso, aggiornamento del relativo personale; formazione e aggiornamento del personale addetto alla prevenzione incendi per il quale è previsto il possesso del relativo attestato a rischio elevato e medio; attività di pianificazione e valutazione, quali redazione DVR, effettuazione valutazione rischi in particolare per i servizi speciali di movimentazione e prestito intersistemico, individuazione dei DPI per i lavoratori interessati);

- il settimo motivo (illegittimità della verifica di congruità *ex art. 97* comma 6 d.lgs. 50/2016 con riferimento ai costi generali per eccesso di potere, insufficienza e laconicità della motivazione, errato presupposto di fatto) è inammissibile.

L'appellante sostiene invero l'insufficienza della motivazione con cui la stazione appaltante ha sostenuto la genericità delle sue dichiarazioni in tema di disponibilità di beni acquisiti in precedenza e di economie di scala, ma si tratta di una censura estremamente generica, che non illustra neanche quali siano i beni acquisiti e le economie di scala cui la società intende fare riferimento.

6. In definitiva:

A) La domanda principale contenuta nell'appello è infondata per le ragioni indicate al precedente capo 1 e va pertanto respinta;

B) Quanto alla domanda subordinata pure contenuta nell'appello, è fondato, per le ragioni indicate al precedente capo 4, il primo motivo riproposto, relativo all'erroneità della ritenuta vincolatività da parte della stazione appaltante della clausola sociale quanto all'anzianità maturata dai lavoratori da assorbire nel cambio di appalto, mentre sono infondati, alla luce di quanto indicato nel successivo capo 5, gli ulteriori motivi riproposti, relativi ad altre voci dell'offerta dell'appellante che la stazione appaltante ha valutato come anomale.

L'appello va pertanto accolto limitatamente a tale domanda, disponendosi, per l'effetto, la riforma della sentenza impugnata e l'accoglimento del ricorso di primo grado con conseguente annullamento degli atti gravati;

C) A quanto appena sopra non consegue alcuna pronuncia ai sensi degli artt. 122 e 124 Cod. proc. amm.: invero, anche al di là del fatto che l'appellante, come fatto constare dal Comune di Bologna con il rilievo riportato al capo 3.1, non ha riproposto la domanda risarcitoria in forma specifica o per equivalente formulata in primo grado, rileva che dall'accertata illegittimità in via giudiziale della gravata valutazione di non congruità dell'offerta dell'appellante, stante la diversa sorte delle relative doglianze, non può derivare alcun automatismo, dovendo l'Amministrazione provvedere a una nuova valutazione sintetica e globale dell'offerta sulla scorta delle indicazioni desumibili dall'odierno sindacato giudiziale.

Le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate tra le parti, stante la particolarità e la complessità delle questioni trattate e considerato l'andamento della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, lo accoglie per quanto di ragione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado nei sensi e nei termini di cui in motivazione disponendo per l'effetto l'annullamento dei provvedimenti gravati.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 10 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE

Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO