

Publicato il 06/08/2019

N. 05575/2019REG.PROV.COLL.
N. 08052/2018 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 numero di registro generale 8052 del 2018, proposto da Manpowergroup Solutions Sport And Events s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta, 142;

contro

Fondazione La Biennale di Venezia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Pavanini, Mario Fusani, Valeria Zambardi e Debora Rossi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Mario Fusani in Roma, via Boncompagni, 93;

nei confronti

Società Cooperativa Culture, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alfiero Farinea ed Alessio Petretti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Alessio Petretti in Roma, via degli Scipioni, 268/A;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) n. 00704/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fondazione La Biennale di Venezia e della società Cooperativa Culture;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 febbraio 2019 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Giuseppe F. Ferrari, Mario Fusani, Valeria Zambardi ed Alessio Petretti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La ManpowerGroup Solutions Sport And Events s.r.l. ha interposto appello nei confronti della sentenza 28 giugno 2018, n. 704 del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sez. I, che ha respinto il suo ricorso avverso il provvedimento della Fondazione La Biennale di Venezia in data 22 gennaio 2018 che ne ha disposto l'esclusione dalla gara, il provvedimento in data 22 gennaio 2018 di aggiudicazione della medesima alla società Cooperativa Culture, nonché avverso l'art. 5 del capitolato d'oneri, ove inteso nel senso di imporre ai concorrenti l'applicazione al personale dipendente delle condizioni contrattuali previste dal C.C.N.L. del terziario, della

distribuzione e dei servizi o dal C.C.N.L. dei servizi integrati/multiservizi o di altro specifico contratto collettivo.

Si tratta della procedura negoziata con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa bandita nel dicembre 2017 per l'affidamento dei “servizi per la gestione della biglietteria della 75. e 76. Mostra Internazionale d'Arte Cinematografica”.

La società ManpowerGroup ha partecipato alla procedura negoziata ed all'esito è risultata prima graduata mentre si è collocata al secondo posto la Società Cooperativa Culture. Sottoposta a verifica di anomalia specie con riguardo al costo del lavoro, l'offerta della ManpowerGroup s.r.l. non è risultata congrua in relazione all'applicazione del C.C.N.L. Servizi Fiduciari relativo al personale operativo – Livello D, ritenuto non inerente rispetto ai servizi messi a gara, con notevole scostamento rispetto ai minimi tabellari indicati in altri contratti collettivi (terziario, multiservizi), il che ne ha comportato l'esclusione dalla gara.

Con il ricorso in primo grado la società ManpowerGroup ha contestato la sua esclusione, ed in via derivata l'aggiudicazione in favore della società Cooperativa Culture, deducendo, tra l'altro, la violazione degli artt. 3, 36, 41 e 97 Cost., nonché degli artt. 1 e 3 della legge n. 241 del 1990, dei principi di concorrenza e di *favor participationis*, nell'assunto che le funzioni elencate dalla *lex specialis* di gara trovano piena corrispondenza nelle prestazioni descritte dal C.C.N.L. “Servizi Fiduciari” e che comunque la *lex specialis* non può imporre alle imprese concorrenti l'applicazione di uno specifico contratto collettivo, contestando altresì gli scostamenti evidenziati e la conseguente sottostima apprezzata dalla stazione appaltante.

2. - La sentenza appellata ha respinto il ricorso ritenendo legittimo il giudizio di anomalia in ragione della incoerenza rispetto al servizio previsto del C.C.N.L. (la sezione “Servizi Fiduciari” del contratto collettivo per i dipendenti da Istituti e Imprese di Vigilanza Privata e Servizi Fiduciari) applicato dalla ManpowerGroup s.r.l.; ha rilevato in particolare la sentenza che il C.C.N.L. “Vigilanza Privata e Servizi Fiduciari” fa riferimento ad attività connesse al *safety management*, e cioè alla gestione delle attività ausiliarie di sicurezza e controllo, cosa bene diversa dai servizi di biglietteria, tesoreria, contabilizzazione degli incassi e di rendicontazione dei titoli emessi, oggetto di appalto. L'esclusione dalla gara è stata dunque ritenuta legittima, in quanto il C.C.N.L. applicato comporta un'illegittima compressione della retribuzione della manodopera, inevitabilmente incidente in fase di esecuzione del contratto.

3.- Con il ricorso in appello la ManpowerGroup Solutions Sport And Events s.r.l. ha dedotto l'erroneità della sentenza essenzialmente reiterando, alla stregua di vizi di motivazione della sentenza, l'articolato motivo svolto in primo grado.

4. - Si sono costituite in resistenza la società Cooperativa Culture e la Fondazione La Biennale di Venezia concludendo per la reiezione dell'appello.

5. - All'udienza pubblica del 7 febbraio 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- L'appello, articolato su di un unico complesso motivo, critica la sentenza (che ha ritenuto legittimo il provvedimento di esclusione della società ManpowerGroup per l'incongruità del C.C.N.L. “Servizi Fiduciari” applicato al servizio oggetto di appalto) anzitutto per il

fatto che ha preso in considerazione, ai fini dell'applicazione del contratto collettivo, solamente il personale operativo (livello D base), per il quale è stato dichiarato un costo medio orario di euro 9,25, laddove l'appellante ha indicato, nell'offerta, altri valori in relazione al altre voci di costo (coordinamento operativo), e soprattutto ha previsto di dedicare allo svolgimento delle attività di coordinamento e supervisione specifico personale dipendente della società, i cui costi devono intendersi dunque già interamente ammortizzati.

Il motivo è infondato.

Nei giustificativi della società ManpowerGroup si evince, con riguardo al personale, che il contratto di riferimento applicato è quello dei "Servizi Fiduciari" e che l'offerta è basata sulla stima delle ore fornite in fase di gara con riguardo alle singole prestazioni (presidi di biglietteria, servizio di rendicontazione e gestione bigliettazione); sono inclusi nel computo dei costi anche le figure dei coordinatori. A tutto il personale risulta applicato il C.C.N.L. Servizi Fiduciari, al livello "D"; non vi è alcun riferimento ai costi relativi a tali figure, ed, a maggiore ragione, manca il riferimento all'applicazione di una differente disciplina contrattuale collettiva. L'importo evidenziato dall'appellante di euro 144.500,00 riguarda tutte le voci di costo, genericamente ricomprese nella dizione di "coordinamento operativo".

2. - Il secondo, centrale, profilo di censura riguarda poi la pertinenza del C.C.N.L. "Servizi Fiduciari", in relazione alla declaratoria del livello D, rispetto alle prestazioni oggetto dell'appalto, quali evincibili dagli artt. 2.1 e 2.6 del capitolato d'oneri; assume l'appellante la piena corrispondenza tra le funzioni, aggiungendo che il C.C.N.L.

“Vigilanza Privata e Servizi Fiduciari”, relativamente all’autonoma sezione “Servizi Fiduciari”, non attiene al *safety management*.

Il motivo è infondato.

Correttamente ha rilevato la sentenza di prime cure che il C.C.N.L. “Vigilanza Privata e Servizi Fiduciari” fa riferimento ad attività connesse in senso lato al c.d. *safety management*, cioè alla gestione delle attività ausiliarie di sicurezza e controllo, che è cosa bene diversa dai servizi di biglietteria, accredito di eventi culturali, precisando che «*il cuore dei servizi richiesti dalla stazione appaltante sta nella gestione integrata delle attività di prenotazione, biglietteria, inviti, accreditamenti ed accoglienza attraverso il software e l’hardware forniti dalla P.A. e tramite il personale addetto alla gestione. Si tratta di compiti a cui, all’evidenza, risultano estranee le prestazioni di vigilanza e sicurezza che costituiscono l’oggetto del CCNL invocato dalla società ricorrente. Anche i servizi di tesoreria, contabilizzazione degli incassi e rendicontazione dei titoli emessi [...] comunque non richiedono lo svolgimento di funzioni di vigilanza e custodia, le quali, infatti, formano oggetto di una separata e distinta procedura di affidamento; [...] la stessa “bigliettazione”, menzionata nell’art. 1 della sezione “Servizi Fiduciari” del CCNL in discorso non coincide con il servizio di biglietteria messo a gara, il quale richiede un complesso di prestazioni che si articolano nei servizi di informazione continuativa al pubblico, di prenotazione e prevendita “on line” e telefonica, vendita “on site”, gestione delle liste d’attesa, biglietteria e presidio tecnico-informatico degli accessi, a cui segue la relativa rendicontazione, cosicchè la vendita in loco di biglietti è solo una delle attività da svolgere*».

Tale motivazione è conforme a quanto disposto dall’art. 30, comma 4, seconda parte, del d.lgs. n. 50 del 2016, alla cui stregua «*al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per*

la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia astrattamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente».

La coerenza del contratto collettivo rispetto all'oggetto dell'appalto appare esclusa nel caso di specie, atteso che il C.C.N.L. "Vigilanza Privata e Servizi Fiduciari" riguarda, rispettivamente, la vigilanza armata e non armata, e quindi si applica al personale cui viene richiesto di effettuare attività di vigilanza e custodia in senso stretto, mentre la procedura di gara riguarda l'affidamento del diverso servizio di prenotazione e prevendita. Detto in altri termini, l'oggetto dell'appalto attiene all'accoglienza del pubblico in senso lato, mentre il C.C.N.L. "Servizi Fiduciari" attiene alla custodia e sorveglianza dei siti. Ne consegue che le declaratorie relative al livello D del C.C.N.L. in esame risultano incongrue rispetto alle attività che i lavoratori saranno chiamati a svolgere nell'ambito dell'appalto, al quale si applicano in genere il C.C.N.L. multiservizi e quello per i dipendenti da aziende del terziario della distribuzione e dei servizi.

3. - Né può seriamente postularsi che tale esito decisorio (legittimante l'esclusione dell'offerta dell'appellante dalla procedura negoziata) contrasti con il principio secondo cui non è consentito imporre alle imprese concorrenti l'applicazione di un determinato C.C.N.L., desumibile dal già richiamato art. 30, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, ed anche dall'art. 36 della legge n. 300 del 1970, in quanto, se è vero che tale scelta rientra nelle prerogative imprenditoriali, è altrettanto vero che debba avvenire nel rispetto della coerenza del contratto con l'oggetto dell'appalto.

Del resto, è agevole comprendere come la libertà incondizionata nell'applicare le discipline contrattuali collettive abbia un'inevitabile ricaduta sull'offerta, e, mediamente, nella prospettiva del rispetto dei presupposti di un effettivo regime concorrenziale (secondo il provvedimento di esclusione l'applicazione del C.C.N.L. "servizi fiduciari" determina uno scostamento dei minimi tabellari rispettivamente del 52,5% e del 34,4% in comparazione con il C.C.N.L. del terziario e di quello dei multiservizi, coerenti con l'appalto in esame).

Il criterio generale è quello per cui non può considerarsi anomala un'offerta allorchè la stessa sia riconducibile al minore costo del lavoro applicato al proprio personale rispetto a quello applicato da altra impresa se nella *lex specialis* di gara si richiede l'indicazione non già di un contratto specifico ma semplicemente quale sia il contratto applicato; questa è la situazione della fattispecie in esame, in cui l'art. 5 del capitolato d'onori si limita a prevedere che *«l'aggiudicataria s'impegna ad applicare nei confronti del personale dipendente addetto e, se cooperativa, anche nei confronti dei soci condizioni contrattuali normative e retributive non inferiori a quelle previste dalle leggi e dai C.C.N.L., territoriali di settore e aziendali, della categoria»*.

La scelta del contratto collettivo da applicare rientra dunque nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, con il limite però che esso risulti coerente con l'oggetto dell'appalto (in termini Cons. Stato, V, 1 marzo 2017, n. 932; V, 12 maggio 2016, n. 1901; III, 10 febbraio 2016, n. 589).

E si è in precedenza illustrato come il C.C.N.L. "Vigilanza Privata e Servizi Fiduciari" non sia coerente, per ambito tematico, *melius* per attinenza merceologica e/o teleologica, con l'appalto per i servizi di

vendita e prevendita di titoli di ingresso, per conto della fondazione La Biennale di Venezia.

Può dunque ritenersi che correttamente l'impugnato provvedimento di esclusione della società ManpowerGroup in data 22 gennaio 2018 abbia rilevato l'inidoneità/impertinenza del C.C.N.L. per i servizi fiduciari nella considerazione che l'attività prevalente consta di servizi non *«presenti nel mansionario del CCNL di vigilanza privata e servizi fiduciari [...] diversamente invece da quanto previsto a titolo esemplificativo dal CCNL del terziario della distribuzione e dei servizi oppure dal CCNL dei servizi integrati/multiservizi»*.

4. - L'appellante contesta poi gli scostamenti percentuali rilevati nel provvedimento di esclusione con riguardo ai minimi tabellari del costo del lavoro, assumendo che, al massimo, sono quantificabili nella misura del 36,52% rispetto al C.C.N.L. del terziario e del 19,73% rispetto al C.C.N.L. multiservizi e che comunque per il livello D base il costo medio orario di euro 9,25 esposto dalla società ManpowerGroup è corretto; complessivamente si tratterebbe di valori inidonei ad inficiare l'offerta nel suo complesso, come asseritamente rappresentato nella lettera recante le giustificazioni, anche in ragione del fatto che i dati risultanti dalle tabelle ministeriali non costituiscono parametri assoluti ed inderogabili.

Anche tale motivo, che si esamina per completezza di esposizione, è infondato.

Al giudice amministrativo è consentito un sindacato di ragionevolezza del giudizio di anomalia, e non può non considerarsi significativa, quale ulteriore elemento di anomalia dell'offerta, la constatazione che, anche applicando il C.C.N.L. dei servizi fiduciari, risulta un costo medio orario pari a 12,09 euro, a differenza

dell'importo di euro 9,25 dichiarato dalla società appellante in sede di giustificativi, esprimendone una tardiva spiegazione in sede giurisdizionale, al fine di superare l'indizio di inattendibilità di un'offerta caratterizzata da un costo del lavoro inferiore ai minimi tabellari.

In ogni caso le giustificazioni parziali sviluppate in questa sede, finalizzate a dimostrare la non applicazione di talune voci di costo, quand'anche astrattamente valutabili, non sembrano resistere alle considerazioni critiche svolte dalle parti resistenti.

5. - Alla stregua di quanto esposto, l'appello, con l'unita domanda risarcitoria (in forma specifica od, in subordine, per equivalente), va respinto.

La complessità della controversia integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

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

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefano Fantini

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO