

Publicato il 20/11/2019

N. 07927/2019REG.PROV.COLL.
N. 08976/2017 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8976 del 2017, proposto da Coos Marche Onlus, società cooperativa sociale p.a., in persona del legale rappresentante pro – tempore, nella qualità di capogruppo mandataria della costituenda Ati, nonché da Assistenza 2000, società cooperativa sociale a r.l., in persona del legale rappresentante pro – tempore, quale mandante della medesima Ati, rappresentate e difese dagli avvocati Silvio Marozzi, Angelo Raffaele Pelillo, Sandro Pelillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Massimo Letizia in Roma, via Monte Santo, 68;

contro

Azienda Sanitaria Unica Regionale Marche, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Colarizi, Patrizia Viozzi, con domicilio digitale come da

PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Massimo Colarizi in Roma, via Giovanni Antonelli nr 49;

A.S.U.R. Marche Area Vasta n. 5 non costituita in giudizio;

nei confronti

Consorzio Italia Cooperativa Sociale - società cooperativa consortile, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Eduardo Romano, Antonio Romano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Ennio Luponio in Roma, piazza Don Minzoni, n. 09;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima) n. 698/2017.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Unica Regionale Marche e del Consorzio Italia Cooperativa Sociale - Società Cooperativa Consortile;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2019 il Cons. Umberto Maiello e uditi per le parti gli avvocati Silvio Marozzi, Sandro Pelillo, Massimo Colarizi e Eduardo Romano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con Determinazione n. 446 del 17 giugno 2015 l'Azienda Sanitaria Unica Regionale (A.S.U.R.) delle Marche ha indetto una gara per l'affidamento, con il sistema dell'offerta economicamente più

vantaggiosa, del “*servizio di assistenza infermieristica, alla persona e riabilitativa presso le Residenze Sanitarie Assistenziali e le Residenze Protette Anziani di Ascoli Piceno e di Acquasanta Terme*”.

1.1. La durata dell'appalto era stabilita in 36 mesi, con possibilità di rinnovo per ulteriori 36, per un valore complessivo a base d'asta fissato in € 11.073.690,84 (€ 5.536.845,42 per triennio e lo stesso importo per la ripetizione).

1.2. Alla gara hanno partecipato 21 ditte; 8 sono state escluse. Nella quinta seduta pubblica del 15 dicembre 2016 l'A.S.U.R. Marche ha valutato quale offerta migliore quella presentata dall'odierno controinteressato, Consorzio Italia Cooperativa Sociale, che ha offerto un prezzo totale di € 4.750.131,18, risultando così primo in graduatoria.

1.3. La Stazione appaltante ha constatato però l'anomalia dell'offerta, ai sensi dell'art. 86, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, per avere il Consorzio Italia conseguito un punteggio superiore ai quattro quinti dei punti massimi in bando, sia sul piano tecnico che economico, in virtù del rilevante ribasso proposto.

1.4. A seguito della verifica dei giustificativi la stazione appaltante ha aggiudicato la gara (Determina n. 209 del Direttore generale dell'A.S.U.R. Marche del 30 marzo 2017) al Consorzio Italia, con 98,11 punti totali (di cui 68,11 per qualità e 30 per prezzo); seconda graduata la costituenda Ati Coos Marche Onlus con 97,23 punti totali (di cui 69,85 per qualità e 27,38 per prezzo), con un distacco di 0,88 punti dal primo graduato.

1.5. Avverso la determina n. 209 del direttore generale dell'A.S.U.R. Marche del 30 marzo 2017 Coos Marche Onlus Società Cooperativa Sociale P.A. e Assistenza 2000 Società Cooperativa Sociale a r.l.

hanno proposto ricorso (notificato il 28 aprile 2017) al Tar Marche, chiedendone l'annullamento con conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto, se *medio tempore* stipulato. Hanno, altresì, chiesto la condanna della stazione appaltante al risarcimento in forma specifica, mediante aggiudicazione dei servizi di gara e subentro nel contratto eventualmente stipulato, ovvero, in subordine, il risarcimento per equivalente dei danni subiti in conseguenza dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati.

1.6. Con sentenza n. 698 del 10 agosto 2017 l'adito Tar Marche ha respinto il ricorso.

2. Avverso detta sentenza Cooss Marche Onlus Società Cooperativa Sociale P.A. e Assistenza 2000 Società Cooperativa Sociale a r.l. hanno proposto appello, articolando a sostegno della spiegata azione impugnatoria i seguenti motivi di gravame:

A) Error in iudicando per violazione dei principi generali in tema di valutazione dell'anomalia dell'offerta in quanto attinente a prestazione d'opera - Violazione principio inderogabilità del costo del lavoro - Errata valutazione dei presupposti - Carenza, quantomeno inidoneità della motivazione - Illogicità.

A1) L'appellante, anzitutto, dubita della possibilità di applicare metodi di calcolo diversi rispetto a quello utilizzato dal Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, nella specie contestando la legittimità della scelta di privilegiare la distinta opzione di porre in relazione diretta il monte ore generale previsto dal bando con il costo della singola ora in luogo di quella volta a rapportare il monte ore alle unità effettivamente impiegate.

A2) Nella suddetta prospettiva, il significativo scostamento registrato, nella misura del 16 %, del costo del lavoro dalle tariffe ministeriali (e da quelle regionali), così come risulta dall'offerta

fornita dall'aggiudicatario, sarebbe irragionevole e incongruo, inciderebbe in misura preponderante sulla qualità delle prestazioni lavorative e sulla tutela dei lavoratori, riverberandosi così anche sul profilo dell'efficienza amministrativa, la quale dovrebbe imporre la scelta del miglior contraente ed evitare che la stessa Amministrazione stipuli contratti con soggetti non in grado di offrire le minime tutele garantite costituzionalmente ai singoli lavoratori.

In base al combinato disposto degli artt. 86, comma 3 bis, e 87, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, il dato relativo al costo del lavoro rappresenta un elemento centrale ai fini dell'apprezzamento sull'attendibilità e serietà dell'offerta, in quanto gli enti aggiudicatori sono specificamente tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro ed a quello relativo alla sicurezza e le giustificazioni, che possono, tra l'altro, riguardare anche il costo del lavoro, devono tenere conto proprio del costo come determinato periodicamente in apposite tabelle del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

Nella gara in contestazione il Consorzio Italia ha presentato costi del personale più bassi di quelli stabiliti dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, in misura addirittura del 16%.

A3) In particolare, secondo le appellanti: a) nella determinazione del costo orario non è contemplata l'incidenza dei contributi INPS e INAIL; b) anche sulla indennità di turno, non è stata considerata la portata dei ripetuti contributi INPS e INAIL; c) i contributi INPS sono stati computati solo sulla paga oraria e sulla tredicesima con applicazione di aliquota del 35,57%; ma, secondo i modelli Uniemens utilizzati dal concorrente, l'aliquota effettivamente calcolabile risulta pari al 38,17% per gli assunti a tempo indeterminato e pari al 39,57

% per quelli a tempo indeterminato; d) la rivalutazione del TFR è stata eseguita solo a partire dal secondo anno; tuttavia è evidente che molte unità lavorative, da impiegarsi per i servizi di gara, hanno già maturato pregressa anzianità che si traduce nella consequenziale maturazione del relativo, ripetuto TFR, soggetto a rivalutazione non differibile; e) non risulta essere stata considerata l'IRAP; può ipotizzarsi (ma in assenza di indicazioni puntuali a tale riguardo), che parte della forza lavoro sarà impiegata a tempo determinato, con l'inapplicabilità dei benefici ex l. n. 190 del 2014; f) l'incidenza di costo per la voce "Ferie + ex festività e Festività" non risulta adeguata alle 165 ore di ferie e 108 ore di festività ed ex festività; g) non c'è riscontro circa l'incidenza delle assemblee sindacali (12 ore), delle malattie, delle gravidanze e di infortuni (120 ore); del diritto allo studio (3 ore); della formazione professionale (8 ore); di formazione e permessi R.S.L. (12 ore, ex d.lgs. n. 81 del 2008): voci contemplate nelle tabelle nazionali pubblicate dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali con il d.m. 2 ottobre 2013.

Secondo le stime del consulente dell'appellante l'insieme di costi non evidenziati graverebbe sulla offerta per un importo di poco inferiore a € 400.000,00 su base triennale, di entità tale da comportare un saldo negativo e, dunque, un'esecuzione in perdita dell'appalto.

B) Error in iudicando - Errata valutazione degli atti impugnati e del relativo corredo procedimentale con riferimento ai principi che regolano la verifica dell'anomalia dell'offerta e, soprattutto, i profili di diritto sostanziale che disciplinano la materia del contendere.

Il giudice di primo grado avrebbe pretermesso la constatazione che le giustificazioni, prese più e più volte a riferimento per la determinazione di rigetto dei singoli motivi di ricorso, introducono

anche uno sgravio non più operativo, così come non avrebbe dovuto essere trascurato in sede di sindacato giurisdizionale che gli Uniemens allegati dall'aggiudicatario, che sarebbero stati presentati all'INPS, riportano un'aliquota contributiva diversa da quella applicata in sede di determinazione dei costi orari di una indennità di turno che si assume essere stata conteggiata per intero, ma che di fatto è in parte. Del pari, vi sarebbe stata una sottostima dell'indennità per malattia priva di adeguate giustificazioni.

C) Error in iudicando - Inidoneità dei criteri valutativi e delle giustificazioni in punto al discostamento dei parametri dell'offerta riguardo ai criteri guida ministeriali.

Il giudice di primo grado ha categorizzato i parametri percentuali di ribasso con il ricorso introduttivo, quasi come valore assoluto e non anche come limiti percentuali massimo e minimo tra tutte le categorie di lavoro interessate.

Inoltre, la specificità dei rilievi relativi alla decontribuzione non è adeguatamente smentita, sì da riconoscersene ulteriore profilo idoneo a dubitare della congruità dell'offerta.

D) Error in iudicando - Error in procedendo - Omesso apprezzamento della carenza dell'offerta di elementi concorrenti alla determinazione del costo del lavoro in punto anche al costo dell'incidenza delle ore aggiuntive - Inidoneità, quantomeno insufficienza, della motivazione.

Nell'esaminare i vizi dedotti il Tar ha ritenuto di attestarsi esclusivamente sulla accettazione dei soli elementi forniti dall'Amministrazione o acquisiti dalla stessa. Non è stato eseguito alcun approfondimento riguardante gli opposti rilievi alle singole censure che hanno caratterizzato la formulazione del ricorso, introduttive di elementi puntuali che avrebbero dovuto meritare un

diverso scrutinio se non in via diretta, quantomeno attraverso adeguato supporto istruttorio.

2.1. Gli appellanti hanno altresì insistito per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente qualora non sia più possibile eseguire l'appalto.

2.2. Si è costituita in giudizio l'Azienda Sanitaria Unica Regionale delle Marche (A.S.U.R. Marche), che ha sostenuto l'infondatezza dell'appello. Analoghe conclusioni sono state rassegnate dal Consorzio Italia Cooperativa Sociale, che ha sostenuto l'infondatezza dell'appello.

2.3. Alla camera di consiglio dell'1 febbraio 2018, su accordo delle parti, l'istanza di sospensione cautelare della sentenza appellata è stata abbinata al merito.

2.4. Con ordinanza n. 2406 del 20 aprile 2018 la Sezione ha disposto una verifica, fatta oggetto di ulteriori approfondimenti su impulso del Collegio giusta ordinanze nn. 5519 del 25.9.2018 e 1842 del 20.3.2019.

2.5. Le parti hanno depositato memorie e successive repliche ed all'udienza del 14.11.2019 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

3. L'appello è infondato e, pertanto, va respinto.

3.1. Giova, anzitutto, qui anticipare le coordinate ermeneutiche cui il Collegio si atterrà, in ossequio ai principi regolatori predicabili in *subiecta materia*, nello scrutinio della *res indicanda*.

Nella suddetta prospettiva non è superfluo ribadire che le implicazioni valutative sottese al giudizio di anomalia dell'offerta involgono la discrezionalità tecnica dell'Amministrazione la cui deliberazione non può che essere sviluppata alla stregua della costante giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. Consiglio di Stato sez. V,

26/11/2018, n.6689, Sezione III, n. 5798 del 9.10.2018; Sez. V, 3/04/2018, n. 2051; 8/03/2018, n. 1493 e n. 1494; 5/03/2018, n. 1350; e, per questa Sezione: 1/03/2018, n. 1278 e 13/09/2017, n. 4336), secondo cui:

- nelle gare pubbliche il giudizio di verifica dell'anomalia dell'offerta - finalizzato alla verifica dell'attendibilità e serietà della stessa ovvero dell'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte - ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla Pubblica amministrazione e insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato della Commissione di gara;

- il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della Pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, senza poter tuttavia procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, ciò rappresentando un'inammissibile invasione della sfera propria della Pubblica amministrazione;

- anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti, a dimostrazione della non anomalia della propria offerta, rientra nella discrezionalità tecnica della Pubblica amministrazione, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi ed evidenti errori di valutazione oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice di legittimità può esercitare il proprio sindacato, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello della Pubblica amministrazione;

- la valutazione favorevole circa le giustificazioni dell'offerta sospetta di anomalia non richiede un particolare onere motivazionale, mentre è richiesta una motivazione più approfondita laddove l'amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall'impresa, in tal modo disponendone l'esclusione (cfr. Consiglio di Stato sez. III, 18/09/2018, n.5444; Sez. V, 2 dicembre 2015, n. 5450).

3.2 Orbene, prendendo abbrivio dai richiamati postulati giurisprudenziali, va, anzitutto, disatteso il motivo di gravame a mezzo del quale l'appellante contesta, in apice, l'opzione metodologica seguita dall'organo di valutazione nello scrutinio delle giustificazioni offerte dall'aggiudicataria per comprovare la serietà della propria offerta.

In disparte l'irritualità della formulazione della doglianza in commento, siccome formulata in termini dubitativi, deve rilevarsi come non vi sia una metodica vincolante per le Amministrazioni nella delibazione delle dette giustificazioni: l'ampia discrezionalità riservata in tale ambito – come sopra anticipato – all'organo di valutazione risulta temperata dal legislatore orientando l'analisi verso possibili temi di approfondimento (articolo 87 del d. lgs 163/2006, oggi articolo 97 del d. lgs 50/2016); nei limiti segnati dalle suddette coordinate, e salva la cogenza di soglie minime normativamente fissate, si riespande l'ampia sfera di discrezionalità della pubblica amministrazione che può essere sindacata solo entro i rigidi confini sopra enunciati (cfr. CdS, Sezione III, n. 5798 del 9.10.2018).

In tale ottica non può essere sindacata l'opzione seguita dall'aggiudicataria, e condivisa dalla stazione appaltante, di porre in relazione diretta il monte ore generale previsto dal bando con il costo

della singola ora in luogo di quella volta a rapportare il monte ore alle unità effettivamente impiegate; e ciò vieppiù in considerazione della mancanza di perspicue argomentazioni idonee ad inficiare l'attendibilità di siffatto metodo di analisi nella stima dei valori economici in campo.

3.3. Del pari, non può essere condiviso l'ulteriore motivo di doglianza che valorizza, con inaccettabile pretesa di automaticità, il significativo scostamento, pari in media al 16 %, dei ribassi che qualificano l'offerta dell'aggiudicataria rispetto alle voci di costo del lavoro mutate dalle tabelle ministeriali di settore (nella specie D.M. del 2.10.2013).

Com'è noto, si è più volte affermato in giurisprudenza che i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali costituiscono un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che l'eventuale scostamento delle voci di costo da quelle riassunte nelle tabelle ministeriali non legittima di per sé un giudizio di anomalia o di incongruità occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata (Consiglio di Stato sez. V, 26/11/2018, n.6689, sez. III, 18/09/2018, n.5444 ; sez. V, 07/05/2018, n. 2691; Sezione V n. 1465 del 30 marzo 2017; Consiglio di Stato, sez. III, 13/03/2018, n. 1609).

Un eventuale scostamento può, invero, essere rivelatore di inattendibilità e anti-economicità se sia consistente e rilevante ma necessita, comunque, di essere approfondito nelle sue concrete implicazioni rilevando, in definitiva, come possibile espressione di un'insanabile anomalia nei soli casi in cui si riveli privo di plausibile giustificazione.

Né è possibile fissare, a priori, in mancanza di vincolanti prescrizioni di legge, una soglia minima cogente al di sotto della quale l'eventuale differenziale debba, per definizione, ritenersi intollerabile con conseguente presunzione qualificata e non suscettiva di prova contraria di inattendibilità dell'offerta.

Nell'economia della disciplina di settore non vi sono automatismi di sorta di talchè l'eventuale scostamento, anche significativo, delle voci di costo che compongono l'offerta dalle tabelle ministeriale non vale, di per sé, a fondare, in via definitiva ed irreversibile, un giudizio di anomalia costituendo questo solo il possibile risultato di una mirata procedura all'interno della quale vanno esplorate e valutate le possibili cause giustificative dello scostamento rilevato.

Lo stesso è a dirsi quanto alle tariffe regionali (delibera GRM n. 569 del 12.5.2014) che costituiscono pur sempre grandezze medie, sintesi di rilevazioni statistiche e che, nella stessa prospettiva della Regione Marche, valgono ad offrire un punto di riferimento, in particolare per gli EELL, per la quantificazione degli importi a base d'asta dei capitolati d'appalto al fine di evitare che eventuali ribassi vadano ad incidere sul costo del lavoro.

4. Orbene, ponendosi dunque nella corretta prospettiva della indispensabilità di un necessario approfondimento conoscitivo, la Sezione, come già sopra anticipato, è ricorsa all'ausilio di una verifica che ha condotto all'acquisizione agli atti del giudizio di una prima relazione, il 17 agosto 2018, ed, all'esito degli ulteriori approfondimenti sollecitati dal Collegio, di una seconda relazione il 21.12.2018, nonché di una relazione finale datata 7.6.2019.

4.1. A tali risultanze, per quanto concerne i valori economici di sintesi e con le precisazioni di seguito svolte, questo giudice ritiene di

poter fare sereno affidamento, essendo le stesse, da un lato, conseguite all'esito di un percorso di indagine analitico e rigoroso e, dall'altro, affidate ad un corredo argomentativo lineare e sufficientemente chiaro, avendo pure il verificatore replicato in modo esauriente e puntuale alle osservazioni critiche mosse da entrambe le parti.

4.2. Sul punto, è sufficiente, anzitutto, richiamare – come di seguito evidenziato - le conclusive argomentazioni svolte dal Verificatore in applicazione di quel diffuso orientamento giurisprudenziale secondo cui il giudice quando aderisce alle conclusioni del consulente tecnico che nella relazione abbia tenuto conto, replicandovi, dei rilievi dei consulenti di parte, esaurisce l'obbligo della motivazione con l'indicazione delle fonti del suo convincimento; non è quindi necessario che egli si soffermi anche sulle contrarie allegazioni dei consulenti tecnici di parte che, seppur non espressamente confutate, restano implicitamente disattese perché incompatibili con le conclusioni tratte" (cfr. Cass. sent. n. 1815/2015; Cass. civ. n. 282/2009; così anche Cass. civ. n. 8355/2007 e n. 12080/2000); analogo principio è stato, invero, espresso anche in riferimento specifico alla verifica (cfr. Consiglio di Stato sez. IV, 16/04/2015, n.1955).

4.3. E ciò vieppiù a dirsi in ragione del fatto che questa Sezione ha imposto come metodica di indagine che, prima di depositare la relazione finale, il Verificatore sottoponesse una bozza delle proprie deduzioni alle parti, onde consentire ad esse di presentare osservazioni scritte sulle quali lo stesso Verificatore è stato espressamente chiamato a prendere posizione. Inoltre, come già sopra anticipato, la Sezione ha disposto, in due occasioni, un

supplemento istruttorio, da svolgere pur sempre con la stessa rigorosa metodica, proprio per consentire al Verificatore di replicare su ogni punto oggetto delle contestazioni mosse dall'appellante (e dell'appellata) con le puntuali memorie depositate, in cui la predetta parte aveva argomentato le proprie critiche in modo più articolato rispetto alle osservazioni sviluppate in sede di contraddittorio svoltosi dinanzi al Verificatore.

4.4. Orbene, il Verificatore, come sopra anticipato, ha passato in rassegna ciascuna delle plurime contestazioni svolte dall'appellante quanto alle ritenute carenze nella composizione dell'offerta aggiudicata, talvolta ampliando finanche il campo di indagine rispetto al *thema decidendum* per come tracciato dalla stessa domanda di parte.

5. A conclusione degli svolti approfondimenti il Verificatore ha, in via di sintesi, evidenziato che il ribasso su base d'asta del costo del lavoro, ancorchè risultato complessivamente pari al 16% rispetto alle tabelle ministeriali (14% rispetto alla base d'asta), non ha intaccato i minimi contrattuali mensili e orari essendo sul punto i valori offerti dal Consorzio allineati con la tabella ministeriale per ogni categoria professionale. Di poi, ha approfondito la genesi e gli effetti del divisato ribasso rispetto alle altre componenti del costo orario ed in stretta comparazione con i motivi del ricorso.

5.1. Segnatamente, rispetto alle singole contestazioni compendiate nel mezzo di gravame è emerso che:

- pur sussistendo un apprezzabile scostamento rispetto al costo del lavoro risultante dalle tabelle ministeriali, pari al 16%, non risultano violati, nell'offerta del Consorzio Italia, e come già sopra anticipato, i minimi contrattuali mensili e orari.

- la stima del costo orario effettuata dall'appellato comprende anche l'incidenza dei contributi previdenziali, INPS ed INAIL;
- le suddette voci risultano calcolate anche sull'indennità di turno;
- l'aliquota applicata per il computo dei contributi previdenziali è risultata corretta, in ragione dell'iscrizione di Consorzio Italia all'Albo nazionale delle cooperative sociali (numero A214017), a decorrere dalla data del 22 giugno 2011, e conseguentemente del rilascio del codice di autorizzazione 3A da parte dell'INPS;
- la previsione effettuata da Consorzio Italia di conteggiare la rivalutazione del TFR solo dal secondo anno è corretta, in quanto nell'ipotesi di "cambio appalto" il TFR maturato dal dipendente viene liquidato dall'impresa uscente;
- il Consorzio Italia può godere del beneficio di cui all'art. 20 della Legge 190/2014, ovvero la deducibilità integrale dalla base imponibile Irap del costo del personale dipendente assunto a tempo indeterminato;
- si è proceduto al ricalcolo della componente "ferie e festività" utilizzando il diverso parametro delle ore mediamente lavorate in luogo di quelle teoriche (per le cooperative 1.548 vs. 1.976), al fine di addivenire ad un costo orario rappresentativo sia del costo dell'ora lavorativa effettiva sia del costo di sostituzione a carico del datore di lavoro. Tanto in linea con la prevalente giurisprudenza, secondo cui, nelle gare pubbliche, per il costo orario del personale, da dimostrare in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, non va assunto a criterio di calcolo il "monte-ore teorico", comprensivo cioè anche delle ore medie annue non lavorate (per ferie, festività, assemblee, studio, malattia, formazione, etc.) di un lavoratore che presti servizio per tutto l'anno, ma va considerato il "costo reale" (o costo ore lavorate

effettive, comprensive dei costi delle sostituzioni); il costo tabellare medio, infatti, è indicativo di quello "effettivo", che include i costi delle sostituzioni cui il datore di lavoro deve provvedere per ferie, malattie e tutte le altre cause di legittima assenza dal servizio (Consiglio di Stato sez. V, 12/06/2017, n.2815; Consiglio di Stato sez. III, 02/03/2017, n.974; Cons. Stato, III, 2 marzo 2015, n. 1020, 13 dicembre 2013, n. 5984);

- è stata riscontrata l'incidenza nel costo orario delle assemblee sindacali (12 ore), delle malattie, delle gravidanze e di infortuni (120 ore); del diritto allo studio (3 ore); della formazione professionale (8 ore); di formazione e permessi (12 ore);

- si è, al contempo, proceduto, per le ore di malattia, gravidanza e infortunio, a quantificare i maggiori costi imputabili ad un complessivo numero di ore pari a 120, con relativo incremento dei costi pari a € 34.667 su base annuale e circa € 104.000 su base triennale;

- si è registrato un sensibile risparmio rispetto alla voce di costo "indennità di turno", prudenzialmente calcolata, in sede di offerta, in relazione a tutto il personale, laddove nella concreta realtà operativa viene riconosciuta ad una parte del personale impiegato non superiore al 30% del totale. In sede di approfondimento, il Verificatore ha validato tali risparmi, rispetto ai pregressi stadi della verifica, secondo una duplice tecnica di misurazione, quella del metodo forfaitario (posta a base degli originari giustificativi validati dalla stazione appaltante) e quella del metodo analitico, quest'ultima sulla scorta dei turni praticati per l'espletamento del servizio per come dedotti nell'offerta tecnica;

- si è proceduto a correggere eventuali errori materiali nelle voci di costo ovvero nei procedimenti di calcolo;
- si è tenuto conto degli incrementi di costo rinvenienti dal computo dell'indennità di turno nel calcolo del TFR;
- si è, altresì, provveduto al conteggio di ulteriori voci di costo, correlate alla previsione delle ore aggiuntive di servizio offerte quanto agli OSS nella misura di 7 ore settimanali. Sul punto, del tutto ragionevole è apparsa l'opzione ermeneutica privilegiata dal Verificatore di considerare le sette ore aggiuntive come settimanali e non giornaliere e ciò anche alla stregua del fatto che è prevista una sola figura di OSS il cui monte ore annuale è pari a 1.976 ore di lavoro, limite che verrebbe ampiamente superato ove si accedesse ad una lettura alternativa nel senso di considerarle ore giornaliere;
- parimenti si è provveduto ad incrementare le voci di costo per il personale autonomo, ancorchè limitatamente allo psicoterapeuta;

5.1. Orbene, a seguito e per effetto di un'analitica disamina di ogni punto controverso, nel corso di un processo di progressivo approfondimento, stimolato anche dalle deduzioni delle parti e dalle sollecitazioni del Collegio, il Verificatore è giunto ad introdurre assestamenti incrementativi del costo del lavoro di cui all'offerta per un importo complessivo su base triennale di € 298.969 in relazione alle seguenti voci:

- 1.F - Incidenza costo ferie + ex festività e festività,
- 1.G - Malattia, gravidanze e infortuni,
- 2.a - TFR con indennità di turno,
- 2.b - Altre indennità per gli OSS in clausola sociale,
- 4.a - Ore OSS aggiuntive,
- 4.b - Incremento incarico psicoterapeuta,

Ciò nondimeno, nell'analisi complessiva svolta dal verificatore l'offerta aggiudicata resterebbe, comunque, in equilibrio, potendo contare, oltre che sull'utile d'impresa e sulla quota per imprevisti, sui risparmi connessi all'indennità di turno che garantirebbero, comunque, un saldo attivo stimato in € 14.421,00 su base annua ed € 43.161,00 su base triennale. Peraltro, il Verificatore nel corpo della propria relazione (del 21.12.2018) ha evidenziato che ribassi in linea con quelli qui in rilievo erano stati registrati anche nella precedente aggiudicazione.

5.2. Orbene, vale qui ribadire, anche all'esito dell'esame delle memorie successivamente presentate dalle parti, la condivisione dei risultati raggiunti dal Verificatore, la cui metodica di accertamento, rispetto alle deduzioni dell'appellante e gli elementi sui cui si fondano, si rivela più aderente con l'oggetto del giudizio, pur sempre incentrato – non già sulla corretta esecuzione delle prestazioni che compongono il servizio aggiudicato – sulla ragionevolezza delle valutazioni svolte dalla stazione appaltante nello scrutinio delle giustificazioni rese dall'aggiudicataria nel corso del sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta e, dunque, sulla tenuta, nei limiti in cui resta predicabile il sindacato del giudice amministrativo, del giudizio di complessiva affidabilità dell'offerta aggiudicata.

Ed è, dunque, di tutta evidenza come tale scrutinio necessariamente vada condotto sui contenuti dell'offerta in sé indipendentemente dalle concrete modalità che, nel corso di svolgimento del rapporto, caratterizzano l'attuazione del programma negoziale, afferendo queste non più alla fase propedeutica ovvero alla genesi del contratto bensì alla sua esecuzione e, dunque, semmai a profili patologici che

afferiscono al diligente adempimento degli obblighi contrattuali assunti.

5.3. Una volta recuperata una corretta prospettiva di valutazione il Collegio ritiene, come già sopra anticipato, plausibili i risultati raggiunti dal Verificatore, in quanto l'originario impianto argomentativo inizialmente affidato, quanto ai risparmi di costo paventati (id est rispetto alla indennità di turno), solo ad una metodica di accertamento incentrata su una stima presuntiva ha trovato riscontro anche attraverso una proiezione analitica dei costi d'impresa stimati sulla base delle concrete modalità di impiego quali definite in dettaglio in sede di offerta e tenendo conto, all'interno della prospettata turnistica, del differenziato impiego del personale nelle ore notturne e del fatto che parte del suddetto personale era solo a disposizione.

5.4. A tal riguardo, occorre soggiungere che non trova conferma la tesi attorea di un acritico recepimento dei fogli di calcolo trasmessi dall'aggiudicataria, essendo anzi dato cogliere nel corpo della relazione una diretta smentita di tale assunto, peraltro corroborata dai correttivi introdotti dal Verificatore al procedimento di calcolo offerto dall'aggiudicataria ed ai relativi risultati. Né, peraltro, rispetto ai parametri relativi alla turnistica considerata ai fini dello sviluppo della procedura di stima l'aggiudicataria ha adeguatamente dimostrato scostamenti rispetto a quella desumibile dall'offerta tecnica.

D'altronde, nemmeno può essere trascurato che i suddetti risultati si fondano su valutazioni estremamente prudenziali e, pertanto, suscettive di poter essere riviste al rialzo con un incremento del delta

positivo nella comparazione tra le voci passive e quelle attive, come ad esempio rispetto ai seguenti punti:

- rispetto al procedimento di calcolo svolto dal Verificatore per il computo del margine di risparmio sull'indennità di turno deve rilevarsi come la rettifica diminutiva delle ore annue operata (da 23.968,2 a 22.143,20) per effetto dello scomputo di 1285 ore imputabili al coordinatore (rispetto al quale nei giustificativi non era stata calcolata l'indennità di turno) non sembra giustificata dal momento che il suddetto monte ore nella tabella allegata ai giustificativi era riferito ai riabilitatori, essendo calcolate distintamente quelle relative al coordinatore (e pari a 1820);
- l'ammontare delle ore effettivamente lavorate nelle singole imprese, che nelle tabelle ministeriali è indicato sotto la voce "ore mediamente lavorate" (dato ottenuto sottraendo, dalle ore teoriche contrattuali, le "ore mediamente non lavorate" per ferie, malattia, e altro) rappresentano un elemento variabile in relazione all'organizzazione della medesima impresa. Nel caso di specie, le ore di assenza fatte registrare dal personale in forza presso l'aggiudicataria in relazione al suo vissuto operativo sono risultate inferiori rispetto a quelle considerate nella media di settore;
- si è tenuto conto degli incrementi di costo rinvenienti dal computo dell'indennità di turno nel calcolo del TFR, ancorchè il suddetto rilievo costituisca una contestazione aggiuntiva non originariamente dedotta nel ventaglio delle incongruenze analiticamente denunciate dall'appellante;
- si è provveduto ad incrementare, limitatamente allo psicoterapeuta, le voci di costo per il personale autonomo riportandolo ai valori

tariffari, nonostante l'importo del relativo costo fosse stato liberamente pattuito (in misura minore) tra le parti.

5.5. Né è possibile dare qui ingresso a contestazioni riferite all'impropria attribuzione di quattro punti nella valutazione di merito dell'offerta aggiudicata, in ragione del riconoscimento di un numero di ore aggiuntive rispetto a quelle offerte, trattandosi di un tema tardivamente introdotto e, dunque, estraneo alla *res iudicanda*, incorrendo la relativa deduzione nella violazione del divieto dei *nova* sancito dall'art. 104 c.p.a., (cfr. da ultimo: Consiglio di Stato, sez. IV, 19/03/2018, n. 1717).

Conclusivamente, ribadite le svolte considerazioni, l'appello va respinto.

6. Le spese, in ragione della complessità della vicenda scrutinata, vanno compensate, ad eccezione di quelle di verifica che vengono poste definitivamente a carico dell'appellante e liquidate come di seguito.

Vale premettere che la liquidazione del compenso in favore degli ausiliari del giudice amministrativo avviene mediante l'utilizzo del sistema dei parametri introdotto dal D.M. 20 luglio 2012, n. 140 e non più in base al sistema tariffario di cui al D.P.R. 27 luglio 1988, n. 352 e successive modificazioni (da ultimo D.M. 30 maggio 2002), trattandosi di un sistema transitoriamente tenuto in vita dall'art. 275, T.U. 30 maggio 2002, n. 115, ma superato dall'art. 9, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, che ha abrogato non solo il sistema delle tariffe professionali ma anche tutte le disposizioni vigenti che ad esse rinviavano, fornendo, al contempo, la base normativa per l'emanazione del regolamento n. 140 del 2012 (Cons. Stato Sez. III, 13/06/2018, n. 3644).

Il sistema dei parametri non è vincolante per il giudice, assumendo solo un valore orientativo (cfr. Cons. Stato Sez. III, 13/06/2018, n. 3644; Cons. St., sez. III, 13 aprile 2018, n. 2232) ed è imperniato su criteri di liquidazione del compenso suddivisi secondo un profilo soggettivo (tipo di professionisti), oggettivo (tipologia delle prestazioni professionali) e funzionale (parametri generali e specifici per la valutazione delle prestazioni).

Il Collegio, valutato il valore dell'appalto e la complessità dell'incarico, ritiene equo liquidare una parcella pari ad euro 15.000,00 (quindicimila/00), oltre l'IVA, contributi previdenziali ex L. 335/95 e le spese di deposito cartaceo della relazione (€ 99,80), importo dal quale dovrà essere scomputato l'acconto di € 1.000 (mille/00) già percepito.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così provvede:

- 1) lo respinge;
- 2) compensa le spese del presente grado di giudizio;
- 3) pone definitivamente a carico della parte appellante le spese di verifica nell'importo indicato in parte motiva.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Umberto Maiello

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO