



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 6960 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Comunita' San Francesco Societa' Cooperativa Sociale Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Roberto G. Marra, con domicilio eletto presso Marco Gardin in Roma, via L. Mantegazza 24;

***contro***

Comune di Nardo', Ambito Territoriale N.3 Asl Le Nardò;

***nei confronti di***

Soc.Cooperativa Sociale La Strada A R.L., rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Taurino, con domicilio eletto presso Massimo Trifilidis in Roma, via Piave N. 41;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE:

SEZIONE III 14 settembre 2011 n. 1600 (dispositivo n. 01268/2011), resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello avverso il dispositivo, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di Soc.Cooperativa Sociale La Strada A R.L.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 febbraio 2012 il Cons. Marzio Branca e uditi per le parti gli avvocati Marra e Taurino.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Alla gara per l'affidamento del servizio di integrazione scolastica per alunni disabili (anni scolastici 2010/2011, 2011/2012, 2012/2013) bandito dal Comune di Nardo, quale Comune capofila dell'ambito territoriale n. 3 ASL LE., hanno partecipato, fra le altre, la Cooperativa sociale Comunità San Francesco, prima classificata, e la Cooperativa sociale La Strada, classificatasi seconda.

La Commissione, in considerazione del fatto che l'offerta vincitrice presentava "una percentuale di ribasso molto alta rispetto alla base d'asta" (421.000 euro a fronte di una base di 520.000 euro), nelle sedute del 23 e del 27 dicembre 2010 ha deciso di richiedere chiarimenti in merito alle voci di costo da sostenere, con particolare

riferimento al costo del lavoro.

Successivamente nella seduta del 18 gennaio 2011 i chiarimenti forniti dall'aggiudicataria sono stati ritenuti "esaustivi di quanto richiesto, avendo anche proceduto ad acquisire il vigente CCNL UNICI CONFSALES Settore Socio Sanitario Assistenziale Educativo ed Inserimento Lavorativo", cosicché nella seduta del 24 gennaio 2011 la Cooperativa Comunità di San Francesco è stata dichiarata aggiudicataria provvisoria.

2. La Cooperativa Sociale la Strada ha impugnato l'esito della gara deducendo la violazione degli artt. 86, 87, 88 D.lgs 163/2006, violazione del DM 1.12.2008 Ministero del Lavoro, della salute e delle politiche sociali e relativo allegato, violazione dell'art. 36 della Costituzione e dell'art. 36 dello Statuto dei Lavoratori, violazione del bando di gara e del capitolato d'oneri, eccesso di potere per difetto, irragionevolezza e illogicità dell'istruttoria, illogicità manifesta e difetto assoluto di motivazione, inidoneità formale e sostanziale della documentazione prodotta, mancata valutazione di inaffidabilità.

La ricorrente, nella sostanza, ha contestato la legittimità delle determinazioni con la quale sono state ritenute esaustive le giustificazioni offerte in tema di costo del lavoro, muovendo dalla constatazione che lo stesso era stato computato in conformità del CCNL stipulato dalla UNICI-CONFSALES, recante importi retributivi sensibilmente inferiori ai minimi salariali previsti dai contratti stipulati dalle organizzazioni sindacali di settore

maggiormente rappresentative, i quali , a norma degli artt. 86 e 87 del d.lgs. n. 163 del 2006, debbono costituire, quanto meno, ineludibile parametro di riferimento in sede di valutazione di congruità dell'offerta.

2. Il ricorso è stato accolto con la sentenza in epigrafe.

La cooperativa Comunità San Francesco ha proposto appello con istanza di sospensione dell'efficacia della pronuncia di primo grado.

La cooperativa La Strada si è costituita nel giudizio di secondo grado.

La Sezione ha accolto la domanda cautelare con ordinanza 31 agosto 2011 n. 3702 “Considerata l'opportunità di mantenere, fino alla pubblicazione sentenza di merito, la continuità del servizio.”.

Alla pubblica udienza del 21 febbraio 2012, uditi i difensori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

3. Le doglianze dedotte in appello addebitano alla sentenza di primo grado di aver ritenuto illegittima – alla stregua dei chiarimenti forniti dall'appellante - la valutazione di congruità dell'offerta, non tenendo nel debito conto che:

a) la Comunità San Francesco si era riservata la possibilità di applicare il CCNL dei sindacati maggiormente rappresentativi e di fruire degli sgravi di cui alla legge n. 407 del 1990;

b) tale ipotesi si era poi di fatto realizzata come – secondo l'assunto - risulterebbe dalla documentazione costituita dalle buste paga prodotte in giudizio e dalle dichiarazioni del rappresentante legale della Cooperativa;

- c) le censure accolte in primo grado risultavano affette da genericità ed imprecisione e così pure le affermazioni contenute nella motivazione dei primi giudici;
- d) sebbene vi fosse stata in tal senso una richiesta della parte ricorrente in primo grado, non sia stata disposta una consulenza tecnica d'ufficio, per accertare l'entità effettiva dell'offerta quanto alla remunerazione del costo del lavoro, alla stregua dei contratti realmente stipulati dalla Cooperativa con gli addetti al servizio;
- e) la pronuncia si risolveva nell'esercizio di valutazioni tecniche estranee alle competenze del giudice, e che, invece, avrebbero dovuto essere condotte dalla stazione appaltante nel corso del procedimento amministrativo.

#### 4. 1. Le censure non sono fondate.

Occorre partire dal dato oggettivo che l'offerta proposta dall'appellante, per euro 421.200,00, si presentava sensibilmente inferiore alla base d'asta, di euro 520.000,00, ed a quelle avanzate dalle altre concorrenti, tutte superiori a euro 500.000,00.

La circostanza – come ricordato - induceva la commissione a chiedere chiarimenti, una prima volta il 14 dicembre 2010, ed una seconda volta il 27 dicembre successivo con specifico riferimento al costo del lavoro, che, rappresentava, incontestabilmente, la voce più rilevante dell'offerta. Si intendeva conoscere secondo quali contratti la Cooperativa progettava di assumere il personale, e come era da intendersi il riferimento alla legge n. 407 del 1990, citata nella

risposta della Cooperativa alla prima richiesta di chiarimenti (27 dicembre).

Nella risposta del 10 gennaio 2011 la concorrente, per un verso, confermava che intendeva applicare il CCNL Unci-Confsals, esponente minimi retributivi inferiori al quelli dei sindacati maggiormente rappresentativi utilizzati dal decreto del Ministero del Lavoro.

Per altro verso, con riguardo alla legge n. 407 del 1990, rilasciava una dichiarazione del seguente tenore: “La Cooperativa possiede i requisiti per beneficiare della totale esenzione contributiva prevista dalla L. 407 /90 per i lavoratori che ne hanno i requisiti ed intende, di massima, avvalersene astrattamente, istituendo rapporti di lavoro a tempo indeterminato con tutti i dipendenti.”.

Sulla base di tali elementi, e con esplicito riferimento alla presa in esame del contratto UNCI, le giustificazioni sono state ritenute esaustive e disposta l’aggiudicazione provvisoria.

4.2. In tale situazione, l’impostazione difensiva dell’appellante, fin dal controricorso in primo grado, si è volta a sostenere la congruità dell’offerta, e quindi la legittimità della determinazione impugnata, tentando di dimostrare che la spesa sostenuta per il personale sarebbe stata più elevata di quella dichiarata in sede di verifica, in quanto la Cooperativa appellante, nella realtà, aveva praticato i minimi salariali previsti dal contratto collettivo dei sindacati maggiormente rappresentativi.

In tal senso militerebbero, sia la “riserva”, sopra trascritta, in tema di applicazione della legge n. 407/1990, sia le buste paga prodotte in giudizio, con annessa dichiarazione della responsabile della Cooperativa, secondo cui a determinate unità di personale sarebbero stati applicati gli importi retributivi di cui al CCNL dei sindacati confederali.

4.3. Tali argomentazioni sono prive di consistenza in sé e non coerenti con riguardo all’odierno *thema decidendum*.

E’ evidente, infatti, che dalla generica, e alquanto criptica, dichiarazione sopra trascritta non poteva evincersi nulla di concreto in merito alla effettiva assunzione di personale secondo un contratto collettivo diverso da quello UNCI-CONFSALS.

E nemmeno appare probante, in tal senso, il richiamo alla indicazione di euro 11,5 come costo orario, posto che il dato è fornito contestualmente alla menzione dei valori retributivi del CCNL UNCI.

E’ il caso di aggiungere- sia pure incidentalmente – che se, come pretenderebbe l’appellante, dovesse attribuirsi ai dati forniti con le giustificazioni il significato della allegazione di un costo del lavoro più oneroso, perché parametrato sui minimi salariali di settore indicati nel decreto del Ministero del lavoro, senza azzerare, oltre tutto, le voci previste per spese generali ed utili di impresa (euro 57.411,20), allora la fattispecie assumerebbe i contorni di una sostanziale modificazione dell’offerta, pacificamente non ammessa in

sede di verifica della congruità.

Oltre ciò, e soprattutto, come correttamente rilevato dai primi giudici, “l’oggetto diretto di questo giudizio è il sindacato sulla valutazione amministrativa fatta dalla stazione appaltante sulla congruità dell’offerta ai sensi degli artt. 86, 87 D.lgs 163/2006 e non l’accertamento del rapporto contrattuale tra società controinteressata e i propri dipendenti; nell’ambito della procedura di gara la valutazione dell’Amministrazione si è svolta sulla congruità del costo del lavoro, determinato in base al contratto collettivo Uinci-Confsal, come indicato dalla stessa Comunità San Francesco”.

4.4. Ne consegue che la controversia, spogliata delle contestazioni ad essa estranee, va ricondotta al quesito posto sin dall’origine, consistente nella legittimità di una valutazione di congruità del prezzo offerto, quanto alla remunerazione del lavoro, assumendo come riferimento un contratto collettivo recante importi retributivi inferiori a quelli minimi definiti a norma degli artt. 86 e 87 del d.lgs. n. 163 del 2006.

E’ pacifico, e non occorre indugiare sul punto, che, per giurisprudenza consolidata, quei valori non assumono valore inderogabile, e che possono subire delle variazioni in diminuzione. E’ tuttavia altrettanto fermamente affermato (Cons. St., Sez. V, n. 1451 del 2009) il principio che i valori salariali determinati secondo la legge rimangono parametri di riferimento del giudizio di congruità, e da ciò consegue che la validità degli inferiori importi offerti sia

valutata, caso per caso, accertando la sussistenza di elementi compensativi che rendano egualmente remunerativo il trattamento meno favorevole in termini monetari.

Le norme invocate dalla ricorrente di primo grado, infatti, anche in ossequio a principi di diritto comunitario, hanno stabilito che una retribuzione non adeguata del lavoro prestato dagli addetti al servizio pubblico possa incidere sulla affidabilità dell'offerta, sicché il pedissequo recepimento di trattamenti salariali di un qualunque contratto collettivo ad efficacia nazionale non è, di per sé, idoneo ad assolvere la stazione appaltante dall'obbligo di verificarne la congruità con riferimento ad un parametro puntualmente prestabilito.

Dagli atti processuali emerge che tale verifica nella specie non è stata effettuata, essendosi la Commissione limitata a controllare la rispondenza degli importi indicati nell'offerta a quanto previsto dal CCNL UNCI-CONFSALS, sebbene sensibilmente inferiori a quelli stabiliti nel decreto del Ministero del lavoro sì da rendere necessaria una valutazione, ad opera della stazione appaltante, -e non un mero riscontro nei termini anzidetti-, della "adeguatezza" e "sufficienza" di tale valore del costo del lavoro rispetto a quello, recepito nelle tabelle ministeriali, derivante dai contratti collettivi stipulati dai sindacati "comparativamente" più rappresentativi (come prescrive l'art.86, comma 3-bis, del d.lgs. n.163 del 2006) .

In conclusione l'appello non è fondato e pertanto va rigettato.

La natura della controversia induce il Collegio a disporre la compensazione delle spese del presente grado.

'P.Q.M.'

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta, confermando per l'effetto la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Marzio Branca, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/04/2012

IL SEGRETARIO

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