

I contratti dello Stato e degli Enti pubblici

Rivista trimestrale
di dottrina
e giurisprudenza

4/2024

- *Equo compenso negli appalti*
- *Soccorso istruttorio e principio di fiducia*
- *Contratti pubblici nei settori speciali*

Il personale impiegato (anche) in altri appalti deve essere indicato nel costo della manodopera?

di Gabriella Marrone e Antonio Papi Rossi

CONSIGLIO DI STATO, sez. III, 16 settembre 2024, n. 7582 – Pres. Ferrari; Est. Di Raimondo – D.S. s.r.l. (*Avv.ti* Martinez e Moscuza) c. S. s.c. (*Avv.* Dalli Cardillo) e Unione dei Comuni del Distretto Ceramico (*n.c.*), Comune di Sassuolo (*n.c.*) e C.U.C. Centrale Unica di Committenza Unione dei Comuni del Distretto Ceramico (*n.c.*)

Contratti della p.a. – Appalti Pubblici – Gara – Aggiudicazione – Verifica anomalia dell’offerta – Costo della Manodopera – Manodopera impiegata anche in altri appalti – Va considerata

L’impiego di risorse utilizzate per altri appalti comporta comunque un costo per l’operatore economico, non potendosi ragionevolmente sostenere, a contrario, che il loro costo sia indeterminabile o pari a zero per il solo fatto di essere impiegate (anche) in altre commesse, poiché così ragionando si arriverebbe al paradosso per cui non sarebbe prevedibile alcun costo per l’azienda per il solo fatto di utilizzare i dipendenti trasversalmente in vari appalti.

FATTO E DIRITTO

Omissis

Con il mezzo di censura in questione, come osservato, la D.S. lamenta che il T.A.R. avrebbe erroneamente ritenuto che l’aggiudicataria abbia omesso di quotare il costo delle tre figure di coordinamento (responsabile unico della commessa, coordinatore e dietista di coordinamento) che l’aggiudicataria ha inserito nella propria offerta.

L’articolo 11 del Capitolato d’appalto, sul presupposto che “per l’intera durata dell’appalto l’appaltatore. deve disporre di una struttura organizzativa adeguata per gestione, governo, monitoraggio, controllo dell’esecuzione dell’appalto, nonché prevenzione e di individuazione delle eventuali criticità e relative eliminazioni con la massima tempestività” (comma 1), prevede che “entro al massimo dieci (10) giorni consecutivi dalla data di comunicazione dell’aggiudicazione, l’appaltatore deve dotarsi di un/a Responsabile Unico/a dell’appalto con la funzione di referente nei confronti dell’Amministrazione Comunale; a tale fine l’Appaltatore deve conferirgli/le gli opportuni poteri di rappresentanza ad ogni effetto, nonché ampi poteri decisionali” (comma 2).

Tale figura professionale “deve essere affiancato/a almeno dalle seguenti figure professionali: 1) un/a (1) Coordinatore/Coordinatrice, munito/a di telefono cellulare ed essere reperibile dalle ore 7.30 alle ore 19.00 dal lunedì al venerdì”, “2) Un/a (1) Referente quotidianamente presente in ciascun centro di cottura”, e “3) Un/a (1) Referente/coor-

dinatore dei terminali di distribuzione dei pasti nelle scuole in cui viene effettuato il servizio che deve garantire il presidio assoluto”, fermo restando che “l'appaltatore deve disporre almeno di un/a (1) dietista.”

L'argomentazione di fondo sviluppata dall'appellante fa leva sul rilievo che le tre figure professionali in parole vengono impiegate dall'operatore economico trasversalmente su più commesse, con la conseguenza che per ciascuna di loro non sarebbe stato necessario indicare il relativo costo in sede di offerta.

Rileva tuttavia la Sezione che, a ben vedere, ciascuna delle professionalità indicate in offerta dalla D.S. ha compiti precisi, che presuppongono una sua attività costante ancorché non continuativa nella commessa per cui è causa.

In questa prospettiva, non può trovare applicazione la giurisprudenza invocata dall'appellante, secondo cui *“l'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera, all'interno dell'offerta, si impone solo per i dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell'offerta per la specifica commessa; non, invece, per le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente, ovvero lo fanno in maniera trasversale a vari contratti (ad es. il direttore del servizio), il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all'offerta da presentare per il singolo appalto.”* (Consiglio di Stato, sez. V, 18 agosto 2023, n. 7815).

Con argomentazioni che condivide e dalle quali il Collegio non vede ragioni di discostarsi, la Sezione ha stabilito che deve essere operata un'analisi attenta al caso concreto, al fine di verificare l'effettivo impiego delle risorse umane nello specifico appalto, con l'obiettivo di accertare se si tratti non di *“figure manageriali apicali e trasversali, esterne e di mero supporto all'esecuzione dell'appalto, ovvero impiegate in via indiretta e solo occasionalmente (v. Cons. Stato, sez. V, n. 6786 del 2020; sez. III n. 6539 del 2020), ma, al contrario, figure direttamente operative, stabili, dedicate alla specifica commessa e non attratte ad un regime di mera reperibilità, l'inclusione dei relativi costi nell'ambito delle spese generali non pare corretta, non integrandosi alcun specifica eccezione all'obbligo di una distinta ed espressa indicazione di tali costi tra gli oneri della «manodopera»”.*

Commento

La mancata indicazione delle risorse impiegate in altri appalti nel costo della manodopera: riflessi sulla legittimità dell'offerta economica

La sentenza del Consiglio di Stato n. 7582 del 16 settembre 2024 trae origine dall'annullamento, da parte del T.A.R. Emilia-Romagna, dell'aggiudicazione di una gara pubblica avente ad oggetto un servizio di ristorazione presso le scuole dell'infanzia, primarie e secondarie del Comune di Sassuolo.

Secondo il giudice di primo grado, l'offerta presentata dall'aggiudicataria era viziata dalla mancata indicazione del costo della manodopera di tre figure (il responsabile unico della commessa, il coordinatore e la dietista di coordinamento), per le quali avrebbe dovuto essere indicato il costo nell'offerta economica anche se contemporaneamente

te utilizzate dalla società vincitrice per l'esecuzione di altri appalti.

Ne discendeva, quindi, a detta del T.A.R., anche l'erroneità del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta attivato dalla stazione appaltante che, nonostante l'assenza dei costi relativi alle figure sopra indicate, si concludeva con l'accertamento della congruità dell'offerta della società aggiudicatrice.

Avverso detta pronuncia l'appellante ha proposto plurime censure eccependo, in particolare, l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto illegittimo il subprocedimento di anomalia dell'offerta rispetto al quale era stata accertata l'erroneità in ragione della mancata indicazione, nell'offerta economica, del costo della manodopera concernente il responsabile unico della commessa, il coordinatore e la dietista di coordinamento, pur trattandosi, di figure direttive espressamente dedicate a molteplici appalti nella zona di competenza.

Secondo l'appellante, infatti, l'omissione del costo delle predette figure verrebbe giustificato dalla circostanza che il loro impiego, per l'appalto in esame, sarebbe limitato alla sola reperibilità all'occorrenza, ma senza presenza fissa o, comunque, senza obbligo di permanenza.

Nel rigettare le censure proposte dalla società soccombente in primo grado, il Consiglio di Stato si sofferma preliminarmente sui limiti del sindacato giurisdizionale sul procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, ribadendo che la *ratio* dell'istituto è quella di controllare la congruità delle offerte rispetto alla necessità di garantire un equilibrio tra la competitività della proposta e l'adeguata remunerabilità.

Il procedimento, oggi disciplinato dagli artt. 54 e 110 del nuovo Codice degli appalti⁽¹⁾ consente, quindi, alle stazioni appaltanti di intraprendere, nel corso della procedura di gara, una sub-verifica al fine di escludere, eventualmente, le offerte anomale che, in quanto tali, potrebbero essere indice di un'irregolare esecuzione del contratto affidato.

Secondo la pronuncia in commento, che ribadisce un principio or-

.....

(1) Il previgente art. 97 d.lgs. n. 50/2016 prevedeva che "gli operatori economici forniscono, su richiesta della stazione appaltante, spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse, sulla base di un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta". Analogamente l'art. 110 d.lgs. n. 36/2023 dispone che "le stazioni appaltanti valutano la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta, che in base a elementi specifici, inclusi i costi dichiarati ai sensi dell'articolo 108, comma 9, appaia anormalmente bassa". L'art. 54 d.lgs. n. 36/2023 prevede, invece, l'esclusione automatica delle offerte anormalmente più basse ma solo quando *i)* non si tratti di un affidamento diretto, *ii)* è un appalto di lavori e servizi, *iii)* l'esclusione automatica sia prevista nel bando di gara *iv)* vi siano almeno cinque offerte. L'articolo rimanda, poi, ad un allegato del Codice (Allegato II.2) per l'individuazione del metodo di calcolo della soglia di anomalia.

mai consolidato, il sub-procedimento in esame è connotato da un'ampia discrezionalità tecnica sindacabile in sede giurisdizionale solo in presenza di macroscopici profili di illegittimità *“restando in ogni caso precluso al giudice di sostituirsi all'Amministrazione nell'esecuzione di tali attività”*⁽²⁾

L'eventuale provvedimento di esclusione adottato all'esito della verifica dell'anomalia dell'offerta, trattandosi di atto immediatamente lesivo per il concorrente escluso, dovrà, però, essere sorretto da un'adeguata e rigorosa motivazione tanto più che anche con riferimento alle offerte pari a zero deve essere verificata in concreto l'eventuale anomalia non potendosi escludere automaticamente l'offerta per il solo fatto che essa sia pari a zero, come precisato dalla giurisprudenza⁽³⁾.

Tanto chiarito, venendo alla questione principale oggetto della pronuncia, il Consiglio di Stato ha ritenuto corretta la sentenza impugnata nella parte in cui aveva disposto l'annullamento dell'aggiudicazione per non aver la società aggiudicatrice indicato nell'offerta economica il costo delle tre figure contemporaneamente impiegate in altre commesse.

.....

(2) Interessante richiamare, sul tema della sindacabilità della discrezionalità tecnica dell'amministrazione, gli ultimi approdi giurisprudenziali che hanno chiarito che il giudice amministrativo può sindacare l'esercizio della discrezionalità amministrativa quando sia il frutto di una valutazione obiettivamente erronea, per errata applicazione delle scienze tecniche, delle conoscenze e dei principi che si applicano alla materia di volta in volta in rilievo *“Se quindi deve ritenersi ammessa la piena conoscenza dei fatti oggetto di causa e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'Amministrazione, tuttavia il giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta, sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione delle norme poste a tutela dei principi di parità di trattamento e non discriminazione, sia nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato”* (T.A.R. Lombardia, Milano, 20 aprile 2022, n. 881, con richiami interni a Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2021, n. 2596). Ed ancora *“Quando difettano parametri normativi a priori che possano fungere da premessa del ragionamento sillogistico, il giudice non 'deduce' ma 'valuta' se la decisione pubblica rientri o meno nella (ristretta) gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto. È ben possibile per l'interessato - oltre a far valere il rispetto delle garanzie formali e procedurali strumentali alla tutela della propria posizione giuridica e gli indici di eccesso di potere - contestare ab intrinseco il nucleo dell'apprezzamento complesso, ma in tal caso egli ha l'onere di metterne seriamente in discussione l'attendibilità tecnico-scientifica.”* (Cons. Stato, sez. VI, 5 dicembre 2022, n. 10624).

(3) Anche la Corte di giustizia, come indicato nella sentenza in commento, ha precisato che, persino in relazione alle offerte complessivamente pari a zero, il principio per cui *“l'art. 2, par. 1, pt. 5, della direttiva 2014/24/UE, come modificata dal regolamento 2017/2365 della Commissione, deve essere interpretato nel senso che esso non costituisce un fondamento giuridico per il rigetto dell'offerta nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il solo motivo che il prezzo proposto nell'offerta è di EUR 0”* (Corte di giustizia, 10 settembre 2020, in causa C-367/19), e ciò perché *“dalla logica sottesa all'articolo 69 della direttiva 2014/24 risulta che un'offerta non può automaticamente essere respinta per il solo motivo che il prezzo proposto è di EUR 0”* ma *“le amministrazioni aggiudicatrici, in caso di sospetto di offerta anormalmente bassa, sono tenute a verificare l'effettiva sussistenza di tale carattere anormalmente basso prendendo in considerazione tutti gli elementi pertinenti del bando di gara e del capitolato d'onere”* (Corte di giustizia, 15 settembre 2022, in causa C-669/20).

Infatti, la tesi del Consiglio di Stato fa leva sulla circostanza che ciascuna delle professionalità indicate in offerta ha compiti precisi, come indicato nel capitolato d'appalto, che presuppongono una sua attività costante, ancorché non continuativa, nella commessa per cui è causa, diversamente, quindi, da quanto sostenuto dall'appellante.

Ed è per tale motivo che secondo il Consiglio di Stato, vendendo in rilievo un impiego costante e non sporadico delle figure professionali, non può essere ritenuta applicabile la giurisprudenza richiamata dall'appellante in base alla quale *“l'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera, all'interno dell'offerta, si impone solo per i dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell'offerta per la specifica commessa; non, invece, per le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente, ovvero lo fanno in maniera trasversale a vari contratti (ad es. il direttore del servizio), il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all'offerta da presentare per il singolo appalto”* (Consiglio di Stato, sez. V, 18 agosto 2023, n. 7815).

A contrario, il giudice di appello ribadisce le conclusioni alle quali era pervenuto il T.A.R. – ossia l'illegittimità dell'offerta economica in ragione dell'omessa precisazione del costo della manodopera – riaffermando il principio di diritto per cui *“deve essere operata un'analisi attenta al caso concreto, al fine di verificare l'effettivo impiego delle risorse umane nello specifico appalto, con l'obiettivo di accertare se si tratti non di ‘figure manageriali apicali e trasversali, esterne e di mero supporto all'esecuzione dell'appalto, ovvero impiegate in via indiretta e solo occasionalmente (v. Cons. Stato, sez. V, n. 6786 del 2020; sez. III, n. 6539 del 2020), ma, al contrario, figure direttamente operative, stabili, dedicate alla specifica commessa e non attratte ad un regime di mera reperibilità, l'inclusione dei relativi costi nell'ambito delle spese generali non pare corretta, non integrandosi alcun specifica eccezione all'obbligo di una distinta ed espressa indicazione di tali costi tra gli oneri della manodopera”*.

Nel caso di specie, si legge nella sentenza, l'utilizzo concreto delle risorse, tenuto conto delle modalità operative indicate nel capitolato e anche nell'offerta economica, ha comunque comportato un costo per l'operatore economico, proprio in ragione del loro costante impiego, che avrebbe dovuto essere indicato nell'offerta economica ancorché le tre figure fossero adoperate anche in altri appalti.

Per tali ragioni afferma il Consiglio di Stato che l'uso di dipendenti (anche) in altre commesse non è di per sé sufficiente a sostenere, come pur fa l'appellante, che il costo di tali risorse sia indeterminabile

o pari a zero altrimenti si giungerebbe al paradosso per cui l'utilizzo trasversale di più dipendenti in appalti diversi non consentirebbe mai l'individuazione di alcun costo per l'azienda.

In conclusione, la pronuncia in commento esclude, inoltre, che valga come giustificazione *a posteriori*, la possibilità di ricondurre il costo delle tre figure, occupate contemporaneamente in altri appalti, nella voce dell'offerta economica denominata "*Costi di gestione e spese generali*", in quanto in quest'ultima voce rientrano unicamente i maggiori oneri per il personale e per gli imprevisti e non le spese quantificabili normalmente a prescindere dalle eventuali varianti di costo.