

Pubblicato il 26/11/2021
N. 07912/2021REG.PROV.COLL.
N. 04808/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4808 del 2021, proposto da Engie Servizi S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Tommaso Di Nitto e Gianpaolo Ruggiero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Tommaso Di Nitto in Roma, via Antonio Gramsci, 24;

nei confronti

Università degli Studi Napoli "Federico II", in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

e con l'intervento di

Del Bo S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Orazio Abbamonte e Maria Filosa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Seconda) n. 02712/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Università degli Studi Napoli Federico II;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Del Bo Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2021 il Cons. Thomas Mathà e uditi per le parti gli avvocati Tommaso Di Nitto, Gianpaolo Ruggiero e Orazio Abbamonte;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'Università degli Studi di Napoli "Federico II" aveva indetto una gara per l'affidamento del servizio di conduzione e manutenzione degli edifici universitari. Il rispettivo bando prevedeva la suddivisione dell'appalto in 6 lotti, da aggiudicare separatamente, a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Con il decreto del 16.3.2020 n. 201 il Direttore Generale dell'Università aggiudicò un lotto (il n. 4, CIG 79583752CF) della gara a Engie Servizi S.p.A. (Engie), alla quale successivamente (31.3.2020) è stato consegnato il servizio in via d'urgenza. La Del Bo S.p.A. (Del Bo) si era classificata al secondo posto della graduatoria e ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione avanti il T.A.R. per la Campania.

2. Il T.A.R. adito, con sentenza n. 4047/2020 ha accolto il terzo motivo del ricorso di Del Bo ed ha annullato il decreto n. 201/2020 di aggiudicazione della gara in favore di Engie, accertando l'anomalia dell'offerta della Engie (riguardante i costi di sicurezza) e l'inidoneità dell'istruttoria svolta dal R.U.P.

Del Bo proponeva dinanzi a questo Consiglio appello avverso i primi due motivi non ritenuti fondati dal TAR partenopeo *sub* r.g. 9422 del 2020. La sezione respingeva tale gravame con sentenza n. 2443 del 2020.

3. L'Università riattivava il subprocedimento di valutazione di congruità dell'offerta, ed all'esito della rispettiva procedura, avendo il R.U.P. nuovamente espresso un giudizio positivo sulla congruità dell'offerta, il Direttore Generale disponeva una seconda aggiudicazione dell'appalto del lotto 4 ad Engie con decreto del 9.12.2020, n. 918.

4. Seguiva un secondo ricorso al T.A.R. per la Campania da parte della Del Bo, *sub* n.r.g. 96/2021, con il quale l'impresa classificata seconda impugnava anche la seconda aggiudicazione: il primo motivo atteneva all'incongruità degli oneri aziendali della sicurezza dichiarati da Engie nell'offerta economica, seguito da altri quattro motivi che riguardavano l'incongruità dell'offerta economica sotto tre distinti ed autonomi profili.

5. Il T.A.R. di Napoli con sentenza n. 2712/2021 ha accolto il ricorso di Del Bo, limitatamente al primo ed al quarto motivo del ricorso; ha pertanto annullato gli atti impugnati ed ha anche escluso Engie dalla gara.

6. Engie ha impugnato tale sentenza del 2021 con ricorso in appello notificato in data 19.5.2021, al quale è seguito l'appello incidentale adesivo dell'Università di Napoli notificato in data 25.5.2021. Si è costituita Del Bo per resistere all'appello con ricorso incidentale notificato il 14.6.2021.

7. La sezione con ordinanza n. 3379/2021 ha accolto l'istanza cautelare, risultando *“che il mancato espletamento dello stesso [appalto] si palesa idoneo a determinare un chiaro pericolo di danno grave e irreparabile all'incolumità dell'utenza e del personale afferente alle sedi universitarie interessate, non dimenticando che l'emergenza epidemiologica causata da COVID-19 non è ancora superata, e quindi è necessario che il servizio sia costantemente svolto con cura, atteso che all'affidatario compete anche la sanificazione degli impianti di areazione. L'interruzione potrebbe provocare gravi danni alla salute pubblica. Inoltre, la funzionalità del servizio di manutenzione (appalto qualificato “ad alta intensità di manodopera” ai sensi dell'art. 50 del Codice dei contratti pubblici) potrebbe essere gravemente pregiudicata dall'avvicendamento, in tempi ristretti, di plurimi passaggi di cantiere del personale, spesso causa di disservizi e turbative dell'ordine pubblico, nonché causa di ledere il primario diritto dei lavoratori alla stabilità del posto di lavoro”*.

8. Successivamente, Engie e Dal Bo si sono scambiati memorie (2.11.2021) e memorie di replica (5.11.2021), insistendo sulle loro conclusioni.

9. All'udienza pubblica del 18 novembre la causa è stata introitata in decisione.

DIRITTO

10. Con il primo motivo dell'appello, Engie deduce *l'error in iudicando* nella parte in cui il TAR Campania ha respinto l'eccezione d'inammissibilità del ricorso di primo grado, in particolare riguardante il primo ed il quarto motivo del ricorso. Il TAR si sarebbe sostituito con le sue valutazioni nel giudizio all'amministrazione, funzioni che invece sarebbero di competenza della sola Università. 10.1 Il TAR aveva chiarito che l'oggetto del giudizio era un nuovo provvedimento di aggiudicazione, il cui presupposto era costituito dall'integrale rinnovazione del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta di Engie, ovvero la valutazione complessiva ed unitaria degli elementi costitutivi dell'offerta, come tale non scindibile in autonome e singole microvalutazioni che, sebbene non modificate, devono, in ipotesi di integrale riesercizio del potere, essere considerate parte indistinta del nuovo giudizio globale espresso.

Il TAR aveva poi concluso che i limiti del giudizio tecnico discrezionale di anomalia presenta in sede giurisdizionale vanno definiti nelle figure sintomatiche del cattivo esercizio del potere, l'errore nell'uso delle regole tecniche del settore di riferimento, l'errore sui fatti, o scelte manifestamente irragionevoli nel raggiungimento del fine pubblico a cui il potere è funzionalizzato. Tale impostazione viene confermata anche da questo Consiglio.

La giurisprudenza è consolidata – in via generale – a ritenere che “i limiti che incontra il giudice amministrativo al cospetto delle determinazioni discrezionali assunte dalla commissione valutatrice di una procedura pubblica non refluiscono in un'area di arbitrio sottratta alla difesa in giudizio, bene

potendo esse (come noto) essere sindacate per manifesta erroneità, illogicità e irragionevolezza (Cons. Stato, sez. V, n. 7602/2021 in un caso di attribuzione a una offerta tecnica di un punteggio che, alla luce delle espresse previsioni della legge di gara, le quali vincolano, come detto, anche la commissione valutatrice).

Più specifici problemi pone il giudizio di non anomalia ove vengano in giuoco valutazioni tecniche dell'amministrazione.

La discrezionalità tecnica della P.A. potrà essere conosciuta dal Giudice quando sono in rilievo vizi di istruttoria e di motivazione, che sono idonei a rendere manifestamente arbitraria ed illogica la valutazione effettuata dall'amministrazione.

Anche se il giudizio di anomalia dell'offerta è connotato da ampi margini di discrezionalità e costituisce 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 di merito della pubblica amministrazione siano inficiate da macroscopiche illegittimità, quali gravi e plateali errori di valutazione o errori di fatto che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta. (C. Stato, sez. IV, 04-06-2020, n. 3528) non è certo escluso un sindacato significativo su tali scelte discrezionali nei limiti prima ricordati.

10.2 In altre parole, il giudizio di verifica dell'anomalia dell'offerta costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato all'amministrazione ed insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità od irragionevolezza dell'operato della Commissione di gara (Cons. Stato, sez. III, 544/2021).

Se nel giudizio emerge un'inadeguatezza della percentuale di incidenza delle spese generali, in assenza di adeguata giustificazione, non può prescindersene, atteso che le spese generali per l'esecuzione dell'appalto attengono, in definitiva, alle spese di azienda, vale a dire al costo dell'organizzazione di impresa (della sua organizzazione e conduzione). L'accertamento di una carenza di istruttoria da parte della stazione appaltante nella verifica di anomalia dell'offerta dell'aggiudicatario impone la riapertura del relativo subprocedimento e la valutazione anche delle giustificazioni presentate dagli altri concorrenti; tale sindacato non incontra un limite nell'art. 34, comma 2, cod. proc. amm., in quanto, per il solo fatto di determinare un prosieguo procedimentale, non integra una pronuncia sui poteri amministrativi non ancora esercitati, limitandosi piuttosto ad un effetto conformativo sulla riedizione del potere (in termini Cons. Stato, sez. VI, n. 2520/2020).

Un'ulteriore precisazione va fatta in tema di oneri di sicurezza ove è consentito – alla stregua degli orientamenti comunitari – un significativo sindacato a tutela delle condizioni di lavoro.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato più recente (sez. III, 15 giugno 2020, n. 3773) ha così sintetizzato gli sviluppi applicativi della sentenza della corte di giustizia del 2 maggio 2019 resa nella causa C 309/18: a) l'obbligo di indicare separatamente gli oneri per la sicurezza aziendale in sede di offerta discende chiaramente dal combinato disposto dell'art. 95, 10° comma, codice dei contratti pubblici e dell'art. 83, 9° comma, medesimo codice, il quale non consente la regolarizzazione di carenze concernenti l'offerta tecnica o economica; b) pertanto, qualsiasi operatore economico ragionevolmente informato e normalmente diligente si presume a conoscenza dell'obbligo in questione; c) la regola opera anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione; d) nondimeno, nei casi in cui il bando di gara contenga bensì un espresso rinvio alle norme del codice dei contratti pubblici, ma si accompagni alla predisposizione di modelli dichiarativi ad uso obbligatorio concretamente privi di spazio fisico per l'indicazione separata dei costi della manodopera, debba demandarsi al giudice del merito la verifica della «materiale impossibilità» di evidenziare, nel rispetto della prescrizione normativa, i costi in questione, legittimandosi – in presenza di circostanze idonee a «generare confusione» in capo agli offerenti – l'eventuale attivazione del soccorso istruttorio; su questi il Consiglio di Stato (sez. III, 15 giugno 2020 n. 3773) ha concluso che in applicazione dei suindicati postulati anche sul versante interno non residuano dubbi sulla piena

predicabilità dell'automatismo espulsivo correlato al mancato scorporo nell'offerta economica dei costi inerenti alla manodopera; né rileva che, nel caso di specie, il bando non prevedesse espressamente l'obbligo di separata evidenziazione dei costi in questione in virtù del principio di eterointegrazione della *lex specialis* ad opera della *lex generalis*, tanto più che nella documentazione di gara (cfr. art. 26, capitolato speciale) vi era un esplicito rinvio alla disciplina di settore per i profili ivi non espressamente disciplinati (e quindi anche all'art. 95, 10° comma) (Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 15-10-2020, n. 917).

In materia di oneri di sicurezza l'orientamento è contrassegnato da un certo rigore espresso nella pronuncia citata e le valutazioni contenute in sentenza non hanno decampato dal sindacato consentito per ingerirsi nel merito delle scelte amministrative.

10.3 Alla luce di questi chiarimenti la censura non ha pregio.

11. Con il secondo motivo l'appellante critica la sentenza nella parte in cui il TAR Campania ha accolto il primo motivo del ricorso di primo grado. Più in particolare, la sentenza sarebbe errata per aver accertato una insufficiente motivazione di congruità espressa dall'Università rispetto alla verifica relativa agli oneri di sicurezza dichiarati da Engie. Un'offerta necessiterebbe di una motivazione rigorosa ed analitica solo nel caso in cui esso si concluda in senso negativo, ma non in caso affermativo. L'offerta sarebbe invero motivata, come risulterebbe da tutte le voci di costo esposte dall'appellante nei propri giustificativi, anche riguardante i costi della sicurezza, errando il TAR invece sulla qualificazione delle singole voci. Erronea sarebbe inoltre l'esclusione di Engie in applicazione dell'art. 97 del Codice dei contratti pubblici per presunta sottostima degli oneri della sicurezza, che invece sarebbe compensabile con l'utile della commessa. Anche l'Università di Napoli, con il secondo motivo dell'appello incidentale adesivo, che per ragione di connessione viene trattato congiuntamente, conclude per le stesse ragioni.

12. Le censure non cogliono nel segno.

13. Gli oneri aziendali della sicurezza sono differenti ed aggiuntivi rispetto a quelli per le interferenze previsti dalla stazione appaltante nel bando di gara e riguardano le misure di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori che gravano sull'operatore economico in qualità di datore di lavoro. Sono previsti dal Testo unico sulla sicurezza (d.lgs. n. 81 del 2008) e riguardano quindi l'esercizio dell'attività svolta da ciascun operatore economico, relativi sia alle misure per la gestione del rischio dell'operatore economico, sia alle misure operative per i rischi legati alle lavorazioni e alla loro contestualizzazione, aggiuntive rispetto a quanto già previsto nel PSC (Piano di Sicurezza e Coordinamento).

13.1 La disciplina del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016) è la seguente:

Art. 95. (Criteri di aggiudicazione dell'appalto)

(...)

10. Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d).

Art. 97. (Offerte anormalmente basse)

(...)

5. La stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni. Essa esclude l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4 o se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa in quanto:

a) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3;

b) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 105;

c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 95, comma 10, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture;

d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16.

6. Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge. Non sono, altresì, ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza di cui al piano di sicurezza e coordinamento previsto dall'articolo 100 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81. La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

13.2 Il disciplinare di gara (doc. 8 Università in primo grado) prevedeva le seguenti disposizioni in tema di oneri aziendali della sicurezza e di verifica dell'anomalia:

1) art. 17: (contenuto dell'offerta economica)

Con riferimento al lotto cui si intende partecipare, il concorrente dovrà, a pena di esclusione, inviare e fare pervenire all'Amministrazione attraverso il Sistema, un'Offerta economica secondo la procedura e le modalità che seguono:

(...)

B) i costi aziendali relativi alla salute ed alla sicurezza sui luoghi di lavoro di cui all'art. 95, comma 10 del Codice. Detti costi relativi alla sicurezza connessi con l'attività d'impresa dovranno risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche delle prestazioni oggetto dell'appalto;

C) i costi della manodopera, ai sensi dell'art. 95, comma 10 del Codice. (...)

Sono inammissibili le offerte economiche che superino l'importo a base d'asta. L'Amministrazione, per il tramite del Responsabile del Procedimento, accerterà in ogni caso la congruità dell'Offerta anche in relazione a detti importi, che dovranno risultare congrui rispettivamente in relazione a quanto disposto dall'art. 97, co. 5, lett. c) e d) del D. Lgs. 50/2016 s.m.i. La mancanza dell'indicazione dei costi della manodopera, al pari della mancata indicazione degli oneri aziendali per la sicurezza costituisce causa di esclusione automatica e non trova applicazione la disciplina del soccorso istruttorio.

2) art. 22: (Verifiche di anomalia delle offerte)

Al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 97, comma 3, del Codice, e in ogni altro caso in cui, in base a elementi specifici, l'offerta appaia anormalmente bassa, il RUP, avvalendosi, se ritenuto necessario, della commissione, valuta la congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità delle offerte che appaiono anormalmente basse. Si procede, per ciascun lotto, a verificare la prima migliore offerta anormalmente bassa. Qualora tale offerta risulti anomala, si procede con le stesse modalità nei confronti delle successive offerte, fino ad individuare la migliore offerta ritenuta non anomala. È facoltà della stazione appaltante procedere contemporaneamente alla verifica di congruità di tutte le offerte anormalmente basse. Il RUP richiede per iscritto al concorrente la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni, se del caso indicando le componenti specifiche dell'offerta ritenute anomale. A tal fine, assegna un termine non inferiore a quindici giorni dal ricevimento della richiesta.

Il RUP, eventualmente con il supporto della commissione, esamina in seduta riservata le spiegazioni fornite dall'offerente e, ove le ritenga non sufficienti ad escludere l'anomalia, può chiedere, anche mediante audizione orale, ulteriori chiarimenti, assegnando un termine massimo per il riscontro. Gli esiti delle valutazioni del RUP per ciascun lotto sono trasmessi alla Commissione di Gara che provvede a renderli noti in successiva seduta pubblica, come precisato al successivo punto 23.

13.3 Alla luce di queste disposizioni si può scrutinare la doglianza in merito alla congruità dei costi e l'istruttoria in seno alla verifica dell'anomalia. Engie aveva dichiarato che i costi aziendali per la sicurezza, inclusi nel prezzo offerto, ammontano a 45.164,02 € per la durata sessennale del contratto, corrispondenti all'importo annuale di 7.527,37 €. In sede di verifica dell'anomalia è stato precisato che l'importo annuo di 7.527,37 € si compone di due voci di costo: (A): 5.127,37 € per l'acquisto di un kit di DPI (dispositivi di protezione individuale) per n. 11 addetti; (B): 2.400,00 € per l'erogazione della formazione a n. 12 addetti. Da ciò non emerge una considerazione degli oneri per la sicurezza

‘gestionali’ a carico del datore di lavoro (*valutazione dei rischi per la salute e sicurezza, costituzione del servizio di prevenzione e protezione dai rischi, formazione, informazione e addestramento di tutti i lavoratori, nomina del medico competente e la sorveglianza sanitaria di tutti i lavoratori, gestione del primo soccorso, lotta antincendio e emergenze, segnaletica, regolare manutenzione di ambienti, attrezzature ed impianti*), mentre gli oneri per la sicurezza ‘operativi’ (dedicato allo specifico appalto dell’Università) risultano solo parziali. Di fronte all’impiego di 46 operai manutentori, 11 operai risultano inseriti nella “struttura operativa”, 9 operai nella “struttura operativa – tecnici specializzati” e 26 operai nella “struttura operativa di supporto” (sede di Napoli).

Il punto 16 del disciplinare di gara in particolare alla lettera B.4) richiedeva l’illustrazione di un “sistema organizzativo per lo svolgimento del servizio e qualificazione ed esperienza del personale addetto”.

La struttura offerta tecnica di Engie ha distinto : 1) Personale dedicato alla commessa 2) Personale dedicato alle attività di commessa (gli specializzati) 3) Personale condiviso (Engie usa personale che ha a disposizione a “supporto”).

Ciò ha finito per comportare la mancata indicazione dei costi di sicurezza del personale delle ultime due categorie, ricompresi nelle spese generali con una serie di conseguenze che si passa ad illustrare. Come correttamente rilevato dal primo Giudice, nei costi aziendali per la sicurezza era stato previsto la fornitura di dispositivi di protezione ad 11 operai della struttura operativa, nulla per i restanti. Tale mancanza non è stata né esaminata né valutata nella relazione di congruità del RUP.

13.4 Anche in considerazione delle specifiche indicazioni dell’Università (note del 29.09.2020 e 02.10.2020) in sede di riattivazione del subprocedimento di verifica della congruità tali specificazioni erano richieste, con l’avviso di un giudizio di immediata non congruità nel caso si accertamento dell’incongruità degli oneri aziendali della sicurezza rispetto all’entità e alle caratteristiche dei servizi e delle relative forniture. Al contrario, la relazione tecnica di verifica dell’anomalia del 03.11.2020 non contiene alcuna verifica sulla congruità degli oneri della sicurezza di Engie ed il mero rinvio alla dichiarazione dell’impresa. Da tale documento risulta dunque assente una qualsiasi istruttoria o valutazione di merito. Inoltre, il TAR ha accertato anche l’inadeguatezza e la conseguente incongruità delle correlate misure di tutela che Engie ha previsto di adottare per l’esecuzione dell’appalto. Non è stato provato con nessun documento o altro mezzo di prova specifico che i costi della sicurezza dichiarati in offerta economica da Engie sono rappresentativi di tutte le misure di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori o che tali costi erano stati considerati in un’altra voce (neppure nelle spese generali) inclusa nel prezzo offerto. Il Collegio condivide dunque le considerazioni del TAR in ordine alla mancanza di motivazione del provvedimento, che non permette alcuna verifica delle ragioni sulla cui base è stata effettuata la scelta. Inconferente è anche l’eccezione in merito alla possibilità di motivazione *per relationem*, in quanto nella relazione del RUP non emerge alcun rinvio ad essa.

13.5 Non risulta neppure condivisibile la tesi che i costi della sicurezza non indicati per le 35 unità di personale condivise con altri appalti sarebbero stati computati nell’offerta in quanto assorbiti nei costi della sicurezza che la società in generale sopporterebbe o certamente compensabili con l’utile dell’appalto. Al di là dell’assenza di un puntuale, specifico e verificabile dato in merito, tale compensazione sarebbe idonea ad alterare la consistenza economica dell’offerta, perché si tradurrebbe nella mancata imputazione al particolare appalto di una porzione rilevante dei costi legati allo svolgimento del servizio posto a gara.

13.6 L’allocazione esterna di costi necessari e previsti dal bando quale *lex specialis* violerebbe il principio del divieto di disparità di trattamento. Ma anche se si volesse superare tale limite, nelle spese generali di Engie non risulta alcuna voce riferita a costi della sicurezza del personale condiviso, neanche pro quota. La compensazione con l’utile dell’appalto trova un’ulteriore e duplice limite nel Codice dei contratti pubblici: *i)* l’art. 95 comma 10 prevede che gli oneri aziendali della sicurezza, in quanto elemento essenziale dell’offerta economica, devono essere dichiarati sin dal momento di presentazione dell’offerta stessa; *ii)* l’art. dell’art. 83, comma 9 esclude il soccorso istruttorio in caso di incompletezza o irregolarità afferente all’offerta economica. Una revisione della voce degli oneri

di sicurezza aziendale, elementi costitutivi dell'offerta, esige una separata identificabilità ed una rigida inalterabilità, a presidio degli interessi pubblici sottesi alla relativa disciplina legislativa (Cons. Stato, Ad. Plenaria, n. 4/2014, n. 3/2015 e n. 9/2015).

13.7 Si deve anche confermare la statuizione del TAR in merito all'applicazione dei parametri numerici offerti dalle Linee Guida ITACA, rispetto ai quali i costi dichiarati dalla Engie sarebbero congrui. Al di là che dall'analisi tecnica del RUP non si rinviene alcun punto su tali valutazioni secondo le Linee Guida, Engie ha scelto di affrontare le spiegazioni di congruità attraverso un modo diverso, ovvero tramite un computo dettagliato delle misure della sicurezza che essa stessa ha individuato per l'esecuzione dell'appalto. E' logica la pronuncia del TAR che nel caso di specie non si pone una questione di corretta applicazione di una formula matematica (essendo un valore presunto degli oneri di sicurezza rispetto al quale confrontare, in diminuzione o aumento, quelli concretamente indicati dal concorrente), ma risulta necessaria – a monte di tale calcolo – la verifica se l'operatore economico abbia rappresentato tutti gli oneri di sicurezza che incidono sui costi di esecuzione, mancanti in larga parte, soprattutto per i "lavoratori condivisi".

Questo Consiglio ha ritenuto in merito che l'applicazione di una formula *“non esime il concorrente dall'indicazione puntuale nelle giustifiche degli oneri aziendali di sicurezza cui l'impresa deve assolvere per garantire la sicurezza dei lavoratori nell'esecuzione dell'appalto, parametrati alla specificità dell'organizzazione produttiva dell'impresa e alla tipologia di offerta presentata. Il rilievo nevralgico di tali costi nel contesto dell'offerta presentata, la cui necessaria indicazione “risponde, pertanto, all'esigenza di tutela del lavoro sotto il profilo della salute e della sicurezza dei lavoratori (art. 31 Cost.), così come la altrettanto necessaria indicazione dei costi della manodopera tutela il lavoro per il profilo relativo alla giusta retribuzione (art. 36 Cost)”* (Cons. Stato, sez. V, n. 6306/2020).

13.8 Per quanto concerne la censura dell'asserita illegittima esclusione di Engie dalla gara, che secondo i ricorrenti sarebbe possibile solo di fronte alla mancante dichiarazione degli oneri di sicurezza, il Collegio sottolinea la duplice formula di esclusione prevista dal codice:

- l'art. 95 comma 10 nel caso di oneri non dichiarati;
- l'art. 97 comma 5 lettera c) nel caso di oneri incongrui rispetto alla commessa da eseguire.

Nel caso oggetto del giudizio si apre l'ambito di applicazione della seconda fattispecie, comportando la sanzione dell'esclusione automatica. Per tale ragione, essendo la violazione della congruità degli oneri di sicurezza contemplato dall'art. 97 comma 5 lettera c) e quindi un comportamento vincolato, il TAR ha accertato che l'amministrazione era tenuta a procedere a tale esclusione.

13.9 Da tutto ciò discende l'infondatezza del motivo del ricorso.

14. Con la terza doglianza l'appellante Engie (e corrispondente al terzo motivo dell'Università di Napoli, che per motivi di economia processuale vengono esaminati assieme) censura che il TAR Campania avrebbe erroneamente accolto il quarto motivo del ricorso di primo grado riguardante l'incongruità delle spese generali dell'offerta di Engie.

14.1 L'odierno appellante deduce che nelle proprie giustificazioni avrebbe dichiarato di indicare tra i costi diretti il “costo del personale di struttura operativa”, ossia del personale più direttamente coinvolto nello svolgimento delle attività oggetto dell'appalto, mentre all'interno della voce “spese generali” avrebbe indicato il costo di tutto il personale professionale solo parzialmente destinato all'attività, il costo riferito al personale “condiviso”. La contraddizione nei giustificativi sarebbe inesistente, stante la diversa funzione svolta dal personale il cui costo sarebbe stato inserito nella voce “spese generali” e, dunque, tra i costi indiretti della commessa. Sarebbe in ogni modo una diversa e non irragionevole allocazione di una voce di costo. La sentenza impugnata sarebbe inoltre erronea nella parte delle in cui il TAR avrebbe censurato l'importo destinato da Engie alla copertura delle spese generali. Secondo i ricorrenti le percentuali per spese generali non sarebbero incomprimibili, con la conseguenza che aliquote inferiori a quelle indicate dall'art. 32, comma 2 lettera b) del D.P.R. n. 207/2010 (che prevede una forbice tra il 13% e il 17%) sarebbero ammissibili, variando gli elementi da impresa ad impresa. Sarebbe infine sbagliato escludere dalla voce “spese generali” i “costi generali di commessa” indicati dall'appellante. Nei “costi generali di commessa” Engie avrebbe compreso i

costi di struttura (automezzi ed attrezzature e telefonia per 9.500 €), i costi per l'ammortamento degli oneri dovuti a servizi e lavori (per complessivi 35.765,35 €) ed i costi per gli oneri della sicurezza (7.527,34 €), tipiche componenti di costo della voce "spese generali".

15. La censura non convince il Collegio.

15.1 Il TAR aveva accolto questo motivo di ricorso accertando l'anomalia dell'offerta di Engie anche in ragione della sottostima delle spese generali previste per l'appalto e la relativa erroneità dell'istruttoria da parte dell'amministrazione.

Le spese generali giustificate da Engie risultavano 9.597,04 € (1,4% dei costi diretti della commessa in confronto del 15% che risulta normalmente nelle gare d'appalto).

Il D.P.R. n. 207/2010 prevede all'art. 32 co. 2 lett. b) che le spese generali possono variare in base all'importanza della commessa dal 13% al 17%; la stazione appaltante stessa aveva valutato nella propria documentazione di gara l'incidenza delle spese generali per il servizio del 17% dei costi diretti.

Ne consegue l'incongruità delle stesse spese generali.

Il TAR aveva chiarito che la relazione tecnica di verifica della congruità risulta carente ed erronea, essendo state quantificate dal RUP spese generali per un importo di 80.585,56 €, con un'incidenza percentuale del 11,15% comunque – sia detto *per incidens* – più bassa rispetto ai parametri del citato D.P.R.n. 207 del 2010 non incomprimibili (percentuale rispetto alla somma di 722.614,76 € che comprende manodopera + materiali + spese generali).

Ma nell'importo di 27.792,88 € relativo al personale di struttura operativa – ricompreso in detto ammontare di spese generali pari a 80.585,56 € – non si sarebbe potuta computare la quota di 18.195,84 € relativa al personale direttamente impiegato nella commessa computata dal RUP, il RUP inoltre vi aveva aggiunto addirittura 52.792,68 €, importo che Engie aveva tenuto fuori dalla tabella spese generali, ma a cui aveva attribuito la denominazione "Costi generali di commessa".

L'importo di 52.792,68 € si compone sicuramente anche di tre voci estranee alle spese generali: 1) 9.500 € per automezzi, attrezzature e apparecchi telefonici in uso al personale di commessa; 2) 7.527,34 € per l'acquisto di dispositivi di protezione per il personale di commessa; 3) 29.229,54 € per costi annui degli interventi migliorativi proposti in offerta tecnica.

Tali attività ricadono nei costi diretti di esecuzione dell'appalto e quindi il RUP non poteva assomarle alle spese generali.

In tal senso il ragionamento del TAR risulta chiaro e consequenziale incentrato come è sulla base della stessa relazione di giustificazione dell'offerta dell'appellante che distingue costi diretti e costi indiretti: *"Più precisamente le voci di costo che concorrono a formare l'importo complessivo offerto, sono articolabili in costi INDIRETTI e costi DIRETTI. In dettaglio: § i costi DIRETTI della struttura operativa di erogazione dei servizi, che comprendono: - costi del personale di struttura operativa; - costi del personale di sede a supporto; - costi per la sicurezza; - materiali di consumo e ricambi per le manutenzioni; costo degli interventi specialistici di terzi; - costi di struttura per l'acquisto delle attrezzature, per il noleggio degli automezzi, telefoni, ecc; - costi annui per l'ammortamento degli investimenti relativi ai lavori di efficientamento per il contenimento dei consumi energetici nonché per il sistema informativo dedicato alla gestione delle attività manutentive. § costi INDIRETTI: spese generali, così come meglio indicato nello specifico paragrafo."*

15.2 Il Collegio osserva che i costi *diretti* della struttura operativa di erogazione dei servizi, ovvero costi del personale di struttura operativa sono calcolati sulla base degli impegni - ore/anno distinguendo tra risorse dedicate e condivise e di un costo unitario pari al valore medio in riferimento alle tipologie prevalenti previste, comunque non inferiore a quanto previsto dal Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro di categoria; sono inoltre costi del personale di sede a supporto, costi per la sicurezza, materiali di consumo e ricambi per le manutenzioni, costi degli interventi specialistici di terzi, costi di struttura per l'acquisto delle attrezzature, per il noleggio degli automezzi, telefoni, costi annui per l'ammortamento degli investimenti relativi ai lavori di efficientamento per il contenimento dei consumi energetici nonché per il sistema informativo dedicato alla gestione delle attività manutentive. I costi *indiretti* si riferiscono invece alle spese generali, come indicato nello specifico

paragrafo. Si poteva dunque solo concludere che le spese generali, quali costi indiretti, non potevano comprendere anche quelli classificati come costi diretti (27.792,88 € per il personale di struttura operativa, distinguendo tra risorse dedicate e condivise, i costi del personale di sede a supporto, costi per materiali di consumo e ricambi per le manutenzioni, per gli interventi specialistici di terzi, costi di struttura per l'acquisto delle attrezzature e per il noleggio degli automezzi). In ragione di questi chiarimenti non si può accertare la congruità delle spese generali.

15.3 Conclusivamente il TAR ha anche accertato l'illogicità dell'istruttoria circa le spese generali, (già invocate in modo non trasparente ma "coacervato" per giustificare gli oneri di sicurezza), quantificati solo a prezzo di obliterare la chiara distinzione di voci dei costi diretti rispetto alle spese generali secondo la stessa logica seguita nella relazione tecnica giustificativa; inoltre le stesse indicazioni definitorie dei giustificativi impediscono per la natura dei costi diretti di esecuzione perciò solo distinti dalle spese generali di computare in questi ultimi i costi diretti .

Sostanzialmente, ha censurato il TAR, il RUP aveva inserito nelle spese generali alcune voci che invece attengono ai costi diretti di esecuzione ed è così giunto all'errata percentuale dell'11,15% in base alla quale ha ritenute congrue le spese generali. La conclusione del primo giudice è logica.

15.4 L'importo di 18.195,84 €, riferito a parte del personale di commessa, e l'importo di 52.792,68 €, relativo ai costi generali di commessa, sarebbero – a dire dell'appellante – entrambi da conteggiare nelle spese generali: il primo importo riguarderebbe il personale "condiviso" con altri appalti dell'azienda, solo in quota parte utilizzabile, all'occorrenza ed eventualmente, per lo svolgimento di attività non direttamente funzionali allo svolgimento dell'appalto oggetto di giudizio, non prevedibili *ex ante* e, comunque, residuali.

Si è già spiegato perché questo non è persuasivo.

Risulta piuttosto un'altra cosa: Engie ha indicato nell'offerta tecnica 32 unità di personale facenti parte dell'organigramma di commessa e per ciascuna di esse è stata prevista un'attività specifica nell'ambito dell'appalto, con un relativo tempo di impiego, come riportato proprio nella tabella giustificativa delle spese generali. È evidente che costituiscono costi di personale impiegato direttamente nell'appalto – che dovevano tra l'altro essere considerati separatamente quanto ad oneri di sicurezza (come rilevato esaminando il primo motivo) – e non di costi di personale addetto alle attività generali dell'azienda.

Non si comprenderebbe inoltre perché i relativi importi dovrebbero essere imputati tra le spese generali in quanto la stessa appellante li ha allocati separatamente fra i costi generali di commessa poi ricompresi dal RUP nelle spese generali.

15.5 La giurisprudenza ammette che le percentuali per spese generali non sono incomprimibili, con la conseguenza che sono ammissibili aliquote inferiori a quelle indicate nell'art. 32, comma 2, del D.P.R. n. 207 del 2010 (espressive di elementi la cui incidenza è variabile da impresa ad impresa), ma nella fattispecie difetta la giustificazione concreta e documentata di una percentuale anormalmente bassa (una volta scomutate le somme invece considerate dal RUP).

Tanto più considerando che le spese generali non possono essere ripartite su più contratti (circostanza che avrebbe comunque dovuto essere dimostrata) allorché non attengano genericamente all'organizzazione aziendale, ma riguardino lo specifico contratto (gli elementi variabili).

15.6 Alla luce di queste considerazioni, anche il secondo motivo non è fondato.

16. Con il ricorso incidentale la Dal Bo chiede la riforma della sentenza riguardante i motivi del ricorso in primo grado non accolti dal TAR: 1) parzialmente sul primo motivo, in merito agli oneri di sicurezza "gestionali"; 2) sul secondo motivo in merito all'effettività di una serie di altri costi dell'offerta quale la manodopera per attività di manutenzione extra-canone, il materiale di consumo e ricambi manutenzione, il materiale per lavori extra canone, i servizi specialistici e interventi di terzi, i costi di struttura e gli ammortamenti per oneri dovuti all'offerta tecnica migliorativa di servizi e di lavori; 3) sul terzo motivo riguardante l'incongruità dell'offerta relativamente ai costi della manodopera. Essendo però l'appello infondato e dovendosi confermare la pronuncia di primo grado con esclusione di Engie dalla gara, l'appello incidentale di Del Bo può considerarsi assorbito, in quanto dall'accoglimento dei sopra menzionato motivi non potrebbe comunque trarsi nessun

ampliamento della sua sfera giuridica o ottenere un diverso o migliore bene della vita ambito, anche in ossequio ai principi della “ragione più liquida”, di economia processuale e di sinteticità della motivazione (Cons. Stato, sez. VI, 4971/2019; sez. IV, n. 5891/2019). Tutte le questioni testé vagliate esauriscono la vicenda sottoposta all’esame della Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell’art. 112 c.p.c. e gli argomenti di doglianza non esaminati espressamente sono stati ritenuti dal Collegio non rilevanti ai fini della decisione e, comunque, inidonei a supportare una conclusione di segno diverso.

17. L’appello di Engie e quello adesivo dell’Università, in conclusione, vanno respinti, con assorbimento dell’appello incidentale di Del Bo.

18. Considerata la complessità e la peculiarità della vicenda esaminata, si giustifica la compensazione tra le parti delle spese giudiziali.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, così decide:

- rigetta l’appello presentato da Engie e l’appello incidentale adesivo dell’Università di Napoli “Federico II”, e per l’effetto, conferma la sentenza appellata;
- dichiara assorbito l’appello incidentale di Del Bo;
- compensa tra le parti le spese giudiziali del presente giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 novembre 2021 con l’intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Thomas Mathà, Consigliere, Estensore

L’ESTENSORE

Thomas Mathà

IL PRESIDENTE

Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO