

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA TOSCANA, Sez. IV, Sentenza 23 gennaio 2024, n. 120 - Pres. GIANI - Est. FENICIA - S.I. spa c. PROVINCIA di PISTOIA; COMUNE di BUGGIANO; nei confronti di D. M. R. C. srl.

Contratti pubblici - livelli e contenuti della progettazione - i costi della manodopera - scorporamento della manodopera dal ribasso - salari minimi garantiti - la verifica dell'anomalia come garanzia dell'offerta.

L'articolo 41, comma 13 del D.Lgs. 36/2023 specifica che per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture il costo del lavoro è determinato annualmente dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla scorta dei valori economici determinati dalla contrattazione collettiva nazionale su base territoriale. Con questi presupposti la stazione appaltante

(articolo 41, comma 14 del D.Lgs. 36/2023) individua nei documenti di gara i costi della manodopera che, insieme a quelli della sicurezza, sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso d'asta. Pertanto, se l'operatore economico dovesse presentare un'offerta il cui ribasso potrebbe incidere sul costo della manodopera, per evitare l'esclusione dalla gara dovrà dimostrare che tale ribasso non deroga i minimi previsti dai contratti collettivi nazionali ma, diversamente, deriva da una più efficiente organizzazione del lavoro ().*

Per l'annullamento

- dell'aggiudicazione dell'appalto disposta con Determina della provincia di Pistoia n. 1023 del 14/09/2023, in favore di D. M. R. C. srl, avente ad oggetto il servizio di refezione scolastica nelle scuole dell'infanzia, primarie e secondarie di primo grado e per le attività estive del Comune di Buggiano (PT) - CIG: 99665121E3;

(*) Il commento di Luisa Monti e Giuseppe Li Vecchi, *Il costo della manodopera negli appalti: rispetto dei*

minimi salariali e libertà di iniziativa economica, segue il testo della sentenza in epigrafe.

nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi compresi:

- il verbale n. 1 della SUA Provincia di Pistoia del 24.8.2023;

- il verbale n. 1 della commissione di gara del 1.9.2023;

- il verbale di gara n. 2 della commissione di gara del 4.9.2023;

- il verbale n. 2 della SUA del 6.9.2023;

- e, per quanto occorrer possa, della Determinazione del responsabile del Settore Servizi alla persona n. 77/R5, che ha disposto l'esecuzione anticipata dei servizi oggetto di aggiudicazione.

Nonché per la dichiarazione d'inefficacia del contratto, ove stipulato nelle more del giudizio, ex art. 122 c.p.a. e per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno, da pronunciarsi nella forma:

- della reintegrazione in forma specifica, con subentro e affidamento del contratto a S. per l'intero periodo di durata previsto dalla *lex specialis*;

- o, in subordine, per equivalente ai sensi dell'art. 124 c.p.a., con conseguente declaratoria dei criteri in base ai quali la Stazione Appaltante dovrà formulare una proposta di pagamento che dovrà comunque comprendere: il danno emergente comprensivo dei costi sostenuti per la partecipazione alla gara, che ci si riserva di quantificare/produrre in seguito; il danno professionale (*id est* curriculare) conseguente all'impossibilità di indicare nel prosieguo dell'attività, fra i requisiti di (pre) qualificazione per la partecipazione a procedure identiche e/o analoghe quanto ad oggetto a quella di cui è gravame; il lucro cessante che la ricorrente avrebbe conseguito con l'aggiudicazione dell'appalto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Pistoia e del Comune di Buggiano e di D. M. R. C. srl;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2024 il dott. Nicola Fenicia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Fatto

Con determinazione n. 57 del 14 luglio 2023 il Comune di Buggiano, ente committente, ha disposto di procedere tramite la SUA della Provincia di Pistoia all'indizione di una gara d'appalto avente ad oggetto "il servizio di refezione scolastica nelle scuole dell'infanzia, primarie e secondarie di primo grado e per le attività estive" del medesimo Comune di Buggiano.

Successivamente, con determinazione n. 763 del 18 luglio 2023 la Provincia di Pistoia ha avviato la procedura di gara, tramite la piattaforma START, con pubblicazione degli atti di gara in data 24 luglio 2023.

L'affidamento dell'appalto è stato previsto mediante procedura aperta, ai sensi del D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (Codice dei contratti), con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo *ex art.* 108 del Codice (80 punti offerta tecnica, 20 punti offerta economica), "per un importo presunto totale pari ad € 1.833.910,40, per tutta la durata contrattuale" (dal 1 settembre 2023 al 31 agosto 2026, con l'opzione di continuare il servizio con il medesimo aggiudicatario fino al 31 agosto 2029).

In particolare, il punto 3 del Disciplinare individuava in euro 1.833.910,40 l'importo a base d'asta, calcolato come segue: euro 916.955,20 (IVA non inclusa) per tre annualità a partire dal 1 settembre 2023 al 31 agosto 2026 - di cui euro 915.995,20 come corrispettivo per i servizi resi, comprensivo di euro 564.868,38 (costi della manodopera) non soggetti a ribasso - ed euro 1.000,00 per oneri di sicurezza; euro

916.955,20 (IVA non inclusa) per l'opzione di rinnovo per ulteriori 36 mesi, di cui 1.000,00 per oneri per la sicurezza da rischi interferenziali non soggetti a ribasso ed euro 564.868,38 di costo della manodopera non soggetto a ribasso.

Il medesimo punto 3 precisava che *“il costo della manodopera deriva dalla moltiplicazione del costo orario delle diverse figure impiegate per il numero di ore presunto di servizio durante il periodo di riferimento dell'appalto secondo le tabelle del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali”* e che *“non sono ammissibili offerte che riportino un importo della manodopera inferiore ai trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge, come previsto dall'art. 110, c. 4, lett. a) D.Lgs. 36/2023, in combinato disposto con quanto previsto dall'art. 11 e dall'art. 41 cc. 13 e 14 del richiamato Codice”*.

Il punto 17 del Disciplinare stabiliva che *“ai sensi dell'art. 41, comma 14, del Codice i costi della manodopera indicati al punto 3 del presente disciplinare non sono ribassabili. Resta la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale o da sgravi contributivi che non comportano penalizzazioni per la manodopera”*.

Hanno partecipato alla gara tre operatori economici: D. M. R. C. srl, S. spa e S. srl.

Esse, all'esito della gara, sono risultate:

- 1° classificata la D. M. R. C. srl, con punteggio totale di 84,29/100; importo totale offerto al netto dell'I-VA euro 1.830.429,77; ribasso percentuale 0,19%;

- 2° classificata S. spa, con punteggio totale di 83,29/100; importo totale offerto al netto dell'I-VA euro 1.812.126,76; ribasso percentuale 1,18912%;

- 3° classificata S. srl, con punteggio totale 66,59/100; importo totale offerto al netto dell'IVA euro 1.723.995,77; ribasso percentuale 6,00%.

La Commissione dava atto che l'offerta del primo classificato risultava anormalmente bassa in relazione a quanto stabilito dall'art. 110 del Codice dei contratti e, quindi, dichiarava che avrebbe provveduto a richiedere i giustificativi onde valutare la congruità dell'offerta stessa. In particolare, riteneva necessario *“provvedere alla verifica della congruità del costo della manodopera dichiarato dal primo classificato stante la dichiarazione, sul punto, di un importo inferiore rispetto a quanto stimato dalla SA negli atti di gara, pur dando atto di applicare ai lavoratori impiegati nell'esecuzione dell'appalto lo stesso CCNL indicato dalla stessa SA”*.

A seguito della verifica di anomalia - acquisiti i chiarimenti richiesti alla D. M., acquisita la nota del RUP del 13 settembre 2023 attestante il rispetto dei minimi salariali retribu-

tivi per il costo della manodopera - la Provincia di Pistoia, con determina n. 1023 del 14 settembre 2023, ha disposto l'aggiudicazione del servizio di refezione scolastica in favore della D. M.

Con il presente ricorso, notificato il 14 ottobre 2023, la S., sulla base di quattro ordini di censure, ha chiesto l'annullamento della detta determinazione n. 1023 del 14 settembre 2023 della Provincia di Pistoia e dei verbali di gara, la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e la condanna al risarcimento del danno.

Con il primo motivo la ricorrente ha dedotto la: *“Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 e 17 del disciplinare di gara e dell'art. 41, comma 14 del D.Lgs. 36/2023 (il Codice) - violazione del divieto di ribasso del costo della manodopera come indicato in gara - eccesso di potere per difetto di motivazione e istruttoria - violazione della par condicio. In via subordinata, incostituzionalità dell'art. 41, comma 14 ult. periodo del Codice per eccesso*

di delega, ove interpretato nel senso che consenta un ribasso sul costo della manodopera, in violazione dell'art. 1, comma 2, lett t) della legge n. 78/2022 recante Delega al Governo in materia di contratti pubblici". L'aggiudicataria D. M., nonostante l'espresso divieto in gara, avrebbe presentato un'offerta in cui il costo della manodopera, pari ad euro 1.056.748,86, sarebbe stato ribassato rispetto a quello indicato dalla stazione appaltante, pari ad euro 1.129.372,76. La disciplina di gara laddove stabilisce, nella determinazione della base d'asta, come previsto all'art. 41, comma 14 del Codice, che il costo della manodopera, definito dalla stessa stazione appaltante, non è soggetto a ribasso, non sarebbe derogabile: una diversa interpretazione, nel senso che la miglior organizzazione aziendale può giustificare il ribasso del costo della manodopera, renderebbe la norma citata costituzionalmente illegittima.

Con il secondo motivo si è denunciata la “*Violazione e falsa applicazione dell'art. 36 del Capitolato Speciale di Appalto (CSA) - inammissibilità dell'offerta violazione delle prescrizioni inderogabili del Capitolato relative al servizio - In subordine, erroneità dell'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica - eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza manifesta*”; la D. M. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, non avendo rispettato le prescrizioni minime imposte dall'art. 36 del Capitolato per lo svolgimento del servizio oggetto dell'appalto. In particolare, nella offerta della D. M. non sarebbe stata adeguatamente inserita la figura di un aiuto cuoco, come indicato dall'art. 36, lett. d) del Capitolato, in particolare, sarebbe stata invece indicata la figura dell'“aiuto cuoco/autista”, con un monte orario di sole 20 ore settimanali, quindi non *full time*, e per di più con mansioni anche di autista e quindi non “addeito esclusivamente” alla preparazione dei pasti, come prescritto dal Capitolato. In

subordine (rispetto all'esclusione), il punteggio attribuito all'offerta tecnica, con riferimento al criterio B.1 (descrizione delle modalità di organizzazione e gestione del servizio), avrebbe dovuto essere pari a zero, non avendo la D. M. fornito il personale minimo essenziale, come richiesto in gara.

Con il terzo motivo la ricorrente ha lamentato la: *“Violazione e falsa applicazione dell'art. 16 del disciplinare di gara e dell'art. 7 del Capitolato speciale di appalto. Violazione e falsa applicazione dell'art. 130, co. 1, lett. a) del Codice. Illogicità manifesta nell'attribuzione del punteggio di cui al sub-criterio a.3. della lex specialis - difetto di motivazione e istruttoria”*; ossia l'illegittimità dell'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica della medesima S., con riferimento al sub-criterio A.3, dove si prevede che: *“in aggiunta ai prodotti Bio, DOP, IGP richiesti come standard minimi nell'Allegato 1 al capitolato, si attribuiscono punti ai concorrenti che forniscano (al posto di prodotti*

convenzionali) ulteriori alimenti qualificati prodotti da “sistemi di produzione integrata”, IGP DOP E STG e tipici e tradizionali”. L'offerta della ricorrente, con riferimento a tale criterio, avrebbe meritato l'assegnazione di tre punti in più (avendo essa proposto otto prodotti derivanti da “sistemi di produzione integrata” o da prodotti IGP, DOP E STG) mentre avrebbe ricevuto solo un punto.

Infine, con il quarto motivo, la ricorrente ha dedotto la: *“Violazione e falsa applicazione dell'art. 110 del codice e dell'art. 23 del disciplinare - erroneità e difetto dei presupposti - eccesso di potere e illogicità e irragionevolezza manifesta - difetto di istruttoria e di motivazione - anomalia dell'offerta”*; l'offerta della D. M., risultata aggiudicataria, sarebbe incongrua tenuto conto: dell'esiguità dell'utile indicato dalla stessa, pari a poco più di tremila euro annui; del costo per investimenti di euro 57.000,00 (erroneamente imputato e suddiviso su sei anni, così da generare un costo annuo di 9.500 euro,

mentre l'appalto avrebbe una durata triennale, con opzione di rinnovo di ulteriori tre anni rimessa all'amministrazione); dell'omessa indicazione dei costi per la formazione e dei costi di disinfezione.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Buggiano, la Provincia di Pistoia e la Soc. D. M. R., argomentando in ordine all'infondatezza delle singole censure e chiedendo il rigetto del ricorso.

In vista dell'udienza pubblica le parti hanno depositato memorie conclusive e di replica.

All'udienza del 23 gennaio 2024, all'esito della discussione, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Diritto

1. Il ricorso non può essere accolto per le ragioni che si passa ad esaminare.

1.1. In ordine al primo motivo di ricorso, l'art. 41, comma 14, del D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, prevede che *“nei contratti di lavoro e servizi, per determinare l'importo*

posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13. I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato a ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale”.

Come condivisibilmente e concordemente osservato dalle parti resistenti e della controinteressata, questa norma deve essere interpretata in maniera coerente con:

- l'articolo 108, comma 9, del D.Lgs. n. 36 del 2023, che prescrive al concorrente di indicare nell'offerta economica, a pena di esclusione, i costi della manodopera, oltre agli oneri di sicurezza aziendali;

- l'art. 110, comma 1, del D.Lgs. n. 36 del 2023, ai sensi del quale *“Le stazioni appaltanti valutano la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta, che in base a elementi speci-*

fici, inclusi i costi dichiarati ai sensi dell'articolo 108, comma 9, appaia anormalmente bassa. Il bando o l'avviso indicano gli elementi specifici ai fini della valutazione”.

Se ne deduce che i costi della manodopera sono assoggettabili a ribasso, come è del resto precisato dall'ultimo periodo del comma 14, dell'art. 41 citato, secondo cui: *“Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale”.*

Se, infatti, il legislatore avesse voluto considerare tali costi fissi e invariabili, non avrebbe avuto senso richiedere ai concorrenti di indicarne la misura nell'offerta economica, né avrebbe avuto senso includere anche i costi della manodopera tra gli elementi che possono concorrere a determinare l'anomalia dell'offerta.

Inoltre, la tesi sostenuta dal ricorrente, dell'inderogabilità assoluta dei costi della manodopera individuati dalla stazione appaltante, determinerebbe un'eccessiva com-

pressione della libertà d'impresa, in quanto l'operatore economico potrebbe dimostrare ad esempio che il ribasso è correlato a soluzioni innovative e più efficienti, oppure, soprattutto in ipotesi di appalto di servizi, come quello di cui si discute, alla sua appartenenza ad un comparto, per il quale viene applicato un CCNL diverso da quello assunto come riferimento dalla stazione appaltante.

A conferma di quanto sin qui esposto, il Consiglio di Stato, sez. V, 9 giugno 2023, n. 5665, con riferimento al previgente Codice dei contratti, ha osservato che *“la clausola della lex specialis che imponga il divieto di ribasso sui costi di manodopera, sarebbe in flagrante contrasto con l'art. 97, comma 6 D.Lgs. n. 50/2016 e, più in generale, con il principio di libera concorrenza nell'affidamento delle commesse pubbliche”*, e richiamando, quale supporto interpretativo l'art. 41 comma 14 del D.Lgs. 36 del 2023, ha osservato che: *“persino nel “nuovo Codice”, che in applicazione di*

un preciso criterio di delega di cui all'art. 1 comma 2 lett. t) della L. 78/2022, ha previsto “in ogni caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso” è stata fatta salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che un ribasso che coinvolga il costo della manodopera sia derivante da una più efficiente organizzazione aziendale così armonizzando il criterio di delega con l'art. 41 della Costituzione”.

Con parere n. 2154 del 19 luglio 2023 il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, rispondendo ad un quesito specifico sui costi della manodopera negli appalti, ha chiarito che l'offerta economica non è costituita solamente dal ribasso operato sull'importo al netto del costo della manodopera, ma deve includere quest'ultimo costo al suo interno; il costo della manodopera non può essere considerato un importo aggiuntivo ma fa parte dell'offerta ed

è soggetto a verifica.

A sua volta l'ANAC, con la delibera n. 528 del 15 novembre 2023, ha chiarito che: *“La lettura sistematica della prima parte dell'articolo 41, comma 14, del D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, secondo il quale i costi della manodopera sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso, e della seconda parte della norma, che riconosce al concorrente la possibilità di dimostrare che il ribasso complessivo offerto deriva da una più efficiente organizzazione aziendale, induce a ritenere che il costo della manodopera, seppur quantificato e indicato separatamente negli atti di gara, rientri nell'importo complessivo a base di gara, su cui applicare il ribasso offerto dal concorrente per definire l'importo”.* Tale interpretazione del dettato normativo secondo l'ANAC *“consente un adeguato bilanciamento tra la tutela rafforzata della manodopera - che costituisce la ratio della previsione dello scorporo dei costi della*

manodopera, evincibile dal criterio contenuto nella lett. t) dell'art. 1, comma 1, della legge delega (L. n. 78/2022) - con la libertà di iniziativa economica e d'impresa, costituzionalmente garantita, la quale, nel suo concreto dispiegarsi, non può che comportare la facoltà dell'operatore economico di dimostrare che la più efficiente organizzazione aziendale impatta sui costi della manodopera, diminuendone l'importo rispetto a quello stimato dalla Stazione appaltante negli atti di gara. Tra l'altro, solo seguendo tale impostazione, si spiega anche l'obbligo del concorrente di indicare i propri costi della manodopera, a pena di esclusione dalla gara (art. 108, comma 9, D.Lgs. 36/2023) previsione che sarebbe evidentemente superflua se i costi della manodopera non fossero ribassabili, e il successivo art. 110, comma 1, che include i costi della manodopera dichiarati dal concorrente tra gli elementi specifici in presenza dei quali la Stazione appaltante avvia il procedimento di verifica dell'anomalia".

Peraltro, l'ANAC, nel bando tipo n. 1/2023 (articolo 17), ha previsto che *"l'operatore economico dovrà indicare in offerta il costo della manodopera. Se l'operatore economico riporta in offerta un costo della manodopera diverso da quello stimato dalla stazione appaltante, l'offerta è sottoposta al procedimento di verifica dell'anomalia ai sensi dell'art. 110, D.Lgs. 36/2023"*; evidenziando nella relativa nota illustrativa (punto 28) che: *"ai sensi dell'articolo 41, comma 14, del codice, i costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Tuttavia, è fatta salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo derivi da una più efficiente organizzazione aziendale. Tali giustificazioni potranno essere richieste dalla stazione appaltante in occasione della verifica di anomalia, fermo restando il divieto di giustificazioni in relazione ai trattamenti salariali minimi inderogabili e agli oneri di sicurezza"*.

Tali interventi plurimi (e diversificati quanto alla provenienza), convincono del fatto che la tesi della ricorrente, secondo la quale il costo della manodopera non sarebbe assoggettabile a ribasso, sia infondata, e allo stesso tempo consentono di dare una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 41 comma 14, palesando l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale che la ricorrente chiede sia sollevata con riferimento alla violazione dell'art. 36 della Costituzione.

La libertà di iniziativa economica deve infatti comprendere la facoltà dell'operatore economico di dimostrare che la più efficiente organizzazione aziendale impatta sui costi della manodopera, diminuendone l'importo rispetto a quello stimato dalla stazione appaltante nella disciplina di gara, salvo il rispetto dei trattamenti salariali minimi inderogabili.

Neppure può ravvisarsi il vizio di eccesso di delega paventato dalla ricorrente, in quanto l'art. 1 comma 2 lett. t) della Legge delega (n. 78 del 2022) dispone che le stazioni appaltanti devono prevedere “*in ogni caso, che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso*”, ma - nell'imporre alle stazioni appaltanti l'obbligatorietà dello scorporo, cioè la necessità di separata quantificazione e indicazione degli stessi - non ne fa discendere anche l'assoluta intoccabilità dei costi della manodopera come fissati dalle stazioni appaltanti, dovendo invece intendersi che la finalità della norma della legge delega sia quella di obbligare le stazioni appaltanti ad evidenziare separatamente il costo della manodopera, per garantirne una tutela rafforzata, ed in ultima analisi di salvaguardare il diritto dei lavoratori alla retribuzione minima, tutelato dall'art. 36 della Costituzione.

Dunque, in base al comma 14 dell'art. 41 del D.Lgs. n. 36 del 2023, la conseguenza per l'operatore economico che applichi il ribasso anche ai costi della manodopera è, non l'esclusione dalla gara, ma l'assoggettamento della sua offerta alla verifica dell'anomalia: in quella sede l'operatore economico avrà l'onere di dimostrare che il ribasso deriva da una più efficiente organizzazione aziendale oltre il rispetto dei minimi salariali.

Nel caso di specie, la Provincia, con nota del 6 settembre 2023, ha richiesto alla D. M. le giustificazioni utili al fine della verifica della "congruità del costo della manodopera". La società, con nota del 12 settembre 2023, ha fornito i chiarimenti richiesti. Con nota del 13 settembre 2023, il Comune ha ritenuto congrue le giustificazioni della D. M.

Tuttavia tali atti e tale valutazione di congruità con riferimento ai costi della manodopera non sono stati oggetto di specifiche contestazioni da parte della ricorrente, la quale si è limitata ad opporre, in linea di

principio, il divieto di ribasso dei costi della manodopera.

Per tali ragioni, il primo motivo di ricorso deve essere respinto.

1.2. Con il secondo motivo la ricorrente censura l'aggiudicazione in quanto la D. M. non avrebbe adeguatamente inserito nella sua offerta la figura di un aiuto cuoco, ciò che avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla procedura o comunque l'attribuzione di un punteggio inferiore.

Anche tale motivo risulta infondato.

L'art. 36 del Capitolato prevede infatti che "*l'organico del personale per la cucina centralizzata sarà costituito*" da "*n. 1 cuoco full-time che coordinerà le produzioni del primo piatto, secondo e contorno*" (lett. c) e da "*n. 1 aiuto cuoco full-time*" (lett. d).

Il Capitolato, quindi, richiedeva la figura di un cuoco e di un aiuto cuoco.

L'offerta tecnica della D. M. prevede un capo cuoco con un monte orario di 35 ore settimanali;

un cuoco con un monte orario di 35 ore settimanali ed un aiuto cuoco/autista con un monte orario di 20 ore settimanali.

La D. M. non ha quindi indicato specificamente la figura dell'aiuto cuoco, ma ha comunque indicato la presenza di due cuochi e di una figura professionale in più rispetto a quanto previsto dal Capitolato, assorbendo dunque la mancata specifica indicazione della figura dell'aiuto cuoco e garantendo un monte orario superiore (90 ore rispetto alle richieste 80 ore) per l'espletamento del servizio.

Conseguentemente, anche l'attribuzione del punteggio relativo alla voce "organizzazione del servizio" alla controinteressata risulta senz'altro congrua e corretta.

1.3. Quanto al terzo motivo, dall'allegato alla documentazione di gara denominato "Modalità di valutazione offerte" a cui rinvia l'art. 16 del disciplinare di gara, si evincono le ragioni dell'attribuzione del punteggio alla ricorrente con riferimento al sub-criterio A.3 secondo

cui: *"in aggiunta ai prodotti Bio, DOP, IGP richiesti come standard minimi nell'Allegato 1 al capitolato, si attribuiscono punti ai concorrenti che forniscano (al posto di prodotti convenzionali) ulteriori alimenti qualificati prodotti da "sistemi di produzione integrata", IGP DOP e STG e tipici e tradizionali"*.

In particolare, per ottenere il punteggio premiale di n. 0,5 punti per ciascun prodotto, il concorrente doveva offrire prodotti che non fossero già richiesti come standard minimi nell'Allegato 1 al Capitolato (*"in aggiunta ai prodotti richiesti come standard minimi nell'Allegato 1"*).

Inoltre, il precedente criterio di valutazione A.2 premiava l'offerta di prodotti biologici richiesti dal Capitolato che fossero anche provenienti da filiera corta (*"il punteggio verrà attribuito al concorrente che offrirà, per lo svolgimento del servizio, il maggior numero di tipi di prodotti bio a filiera corta, tra quelli richiesti nelle tabelle merceologiche e inseriti nel menù allegato alla documentazione di gara"*), con la precisazione

che “*La quantità deve coprire l'intero fabbisogno delle tipologie di derrate indicate [...]*”. Pertanto, l'offerta di un prodotto biologico a km 0 nell'ambito del criterio A.2 esauriva l'intero fabbisogno di quel prodotto previsto dal Capitolato, con la conseguente impossibilità di offrirne “in aggiunta”. In sostanza, quindi, uno stesso prodotto non poteva essere offerto con riferimento ad entrambi i criteri di valutazione (A.2 e A.3), né dunque i relativi punteggi potevano essere cumulati.

Nel caso di specie, i sei tipi di verdure la cui valutazione è oggetto di contestazione da parte di S. sono i seguenti:

- 1) cipolla di Tropea IGP;
- 2) basilico lotta integrata;
- 3) pomodoro pelato San Marzano DOP;
- 4) patate Bologna DOP;
- 5) pomodori lotta integrata;
- 6) insalata lattuga lotta integrata.

Come meglio chiarito nelle memorie difensive del Comune e della controinteressata, la cipolla di Tropea, il basilico, le patate Bologna

DOP ed i pomodori lotta integrata, non sono stati oggetto di valutazione da parte della Commissione perché in relazione ai prodotti ortofrutticoli l'Allegato 1 del Capitolato già prescriveva come standard minimi che fossero il 50 % Bio ed il 50 % DOP, IGP e STG (così dovendosi ragionevolmente interpretare la invero non perspicua prescrizione - relativa ai prodotti ortofrutticoli in generale - secondo cui: “*È richiesta fornitura di prodotti da agricoltura biologica per almeno il 50% in peso e per il restante 50% della fornitura di frutta di prodotti a marchio IGP, DOP e certificati nell'ambito del Sistema di qualità nazionale di produzione integrata o equivalenti*”). Il pomodoro pelato e l'insalata lattuga non sono stati oggetto di valutazione in quanto anch'essi prodotti ortofrutticoli soggetti ai predetti standard minimi e perché comunque in relazione a questi prodotti la Commissione aveva già attribuito un punteggio con riferimento al criterio A.2.

Ne consegue che, in relazione al criterio A.3, la Commissione ha correttamente attribuito a S. un punto per lo zafferano e per l'aceto balsamico (0,5 punti a prodotto).

1.4. Con il quarto motivo di ricorso, la Soc. S. ha denunciato l'erroneità e l'illogicità dell'esito della verifica di anomalia compiuta dalla stazione appaltante, sia in relazione all'utile dichiarato dall'aggiudicataria, pari a soli € 3.000,00, sia in relazione a talune specifiche voci di costo, quali i costi per gli investimenti, i costi per la formazione e i costi di disinfezione che l'aggiudicataria avrebbe omissis di indicare.

1.4.1. Tale motivo, per come formulato, deve essere dichiarato inammissibile, essendosi la ricorrente limitata a rilevare la presunta erroneità dell'indicazione di taluni costi, ma non anche la complessiva non sostenibilità dell'offerta economica presentata dall'aggiudicataria (la quale peraltro ha proposto un ribasso percentuale dell'importo posto a base di gara inferiore rispetto a quello proposto dalla stessa ricorrente).

Si tratterebbe comunque di un motivo che impinge in valutazioni di merito sottratte al sindacato giurisdizionale, alla luce del generale principio sul carattere globale e sintetico del giudizio sulla congruità dell'offerta, dovendo essere considerati tutti gli elementi che assumono rilievo ai fini dell'offerta, per cui un sospetto di anomalia per una specifica componente non incide necessariamente ed automaticamente sull'intera offerta che deve essere comunque apprezzata nel suo insieme, con un giudizio complessivo di competenza della stazione appaltante (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, V, 2 aprile 2021, n. 2747).

È inoltre pacifico che la valutazione di anomalia dell'offerta va fatta considerando tutte le circostanze del caso concreto, poiché un utile all'apparenza modesto può comportare un vantaggio significativo sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa (il mancato utilizzo dei propri fattori produttivi è comunque un costo), sia per la qualificazione, la pubblicità, il *curriculum* derivanti per l'impresa dall'essere aggiudica-

taria e dall'aver portato a termine un appalto pubblico, cosicché nelle gare pubbliche non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulta pari a zero (cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 10 novembre 2021, n. 7498).

Peraltro la giurisprudenza consolidata richiede una motivazione specifica ed analitica nel caso che l'offerta venga giudicata non congrua, mentre ammette che la motivazione favorevole possa essere esternata con riferimento alle giustificazioni presentate dal concorrente.

1.4.2. In ogni caso, nel caso in esame, la risultanza dell'anomalia non riguardava l'intera offerta, ma costituiva una diretta conseguenza del ribasso del costo della manodopera, avendo l'aggiudicataria formulato un esiguo ribasso dello 0,19%, ed avendo la stazione unica appaltante, con nota del 6 settembre 2023, rilevato che *“l'offerta del primo classificato è risultata anormal-*

mente bassa in relazione a quanto stabilito dall'art. 110 del Codice essendo necessario verificare la congruità del costo della manodopera dichiarato dal primo classificato stante la dichiarazione, sul punto, di un importo inferiore rispetto a quanto stimato dalla SA negli atti di gara, pur dando atto di applicare ai lavoratori impiegati nell'esecuzione dell'appalto lo stesso CCNL indicato dalla Stazione appaltante”.

Anche nella richiesta di giustificativi del 6 settembre 2023 della stazione unica appaltante si comunica alla D. M. la necessità di *“provvedere alla verifica della congruità del costo della manodopera da Voi dichiarato stante la dichiarazione, sul punto, di un importo inferiore rispetto a quanto stimato dalla SA negli atti di gara, pur dando atto di applicare ai lavoratori impiegati nell'esecuzione dell'appalto lo stesso CCNL indicato dalla stessa SA”*.

Pertanto, il sub-procedimento che si è così doverosamente aperto era diretto a verificare tale specifico aspetto dell'offerta, che è stato chia-

rito dall'aggiudicataria mediante la dimostrazione del rispetto dei trattamenti salariali minimi inderogabili e della predisposizione di una più efficiente organizzazione aziendale, avendo essa al riguardo evidenziato che: *“per le ferie si è considerato che i periodi di sospensione del servizio consentono la loro parziale fruizione in periodi di inattività e quindi senza necessità di sostituzione e di relativi incrementi di costo”*.

Coerentemente, il RUP, con nota del 13 settembre 2013, esaminate le giustificazioni della D. M., ha valorizzato *“il rispetto dei minimi salariali retributivi per il costo della manodopera ai sensi di quanto disposto dall'art. 41 comma 13 e 14”*, e la stazione unica appaltante ha ritenute congrue le dette giustificazioni.

Come già detto, in merito a tali specifici passaggi la ricorrente non ha sollevato alcuna contestazione, e ciò costituisce una ulteriore ragione d'inammissibilità del motivo in esame.

2. Per le sopra esposte ragioni il ricorso, comprensivo di tutte le domande annullatorie e risarcitorie, deve essere integralmente respinto.

3. Le spese di lite possono essere compensate tenuto conto della novità e della complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Giani, Presidente

Giovanni Ricchiuto, Consigliere

Nicola Fenicia, Consigliere,

Estensore.

L'Estensore
Nicola Fenicia

Il Presidente
Riccardo Giani

IL COSTO DELLA MANODOPERA NEGLI APPALTI: RISPETTO DEI MINIMI SALARIALI E LIBERTÀ DI INIZIATIVA ECONOMICA

Luisa Monti e Giuseppe Li Vecchi

SOMMARIO: 1. La disciplina previgente: un primo confronto. - 2. Il caso: i costi della manodopera e il limite alla libertà imprenditoriale dell'operatore economico. - 3. Conclusioni.

1. La disciplina previgente: un primo confronto.

Prima di soffermarci sul caso di specie e sulla normativa attuale relativa al costo della manodopera e alla possibilità di un ribasso, è opportuno compiere un breve *excursus* concernente la disciplina previgente.

La regolamentazione europea, già fin dalle Direttive 17 e 18 del 2004, è proclive a favorire il più possibile la libertà di iniziativa economica e la libera concorrenza. Essa, infatti, prevedeva che l'esclusione dell'offerta anormalmente bassa avvenisse previo contraddittorio con l'offerente, e, viceversa, considerava come eccezionali i meccanismi automatici di esclusione (1). All'interno di questo indirizzo europeo si poneva il D.Lgs. 163 del 2006, che negli articoli 86, 87, 88 disponeva, fra i vari aspetti, che in caso di riscontro dell'anomalia relativamente al valore dell'offerta economica, la stazione appaltante era tenuta a chiedere all'operatore economico i giustificativi. Si noti poi che, per quanto riguarda più specificatamente la nostra questione, il terzo com-

(1) Si vedano gli artt. 57 Direttiva UE 17/2004; 55 Direttiva UE 18/2004; 69 Direttiva UE 24/2014; 84 Direttiva UE 25/2014.

ma dell'articolo 87 indicava che “*non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge*” (2).

La trama argomentativa comune a questa disciplina di matrice sovranazionale è *ictu oculi* sempre la medesima: si riconosce la libera concorrenza e la libertà di iniziativa economica, garantita dal previo contraddittorio (scritto) a seguito del riscontro di un'anomalia sul prezzo complessivo; dall'altro, si tutelano i lavoratori con particolare riguardo ai livelli retributivi minimi attraverso il divieto di ribasso del costo della manodopera rispetto ai minimi salariali previsti dalla legge e dalla contrattazione collettiva (e poi recepiti in alcune tabelle ministeriali).

Per quanto concerne più specificatamente la nostra questione, anche la disciplina del D.Lgs. 50 del 2016 si focalizzava sul costo del lavoro e sulla possibilità di un suo ribasso in sede di offerta. Il divieto non era assoluto, bensì presentava carattere relativo a seconda della voce sulla quale la diminuzione andava a incidere.

Al riguardo, è doveroso partire dall'articolo 36 della Costituzione, e in particolare dal primo comma, dove si garantisce al lavoratore un livello retributivo minimo e in ogni caso sufficiente “*ad assicurare a sé e alla famiglia una esistenza libera e dignitosa...*”.

Il divieto di ribasso del costo della manodopera si doveva interpretare in coerenza con questo principio costituzionale allorquando incideva - chiaramente *in peius* - sui livelli retributivi minimi previsti dalla legge

(2) Sull'argomento si vedano C. LAMBERTI, *Offerte anomale fra vecchia e nuova disciplina*, in *Urbanistica e appalti*, 7, 2007, pp. 901-903 e R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il D.Lgs. 56/2017*, Bologna, 2017, pp. 1393-1399.

e dalla contrattazione collettiva. Si trattava, in tal caso, di un divieto assoluto, poiché connesso a interessi indisponibili e generali (3).

All'interno di questo scenario, occorre interpretare gli articoli 30, commi 3-4, e 97, commi 5 (lett. a, d) e 6, del D.Lgs. n. 50 del 2016. La prima disposizione, nel terzo comma, obbligava gli operatori economici, partecipanti a un procedimento per l'aggiudicazione di un appalto o di una concessione pubblica, al rispetto degli obblighi, fra l'altro, in materia di lavoro previsti dalla normativa europea, nazionale e dalla contrattazione collettiva. Fra questi obblighi rientrava, sicuramente, quello di non ribassare i livelli minimi retributivi. Invero, il quarto comma, sempre del medesimo articolo, prescriveva di applicare ai suddetti lavoratori *“il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente”*. Coerentemente, anche l'articolo 97, comma 5 (lett. a, d) e 6, precludeva all'operatore economico di addurre come causa di giustificazione del ribasso la previsione di un trattamento salariale inferiore a quello minimo.

Inoltre, sempre tenendo in considerazione l'interesse primario e indisponibile sotteso a tale disciplina, era auspicabile una lettura estensiva delle disposizioni di cui agli articoli 30, comma 3, e soprattutto 97, comma 6, in relazione all'interpretazione dei *“trattamenti salariali*

(3) Così Tar Calabria - Reggio Calabria, sez. I, 2016, n. 1315; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, cit., p. 1438-1439; F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, P. MANTINI, *I contratti pubblici. Trattato sistematico sulla contrattualistica pubblica*, Varese, 2021, pp. 1233-1234.

minimi inderogabili”. Quest’ultimi comprendevano non solo i valori stipendiali e salariali minimi ma anche quelli previdenziali. In conseguenza di ciò, nel caso di offerta anormalmente bassa a causa di un abbassamento oltre il limite consentito dei livelli previdenziali, si sarebbe giunti, sempre previo contraddittorio, all’esclusione dell’offerta anormalmente bassa (4).

Infine, per quanto riguarda l’applicazione del contratto collettivo, in conformità a quanto prescritto dagli articoli 23, comma 16, e 30, comma 4, la stazione appaltante non poteva imporre l’adozione di un certo contratto collettivo quale requisito di partecipazione a una gara pubblica. La scelta del contratto collettivo da applicare rientrava perciò nella discrezionalità dell’operatore economico, sempre che fosse stato connesso con l’attività oggetto dell’appalto (5).

Il D.Lgs. n. 50 del 2016 nell’articolo 95, comma 10, imponeva all’operatore economico di indicare specificatamente, congiuntamente con altri dati, anche il costo della manodopera. In caso di ribasso di questo valore rispetto a quello stimato dalla stazione appaltante, quest’ultima doveva procedere alla verifica dell’anomalia, secondo quanto indicato dall’articolo 97, comma 5 lettera d. Pertanto, seguendo una lettura sistematica e teleologica - quindi orientata a valorizzare il fine primario di tutela delle condizioni di lavoro - della normativa in esame, si poteva coerentemente dedurre che il costo della manodopera non fosse assolutamente ribassabile per quanto riguarda i valori minimi retributivi e previdenziali; viceversa, fermo il rispetto di tali valori

(4) In tal senso, Cons. St., sez. VI, 2000, n. 2908, in *Urbanistica e appalti*, 2000, 2, p. 1325, con nota di G. PESCE; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, cit., p. 1438.

(5) *Ex multis*, Cons. St., sez. III, 2016, n. 589; Cons. St., sez. V, 2016, n. 1901; Cons. St., sez. V, 2017, n. 932; Cons. St., sez. III, 2017, n. 975. Sull’argomento, si veda anche R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, cit., p. 1438.

minimi, il costo della manodopera fissato dalla stazione appaltante poteva essere riformato *in peius* solo a condizione che l'operatore economico, in sede di verifica, avesse addotto ulteriori giustificazioni collegate anche a una più efficiente organizzazione aziendale. Questa lettura del sistema previgente, e che costituisce - in fondo - il filo rosso anche del ragionamento della sentenza commentata, consente infatti di operare un equo bilanciamento fra i valori costituzionali espressi nelle disposizioni 36 e 41 Cost.

Per quanto concerne il valore della retribuzione minima, occorre soffermarsi sull'articolo 23, comma 16, del D.Lgs. n. 50 del 2016. Secondo quest'ultimo, il costo del lavoro per i contratti relativi a lavori, servizi, forniture era determinato sulla scorta di determinate tabelle redatte dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali "*sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale ... dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali*". Inoltre, nel caso di mancanza del contratto collettivo da applicare specificatamente a un determinato settore merceologico, lo stesso comma precisava che si facesse riferimento al settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione. Infine, l'ultima parte di questo comma ribadiva che la stazione appaltante, nel determinare l'importo a base d'asta e in particolare il costo della manodopera, dovesse assumere come riferimenti i valori indicati nelle tabelle del Ministero del lavoro. Molto similmente, anche l'articolo 41, comma 13, del nuovo Codice dei contratti dispone che il costo del lavoro è determinato annualmente in specifiche tabelle redatte dal Ministero del lavoro sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione

collettiva nazionale in relazione ai differenti settori merceologici e alle differenti aree territoriali. Pertanto, considerata la funzione meramente recettiva di tali tabelle, i CCNL assumono un ruolo centrale per l'individuazione di tali costi.

Il nuovo Codice degli appalti di cui al D.Lgs. n. 36 del 2023 riprende l'impostazione del vecchio codice, stabilendo all'art. 108, comma 9, l'onere per l'operatore di indicare separatamente a pena di esclusione i costi della manodopera e gli oneri della sicurezza; mentre all'art. 41, comma 14, si prevede l'obbligo della stazione appaltante di individuare nei documenti di gara i costi della manodopera e della sicurezza scorporandoli dall'importo assoggettato a ribasso. L'ultimo periodo dell'art. 41, comma 14, prevede espressamente che *“resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale”*.

Il comma 13 dell'art. 41 disciplina la determinazione del costo del lavoro in termini analoghi rispetto all'art. 23, comma 16, del D.Lgs. n. 50 del 2016 e dunque sulla base delle tabelle ministeriali. In quest'ultime, accanto ai minimi salariali e previdenziali inderogabili, si trovano altre componenti che, secondo un indirizzo ampiamente consolidato, erano (e sono anche tutt'ora) considerate non come valori minimi ma come costi medi, calcolati su base statistica. Uno scostamento al ribasso da tali valori medi è giustificabile, ed è oggetto di richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante. Pertanto, l'operatore economico, attraverso un *iter* argomentativo rigoroso e

puntuale, può dimostrare che il ribasso da tali parametri dipende da alcune specifiche condizioni (6).

Il costo del lavoro è dunque una voce complessa, formata da componenti di varia natura. Alcuni elementi - ossia quelli attinenti ai livelli minimi retributivi e previdenziali - sono assolutamente inderogabili *in peius*; altre voci - in quanto calcolate su base statistica e rappresentanti valori medi - possono essere oggetto di ribasso rispetto all'importo desunto dalle tabelle ministeriali o calcolato dalla stazione appaltante (7).

2. Il caso: i costi della manodopera e il limite alla libertà imprenditoriale dell'operatore economico.

Il tema degli appalti è sicuramente uno dei più complessi del diritto amministrativo, ricco com'è di profili critici che rappresentano ottimi spunti di riflessione. Uno tra tanti: i costi della manodopera e il relativo divieto di ribasso.

Nel caso di specie, il Comune di Buggiano ha disposto di procedere ad una gara di appalto per il servizio di refezione scolastica nelle scuole

(6) Questi valori medi sono indicati nelle tabelle ministeriali. Tale indicazione assume valore solo dichiarativo e ricognitivo. In tal senso, *ex multis* Cons. St., sez. VI, 2000, n. 2908; Tar Lazio – Roma, sez. III, 2006, n. 1598; Tar Lazio – Roma, sez. I bis, 2006, 15610; Tar Sardegna, sez. I, 2009, n. 1439; Cons. St., sez. V, 2017, 1495; Cons. St., sez. III, 2018, n. 2580; Cons. St., sez. III, 2018, n. 5444; Tar Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 2018, n. 246. Si vedano anche R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, cit., pp. 1439-1444; F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, P. MANTINI, *I contratti pubblici*, cit., p. 1234.

(7) Il costo complessivo della manodopera può essere liberamente ribassato per esempio in relazione ad alcune voci sulle quali possono incidere sgravi fiscali, assicurativi, sindacali o di altro genere.

dell'infanzia, primarie e secondarie di primo grado e per le attività estive. L'aggiudicazione dell'appalto, previsto mediante procedura aperta, è stata disposta a favore della società che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa. La Commissione, preso atto che l'offerta della prima classificata risultava anormalmente bassa ex art. 110 del D.Lgs. n. 36 del 2023, ha attivato il procedimento di verifica dell'anomalia provvedendo a chiedere i giustificativi per valutare la congruità dell'offerta, verificando in particolare il costo della manodopera che risultava minore rispetto a quello stimato dalla stazione appaltante negli atti di gara. L'aggiudicataria ha chiarito di applicare ai lavoratori impiegati nell'esecuzione dell'appalto lo stesso CCNL indicato dalla stazione appaltante.

La ricorrente propone ricorso lamentando, tra le altre cose, che la società aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura a causa della violazione del divieto di ribasso del costo della manodopera come indicato nel Disciplinare di gara, avendo presentato un'offerta con costi della manodopera ribassati rispetto a quanto indicato dalla stazione appaltante. Nello specifico il Disciplinare, richiamando l'art. 41, comma 14, del Codice degli appalti, aveva previsto che i costi della manodopera non erano ribassabili *“ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale o da sgravi contributivi che non comportano penalizzazioni della manodopera”*.

Inoltre, da quanto risulta dalla sentenza, il valore, per il triennio, dei costi della manodopera ammonta a euro 564.868,38 “*non soggetto al ribasso*”. Tale valore deriva “*dalla moltiplicazione del costo orario delle diverse figure impiegate per il numero di ore presunto di servizio durante il periodo di riferimento dell’appalto secondo le tabelle del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali*”. L’ammontare è stato calcolato quindi mediante una semplice moltiplicazione del costo orario del lavoro delle diverse figure professionali con il numero di ore presunto di impiego. Dalla pronuncia commentata emerge, ancora, che la stazione appaltante aveva richiesto l’assunzione di un capo cuoco e un cuoco con 35 ore settimanali ciascuno, un aiuto cuoco/autista con 20 ore settimanali. Pertanto, considerato l’oggetto dell’appalto e il tipo di personale richiesto, il contratto collettivo da applicare era quello relativo ai “*settori pubblici esercizi, ristorazione collettiva e commerciale turismo*”.

Il Tar Toscana, Sezione IV, ha rigettato la censura proposta dalla ricorrente in considerazione della circostanza decisiva che l’aggiudicataria aveva dimostrato il rispetto dei trattamenti salariali minimi inderogabili e aveva motivato la riduzione del costo della manodopera sulla base della predisposizione di una più efficiente organizzazione aziendale. Essa, infatti, aveva evidenziato che: “*per le ferie si è considerato che i periodi di sospensione del servizio consentono la loro parziale fruizione in periodi di inattività e quindi senza necessità di sostituzione e di relativi incrementi di costo*”. In sede di giustificazione del ribasso

del costo della manodopera, la società vincitrice ha dimostrato quindi il rispetto dei minimi salariali previsti dalla contrattazione collettiva e recepiti dalle tabelle ministeriali. Precisamente, prendendo come riferimento il contratto collettivo relativo al settore merceologico della “ristorazione collettiva”, la tabella applicabile, l’ultima ad essere stata pubblicata sul sito istituzionale del Ministero del lavoro per questo settore della contrattazione collettiva, dovrebbe essere quella risalente al novembre 2021 per l’ambito territoriale di Firenze (la Provincia di Pistoia non ha attivato la contrattazione di secondo livello). Come attestato dal RUP, la società aggiudicataria ha dimostrato che il costo orario applicato ai suoi dipendenti è esattamente lo stesso di quello previsto dalla tabella del Ministero del lavoro. Pertanto, tramite la sommatoria dei prodotti fra il costo orario minimo delle varie figure con il monte ore complessivo del personale, la società aggiudicataria ha calcolato un costo pari a € 1.056.748,86, minore di € 72.623,9 rispetto all’importo di 1.129.372,76, stimato dalla stazione appaltante. Come già ricordato, l’aggiudicataria ha addotto che il ribasso del costo complessivo della manodopera deriva da una migliore razionalizzazione del fattore tempo e del capitale umano, mentre i livelli salariali e previdenziali minimi restano invariati. Quindi, si tratta di una soluzione manageriale non in contrasto con il divieto di ribasso dei livelli retributivi minimi e perfettamente compatibile con la libertà d’impresa dell’operatore economico. Una seria verifica dell’anomalia rappresenta pertanto una garanzia all’aggiudicazione dell’appalto e un ulteriore presidio al necessario rispetto dei livelli retributivi minimi.

3. Conclusioni.

Il legislatore è sempre stato molto attento alle offerte eccessivamente basse nell'aggiudicazione dei contratti di appalto: perché se è vero che l'amministrazione ha interesse a giungere all'aggiudicazione al prezzo più basso possibile, è altrettanto veritiero che offerte troppo basse, quando risultano aggiudicatarie, espongono con una certa probabilità l'amministrazione al rischio di un'esecuzione irregolare dei lavori. In particolare, non può essere giustificata la riduzione dei trattamenti salariali rispetto ai minimi inderogabili fissati dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge, sicché è inammissibile un'offerta che sia eccessivamente bassa perché non rispetta i minimi salariali. Secondo l'art. 41, comma 14, del Codice dei contratti pubblici, il costo della manodopera, calcolato dalla stessa stazione appaltante, è scorporato dall'importo assoggettato al ribasso, e questo non sarebbe di regola derogabile salva la dimostrazione di cui sopra si è detto. La disposizione in esame deve essere letta in combinato disposto con gli artt. 108, comma 9, e 110, comma 1, del D.Lgs. n. 36 del 2023. Ai sensi della prima disposizione ogni operatore economico ha l'obbligo di indicare nell'offerta i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali relativi all'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza. *Ex art. 110, comma 1, invece, "le stazioni appaltanti valutano la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta, che in base ad elementi specifici, inclusi i costi dichiarati ai sensi dell'art. 108, comma 9, appaia anormalmente bassa. Il bando o l'avviso indicano gli elementi specifici ai fini della valutazione"*.

Da questa lettura integrata delle disposizioni se ne deduce che i costi della manodopera stabiliti dalla stazione appaltante possono essere assoggettati a ribasso. Altrimenti, se il legislatore avesse voluto considerare questi costi assolutamente fissi e invariabili, non si capirebbe il motivo per il quale egli poi chiedesse ai concorrenti di indicarne la misura nell'offerta economica.

D'altro canto, la legge delega n. 78 del 2022 (art. 1 comma 2 lett. t) laddove dispone che *“in ogni caso, i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso”* non introduce un divieto assoluto di ribasso dei costi così scorporati: il fatto che le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di quantificare ed indicare i costi della manodopera non comporta, come una sorta di automatismo, che questi siano intoccabili. La *ratio* della legge delega è solo quella di obbligare le stazioni appaltanti a evidenziare in modo separato il costo della manodopera per garantire una sua tutela rafforzata e salvaguardare il diritto dei lavoratori ad una retribuzione minima *ex art. 36* della Costituzione.

Anche il Consiglio di Stato, sez. V, 9 giugno 2023, n. 5665, ha evidenziato che la clausola che impone il divieto di ribasso sui costi di manodopera è in flagrante contrasto con l'art. 97, comma 6, D.Lgs. n. 50 del 2016 e, più in generale, con il principio di libera concorrenza nell'affidamento delle commesse pubbliche. Il Consiglio di Stato, pur pronunciandosi su una fattispecie soggetta al vecchio codice, ha osservato che in base al nuovo Codice i costi della manodopera e della sicurezza sono sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso fatta salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che

un ribasso che coinvolga il costo della manodopera sia derivante da una più efficiente organizzazione aziendale senza che ciò intacchi il rispetto dei salari minimi, venendo così ad armonizzare il criterio della legge delega di cui sopra con l'art. 41 della Costituzione. Posizione questa confermata anche dal Ministero delle Infrastrutture (8) e dall'ANAC (9) che ritengono in questo modo attuato un adeguato bilanciamento tra la tutela rafforzata della manodopera - che costituisce la *ratio* della previsione dello scorporo dei costi della manodopera - con la libertà di iniziativa economica e d'impresa. La finalità dell'art. 41, comma 14, è sempre dunque quella di ridurre il fenomeno del c.d. *dumping* sociale ed evitare che la competizione fra le imprese danneggi i lavoratori mediante la prospettazione di salari eccessivamente bassi. La sentenza in commento si pone dunque in linea di continuità rispetto ai suddetti principi di derivazione costituzionale, mentre l'unica criticità nella fattispecie decisa dal Tar si può forse scorgere nell'adozione dei valori retributivi orari minimi provenienti da tabelle ministeriali aggiornate al mese di novembre del 2021, quindi piuttosto risalenti nel tempo, specie in un periodo di forte inflazione come quello attuale. Ad ogni modo, si tratta di una mancanza addebitabile a vari soggetti, ma non certo alla stazione appaltante o alla società aggiudicataria.

(8) Parere n. 2154 del 19 luglio 2023.

(9) Delibera n. 528 del 15 novembre 2023.