



DELIBERA N. 189

9 maggio 2023

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da E.P. S.p.A. – Servizio sostitutivo di mensa mediante fornitura di buoni pasto elettronici per il personale dipendente della STP di Terra d'Otranto S.p.A. - Importo a base di gara: 387.000,00 euro - S.A.: STP di Terra d'Otranto S.p.A.

UPREC/PRE/456/2023/PREC-S

Riferimenti normativi

Articoli 95, comma 10, e 97, comma 6, d.lgs. 50/2016

Parole chiave

Costo della manodopera – Obbligo di verifica

Massima

Appalto pubblico – In genere – Scelta del contraente – Gara – Offerta economica – Verifica anomalia – Ipotesi facoltative – Costo della manodopera – Verifica rispetto minimi tabellari – Obbligo – Sussiste

L'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 pone a carico della stazione appaltante l'obbligo di verificare, con riferimento al costo della manodopera, il rispetto dei minimi salariali retributivi, prima di procedere all'aggiudicazione della gara, indipendentemente dalla necessità o meno di attivare un procedimento di valutazione della congruità dell'offerta.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 9 maggio 2023

Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 9813 del 3 febbraio 2023, con la quale l'operatore economico E.P. S.p.A., secondo graduato nella gara in epigrafe, ha contestato la mancata valutazione della congruità dell'offerta economica dell'aggiudicatario Day Ristoservice S.p.A.. Ad avviso dell'istante, l'offerta del primo classificato recante un ribasso del 9,40% sulla base d'asta, tenuto conto dei costi a carico dell'affidatario ivi compreso quello del personale, sarebbe evidentemente in perdita. Nonostante la verifica della congruità non fosse obbligatoria essendo pervenute solo due offerte, l'istante ritiene che la stazione appaltante avrebbe dovuto comunque provvedervi ai sensi dell'art. 97, comma 6, d.lgs. n. 50/2016 («*La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa*»);



Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 10 febbraio 2023 con nota prot. n. 11688;

Visto quanto replicato dalla stazione appaltante con nota acquisita al prot. n. 12680 del 14 febbraio 2023, circa la facoltatività nel caso di specie della verifica dell'anomalia e l'assenza di elementi specifici che potessero caratterizzare l'offerta del primo classificato come anormalmente bassa. Quanto al costo del personale, viene evidenziato che Day Ristoservice S.p.A. avrebbe confermato la somma di euro 1.500,00 stimata negli atti di gara;

Visto quanto controdedotto da Day Ristoservice S.p.A. con nota acquisita al prot. n. 12645 del 14 febbraio 2023 in ordine alle censure riguardanti i costi, che sarebbero stati ricostruiti dall'istante in modo errato ed arbitrario (costo delle garanzie e pubblicazione del bando), e senza tenere conto che l'operatore economico controinteressato, in quanto appaltatore uscente, può contare su organizzazione e strutture già esistenti (call center, convenzionamento dei locali, POS, card degli utenti). Inoltre, l'istante avrebbe trascurato una voce di ricavo, decisiva in questo tipo di affidamenti, rappresentata dalle transazioni non presentate a rimborso, che, nello specifico territorio, ammonterebbero all'1,09%. Riguardo al personale, Day Ristoservice S.p.A. ha rappresentato di avere calcolato un costo della manodopera (1.500,00 euro) inferiore a quello stimato dalla stazione appaltante - che, vista la stima annua di 1,500,00 euro e la durata contrattuale di 18 mesi, doveva considerarsi pari a euro 2.250,00 - poiché, in qualità di fornitore uscente, non avrebbe dovuto sostenere tutti i costi di prima attivazione del servizio, e avrebbe potuto usufruire di un nuovo portale clienti che riduce le prestazioni a carico del personale della società. In ogni caso, il costo del personale indicato nell'offerta sarebbe perfettamente coerente con le risorse che si prevede di impiegare nello svolgimento dell'affidamento;

Considerato che sull'attivazione del procedimento di verifica facoltativa dell'anomalia dell'offerta, ai sensi dell'art. 97, comma 6, ultimo periodo, d.lgs. n. 50/2016, si è formato un consolidamento insegnamento giurisprudenziale, condiviso dall'Autorità (Pareri di precontenzioso n. 442 del 9 maggio 2018 e n. 833 del 21 ottobre 2020), che riconosce all'Amministrazione una ampia discrezionalità in ordine alla scelta se procedere a verifica "facoltativa" della congruità dell'offerta, il cui esercizio (o mancato esercizio) non necessita di una particolare motivazione e può essere sindacato solo in caso di macroscopica irragionevolezza o illogicità (Cfr., *ex multis*, TAR Lazio, Roma, I-bis, n. 11/2021; TAR Lazio Roma, III, n. 9610/2020; TAR Campania Napoli, VII, n. 1510/2020; Consiglio Stato, V, n. 3833/2019; Consiglio di Stato, sez. V, n. 2460/2017);

Ritenuto che, nel caso di specie, non sembrano emergere profili di manifesta irrazionalità o illogicità nella scelta della stazione appaltante di non procedere alla valutazione facoltativa della congruità dell'offerta della prima classificata, anche tenuto conto della presumibile cognizione, da parte della stazione appaltante, dell'insussistenza a carico del fornitore uscente dei costi di attivazione del servizio sui quali si sono appuntate le principali censure dell'istante;

Considerato che, tuttavia, a diverse conclusioni deve giungersi per ciò che concerne la mancata verifica del costo della manodopera. Al riguardo occorre considerare che l'art. 95, comma 10, d.lgs n. 50/2016 prevede che «*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)*», ovvero verificano se il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'art. 23, comma 16. Tale disposizione pone un obbligo generalizzato in capo alla stazione appaltante prescrivendo che essa deve verificare i costi della manodopera indipendentemente dalla necessità o meno di attivare un procedimento di valutazione della congruità dell'offerta, prima di procedere all'aggiudicazione della gara (Parere di precontenzioso n. 504 del 5 giugno 2019). La finalità della verifica del costo della manodopera è infatti volta alla tutela del diritto - di rango costituzionale - dei lavoratori alla giusta ed equa retribuzione ai sensi dell'art. 36 Cost., e dunque alla comprova del rispetto dei minimi salariali e contributivi inderogabili, come fissati dalla contrattazione collettiva, non tanto e non solo in una logica posta a presidio della regolarità della procedura (e della futura esecuzione dell'appalto), quanto piuttosto a tutela delle maestranze. Per tale motivo, secondo



consolidata giurisprudenza la stazione appaltante deve provvedervi anche quando non sussistono i presupposti per attivare il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta (Cfr. TAR Puglia, Bari, n. 707/2021; TAR Lombardia Milano, IV, n. 2634/2020; TAR Campania, Salerno, n. 1994/2020, secondo cui «L'art.95, co.10 del Codice ha stabilito l'obbligo per le stazioni appaltanti di sottoporre l'offerta dell'impresa aggiudicataria a rituale verifica dei costi di manodopera, che la stessa ha necessariamente dichiarato in gara. Come anche la giurisprudenza ha costantemente chiarito, si tratta di una verifica necessaria a prescindere dall'emersione di situazioni di anomalia dell'offerta (cfr., *quam multis*, Tar Milano, 1.6.2020, n.978). La demarcazione fra verifica della manodopera, obbligatoria in ogni procedura di appalto, e verifica di anomalia, è piuttosto netta, anche se la verifica dei costi di manodopera può ragionevolmente confluire in quella di anomalia, qualora, per obbligo di legge (cd. anomalia tecnica, ex art. 97, co.3 in caso di utilizzo del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa), o per scelta discrezionale della stazione appaltante (rif. art. 97, co.6, secondo periodo), la stazione appaltante attivi il relativo subprocedimento (cfr. Consiglio di Stato, 30.9.2020, n.5735)»;

Ritenuto che, nel caso di specie, la stazione appaltante ha illegittimamente omissso di effettuare la verifica prescritta dall'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016;

Il Consiglio

ritiene, sulla base di quanto considerato e nei limiti delle motivazioni che precedono,

- che non si ravvisano profili di manifesta irrazionalità o illogicità nella scelta della stazione appaltante di non procedere alla valutazione facoltativa della congruità dell'offerta di Day Ristoservice S.p.A. ai sensi dell'art. 97, comma 6, d.lgs. n. 50/2016;
- che non sia conforme alla normativa di settore la mancata verifica dei costi della manodopera ai sensi dall'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 12 maggio 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Atto formato digitalmente