



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7441 del 2016, proposto da:  
Cooperativa sociale Shalom, in persona del suo presidente e legale  
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio  
Savasta, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Michele Guzzo, in  
Roma, via Piemonte 39;

*contro*

Cooperativa sociale Solidarietà, in persona del suo presidente e legale  
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco  
Muscatello, con domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi, in Roma,  
via Tortolini 30;

*nei confronti di*

Comune di Molfetta, in persona del commissario straordinario in carica,  
rappresentato e difeso dall'avvocato Raffaele Marciano, con domicilio eletto  
presso lo studio Legale Bultrini, in Roma, via Germanico 172;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. PUGLIA – BARI, SEZIONE I, n. 950/2016, resa  
tra le parti, concernente una procedura di affidamento del servizio di

assistenza scolastica specialistica in favore di alunni portatori di handicap per il Comune di Molfetta

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Cooperativa sociale Solidarietà e del Comune di Molfetta;

Vista l'ordinanza cautelare della Sezione del 27 ottobre 2016, n. 4820;

Vista l'ordinanza collegiale della Sezione del 12 maggio 2017, n. 2223;

Vista la relazione di verifica depositata in esecuzione di quest'ultima ordinanza;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2017 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Savasta e Muscatello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale della Puglia, sede di Bari, la Cooperativa sociale Solidarietà impugnava gli atti della procedura di affidamento in appalto del servizio di assistenza scolastica specialistica in favore di alunni in situazione di handicap per l'anno scolastico 2015 – 2016, con facoltà di rinnovo per l'anno scolastico successivo, nei comuni di ambito di Molfetta e Giovinazzo (indetta dal primo quale ente capofila dell'Ambito territoriale formato dai due enti locali con bando pubblicato il 20 marzo 2015).

2. All'esito della selezione mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la gara era stata aggiudicata alla Cooperativa sociale Shalom (determinazione n. 965 del 28 agosto 2015). La ricorrente, seconda classificata, censurava tuttavia la mancata esclusione della controinteressata, ai fini di quanto ancora rileva nel presente appello, per anomalia del costo del lavoro dalla stessa indicato nella propria offerta economica.

3. Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo adito accoglieva il ricorso.

4. Il giudice di primo grado riteneva *«manifestamente irragionevole»* il costo del lavoro della cooperativa Shalom, perché ottenuto applicando alle voci che compongono il costo orario di ciascun profilo professionale impiegato nel servizio un divisore maggiore di quello previsto dalla tabella ministeriale applicabile ex art. 86, comma 3-*bis*, dell'allora vigente codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (decreto del ministro del lavoro e delle politiche sociali 2 ottobre 2013, relativa al costo orario dei lavoratori delle cooperative del settore socio-sanitario-assistenziale-educativo e di inserimento lavorativo – cooperative sociali), e dunque un costo orario del lavoro inferiore a quello medio.

5. In particolare, il Tribunale amministrativo rilevava che:

- la Cooperativa Shalom aveva ridotto in modo ingiustificato le ore non utili alla produzione previste dalla tabella ministeriale (per ferie, festività, permessi, malattia, infortunio, gravidanza ecc.): *«circa il 50% in meno delle ore non disponibili alla produzione»*; e precisamente dalle 428 previste dalla tabella a 210, applicando conseguentemente al costo del lavoro in valore assoluto il più favorevole divisore annuo 1766 ore effettive, contro le 1548 previste dalla medesima tabella;

- a questa riduzione era imputabile il divario registrato tra l'offerta economica della medesima aggiudicataria e la ricorrente (ribasso percentuale del 10,49%, contro quello di € 4.97% offerto dalla ricorrente, da applicarsi sull'importo a base di gara di € 451.276,80);

- l'*«esiguo utile pari a € 500,00»* era conseguentemente *«del tutto eliso»* da questa modalità di calcolo del costo del lavoro;

6. Per la riforma della sentenza di primo grado ha proposto appello la Cooperativa Shalom.

7. Si sono costituiti rispettivamente in resistenza e adesione all'appello l'originaria ricorrente Cooperativa Solidarietà e il Comune di Molfetta.

1. La Cooperativa Shalom censura la sentenza di accoglimento del ricorso di primo grado deducendo che:

- i dati contenuti nelle tabelle ministeriali sul costo del lavoro, tra cui il divisore annuo ottenuto considerando le ore effettivamente lavorate, costituiscono valori medi e *«in presenza di particolari condizioni»* sono derogabili;
- nel caso di specie, la riduzione delle ore non utili alla produzione su cui si fonda il costo del lavoro formulato in sede di offerta si giustifica in relazione alla tipologia di servizio, destinato ad essere prestato in corrispondenza con l'orario scolastico annuale, e tale da consentire pertanto di concentrare le ferie nei mesi di chiusura delle scuole;
- tale riduzione si giustificherebbe quindi sotto questo profilo e sarebbe pertanto conseguente ad un *«minor costo per sostituzioni»* di lavoratori assenti con altri dipendenti, come peraltro avvenuto per il servizio in contestazione (conclusosi all'epoca di proposizione dell'appello);
- il giudice di primo grado non ha infine considerato che il divario tra le offerte economiche delle due cooperative ammonta a soli € 25.000.

2. In relazione alle censure così formulate la Sezione ha disposto una verifica finalizzata ad accertare *«se la valutazione tecnico-discrezionale dell'Amministrazione risulti manifestamente irragionevole in quanto basata sul macroscopicamente erroneo riconoscimento, della possibilità di ridurre le ore non lavorate sia a titolo di ferie e festività che di malattia, maternità, permessi, ecc. previste dalla Tabella ministeriale»*, tenuto conto delle giustificazioni addotte dalla Cooperativa Shalom.

3. Il verificatore nominato ha concluso nel senso che il giudizio formulato sull'offerta di quest'ultima dalla stazione appaltante è *«manifestamente irragionevole perché basata sull'erroneo riconoscimento di una insussistente riduzione di ore non lavorate a titolo di ferie e festività nonché di una arbitraria riduzione di ore non lavorate a titolo di malattia, gravidanza, infortunio, permessi-studio»* (così le conclusioni della relazione depositata).

4. Nella relazione si esaminano le giustificazioni fornite dall'aggiudicataria.

Esse sono del seguente tenore: «1) *gran parte delle ferie e delle festività spettanti annualmente ai lavoratori vengono fruiti nel corso dei periodi di chiusura delle scuole, durante i quali non si necessita la retribuzione di personale sostituto (sic)*» e che «2) *per altri elementi (gravidanza, infortuni, permessi studio), la fruizione è di natura soggettiva, per cui «nessun lavoratore usufruirà di tutte le n. 120 ore annue previste dalla tabella ministeriale».*

5. Ciò precisato, in relazione alla giustificazione sub 1) l'ausiliario nominato dalla Sezione ha ritenuto che la cooperativa Shalom abbia operato «*un vero e proprio salto logico*» (pag. 9 della relazione), perché non avrebbe tenuto conto che il costo medio orario stimato dalla tabella ministeriale le ore annue non prestate in base a cause legittime di assenza dal lavoro, tra cui le ferie annuali, rappresentano un costo ordinario del lavoro per l'impresa, che incide in ogni caso sul valore medio annuo, e non già un costo aggiuntivo per la sostituzione del dipendente legittimamente assente, come invece supposto dall'aggiudicataria. A questo riguardo l'ausiliario ha concluso sul punto che «*è del tutto irrilevante che il lavoratore che si assenta per ferie lo faccia durante i periodi di chiusura della scuola posto*» (pag. 10 della relazione).

6. In base al ragionamento così sintetizzato il ribasso offerto dalla cooperativa Shalom sarebbe dunque fittizio, perché «*traduce la NON sostituzione, con altro lavoratore, del dipendente assente per ferie (quantificate nella Tabella ministeriale in n. 165 ore) con una diminuzione - per il medesimo dipendente - di una parte delle sue ore mediamente non lavorate a titolo di ferie che, invece, rimangono sempre le stesse (mediamente n. 165)*» (*ibidem*).

7. Con riguardo alla giustificazione sub. 2 il verificatore ha rilevato che essa è «*carente di motivazione in ordine alla quantità di ore che la cooperativa Shalom determina al ribasso rispetto alle n. 120 della Tabella ministeriale*» e che a questo specifico riguardo l'aggiudicataria avrebbe dovuto tra l'altro dare evidenza attraverso «*una ricostruzione del trend aziendale delle assenze per malattia, gravidanza ecc. negli ultimi anni che consentisse di rivedere al ribasso e per una certa quantità di ore il dato presuntivo indicato della Tabella*» (pag. 15 della relazione).

8. Il verificatore ha quindi evidenziato che a fronte di questa carenza probatoria la cooperativa Shalom ha fatto fronte solo nel presente giudizio, attraverso la rappresentazione delle ore complessive di effettiva fruizione delle assenze per malattia, gravidanza e infortunio registratesi nell'esecuzione del servizio oggetto del presente giudizio.

9. In sede di discussione la cooperativa Shalom ha contestato le conclusioni cui è pervenuto il verificatore.

L'aggiudicataria ha in sostanza ribadito che le ore non lavorate annue stimate nella tabella ministeriale costituiscono un dato di carattere statistico suscettibile di variare con riguardo alla specifica realtà aziendale o alle caratteristiche del servizio, senza che ciò dia luogo alla conseguenza *ex adverso* paventata di compressione dei diritti inalienabili del lavoratore (come in particolare il diritto alle ferie). La medesima cooperativa Shalom ha al riguardo sottolineato che nel proprio caso il minor costo rispetto al dato ministeriale si fonda sulla ragionevole previsione di un minor tasso di assenze per ferie, ottenibile grazie alla possibilità di concentrare tali assenze dal lavoro nel periodo di chiusura delle scuole. Nel corso del giudizio l'appellante ha evidenziato che *a posteriori* tale previsione è stata confermata dallo svolgimento del servizio per i due anni di durata previsti (comprensivi del rinnovo) senza alcuna criticità.

10. Tutto ciò premesso, la Sezione ritiene che le pur condivisibili osservazioni del verificatore circa la struttura dei costi per il lavoro prefigurata a livello ministeriale non precluda che in specifici casi, quale quello oggetto del presente giudizio, possano essere realizzate economie interne all'azienda in grado di ridurre l'onere in questione.

11. Va peraltro dato atto che è in primo luogo condivisibile il rilievo che il costo orario del lavoro stimato a livello ministeriale è quello sostenuto in via ordinaria dall'impresa e, sulla base di un divisore ottenuto sottraendo il tasso di assenza medio dal lavoro (per ferie, festività, malattia, infortunio, gravidanza ecc.), rappresenta il costo "reale" per il datore, benché esso non coincida con le ore lavorate dal dipendente. Si tratta in altri termini del costo

effettivo del lavoro, che ingloba le ore comunque retribuite, anche se il dipendente sia materialmente assente.

12. Su questa base è del pari corretto quanto afferma il verificatore circa l'erroneità della massima formatasi in via trattativa presso la giurisprudenza amministrativa, secondo cui, pur nel convalidare il sistema di stima a livello ministeriale ex art. 86, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 163 del 2006, si afferma nondimeno il costo effettivo così ottenuto comprende quello che l'impresa sostiene per sostituire il personale dipendente legittimamente assente dal lavoro. In contrario è invece evidente – anche dall'esame della struttura della tabella ministeriale – che il costo sostenuto dal datore di lavoro per tali cause, ed in particolare per le ferie e le festività, è comunque un costo ordinario e non invece aggiuntivo per sostituzioni. Infatti, queste ultime sono comunque obbligatoriamente fruibili dal dipendente, mentre per quanto riguarda le altre cause (in particolare: malattia, infortunio, gravidanza) l'onere economico è assunto dall'ente previdenziale competente (di recente: Cons. Stato, III, 21 luglio 2017, n. 3623 e 2 marzo 2017, n. 974).

13. Tutto ciò non equivale tuttavia a sostenere che il dato ministeriale sia imm modificabile e sia pertanto applicabile in modo indistinto con riguardo a qualsivoglia tipologia di realtà imprenditoriale o di contratto.

Infatti, un servizio quale quello oggetto del presente giudizio si presta sul piano obiettivo a conseguire risparmi sul costo del lavoro, senza contemporaneamente incidere sui diritti del lavoratore. Nello specifico la realizzazione di economie sul costo del lavoro è in astratto possibile se si ha riguardo al costo della specifica “commessa”.

14. Sul punto ora evidenziato deve constatarsi come sia difficilmente contestabile quanto deduce la cooperativa Shalom a proposito della possibilità di concentrare il monte ferie annuo del personale dipendente nei periodi di chiusura della scuola presso il quale il servizio deve essere prestato. Ciò posto, va quindi sottolineato che questa organizzazione del lavoro consentita dalla natura del servizio da eseguire si traduce sul piano economico

in una riduzione dell'onere economico imputabile a questa voce di spesa rispetto al dato medio previsto a livello ministeriale.

Atteso infatti che il servizio è destinato ad essere prestato in corrispondenza dell'anno scolastico, è ragionevole stimare che per la determinazione del relativo costo orario del lavoro non sia necessario inglobare l'intero monte annuale delle ferie, ma solo quelle che si stima verranno fruite dal personale dipendente durante l'anno scolastico.

15. In altri termini, a fronte di un servizio che deve essere prestato in un periodo non coincidente sul piano temporale con l'anno solare, invece preso a base dalla tabella ministeriale, il tasso medio di assenza dal lavoro, ed in particolare per ferie, è suscettibile di riduzione, senza alcun pregiudizio per i diritti inviolabili del dipendente. Tale riduzione è in particolare ottenibile sul piano della competenza economica ovvero al costo della specifica commessa, oggetto esclusivo di valutazione di congruità della stazione appaltante ai sensi degli artt. 86 e ss. d.lgs. n. 163 del 2006. Pertanto, nella loro absolutezza le conclusioni del verificatore non possono essere condivise.

16. Va poi soggiunto che la misura di questa riduzione è rimessa alle prudenti valutazioni dell'operatore economico, sulle quali l'amministrazione è chiamata ad esprimere il proprio giudizio secondo le disposizioni del previgente codice dei contratti pubblici da ultimo citate. Rispetto a tale giudizio di carattere tecnico - discrezionale, che sconta un insopprimibile margine di opinabilità derivante dalla sua natura previsionale, il sindacato di legittimità del giudice amministrativo è circoscritto ai casi di macroscopica erroneità (in questo senso: Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2012, n. 36; da ultimo, *ex multis*: Cons. Stato III, 6 febbraio 2017, n. 514; IV, 22 giugno 2016, n. 2751; V, 25 ottobre 2017, n. 4916, 5 ottobre 2017, n. 4644, 4 agosto 2017, n. 3906, 7 luglio 2017, n. 3341; VI, 31 gennaio 2017, n. 397, 26 luglio 2016, n. 3372).

17. Tutto ciò precisato, per le considerazioni finora svolte la valutazione di congruità formulata dal Comune di Molfetta nei confronti del costo del lavoro indicato dalla cooperativa Shalom a giustificazione del ribasso offerto non può essere ritenuto manifestamente irragionevole. La conferma

dell'assenza di profili di illegittimità in questo giudizio proviene *a posteriori* dalla corretta esecuzione del servizio da parte dell'odierna appellante per i due anni (il secondo in virtù di rinnovo) in cui esso è stato svolto, come da quest'ultima dedotto a sostegno dei propri assunti.

18. Questa circostanza, non contestata dall'originaria ricorrente cooperativa sociale Solidarietà, priva di fondamento l'ulteriore profilo di criticità rilevato dal verificatore, relativo all'assenza di giustificazioni fornite dalla cooperativa Shalom a proposito delle assenze dal lavoro per altre cause (malattia, infortunio, gravidanza ecc.) e, inoltre, i dubbi che in astratto potrebbero porsi con riguardo al significativo scostamento del ribasso offerto dall'aggiudicataria rispetto all'originaria ricorrente cooperativa sociale Solidarietà (10,49%, contro € 4.97%, come premesso nella parte in fatto).

19. L'appello deve pertanto essere accolto, dacché la riforma della sentenza di primo grado ed il rigetto dell'impugnazione proposta dalla cooperativa sociale Solidarietà, ma per la particolarità della questione controversa le spese di causa relative al doppio grado di giudizio, ivi comprese quelle del verificatore (nei rapporti interni alle parti), possono essere integralmente compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso della Cooperativa sociale Solidarietà.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Fabio Franconiero**

**IL PRESIDENTE**  
**Francesco Caringella**

**IL SEGRETARIO**