

Publicato il 15/01/2024

N. 00453/2024REG.PROV.COLL.
N. 05956/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 5956 del 2023, proposto da Pilò s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 8445520793, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Napoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

RAI - Radiotelevisione Italiana s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Lirosi, Marco Martinelli e Ilaria Giulia Monorchio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Copernico s.c.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Giustiniani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Bocca di Leone, 78;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Quarta) n. 03441/2023, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di RAI - Radiotelevisione Italiana s.p.a. e di Copernico s.c.p.a., nonché l'appello incidentale proposto da quest'ultima;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 Cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2023 il Cons. Alberto Urso e uditi per le parti gli avvocati Lirosi, Del Fabro in delega dell'Avv. Napoli e Vasciminni in dichiarata delega dell'Avv. Giustiniani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato sulla Guue il 5 ottobre 2020, la Radiotelevisione Italiana - RAI s.p.a. indiceva procedura aperta per l'affidamento quadriennale del servizio di pulizia e sanificazione presso le sedi della stessa RAI di Roma e Napoli.

In relazione al lotto 3, qui controverso, risultava aggiudicatario il Rti capeggiato da Copernico s.c.p.a.

2. A seguito dell'annullamento dell'originaria aggiudicazione giusta sentenze n. 5358 del 2021 del Tribunale amministrativo per la Campania e n. 3907 del 2022 di questo Consiglio di Stato, adottate a fronte di ricorso di primo grado proposto dalla seconda classificata Pilò s.r.l., la RAI procedeva alla rivalutazione delle offerte del Rti Copernico e della stessa Pilò.

Per effetto di tale rivalutazione veniva confermato il punteggio di Copernico, mentre Pilò veniva retrocessa in terza posizione, ma poi nuovamente riportata in seconda a seguito dell'estromissione dell'impresa posizionata davanti.

3. Avverso il nuovo provvedimento di aggiudicazione e gli atti correlati la Pilò proponeva ricorso al Tar deducendo, in sintesi, l'illegittima modifica dell'offerta operata da Copernico in sede di giustificativi, in violazione anche del giudicato di cui alle precedenti pronunce; l'insostenibilità dell'offerta del controinteressato; in subordine, l'illegittimità del rinnovato giudizio sul criterio valutativo relativo dell'incremento delle frequenze.

La ricorrente avanzava anche domanda risarcitoria.

4. Copernico, oltre a resistere al ricorso principale, proponeva a sua volta ricorso incidentale (cui la Pilò resisteva) deducendo la contraddittorietà dell'offerta Pilò, la mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali e la sua insostenibilità economica.

La RAI, costituita in giudizio, resisteva sia al ricorso principale che a quello incidentale.

5. Il Tribunale amministrativo adito respingeva il ricorso principale escludendo, per quanto qui di rilievo, la sussistenza di alcuna modifica dell'offerta in ordine ai profili denunciati dalla ricorrente (in specie, in relazione alla previsione di unità lavorative aggiuntive, da intendersi indicate in termini di mera possibilità di ricorrere a sostituzioni, in regime di reperibilità), nonché ritenendo che sulle voci contestate a fini di anomalia dell'offerta le giustificazioni offerte dalla controinteressata fossero sufficientemente ragionevoli e plausibili, così da escludere un'illegittima valutazione della stazione appaltante.

Stante il rigetto del ricorso principale, la sentenza dichiarava inammissibile il ricorso incidentale.

6. Avverso la sentenza ha proposto appello principale la Pilò deducendo:

I) erroneità dell'appellata sentenza per travisamento di presupposti di fatto, violazione di giudicato e carenza di motivazione in ordine alla questione degli addetti aggiuntivi; illegittimità dei provvedimenti impugnati in primo grado per violazione del principio di immodificabilità dell'offerta e sua manifesta

inaffidabilità; violazione e falsa applicazione degli art. 30 e 97 d.lgs. n. 50 del 2016; eccesso di potere per travisamento di presupposti di fatto, difetto di istruttoria e carenza di motivazione, illogicità e irragionevolezza manifesta, abnormità, sviamento dalla causa tipica, violazione e/o elusione di giudicato;

II) erroneità dell'appellata sentenza per travisamento di presupposti di fatto e difetto assoluto di motivazione in ordine alla questione degli extra-costi; illegittimità della nuova aggiudicazione a Copernico per matematica insostenibilità economica dell'offerta; violazione e falsa applicazione dell'art. 30, comma 4, e dell'art. 105, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016; violazione del vigente CCNL Multiservizi; eccesso di potere per travisamento di presupposti di fatto, difetto di istruttoria e carenza di motivazione, manifesta illogicità e irragionevolezza, abnormità e sviamento dalla causa tipica, contraddittorietà intrinseca, violazione e/o elusione di giudicato;

III) erroneità dell'appellata sentenza per travisamento di presupposti di fatto e difetto assoluto di motivazione in ordine alla questione dell'incremento delle frequenze; illegittimità del rinnovato giudizio sull'incremento delle frequenze: eccesso di potere per travisamento di presupposti di fatto, difetto di istruttoria e carenza di motivazione, manifesta illogicità e irragionevolezza, abnormità e sviamento dalla causa tipica, contraddittorietà intrinseca, violazione e/o elusione di giudicato.

In via istruttoria, l'appellante chiede ammettersi verifica volta ad appurare se gli extra-costi non quotati da Copernico in sede di giustificazioni siano suscettibili di condurre la relativa offerta in perdita.

L'appellante invoca poi la dichiarazione d'inefficacia del contratto e il risarcimento in forma specifica, chiedendo di essere immessa nel servizio per la sua intera durata.

7. Resistono al gravame la RAI e Copernico, che presenta anche appello incidentale (al quale Pilò resiste) con cui si duole della dichiarata

inammissibilità del ricorso incidentale in primo grado, e comunque ne ripropone i motivi non esaminati.

8. All'udienza pubblica del 23 novembre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Si premette che le eccezioni preliminari, nella misura in cui attinenti a motivi rilevanti ai fini del decidere, possono essere considerate unitamente al merito, cui più propriamente pertengono.

2. Col primo motivo dell'appello principale Pilò si duole dell'errore in cui sarebbe incorso il giudice di primo grado nel trascurare l'intervenuta modifica, in sede di giustificativi, dell'offerta di Copernico, oltretutto in violazione delle statuizioni maturate al riguardo giusta sentenze n. 5358 del 2021 del Tar e n. 3907 del 2022 di questo Consiglio di Stato, formanti giudicato.

Segnatamente, a fronte di un'offerta che prevedeva un sovradimensionamento di circa il 40% del personale operativo (e, dunque, per complessive 7 unità aggiuntive quale squadra di "*Addetti Sostituzioni ed Attività Straordinarie*"), nei nuovi giustificativi Copernico ha previsto che le assenze sarebbero state coperte con ricorso a lavoro supplementare e straordinario di lavoratori impiegati in altre commesse, ciò peraltro in contrasto con quanto già statuito, da ultimo, da questo Consiglio di Stato giusta sentenza n. 3907 del 2022, che escludeva l'utilizzo di personale "trasfertista" (e anche titolare) in regime di lavoro supplementare per garantire le coperture offerte da Copernico nei termini suindicati.

Copernico andrebbe dunque esclusa, sia per l'apportata modifica all'offerta, sia in applicazione del principio del cd. "*one-shot*" temperato, a fronte del già intervenuto (primo) annullamento giudiziale dell'aggiudicazione.

2.1. Il motivo è condivisibile e va accolto, nei termini e per le ragioni che seguono.

2.1.1. Occorre premettere che l'offerta tecnica di Copernico prevedeva, in relazione alla conformazione della struttura operativa, un *“sovradimensionamento della [stessa] attraverso la formazione sulle attività relative alla commessa in oggetto di un numero di addetti superiore, nella misura del 40% rispetto a quanto ritenuto necessario per l'esecuzione delle attività”*.

L'offerta prevedeva a tal fine che *“Tali Addetti [sarebbero stati] organizzati in uno specifico gruppo operativo: Addetti alle Sostituzioni ed Attività Straordinarie, articolato per Sede, che [aveva] lo specifico scopo di garantire la possibilità di sostituire personale assente con altro personale in grado comunque di erogare il servizio secondo le tempistiche ed il livello qualitativo previsto”*.

In relazione alla sede di cui al lotto 3, la stessa offerta prevedeva dunque una squadra composta da 16 *“titolari”*, affiancata da quella formata da 7 *“sostituti”*. Subito dopo l'offerta dava conto, quanto alla *“Gestione delle sostituzioni”* (correlata al criterio valutativo *sub* PT2, *“Efficienza delle modalità e dei tempi di sostituzione degli addetti assenti”*, di cui all'art. 18.1 del disciplinare) che *“L'Offerente, sulla base dei piani di lavoro previsti ha stabilito un sovradimensionamento di circa il 40% del personale operativo [...] per garantire la presenza del personale di sostituzione necessario per assicurare la corretta e puntuale erogazione dei servizi ed il godimento degli istituti contrattuali a tutti i dipendenti”*.

La gestione delle assenze sarebbe avvenuta con modalità diverse a seconda che si fosse trattato di assenze *“con preavviso”* (*“gestite in fase di pianificazione dei turni di lavoro mediante il personale di sostituzione”*), e complessivamente fronteggiate secondo lo schema dettagliato al punto 2.2.2.1 dell'offerta tecnica, *in primis* mediante *“utilizzo del personale di sostituzione”*, e poi via via con altre modalità, oltre al normale impiego del cd. *“piano ferie”*) ovvero *“senza preavviso”* (con ricorso agli *“Addetti reperibili”*, secondo quanto dettagliato al successivo punto 2.2.2.2 dell'offerta).

In tale contesto, il giustificativo sul costo delle 7 unità lavorative individuate quali *“Addetti alle Sostituzioni ed Attività Straordinarie”* è stato fornito da

Copernico - a seguito del precedente annullamento dell'aggiudicazione giusta sentenze n. 5358 del 2021 del Tar e n. 3907 del 2022 di questo Consiglio di Stato - in ragione del *“ricorso al lavoro supplementare, riferito alle 7 unità aggiuntive, che in quanto impiegate in altre commesse dello stesso RTI nelle aree limitrofe (indicate nella relazione tecnica), presteranno il loro ‘straordinario’ nel presente appalto, ove necessario per le sostituzioni”*, calcolando al riguardo un valore prudenziale *“pari al 15% delle ore complessive”* (cfr. giustificativi dell'11 ottobre 2022, in atti).

A tal fine, nelle successive integrazioni dei giustificativi Copernico dava conto che le suddette *“7 unità aggiuntive occupate in altre commesse limitrofe all'appalto”*, individuate quali addetti alle sostituzioni e attività straordinarie, avevano *“già espresso la loro disponibilità al lavoro supplementare venendo retribuite come previsto dall'art. 33 del ccnl di categoria lavoro supplementare”* (giustificativi del 28 ottobre 2022); seguiva peraltro anche un elenco nominativo delle risorse a tal fine individuate (cfr. giustificativi del 22 novembre 2022 e allegati).

A fronte di ciò la stazione appaltante, prendendo in esame e soffermandosi su tale profilo, ha ritenuto l'offerta legittima e congrua *in parte qua*.

2.1.2. Tanto premesso, le doglianze formulate dall'appellante sono condivisibili.

2.1.2.1. A ben vedere, l'indicazione in sede di giustificativi dell'organizzazione del servizio nel senso che la squadra *“Addetti alle Sostituzioni ed Attività Straordinarie”* sarebbe composta da lavoratori impiegati in altre commesse, disponibili alle sostituzioni delle assenze tramite lavoro supplementare (indicazione così fornita all'amministrazione nei nuovi giustificativi, correlati appunto alla seconda aggiudicazione), determina nella specie una modifica dell'offerta nei termini denunciati dall'appellante.

L'offerta tecnica di Copernico, infatti, prevedeva chiaramente una squadra formata da n. 16 addetti *“titolari”* e una squadra di 7 *“sostituti”* (quale *“sovradimensionamento di circa il 40% del personale operativo”*) a copertura delle necessarie sostituzioni.

Il che, così come non poteva essere *sic et simpliciter* assicurato tramite il mero lavoro straordinario delle medesime unità impiegate quali “*titolari*” componenti della relativa squadra (cfr. i precedenti di cui a Tar Campania, n. 3538 del 2021 e Cons. Stato, n. 3907 del 2022, cit.), allo stesso modo non può di suo essere garantito da mero lavoro supplementare altre unità di personale, impiegate in altre commesse.

Si sarebbe infatti in presenza, all’evidenza, non già di una distinta “squadra” di “*Addetti alle Sostituzioni ed Attività Straordinarie*”, come offerta da Copernico quale vero e proprio “*sovradimensionamento di circa il 40% del personale operativo*” al fine di “*garantire la presenza del personale di sostituzione*” necessario per assicurare la corretta e puntuale erogazione dei servizi, nonché includendo anche lo svolgimento di *attività straordinarie* (cfr. l’offerta, *sub par. 2*, in cui si indica, fra l’altro, che “*Nel caso invece non fosse[ro] previste attività periodiche, le attività straordinarie verranno svolte direttamente dagli ‘Addetti Sostituzioni e Straordinarie’ allertate direttamente dal Capo Turno di riferimento*”; cfr. peraltro il disciplinare, *sub art. 3*, che quantifica in termini ben considerevoli le attività di pulizia “a richiesta”, diverse appunto da quelle ordinarie), bensì di attività di lavoro straordinario prestata da lavoratori già impiegati in altre commesse.

Il che, come già univocamente rilevato da questo Consiglio di Stato nella precedente fase contenziosa, confliggerebbe con il contenuto dell’offerta e la valutazione fattane dalla commissione di gara (che valorizzava specificamente, fra l’altro, il fatto che fosse “*previsto un 40% di personale in più per garantire le sostituzioni degli addetti*”, e dunque un vero e proprio “*sovradimensionamento*” del personale messo a disposizione; nello stesso senso, cfr. peraltro anche la griglia di valutazione finale, all’esito del precedente contenzioso) dovendo ritenersi che a Copernico “*sia stato attribuito, nella valutazione dell’offerta tecnica, un punteggio premiale che non avrebbe dovuto ottenere per il personale aggiuntivo. Infatti, non avrebbe potuto essere considerato tale il personale impiegato solo mediante prestazioni retribuite in regime di c.d. lavoro supplementare*

rispetto ad altri impieghi (pur se alle dipendenze della stessa Copernico) [...]” (Cons. Stato, V, 17 maggio 2022, n. 3907, cit., *sub* par. 5.3.3).

Il che conferma l'intervenuta modifica dell'offerta, ben rilevabile e sindacabile dal giudice amministrativo a fronte di pertinente doglianza, e cui non può che conseguire l'esclusione di Copernico, come richiesta dall'appellante (cfr. al riguardo, in relazione alla necessaria esclusione del concorrente che abbia modificato l'offerta in sede di giustificativi, Cons. Stato, V, 7 marzo 2019, n. 1565 e richiami *ivi*; Id., 20 ottobre 2021, n. 7050; III, 9 febbraio 2021, n. 1228).

3. A ciò si aggiunga poi, in ogni caso, che è fondato nella specie anche il secondo motivo di gravame, inerente all'anomalia dell'offerta del controinteressato, ciò cui analogamente consegue l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione gravato, coi medesimi effetti, nei termini di seguito precisati.

Con tale motivo l'appellante si duole dell'omessa motivazione, nella sentenza, in ordine alle ragioni per cui le censure specificamente mosse da Pilò in ordine alla sostenibilità dell'offerta di Copernico non sarebbero tali da dimostrarne l'insostenibilità.

In tale prospettiva, l'appellante pone in risalto come, nella specie, i nuovi giustificativi presentati da Copernico omettano di considerare gli incrementi del costo della manodopera dovuti al rinnovato CCNL “Multiservizi”, che Copernico valorizza per il solo 2022, e non anche per i successivi anni di affidamento della commessa.

Il che parimenti varrebbe per i risparmi dovuti a cd. “decontribuzione Sud”, valorizzati da Copernico per un'aliquota costante, mentre il relativo regime regolatorio ne prevede un decremento nel tempo.

Analoghe irregolarità si rinverrebbero poi in relazione alla contribuzione sulle ore di lavoro supplementare, avendo Copernico obliterato, a fini

contributivi, le maggiorazioni retributive del 28% previste per tale tipologia di lavoro.

Copernico avrebbe inoltre omesso di considerare gli oneri di sicurezza aziendali per i 7 addetti aggiuntivi formanti la squadra degli “*Addetti alle Sostituzioni ed Attività Straordinarie*”.

Il che condurrebbe, complessivamente, a maggiori costi trascurati per l'importo di totali € 101.376,25, per una perdita netta pari a € 88.218,49, che scenderebbe a € 50.155,71 applicando l'alternativo tasso di assenteismo aziendale indicato da Copernico.

Inoltre alcuna adeguata giustificazione - in contrasto, peraltro, col precedente giudicato di cui a Cons. Stato, n. 3907 del 2022, cit. - Copernico avrebbe offerto in ordine al proprio tasso di assenteismo, ben difforme da quello registrato sul medesimo cantiere, né potrebbe aver rilievo al riguardo il (solo) richiamo alla copertura di (parte dei) costi in tal caso ad opera degli enti previdenziali.

3.1. Come anticipato, anche tale motivo è condivisibile, nei termini e per le ragioni che seguono.

3.1.1. Va anzitutto respinta l'eccezione sollevata dalle appellate d'inammissibilità del motivo per asserita genericità delle doglianze e assenza di specifiche critiche alla sentenza.

In senso contrario, è sufficiente osservare come Pilò enuclei in modo sufficientemente dettagliato le ragioni di doglianza nei confronti della sentenza, e conseguentemente riformuli le censure avverso l'azione amministrativa che ritiene non adeguatamente considerate dal giudice di primo grado (v., al riguardo, *retro*, *sub* § 3, nonché *infra*, ai successivi §§).

3.1.2. Quanto al primo profilo di censura, inerente alla necessaria applicazione degli incrementi del costo della manodopera a fronte del rinnovo del pertinente CCNL di settore, va osservato quanto segue.

3.1.2.1. Va anzitutto esaminata l'eccezione sollevata dalle appellate di originaria irricevibilità od inammissibilità del profilo di doglianza, argomentata sull'assunto che, essendo stato l'invocato CCNL siglato il 30 giugno 2021 e applicabile dal luglio 2021, la ricorrente avrebbe dovuto proporre eventuali motivi aggiunti al riguardo nel precedente giudizio avverso l'originaria aggiudicazione, considerato del resto che l'offerta economica di Pilò è rimasta invariata nel tempo; d'altra parte, già nel successivo giudizio d'appello, poi definito giusta sentenza n. 3907 del 2022, le censure sarebbero risultate tardive, dovendo le stesse essere formulate entro il termine di 30 giorni, né il profilo di doglianza si correlava del resto alla nuova valutazione di anomalia eseguita.

Di qui appunto la dedotta irricevibilità della doglianza, ovvero la sua inammissibilità per ampliamento del *thema decidendum*.

L'eccezione non è condivisibile, essendo sufficiente osservare come nel precedente giudizio (di primo grado e di successivo appello) formavano oggetto d'impugnazione provvedimenti amministrativi formati *anteriormen*te all'ingresso in vigore del nuovo CCNL.

Per tali ragioni, al di là di quanto si osserverà di seguito in ordine ai parametri sulla cui base deve essere eseguita la verifica di anomalia (*i.e.*, se considerando o meno le variazioni dei livelli retributivi sopraggiunte alla gara, ma comunque sussistenti al tempo in cui la verifica venga eseguita: v. al riguardo *infra*, al successivo §), trova applicazione ai presenti fini il consolidato principio giurisprudenziale in nome del quale “*lo scrutinio di legittimità del provvedimento amministrativo non può che avvenire avendo a riferimento la situazione di fatto e di diritto che all'amministrazione si prospetta al tempo della relativa adozione*” (Cons. Stato, V, 2 luglio 2020, n. 4253; II, 17 aprile 2020, n. 2476; cfr. anche Id., V, 4 giugno 2020, n. 3507), con la conseguenza che la ricorrente non avrebbe potuto far valere le sopravvenienze alla gravata azione amministrativa (già in sé compiuta ed esaurita) per il sol fatto che il relativo

contenzioso - e, dunque, le vicende squisitamente *processuali* - si erano protratte sino al momento in cui fu siglato un nuovo CCNL, non esistente al tempo dell'adozione dei provvedimenti amministrativi impugnati.

Per converso, gli incrementi retributivi sopraggiunti dovevano essere invocati, a fini di anomalia, in relazione alla *nuova* (e *novativa*, appunto, a fronte dell'istruttoria *ex novo* eseguita) azione amministrativa posta in essere, e cioè ai provvedimenti adottati successivamente all'ingresso in vigore del CCNL, considerato peraltro che nel relativo procedimento la RAI aveva espressamente richiesto a Copernico di offrire giustificativi (anche) in relazione a tale profilo.

3.1.2.2. Nel merito, come correttamente rilevato dall'appellante, la verifica di anomalia eseguita dall'amministrazione non può prescindere dall'esame delle voci di costo ragionevolmente attendibili in sede esecutiva, ivi incluse le variazioni retributive ascrivibili all'adozione di un nuovo CCNL, ancorché sopraggiunto alle offerte e diverso da quello tenuto in considerazione dall'amministrazione ai fini del calcolo del costo della manodopera.

La più recente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha posto in risalto, al riguardo, che *“la stipula del nuovo CCNL di settore, sopravvenuta nel corso della procedura di verifica della congruità dell'offerta, per un verso comporta la sua applicazione al personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto; per altro verso, impone alla stazione appaltante di tenere conto dei nuovi livelli retributivi previsti, in quanto sicuramente applicabili alla futura esecuzione del contratto da affidare, e conseguentemente di verificare se l'offerta economica dell'impresa individuata come possibile aggiudicataria sia in grado di sostenere anche i nuovi costi?”* (Cons. Stato, V, 7 luglio 2023, n. 6652; cfr., al riguardo, anche Id., 24 marzo 2020, n. 2056, ove si afferma che *“le tabelle introdotte dal sopravvenuto contratto collettivo [...] potevano essere considerate nel sub-procedimento di valutazione dell'offerta per stimarne l'affidabilità. Bene strano sarebbe stato il contrario [...] anche in ragione del fatto che è il nuovo contratto collettivo a trovare applicazione in sede di esecuzione del contratto”*; cfr. peraltro anche alcuni passaggi

in Id., III, 3 maggio 2022, n. 3460, ove si evidenzia che *“un conto è la normativa e i dati vigenti e disponibili al momento della formulazione dell’offerta, altra cosa sono le giustificazioni nel procedimento di anomalia. Quest’ultimo tende a prevenire un vulnus di qualità e affidabilità in executivis, e dev’essere condotto in relazione a dati ed elementi, il più possibile concreti e attuali, destinati a caratterizzare l’esecuzione del rapporto: è dunque evidente che in sede di giustificazioni avrebbero dovuto essere considerati i costi del lavoro derivanti dalla nuova tornata di contrattazione collettiva”*; in diverso senso, cfr. la più risalente Cons. Stato, III, 27 marzo 2014, n. 1487).

Ciò in quanto *“si tratt[a nella specie] di valutare la tenuta economica dell’offerta, nel tempo dell’esecuzione del contratto, con riguardo al costo del personale impiegato. Il cui aumento, derivante dal periodico rinnovo dei contratti collettivi di lavoro applicabili al settore, non dovrebbe essere considerato un evento imprevedibile ma una normale evenienza di cui l’imprenditore dovrebbe sempre tenere conto nel calcolo della convenienza economica dell’offerta presentata in gara”*; mentre è *“irrelevante la circostanza che per il calcolo progettuale del costo del lavoro la stazione appaltante abbia fatto riferimento ai parametri [di altro precedente] CCNL [...], poiché [...] la verifica di congruità si proietta anche sulla fase di esecuzione del contratto (mentre i dati utilizzati per la predisposizione del bando di gara e per il calcolo dell’importo a base di gara hanno il solo scopo di effettuare una stima minima del costo del lavoro del contratto da affidare)”* (Cons. Stato, n. 6652 del 2023, cit.).

Alla luce di ciò, ben andavano dunque considerati, in sede di (ri)verifica di anomalia gli incrementi retributivi di cui al nuovo CCNL adottato, come del resto dall’amministrazione (correttamente) richiesto a Copernico nell’ambito del relativo sub-procedimento.

3.1.3. In tale contesto, va parimenti considerato - quanto al tasso di assenteismo, nel quadro del complessivo giudizio sintetico-globale svolto dall’amministrazione sulla congruità dell’offerta - che la precedente sentenza n. 3907 del 2022, nel confermare l’illegittimità della prima aggiudicazione proprio a motivo della non adeguatezza della relativa verifica di anomalia,

espressamente valorizzava l'abnormità del tasso di assenteismo indicato da Copernico ritenendo, fra l'altro, che *“In ogni caso l'incidenza del tasso di assenteismo indicata da Copernico nella misura dell'1,44% appare di gran lunga inferiore a quella effettiva presso il cantiere Rai di Napoli (pari al 4,69%), così indicata da Pilò, e non contestata”*, e *“Dal momento che, come detto, la forza lavoro impiegata nell'appalto dovrà essere assorbita dal nuovo gestore, sarebbe stato onere di Copernico dimostrare in sede di giudizio di anomalia la sostenibilità della propria stima rispetto alle percentuali di assenteismo fatte registrare dal personale da assorbire”* (Cons. Stato, n. 3907 del 2022, cit., *sub par. 5.2.2*; cfr. già il precedente par. 5.2: *“Il dato sul tasso di assenteismo indicato da Copernico è poi oggettivamente abnorme, tanto che alla relativa riduzione rispetto ai valori tabellari (dell'80%) ben si attaglia la qualificazione di 'drastica' espressa dalla ricorrente Pilò ed in sentenza. Anche a voler tenere conto della contribuzione degli enti previdenziali, è già in prima battuta irrealistico ritenere che la percentuale a carico del datore di lavoro si possa ridurre complessivamente al 20%, a meno di una puntuale dimostrazione, non solo che questo risulti essere accaduto in base alle statistiche aziendali del r.t.i. Copernico”*, ma anche *“che si tratta di dati utilizzabili rispetto al personale impiegato presso le sedi Rai di Napoli, da assorbire in adempimento della clausola sociale”*).

Parimenti corretta risulta, dunque, a fronte delle ragioni di ritenuta illegittimità della precedente aggiudicazione, la richiesta rivolta dall'amministrazione a Copernico di giustificare il proprio costo della manodopera facendo riferimento, fra l'altro, al tasso di assenteismo registrato nella precedente gestione del servizio, pari al 4,69% nei termini suindicati.

3.1.4. Ciò posto, è dunque dalla tabella *sub B*) a pag. 9 dei giustificativi finali presentati da Copernico il 22 novembre 2022 che occorre muovere per valorizzare i suddetti elementi, e cioè gli incrementi retributivi frattanto sopraggiunti in conseguenza della nuova contrattazione collettiva, e l'assenteismo “storico” registrato nella prestazione del servizio (cfr. giustificativi del 22 novembre 2022, tabella *sub B*), pag. 9).

Da tale tabella emerge un utile d'impresa pari a € 9.890,00 (corrispondente a quello calcolato già nei primi giustificativi di Copernico), oltre a un ulteriore margine differenziale rispetto ai detti originari giustificativi pari a € 1.473,76 (conseguenza di un effetto per cui, pur aumentando il tasso di assenteismo preso in considerazione, decrescono nella specie i costi totali della manodopera esposti da Copernico: cfr. il raffronto fra le tabelle *sub A*) e *B*) a pag. 4 dei giustificativi 22 novembre 2022).

Già considerando tali dati (e anche a voler valorizzare peraltro l'ulteriore "riserva" pari a € 1.786,00 esposta da Copernico in relazione all'aliquota contributiva Inps applicata) emerge la fondatezza delle doglianze dell'appellante a fronte delle critiche mosse sull'impropria decurtazione dei contributi Inps e Inail, nonché sull'omessa quotazione degli oneri di sicurezza aziendali dei componenti della squadra di "Addetti alle sostituzioni ed attività straordinarie".

3.1.4.1. Quanto alla prima delle due voci, effettivamente emerge dagli ultimi giustificativi presentati da Copernico (e, nella specie, dalle tabelle che sviluppano il costo medio orario applicato nella suddetta tabella *sub B*), pag. 9, rilevante ai fini del vaglio di sostenibilità dell'offerta a fronte dei chiariti vincoli e parametri applicabili alla fattispecie) che l'aggiudicatario non ha applicato gli oneri previdenziali Inps e Inail sulla maggiorazione del 28% dovuta sulle ore supplementari, a differenza di quanto aveva fatto invece nei precedenti giustificativi presentati (cfr., ad es., giustificativi dell'11 ottobre 2022, al di là di quelli già presentati in relazione alla prima aggiudicazione).

In tale contesto non può, al riguardo, né darsi rilievo al fatto che i lavoratori eventualmente operanti in tale regime di lavoro straordinario secondo l'offerta Copernico siano ordinariamente impiegati in altre commesse, né affermarsi che gli stessi non generino voci di costo direttamente imputabili all'appalto in esame: anche ad accogliere infatti l'impostazione per cui le risorse previste nell'offerta di Copernico per le sostituzioni e attività

straordinarie possano essere impiegate stabilmente in altri appalti, e operare qui con prestazione di lavoro supplementare, gli oneri previdenziali sul corrispondente e complessivo costo non possono certamente essere negletti o non valorizzati nell'ambito dell'appalto qui in esame. Del resto, è la stessa Copernico a giustificare il proprio costo della manodopera riconducendone una quota (pari al 15%) a lavoro supplementare, nei termini suindicati, con le relative maggiorazioni stipendiali: a queste non possono che essere associati, all'evidenza, anche i corrispondenti oneri contributivi (e, d'altra parte, la stessa Copernico aveva ben considerato tali oneri nei precedenti giustificativi, anche relativi all'aggiudicazione qui impugnata, rispetto alla quale pure aveva rappresentato come le dette attività di sostituzione e straordinarie fossero coperte da personale impiegato su altra commessa e qui operante con ore supplementari). Né d'altra parte - si ribadisce - gli stessi oneri previdenziali risultano considerati negli sviluppi di dettaglio del calcolo del costo medio orario (che pur ricomprende *pro quota*, in misura del 15% appunto, l'attività per lavoro supplementare, prestata nei termini suindicati) pertinente rispetto alla tabella di costo (di cui a pag. 9, tabella B), cit.) qui rilevante.

Allo stesso modo, non è condivisibile la difesa della RAI laddove - senza confutare nel merito la doglianza dell'appellante - afferma che il costo omesso risulterebbe coperto dal maggior utile (pari a € 54.232,02) generato dall'offerta Copernico: tale dato di utile è calcolato infatti (così come il corrispondente valore del costo medio orario) rispetto all'ipotesi che non considera le maggiorazioni retributive dovute alla nuova contrattazione collettiva (cfr. giustificativi 22 novembre 2022, tabella B) di pag. 4 e successiva determinazione dell'utile e sviluppo del calcolo del costo medio orario a pag. 5), ipotesi come già osservato non corretta e dunque inapplicabile (emerge peraltro dal calcolo fornito dalla RAI che le maggiorazioni contributive omesse ammonterebbero in specie a € 27.010,51).

In tale contesto, anche il calcolo di copertura del costo richiamato infine da Copernico (che rimanda, al riguardo, alla tabella *sub* pag. 36 della memoria cautelare in primo grado) non è idoneo a superare la dimostrata scoperta, fondandosi su una tabella generica, non adeguatamente dettagliata ed esplicita, e difforme dal contenuto di quelle (dettagliate) presentate dalla stessa Copernico in sede di giustificativi, pertinenti rispetto al caso di specie nei termini suindicati.

Alla luce di ciò, la voce di costo trascurata, pari all'applicazione delle aliquote contributive sulla componente di maggiorazione del 28% per straordinario del costo della manodopera, comporta un onere aggiuntivo - determinato dall'appellante con calcolo di dettaglio, non specificamente confutato peraltro dalle altre parti in termini conducenti - pari a € 24.591,94, tale da superare di per sé i sopra indicati margini di utile o "riserve" esposti da Copernico, e dunque da condurre in perdita l'offerta.

3.1.4.2. Analoghe considerazioni valgono peraltro sugli oneri di sicurezza aziendali dei componenti della squadra per sostituzioni e attività straordinarie.

Anche nell'ipotesi di formazione di tale squadra con personale impiegato in altre commesse, non è possibile infatti non imputarne all'appalto in esame (quanto meno in parte) gli oneri di sicurezza, siccome correlati ad attività prestata (in parte) proprio sulla commessa qui controversa.

Anche tale voce (che, per l'intero, è quantificata dall'appellante nella misura di € 4.200,00, muovendo dagli analoghi costi già esposti da Copernico) concorre dunque, almeno in parte, a determinare gli oneri della commessa, aggiungendosi a quella sopra indicata.

Del resto, una volta previsto (e valorizzato dalla commissione) l'impiego di risorse di personale aggiuntive (anche, eventualmente, in termini di lavoratori altrove impiegati e qui prestanti attività straordinaria) non è possibile non

imputare i relativi costi - per attività, inclusi relativi contributi previdenziali, nonché per correlati oneri di sicurezza - a valere sull'appalto in rilievo.

Di qui la fondatezza anche di tale profilo di doglianza.

3.1.5. Alla luce di quanto sin qui osservato, emerge dunque come il giudizio di sostenibilità dell'offerta di Copernico, a fronte dell'omessa considerazione e valorizzazione delle voci di costo sopra indicate (e, dunque, al di là di profili di apprezzamento di merito in sé, rimessi all'amministrazione) si appalesi nel complesso manifestamente irragionevole e inattendibile; e ciò muovendo peraltro dai medesimi costi per incremento retributivo dovuto al rinnovato CCNL esposti dalla Copernico (*sub* tabella B), pag. 9, giustificativi 22 novembre 2022, cit.), sicché neppure è conducente, in tale quadro, l'affermazione in sé per cui il semplice scostamento dai valori retributivi tabellari non è di suo significativo.

3.1.6. Conseguente a ciò la fondatezza anche per tal via dell'appello di Pilò, atteso che la valutazione espressa dall'amministrazione sulla congruità dell'offerta dell'aggiudicataria risulta nel complesso manifestamente inattendibile e irragionevole.

In tale contesto, al nuovo annullamento dell'aggiudicazione - a seguito del primo giudicato annullatorio - oltretutto per le medesime ragioni e a fronte di una già rieditata valutazione espressa dall'amministrazione, consegue l'effetto per cui è definitivamente precluso all'amministrazione "*di tornare a decidere sfavorevolmente per il privato*" ricorrente, "*in sostanza, per una terza volta*", in virtù appunto del principio del cd. "*one-shot*" temperato (cfr. Cons. Stato, V, 8 gennaio 2020, n. 144; VII, 11 agosto 2023, n. 7751; VI, 4 maggio 2022, n. 3480).

Anche per tal via e coi medesimi effetti, dunque (considerata del resto l'inammissibilità dell'appello incidentale, su cui cfr. *infra*, *sub* § 4 ss.), l'appello merita accoglimento, con conseguente assorbimento del suo ultimo motivo, incentrato sull'erronea valutazione delle offerte in relazione al profilo del cd.

“incremento della frequenza”, nell’ambito del criterio *sub* PT3, nonché delle richieste istruttorie formulate dall’appellante.

4. Come già anticipato, Copernico impugna con appello incidentale la sentenza nella parte in cui ha dichiarato inammissibile il ricorso incidentale escludente in primo grado.

Deduce al riguardo che la domanda volta all’esclusione di Pilò andava esaminata giacché evidenziava un radicale vizio di legittimità dell’aggiudicazione, laddove in particolare la stessa era intervenuta senza disporre l’esclusione della Pilò.

In via subordinata, l’appellante ripropone condizionatamente all’eventuale accoglimento dell’appello principale le doglianze del ricorso incidentale di primo grado.

Sostiene al riguardo Copernico che l’offerta Pilò andava esclusa per contraddittorietà in ordine all’assorbimento del personale uscente, indicato in 16 unità nel piano di riassorbimento e in 14 nell’offerta, e dunque per oggettiva incertezza dell’offerta. Analoga contraddizione si rinverrebbe nelle ore previste per le sostituzioni, cui conseguirebbe l’indeterminatezza dell’offerta, se si considera appunto che il numero di ore del personale e di lavoratori impiegati ne costituiscono elementi essenziali.

Sotto altro profilo, la volontà di assumere nuovi dipendenti, emergente dai documenti d’offerta di Pilò, contrasterebbe con l’obbligo imposto dalla *lex specialis* di riassorbire i lavoratori già in servizio.

A ciò andrebbe aggiunto che Pilò non ha computato gli oneri di sicurezza relativi alla squadra cd. “*jolly*”, deputata a intervenire solo in caso d’emergenza.

A sua volta l’offerta di Pilò sarebbe poi insostenibile in relazione agli aumenti contrattuali previsti per il periodo 2021-2025, e prevedrebbe un numero di ore tali da condurre il costo medio della manodopera al di sotto dei minimi salariali.

4.1. L'appello è inammissibile.

4.1.1. È assorbente, al riguardo, la fondatezza dell'eccezione sollevata da Pilò circa l'inammissibilità del ricorso (e, conseguentemente, dell'appello) per mancata proposizione delle relative censure nell'ambito del primo giudizio, in cui è stata gravata l'originaria aggiudicazione in favore di Copernico.

L'interesse escludente fatto qui valere dall'appellante incidentale esisteva infatti già al tempo del primo giudizio, a fronte peraltro della conoscenza di Copernico dell'offerta presentata da Pilò, oltretutto della posizione da questa rivestita in graduatoria.

Per questo, la mancata impugnazione della (già all'epoca intervenuta) ammissione della stessa Pilò alla gara nell'ambito del primo giudizio ha determinato il formarsi sul punto d'un giudicato - che copre, come noto, il dedotto e il deducibile - preclusivo alla proposizione in questa sede, per la prima volta, delle censure escludenti avanzate.

Né vale il richiamare, in senso inverso, il fatto che sia intervenuta frattanto una nuova aggiudicazione (disposta anche a seguito di una nuova valutazione su uno dei criteri previsti dalla *lex specialis*), considerato appunto che il *tratto* della rinnovata azione amministrativa (inerente, rispettivamente, alla valutazione delle offerte su un preciso criterio e alla verifica di anomalia, con conseguente riaggiudicazione in favore di Copernico) non interferisce in alcun modo con le ragioni escludenti invocate dall'appellante incidentale e con il pertinente potere amministrativo già esercitato, che attengono appunto al profilo della valutazione circa la *ammissibilità* dell'offerta, in nulla inciso o novato dal nuovo provvedimento e subprocedimento, con conseguente preclusione processuale per effetto della relativa mancata impugnazione nell'ambito del primo giudizio (il che, è appena il caso di osservare, ben vale anche per le doglianze inerenti alla dedotta anomalia dell'offerta di Pilò, dal momento che, laddove ammissibili, anch'esse avrebbero dovuto essere proposte nell'ambito del primo giudizio).

In ciò la fattispecie si distingue peraltro da quella, precedentemente esaminata, correlata al tema della necessaria considerazione o meno, nell'ambito della verifica di anomalia eseguita sull'offerta Copernico, delle sopravvenienze di cui al nuovo CCNL (cfr. *retro, sub* § 3.1.2.1 ss.), con i connessi risvolti processuali sulla tempestività delle domande di Pilò: mentre rispetto a quel caso, infatti, non è predicabile l'applicazione di parametri contrattuali non esistenti al tempo dell'adozione del primo provvedimento amministrativo (con conseguente tempestività della doglianza che abbia fatto valere i medesimi parametri sul *successivo* esercizio del potere amministrativo), nell'ipotesi qui in esame v'era già un'azione amministrativa (ammissiva della Pilò alla procedura di gara) i cui vizi di legittimità potevano (e dovevano, a fronte della loro rilevabilità e del sottostante interesse di Copernico) esser fatti valere in origine.

Di qui l'asimmetria e chiara differenza fra le due ipotesi, e, nella specie, l'inammissibilità del ricorso e conseguentemente dell'appello proposto da Copernico.

5. In conclusione, per le suesposte ragioni, va accolto l'appello principale, dichiarato inammissibile l'appello incidentale e, in riforma della sentenza impugnata, va accolto il ricorso principale di primo grado con annullamento del provvedimento amministrativo gravato.

5.1. Segue all'annullamento dell'aggiudicazione, ai sensi degli artt. 122 e 124, comma 1, Cod. proc. amm., sulla base della domanda formulata dall'appellante, la declaratoria d'inefficacia del contratto del 15 giugno 2023 (il cui avvio di esecuzione è avvenuto il 22 giugno 2023) fra la RAI e Copernico, quale capogruppo del corrispondente Rti, a far data dalla pubblicazione della presente sentenza, considerata appunto la lunga durata dell'affidamento, pari a 48 mesi, e il suo oggetto, consistente nella prestazione di un servizio di pulizie, in sé non ostativo a possibili subentri nell'esecuzione.

Nulla si può tuttavia direttamente disporre in ordine al subentro nell'affidamento, atteso che, come anche l'amministrazione ha dato conto, l'offerta della Pilò risulta essa stessa anomala (cfr., in tal senso, verbale della quarta seduta pubblica del 27 settembre 2022), dovendo perciò essere sottoposta a relativa verifica, all'esito della quale sarà l'amministrazione ad assumere le dovute determinazioni (cfr. Cons. Stato, VI, 11 ottobre 2018, n. 5853).

5.2. La complessità della fattispecie e di alcune delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, accoglie l'appello principale, dichiara inammissibile l'appello incidentale, e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso principale di primo grado e annulla il provvedimento amministrativo gravato, nonché dichiara inefficace il contratto stipulato fra la RAI - Radiotelevisione Italiana s.p.a. e Copernico s.c.p.a., come in motivazione;

Compensa integralmente le spese del doppio grado di giudizio fra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Angela Rotondano, Presidente FF

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Alberto Urso

Angela Rotondano

IL SEGRETARIO