

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 8080 del 17 ottobre 2025

Appalti pubblici – Verifica anomalia offerta – D.lgs. 36/2023 – Richiesta di giustificazioni e valutazione SA – No contraddittorio

Pubblicato il 17/10/2025

N. 08080/2025REG.PROV.COLL.

N. 05233/2024 REG.RIC.



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 5233 del 2024, proposto da (...) S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG N.D., rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio eletto presso lo studio (...);

contro

(...) S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Quarta) n. 03331/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) S.p.A. e dell'(...);

Visto 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 10 luglio 2025 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale della Campania ha accolto il ricorso proposto dalla società (...) S.p.A. contro l'(...) e nei confronti della società (...) S.p.A. per l'annullamento della comunicazione di esclusione, nota prot. 7528 del 1° febbraio 2024, con la quale *«la Commissione [...] ha dichiarato anomala l'offerta formulata, comportando ciò l'esclusione della ditta (...) SPA dalla procedura [...]»*, nonché per l'annullamento dell'aggiudicazione in favore di (...) (gestore uscente e terza classificata, essendo stata esclusa anche la seconda classificata per anomalia dell'offerta) disposta con delibera n. 7 del 2024 del Consiglio di Amministrazione di (...), comunicata in data 21 febbraio 2024.

1.1. La sentenza espone i seguenti fatti:

- la procedura in controversia è finalizzata all'affidamento del contratto di appalto dei servizi di *“custodia e sorveglianza non armata a tutela del patrimonio aziendale ubicato nelle province di Napoli e Caserta”* dell'(...), della durata di 36 mesi, con un ammontare complessivo pari ad € 7.195.081,80, così suddiviso: € 7.120.081,80 posto a base di gara per le attività in appalto e € 75.000,00 quali oneri di sicurezza da interferenza lavorativa non soggetti a ribasso, ed è disciplinata dal d. lgs. 18 aprile 2016 n. 50 applicabile *ratione temporis*;
- la stazione appaltante ha stimato i costi per la manodopera in € 6.657.364,00, *“in base ai dati, alle informazioni e alle indicazioni fornite dalla struttura aziendale proponente*

l'appalto”, e, all’art. 24 del disciplinare di gara, ha previsto una “clausola sociale”, specificata anche nell’art. 7 del Capitolato Speciale d’appalto;

- l’offerta presentata dall’odierna ricorrente ha ottenuto 72,80 punti, su 80, per l’offerta tecnica e 20 punti, su 20, per l’offerta economica, avendo presentato il massimo ribasso sul costo della manodopera tra le concorrenti;

- proprio in relazione a tale elemento, con nota prot. DT/PS del 22 dicembre 2023, la stazione appaltante ha invitato la ricorrente a *“fornire [...] spiegazioni inerenti la sostenibilità e realizzabilità dell’offerta tecnico-economica [...] formulata, precisando le principali voci di costo che concorrono all’attuazione delle scelte tecniche proposte ed alla composizione dell’importo complessivo offerto”*;

- le spiegazioni sono state fornite con il documento Prot. RGU/GEN/2024/688 del 10 gennaio 2024 (atto n. 5 depositato unitamente al ricorso, al quale sono allegati altri quattro documenti), ma, con la successiva comunicazione del 30 gennaio 2024, la ricorrente è stata esclusa, avendo la stazione appaltante richiamato il giudizio di incongruità espresso dalla Commissione sull’offerta giudicata non sostenibile.

1.2. I contenuti del provvedimento di esclusione sono sintetizzati come seguen ella sentenza appellata:

- 1) in primo luogo, l’Amministrazione contesta che la sottostima dei costi del personale (€ 5.856.351,01 a fronte di quello stimato ex ante di € 6.657.364,00) sia stata fatta senza valutare che, a copertura delle ore non lavorate dal personale interessato dalla clausola sociale, contenuta nell’art. 24 del disciplinare di gara, fosse ammessa solo la *“sostituzione temporanea”* e *“con relativo livello d’inquadramento almeno pari a quello del citato personale da sostituire (2°, 4° e 7° livello) ed anzianità di servizio nel settore di almeno 5 anni”*;

- 2) in secondo luogo, la valutazione di anomalia si fonda sulla circostanza che non sarebbe stato rispettato *“il monte ore pro-capite”* previsto dalla tabella del personale allegata agli atti di gara, poiché non sarebbero state assicurate tutte le

voci retributive “*già riconosciute nell’ambito del precedente appalto, ivi compreso scatti di anzianità, indennità e gratifiche, come già maturate da ciascun lavoratore*” interessato dal cambio di appalto, per effetto della clausola sociale;

- 3) infine non sarebbero stati considerati gli aumenti retributivi già previsti per le prossime annualità dal vigente CCNL Multiservizi, come oggetto dell’accordo di rinnovo dell’8 giugno 2021.

1.3. Il T.a.r. – dopo avere respinto un’eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalla stazione appaltante (concernente l’esatta identificazione dell’atto impugnato) – ha accolto entrambi i motivi di ricorso, con i quali la ricorrente aveva denunciato:

- col primo, il difetto di motivazione e il vizio di eccesso di potere della valutazione di anomalia, in relazione a ciascuno dei tre profili sopramenzionati;

- col secondo, la violazione del principio del contraddittorio procedimentale, poiché la stazione appaltante non avrebbe indicato tali specifici profili di ritenuta incongruità, poi espressi nella decisione di esclusione, nella quale sono stati esternati per la prima volta.

1.3.2. Non avendo la ricorrente graduato espressamente i motivi, il T.a.r. ha esaminato prima il secondo, attinente al *vulnus* procedimentale, e, pur ritenendo lo stesso fondato ed avente portata assorbente, ha poi esaminato anche le censure del primo motivo “*con effetto conformativo della successiva riedizione del potere finalizzato ad una nuova verifica che tenga conto della presente motivazione*”.

1.4. Il ricorso è stato accolto e, per l’effetto, il provvedimento di esclusione della ricorrente ed il conseguente provvedimento di aggiudicazione in favore della controinteressata sono stati annullati, con obbligo di rinnovazione del giudizio di anomalia dell’offerta di (...), secondo quanto specificato in motivazione.

1.5. Le spese processuali sono state poste a carico dell’amministrazione ed a favore della ricorrente, mentre sono state compensate tra questa e la controinteressata.

2. La società (...) ha proposto appello con quattro motivi.

L'(...) ha proposto appello incidentale con tre motivi, in parte coincidenti con quelli formulati dall'appellante principale.

La (...) ha resistito ad entrambi gli appelli.

2.1. Dopo un rinvio disposto per consentire la definizione del giudizio di accesso agli atti pendente tra le stesse parti, all'udienza del 10 luglio 2025 la causa è stata discussa e assegnata a sentenza, previo deposito di memorie e repliche.

3. Il primo motivo dell'appello principale e il primo motivo dell'incidentale attengono all'accoglimento del secondo motivo del ricorso proposto dalla (...), motivato dal T.a.r.:

- in punto di fatto, con la constatazione che *“solo con il provvedimento di esclusione comunicato il 30 gennaio 2024, impugnato in quanto lesivo, l'amministrazione ha articolato i profili di anomalia, sui quali si sono concentrate le difese ampiamente spiegate in questo giudizio. [...] alla fase della acquisizione dei giustificativi non è seguita la consultazione preliminare alla decisione, la quale è stata motivata su tre specifici punti, senza possibilità di attivazione del contraddittorio procedimentale”*;
- in punto di diritto, con l'affermazione che *“è imposta la previa consultazione con l'operatore interessato e, come ripetutamente ammesso dalla giurisprudenza, è perfino ammesso che, in sede di chiarimenti e contraddittorio, possano operarsi compensazioni tra sottostime e sovrastime, in una progressiva ripermimetrazione, nella dialettica della fase giustificativa, dei parametri di costo [...]”*; con il richiamo della giurisprudenza che ha valorizzato la funzione collaborativa del contraddittorio endoprocedimentale (Cons. Stato, III, 19 febbraio 2024, n. 1591); con il riferimento alla vigente formulazione dell'art. 110 del d.lgs. 36/2023 (*Codice dei contratti pubblici*), che, pur non applicabile *ratione temporis*, ad avviso del T.a.r.f. ungerebbe *“da essenziale supporto interpretativo anche della normativa antecedente, i rilievi in questa sede”* e imporrebbe *“alla stazione appaltante un rigoroso procedimento in contraddittorio con l'operatore coinvolto nel giudizio (oltre che la predeterminazione in sede di bando o avviso di elementi specifici oggetto della eventuale valutazione di anomalia), sancendo la regola in base alla quale la sua esclusione può avvenire solo ed*

esclusivamente all'esito di questa fondamentale fase di consultazione".

3.1. Col primo motivo dell'appello principale si critica la sentenza perché afferma indiscriminatamente un vero e proprio "obbligo di consultazione" della ditta sottoposta a verifica di anomalia, che è in contrasto con la giurisprudenza maggioritaria e che non trova fondamento nel sopravvenuto art. 110 del d.lgs. n. 36 del 2023.

3.1.1. Portata pressoché coincidente ha il primo motivo dell'appello incidentale, col quale si contesta, in particolare, che il T.a.r. avrebbe ricostruito la disciplina dell'art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016 come quella di un subprocedimento a due fasi necessarie: la prima di richiesta di giustificazioni e la seconda di c.d. consultazione preliminare con l'offerente propedeutica all'espressione del giudizio sull'offerta.

Siffatta ricostruzione è censurata mediante l'esame del dato normativo e della giurisprudenza maggioritaria, nonché dei tratti differenziali del giudizio di anomalia come delineato dal d.lgs. n. 36 del 2023, rispetto al previgente Codice dei contratti pubblici.

3.2. La censura delle appellanti, principale e incidentale, in sé considerata, merita favorevole apprezzamento.

3.2.1. L'art. 97, co. 5 del d.lgs. n. 50/2016 prevede che *"La stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni. Essa esclude l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4 o se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa [...]".*

Dopo la ricezione delle giustificazioni, non è prevista alcuna consultazione dell'offerente preliminare all'adozione del giudizio finale sulla congruità o meno dell'offerta, in particolare non è previsto che l'offerente debba essere obbligatoriamente consultato sulle ragioni per le quali la stazione appaltante ritenga l'insufficienza della prova fornita a giustificare il basso livello dei prezzi o dei costi

proposti ovvero ritenga accertata la violazione degli obblighi di cui alle lettere a), b), c) e d) dello stesso comma.

La struttura monofasica del procedimento di verifica di anomalia dell'offerta risulta chiaramente delineata dalla norma, anche mediante il confronto con la sua eccezione, costituita dal supplemento istruttorio, invece previsto da comma 7 del medesimo articolo, che si applica solo nel caso in cui dalle giustificazioni emerga che l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato.

L'art. 97, comma 5, in commento è stato come sopra interpretato dalla giurisprudenza maggioritaria, cui si deve la condivisibile affermazione del definitivo superamento della struttura trifasica del procedimento di verifica di anomalia dell'offerta (giustificativi, chiarimenti, contraddittorio) delineato invece dall'art. 87 del d.lgs. n. 163 del 2006 e l'eliminazione di qualsivoglia obbligo di legge sull'attivazione di passaggi procedurali successivi all'acquisizione delle spiegazioni scritte ai sensi del primo periodo della disposizione (cfr. Cons. Stato, V, 20 ottobre 2023, n. 9119 e id. 10 maggio 2023, n. 4731, quest'ultima anche per i numerosi precedenti conformi).

3.2.2. Quanto alla vigente formulazione dell'art. 110 del d.lgs. n. 36 del 2023, si può concordare col T.a.r. sul fatto che sia utile supporto interpretativo della normativa antecedente e che vi sia stata ribadita la “*necessità del contraddittorio nella fase fisiologica del procedimento*” di valutazione di anomalia dell'offerta.

L'elemento di novità si rinviene nella necessità, dettata dal primo comma, della previa identificazione da parte della stazione appaltante degli “elementi specifici” da considerare ai fini della “valutazione” di anomalia dell'offerta: si tratta di un'innovazione collegata alla fase precedente lo svolgimento del sub-procedimento di verifica di anomalia, dovuta alla scelta effettuata nel nuovo Codice dei Contratti pubblici di affidare l'attivazione del procedimento in oggetto alla valutazione tecnico – discrezionale della stazione appaltante, mentre l'art. 97 la prevede(va) come obbligatoria al ricorrere di determinate condizioni collegate all'elevatezza dei

punteggi ottenuti dall'offerta tecnica ed economica.

Tuttavia, una volta attivato il relativo procedimento, non sono previsti passaggi procedurali obbligatori, salva l'acquisizione delle giustificazioni/spiegazioni scritte da parte dell'interessato.

Invero il contraddittorio, analogamente a quanto previsto dal previgente art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016, è instaurato mediante richiesta scritta all'operatore economico delle *“spiegazioni sul prezzo e sui costi proposti”* (comma 2), nonché sugli elementi del comma 3, alla cui presentazione nel termine assegnato dalla stazione appaltante (*“non superiore a quindici giorni”*), può seguire direttamente l'esclusione dell'offerta *“se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 3”* (comma 5) oppure se l'offerta non rispetta gli obblighi di cui alle lettere da a) a d) dello stesso comma 5.

Le norme appena sintetizzate non innovano la precedente disciplina quanto all'andamento e all'esito del contraddittorio procedimentale.

Anzi, come affermato da una delle prime sentenze applicative dell'art. 110 del d.lgs. n. 36 del 2023, *<< la tempistica procedimentale stabilita dal legislatore prevede che il contraddittorio sia articolato in una sola richiesta istruttoria, con assegnazione di un termine non superiore a quindici giorni per l'inoltro delle giustificazioni. La procedura è così delineata dallo stesso legislatore e si basa su un termine acceleratorio, “non superiore” a quindici giorni, che evidenzia la necessità del superamento della prima parvenza di anomalia nel minor tempo possibile>>*, secondo una *“impostazione accelerata”* della sequenza procedimentale, che *<<si iscrive in un contesto di rispetto del principio del risultato, in base al quale le stazioni appaltanti “perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo” (art. 1 comma 1 del d. lgs. n. 36 del 2023).*

Lo stesso articolo prevede espressamente che il principio del risultato “costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto” (comma 4).

Pertanto, soccorrono specifiche regole di gara a presidiare il rispetto della sequenza e della tempistica procedimentale sopra delineata, regole che risultano coerenti con il principio di autoresponsabilità che informa le procedure di evidenza pubblica>> (così Cons. Stato, V, 13 agosto 2024, n. 7114, seguita da Cons. Stato, V, 3 febbraio 2025, n. 844).

Va sottolineato che anche l'art. 110 del d.lgs. n. 36 del 2023, d'altronde, regola diversamente, in termini ben più rigorosi, il contraddittorio nella particolare ipotesi prevista dal comma 6 - da intendersi come eccezione alla regola dei commi precedenti (analogamente al comma 7 del previgente art. 97) - in cui l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato e gli debba essere consentito di dimostrare che è compatibile col mercato interno ex art. 107 TFUE.

3.3. In definitiva, va escluso che ai sensi della disciplina dettata dall'art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016 (ma anche dall'art. 110 del d.lgs. n. 36 del 2023) si imponga alle stazioni appaltanti - in caso di attivazione del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta - di fare precedere l'adozione del provvedimento di esclusione da un'ulteriore fase di confronto con l'operatore economico.

3.4. Si tratta di una conclusione che, oltre ad essere coerente col principio di non aggravamento del procedimento amministrativo di cui all'art. 1, comma 2, della legge n. 241 del 1990, è diretta conseguenza della discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante nella conduzione della verifica di anomalia, rispetto alla quale il contraddittorio assolve ad una funzione istruttoria, essenziale ai fini dell'esercizio del detto potere discrezionale.

Va perciò condivisa la giurisprudenza, richiamata dalle appellanti, per la quale *“la stazione appaltante non è obbligata, ricevuti i chiarimenti richiesti, a far precedere l'esclusione per incongruità dell'offerta da un relativo preavviso all'interessato: ciò in quanto nella verifica di anomalia il contraddittorio procedimentale ha funzione meramente istruttoria, consentendo alla stazione appaltante di acquisire ogni elemento utile alla miglior valutazione dei dati contenuti nell'offerta al fine di acclarare se questa sia effettivamente sostenibile e, quindi, consenta di realizzare l'interesse pubblico inerente al contratto da aggiudicare, ma non è preordinato a*

risolvere in via anticipata un contrasto tra differenti posizioni” (già Cons. Stato, V., sent. 3 maggio 2021, n. 3472; conf. 4 giugno 2020, n. 3508).

Proprio la funzione istruttoria riservata al contraddittorio nell’ambito del subprocedimento in esame giustifica l’ulteriore affermazione giurisprudenziale secondo cui solo nel caso in cui *“la stazione appaltante non sia in condizione di risolvere tutti i dubbi in ordine all’attendibilità dell’offerta soggetta a verifica di anomalia, per non poter, in particolare, o ritenere insufficienti le giustificazioni presentate dal concorrente in relazione agli elementi di cui al comma 4 o accertare l’inadeguatezza complessiva dell’offerta sulla scorta degli indicatori di cui al comma 5 dell’art. 97”* la stessa è tenuta a richiedere sul piano istruttorio ulteriori chiarimenti e giustificazioni all’impresa (Cons. Stato, III, 11 ottobre 2021, n. 6818 e id., IV, 7 agosto 2020, n. 4973, richiamate da Cons. Stato, V, 10 maggio 2023, n.4731).

3.4.2. L’interpretazione appena illustrata dell’art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016 (ma utile anche a fini interpretativi dell’art. 110 del d.lgs. n. 36 del 2023) è stata ritenuta “in linea” con l’art. 69, par.3, della direttiva n. 2014/24 (Cons. Stato, n.4731/2023 appena citata).

La norma della direttiva, nella parte in cui prevede che *“l’amministrazione aggiudicatrice valuta le informazioni fornite consultando l’offerente”*, non impone la lettura sostenuta da (...) secondo cui sarebbero da distinguere necessariamente due fasi autonome: l’una, destinata all’acquisizione delle spiegazioni dell’impresa la cui offerta è sospettata di anomalia; l’altra, destinata alla “consultazione” dell’offerente al fine di “valutarne” le informazioni.

Piuttosto, la *ratio* della disciplina euro-unitaria è volta ad evitare l’esclusione automatica degli operatori economici per offerte anomale (per la cui contrarietà al diritto dell’Unione, si veda già Cgue, sez. IV, 15 maggio 2008, C-147/06).

L’esclusione “automatica” per anomalia dell’offerta è impedita da un sistema quale quello delineato dalle norme in commento e, più in generale, dall’ordinamento interno, per i seguenti due ordini di ragioni:

- per le tutele endoprocedimentali (di cui si è detto sopra) che, imponendo il contraddittorio, ne consentono la modulazione alla stazione appaltante, sia *ex ante* nella legge di gara, che *ex post*, a seconda dell'andamento concreto del singolo sub-procedimento;
- per la possibilità, nel merito - nel rispetto dei limiti propri delle critiche indirizzabili alla valutazione di anomalia - di “*muovere doglianze avverso il giudizio espresso dalla stazione appaltante, anche in relazione ad eventuali errori inerenti alle singole affermazioni conclusive rese dalla stessa, pur se in precedenza non specificamente interessate dall'interlocuzione fra le parti, il tutto rifluendo nell'apprezzamento delle doglianze sostanziali mosse [...]*” in sede processuale (così Cons. Stato, n.4731/23 cit.).

3.4.3. Ne consegue che mentre è *contra legem* la totale pretermissione di ogni confronto preventivo finalizzato a formare il giudizio della stazione appaltante nell'esercizio della discrezionalità tecnica (fattispecie alla quale sono riconducibili i casi in cui il contraddittorio possa reputarsi solo apparente, come nel caso oggetto della sentenza, citata da (...), di questa Sezione V, 18 novembre 2024, n. 9214), quando il contraddittorio non sia mancato, essendo stato consentito all'operatore economico di esternare le ragioni fondanti le proprie indicazioni economiche, ma la stazione appaltante non ne abbia tenuto conto, neanche formulando la richiesta di dovuti chiarimenti (alla stregua della giurisprudenza sopra richiamata), il provvedimento che ne risulta e che faccia dipendere l'esclusione dall'asserita insostenibilità dell'offerta (non dalla ritenuta impossibilità di verificarne la sostenibilità per una carenza di istruttoria) è eventualmente impugnabile per difetto di istruttoria e di motivazione.

3.5. (...) ha formulato la corrispondente doglianza addirittura come primo motivo di ricorso e questo è stato esaminato e deciso dal T.a.r., sia pure non in via prioritaria.

Pertanto, pur dovendo essere corretta, nei termini sopra esposti, la decisione presa dal T.a.r. sul secondo motivo di ricorso concernente il *vulnus* procedimentale, resta

impregiudicato l'interesse delle appellanti all'esame dei restanti motivi di appello.

4. Nel merito, vanno quindi esaminate in primo luogo le censure delle appellanti concernenti il paragrafo 11.1 della sentenza appellata, che riguardala prima delle motivazioni del provvedimento di esclusione.

4.1. La contestazione mossa in tale provvedimento consiste nel fatto che (...) “... *ha valutato i propri costi della manodopera in misura minore (€ 5.856.351,01) rispetto a quelli stabiliti dagli atti di gara (€ 6.657.364,00) senza prevedere che, a copertura delle ore non lavorate dal personale soggetto al c.d. “cambio appalto” (per ferie, permessi, malattia, sciopero, ecc.), l’impiego di singole risorse del proprio organico è consentito solo in sostituzione temporanea (cioè per un periodo max di 3 mesi consecutivi di presenza, alternati da almeno 5 mesi di fermo e fino a complessivi 6 mesi di presenza all’anno) e con relativo livello di inquadramento almeno pari a quello del citato personale da sostituire (2°, 4° e 7° livello) ed anzianità di servizio nel settore di almeno 5 anni; contravvenendo, pertanto, a quanto stabilito dalla lex specialis di gara (cfr paragrafi 21 e 22 del Disciplinare di gara, art. 7 del Foglio delle Condizioni del CSA, punto 3.1 delle Specifiche Tecniche del CSA) con evidente sottostima del costo orario per singola risorsa impiegata in sostituzione, il cui valore, determinato senza tener conto di quanto sopra, risulta inferiore ai costi orari previsti dalle vigenti tariffe di settore della Regione Campania per i suddetti livelli d’inquadramento, ciò a prescindere dagli sgravi applicati per i livelli superiori al 2°”.*

4.1.1. Il T.a.r. ha dato atto delle seguenti contestazioni della ricorrente (...):

- nella formulazione dell'offerta economica e nella quantificazione del costo del personale avrebbe tenuto conto delle proprie capacità di “ottimizzazione” dei costi previsti dalle tabelle ministeriali (aggiornate a luglio 2023) e, in particolare, del dato relativo “alle ore effettive mediamente lavorate dal personale al proprio servizio”, maggiori di quelle tabellari sulle quali invece sarebbe stata effettuata la stima della stazione appaltante. In sostanza, l'offerta si basa sulla stima aziendale del valore medio di 1.674 di ore annue effettive (mentre quello stimato dalle tabelle ministeriali è pari a 1.581), pertanto superiore, proprio per effetto di scelte gestionali che sono state analiticamente indicate, a quello indicato nelle tabelle,

come noto prive di efficacia vincolante;

- a supporto di tale giustificazione la ricorrente ha allegato la relazione del professionista consulente del lavoro, relativa ai dati storici aziendali;

- sulla base del dato di 1.674 ore annue effettive, è stato quindi calcolato il monte ore complessivo, tenendo conto della qualifica e delle percentuali di part-time del personale soggetto al cambio di appalto, e sono state anche considerate le 600 ore effettive annue offerte in aggiunta, come miglioria;

- è stata pertanto quantificata la somma totale di 33.640 ore integrative, necessarie per garantire:

 - l'erogazione di 115.492 ore effettive annue, come da atti di gara;

 - l'erogazione di ulteriori 600 ore effettive annue offerte in aggiunta dalla ricorrente quale miglioria;

 - le sostituzioni dei dipendenti per ferie, permessi e malattie, parametrata sui dati della specifica organizzazione;

- in sintesi, la differenza tra il costo della manodopera stimato dalla stazione appaltante (pari ad € 6.657.364,00) ed il costo della manodopera determinato dalla ricorrente (pari a € 5.586.351,01) deriverebbe, non dalla mancata copertura delle ore non lavorate dal personale soggetto al cambio di appalto, ma proprio dalle “ottimizzazioni” legittimamente applicate dalla ricorrente in relazione alla propria capacità gestionale, supportate da dati e non basate su stime astratte;

- le spiegazioni, riportate nel ricorso, indicano in tal senso elementi dettagliati (l'azzeramento della rivalutazione TFR; il premio assicurativo INAIL dell'1,88%; la detta quantificazione delle ore effettive annue pari a 1674,40 a fronte di quelle delle tabelle ministeriali);

- riportando tali stime aziendali al costo orario pro-capite, sarebbero stati pertanto stimati i costi dei lavoratori dei diversi livelli contrattuali, con il seguente risultato: il costo orario di un lavoratore di 2° livello decrementato da € 16,56 a € 15,02 e il costo orario di un lavoratore di 4° livello decrementato da € 18,31 a € 16,29 (con

una diminuzione oraria di costo di circa due euro);

- anche sulla distribuzione tra i livelli dell'abbassamento del costo, la ricorrente ha prospettato un criterio di calcolo, riferendo di aver tenuto conto della medesima percentuale di distribuzione dei due livelli rilevata nella clausola sociale, ovvero rispettivamente al 25% e al 75% (non essendo stati previsti diversi criteri nella *lex specialis*).

4.1.2. Dato quanto sopra, il T.a.r. ha accolto il motivo affrontando i seguenti due temi:

- il tema delle “ore annue mediamente lavorate” ed il correlato abbassamento del costo orario medio di circa due euro per ciascun livello contrattuale, ritenendo che la stima della ricorrente fosse supportata “*con parametri storici relativi al tasso di assenteismo (e quindi al costo delle sostituzioni); nonché con l’abbattimento di oneri specifici relativi alla rivalutazione TFR, essendo le quote versate nel fondo di tesoreria INPS e con un’agevolazione di cui beneficia nei confronti dell’INAIL*”, tutti parametri non considerati dalla stazione appaltante; le difese dell’amministrazione sono state ritenute, per un verso inammissibili, in quanto volte ad integrare *ex post* la motivazione del provvedimento, per altro verso, infondate perché non coerenti con la rilevanza dei dati storici aziendali riconosciuta dalla giurisprudenza;

- il tema dell'utilizzo del “lavoro straordinario” dei dipendenti da parte di (...), che secondo il T.a.r. dovrebbe essere considerato dalla stazione appaltante perché “*in sede di verifica delle offerte anomale, il richiamo al lavoro straordinario non va ritenuto aprioristicamente precluso a fini di giustificativi della sostenibilità dell’offerta, potendo esso effettivamente rientrare fra gli elementi di possibile organizzazione dell’impresa. Invero, la sola natura volontaria del lavoro straordinario (così come di quello supplementare) non vale di per sé a incidere sull’offerta o intaccare la significatività dell’impegno giuridico assunto dall’impresa nei confronti del committente, afferendo piuttosto il possibile rifiuto del prestatore di lavoro ai rapporti interni fra datore e lavoratore (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 8 maggio 2020, n. 2900)*”.

4.2. Col secondo motivo dell'appello principale, (...) sostiene, in primo luogo, che

la motivazione non sarebbe pertinente, perché nessuno dei detti due aspetti avrebbe formato oggetto del provvedimento di esclusione e che, anzi, il T.a.r. (avrebbe travisato il problema rilevato dalla stazione appaltante nell'offerta della ricorrente e comunque) avrebbe dovuto dichiarare inammissibile il ricorso di (...) perché -appuntandosi anche questo su dette due questioni non pertinenti- non avrebbe invece colto e censurato la vera prima ragione di esclusione, riguardante la violazione della *lex specialis* e dei minimi salariali retributivi per la copertura delle ore integrative.

L'appellante ribadisce che il costo delle sostituzioni sarebbe stato gravemente sottostimato laddove per la “manodopera integrativa” è stato esposto nell'importo orario di €/h 16,20.

Ad avviso della (...), la sottostima non sarebbe giustificata dal ricorso al lavoro straordinario per coprire le ore integrative, per le ragioni illustrate al punto III del secondo motivo di appello (in sintesi: i) mancato rispetto del limite delle sostituzioni temporanee; ii) costi delle ore integrative comunque inferiori ai minimi salariali; iii) impossibilità di ricorrere al lavoro straordinario per coprire il 100% delle ore notturne e festive per la totalità dei turni di lavoro; iv) mancanza di operatori titolari, e presenza solo di personale esterno, in orario notturno e festivo/notturno, in violazione dei “parametri prestazionali minimi”).

Ancora, secondo quanto illustrato al punto IV del secondo motivo dell'appello principale, il T.a.r. non si sarebbe avveduto della duplicazione del “recupero INPS/INAIL”, che (...) avrebbe computato due volte al fine di “ottimizzare” il costo del lavoro della propria manodopera.

4.2.1. La stazione appaltante – al primo punto del secondo motivo dell'appello incidentale (II.1) – illustra i profili che indurrebbero a ritenere comunque l'offerta di (...) insostenibile ed incongrua, tenendo conto del regime economico e normativo del lavoro straordinario, ma anche dell'indisponibilità nell'organico della (...) dei lavoratori necessarie comunque dell'incoerenza di una simile

organizzazione del servizio rispetto alle esigenze organizzative di (...).

La stazione appaltante critica la sentenza nella parte in cui si è soffermata sulle censure della (...) (riportate al punto 9.1), che anche (...) (così come (...)) giudica “non pertinenti”, perché il T.a.r. avrebbe tralasciato la circostanza, invero centrale, che lo specifico oggetto del primo motivo del giudizio di anomalia è relativo alle sole ore integrative, e non a tutti gli altri elementi dell’offerta.

Viene inoltre censurata (al secondo punto II.2 del secondo motivo dell’appello incidentale) la decisione di primo grado nella parte in cui “*tenta di giustificare la scelta di (...) di ricorrere al lavoro straordinario del proprio personale per assicurare le 33.640,24 ore integrative*”.

La censura si fonda essenzialmente sulla constatazione che solo nell’ambito del ricorso, per la prima volta, la società ha dichiarato che si sarebbe avvalsa del lavoro straordinario per assicurare le ore integrative e che pertanto la (...) si è vista costretta a replicare soltanto in sede processuale sull’incompatibilità del lavoro straordinario con i vincoli imposti dalla disciplina giuslavoristica e dal CCNL di riferimento, nonché sulle altre ragioni di inutilizzabilità del lavoro straordinario (che non sono state esaminate dal T.a.r.). Gli argomenti vengono riproposti in appello.

4.3. I motivi non meritano accoglimento.

4.3.1. La contestazione immediata oggetto del primo rilievo del provvedimento impugnato attiene alla “*evidente sottostima del costo orario per singola risorsa impiegata in sostituzione*”, che la Commissione ascrive alla mancata considerazione da parte della società che, per la copertura delle ore non lavorate dal personale soggetto al c.d. “cambio appalto” (per ferie, permessi, malattia, sciopero, ecc.), l’impiego delle risorse del proprio personale è consentito soltanto a determinate condizioni (di temporaneità della sostituzione e di livello di inquadramento ed anzianità di servizio) fissate nella legge di gara.

Per replicare a tale contestazione - al fine di dimostrare che il costo orario per la

singola risorsa impiegata in sostituzione sarebbe stato considerato, nel formulare l'offerta economica e nel redigere i giustificativi, senza sottostimarne l'importo, ma anche rispettando le condizioni imposte dalla legge di gara per le sostituzioni - la (...) ha esplicitato, col ricorso introduttivo, i criteri di calcolo del costo della manodopera da impiegare nella commessa, secondo quella che dovrà essere l'organizzazione delle relative prestazioni.

Invero, l'assunto da cui muove la ricorrente in primo grado è che, per dimostrare l'errore nel quale sarebbe incorsa la Commissione nel giudizio di anomalia, occorre considerare la previsione di ore effettive annue di 115.492, contenuta nella Tabella Servizi allegata al Capitolato Speciale d'Appalto, nonché la previsione del personale soggetto al passaggio di appalto di 51 unità (di cui sei *part time*) contenuta in altra tabella della stazione appaltante; quindi, occorre moltiplicare il dato relativo alle ore effettive lavorate per i lavoratori interessati dal cambio appalto, da cui desumere le ore "integrative", da coprire con i lavoratori in sostituzione.

Si tratta di un ragionamento che – in disparte la correttezza o meno dei dati utilizzati (su cui *infra*) – risulta, contrariamente a quanto sostenuto da (...), pertinente rispetto alla contestazione mossa dalla Commissione: di qui, l'infondatezza della censura di inammissibilità del ricorso, nonché della censura di "irrilevanza" delle argomentazioni del T.a.r. o di travisamento da parte di quest'ultimo del contenuto del provvedimento impugnato.

4.3.2. Invero, il tenore della contestazione di cui al primo punto del provvedimento impugnato -sopra testualmente riportato- è tale da lasciare intendere che fosse in discussione anche l'ammontare delle "ore integrative" quantificato dalla società, cioè l'ammontare delle ore da coprire mediante le sostituzioni, indicato nella tabella dei giustificativi di (...) in 33.640,34 (tenendo conto non solo dell'erogazione delle 115.492 ore effettive annue di cui agli atti di gara, ma anche dell'erogazione di ulteriori 600 ore effettive annue offerte quale miglioria).

Per pervenire a tale dato, in modo da coprire anche le sostituzioni per ferie, permessi e malattie, è quindi necessario tenere conto -così come bene affermato dal T.a.r., seguendo il ragionamento della ricorrente, sopra sintetizzato- del dato relativo alle ore effettive mediamente lavorate dal personale al servizio di (...), indicato in 1.674, superiore quindi a quello di 1.581 stimato dalle tabelle ministeriali, ed utilizzato dalla stazione appaltante.

4.3.3. Tuttavia, come si evince anche dalle difese svolte dalla stazione appaltante nel presente giudizio, la contestazione della Commissione – senza investire direttamente la quantificazione di 33.640,34 ore “integrative” - si è viepiù concentrata sull’inadeguatezza del costo annuo delle stesse, quantificato da (...) complessivamente in € 545.229,27.

La sottostima del costo delle ore integrative sarebbe frutto secondo la stazione appaltante non tanto del mancato rispetto delle maggiorazioni di legge scaturenti dalle turnazioni previste nella “Tabella dei servizi” allegata al Capitolato, quanto - costituendo questo il punto centrale del primo rilievo del provvedimento impugnato - del mancato rispetto dei limiti imposti dalla legge di gara per l’impiego delle risorse dell’organico dell’appaltatore in sostituzione di quelle soggette a clausola sociale.

In proposito, la (...) ha col ricorso introduttivo fatto leva sulle “ottimizzazioni” del costo del lavoro che sarebbe in grado di garantire, nonché sull’impiego del lavoro straordinario.

4.3.4. Quanto alle prime - ferma la rilevanza dei dati storici aziendali ai fini del calcolo delle ore annue effettive e, di conseguenza, delle ore annue integrative, secondo quanto sopra esposto- occorre tenere tuttavia conto delle ulteriori giustificazioni di (...).

In queste ultime, si legge che *“rispetto ai costi riportati nella Tabella FISE la scrivente ha definito le seguenti ottimizzazioni del costo:*

- E’ stato azzerato l’importo della Rivalutazione TFR [...];

- *E' stato applicato una percentuale INAIL pari al 1,88% [...]".*

Ha poi aggiunto di avere previsto, nel modello di calcolo del costo della manodopera, una *"voce di Partecipazione alla retribuzione di INPS e INAIL per malattie infortuni e maternità per un quota pari al 1,76% del costo della manodopera per un importo complessivo di € 104.905,42 [...]"*.

Nessuna di tali giustificazioni è stata espressamente considerata nel provvedimento conclusivo del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Né, d'altronde, quest'ultimo contiene la specifica confutazione della tabella inserita nei giustificativi di (...) intitolata *"costo orario al netto degli efficientamenti previsti determinato dall'offerente"*, dalla quale è stata poi desunta la tabella intitolata *"costo orario da applicare alla manodopera integrativa determinato dall'offerente"*; né vi è contenuta la specifica confutazione di quest'ultima tabella, dato che nel provvedimento impugnato viene genericamente constatata soltanto la *"evidente sottostima del costo orario per singola risorsa impiegata in sostituzione, il cui valore ...risulta inferiore ai costi orari previsti dalle vigenti tariffe di settore della Regione Campania per i suddetti livelli d'inquadramento, ciò a prescindere dagli sgravi applicati per i livelli superiori al 2°"*.

4.3.4. Come su accennato, la Commissione imputa tale sottostima al mancato rispetto dei vincoli imposti dalla legge di gara per le sostituzioni.

In proposito, (...) ha sostenuto di provvedere alle sostituzioni con il proprio personale in regime di lavoro straordinario, potendo fare affidamento su un bacino di oltre 830 dipendenti assunti con il CCNL Multiservizi operanti nella Regione Campania.

Si tratta di una giustificazione che è stata esplicitata per la prima volta col ricorso introduttivo. Tuttavia, ottemperando ai doveri di collaborazione e buona fede, ma anche al criterio di efficacia dell'azione amministrativa, espressione del buon andamento dell'amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione - dei quali si è detto trattando il primo motivo di appello – sulle modalità organizzative delle sostituzioni la Commissione avrebbe dovuto chiedere chiarimenti, non limitarsi ad

ipotizzare la violazione della legge di gara basandosi soltanto sul costo della manodopera esposto nei giustificativi.

D'altronde, essendo ammesso il ricorso al lavoro straordinario "sul piano generale ed astratto", come giustamente riconosciuto dal T.a.r., sempre in linea generale ed astratta l'operatore economico partecipante alla gara *de qua* avrebbe potuto farvi ricorso, purché nel rispetto delle condizioni imposte dalla legge di gara per le sostituzioni; con la precisazione, rilevante nel caso di specie, che nessuna disposizione della *lex specialis* pone limiti specificamente rivolti all'impiego del lavoro straordinario.

4.3.5. Il difetto di istruttoria e di motivazione del provvedimento impugnato risulta *per tabulas* dalle omissioni istruttorie e motivazionali appena ribadite – già evidenziate dal T.a.r. (che, diversamente da quanto assume (...), risulta essersi pronunciato su entrambi i vizi dedotti col primo motivo di ricorso) - e comporta la fondatezza del ricorso proposto in primo grado, in riferimento al primo profilo di anomalia dell'offerta di (...) ritenuto dalla stazione appaltante.

Le deduzioni svolte da quest'ultima, con l'appello incidentale, e dalla controinteressata, con l'appello principale (sopra sintetizzate), in tema di spettanza delle agevolazioni contributive e assicurative e, soprattutto, in tema di impiego del lavoro straordinario nella specifica gara oggetto di contenzioso (così come le controdeduzioni sull'impiego del lavoro straordinario svolte da (...) nella memoria difensiva depositata dopo l'accesso all'offerta ed ai giustificativi di (...)), esulano dalla presente decisione, poiché attengono a questioni concernenti l'offerta economica di (...) sulle quali l'amministrazione non si è ancora pronunciata.

Esse andranno invero affrontate in sede di riedizione del potere, come già precisato dal T.a.r.

A tale ultimo riguardo merita sottolineare l'erroneità dell'assunto difensivo di (...) secondo cui le censure riferite al tema del lavoro straordinario contenute nell'atto di appello (principale, ma anche incidentale) sarebbero tutte inammissibili perché la

questione non avrebbe “*avuto alcun sostanziale rilievo nell'economia della decisione del Tar*”. All’opposto, è da ritenere che la questione ha avuto proprio quel “sostanziale rilievo” che ad essa ha inteso attribuire (...) in sede processuale; e che, in ragione dell’emersione delle relative problematiche soltanto in tale sede, non anche in quella procedimentale, necessita di essere affrontata appunto dalla stazione appaltante nella riedizione del giudizio di anomalia dell’offerta di (...).

4.4. I motivi dell’appello principale e dell’appello incidentale fin qui esaminati vanno respinti, fermo restando l’effetto conformativo di cui alla sentenza del T.a.r., come sopra riaffermato.

5. Col terzo motivo dell’appello principale e con la terza censura del secondo motivo dell’appello incidentale è criticato il paragrafo 11.2 della sentenza appellata, che riguarda la seconda delle motivazioni del provvedimento di esclusione.

5.1. La contestazione mossa in tale provvedimento consiste nel fatto che (...) “*non ha previsto nella determinazione del proprio costo del lavoro il rispetto del monte ore annuo pro-capite di ciascun lavoratore soggetto a cd. "cambio appalto", così come riportato dalla Tabella del Personale di cui agli atti di gara, né il rispetto dei trattamenti retributivi di cui alla medesima Tabella da corrispondere a ciascuno di essi, quale insieme delle voci costituenti tutte le parti salariali già riconosciute nell'ambito del precedente appalto, ivi compreso scatti di anzianità, indennità e gratifiche, come già maturate da ciascun lavoratore di cui sopra; contravvenendo, pertanto, a quanto stabilito dalla lex specialis di gara in riferimento alla Clausola Sociale inserita per l'espletamento del servizio di che trattasi ed ai fini della salvaguardia occupazionale secondo l'impegno a garanzia reso con la partecipazione alla procedura di gara di che trattasi (cfr. paragrafo 24 del Disciplinare di gara, art.7 del Foglio delle Condizioni del CSA, punto 3.1 delle Specifiche Tecniche del CSA, FAQ di gara)*”.

5.1.1. Il T.a.r. ha dato atto delle seguenti contestazioni della ricorrente (...):

- la ricorrente contesta non solo la ragionevolezza della contestazione, ma la sua stessa veridicità, deducendo in particolare che, nella prima tabella inserita nel paragrafo 2.1 dei giustificativi, il costo complessivo della manodopera del

personale di cui al passaggio di appalto sarebbe stato indicato in misura addirittura maggiore (pari a € 1.441.856,00, in conseguenza dell'adeguamento delle componenti retributive legate a scatti d'anzianità, indennità e gratifiche maturate dal personale interessato dal cambio d'appalto), rispetto a quello desumibile dagli atti di gara (pari € 1.414.299,11), calcolato sulla base delle informazioni risultanti dagli atti di gara (tabella contenente l'elenco e il costo del personale);

- non sono stati dedotti dall'amministrazione, a fronte della documentazione offerta dalla ricorrente, elementi specifici che supportano la contestazione in oggetto.

5.1.2. Dato quanto sopra, il T.a.r. ha accolto il motivo ritenendo che la ricorrente avesse dimostrato che *“il costo complessivo – peraltro anche più alto a parità di ore di lavoro di quello emergente dagli atti di gara (pari € 1.414.299,11) - pari a € 1.441.856,00, comprendeva proprio le componenti retributive legate a scatti d'anzianità, indennità e gratifiche maturate dal personale interessato dal cambio d'appalto, allegando a tal proposito una tabella di calcolo e riportando poi tale criterio di quantificazione in ricorso”*.

La documentazione prodotta da parte ricorrente è stata pertanto reputata sufficiente a ritenere irragionevole la contestazione della stazione appaltante, in quanto questa *“non ha tenuto conto delle specifiche spiegazioni allegate in sede procedimentale (tabella contenente l'elenco e il costo del personale con i relativi calcoli)”*.

5.2. Col terzo motivo dell'appello principale, (...) sostiene che tale motivazione sarebbe erronea e smentita *per tabulas*, perché nell'allegato C alle giustifiche prodotte, (...) ha dichiarato la retribuzione per i lavoratori inquadrati a Livello 2 e a Livello 4, omettendo di considerare i trattamenti di miglior favore che, ad avviso dell'appellante, sarebbero già stati maturati dai lavoratori oggetto di cambio appalto, previsti dalla “Tabella Personale” (quali: *ad personam*; superminimo; indennità di disponibilità; indennità di reperibilità; premio produzione e premio produzione netto).

Si avrebbero perciò la violazione dell'art. 7 del CSA sulla clausola sociale ed una

sottostima dei costi per almeno 100.620,64 euro/anno.

Il T.a.r. avrebbe basato il confronto sul “costo base” della manodopera di cambio appalto, senza includere i trattamenti di miglior favore; per di più, avrebbe fatto riferimento al parametro di € 1.414.299,41 come costo annuale del personale di cambio appalto, che tuttavia non è stato specificamente indicato dalla stazione appaltante (avendo questa stimato il costo della manodopera in € 6.657.364 ossia 2.219.121,33 euro/anno, senza mai distinguere tra costo del personale di cambio appalto e costo del personale integrativo).

5.2.1. La stazione appaltante sostiene, poi, con l'appello incidentale, che dal mero confronto fra la Tabella Personale allegata al CSA e la tabella “costo orario della manodopera”, Allegato C delle giustificazioni, risulta che in quest'ultima non sono riportati gli specifici elementi della retribuzione previsti invece nella prima (specificamente, l'assegno *ad personam* e il superminimo). Contrariamente a quanto affermato dal T.a.r., il giudizio di anomalia, oltre a riferirsi a tali ultimi elementi (contenuti nella tabella allegata al CSA), avrebbe fatto riferimento anche ad altri elementi della retribuzione previsti dal CCNL Multiservizi (come il fondo di previdenza complementare e l'assistenza sanitaria integrativa) che sarebbero stati completamente omessi nella tabella presentata dalla società in sede di giustificazioni.

5.3. I motivi non meritano accoglimento.

5.3.1. Il punto in contestazione riguarda il trattamento retributivo del personale interessato al cambio appalto.

Al trattamento retributivo di tale personale si riferiscono:

- per la stazione appaltante, la Tabella Personale allegata al CSA;
- per (...), la tabella “costo orario della manodopera”, allegato C delle giustificazioni.

Le due tabelle rispondono tuttavia a criteri di redazione non coincidenti, sicché non è corretto il ragionamento della stazione appaltante fondato sul mero

confronto delle voci presenti nell'una e mancanti nell'altra (in particolare, l'assegno *ad personam* ed il superminimo, indicati nella prima ma non nella seconda).

Peraltro, nemmeno la prima delle due tabelle, redatta dalla stazione appaltante, riporta specificamente altri elementi che l'appellante principale (...) assume dover essere considerati come già maturati dai lavoratori soggetti al cambio d'appalto, deducendone la mancata considerazione da parte di (...).

Il provvedimento impugnato, a sua volta, si basa sul detto confronto tabellare, affermando il mancato rispetto dei trattamenti retributivi di cui alla tabella allegata al CSA, senza tuttavia specificare quali siano le voci mancanti e per quali importi, dato che si limita al generico riferimento all'«*insieme delle voci costituenti tutte le parti salariali già riconosciute nell'ambito del precedente appalto, ivi compreso scatti di anzianità, indennità e gratifiche, come già maturate da ciascun lavoratore di cui sopra*».

5.3.2. La lacuna istruttoria e motivazionale trova riscontro nella tabella depositata in giudizio da (...) il 17 aprile 2024, nella quale sono indicati elementi che si assumono “previsti dal CCNL Multiservizi” (tra cui il fondo di previdenza complementare e l'assistenza sanitaria integrativa, peraltro già considerati anche da (...)). Tuttavia, questi ulteriori elementi –contrariamente a quanto sostiene la difesa di (...) – non risultano *prima facie* ricompresi nella tabella del personale allegata al CSA, né risultano specificamente considerati dalla Commissione in sede di verifica di anomalia dell'offerta.

Pertanto, la tabella depositata in giudizio dalla stazione appaltante – da considerarsi integrativa *ex post* della motivazione del provvedimento di anomalia impugnato – non è per ciò solo utilizzabile.

5.3.3. In presenza di dati non immediatamente raffrontabili come quelli delle dette tabelle - della stazione appaltante (allegata al Capitolato Speciale di Appalto) e della (...) (allegata ai giustificativi) - non apparendo effettuato il dovuto approfondimento istruttorio da parte della Commissione, è corretto il ragionamento seguito da T.a.r. basato sull'unico dato effettivamente raffrontabile,

costituito dal calcolo complessivo del costo del personale soggetto al cambio d'appalto, così come risultante, rispettivamente, dai documenti di gara, per la stazione appaltante, e dalla corrispondente tabella allegata ai giustificativi, per (...). Giova precisare che -contrariamente a quanto sostiene (...) - non rileva che nei documenti di gara non vi fosse una voce specificamente dedicata al costo del personale soggetto al cambio appalto, perché il costo della manodopera è stato indicato da (...) complessivamente nell'importo di € 6.657.364, ossia 2.219.121,33 euro/anno: ciò che rileva è il ragionamento seguito da (...) per estrapolare il dato di € 1.414.299,11, che è in sé condivisibile (perché desunto dalla tabella contenente l'elenco e il costo del personale) e soprattutto in sé non contestato né da (...) né da (...), che tra l'altro non hanno esposto alcun costo alternativo.

L'ulteriore assunto della prima che si tratterebbe di "costo base" della manodopera perché non comprenderebbe "i trattamenti di miglior favore" né "le maggiorazioni da notturno e festivo", se può essere condiviso per queste ultime, non è in alcun modo riscontrato per detti trattamenti di miglior favore (cumulativamente indicati dalla (...), ma senza che si abbiano i dati precisi della loro effettiva applicabilità in favore del personale soggetto alla clausola sociale).

5.3.4. D'altronde, il T.a.r. non si è avvalso del confronto tra gli importi di €1.414.299,11 (risultante come costo della manodopera a pieno regime dagli atti di gara, in particolare dalla detta tabella, prodotta come allegato 10 al ricorso di primo grado) e di € 1.441.856,20 (corrispondente alla stessa voce secondo (...)) onde affermare la correttezza dell'uno piuttosto che dell'altro (in ciò dovendo essere disatteso l'assunto di (...) secondo cui il T.a.r. avrebbe affermato che sarebbero state effettivamente considerate dalla stessa (...) tutte le voci che concorrono a formare la retribuzione), ma soltanto al fine di supportare il proprio giudizio di irragionevolezza della contestazione della stazione appaltante, basato sul fatto che la Commissione *"non ha tenuto conto delle specifiche spiegazioni allegate in sede procedimentale (tabella contenente l'elenco e il costo del personale con i relativi calcoli)"*.

Si tratta una conclusione coerente con la portata del sindacato del giudice amministrativo sul giudizio di verifica di anomalia dell'offerta da parte della stazione appaltante, laddove l'irragionevolezza dell'operato della Commissione di gara è indice dell'illegittimità del relativo provvedimento, suscettibile perciò di annullamento, fatta salva la rinnovazione dell'esercizio del corrispondente potere tecnico-discrezionale riservato all'amministrazione.

5.4. I motivi dell'appello principale ed incidentale fin qui esaminati vanno respinti, fermo restando l'effetto conformativo di cui alla sentenza del T.a.r., come sopra riaffermato.

6. Col quarto motivo dell'appello principale e con la terza censura del secondo motivo dell'appello incidentale è criticato il paragrafo 11.3 della sentenza appellata, che riguarda la terza delle motivazioni del provvedimento di esclusione.

6.1. La contestazione mossa in tale provvedimento consiste nel fatto che (...) *“non ha previsto l'applicazione degli aumenti retributivi già stabiliti per le prossime annualità dal vigente CCNL Multiservizi (rif. contrattazione collettiva di settore - accordo di rinnovo del 08/06/2021); contravvenendo, pertanto, a quanto stabilito dalla lex specialis di gara (cfr. paragrafi 21, 22 e 24 del Disciplinare di gara, art. 7 del Foglio delle Condizioni del CSA) con richiamo ai principi di cui all'art. 30 del Codice.”*.

6.1.1. Il T.a.r. ha dato atto delle seguenti contestazioni della ricorrente (...):

- la ricorrente riferisce che, al momento della presentazione dell'offerta (in data 28 luglio 2023), il riferimento ai livelli retributivi previsti nelle tabelle FISE Multiservizi applicate nella Regione Campania (allegate ai giustificativi), era contenuto nel decreto dirigenziale n.52 del 27 settembre 2023 del Ministero del Lavoro che non recepiva gli incrementi retributivi contemplati nell'accordo quadro dell'8 giugno 2021 per il CCNL Multiservizi, relativamente agli anni 2024 e 2025;
- a prescindere da tale limitazione temporale, deduce anche che, in ogni caso, l'utile emergente dalla modulazione dell'offerta (pari ad € 224.106,44), sarebbe comunque tale da coprire anche l'aumento derivante per il costo del personale da

tali incrementi (pari ad € 80.560,04 per tutta la durata dell'appalto di servizi triennale), senza alcun pregiudizio dell'equilibrio complessivo dell'offerta e quindi della sua sostenibilità.

6.1.2. Dato quanto sopra, il T.a.r. ha accolto il motivo ritenendo che nel caso di specie, come analiticamente riportato anche nel ricorso, l'utile economico della specifica commessa, *“non oggetto di alcuna contestazione”*, sarebbe tale da compensare anche la lievitazione dei detti costi della manodopera, restando comunque un ampio margine di utile a favore dell'impresa, derivante dalla specifica offerta in questione

6.2. Col quarto motivo dell'appello principale si sostiene che sarebbe stato disatteso il principio secondo cui l'esclusione consegue al mancato rispetto dei minimi salariali retributivi.

In senso contrario, ad avviso dell'appellante (...), non sarebbe convincente la sentenza né nella parte in cui afferma che non vi sarebbe stata alcuna *“specificata contestazione sui trattamenti salariali minimi inderogabili”* (posto che, secondo l'appellante, sarebbe *“evidente che di questo si tratta”*), né nella parte in cui, *“sostituendosi alla stazione appaltante”*, afferma la possibilità di intaccare l'utile di impresa.

L'appellante principale aggiunge che la sentenza n. 6652/2023 del Consiglio di Stato, richiamata dal T.a.r., non autorizzerebbe a “modificare” l'offerta per fare fronte a incrementi retributivi che negligenzemente non sono stati considerati.

6.2.1. La (...), nell'appello incidentale, ribadisce, a sua volta, i principi affermati nella detta sentenza n. 6652/2023 (e in senso conforme nella sentenza n. 453/2024), al fine di sostenere che il proprio giudizio di anomalia non sarebbe né illogico né irragionevole, mentre la società non sarebbe riuscita a dimostrare che l'utile economico derivante dal servizio sia tale da compensare anche la lievitazione dei costi dovuta agli incrementi retributivi previsti dal CCNL.

In proposito, non sarebbe vero quanto affermato dal T.a.r. in merito al fatto che l'utile economico della commessa non è stato oggetto di contestazione alcuna da

parte di (...), in quanto tale contestazione sarebbe contenuta nella memoria depositata nel giudizio di primo grado ai sensi dell'art. 73 c.p.a..

Anche la stazione appaltante sostiene, così come l'appellante principale, che sarebbe stato disatteso dal T.a.r. il principio dell'esclusione automatica per il mancato rispetto dei minimi salariali retributivi.

6.3. I motivi non sono fondati.

6.3.1. In proposito è sufficiente ribadire quanto già affermato da questa Sezione con la sentenza 7 luglio 2023 n. 6652; e segnatamente:

- *“il controllo della sostenibilità economica dell'offerta aggiudicataria ha sicuramente lo scopo di stabilire se l'offerta è attendibile sotto il profilo economico e affidabile in vista della futura esecuzione delle prestazioni contrattuali, per cui la verifica non ha un obiettivo limitato alla valutazione della attendibilità dell'offerta agli esclusivi fini dell'aggiudicazione, e quindi con un orizzonte temporale segnato dallo svolgimento della procedura di gara; ma è rivolta anche (se non soprattutto) all'esecuzione del contratto, vale a dire a garantire che la proposta individuata come possibile aggiudicataria della gara sia idonea a realizzare il programma negoziale. La valutazione dell'amministrazione appaltante non può prescindere, quindi, dal prendere in considerazione anche quei costi che con ragionevole certezza si presenteranno nel corso dell'esecuzione, nell'entità e nella consistenza prevedibile al tempo in cui la verifica di congruità sia effettuata”;*
- accanto a questa finalità generale, si aggiunge *“l'esigenza di assicurare la piena applicazione non solo dei «trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge» (applicazione garantita dall'art. 97, comma 6, che li sottrae anche alle giustificazioni o spiegazioni dell'offerente) ma anche la effettiva applicazione dei trattamenti normativi ed economici previsti dai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro maggiormente rappresentative (art. 23, comma 16), salva la possibilità – qui consentita all'offerente – di presentare giustificazioni idonee a dare conto dello scostamento rispetto alle tabelle ministeriali sul costo del lavoro (giurisprudenza consolidata: per tutte Cons. Stato, sez. III, 9 giugno 2020, n. 369)”;*
- *“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?".

6.3.2. Tali principi risultano sufficienti a superare l'argomento difensivo di (...) - infondatamente riproposto in appello - basato sul fatto che in fase di presentazione dell'offerta (in data 28 luglio 2023) la società ha tenuto conto dei livelli retributivi previsti nelle vigenti tabelle FISE Multiservizi applicate dalla Regione Campania, ufficializzate con l'aggiornamento al luglio 2023 con il decreto dirigenziale n. 52 del 27 settembre 2023 del Ministero del Lavoro (che non comprendeva gli incrementi contrattuali per gli anni a venire). Applicando i principi di cui sopra e prevedendo, invero, l'accordo dell'8 giugno 2021 per il rinnovo del CCNL Multiservizi, degli incrementi retributivi da applicare negli anni 2024-2025 (quindi nel periodo di svolgimento della commessa oggetto di affidamento), il relativo impatto economico va tenuto presente nella valutazione di sostenibilità dell'offerta economica (a prescindere dal recepimento degli aumenti salariali in nuove tabelle ministeriali, peraltro effettuato col decreto n. 74 del 25 novembre 2024, con decorrenza luglio 2024).

6.3.3. Tuttavia, oltre ai principi sopra detti, di cui alla sentenza n. 6652/2023, va fatta applicazione degli altri principi giurisprudenziali pure richiamati dal T.a.r. (e che qui si ribadiscono), secondo i quali, tra l'altro:

- nell'ambito del contraddittorio che va assicurato nel sub-procedimento in questione, a fronte dell'immodificabilità dell'offerta economica nel suo complesso, sono tuttavia modificabili le relative giustificazioni e, in particolare, sono consentite giustificazioni sopravvenute e compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del

contratto (Cons. Stato, sez. III, 31 maggio 2022, n.4406; V, 2 agosto 2021,n.5644; id. 15 luglio 2021, n. 5334; Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2020, n.1449; V, 8 gennaio 2019, n. 171), al punto da rendere anche ammessa la modifica, in sede di spiegazioni, di specifiche voci, per sopravvenienze di fatto o normative che comportino una riduzione dei costi o per originari comprovati errori di calcolo o per altre plausibili ragioni (Cons. Stato, sez.V, 16 marzo 2020, n. 1874; V, 26 giugno 2019, n. 4400; V, 10 ottobre 2017, n.4680; V, 15 dicembre 2021, n. 8358);
- eventuali scostamenti tra i dati reali e quelli previsionali possono essere infatti coperti con il margine di utile previsto, tenendo conto che anche un utile modesto può comportare un vantaggio significativo per l'impresa derivante dall'esecuzione di un appalto pubblico (Cons. di Stato, sez. V, 24 gennaio 2020, n. 607).

6.3.4. Nel caso di specie, pertanto, (...) avrebbe dovuto avere la possibilità di dimostrare nel corso del subprocedimento di verifica di anomalia dell'offerta che, anche considerando gli incrementi previsti col rinnovo del CCNL, l'offerta stessa sarebbe rimasta in utile, in modo da potere sostenere tutti i maggiori costi.

Soltanto in giudizio è stato possibile valorizzare il riferimento della ricorrente (...) agli utili dichiarati per € 224.106,44, a fronte di un asserito maggior costo di € 80.560,04 Euro per la durata dell'appalto (pari alla differenza tra il costo della manodopera dichiarato e quello stimato in conseguenza dell'applicazione degli incrementi retributivi).

Poiché si tratta di dati non considerati dalla Commissione di gara in sede di verifica di anomalia dell'offerta, la loro valorizzazione da parte del T.a.r. è condivisibile al fine di imporre alla stazione appaltante la rinnovazione del giudizio di anomalia anche sul terzo dei profili indicati nel provvedimento impugnato.

6.3.5. In senso contrario, non vale l'assunto della (...) di avere contestato gli utili, così come quantificati dalla (...), poiché si tratta di contestazione svolta per la prima volta soltanto nel corso del giudizio e fondata su una serie di argomentazioni che attengono a voci diverse del costo del lavoro dell'offerta

economica della (...) (in particolare, quelle riguardanti le ore lavorate degli operai di livello 4), a loro volta necessitanti di una nuova valutazione da parte della Commissione di gara, secondo quanto detto trattando degli altri motivi di appello.

6.3.6. Parimenti, in senso contrario, non valgono le argomentazioni di (...) basate sul principio di immodificabilità dell'offerta. Questo nulla ha a che vedere con la fattispecie *de qua*, nella quale non si tratta di modificare parti essenziali dell'offerta tecnica o economica, bensì di operare una compensazione tra maggiori costi ed altri elementi ricavabili dalla stessa offerta, in particolare l'utile previsto dall'impresa per l'esecuzione del contratto del cui affidamento si tratta.

D'altronde, la possibilità di effettuare siffatte operazioni di compensazione è espressa a chiare lettere nella citata sentenza n. 6652/2023, per di più in uno dei passaggi della motivazione che è stato testualmente riportato nella sentenza gravata (punto 11.3, cui si fa rinvio), e che (...) mostra di avere frainteso, dato che in esso si legge che non è consentito il ricorso all'«*utile generale di impresa o all'utile complessivo risultante dal bilancio della società*»», mentre è ovviamente possibile tenere conto dell'«*utile previsto dall'impresa per l'esecuzione del contratto del cui affidamento si tratta*».

In linea di continuità con la sentenza appena citata, si pone la più recente sentenza di questa stessa Sezione V, 12 novembre 2024, n. 9042, nella quale si è affermato che, in caso di aumenti salariali previsti dal rinnovo di un CCNL, non considerati in sede di verifica di anomalia dell'offerta, la conseguenza dell'accoglimento del motivo di ricorso corrispondente è «*il parziale rinnovo della procedura di verifica dell'attendibilità dell'offerta [...] da parte della stazione appaltante, la quale dovrà accertare se l'applicazione degli aumenti salariali previsti dal rinnovo del CCNL confermi la sostenibilità dell'offerta sotto il profilo economico-finanziario*».

6.3.7. La possibilità di effettuare detta compensazione, ove possibile, non comporta, infine, alcuna violazione della regola del rispetto dei minimi salariali dell'art. 97, comma 5, lett. d) del d.lgs. n. 50 del 2016, né di quella

dell'inammissibilità di giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge del comma 6 dello stesso art. 97, proprio perché volta a consentire - con la parziale utilizzazione dell'utile - la copertura del maggior costo del lavoro derivante dalla corretta applicazione di detti trattamenti salariali.

6.4. I motivi dell'appello principale ed incidentale fin qui esaminati vanno respinti, fermo restando l'effetto conformativo di cui alla sentenza del T.a.r., come sopra precisato.

7. Col terzo motivo dell'appello incidentale si deduce erroneità della sentenza per via dell'illegittima invasione della sfera di discrezionalità riservata all'amministrazione, perché il T.a.r. avrebbe finito per valutare da sé la congruità di specifiche componenti dell'offerta presentata dalla (...) (in specie con riferimento alla compensabilità dei maggior costi per gli incrementi retributivi con l'utile della commessa).

7.1. Il motivo non è fondato, dovendo essere intesa la decisione del T.a.r. come limitata -secondo quanto sopra precisato - all'accertamento del difetto di istruttoria e di motivazione del provvedimento impugnato (anche relativamente al terzo profilo in contestazione).

Invero, l'effetto conformativo della sentenza, come sopra precisato, è tale da rimettere alla stazione appaltante ogni ulteriore determinazione in merito a tutti e tre i profili di anomalia contestati, sia pure nel rispetto dei principi normativi e giurisprudenziali richiamati, e con l'obbligo di tenere conto delle spiegazioni della (...).

8. In conclusione, pur dovendosi condividere i rilievi degli appellanti in tema di modalità di svolgimento del subprocedimento di verifica di anomalia dell'offerta e quindi correggere la sentenza gravata in punto di accoglimento del secondo motivo del ricorso di (...), entrambi gli appelli vanno respinti, dovendo la sentenza essere confermata in punto di accoglimento del primo motivo di ricorso, con le

precisazioni sopra dette quanto al conseguente effetto conformativo.

8.1. Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo a favore della (...) ed a carico, in solido, dell'appellante principale e dell'appellante incidentale.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, principale e incidentale, come in epigrafe proposti, li respinge, secondo quanto specificato in motivazione.

Condanna in solido (...) e (...), rispettivamente appellante principale e appellante incidentale, al rimborso delle spese in favore dell'appellata (...), che liquida nell'importo di € 5.000,00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere

L'ESTENSORE

Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE

Diego Sabatino

IL SEGRETARIO