

TAR Lazio, Sezione Prima Bis, Sentenza n. 15870 del 26 ottobre 2023

Appalti di servizi – Anomalia dell’offerta – Ampia discrezionalità tecnica SA – Obbligo motivazionale stringente – No giustificazioni per trattamenti salariali inferiori ai minimi

Pubblicato il 26/10/2023

N. 15870/2023 REG.PROV.COLL.

N. 08797/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8797 del 2023, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio (...);

contro

il Ministero (...), in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall’Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

(...) S.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

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

Consorzio Stabile (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e

difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
(...), non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento della (...), comunicato a mezzo p.e.c. l'11 maggio 2023, afferente alla procedura di "affidamento del servizio di ristorazione dei Circoli della Marina Militare" con cui l'Ufficio ha disposto l'esclusione della società (...) S.r.l. e unitamente ha allegato il PV nr. 44 in data 09.05.2023 per "i profili di non congruità dell'offerta e conseguente non sostenibilità dell'appalto";
- della comunicazione p.e.c. del 08.06.2023 con cui la (...) ha disposto le aggiudicazioni di tutti i Lotti 4-5-6-8-9-10-11 in favore degli Operatori Economici concorrenti e ha dichiarato per i lotti 1 e 3 deserte per assenza di offerte;
- dell'ordine di Servizio nr. 115 del 25.11.2022 dell'Ufficio Generale del (...), richiamato in tutti i processi verbali, di cui non si conosce il contenuto;
- di tutti i processi verbali, sia in seduta pubblica che in seduta riservata, e segnatamente dei PV nr. 10 del 31.01.2023, nr. 12 del 07.02.2023, nr.22 del 07.03.2023, nr. 30 del 29.03.2023;
- qualora occorra, di tutti gli atti della lex specialis se ed in quanto lesiva degli interessi della ricorrente;
- di ogni altro atto consequenziale, connesso e presupposto ove e per quanto lesivi degli interessi della ricorrente;

e per la dichiarazione di inefficacia

- dell'accordo quadro, medio tempore, eventualmente stipulato tra l'amministrazione aggiudicatrice e le società controinteressate aggiudicatrici dei Lotti 4-5-6-8-9-10-11 della procedura di gara de qua per cui si controverte;

e per il subentro

- della ricorrente nello stesso, ricorrendone i presupposti di cui all'art. 122 c.p.a.;

nonché

- per l'accertamento del diritto della società ricorrente a conseguire l'aggiudicazione della gara

de qua e per il risarcimento in forma specifica del danno causato alla ricorrente;

- in subordine, per la condanna al risarcimento del danno in forma specifica, con subentro della società (...) S.r.l. negli accordi quadro eventualmente stipulati, o, in subordine, in forma generica per equivalente monetario dei danni subiti e subendi per effetto dell'esecuzione degli atti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero (...), di (...) Scarl, di (...) S.r.l. e di Consorzio Stabile (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 ottobre 2023 il dott. Giovanni Iannini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La (...) S.r.l. ha partecipato alla procedura di gara per l'affidamento del servizio di ristorazione presso i Circoli della (...) dislocati sul territorio, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indetta dall'Ufficio Generale del (...).

L'appalto, avente un valore globale pari a € 19.367.550,00 al netto di Iva, è stato suddiviso in 13 lotti:

1. Servizio di Ristorazione presso il Circolo Ufficiali M.M. di Venezia (€ 781.190,00);
2. Servizio di Ristorazione presso il Circolo Sottufficiali M.M. di Ancona (€ 603.244,00);
3. Servizio di Ristorazione presso il Circolo Sottufficiali M.M. di Venezia (€ 779.220,00);
4. Servizio di Ristorazione presso il Circolo Ufficiali M.M. di La Spezia (€ 1.75.828,00);
5. Servizio di Ristorazione presso il Circolo Sottufficiali M.M. di La Spezia (€ .2248.776,00);
6. Servizio di Ristorazione presso il Circolo Ufficiali M.M. di La Maddalena (€ 981.552,00);
7. Servizio di Ristorazione presso il Circolo Sottufficiali M.M. di La Maddalena (€ 1.058.220,00);

8. Servizio di Ristorazione presso il Circolo Ufficiali M.M. di Cagliari (€ 614.124,00);
9. Servizio di Ristorazione presso il Circolo Ufficiali e Sottufficiali M.M. di Brindisi (€ 789.296,00);
10. Servizio di Ristorazione presso il Circolo Ufficiali M.M. di Napoli (€ 993.460,00);
11. Servizio di Ristorazione presso il Circolo Sottufficiali M.M. di Taranto (€ 840.028);
12. Servizio di Ristorazione presso il Circolo Ufficiali M.M. di Roma (€ 2.867.124,00);
13. Servizio di Ristorazione presso il Circolo Sottufficiali M.M. di Roma (€ 1.861.976,00).

La (...) ha presentato offerte per i lotti nn. 1, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10 e 11.

Con nota del 10 febbraio 2023 la Stazione appaltante ha chiesto alla (...): “(...) spiegazioni circa il prezzo offerto, con particolare, ancorché non esclusivo riguardo alle seguenti componenti dell’offerta: - costi della mano d’opera complessiva in relazione alle ore lavorative richieste per le specifiche figure professionali previste dal disciplinare tecnico e al settore del CCNL indicato nello stesso disciplinare; - trattamenti salariali in ragione dei livelli indicati nell’Offerta Tecnica; - costi degli oneri aziendali per la sicurezza”.

La concorrente ha risposto con p.e.c. del 21 febbraio 2023.

Ulteriori chiarimenti riguardo al costo del lavoro sono stati richiesti alla (...) con processo verbale n. 22 del 7 marzo 2023.

A tale richiesta la (...) ha risposto specificando che: “(...) i costi del personale e le singole voci che li compongono sono stati elaborati prendendo quale riferimento il CCNL di settore “Pubblici Esercizi – Confcommercio”. Nello specifico il costo orario totale è stato determinato dalla paga oraria base alla quale sono stati poi sommati i singoli ratei di 13.ma e 14.ma, quanto dovuto a titolo di contribuzione Inps e Inail nonché quanto spettante a titolo di TFR”.

La (...), ha disposto l’esclusione della società (...), come da comunicazione p.e.c. dell’11 maggio 2023, avendo considerato non congrua l’offerta formulata da essa. Le motivazioni dell’esclusione sono nel verbale n. 44 del 9 maggio 2023, nel quale si è concluso che: “...la Commissione ritiene che le delucidazioni / giustificazioni fornite dalla ditta (...) SRL, avuto

riguardo in particolare al considerevole scostamento del dato del costo del lavoro rispetto alle tabelle ministeriali di riferimento, siano non puntuali, attendibili e rigorose e sono considerate quindi dalla Commissione non sufficienti, non veritiere e non attendibili, tali quindi da far ritenere l'offerta economica presentata dall'operatore, non affidabile e congrua e l'appalto non sostenibile nel suo complesso, per ogni lotto per cui la ditta ha presentato offerta”.

La Stazione appaltante ha, quindi, disposto le seguenti aggiudicazioni, come da comunicazione dell'8 giugno 2023:

Lotti 1 e 3: dichiarati deserti per assenza di offerte valide;

- Lotti 4-5-6 in favore della (...) S.c.r.l.

- Lotto 8 in favore della (...) S.r.l.

- Lotti 9-10-11 in favore del Consorzio (...).

2. - La (...), specificato di avere presentato le migliori offerte, in considerazione della somma dei punteggi per l'offerta tecnica e l'offerta economica, ha proposto ricorso, con il quale ha impugnato sia il provvedimento di esclusione, sia il successivo provvedimento dell'8 giugno 2023, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione dei lotti 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11 e la gara è stata dichiarata deserta per i lotti 1 e 3.

La ricorrente ha dedotto violazione e falsa applicazione degli artt. 95 e 97 del d.lgs. 50/2016 — erronea valutazione delle giustificazioni – violazione del principio di immodificabilità dell'offerta economica – anomalia dei costi della manodopera - violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del d.lgs. 50/2016 – violazione della legge n.241/1990 – violazione del d.lgs. n.50/2016 - violazione del contraddittorio – violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 9 32 41 e 97 costituzione – violazione del principio della massima concorrenza, par condicio tra i concorrenti, favor participationis - eccesso di potere - sproporzione – macroscopica illogicità- irragionevolezza – difetto di motivazione.

La ricorrente ha concluso chiedendo che, in accoglimento del ricorso, sia disposto l'annullamento dei provvedimenti impugnati, meglio indicati in epigrafe, che sia dichiarata l'inefficacia dell'accordo quadro, eventualmente stipulato, che sia disposto il subentro da

parte di essa, con dichiarazione del diritto di conseguire l'aggiudicazione e per la condanna al risarcimento del danno in forma specifica, o, in subordine, per equivalente, col favore delle spese del giudizio.

3. - Si è costituito il Ministero (...), con il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, che ha prodotto ampia memoria con la quale ha dedotto l'infondatezza delle doglienze dedotte dal ricorrente e ha chiesto il rigetto del ricorso, con vittoria di spese.

4. - Si è, inoltre, costituita in giudizio (...) S.r.l., che ha eccepito l'inammissibilità del ricorso cumulativo, che sarebbe stato proposto al di là dei ristretti limiti nei quali esso è ammesso, trattandosi dell'impugnazione di atti di esclusione e di aggiudicazione qualificabili quali provvedimenti ad oggetto plurimo, basata, peraltro, sulla deduzione di vizi diversi in relazione ai vari lotti per i quali ha concorso l'odierna ricorrente. Ulteriore motivo di inammissibilità deriverebbe dal fatto che il ricorso sarebbe volto unicamente a sindacare la valutazione tecnico-discrezionale operata dalla stazione appaltante.

La stessa, ha, inoltre, rilevato l'incompetenza territoriale del Tar adito in relazione al lotto aggiudicato in favore di essa.

La controinteressata ha, comunque, dedotto l'infondatezza del gravame e ne ha chiesto il rigetto, con vittoria di spese e onorari.

5. - Analoga eccezione di inammissibilità del ricorso cumulativo è stata sollevata dalla (...) S.c.a.r.l., che ha eccepito, altresì, l'incompetenza territoriale dell'adito Tribunale amministrativo regionale del Lazio, che sarebbe competente a conoscere delle sole controversie relative ai Circoli di Roma.

La cooperativa ha dedotto, altresì, l'infondatezza dei singoli motivi posti a fondamento del ricorso avversario.

La Cooperativa, infine, con memoria depositata il 23 settembre 2023 ha eccepito anche l'improcedibilità del ricorso, per mancata impugnazione del provvedimento di aggiudicazione "definitiva" (così qualificata dalla controinteressata) del 7 luglio 2023 prot. n. 7767, emesso in favore di essa.

6. - Ha eccepito l'inammissibilità del ricorso cumulativo anche il Consorzio (...) che ha sollevato, inoltre, l'eccezione di incompetenza territoriale del Tar del Lazio, in relazione alle controversie diverse da quelle concernenti i Circoli con sede in Roma.

Il Consorzio ha, comunque, rilevato anch'esso l'infondatezza del ricorso della (...).

7. - La (...), sebbene intimata, non si è costituita in giudizio.

8. - La (...) ha prodotto memoria, con la quale ha replicato, innanzi tutto, all'eccezione di inammissibilità, con ampi richiami giurisprudenziali che dimostrerebbero l'infondatezza di essa.

Ha anche ribadito gli argomenti posti alla base del ricorso, che dimostrerebbero l'illegittimità degli atti impugnati.

9. - Anche le altre parti hanno prodotto memorie e memoria di replica. La stessa (...) ha depositato memoria di replica.

10. - Alla pubblica udienza dell'11 ottobre 2023, sentiti i difensori delle parti, come da verbale, la causa è stata assegnata in decisione.

11. - Va esaminata, in via preliminare, l'eccezione di incompetenza territoriale sollevata da (...) e dal Consorzio (...).

Ritiene il Collegio che l'eccezione non sia fondata, apparendo condivisibile la giurisprudenza che ha affermato che "Spetta al TAR del Lazio la decisione sull'impugnativa degli atti della procedura di gara, qualora la Stazione appaltante avente sede nella Regione Lazio abbia dato luogo ad un'unica procedura di gara riguardante lavori e servizi da prestare in vari ambiti regionali, ancorché divisa in lotti diversi, e non, invece, a diverse procedure di gara per quanti sono i lotti indicati dal bando. In questi casi, infatti, deve ritenersi che tutti gli atti della procedura di gara, fino alla stipulazione del contratto, producano effetti non limitati ad un ambito territoriale circoscritto e coincidente con il territorio regionale, ma siano riferibili all'intero territorio nel quale si esplica la competenza della Stazione appaltante, con conseguente applicazione dell'art. 13, comma 1, c.p.a., quale criterio ordinario di riparto della competenza, quello della sede dell'autorità amministrativa cui fa capo l'esercizio del potere"

(Tar Lazio, sez. IV, 31 gennaio 2022, n. 1134).

12. Altra eccezioni sollevata dalle contropartite costituite è quella di inammissibilità del ricorso cumulativo. Tale sarebbe da qualificare il ricorso diretto avverso un provvedimento di esclusione formalmente unico, ma riferito a più lotti e il successivo provvedimento di aggiudicazione, anch'esso formalmente unico, ma riguardante lotti diversi, nonché diverse imprese concorrenti.

12.1. - Da evidenziare, innanzi tutto, il dato normativo. L'art. 120, comma 13, c.p.a. prevede che "Nel caso di presentazione di offerte per più lotti l'impugnazione si propone con ricorso cumulativo solo se vengono dedotti identici motivi di ricorso avverso lo stesso atto".

12.2. - Su tale linea si è mossa, sostanzialmente, la giurisprudenza in materia, anche precedente all'introduzione della norma in questione.

Deve richiamarsi, innanzi tutto, la sentenza 27 aprile 2015, n. 5 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che, riguardo ai limiti di ammissibilità del ricorso cumulativo, ha precisato: "Nel processo amministrativo impugnatorio (...) la regola generale è che il ricorso abbia ad oggetto un solo provvedimento e che i vizi – motivi si correlino strettamente a quest'ultimo, salvo che tra gli atti impugnati esista una connessione procedimentale o funzionale (da accertarsi in modo rigoroso onde evitare la confusione di controversie con conseguente aggravio dei tempi del processo, ovvero l'abuso dello strumento processuale per eludere le disposizioni fiscali in materia di contributo unificato), tale da giustificare la proposizione di un ricorso cumulativo (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4277; Sez. V, 27 gennaio 2014, n. 398; Sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6537)".

Ulteriori precisazioni si rinvengono nella giurisprudenza successiva, che, nel solco tracciato dall'Adunanza Plenaria, ha affermato che: "La regola generale dell'impugnabilità, con un ricorso, di un solo provvedimento può essere derogata nelle sole ipotesi in cui la cognizione, nel medesimo giudizio, della legittimità di più provvedimenti sia imposta dall'esigenza di concentrare in un'unica deliberazione l'apprezzamento della correttezza dell'azione amministrativa oggetto del gravame, quando questa viene censurata nella sua complessità

funzionale e, soprattutto, per profili che ne inficiano in radice la regolarità e che interessano trasversalmente le diverse, ma connesse, sequenze di atti”(Cons. St., Sez. V, 22 gennaio 2020, n. 526).

Ai fini dell'ammissibilità del ricorso cumulativo avverso distinti provvedimenti, è necessario “...che gli stessi siano riferibili al medesimo procedimento amministrativo, seppur inteso nella sua più ampia latitudine semantica, e che con il gravame vengano dedotti vizi che colpiscano, nelle medesima misura, i diversi atti impugnati, di modo che la cognizione delle censure dedotte a fondamento del ricorso interessi allo stesso modo il complesso dell'attività provvedimentale contestata dal ricorrente, e che non residui, quindi, alcun margine di differenza nell'apprezzamento della legittimità dei singoli provvedimenti congiuntamente gravati” (Cons. Stato, Sez. III, 18 maggio, 2021, n.3847).

Con specifico riferimento al caso di una gara divisa in più lotti, si rinviene l'affermazione secondo cui: “Il ricorso cumulativo è ammissibile a condizione che ricorrano congiuntamente i requisiti della identità di situazioni sostanziali e processuali, che le domande siano identiche nell'oggetto e che gli atti impugnati abbiano lo stesso contenuto e della identità di censure, di talché anche nel caso di una gara unitaria suddivisa in più lotti ciò potrà ammettersi solo laddove vi sia articolazione, nel gravame, di censure idonee ad inficiare segmenti procedurali comuni (ad esempio il bando, il disciplinare di gara, la composizione della commissione giudicatrice, la determinazione di criteri di valutazione delle offerte tecniche ecc.) alle differenti e successive fasi di scelta delle imprese affidatarie dei diversi lotti e, quindi, a caducare le pertinenti aggiudicazioni” (Cons. Stato, sez. III, 19 dicembre 2022, n.11076; si confronti anche Cons. Stato, sez. III, 1 febbraio 2023, n. 1120).

12.2 - Non sembra dubbia l'esattezza del rilievo secondo cui gli atti oggetto di impugnazione, di esclusione e di aggiudicazione, hanno un oggetto plurimo, essendo riferiti a più lotti. Per la precisione, alcuni lotti hanno formato oggetto di aggiudicazione, mentre per altri la gara è stata dichiarata deserta.

Per cui il ricorso proposto dalla (...) è da qualificare come ricorso cumulativo.

La gara in questione, infatti, è formalmente unica, ma essa riguarda più lotti distinti, in quanto concernenti Circoli ufficiali e sottufficiali collocati in parti diverse del territorio.

Come si è detto è unico anche il provvedimento di esclusione, basato, peraltro, su motivazioni perlomeno in parte unitarie.

È stata fatta, dunque, una valutazione complessiva di offerte economiche distinte concernenti più lotti, pur non mancando alcuni passaggi motivazionali in cui vengono fatte differenziazioni, come avviene nel caso del riferimento ai contratti integrativi dei Circoli di Roma, Venezia e Brindisi.

Dal dato normativo, nonché dalla giurisprudenza richiamata, risulta che non è del tutto preclusa, nel caso di gara divisa in più lotti, la proposizione di ricorso cumulativo concernente atti riconducibili a lotti diversi, purché, come afferma la norma sopra richiamata, vengano dedotti i medesimi motivi avverso lo stesso atto (il riferimento è essenzialmente all'atto di aggiudicazione dei lotti, ma può venire in considerazione anche il bando, la composizione della commissione ecc.).

Con maggiore precisione, la giurisprudenza ha rilevato, sempre riguardo al caso della gara suddivisa in più lotti, che ai fini dell'ammissibilità del ricorso è necessario che vi sia identità di censure, idonee a inficiare segmenti procedurali comuni (Cons. Stato, sez. III, 19 dicembre 2022, n.11076 cit.).

Nel caso di specie, il profilo che può suscitare maggiori perplessità è quello relativo alla non perfetta omogeneità delle censure, giacché la ricorrente ha contestato l'applicabilità delle tabelle derivanti dagli accordi integrativi di secondo livello su base geografica/territoriale. Essa, infatti, riguarda solo alcuni lotti e, segnatamente, quelli relativi ai Circoli di Venezia, Brindisi e Roma. Essa, inoltre, sempre al fine di contrastare il giudizio di non congruità, ha evidenziato di poter dedurre alcuni costi per il personale, grazie agli sgravi contributivi riconosciuti per i lavoratori operanti nelle regioni meridionali e, quindi, in relazione ai soli Circoli ubicati in tali zone del territorio nazionale.

Osserva il Collegio che un dato assai significativo è che le ragioni dell'esclusione in relazione

a tutti i lotti per i quali ha partecipato la (...), non solo sono contenute in un unico atto (il menzionato verbale n. 44 del 9 maggio 2023), ma soprattutto sono espresse in maniera unitaria con riferimento a tutti i lotti in questione, se si eccettua, come accennato, la mancata applicazione dei contratti collettivi integrativi, applicabili nei Circoli ubicati a Roma, Venezia e Brindisi.

Secondo le controinteressate la (...) avrebbe avuto l'onere di produrre tanti ricorsi quanti erano i lotti per i quali aveva partecipato, sviluppando in ognuno di essi argomenti pressoché identici, salva l'introduzione di specificazioni in relazione ai lotti di Roma, Venezia e Brindisi e ai lotti relativi ai Circoli ubicati nel Mezzogiorno d'Italia.

Ritiene il Collegio che tale impostazione, con specifico riferimento alla fattispecie oggetto di causa, non risponda ad alcuna delle esigenze di carattere sostanziale, a tutela delle quali la norma richiamata e la giurisprudenza hanno posto limiti ben precisi all'ammissibilità di ricorso cumulativo nel caso di gare articolate in più lotti.

Quel che caratterizza il caso in questione, come rilevato, è la pressoché assoluta omogeneità delle ragioni alla base del giudizio di non congruità, espresse in un unico atto.

Che in relazione ad alcuni profili specifici siano state prospettate censure non riferibili a tutti i lotti non fa venire meno la sostanziale unitarietà delle ragioni dell'esclusione e dell'apparato di censure predisposte dalla ricorrente, giacché queste ultime evidenziano aspetti specifici di un quadro omogeneo e sono dirette avverso un apparato argomentativo altrettanto unitario, alla base del giudizio di non congruità.

A giudizio del Collegio, anche in questo caso può parlarsi di censure idonee a inficiare segmenti procedurali comuni.

La tesi dell'inammissibilità del ricorso sembra muoversi in un'ottica non aderente alle ragioni della precisa delimitazione delle ipotesi in cui è ammessa la proposizione del ricorso cumulativo, rinvenibili nell'esigenza di evitare che con un unico gravame siano introdotte questioni non omogenee, in quanto attinenti a problematiche distinte concernenti procedimenti non strettamente connessi.

L'eccezione di inammissibilità del ricorso è, pertanto, infondata.

12.3. - L'esame dell'eccezione di inammissibilità sollevata da (...), secondo cui il ricorso sarebbe volto unicamente a sindacare la valutazione tecnico-discrezionale operata dalla Stazione appaltante, può essere proficuamente effettuata unitamente all'esame delle censure stesse.

12.4. - Priva di fondamento l'eccezione di improcedibilità sollevata dalla (...) S.c.r.l., che ha rilevato che la ricorrente ha ommesso di impugnare il provvedimento di aggiudicazione "definitiva" (così qualificata dalla controinteressata) del 7 luglio 2023 prot. n. 7767, emesso in favore di essa.

In effetti non si tratta dell'aggiudicazione definitiva, ma dell'atto con il quale la Stazione appaltante ha concluso favorevolmente la verifica dei requisiti di gara in capo all'aggiudicatario.

Ciò è tanto vero che, come rileva la ricorrente, il termine per ricorrere decorre dalla comunicazione di cui all'art. 76, comma 5, del d.lgs. n.50/2016, che ha ad oggetto l'aggiudicazione, che è l'atto soggetto a impugnazione.

13. - Può quindi passarsi all'esame del merito.

13. - È opportuno richiamare il contenuto essenziale delle argomentazioni in base alle quali le offerte della ricorrente sono state ritenute non congrue, tenendo presente che l'odierna ricorrente aveva formulato le seguenti offerte in relazione ai vari lotti: 25,11% per i lotti 1 e 3, 23% per il lotto 4, 25,19% per il lotto 5, 22,10% per il lotto 6, 21,10% per il lotto 8, 23,19% per il lotto 9, 24,10% per il lotto 10, 23,59% per il lotto 11.

Risulta dal verbale n. 12 del 7 febbraio 2023, che il ribasso offerto dalla (...) per ciascuno dei lotti per i quali ha partecipato è di gran lunga superiore a quello degli altri concorrenti.

Le giustificazioni richieste alla concorrente relative ai costi inerenti agli oneri di sicurezza aziendale sono state ritenute sufficienti.

Non sono state ritenute sufficienti, invece, le giustificazioni relative al trattamento salariale.

Si legge nel processo verbale n. 44 del 9 maggio 2023:

“Omissis...preliminarmente si evidenzia che la carenza di elementi di informazione asserita dall’O.E. non può essere considerato elemento scusante, atteso che la carenza di tali elementi di conoscenza poteva essere richiesta alla Stazione Appaltante durante la fase di trattazione dei chiarimenti ed informazioni preliminari alla presentazione delle offerte. La Stazione Appaltante nella legge speciale di gara aveva preannunciato ai concorrenti la necessità di riassumere, in virtù della clausola sociale, il personale presente in cantieri con conseguente obbligo di preservarne gli scatti di anzianità maturati. Qualora l’O.E., al fine di valutare la reale incidenza di detti scatti sul costo del lavoro, avesse richiesto informazioni di dettaglio la Stazione Appaltante avrebbe riscontrato la richiesta fornendo il dato e mettendo il concorrente nella condizione di meglio quantificare la reale incidenza del costo del lavoro nell’ambito della totalità dei costi da affrontare per sostenere diligentemente l’appalto. Il non averlo fatto, al pari degli altri OO.EE: significava non già la loro non sussistenza bensì la necessità diligente di tenerli in considerazione in via presuntiva così come fatto nell’ambito della contrattazione collettiva del lavoro, allorquando le parti sociali hanno previsto, a titolo prudenziale, un parametro di 3 scatti per ogni lavoratore, parametro che ovviamente poteva essere rivisto al ribasso, conoscendo le reali posizioni di inquadramento stipendiale, che andavano comunque richieste se non evincibili, per quanto desumibili, dal capitolato.

Riguardo alla determinazione del costo della manodopera, è pacifico che le tabelle salariali di cui all’art. 23, comma 16, Codice degli Appalti costituiscano “mero parametro di congruità” dell’offerta (TAR Lazio, Sez. II, 22/06/2022 n. 8410), così che lo scostamento dalle medesime — configurando indice di “offerta anormalmente bassa”, a mente dell’art. 97, comma 5, lettera d) del menzionato Codice — non legittima l’esclusione tout court dell’offerta stessa, ma impone alla Stazione Appaltante di richiedere “spiegazioni” all’offerente.

Se ciò è vero in termini generali, deve però evidenziarsi che “diverso è il caso in cui viene in gioco l’applicazione di norme inderogabili, per legge o per contratto, concernenti il trattamento retributivo...” (TAR Sardegna, Sez. I, 12/12/2017 n. 792) così che — in

conformità al disposto dell'art. 97, comma 6, Codice Appalti — “non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabilite dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge”.

Se ne ricava, dunque, che né il codice dei contratti, né la *lex specialis* prevedono la possibilità di derogare al divieto di applicare trattamenti retributivi inferiori a quelli stabiliti dai contratti collettivi di lavoro.

Peraltro, una deroga a siffatto divieto si porrebbe in contrasto con l'art. 36 della Costituzione, costituendo i trattamenti economici minimi previsti dai contratti collettivi, in base ad un criterio costantemente seguito dalla giurisprudenza, anche della Corte Costituzionale, il parametro comunemente utilizzato al fine di definire la proporzionalità e la sufficienza del trattamento economico da corrispondere al lavoratore, ai sensi dell'art. 36 della Costituzione “ (TAR Veneto, Sez. I, 27/10/2017 n. 958).

Alla luce di tali premesse, l'offerta presentata dall'operatore economico in esame appare per più versi non rispettosa del combinato disposto dalle norme citate.

Di seguito si riportano puntualmente gli elementi oggetto di contestazione:

a) non risultano essere stati considerati gli scatti di anzianità, la cui inclusione nel computo del costo della manodopera è diretta ed immancabile conseguenza dell'applicazione del meccanismo di continuità occupazionale in caso di cambio di appalto, prescritto dalle *lex specialis* di gara, nonché dal titolo X — parte speciale (protocollo appalti — artt. 222 e ss) CCNL — Pubblici Esercizi. Non risulta essere stato computato il contributo FIS, il cui versamento è obbligatorio per le aziende con oltre 15 dipendenti;

b) non è stata calcolata, tra gli “altri oneri”, l'incidenza di:
elemento economico di garanzia (previsto dall'art. 13 del CCNL); contributo EBT (previsto dall'art. 24 del CCNL); assistenza sanitaria obbligatoria (prevista dall'art. 186 del CCNL).

Trattandosi di oneri che l'Azienda deve, obbligatoriamente, sostenere, la mancata inclusione degli stessi si risolve — non già in un mero scostamento dai parametri indicati dalla tabella ministeriale, bensì — in una vera e propria inosservanza dei minimi tabellari inderogabili

stabiliti dalla contrattazione collettiva;

c) non è stata considerata l'incidenza degli oneri per la previdenza complementare che, sebbene rimessi a specifica e volontaria adesione da parte dei lavoratori, andavano prudenzialmente tenuti in considerazione così come fatto dalle tabelle del CCNL che stima la percentuale prudenzialmente nella misura del 30%;

d) non sono state utilizzate per il calcolo dei costi salariali le tabelle derivanti dagli accordi territoriali integrativi di secondo livello, che, a differenza di quanto dichiarato dall'operatore economico, sono presenti, giusta DD 44/2019 del Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali, oltre che nella provincia di Venezia (lotti 1 e 3) anche nelle province di Ancona (lotto 2), La Spezia (lotti 4 e 5) Brindisi (lotto 9), Napoli (lotto 10) e Roma (lotti 12 e 13); nel merito l'operatore conferma di non aver preso in considerazione le voci di costo previste da dette tabelle dichiarando, nello specifico caso dei lotti di Venezia, che il discostamento risulta a suo dire non significativo;

per quanto attiene le ore medie lavorate annue, è legittimo che la ditta possa stimare per le proprie figure professionali un numero medio di giornate lavorate annue diverso, in ipotesi superiore, rispetto a quello indicato nella tabella ministeriale, basandosi su dati storici di assenza per malattia, infortunio, permessi sindacali/di diritto allo studio e maternità che giustifichino un basso tasso di assenteismo (anche se si dovrebbe tenere conto della clausola sociale che obbliga la ditta all'assunzione di personale che non è alle proprie dipendenze del quale non conosce l'effettivo tasso medio di assenteismo) ma non è legittimo escludere totalmente dal calcolo del costo salariale tali giornate, comprese quelle obbligatorie delle ferie e festività soppresse, in considerazione del fatto che il disciplinare di gara prevede l'esecuzione di un numero minimo effettivo di ore lavorate annuali che la ditta nel progetto tecnico ha assicurato di fornire, prevedendo le necessarie e sollecite sostituzioni in caso di assenza del personale per qualsiasi motivazione (relazione tecnica: punto 3 da pag. 13 pag. 17; punto 6 - organico per sostituzioni - da pag. 28 a pag. 34). Tale elemento quindi, oltre ad incidere negativamente sull'attendibilità complessiva dell'offerta economica presentata,

rappresenta una possibile violazione di un impegno assunto nel progetto tecnico, cui è corrisposto uno specifico punteggio di merito nella valutazione, che non può e non deve essere disatteso.

Al fine di evidenziare l'incidenza del mancato inserimento nel calcolo del costo salariale delle ore non lavorate medie, si riporta di seguito una tabella nella quale vengono posti a confronto i costi dell'ora lavoro della sola paga base conglobata (costo lavoro base al netto di tutti gli altri oneri previsti per legge per alcuni dei quali l'O. E. gode di specifici sgravi), per ciascun livello professionale, previsti dall'O.E. senza considerare le ore non lavorate annue e i costi previsti dalle tabelle ministeriali di settore di cui al D.D. 44/2019 del Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali (tabella 1° livello dicembre 2021) che prevedono una media di 484 ore non lavorate annue:

(Omissis)

Dalla tabella si evince come il mancato computo delle ore non lavorate medie da parte dell'O.E. determini sulla sola paga base conglobata un ribasso di circa il 22,4% a sfavore del lavoratore. A tale consistente riduzione del costo dell'ora lavorativa vanno aggiunte tutte le voci non contemplate nel computo dall'O.E. esplicitate nei precedenti punti (scatti anzianità, il contributo FIS, elemento economico di garanzia, contributo EBT, assistenza sanitaria obbligatoria, previdenza complementare, ulteriori contributi previsti dalle tabelle di 2° Livello).

È stato già evidenziato in epigrafe come sia giurisprudenza consolidata quella secondo cui lo scostamento del costo del lavoro rispetto ai valori ricavabili dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi non possa comportare, di regola e di per sé, un automatico giudizio di inattendibilità (Consiglio di Stato, sez. III, 18 settembre 2018, n. 5444; id. 14 maggio 2018, n. 2867; id., sez. V, 25 ottobre 2017, n. 4912), occorre che sussistano discordanze “considerevoli” e ingiustificate rispetto a tali valori (Cons. St., sez. V, 12 settembre 2018, n. 5332).

Nel caso di specie, per tutti gli elementi sopra esposti, la Commissione ritiene che le

delucidazioni/giustificazioni fornite dalla ditta (...) SRL, avuto riguardo in particolare al considerevole scostamento del dato del costo del lavoro rispetto alle tabelle ministeriali di riferimento, siano non puntuali, attendibili e rigorose e sono considerate quindi dalla Commissione non sufficienti, non veritiere e non attendibili, tali quindi da far ritenere l'offerta economica presentata dall'operatore, non affidabile e congrua e l'appalto non sostenibile nel suo complesso, per ogni lotto per cui la ditta ha presentato offerta.

13.2. - A fondamento del ricorso la (...) ha dedotto:

I costi del personale applicati sarebbero stati elaborati sulla base del CCNL di settore "Pubblici Esercizi – Confcommercio". Il costo orario totale sarebbe stato determinato in ragione della paga oraria base, alla quale sarebbero stati poi sommati i singoli ratei di tredicesima e quattordicesima, quanto dovuto a titolo di contribuzione Inps e Inail, nonché quanto spettante a titolo di TFR.

Sarebbero frutto di illogicità e difetto di istruttoria le contestazioni della stazione appaltante riguardo alla mancata considerazione degli scatti di anzianità, giacché si tratterebbe di elemento pressoché aleatorio, la progressione sarebbe quadriennale e i relativi importi sarebbero esigui.

Quanto al rilievo relativo al mancato computo tra gli "altri oneri" dell'incidenza dell'elemento economico di garanzia (previsto dall'art. 13 del CCNL), contributo EBT (previsto dall'art. 24 del CCNL), assistenza sanitaria obbligatoria (prevista dall'art. 186 del CCNL), non vi sarebbe l'obbligo di erogarli, come da circolare FIPE, a causa del quadro economico di gravissima crisi del settore a seguito della pandemia da Covid-19.

Ugualmente privo di fondamento sarebbe il rilievo relativo alla mancata considerazione dell'incidenza degli oneri per la previdenza complementare, giacché l'adesione del dipendente al relativo fondo avverrebbe su base volontaria.

Sarebbe erronea, altresì, l'osservazione relativa alla mancata utilizzazione per il calcolo dei costi salariali delle tabelle di cui agli accordi territoriali integrativi di secondo livello, in quanto accordi integrativi sarebbero presenti solo in relazione ai lotti relativi ai Circoli di Venezia,

Brindisi e Roma.

La ricorrente ha ulteriormente rilevato che la stazione appaltante ha ritenuto non legittima, in relazione al calcolo delle ore medie lavorate annue, l'esclusione totale dal calcolo del costo salariale delle giornate di assenza per malattia, infortunio, permessi sindacali, di diritto allo studio e maternità, oltre quelle obbligatorie delle ferie e festività soppresse. Tale assunto, però, sarebbe privo di fondamento in quanto il costo reale del personale, sulla base delle ore mediamente lavorate, sarebbe dato dalla somma degli oneri sostenuti dal datore di lavoro per la retribuzione dei dipendenti e per tutti i costi connessi alla gestione del lavoro e sarebbe determinato a monte, indipendentemente dagli eventi quali ferie, permessi, maternità, malattia e simili, che non determinerebbero un aumento del costo annuo per il datore di lavoro.

Il provvedimento di esclusione, inoltre, non avrebbe tenuto conto della possibilità di applicare lo sgravio del 30 % sui contributi Inps a carico azienda per le imprese operanti nell'Italia meridionale, con un risparmio annuo di circa € 1.800,00 per dipendente.

13.3. - Sono noti gli orientamenti giurisprudenziali riguardo ai limiti del sindacato giurisdizionale riguardo alle valutazioni di congruità espresse dalle stazioni appaltanti.

È un punto fermo, innanzi tutto, che la verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzata ad accertare la complessiva attendibilità e serietà della stessa.

La relativa valutazione ha natura globale e sintetica ed è tipica espressione di discrezionalità tecnica, censurabile solo in caso di macroscopica e manifesta erroneità o illogicità.

Si tratta, in sostanza, di accertare la complessiva attendibilità e serietà dell'offerta ai fini della corretta esecuzione dell'appalto, per cui la relativa valutazione non deve soffermarsi solo sulle singole voci di prezzo o su particolari costi, ma deve tenere conto dell'incidenza sul costo del servizio (solo per richiamare la giurisprudenza più recente, Tar Lombardia, sez. I, 23 maggio 2023, n. 1225; Tar Lazio, sez. I bis, 11 aprile 2023, n. 6259; Tar Campania, sez. III, 3 aprile 2023, n. 2069; Cons. Stato, sez. V, 1 marzo 2023, n. 2170).

L'ampia discrezionalità di cui gode l'organo deputato ad effettuare la valutazione implica un

onere di motivazione particolarmente approfondito, che dia conto, anche mediante richiamo alle singole voci di prezzo e di costo, della ritenuta attendibilità o inattendibilità dell'offerta.

L'obbligo motivazionale assume valenza ancora più pregnante allorché le giustificazioni offerte dalla concorrente siano disattese e venga compiuta una valutazione di carattere negativo in ordine all'offerta (così, da ultimo, Tar Lombardia, sez. I, 23 maggio 2023, n. 1225, cit.).

13.4 - Le censure di parte ricorrente, sopra tratteggiate per sommi capi, tendono a contestare i singoli passaggi argomentativi dell'ampia motivazione alla base dell'esclusione della concorrente.

In considerazione di ciò, non può condividersi l'eccezione di inammissibilità sollevata dalle parti resistenti, per la quale il gravame sarebbe volto unicamente a sindacare la valutazione tecnico-discrezionale. L'esigenza di censurare i singoli argomenti esposti dalla stazione appaltante, mediante l'esposizione di argomenti contrari, era, infatti, metodo probabilmente ineludibile.

Ciò premesso, osserva il Collegio che tra gli elementi presi in considerazione ai fini dell'esclusione ve ne è uno centrale, che la ricorrente nega, ma che pare difficilmente superabile.

Vi è la c.d. clausola sociale che impone di assumere i dipendenti delle imprese uscenti o, se la subentrante è anche uscente, di mantenere i dipendenti in servizio.

Ne deriva che il computo degli scatti di anzianità e delle altre componenti della retribuzione maturati dal personale in servizio non sono elementi aleatori, come sostiene la ricorrente, ma, al contrario, aspetti di cui tenere accuratamente conto nella formulazione delle offerte.

Così come non è un elemento aleatorio il contributo FIS (Fondo integrazione salariale), che è obbligatorio per le imprese con più di 15 dipendenti.

Come rilevato dalla Commissione nel più volte menzionato processo verbale n. 44, il difetto di elementi di informazione, rilevato dalla ricorrente, non può essere ritenuto una scusante, considerato che la concorrente aveva piena possibilità di acquisire i relativi dati.

La ricorrente ha liquidato l'altro argomento alla base dell'esclusione, relativo al mancato computo dell'elemento economico di garanzia (previsto dall'art. 13 del CCNL), del contributo EBT (previsto dall'art. 24 del CCNL), dell'assistenza sanitaria obbligatoria (prevista dall'art. 186 del CCNL), con l'osservazione secondo la quale una circolare FISE avrebbe escluso l'obbligo di erogarli a causa della crisi di settore. La ricorrente, infatti, non va oltre un generico riferimento a tale circostanze, senza illustrare le modalità con cui, nella concreta realtà aziendale, si possa giungere ad elidere questi elementi di costo, previsti dai contratti collettivi.

Ancora meno convincente l'affermazione tendente a negare la fondatezza del rilievo secondo cui non si sarebbe presa in considerazione l'incidenza degli oneri della previdenza complementare, in quanto l'adesione dei dipendenti avverrebbe su base volontaria. È, chiaramente, un'affermazione del tutto astratta, dal momento che è necessario prendere in considerazione la realtà aziendale e verificare quali, tra i dipendenti in forza o da assumere in base alla clausola sociale, hanno aderito alla previdenza complementare. In ogni caso, sarebbe stato necessario fare un'analisi prudenziale, che tenesse conto di tale onere.

La ricorrente ha, inoltre, evidenziato la scarsa incidenza dei costi derivanti dai contratti integrativi di secondo livello, relativi ai circoli di Venezia, Roma e Brindisi, alcuni dei quali stipulati assai di recente. Al riguardo non v'è che da rilevare che si tratta pur sempre di un elemento che concorre a determinare il costo del personale. D'altra parte, si tratta solo di uno degli argomenti presi in considerazione ai fini dell'esclusione.

Ulteriore rilievo mosso dalla stazione appaltante in relazione all'offerta dell'odierna ricorrente attiene all'esclusione totale dal costo salariale del numero medio di giornate lavorate annue delle assenze per malattia, infortunio, permessi sindacali, diritto allo studio e maternità.

Si legge nel processo verbale n. 44 che il mancato computo delle ore non lavorate medie determina sulla sola paga base conglobata un ribasso di circa il 22,4% a sfavore del lavoratore.

A tali osservazioni, di indubbio rilievo sul piano del trattamento retributivo dei lavoratori, la

ricorrente ha replicato affermando che i costi connessi alla gestione del lavoro sarebbero determinati a monte indipendentemente dagli eventi quali ferie, permessi, maternità, malattia esimili, che non determinerebbero, quindi, un aumento del costo annuo per il datore di lavoro.

La censura della ricorrente non tiene conto, però, di quanto rilevato nel processo verbale n. 44, nel quale si evidenzia che tali costi sono connessi all'obbligo di esecuzione di un numero minimo effettivo di ore lavorate annuali, con necessità di sostituire il personale assente per qualsiasi causa, con i conseguenti maggiori costi.

Non pare cogliere nel segno, infine, l'ulteriore argomento relativo alla possibilità di usufruire degli sgravi contributivi in relazione ai Circoli situati in regioni meridionali.

Non si tratta, evidentemente, di elemento oggetto di contestazione da parte della stazione appaltante, tenuto anche conto del fatto che di tali sgravi non può usufruire solo la ricorrente, bensì tutte le imprese industriali operanti nel Mezzogiorno e, quindi, anche le altre concorrenti.

Si tratta, quindi, di elemento non rilevante ai fini della valutazione di non congruità, di cui la stazione appaltante ha già dovuto tenere necessariamente conto.

Le censure della ricorrente appaiono, pertanto, prive di fondamento.

Conclusivamente, può osservarsi che la decisione di esclusione appare basata su un apparato argomentativo solido, costituito da una serie di elementi, alcuni dei quali di grande rilievo sul piano della determinazione dei costi del personale, che rendono sufficientemente ragione della complessiva non congruità delle offerte dell'odierna ricorrente.

14. - Il ricorso, pertanto, è infondato e deve essere rigettato.

Le spese del giudizio, liquidate nella misura di cui in dispositivo in favore delle parti resistenti, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, al pagamento in favore del Ministero (...), di (...) S.c.a.r.l., di (...) S.r.l., di Consorzio Stabile (...) di spese e competenze del presente giudizio, che liquida in complessivi € 10.558,80 per ciascuna parte resistente, oltre rimborso delle spese generali nella misura del 15%, Iva e Cpa se dovuti e altri accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Iannini, Presidente, Estensore

Floriana Venera Di Mauro, Consigliere

Domenico De Martino, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Giovanni Iannini

IL SEGRETARIO