TAR Campania, Sezione Quarta, Sentenza n. 1463 del 21 febbraio 2025

Appalti di servizi – Applicazione CCNL diverso da quello indicato da SA – Valutazione di equivalenza – Verifica di anomalia offerta

Pubblicato il 21/02/2025

N. 01463/2025 REG.PROV.COLL.

N. 04662/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4662 del 2024, proposto da (…) S.R.L, in persona del legale rappresentante protempore, in relazione alla procedura CIG (…), rappresentata e difesa dagli avvocati (…), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero (…), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di (…);

nei confronti

(…) S.R.L, Quale Capogruppo Mandataria A.T.I. (…) S.r.l./(…) S.p.A., (…) S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati (…), con domicilio eletto presso lo studio (…);

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione della (…) s.r.l. dalla gara d'appalto per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione degli ambienti presso i locali e le sedi esterne della (…) del 27 agosto 2024, notificato a mezzo pec alla ricorrente il 2 settembre 2024;
del verbale delle operazioni di gara n. 4 del 27 febbraio 2024 e del successivo verbale n. 5 nella parte in cui, preso atto delle risultanze a cui è giunta la commissione nel primo, la ricorrente è stata esclusa col secondo;
del decreto n. 597 del 5 settembre 2024, a firma del provveditore pro tempore, con il quale sono stati approvati tutti i verbali di gara e disposta l'aggiudicazione in favore della dell'A.T.I. (…) S.r.l./(…) S.p.A., con sede in (…);

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del (…) e della (…) S.R.L, Quale Capogruppo Mandataria A.T.I. (…) S.r.l./(…) S.p.A. e della (…) S.p.A.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 febbraio 2025 la dott.ssa Germana Lo Sapio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.Il (…) nella qualità di Centrale di Committenza e Stazione Unica Appaltante Sua di (…) ha indetto la procedura di gara aperta per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione degli ambienti presso i locali e le sedi della (…), in virtù della Convenzione stipulata con la stazione appaltante ai sensi dell'art. 38 del D. Lgs. n. 50/2016 (disciplina applicabile *ratione temporis*).
Alla procedura di gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa hanno partecipato 19 operatori economici, tra i quali l'impresa ricorrente (…) Srl. In esito delle valutazioni di anomalia delle offerte ai sensi dell'art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016 i primi tre graduati sono stati esclusi con nota

prot. n. 13670 del 21 dicembre 2023. Ma la valutazione di sostenibilità economica è stata avviata, con conseguente dovere di giustificazione, anche nei confronti degli altri concorrenti (la ricorrente era la quarta graduata) e con la nota prot. n. 13753 del 27 agosto 2024, oggetto del presente giudizio, la Commissione giudicatrice ha quindi escluso anche l'odierna ricorrente. Pertanto, con il D.P. n. 597 del 5 settembre 2024 la gara è stata aggiudicata all'ATI (…) srl/(…) S.p.a., odierna controinteressata, ai sensi dell'art. 32, comma 5 del D.Lgs. n. 50/2016;

2. Con il ricorso introduttivo, la società (…) Srl ha impugnato l'atto di esclusione, nonché gli atti indicati in epigrafe, contestando, sotto diversi profili, la ragionevolezza tecnica della valutazione operata dall'amministrazione. Oltre alla domanda di annullamento ex art. 29 c.p.a., ha anche formulato la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato "ai sensi e per gli effetti dell'art. 122 c.p.a.", ma non ha richiesto espressamente di subentrare nel contratto eventualmente stipulato.

Si sono costituite in giudizio sia l'amministrazione resistente, sia l'ATI (…), controinteressata eccependo l'infondatezza del ricorso.

3. Il ricorso è infondato.

4. E' consolidato il principio secondo cui "*il giudizio di verifica della congruità di un'offerta sospettata di anomalia ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme e costituisce espressione paradigmatica di un potere tecnico-discrezionale dell'amministrazione di per sé insindacabile in sede di legittimità, salve le ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche, irragionevoli e fondate su insufficiente motivazione o affette da errori di fatto*" (tra le ultime, T.A.R. Campania Napoli, Sez. IV, 2 ottobre 2024, n. 5171: "*nell'ambito di una gara ad evidenza pubblica, la verifica dell'anomalia è finalizzata all'esame dell'attendibilità e della serietà dell'offerta, oltre che all'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte. La relativa valutazione della stazione appaltante ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato all'Amministrazione che, come tale, è*

insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato, renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta, aspetti che nella specie non si rinvengono" Cons. Stato, Sez. III, 25 ottobre 2024, n. 8652).

5. Nel caso di specie, la valutazione effettuata dalla Commissione giudicatrice è sorretta da una adeguata motivazione, peraltro anche rappresentata con chiarezza, che quanto ad analiticità va ben oltre la soglia del giudizio complessivo richiesto dalla fattispecie astratta.

La sua ragionevolezza tecnica, entro cui si esercita il presente sindacato, è pertanto esente dalle censure dedotte da parte ricorrente.

6. La questione dirimente, e logicamente prioritaria rispetto a quella della correttezza o meno dei conteggi sui costi della manodopera e sui parametri differenti utilizzati nell'offerta e nelle giustificazioni in sede procedimentale, è quella relativa all'applicazione di un contratto collettivo nazionale diverso rispetto a quello indicato negli atti di gara (sulla quale si concentra infatti la difesa del Ministero).

Per l'affidamento del servizio *de quo* la Stazione Appaltante ha indicato negli atti di gara l'applicazione del CCNL Multiservizi. La ricorrente ha invece dichiarato che per la gestione della commessa avrebbe applicato ai lavoratori impiegati nella prestazione di servizi di pulizia, il diverso CCNL ANPIT-CISAL Servizi Ausiliari, senza però dimostrare la sussistenza dei requisiti cui è subordinata tale facoltà alternativa, a garanzia delle posizioni giuridiche dei lavoratori, specie in settori ad alta intensità di manodopera come quello dell'appalto di prestazioni di servizi di pulizia e sanificazione (da eseguire, nello specifico, nelle sedi di un centro di cultura di fama internazionale come la (…)).

Come noto, le differenze tra i diversi CCNL possono riguardare plurimi profili, tra cui l'orario di lavoro settimanale, articolato anche su diverso numero di giorni; le maggiorazioni percentuali per il lavoro straordinario diurno e/o notturno e/o festivo; la strutturazione per livelli delle retribuzioni, che possono variare anche a

parità di mansioni specifiche; la cadenza degli scatti di anzianità; le eventuali indennità di mancata contrattazione; tutti profili che incidono sulle "tutele" e in generale sulle posizioni giuridiche dei lavoratori subordinati.

7. La questione è stata esaminata in giurisprudenza nei termini che si espongono sinteticamente di seguito.

La valutazione di congruità dell'offerta, relativamente al costo del lavoro, è imposta dalla necessità di garantire – nella convergente prospettiva della affidabilità e serietà della proposta negoziale formulata (art. 97 Cost.) e della salvaguardia della libertà e dignità della prestazione lavorativa (art. 36 Cost.), cui è sollecito anche a livello normativo eurocomune (cfr. l'art art. 69 della direttiva 24/2014 UE) – la sostenibilità economica complessiva della prestazione promessa in sede di gara e, in ogni caso, il rispetto dei "*minimi salariali retributivi*" elaborati in sede di contrattazione collettiva (artt. 30, comma 3 e 97, comma 5 lett. d) D.Lgs. n. 50 del 2016; cfr. Cons. Stato, sez. III, 15 maggio 2017, n. 2252).

Tal ratio spiega anche il riferimento, contenuto nell'art. 23, comma 16 del d.lgs. 50/2016 alle "*apposite tabelle*", di annuale e dinamica elaborazione ministeriale, costruite "*sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi*" le quali non sono vincolanti essendo elaborate peraltro su base statistica, ma impongono all'operatore l'onere di dimostrare e documentare la ragionevolezza dello scostamento dei relativi costi sostenuti dalla specifica organizzazione aziendale.

Ne discende che gli operatori possono sì optare per l'applicazione di contratti collettivi diversi da quelli individuati dalla stazione appaltante, ma con il limite stringente derivante dalla funzione delle disposizioni sopra citate "*della coerenza, pertinenza e adeguatezza, in relazione alla garanzia di un omogeneo livello di tutela*" a favore dei lavoratori già presi in carico (Cons. Stato, Sez. V, 19 giugno 2023, n. 6008;T.A.R. Lombardia, Milano, 28 novembre 2023, n. 2830, secondo cui la

Stazione Appaltante deve anche poter verificare che con il contratto collettivo nazionale che l'operatore economico intende adottare sia comunque garantito il livello di tutela sancito dall'art. 36 della Costituzione).

Gli esiti interpretativi, già acquisiti sulla base dell'art. 30 comma 4 del d.lgs. 50/2016, che già prendeva in considerazione le "prestazioni" oggetto di appalto da eseguire e non l'attività prevalente dell'impresa, sono poi confluiti nel vigente art. 11 comma 3 del d.lgs. 36/2023, che nel riconoscere all'operatore la libertà di individuare un diverso CCNL, impone in primo luogo il limite logico, prima ancora che giuridico, della necessaria coerenza tra il contratto scelto come parametro per la formulazione dell'offerta e l'oggetto dell'appalto, imponendo allo stesso operatore economico che intenda avvalersi di tale facoltà comunque derogatoria di provare la sussistenza di tale requisito in concreto (in attuazione peraltro anche del limite dell'utilità sociale di cui all'art. 41 Cost.); e, in secondo luogo, che siano garantite ai dipendenti "le stesse tutele" assicurate dal CCNL indicato in sede di gara (cfr. da ultimo, T.A.R. Lombardia, Milano, sentenza, 30 gennaio 2025, n. 296).

8. Nel caso di specie il ricorrente non ha assolto a tale onere, non avendo dimostrato che le tutele offerte dal CCNL ANPIT-CISAL Servizi Ausiliari fossero equivalenti a quelle garantite dal CCNL Multiservizi applicato dalla Stazione, essendosi limitato ad allegare la compatibilità del CCNL con l'oggetto della prestazione.

Tale omissione, rilevata dalla Commissione in sede di giustificazioni procedimentali, non è stata colmata neppure in sede giudiziale, poiché parte ricorrente si è limitato a sottolineare che "*la giurisprudenza ha di recente confermato la piena applicabilità del CCNL ANPIT-CISAL Servizi Ausiliari anche negli appalti pubblici*" (richiamando precedenti giurisprudenziali nei quali però la procedura di gara era stata indetta per l'affidamento dei servizi di *call center* ossia prestazioni lavorative diverse dai servizi di pulizia e sanificazione oggetto della gara).

9. Va peraltro osservato che la (…) S.r.l. ha indicato nelle giustificazioni un monte ore totale pari a 50.954,00, mentre nel progetto presentato in sede di gara il monte ore totale risultava essere di 30.050,05 ore annuali e tale allegazione comprendeva anche le ore per "coordinamento" e per "figure trasversali" comunque indicate nell'offerta (par. I della facciata 14 dell'offerta tecnica; l'indicazione invece nell'offerta tecnica di "ruoli" di supervisione/coordinamento, con i relativi costi, era espressamente prevista tra i criteri di valutazione dell'offerta, sub criteri 1.1).

Tale notevole discordanza non è stata adeguatamente giustificata dalla società che invece ha preso in considerazione solo una parte dei costi, relativi al "servizio esecutivo", senza neanche spiegare tale diversa struttura dell'articolazione dei costi tra offerta tecnico-economica e giustificazioni.

La mancata coerenza tra il monte ore complessivo inizialmente dichiarato nell'offerta (che non possono essere ridotte in sede di giustificazioni, detraendo quelle che corrisponderebbero a costi indiretti, come allegato dalla ricorrente in sede processuale) e quello successivamente tenuto in considerazione in sede di giustificazione incide già di per sè sulla valutazione della congruità dell'offerta.

In sintesi, le ore offerte in sede di gara devono intendersi come "contrattuali" vale a dire quelle che l'operatore economico si impegnava ad eseguire con la "struttura organizzativa" che rappresenta in sede di offerta tecnica e tale complessiva "*offerta vincola il concorrente per intero e non solo nelle parti rilevanti per l'attribuzione di uno specifico punteggio tecnico, essendo comunque oggetto di valutazione da parte della commissione di gara*", divenendo il parametro, per l'intero, anche delle successive eventuali giustificazioni nel sub-procedimento di anomalia (Cons. Stato, Sez. V, 6 febbraio 2024, 1220).

10. La società esclusa ha contestato la legittimità della valutazione dell'amministrazione, affermando che la Commissione avrebbe "*confuso*" il monte ore annuale con il monte ore triennale, senza considerare però che il monte ore annuale era già stato indicato analiticamente in sede di offerta da parte ricorrente, formulando una diversa articolazione dei costi, poi non riprodotta in sede

procedimentale per giustificare la divergenza rispetto alle tabelle ministeriali.

Deve peraltro anche aggiungersi che la corretta valutazione operata dall'amministrazione, oltre che ragionevole sotto il profilo tecnico è anche pienamente aderente al principio di buona fede (ora positivizzato dall'art. 4 del Codice dei Contratti Pubblici) di cui all'art. 1337 c.c. (cfr. anche Ad. Plen. 4 maggio 2018, n. 5) che è da intendersi come obbligo incombente reciprocamente su entrambe le parti, imponendo, da un lato, all'amministrazione l'interpretazione degli atti di gara e dei documenti in maniera aderente al testo letterale e la preclusione di ogni "reinterpretazione" che sia indotta dalle successive modifiche allegate dalla concorrente per giustificare in sede procedimentale l'anomalia sospetta; dall'altro, al concorrente il vincolo della coerenza tra tutti gli elementi e le voci di costo dichiarati e quelli successivamente giustificati, per dimostrare la sostenibilità economica di quanto offerto.

11. Infine, nel merito, le giustificazioni confermano un notevole e non giustificato scostamento dai minimi salariali previsti dalle tabelle ministeriali (elaborate dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali nel luglio 2022 ed applicabili alla fattispecie): Costo dichiarato per il livello D1: €13,12/h (contro il minimo ministeriale di €15,88/h); Costo dichiarato per il livello C2: €14,24/h (contro il minimo ministeriale di €16,56/h); Costo dichiarato per il livello C1: €15,44/h (contro il minimo ministeriale di €17,38/h).

L'art. 97 del D. Lgs. 50/2016 prevede che un'offerta economica possa discostarsi dai valori ministeriali, ma tale scostamento deve essere sorretto, proprio a garanzia della sostenibilità economica dell'offerta nel periodo della esecuzione contrattuale, da una dimostrazione puntuale e rigorosa delle condizioni che lo giustificano, che nel caso in esame non è stata fornita. È anche sotto questo profilo che rileva la questione del diverso CCNL indicato dalla società ricorrente.

Tale scelta non è stata considerata dall'amministrazione conforme agli obblighi della lex specialis, che prevedeva il rispetto delle condizioni contrattuali minime

stabilite dal CCNL Multiservizi, indicato per la prestazione di pulizia oggetto di gara, e sanciva il rispetto della clausola sociale.

Il predetto CCNL Multiservizi, all'art. 4 prevede che, in caso di successione nell'appalto a parità di termini, modalità e prestazioni contrattuali, la nuova impresa aggiudicataria ha l'obbligo di assorbire il personale esistente per un numero di ore non inferiore a quelle attualmente prestate. La clausola sociale, espressamente prevista negli atti di gara, impone il mantenimento dell'organico alle stesse condizioni contrattuali dell'appalto precedente.

Il punto è dirimente, come anticipato, ed è stato anche delineato con estrema chiarezza nel verbale del RUP, dott.ssa (…) condiviso dalla Commissione di gara "*L'impresa subentrante ha il preciso obbligo di garantire il mantenimento in organico senza periodo di prova di tutti gli addetti già presenti nell'appalto precedente e per un numero di ore non inferiore a quelle attualmente prestate. La "clausola sociale" è stata espressamente prevista negli atti di gara ed è sufficientemente chiara e precisa nel definire l'obbligo di assunzione ossia specifica e dal contenuto definito, tale da consentire ai concorrenti di individuare immediatamente il numero complessivo di dipendenti addetti all'appalto ed esplica la specifica funzione di tutelare, o in ossequio alla normativa prevista dalla contrattazione collettiva di riferimento, il personale addetto all'unità produttiva interessata e, pertanto, tale clausola non può essere assolutamente derogata e trova applicazione sia per gli offerenti che per l'Amministrazione aggiudicatrice*" (verbale allegato 4.2. produzione parte resistente).

Nell'offerta tecnica presentata in sede di gara, la società si è invece limitata a dichiarare il mantenimento del livello (peraltro i due contratti nazionali collettivi hanno anche una differente articolazione per livelli contrattuali dei dipendenti) e della retribuzione dei dipendenti in senso generico, ma non ha garantito anche il mantenimento delle ore contrattuali previsto dalla clausola sociale, rispetto a quelle attualmente prestate dai dipendenti destinati ad essere assorbiti (profilo, come sopra accennato, che può variare tra un CCNL e un altro).

Va inoltre considerato, per quanto le precedenti valutazioni tecnico-discrezionali

dell’amministrazione siano già sufficienti a ritenere esente dalle censure l’atto di esclusione, che il citato verbale del RUP, sotteso alla determinazione impugnata, analizza anche l’omessa considerazione dei maggiori costi derivanti dagli scatti di anzianità, in particolare per i dipendenti appartenenti al II livello, come indicato negli atti di gara, con un conseguente ulteriore indice della sottostima del costo del personale ed impatto significativo sulla sostenibilità complessiva dell’offerta.

12. In conclusione, dall’analisi dettagliata della documentazione emerge la legittimità, anche sotto il profilo sostanziale, della valutazione operata dall’amministrazione, sottesa al provvedimento di esclusione, con conseguente rigetto del ricorso.

13. La regolazione delle spese segue la soccombenza, con liquidazione contenuta nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite, liquidate in complessivi euro 3000,00 in favore dell’amministrazione resistente e della controinteressata, nella misura della metà ciascuna, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 5 febbraio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Severini, Presidente

Alfonso Graziano, Consigliere

Germana Lo Sapio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Germana Lo Sapio	**Paolo Severini**