

## **TAR Lazio, Sezione Seconda, Sentenza n. 16907 del 13 novembre 2023**

Appalti di servizi – Avvalimento fatturato – Se indicato come requisito di capacità tecnica ed economica è c.d. “di garanzia”

Pubblicato il 13/11/2023

**N. 16907/2023 REG.PROV.COLL.**

**N. 10533/2023 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 10533 del 2023, proposto dalla società (...) S.r.l., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

#### ***contro***

(...) S.p.A. e Ministero (...), in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

#### ***nei confronti***

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

#### ***per l'annullamento***

a – del provvedimento (...) del 8.6.2023, comunicato in pari data, di approvazione dei verbali di gara e di aggiudicazione, in favore di (...), della procedura aperta per l'affidamento dei servizi di vigilanza

armata per il Ministero (...) – Lotto 16;

b – di tutti i verbali di gara nella parte in cui hanno ammesso (...) ed hanno valutato la offerta tecnica ed economica;

c – ove occorra, del chiarimento n. 89, con il quale (...) ha specificato che il vincolo di partecipazione di cui all'art. 51 del Codice, comma 2, del codice, introdotto dall'art. 3.1. del disciplinare, non si applicherebbe in caso di partecipazione alla gara di più imprese controllate o collegate ex art. 2359 c.c.;

d – ove occorra, ancora, dell'art. 3.1. del disciplinare, se inteso nei sensi prospettati da (...) nel chiarimento e negli atti di gara;

e – di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali.

f – nonché per l'accertamento del diritto della Società ricorrente, in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133 comma 1 lett. e) c.p.a., alla aggiudicazione dell'**appalto** anche previa declaratoria di inefficacia del contratto, medio tempore, stipulato e diritto al subentro.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero (...) e di (...) Spa e di (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2023 il dott. Michele Tecchia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con il ricorso in epigrafe, la società ricorrente – premesso di aver partecipato ad una procedura di gara aperta suddivisa in 34 lotti indetta con bando pubblicato in data 17 gennaio 2020 per l'affidamento dei servizi di vigilanza armata da svolgersi in favore del Ministero (...), nonché di essersi classificata al secondo posto in graduatoria per il lotto n. 16 (relativo alla provincia di Caserta, con importo a base d'asta pari ad €19.929.423,84) alle spalle dell'odierna controinteressata (...) S.r.l. (nel prosieguo anche "...") – insorge avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva emesso da (...) S.p.A. (nel prosieguo anche "...") in favore di (...), chiedendone l'annullamento e, per l'effetto, la dichiarazione di inefficacia del contratto medio tempore stipulato, nonché il subentro in quest'ultimo.

L'azione annullatoria è affidata a sei distinti motivi di gravame che possono compendiarsi nei termini che seguono:

1) con il primo motivo, parte ricorrente si duole del fatto che la società aggiudicataria (...) ha partecipato alla gara insieme ad altre imprese del gruppo societario di cui la medesima fa parte (cd. Gruppo "..."), in violazione dei vincoli di partecipazione e valore previsti nella lex specialis; nel dettaglio, parte ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione degli articoli 51, comma 2, del d.lgs. 50/2016 e 46, comma 2, della Direttiva UE 2014/24, nonché della lex specialis di gara, per avere (...) illegittimamente consentito a (...) di concorrere – direttamente ed anche indirettamente mercè altre società dello stesso gruppo sotto la “cabina di regia” di un unico centro decisionale avente il suo baricentro nella controllante (...) S.p.A. – per la quasi totalità dei lotti (33 su 34) in elusione del vincolo di partecipazione previsto dalla lex specialis (cfr. punto II.1.6 del bando e art. 3.1 del disciplinare di gara) a tenore del quale ciascun operatore economico avrebbe potuto concorrere per un numero massimo di 13 lotti e, peraltro, a condizione che il valore complessivo dei lotti per i quali si compete non superi “il 40% del valore complessivo della gara”. In proposito, parte ricorrente espone che mentre (...) S.p.A. ha concorso per 13 lotti, altre tre società dello stesso gruppo (segnatamente (...), (...) S.r.l. e (...) S.r.l.) hanno presentato offerte per altri 20 lotti, con la conseguenza pratica che lo stesso gruppo societario – integrante un centro unico decisionale diretto e coordinato dal “socio sovrano” (...) S.p.A.– avrebbe illegittimamente concorso per quasi tutti i lotti di gara in aperta violazione del duplice vincolo di partecipazione di 13 lotti e del 40% del valore complessivo; sempre con il primo motivo di ricorso, infine, parte ricorrente si duole del fatto che (...) ha barrato nel DGUE la casella “NO” in corrispondenza della dichiarazione di partecipazione alla gara di un altro operatore economico con cui la stessa (...) si trova in rapporto di collegamento o controllo societario, da ciò inferendosene quindi una falsa dichiarazione in violazione dell’art. 80, co. 5, lett. f bis, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50;

2) con il secondo motivo, parte ricorrente si duole dell’invalidità del contratto di **avvalimento** intercorso tra la società aggiudicataria ausiliata e l’impresa ausiliaria (...) (anch’essa facente parte del Gruppo ...), contratto di **avvalimento** utilizzato dall’aggiudicataria per comprovare il possesso di un requisito che - pur afferendo al fatturato - andrebbe però inteso come requisito esperienziale (cfr. art. 7.2, lett. c), del Disciplinare di Gara, il quale recita quanto segue: “Fatturato specifico medio annuo nel

settore di attività oggetto dell'appalto riferito agli ultimi n. 2 esercizi finanziari disponibili, ovvero sia approvati, alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, non inferiore ad un terzo dell'importo totale annuo a base d'asta del lotto, più specificatamente non inferiore ai valori riportati nella seguente tabella, IVA esclusa"); nel dettaglio, parte ricorrente si duole del fatto che sebbene il requisito in esame abbia natura "esperienziale"(perciò esigendo, ai sensi dell'art. 89 co. 1 del D. Lgs. 50/2016, l'impegno diretto dell'ausiliaria ad eseguire le relative prestazioni), il relativo contratto di **avvalimento** non prevedrebbe invece l'impegno diretto dell'ausiliaria a realizzare le prestazioni dell'**appalto**, discendendone quindi l'invalidità di detto contratto per violazione dell'art. 89, co. 1, d.lgs. n.50 del 2016. Sempre con il secondo motivo di gravame parte ricorrente si duole, altresì, del fatto che il contratto di **avvalimento** conterrebbe un'inammissibile pattuizione di aleatorietà, laddove lo stesso prevede che "in caso di aggiudicazione della gara, l'impresa ausiliata verserà alla impresa ausiliaria un importo pari ad € 5.000 oltre al costo delle risorse di volta in volta prestate per come verrà concordato tra le parti";

3) con il terzo motivo, parte ricorrente si duole del fatto che la società aggiudicataria avrebbe omesso di dichiarare (in sede di domanda di partecipazione alla gara) "plurimi illeciti, accertati dall'Ispettorato del Lavoro di (...), con quattro verbali di accertamento del 26.8.2019";

4) con il quarto motivo, parte ricorrente si duole del fatto che la controinteressata avrebbe omesso di dichiarare l'"applicazione di gravi penali da parte dell'INPS Puglia e Basilicata (sede di Foggia), nella esecuzione di un precedente contratto";

5) con il quinto motivo, parte ricorrente si duole di un'asserita erronea attribuzione di alcuni punteggi tecnici in favore della società aggiudicataria;

6) con il sesto motivo, parte ricorrente si duole dell'asserita erroneità del giudizio di non anomalia dell'offerta economica della società aggiudicataria.

Si sono ritualmente costituiti in giudizio (...) S.p.A. (nel prosieguo anche "..."), il Ministero (...) e la società controinteressata (...) al fine di resistere all'odierno ricorso, sollevando al riguardo plurime eccezioni sia in rito che nel merito.

Il Ministero (...) ha eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva, atteso che in presenza di un affidamento disposto con gara da una centrale di committenza (quale per l'appunto è ...) l'unico

soggetto legittimato passivo sarebbe la centrale di committenza.

È poi seguito il deposito dei documenti e delle memorie ex art. 73, co. 1, c.p.a.

All'udienza pubblica calendarizzata in data 8 novembre 2023, il Collegio ha introiettato la causa in decisione.

## DIRITTO

In limine litis, il Collegio ritiene che l'eccezione di difetto di legittimazione passiva del Ministero intimato sia perspicua, atteso che gli atti di gara impugnati non sono riconducibili al Ministero (...).

Ne consegue, pertanto, la necessità di disporsi l'estromissione dal giudizio del Ministero intimato.

Ciò premesso, il Collegio rileva – in ossequio al principio di sinteticità degli atti e di economia dei mezzi giuridici, di cui all'art. 88, comma 2, lettera d), c.p.a. – di poter anzitutto prescindere dallo scrutinio delle eccezioni in rito formulate dalle parti intimato, attesa l'infondatezza dei motivi di ricorso.

## SUL PRIMO MOTIVO DI RICORSO

Per quanto concerne il primo motivo di ricorso, giova anzitutto premettere che la procedura di gara di cui si discorre, seppur avviata con un unico bando, è stata poi concepita come un insieme di diversi itinerari concorsuali - uno per ogni singolo lotto - ciascuno distinto e variamente disciplinato sotto il profilo geografico e dimensionale, così da essere conseguentemente regolato, in ragione della sua diversa complessità e del suo diverso valore, da previsioni peculiari e, dunque, definito da un atto di aggiudicazione autonomo, propedeutico ad un altrettanto autonomo contratto.

In tal senso, depone, infatti, il complessivo quadro regolamentare della gara e, in particolare, la previsione di:

- a) un codice identificativo della gara (CIG) diverso per ciascun lotto (sezione II.1.1 del Bando e paragrafo 1 del Disciplinare di gara);
- b) diverse prescrizioni in relazione ai requisiti di capacità economico-finanziaria richiesti per i diversi lotti (paragrafo 7.2. del Disciplinare di gara);
- c) garanzie autonome per i vari lotti (successivo paragrafo 10);
- d) offerte tecniche ed economiche distinte con riferimento a ciascun singolo lotto (paragrafo 10 sempre del Disciplinare);
- e) un distinto e diverso contributo ANAC per la partecipazione a ciascun lotto (paragrafo 11 del

Disciplinare);

f) la presentazione per ciascun lotto di una differente offerta tecnica ed economica (paragrafi 15 e 16);

g) un distinto provvedimento di aggiudicazione, volto alla stipula del relativo contratto, secondo l'utile collocazione in graduatoria soltanto ed esclusivamente delle offerte relative allo specifico lotto, secondo i relativi punteggi tecnici ed economici conseguiti (paragrafo 22 sempre del Capitolato).

La gara in questione accorpava, dunque, l'affidamento di più lotti autonomi e distinti, finalizzati alla stipula di altrettanti contratti destinati ad operare per ambiti territoriali di attività dotati di un diverso grado di complessità, con la conseguenza che deve escludersi che essa avesse carattere unitario, bensì la natura di "atto ad oggetto plurimo" (in tal senso, Consiglio di Stato, Sezione V, n. 4726/2022).

In tal senso si è, infatti, espressa la prevalente giurisprudenza amministrativa, la quale ha in più occasioni affermato come "la possibilità di aggiudicare autonomamente i singoli lotti" sia di per sé "incompatibile con la configurazione di una gara unitaria poiché le singole procedure di aggiudicazione sono dirette a tanti contratti di appalto quanti sono i lotti", sicché "se ciascun lotto può essere aggiudicato a concorrenti diversi, non ci si trova di fronte ad un appalto unitario e se non vi è appalto unitario non vi può essere unicità della gara", con conseguente configurazione del relativo bando di gara quale "atto ad oggetto plurimo", contenente "le disposizioni per lo svolgimento non di un'unica gara finalizzata all'affidamento di un unico contratto, bensì quelle per l'indizione e la realizzazione di tante gare contestuali quanti sono i lotti cui sono connessi i contratti da aggiudicare" (così, ex multis, Consiglio di Stato, Sezione V, n. 52/2017, e la giurisprudenza ivi richiamata, nonché più recentemente, questo T.A.R. Lazio, Roma, Sezione I, n. 12086/2021, confermata dal Consiglio di Stato, Sezione V, n. 4726/2022).

La stessa giurisprudenza testè evocata ha altresì chiarito che "la natura plurima della gara" non è preclusa dalla previsione di un'unica commissione giudicatrice per tutti i lotti applicativi, atteso che "l'indizione di una gara suddivisa ... è finalizzata anche a ridurre i costi che la stazione appaltante deve sostenere per l'affidamento di più contratti fra loro analoghi", sicché "sarebbe, dunque, illogico moltiplicare il numero delle commissioni giudicatrici e, con queste, le spese necessarie al loro funzionamento" (in termini, anche Consiglio di Stato, Sezione V, n. 52/2017, già citata).

Poste tali coordinate interpretative, deve, dunque, in radice escludersi che le situazioni di

collegamento/controllo rappresentate in atti dalla ricorrente, al di là della loro reale consistenza, possano aver ingenerato una qualche preclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. n. 50/2016, avendo le rispettive offerte operate in diversi contesti concorsuali non vicendevolmente contaminabili nell'ottica di un'eventuale turbativa delle rispettive procedure e graduatorie e dei conseguenti separati provvedimenti di aggiudicazione.

Detto in altri termini, la fattispecie escludente dell'art. 80, comma 5, lett. m), del d.lgs. n. 50 del 2016 – nella quale versa “l'operatore economico che si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale” – è configurabile soltanto se gli operatori economici tra loro “collegati” partecipano alla medesima gara, e non anche se essi invece partecipano, come nel caso di specie, a gare autonome e distinte (quali per l'appunto quelle de quibus strumentali all'aggiudicazione di lotti differenziati).

Ciò chiarito, vanno a questo punto illustrate le ragioni per cui non può essere accolta la tesi attorea secondo cui il vincolo di partecipazione contemplato dalla lex specialis (a tenore del quale ciascun operatore economico avrebbe potuto concorrere per un numero massimo di 13 lotti e, peraltro, a condizione che il valore complessivo dei lotti per cui compete non eccedesse “il 40% del valore complessivo della gara”) è un vincolo riferito al singolo operatore societario e non anche a più operatori conglobati in un centro unico decisionale.

In argomento, corre l'obbligo di ricostruire la trama di principi ordita dalla giurisprudenza amministrativa in materia di suddivisione della gara in lotti e di apposizione di vincoli di partecipazione/aggiudicazione.

Orbene, non è revocabile in dubbio che la regola generale scolpita nell'art. 51, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, è quella della suddivisione in lotti delle gare di **appalto**, regola prescrittiva che va tendenzialmente sempre rispettata, salvo casi eccezionali in cui la stazione appaltante dovrà adeguatamente motivare la decisione di discostarsene.

Tale regola prescrittiva ha una finalità evidentemente pro-concorrenziale, nel senso di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese (PMI) al mercato delle commesse pubbliche, in ossequio al principio

euro-unitario del favor participationis.

I commi 2 e 3 dell'art. 51 del d.lgs. n. 50 del 2016 introducono, invece, una regola facoltativa (e non prescrittiva) in quanto consentono (ma non impongono) alla stazione appaltante – in un'ottica di ulteriore favoreggiamento delle PMI – di introdurre discrezionalmente un vincolo di partecipazione (comma 2) o un vincolo di aggiudicazione (comma 3), stabilendo quindi il numero massimo di lotti per i quali la stessa partecipante può concorrere/partecipare (vincolo di partecipazione), o che può vedersi aggiudicati (vincolo di aggiudicazione).

Stante l'indiscutibile discrezionalità della scelta della stazione appaltante circa il se (an) introdurre il vincolo di partecipazione/aggiudicazione, appare viepiù discrezionale la scelta del come (quomodo) declinare tale vincolo, e cioè se imporre tale vincolo alla singola società, oppure se estenderlo anche alle società del medesimo gruppo costituente un centro unico decisionale.

Proprio in tal senso il Consiglio di Stato ha chiarito che “la discrezionalità di cui all'art. 51, commi 2 (vincolo di partecipazione) e 3 (vincolo di aggiudicazione), se si esercita nell'an (introduzione vincolo quantitativo di partecipazione e/o di aggiudicazione) a fortiori trova applicazione nel quomodo (scelta di estendere o meno tale vincolo anche alle società che formano un unico centro decisionale). 11.10. In conclusione: sussiste l'obbligo(tendenziale) di suddividere in lotti funzionali e prestazionali la gara ma non anche quello di “riservare” taluni lotti medesimi alle PMI. Di qui la presenza di una facoltà distributiva (proconcorrenziale) e non di un “obbligo distributivo” in tal senso” (cfr. ex multis Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 9 giugno 2022 n. 4718).

Nel solco di tali principi, l'orientamento del Consiglio di Stato a cui questa Sezione presta adesione (cfr. ancora Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 9 giugno 2022 n. 4718) ha affermato più in particolare che “la prevalente giurisprudenza di questa sezione (cfr. 10 dicembre 2021, n. 8245; 27 settembre 2021, n. 6481, cit.; 18 marzo 2021, n. 2350) ha così stabilito che la scelta di ritenere operante un vincolo di aggiudicazione sostanzialmente “allargato” all'unitario centro decisionale, ancorché l'offerta risulti formalmente imputabile a distinti operatori economici, costituisce opzione rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione. In altre parole, deve essere la stazione appaltante a stabilire se, una volta introdotto un simile vincolo (di partecipazione e/o di aggiudicazione), lo stesso trovi o meno applicazione anche per le imprese in rapporto di controllo/collegamento, ai sensi dell'art. 2359 c.c.,



ossia in situazione di “sostanziale identità soggettiva dal punto di vista economico e patrimoniale” (Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2021, n. 6481, cit.). Dunque è la stazione appaltante a scegliere se un tale vincolo (di partecipazione e/o di aggiudicazione) si applichi o meno anche a soggetti formalmente distinti ma sostanzialmente uniti in quanto appartenenti allo stesso gruppo societario o comunque in rapporto di controllo societario (conclusioni di questo genere sono altresì ricavabili da Cons. Stato, sez. V, 10 dicembre 2021, n. 8245)”.

È stato inoltre sottolineato che:

- “Nel caso di appalto suddiviso in lotti tale preclusione, come si è precisato, non opera, trattandosi di procedura unitaria per affidamenti formalmente distinti, cioè di una gara plurima: sicché è naturalmente ammessa la presentazione di un’offerta da parte di operatori economici anche riconducibili ad un unico centro decisionale, purché - come è chiaro - non riferita al medesimo lotto (nel qual caso opererebbe l’art. 80, comma 5 lett. m), ma a lotti distinti (e ciò, beninteso, sempreché la stazione appaltante, nell’esercizio della propria discrezionalità, non abbia ritenuto di precludere, anche qui per ragioni di programmatica segmentazione distributiva, tale facoltà: arg. ex art. 51, comma 2)” (Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2021, n. 6481, cit.);

- “Sebbene non si possa escludere a priori che, nell’esercizio della discrezionalità dell’art. 51, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 la stazione appaltante, a determinate condizioni, estenda il c.d. vincolo di aggiudicazione alle imprese appartenenti allo stesso gruppo, ove ciò non sia previsto dalla legge di gara non è mai possibile inferire dall’introduzione del limite di aggiudicazione dei lotti per ciascun offerente un divieto di partecipazione a lotti diversi da parte di imprese in situazioni di collegamento” (Cons. Stato, sez. V, 18 marzo 2021, n. 2350).

In sintesi, emerge dalle pronunzie sopra riportate – espressive di un orientamento del Consiglio di Stato a cui il Collegio presta adesione (orientamento di cui si può trovare conferma anche più recentemente in Cons. St., sez. V, n. 8127 del 2023) – che nel silenzio della legge di gara l’eventuale vincolo di partecipazione/aggiudicazione non si estende anche alle imprese sostanzialmente riconducibili allo stesso centro decisionale, fatta salva una diversa ed espressa eccezione in tal senso della *lex specialis* (diretta ad estendere il vincolo anche a tali situazioni di collegamento/controllo societario).

Nel caso di specie si assiste invece – piuttosto che ad una particolare eccezione – alla conferma espressa

della regola generale secondo cui il vincolo quantitativo di partecipazione non si estende alle società collegate.

Risulta per tabulas, infatti, che in sede di chiarimenti (...) aveva fornito le seguenti inequivoche indicazioni: (i) “una società controllata al 100% da una partecipante alla medesima procedura può presentare offerta per uno o più lotti per i quali la controllante non ha presentato offerta” (chiarimento n. 42); (ii) il vincolo di partecipazione deve applicarsi alla singola impresa partecipante e non già complessivamente a tutte le imprese/società facenti parte del medesimo gruppo ai sensi dell’articolo 2359 del codice civile (chiarimento n.89).

La lex specialis di gara, dunque, anziché derogare alla regola generale dell’applicazione del vincolo di partecipazione alla sola singola società (e non anche alle società collegate del medesimo centro decisionale), ha confermato espressamente tale regola.

Per completezza, va soltanto aggiunto che anche qualora fosse mancata tale espressa conferma, il vincolo di partecipazione non avrebbe potuto comunque applicarsi alle diverse società del medesimo centro unico decisionale, atteso che tale estensione – consistendo come visto in un’eccezione alla regola generale – avrebbe dovuto formare oggetto di espressa previsione del bando di gara. Espressa previsione che nel caso di specie sicuramente manca.

Quanto sopra conduce, pertanto, alla reiezione del primo motivo di ricorso.

#### SUL SECONDO MOTIVO DI RICORSO

Per quanto concerne il secondo motivo di ricorso (con cui parte ricorrente si duole dell’asserita invalidità del contratto di **avvalimento** intercorso tra la società aggiudicataria ausiliata e l’impresa ausiliaria (...)), va premesso che la richiesta di un volume di fatturato nel settore di attività oggetto dell’**appalto** è di regola afferente alla solidità economica dell’impresa, come è dato desumere dall’art. 83, co. 4, lett. a), del d.lgs. n. 50 del 2016, laddove invece le capacità tecniche e professionali sono finalizzate ad accertare che gli operatori economici partecipanti alla procedura di gara possiedano le risorse umane e tecniche e l’esperienza necessarie per eseguire la prestazione contrattuale con un adeguato standard di qualità (art. 83, co. 6, dello stesso testo legislativo).

La stazione appaltante può però considerare il volume di fatturato sviluppato in un servizio analogo come indice di capacità tecnica (anziché economica) se diretto ad accertare che la capacità di produrre

ricavi nel settore sia derivante da una dotazione di risorse aziendali e di esperienza rilevante sul piano della corretta esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto (Cons. Stato, V, 2 settembre 2019, n. 6066; V, 19 luglio 2018, n. 4396).

A questo scopo non è sufficiente la formale qualificazione nel bando di gara del fatturato specifico come requisito di capacità tecnica e professionale, dovendosi ad esso accompagnare la richiesta di dimostrazione del possesso “di risorse umane e tecniche” e, più in generale, dell’“esperienza” necessaria ad eseguire la prestazione, con le modalità di cui all’allegato XVII, parte II, del d.lgs. n. 50 del 2016 (Cons. Stato, V, 26 novembre 2020, n. 7436).

Ciò premesso, va ribadito che ai sensi dell’art. 89, co. 1, secondo capoverso, del d.lgs. n. 50 del 2016, nel caso di esperienze professionali pregresse pertinenti all’oggetto dell’**appalto** (come quelle richieste alle concorrenti quali requisiti di capacità tecnica e professionale), l’operatore economico concorrente può avvalersi della capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i servizi per cui tali capacità sono richieste (Cons. Stato, V, 3 aprile 2019, n. 2191).

A tale scopo, nell’**avalimento** riguardante requisiti di capacità tecnica e professionale l’indicazione dei mezzi aziendali messi a disposizione è necessaria a pena di inammissibilità, in conformità peraltro anche con quanto disposto dall’ultimo periodo dell’art. 89, comma 1 (“il contratto di avalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dell’impresa ausiliaria”).

In sintesi, se la *lex specialis* riferisce il fatturato specifico alla dimostrazione della capacità tecnica (qualificandolo quindi formalmente come requisito di capacità tecnica, rispetto al quale viene richiesto il possesso di risorse umane e tecniche, così imprimendogli una connotazione sostanzialmente “esperienziale”), l’**avalimento** del requisito del fatturato specifico non è qualificabile come **avalimento** c.d. di garanzia (e cioè come **avalimento** destinato a fornire risorse esclusivamente economico-finanziarie), bensì come **avalimento** operativo, il quale deve indicare specificamente la dotazione di beni aziendali che l’impresa ausiliaria mette a disposizione dell’impresa ausiliata, con la logica conseguenza che l’impresa ausiliaria dovrà eseguire direttamente quelle prestazioni per le quali detta dotazione è richiesta.

Orbene, il Collegio ritiene che nel caso di specie la *lex specialis* qualifica espressamente il requisito di

fatturato non già come requisito di capacità tecnico-professionale, bensì come requisito di capacità economico-finanziaria (senza peraltro richiedere, in relazione ad esso, il possesso di risorse umane e tecniche).

Ed infatti, l'art. 7.2 del Disciplinare di Gara prevede espressamente che il requisito di fatturato rientra tra i "requisiti di capacità economica e finanziaria".

Non si tratta, quindi, di un elemento che la *lex specialis* qualifica come requisito di capacità tecnica e professionale, né tanto meno di un elemento rispetto al quale la *lex specialis* esige la dimostrazione del possesso di specifiche "risorse umane e tecniche".

Il contratto di **avvalimento** avente ad oggetto il requisito di fatturato enucleato dall'art. 7.2 del Disciplinare di Gara va qualificato, dunque, come avvalimento di garanzia, rispetto al quale non è necessaria un'analitica indicazione delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria, né alcuna concreto coinvolgimento dell'impresa ausiliaria nell'esecuzione delle prestazioni oggetto di **appalto**.

Ciò in ossequio alla costante giurisprudenza in materia, anche da ultimo ribadita (cfr. Cons. St., Sez. V, n. 1647 del 16 febbraio 2023), secondo cui, "trattandosi di requisito di capacità economico-finanziaria, il corrispondente contratto di avvalimento è qualificabile alla stregua di "avvalimento di garanzia", come tale non necessitante una specifica e puntuale indicazione delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria (inter multis, cfr. Cons. Stato, IV, 7 ottobre 2021, n. 6711; V, 6 dicembre 2021, n. 8074; 15 febbraio 2021, n. 1335; n. 7436 del 2020, cit.; 12 febbraio 2020, n. 1120; 21 febbraio 2020, n. 1330; 28 febbraio 2018, n. 1216)".

Parte ricorrente si duole, inoltre, del fatto che il contratto di **avvalimento** versato in gara dall'odierna controinteressata sarebbe viziato anche da una sua inammissibile aleatorietà, atteso che esso contiene la seguente clausola: "in caso di aggiudicazione della gara, l'impresa ausiliata verserà alla impresa ausiliaria un importo pari ad € 5.000 oltre al costo delle risorse di volta in volta prestate per come verrà concordato tra le parti".

Ad avviso della ricorrente, tale clausola avrebbe "subordinato, dunque, numero e corrispettivo delle risorse prestate, all'evidenza, ad un ulteriore e diverso accordo tra le parti rendendo incerta e condizionata l'efficacia del prestito. Il rinvio ad un successivo accordo "incertus an ed incertus quando" colora il relativo impegno contrattuale dei tratti di aleatorietà caducando il vincolo nei confronti della

stazione appaltante”.

La doglianza è infondata, atteso che essa muove dal presupposto, errato, secondo cui l'**avvalimento** de quo sarebbe un **avvalimento** operativo (anziché di garanzia).

Sennonchè, come già visto, nel caso di specie il requisito oggetto di **avvalimento** è un requisito di capacità economico-finanziaria (e non un requisito di capacità tecnica), sicchè ciò che rileva è soltanto che l'impresa ausiliaria abbia messo a disposizione dell'impresa ausiliata la propria capacità di fatturato.

Messa a disposizione che si evince chiaramente ed incondizionatamente dal contratto di **avvalimento** versato in atti intercorso tra la società controinteressata e l'impresa ausiliaria.

Il fatto che poi detto contratto di **avvalimento** contempa, ad abundantiam, anche la possibilità di un'ulteriore messa a disposizione di risorse umane e strumentali (in aggiunta alla capacità di fatturato) è assolutamente irrilevante ai fini della validità dell'**avvalimento** di garanzia.

Ne discende che se anche tale clausola contrattuale (prevedente quest'ulteriore messa a disposizione di risorse umane) fosse invalida per aleatorietà del suo contenuto, essa non potrebbe comunque infirmare la validità dell'intero contratto di **avvalimento**, il cui oggetto è per l'appunto quello della messa a disposizione del requisito economico.

Per le stesse ragioni appena esposte, pertanto, va respinta anche la censura di indeterminatezza della clausola contrattuale che contempla questa possibilità aggiuntiva dimessa a disposizione di risorse umane.

Tanto basta, dunque, a respingere il secondo motivo di ricorso.

#### SUL TERZO E QUARTO MOTIVO DI RICORSO

Con il terzo motivo di ricorso, (...) si duole del fatto che (...) avrebbe “omesso di dichiarare plurimi illeciti, accertati dall'Ispettorato del Lavoro di Avellino, con quattro verbali di accertamento del 26.8.2019”, mentre con il quarto motivo sostiene che sempre il predetto operatore economico avrebbe omesso di dichiarare “la applicazione di gravi penali da parte dell'INPS Puglia e Basilicata (sede di Foggia), nella esecuzione di un precedente contratto”.

Entrambi i motivi sono infondati, atteso che sia i verbali di accertamento dell'Ispettorato del lavoro (cfr. doc. 9 depositato in atti in data 26 luglio 2023) sia le penali contrattuali (cfr. doc.10 depositato in atti in data 26 luglio 2023) si riferiscono ad una società diversa rispetto all'impresa aggiudicataria, e cioè

a (...) S.p.A.

Né ha rilievo il fatto che (...) S.p.A. appartenga al medesimo gruppo di imprese a cui appartiene (...) S.r.l., atteso che l'esistenza di una relazione di collegamento societario tra due o più società non basta certamente ad elidere l'autonomia giuridica di ciascuna di esse, e men che meno ad estendere ad una di esse le eventuali violazioni giuslavoristiche (o inadempienze contrattuali) commesse dalle altre imprese del gruppo.

Il terzo e il quarto motivo di ricorso vanno dunque respinti in quanto infondati.

#### SUL QUINTO MOTIVO DI RICORSO

Con il quinto motivo di ricorso, parte ricorrente si duole di un'asserita erronea attribuzione all'aggiudicataria (in fase di valutazione delle offerte tecniche) di alcuni specifici punteggi tecnici.

In proposito, occorre anzitutto prendere abbrivio dal consolidato insegnamento della giurisprudenza amministrativa secondo il quale "Nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica la valutazione delle offerte, nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice rientrano nella "discrezionalità tecnica" riconosciuta dal legislatore con la conseguenza che fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica, di norma devono ritenersi inammissibili le censure che riguardano il merito di valutazioni per loro natura opinabili, poiché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutorio al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 del D.Lgs. n.104/2010" (Cons. Stato, Sez. V, 03 agosto 2021, n. 5711) e che la "sottofase di valutazione delle offerte tecniche [...] si compendia nell'apprezzamento, massima espressione della discrezionalità tecnica, degli elementi tecnici delle singole offerte e nell'attribuzione dei relativi punteggi sulla base dei pesi e punteggi appositamente indicati" (Cons. Stato, Sez. III, 3 febbraio 2017, n. 475).

Orbene, nel caso di specie, acclarato che il perimetro della cognizione del Giudice Amministrativo include la sola rilevazione di eventuali scelte manifestamente abnormi o illogiche della stazione appaltante, il Collegio ritiene che (...) non abbia assunto (in fase di valutazione dell'offerta tecnica dell'odierna controinteressata) alcuna decisione abnorme o manifestamente illogica.

Nel dettaglio, il primo sub-criterio valutativo dell'offerta tecnica (n. 6) è denominato "Tempi di sostituzione degli addetti all'espletamento dei servizi", rispetto al quale il Disciplinare di Gara prevede quanto segue: "Impegno a diminuire i tempi massimi di sostituzione, come indicati al par. 4.2.1 del

Capitolato Tecnico, su richiesta dell'Amministrazione, degli addetti all'espletamento dei servizi".

Il punteggio previsto per tale criterio (fino ad un massimo di 5 punti) è calcolato in base ad una specifica formula aritmetica ancorata al numero intero di giorni solari oggetto di riduzione.

A tal riguardo, la società aggiudicataria si è impegnata "a diminuire i tempi massimi di sostituzione, su richiesta dell'Amministrazione, degli addetti all'espletamento dei servizi, garantendo la sostituzione nella stessa giornata di richiesta, migliorativo rispetto a quanto indicato dal Capitolato al par. 4.2.1".

Parte ricorrente sostiene che nell'offerta dell'aggiudicataria non vi sarebbe alcuna "chiara indicazione del numero dei giorni di riduzione offerti", con la conseguenza che i 5 punti assegnati dalla commissione giudicatrice per il criterio de quo dovrebbero essere azzerati.

La doglianza non persuade, atteso che la decisione di Consip di assegnare il massimo punteggio disponibile (5 punti) ad un'offerta che prevede la massima riduzione possibile rispetto alla tempistica della *lex specialis* (e cioè la sostituzione del personale "nella stessa giornata della richiesta") sfugge a qualsiasi censura di manifesta illogicità.

Infondato è anche il motivo con cui parte ricorrente si duole di una presunta incongruità tra quanto rispettivamente offerto dall'aggiudicataria per il criterio A.8 e quanto dalla stessa offerto per il successivo criterio A.9.

La mancata rilevazione da parte di (...) di tale incongruità appare immune da qualsiasi censura di manifesta irragionevolezza, ove solo si consideri che i due richiamati criteri riguardano aspetti tra loro diversi.

Ed infatti:

- a) il criterio A.8 è dedicato alla descrizione del "Programma Operativo dei Servizi (POS) e Giornale delle Attività (GDA)", rispetto al quale "l'Offerente dovrà indicare le logiche e le modalità con cui intende strutturare il POS e il GDA, specificando le informazioni in essi contenute e le eventuali sezioni che li comporranno. Inoltre, saranno valutate la facilità di consultazione e la modalità di aggiornamento";
- b) il successivo criterio A.9 richiede, invece, l'impegno del concorrente a ridurre la tempistica relativa alla specifica prestazione di cui all'art. 5.1.2 Capitolato, ovvero la messa a disposizione del GDA (giornale delle attività) sul Sistema Informativo (SI).

Trattasi, quindi, di criteri soltanto apparentemente uguali ma in realtà diversi, ciò che esclude che l'offerta tecnica della controinteressata sia viziata da alcuna palese incongruità intrinseca.

Né alcuna manifesta illogicità può essere rilevata per i punteggi che (...) ha assegnato alla controinteressata per i criteri A.8 e A.9, tenuto conto che:

- quanto al criterio A.9, la controinteressata si è impegnata a garantire la riduzione massima dei tempi di messa a disposizione del GDA sul Sistema Informativo;

- quanto al criterio A.8, le modalità di aggiornamento erano soltanto uno (ma non l'unico) dei plurimi aspetti che la commissione avrebbe dovuto valutare ai fini dell'attribuzione del punteggio premiale, da effettuarsi peraltro secondo un parametro discrezionale.

Né può essere positivamente apprezzata la censura di parte ricorrente secondo cui sarebbe "davvero singolare ed illogico che la Commissione, a fronte della stessa offerta: - per il lotto 19, abbia attribuito alla ricorrente punti 7 ed a (...) punti 6,867; - per il lotto 16, abbia attribuito alla ricorrente 6,300 punti ed a (...) punti 7,000, con una inversione di valutazione decisiva sull'esito finale della gara".

In realtà, va esclusa qualsiasi manifesta illogicità, atteso che: a) si tratta di lotti diversi con diverse specificità (sicché le relative valutazioni ben possono differire); b) il punteggio finale, di tipo discrezionale, è il frutto di un processo di assegnazione che tiene conto delle valutazioni di tre diversi commissari e dei confronti a coppie fra tutti i concorrenti partecipanti al lotto (con la conseguenza che non è influenzato solo dal confronto diretto fra le due offerte in questione).

Quanto agli ulteriori punteggi tecnici contestati dalla ricorrente, basti rilevare che essi pertengono a criteri tecnici (segnatamente i criteri C.2 – "Metodologie tecnico operative per l'esecuzione dei Servizi Operativi"; C.4 – "Dotazioni tecniche"; D.1 – "Funzionalità del Sistema Informativo") aventi carattere tipicamente discrezionale, per i quali l'art. 17.2 del Disciplinare di Gara ha previsto l'attribuzione del punteggio con il sistema del confronto a coppie.

Rispetto a tali criteri, l'odierna ricorrente chiede al Collegio di esercitare un inammissibile sindacato sostitutorio, e cioè di sostituirsi alla stazione appaltante nell'effettuazione di una valutazione che è contrassegnata, come visto, da un elevato grado di discrezionalità tecnica.

Le censure sul punto sono pertanto inammissibili, e ciò a fortiori se si considera che la valutazione dell'offerta tecnica con il metodo del "confronto a coppie" non può avvenire ponderando in maniera



atomistica ogni singola offerta rispetto a standard ideali, ma deve fondarsi su una graduazione comparativa delle varie proposte dei concorrenti mediante l'attribuzione di coefficienti numerici nell'ambito di ripetuti "confronti a due", da ciò discendendo l'impossibilità per il giudice di sindacare il merito di tali scelte (cfr. Tar Milano, Sez. IV, n. 1227/2022, confermata da Cons. St., Sez. III, n. 10672 del 06.12.2022; nello stesso senso, cfr. ex plurimis Tar Roma, III-ter, n. 3528/2022).

Ne discende, pertanto, la reiezione del quinto motivo di ricorso.

#### SUL SESTO MOTIVO DI RICORSO

Le censure sviluppate con il sesto motivo di ricorso pertengono al giudizio di anomalia dell'offerta economica dell'aggiudicataria.

In limine, va richiamato il costante indirizzo giurisprudenziale a tenore del quale "a) la valutazione di congruità dell'offerta anomala deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente ed in modo parcellizzato sulle singole voci, dal momento che l'obiettivo dell'indagine è l'accertamento dell'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che la compongono; b) ciò che interessa al fine dello svolgimento del giudizio successivo alla valutazione dell'anomalia dell'offerta è rappresentato dall'accertamento della serietà dell'offerta desumibile dalle giustificazioni fornite dalla concorrente; c) la valutazione sulla congruità dell'offerta resa dalla stazione appaltante, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, è sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o irragionevolezza, erroneità fattuale o difetto di istruttoria che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta; d) il giudice amministrativo, infatti, non può operare autonomamente una verifica delle singole voci dell'offerta sovrapponendo così la sua idea tecnica al giudizio – non erroneo né illogico – formulato dall'organo amministrativo cui la legge attribuisce la tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto, poiché, così facendo, il Giudice invaderebbe una sfera propria della P.A.; e) al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, poiché anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio significativo, sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e aver portato a termine un appalto pubblico" (cfr. ex multis Consiglio di Stato 27 gennaio 2022 n. 591).

In sintesi, non qualsiasi errore od omissione può ridondare in anomalia dell'offerta, bensì soltanto quell'omissione che infirma in radice la sostenibilità economica dell'offerta, escludendo quindi qualsiasi margine d'utile.

A ciò si aggiunga che tali errori ed omissioni devono essere adeguatamente illustrati e specificati in giudizio dall'operatore economico che impugna l'atto di aggiudicazione, nel rispetto degli oneri allegatori e probatori su di esso incombenti (art. 2697 c.c.).

Venendo ora al caso di specie, l'odierna ricorrente si è limitata ad allegare (in punto di anomalia dell'offerta economica) quanto segue (cfr. pagg. 29 e 30 del ricorso):

“(…) ha offerto un ribasso del 32,65% (sulla vigilanza fissa). La entità del ribasso, a fronte di Servizio Labour Intensive (come si dimostra con perizia che si versa inatti), è un evidente elemento di anomalia non potendosi garantire:

- i costi della produzione;
  - la manodopera, sia in termini retributivi sia in termini contributivi;
  - gli oneri di sicurezza aziendale;
  - gli scatti, la incidenza delle ore non lavorate, la formazione e tutti gli oneri diretti e riflessi del lavoro.
- ...

6.2 – Risultano, in particolare, sottostimati:

- i costi per le figure di staff, che la aggiudicataria non ha minimamente considerato nelle proprie giustificazioni;
- i costi delle divise, quotati in misura inferiore al 50% del valore di mercato (€ 360,50);
- gli oneri derivanti da disposizioni di legge, che sono stati arbitrariamente ridotti alla metà rispetto al costo di Tabella (873,00€);
- il costo della formazione;
- il costo degli automezzi;
- il costo dei materiali ed attrezzature (bodycam e torce), rilevanti sulla qualità del progetto di servizio e non quotati in sede di offerta economica;
- la incidenza delle ore non lavorate che è stata ridotta di 50 ore senza fornire alcuna plausibile giustificazione (21 ore di assenza per assemblea, 41 ore per malattia), con una inammissibile

duplicazione delle ore di formazione (47).

Si tratta di artifici contabili che non possono “nascondere” la evidente anomalia della offerta”.

A sostegno di tali censure, l’odierna ricorrente ha poi depositato - nel rispetto dei termini dimidiati ex art. 73, co. 1, c.p.a. - una perizia di un consulente del lavoro.

Le censure sopra elencate non possono però essere positivamente apprezzate anzitutto perché esse – pur veicolando presunti vizi del giudizio di anomalia dell’offerta economica – non forniscono tuttavia alcuna puntuale indicazione dell’impatto che il loro eventuale accoglimento potrebbe avere sul complessivo margine d’utile della commessa.

In altri termini, l’odierna ricorrente non chiarisce – né con gli atti difensivi né con la relazione del consulente tecnico di parte – se il margine d’utile dell’offerta economica dell’aggiudicataria verrebbe interamente eroso (o meno) dall’eventuale ricalcolo delle voci in contestazione.

Ciò ridonda in un’ipotesi tipica di inammissibilità della censura.

In ogni caso, le censure sollevate avverso il giudizio di anomalia dell’offerta economica sono comunque anche infondate.

Va infatti rilevato - con riferimento anzitutto ai costi per le figure di staff (che a dire della ricorrente “la aggiudicataria non ha minimamente considerato nelle proprie giustifiche”) – che detti costi sono stati oggetto di una specifica richiesta di chiarimenti del 5 agosto 2022 da parte della stazione appaltante, a cui l’impresa aggiudicataria ha risposto con l’invio del documento denominato “Integrazione giustificativi lotti 16\_17\_19.pdf” (e relativi allegati).

Con tale documento, la società aggiudicataria ha chiarito la quantificazione dei costi delle figure di staff e la relativa collocazione nell’ambito del piano economico.

Più in particolare, la società aggiudicataria ha specificato che “i costi delle risorse elencate nel progetto tecnico di cui al quesito, ivi compresa quella del responsabile del contratto, non stabilmente impiegate nella esecuzione della commessa ma in via indiretta e trasversale su una pluralità di contratti, il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all’offerta da presentare per il singolo appalto” (T.A.R. Roma, sez. III, 12/07/2021, n.8261; Cons. di Stato sez. V, 3 novembre 2020, n. 6786; Cons. Stato sez. III, 26 ottobre 2020, n.6530) non sono stati appostati nei costi della manodopera ma ricompresi nella voce relativa ai costi generali, nell’ambito dei quali è stata fatta una stima di impiego orario annuo per

ciascuna figura, che si esplicita nelle sottostanti Tabelle”.

Tale chiarimento appare perspicuo e non manifestamente illogico, tanto più ove si consideri che esso è accompagnato da un’indicazione analitica (compendiata in apposita tabella) del costo orario e del monte ore annuo di ciascuna singola specifica figura di staff.

Per quel che riguarda poi i costi delle divise, la società aggiudicataria ha puntualmente attestato (nel corso del giudizio di anomalia dell’offerta economica) che “il costo annuale delle divise riportato nelle Tabelle del costo medio annuo, quantificato in € 200,00, è la stima risultante dalla ripartizione cautelativa del costo della fornitura completa biennale di cui alla quotazione allegata (€ 389,00 / 2 anni = € 194,50 cautelativamente portato ad €200,00 al fine di far fronte ad eventuali maggiori coefficienti di usura)”.

Non solo. La società aggiudicataria ha anche fornito alla stazione appaltante la surrichiamata quotazione di mercato, allegando il preventivo di spesa (attestante il costo dichiarato) della ditta (...) Srl.

Parte ricorrente contesta la congruità economica di tale preventivo, ma senza provvedere (come sarebbe stato suo onere fare) a dimostrare l’esistenza sul mercato di prezzari radicalmente diversi rispetto a quello fornito dalla società controinteressata.

Per quanto riguarda gli oneri derivanti da disposizioni di legge (che a dire di parte ricorrente sarebbero “stati arbitrariamente ridotti alla metà rispetto al costo di Tabella (873,00€)”), la società aggiudicataria ha puntualmente chiarito nel corso della verifica di anomalia dell’offerta economica (cfr. documento “Giustificativi poliziotto notturno lotti16\_17\_19.pdf”) che detti oneri sono stati dimezzati a 493 euro (rispetto agli 873 euro indicati nella tabella ministeriale), sulla base di un chiarimento fornito dallo stesso Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali (si veda il documento “Allegato 4 (...) lotti 16\_17\_19.pdf”) sulla composizione di tale voce.

Da tale chiarimento ministeriale si evince, infatti, che la voce “oneri derivanti da disposizioni di legge” articolata nelle tabelle ministeriali contiene la duplicazione di alcune spese (“divise/giubbotto antiproiettile” – pari ad euro 200 – e “rinnovo titoli”, pari ad euro 80) già presenti sotto altre voci delle stesse tabelle.

A ciò si aggiunga che alcune delle spese inserite sotto la voce “oneri derivanti da disposizioni di legge” (in particolare quelle per “sorveglianza sanitaria” – pari a 100 euro) sono già inserite sotto la voce della

tabella ministeriale denominata “Oneri della sicurezza”, come evidenziato nel documento di ulteriori giustificativi denominato “Integrazione giustificativi lotti 16\_17\_19.pdf”.

Ne discende che una volta eliminate le duplicazioni sopra menzionate, il totale degli “oneri derivanti da disposizioni di legge” viene a corrispondere alla cifra stimata dalla società aggiudicataria a tale titolo.

Per quel che concerne poi il costo della formazione (stimato dalla controinteressata in misura pari a 120 euro all’anno a cui corrispondono 47 ore di formazione su base annuale), la censura di parte ricorrente non si appunta tanto sull’aver previsto 47 ore annue di formazione, quanto piuttosto sul fatto che tali ore di formazione sarebbero state impiegate “surrettiziamente” dalla controinteressata con l’unico scopo di ridurre arbitrariamente il numero di ore lavorate, il che avrebbe consentito di ottenere un costo medio orario del lavoro più elevato.

A tal riguardo, va rammentato che l’offerta può indicare a titolo di “costo del personale” un costo “inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle” di cui all’articolo 23, comma 16, del d.lgs. n. 50/2016.

Il mancato rispetto dei parametri indicati nelle tabelle ministeriali non implica l’automatica esclusione del concorrente il quale, al contrario, può fornire giustificativi fondati sulla propria organizzazione aziendale in ordine al discostamento dai parametri tabellari.

Occorre richiamare in proposito l’orientamento (cfr. il precedente dalla Sezione n.4204/2021) secondo cui le tabelle ministeriali hanno “natura non vincolante ... anche perché il dato delle ore annue mediamente lavorate dal personale coinvolge eventi (malattie, infortuni, maternità) estranei alla disponibilità dell’impresa e che necessitano, per definizione, di stima prudenziale e che possono variare in relazione alla tipologia di commessa da realizzare. Le tabelle quindi contengono dati ed elementi che non sono inderogabili, ma assolvono ad una funzione di “parametro legale di riferimento” da cui è possibile discostarsi a condizione che il discostamento sia giustificato in modo puntuale e rigoroso (cfr., Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2437-2021 cit.). Questo significa che non si può escludere che il concorrente possa legittimamente calcolare il costo del personale impiegato nell’esecuzione del contratto avendo a riferimento, per le proprie figure professionali, un numero di giornate lavorative annue diverso ... sempre che tale scostamento sia giustificato dalla capacità professionale o dalla realtà aziendale o dalla natura del contratto da eseguire”.

Nel caso di specie, la società controinteressata ha adeguatamente chiarito i costi di formazione e le relative ore, provvedendo ad indicare e documentare da un lato lo specifico costo per la sostituzione del personale impegnato nei corsi e, dall'altro lato, gli oneri per le docenze (mediante apposito preventivo allegato ai giustificativi di settembre 2022).

Ne discende che lo scostamento rispetto al numero di ore lavorate indicato nelle tabelle ministeriali – in quanto formulato in ragione delle ore di formazione di cui è stata fornita puntuale evidenza – appare pienamente giustificato.

Né lo stesso può essere stigmatizzato con il solo rilievo (meramente congetturale) per cui le suddette ore di formazione avrebbero l'unico fine di abbattere il numero di ore lavorate.

Si tratta, infatti, di un'allegazione meramente suppositiva che, in quanto tale, non può da sola condurre ad un giudizio di caducazione dell'intero giudizio di congruità dell'offerta economica espresso dalla stazione appaltante.

Quanto al costo degli automezzi, la censura sul punto è rimasta completamente sfornita di puntuali allegazioni e prove, ciò che la rende manifestamente infondata.

Per quel che riguarda, poi, il costo dei materiali ed attrezzature (bodycam e torce), che a dire di parte ricorrente non sarebbero stati quotati in sede di offerta economica, essi sono stati oggetto di una specifica richiesta di chiarimenti, all'esito dei quali la società aggiudicataria ha fornito riscontro con il documento "Integrazione giustificativi lotti 16\_17\_19.pdf" (e relativi allegati), in cui è stato chiarito che i costi per bodycam e torce sono stati computati all'interno degli "Oneri della sicurezza aziendale".

A fronte di tale puntuale chiarimento nessuna altrettanto puntuale contestazione è stata sollevata dalla società ricorrente.

Quanto infine alla contestata riduzione delle ore non lavorate (abbattute di 50 ore senza, intesi, alcuna plausibile giustificazione), tale riduzione è stata giustificata dall'aggiudicatario nel documento "Giustificativi (...) lotti 16\_17\_19.pdf", laddove si specifica che "Gli indici di produttività e le percentuali di astensionismo, grazie alle attente politiche di gestione del personale, registrano performance migliori, come risultante dall'asseverazione del Consulente del Lavoro incaricato e che si allega alla presente relazione; Ai fini della corretta imputazione dei costi della formazione è stata implementata la voce di assenteismo per formazione portandola dalle 7 ore previste dalla Tabella

Ministeriale alle 47 medie annue necessarie a computare le assenze dei lavoratori durante la frequenza del piano formativo”.

Di quanto precede è stata fornita puntuale comprova, avendo la società aggiudicataria esibito il documento denominato “Allegato 5 (...) lotti 16\_17\_19.PDF”, il quale ha per oggetto la certificazione del Consulente del lavoro sull’andamento storico delle assenze per assemblea sindacale e per malattia in azienda.

In sintesi, lo scostamento dal parametro delle ore non lavorate indicato nelle tabelle ministeriali è stato giustificato in base ai dati sull’assenteismo storico registrati in azienda, facendo allo scopo riferimento alla certificazione del consulente del lavoro della controinteressata.

Siffatta dimostrazione è ben possibile, atteso che l’operatore economico può dimostrare il modo in cui la propria impresa sia in grado di sostenere i costi derivanti dalla commessa anche tramite i dati storici del costo del proprio personale che sarà adibito, in tutto o in parte, su quella commessa poiché, come detto, il dato tabellare delle ore non lavorate non è fisso ed inderogabile, ma varia in base alla specifica organizzazione aziendale.

In ragione di tutto quanto sopra esposto, pertanto, il ricorso va respinto in quanto infondato.

Fermo quanto precede, va infine osservato che il Collegio, nel rispetto delle disposizioni sulla sinteticità degli atti processuali (artt. 3, comma 2 e 120, comma 10, c.p.a.) e dei principi della domanda (art. 39 e art. 99 c.p.c.) e della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (art.34, comma 1, c.p.a. e art. 112 c.p.c.), ha esaminato tutte le questioni e le censure evocate nei gravami, ritenendo che eventuali profili non scrutinati in modo espresso siano comunque da respingere alla luce della motivazione complessivamente resa oppure che non siano rilevanti per la soluzione della causa (cfr., Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 27 aprile 2015, n. 5).

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo in favore di (...) e della società controinteressata.

P.Q.M.

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

Accerta altresì il difetto di legittimazione passiva del Ministero (...), disponendone l’estromissione dal

giudizio.

Condanna la società ricorrente alla refusione delle spese del giudizio in favore di (...) e della società controinteressata e le liquida in misura complessivamente pari ad € 6.000,00(seimila/00) oltre oneri accessori come per legge (se dovuti), in ragione di € 3.000,00(tremila/00) per ciascuna delle due parti intime.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Giovanna Vigliotti, Referendario

Michele Tecchia, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Michele Tecchia**

**IL PRESIDENTE**

**Francesco Riccio**

**IL SEGRETARIO**