

TAR Basilicata, Sezione Prima, Sentenza n. 273 del 21 maggio 2024

Appalti di servizi – Costi della manodopera – Omessa indicazione nel bando – Non impedisce formulazione offerta

Pubblicato il 21/05/2024

N. 00273/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00562/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso avente numero di registro generale 562 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da

- (...) società coop. sociale a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa in giudizio dall'avvocato (...), con domicilio digitale in atti;

contro

- Comune di (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso in giudizio dall'avvocato (...), con domicilio digitale in atti;

nei confronti

- (...) s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa in giudizio dagli avvocati (...), (...), con domicilio digitale in atti

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

con riguardo al ricorso introduttivo

- della determinazione n. 487 del 10 novembre 2023 del Comune di (...) avente ad oggetto: “Affidamento del servizio di ristorazione scolastica del Comune di (...) per anni due 2023/2025 – approvazione dei verbali di gara. Numero gara: 9235132 CIG: (...)”;
- del verbale di gara n. 1 di verifica anomalia del 25 ottobre 2023;
- del bando e disciplinare di gara;
- di tutti gli atti presupposti, consequenziali, connessi e se lesivi all’interesse della ricorrente;
- per l’accertamento del diritto della ricorrente ad essere dichiarata aggiudicataria dell’affidamento del servizio di ristorazione scolastica del Comune di (...) per anni due 2023/2025;
- nonché in subordine del diritto al risarcimento del danno per equivalente;

con riguardo ai motivi aggiunti

- della determinazione n. 39 del 7 febbraio 2024.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune del (...) e di (...) s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore, alla camera di consiglio del giorno 6 marzo 2024, il Consigliere avv. Benedetto Nappi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. (...) società coop. sociale a r.l. (di seguito anche solo “(...)), con ricorso depositato il 27 dicembre 2023 è insorta avverso gli atti in epigrafe, recanti la sua esclusione dalla gara d’appalto «per l’affidamento del servizio di mensa scolastica per anni due 2023/2025, per l’importo complessivo di € 200000,00 compresi oneri

per la sicurezza, di € 2000,00 oltre i.v.a.», deducendone l'illegittimità per violazione e falsa applicazione di legge ed eccesso di potere.

2. Si è costituita in giudizio la controinteressata (...) s.r.l. (di seguito anche solo "(...)") eccependo, in rito, l'inammissibilità o l'improcedibilità nel ricorso e, nel merito, la sua infondatezza.

2.1. L'Ente civico intimato non è inizialmente comparso in lite.

3. All'esito della camera di consiglio svoltasi il 10 gennaio 2024, con ordinanza n. 5 del 2024, l'incidentale istanza cautelare è stata rigettata per la ritenuta carenza dell'attributo del "*periculum in mora*" e si è, nel contempo, disposta l'acquisizione, dal Comune di (...), non costituito in giudizio, di una dettagliata relazione amministrativa su ciascuna delle censure dedotte nel ricorso, unitamente alla documentazione ivi richiamata, e in ordine agli sviluppi dell'iter procedimentale in essere.

4. Il 23 gennaio 2024 si è costituito in giudizio il Comune di (...), eccependo l'infondatezza del ricorso nel merito.

5. Il 19 febbraio 2024 la (...) ha depositato motivi aggiunti avverso la sopravvenuta determinazione comunale n. 39 del 7 febbraio 2024, recante l'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata (...).

6. Con ordinanza n. 43 del 2024, resa alla camera di consiglio del 6 marzo 2024, l'incidentale istanza cautelare spiegata in uno all'atto di motivi aggiunti è stata rigettata per la ritenuta carenza di *fumus boni iuris*,

7. Alla pubblica udienza del giorno 8 maggio 2024, previo deposito di scritti difensivi, l'affare è transitato in decisione.

8. Il ricorso e l'atto di motivi aggiunti sono infondati, alla stregua della motivazione che segue. Ritiene quindi il Collegio di soprassedere allo scrutinio dell'eccezione in rito sollevata dalla controinteressata.

8.1. Col primo motivo si è dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 41, comma 14, del d.lgs n. 36 del 2023, laddove dispone che la stazione appaltante o

l'ente concedente individuino nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal precedente comma 13. Nel caso di specie, come emergerebbe dalla mera lettura della *lex specialis* di gara, tale scorporo non sarebbe stato posto in essere dal Comune di (...).

La censura è tardiva, essendo rivolta a censurare la mancata previsione nello scorporo nella legge di gara. Infatti, ove l'impresa avesse ritenuto tale lacuna come preclusiva dell'utile possibilità di presentare offerta, sarebbe stato suo onere impugnare tempestivamente il bando e il disciplinare, ciò che non è avvenuto. D'altro canto, che tale omesso scorporo non sia di per sé preclusivo della possibilità di formulare l'offerta è dimostrato proprio dal contegno della deducente, che infatti è addivenuta autonomamente e dichiaratamente a tale scorporo.

8.2. Si è ancora sostenuto che «le imprese concorrenti avrebbero ribassato anche il costo del personale, in palese violazione del codice degli appalti», segnatamente l'art. 41, comma 14, del d.lgs. n. 36 del 2023.

In senso contrario, il Collegio richiama, dando qui a esso continuità, l'orientamento pretorio secondo cui l'art. 41, comma 14, del vigente codice dei contratti pubblici debba essere interpretato in maniera coerente con:

- l'articolo 108, comma 9, del d.lgs. n. 36 del 2023, che prescrive al concorrente di indicare nell'offerta economica, a pena di esclusione, i costi della manodopera, oltre agli oneri di sicurezza aziendali;
- l'art. 110, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023, ai sensi del quale “Le stazioni appaltanti valutano la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta, che in base a elementi specifici, inclusi i costi dichiarati ai sensi dell'articolo 108, comma 9, appaia anormalmente bassa. Il bando o l'avviso indicano gli elementi specifici ai fini della valutazione”. Se ne deduce che i costi della manodopera sono assoggettabili a ribasso, come è del resto precisato dall'ultimo periodo del comma 14, dell'art. 41 citato, secondo cui: “Resta ferma la

possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale". Se, infatti, il legislatore avesse voluto considerare tali costi fissi e invariabili, non avrebbe avuto senso richiedere ai concorrenti di indicarne la misura nell'offerta economica, né avrebbe avuto senso includere anche i costi della manodopera tra gli elementi che possono concorrere a determinare l'anomalia dell'offerta.

Inoltre, la tesi sostenuta dal ricorrente, dell'inderogabilità assoluta dei costi della manodopera individuati dalla stazione appaltante, determinerebbe un'eccessiva compressione della libertà d'impresa, in quanto l'operatore economico potrebbe dimostrare ad esempio che il ribasso è correlato a soluzioni innovative e più efficienti, oppure, soprattutto in ipotesi di appalto di servizi, come quello di cui si discute, alla sua appartenenza ad un comparto, per il quale viene applicato un CCNL diverso da quello assunto come riferimento dalla stazione appaltante. A conferma di quanto sin qui esposto, il Consiglio di Stato, sez. V, 9 giugno 2023, n. 5665, con riferimento al previgente Codice dei contratti, ha osservato che "la clausola della *lex specialis* che imponga il divieto di ribasso sui costi di manodopera, sarebbe in flagrante contrasto con l'art. 97, comma 6 d.lgs. n. 50/2016 e, più in generale, con il principio di libera concorrenza nell'affidamento delle commesse pubbliche", e richiamando, quale supporto interpretativo l'art. 41 comma 14 del d.lgs. 36 del 2023, ha osservato che: "persino nel "nuovo Codice", che in applicazione di un preciso criterio di delega di cui all'art. 1 comma 2 lett. t) della L. 78/2022, ha previsto "in ogni caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso" è stata fatta salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che un ribasso che coinvolga il costo della manodopera sia derivante da una più efficiente organizzazione aziendale così armonizzando il criterio di delega con l'art. 41 della Costituzione". Dunque, in base al comma 14 dell'art. 41 del d.lgs. n. 36 del 2023, la conseguenza per l'operatore economico che applichi il ribasso anche ai costi della

manodopera è, non l'esclusione dalla gara, ma l'assoggettamento della sua offerta alla verifica dell'anomalia: in quella sede l'operatore economico avrà l'onere di dimostrare che il ribasso deriva da una più efficiente organizzazione aziendale oltre il rispetto dei minimi salariali (in termini, TAR Toscana, IV, 29 gennaio 2024, n. 120).

8.3. Si è poi lamentato che del tutto erroneamente la stazione appaltante non avrebbe ritenuto congrue le giustificazioni fornite dalla ricorrente, censurandone l'attendibilità della valutazione di anomalia in più punti.

La censura non coglie nel segno.

Il giudizio sulle offerte sospettate di essere anomale costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla pubblica amministrazione ed insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato della commissione di gara o del Rup, che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta; il sindacato del Giudice amministrativo sulle valutazioni dell'amministrazione è circoscritto al profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, senza poter procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, ciò rappresentando un'inammissibile invasione della sfera propria della pubblica amministrazione (tra le tante, T.A.R. Basilicata, 28 marzo 2024, n. 170; Cons. Stato, sez. V, n. 1655 del 2020).

Orbene, l'avversata valutazione di anomalia reca, come da verbale della commissione giudicatrice n. 1 del 25 ottobre 2023 una motivazione ampia, in cui si stigmatizzano:

- l'aver fatto «corrispondere al livello 6S (del CCNL Turistico Alberghiero) il livello A2 (del CCNL Socio Sanitario Assistenziale) salvo poi applicare il livello A1 quando si tratta di determinare il costo della Manodopera Aziendale;
- l'aver messo «a confronto il costo complessivo annuo tra i due contratti, considerando quello del CCNL Socio Sanitario Assistenziale al lordo dell'indennità

di turno (pari all'11,7%) salvo poi non prevedere tale indennità di turno nel calcolo del costo della manodopera aziendale»;

- l'aver utilizzato «nell'autodeterminazione del costo della manodopera posta a base di gara [...] correttamente in maniera semplice e intuitiva» un dato schema di calcolo riproposto nella tabella riportata nel cennato verbale, determinando in € 136.533,30 il costo della manodopera per i due anni di servizio posta a base di gara, salvo poi non applicare (in violazione del principio di simmetria logica, oltre che giuridica), il medesimo criterio «per la determinazione del costo della manodopera aziendale», laddove «la semplice applicazione dello schema precedente, avrebbe condotto, considerando l'incidenza dell'indennità di turno ed applicando il livello A) al risultato di «un costo aziendale della manodopera per i due anni di espletamento del servizio pari ad € 146.693,55»;

- «l'operatore economico calcola il costo della manodopera aziendale in complessivi € 92.996,66, non dimostrando in alcun modo che tale importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale, anzi sembrerebbe giusto il contrario anche solo in considerazione del fatto che incrementa il numero di addetti e seppur di poco le ore lavorative necessarie all'espletamento del servizio.

Il calcolo che l'operatore economico adduce per addivenire al complessivo importo di €92.996,66 quale costo della manodopera aziendale, è del tutto arbitrario e privo di riscontro rispetto a quanto previsto nelle tabelle del ministero del lavoro e delle politiche sociali per la determinazione del costo del lavoro, che lo stesso operatore economico ha allegato alle varie giustificazioni»

Si tratta di valutazione che non appare affetta da illogicità o palesi errori in fatto, risolvendosi le critiche della ricorrente in un inammissibile tentativo di sovrapporre e sostituire la propria valutazione a quella della stazione appaltante.

9. Dalle considerazioni che precedono discende il rigetto del ricorso e dell'atto di motivi aggiunti, che ripropone avverso il provvedimento di aggiudicazione in favore della controinteressata (...), in via derivata, le medesime censure già

sollevate col ricorso introduttivo.

10. Le spese seguono la soccombenza, con liquidazione come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, definitivamente pronunciando, così provvede:

- rigetta il ricorso;
- condanna parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite in favore del Comune di (...) e della (...) s.r.l., forfettariamente liquidando le stesse in misura di € 3000,00 (tremila/00), cadauno, oltre accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Potenza, nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2024, coll'intervento dei magistrati:

Fabio Donadono, Presidente

Benedetto Nappi, Consigliere, Estensore

Paolo Mariano, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Benedetto Nappi

IL PRESIDENTE

Fabio Donadono

IL SEGRETARIO