

Publicato il 07/04/2023

N. 06080/2023 REG.PROV.COLL.
N. 09750/2022 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 9750 del 2022, integrato dai motivi aggiunti, proposto da Corpo di Vigilanza Città di Varese e Provincia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Gentile, Carlo Malinconico, Maria Lucia Civello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Domenico Gentile in Roma, via Virginio Orsini, n. 19;

contro

Consip S.p.a., Ministero della Giustizia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Cosmopol S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Gianluigi Pellegrino, Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento di aggiudicazione del LOTTO n. 3 della gara centralizzata per l'affidamento dei servizi di vigilanza armata per il Ministero della Giustizia - ID 2201, comunicato con nota dell'8 luglio 2022;
- del chiarimento n. 89, diramato da Consip nelle more della scadenza del termine di presentazione delle offerte, con il quale la SA 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., le quali potrebbero dunque partecipare a più lotti rispetto al vincolo indicato dal disciplinare,
- ove occorrer possa, dell'art. 3.1. del disciplinare, ove inteso nei termini intesi da Consip;
- del provvedimento di ammissione di Cosmopol S.p.a. al lotto n. 2, di interesse;
- di tutti i verbali di gara di gara, per le ragioni di cui in narrativa, ivi compresi quelli relativi alla fase di verifica della documentazione amministrativa, di valutazione dell'offerta tecnica, di attribuzione dei punteggi e con cui è stata formata la graduatoria;
- in particolare, del verbale del 1° aprile 2022 e della nota Prot. n. 297.09-05-2022 del 09/05/2022, con cui la Consip S.p.A. ha comunicato gli esiti della valutazione sull'affidabilità professionale dell'Operatore economico a fronte di quanto dallo stesso dichiarato;
- di tutti i provvedimenti inerenti al subprocedimento di verifica di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria, ivi compreso il provvedimento con cui è stata ritenuta congrua l'offerta di Cosmopol;
- della proposta l'aggiudicazione in favore di Cosmopol;
- del provvedimento, di estremi e contenuto non conosciuti, con cui sia stata eventualmente disposta l'integrazione dell'efficacia dell'aggiudicazione; nonché per la condanna

della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 30 del c.p.a., alla reintegrazione in forma specifica mediante affidamento del servizio alla ricorrente, previa dichiarazione d'inefficacia del contratto ove medio tempore stipulato e accertamento del diritto al subentro;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Corpo di Vigilanza Città di Varese e Provincia S.r.l. il 28/12/2022:

- del provvedimento prot. 0000697.28-10-2022.R, adottato da Consip lo scorso 28 ottobre – non pubblicato né comunicato alla parte, ma conosciuto dai sottoscritti difensori solo in esito al suo deposito in giudizio – con il quale la Centrale di Committenza statale ha concluso il sub-procedimento avviato con nota prot. n. 45031 del 31/08/2022 valutando il possesso dei requisiti di cui all'art. 80, comma 5, D.lgs. n. 50/2016 in capo all'aggiudicataria Cosmopol;
- in via tuzioristica, solo ove necessario e per quanto di ragione, del Disciplinare di gara, par. 6, citato nel provvedimento per giustificare l'omessa dichiarazione di verbali e sanzioni ITL;
- della comunicazione di avvio del procedimento (nota prot. n. 45031 del 31/08/2022) e di tutti gli atti dell'istruttoria, ancorché non conosciuti, inerenti la verifica di affidabilità professionale della controinteressata;
- della conferma del provvedimento di aggiudicazione in favore di Cosmopol del LOTTO n. 3 della gara centralizzata per l'affidamento dei servizi di vigilanza armata per il Ministero della Giustizia - ID 2201;
- del provvedimento di ammissione di Cosmopol al lotto d'interesse;
- del verbale del 1° aprile 2022 e della nota Prot. n. 297.09-05-2022 del 09/05/2022, con cui la Consip S.p.A. ha comunicato gli esiti della valutazione sull'affidabilità professionale dell'Operatore economico a fronte di quanto dallo stesso dichiarato;
- di tutti i verbali di gara di gara;
- della proposta di aggiudicazione in favore di Cosmopol;
- del provvedimento, di estremi e contenuto non conosciuti, con cui sia stata dichiarata l'efficacia dell'aggiudicazione;

nonché per la condanna

della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 30 del c.p.a., alla reintegrazione in forma specifica mediante affidamento del servizio alla ricorrente, previa dichiarazione d'inefficacia del contratto ove medio tempore stipulato e accertamento del diritto al subentro.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip S.p.a. e di Ministero della Giustizia e di Cosmopol S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 marzo 2023 il dott. Luca Iera e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando di gara pubblicato in GURI il 17 gennaio 2020, Consip S.p.a. ha indetto la gara centralizzata per la fornitura dei servizi di vigilanza armata per conto del Ministero della Giustizia tramite inversione procedimentale prevista dall'art. 133, comma 8, d.lgs. n. 50/2016.

La procedura di gara è stata suddivisa in 34 lotti territoriali, corrispondenti ad una Provincia di riferimento, con una propria base d'asta e un con valore complessivo, inclusivo di base d'asta e oneri per la sicurezza da interferenze, pari a Euro 278.245.171,68.

Il criterio di aggiudicazione della gara è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo il miglior rapporto qualità/prezzo.

La società ha partecipato alla gara relativa all'aggiudicazione del lotto 3 indicato in epigrafe.

Consip, con provvedimento in data 8 luglio 2022, ha aggiudicato il predetto lotto a Cosmopol e Civis ha impugnato l'atto di aggiudicazione formulando i motivi di ricorso di seguito riportati.

Con il primo motivo si censura la violazione del vincolo di partecipazione previsto dall'art. 3.1 del disciplinare che limitava, nel numero massimo di 13 e nel valore massimo del 40% del valore complessivo della gara, i lotti per cui ciascun concorrente avrebbe potuto presentare domanda di partecipazione. Nel caso di specie, si afferma, Cosmopol avrebbe partecipato, mediante sia in via diretta che tramite le società facenti parte del gruppo sociale che ha in HCM S.p.a. la holding (Gruppo Matarazzo), alla quasi totalità dei lotti (32 su 34) per un valore di oltre il 99% della gara.

Con il secondo motivo si lamenta che l'offerta dell'aggiudicataria sarebbe anomala in relazione ai costi del lavoro e quindi all'offerta nel suo complesso da considerarsi in perdita. Evidenzia l'indicazione di un costo orario medio, proposto da Cosmopol, pari a € 17,31 h/GPG inferiore a 2 euro rispetto al costo orario medio indicato come parametro di riferimento dalle tabelle ministeriali (€ 19,45 per un livello medio) frutto di una serie di sottovalutazioni. In particolare, si sono evidenziate le seguenti sottostime: i) i costi per passaggi di livello e per gli scatti di anzianità maturati durante il periodo di durata contrattuale (3 anni) del personale già impiegato sulla commessa e soggetto al passaggio diretto in virtù della clausola sociale, con riferimento alla data delle giustificazioni (14 gennaio 2022) e non a quella del 15 ottobre 2019 alla quale sono riferiti i livelli di inquadramento e gli scatti maturati dal personale già impiegato sulla commessa; ii) il costo delle maggiorazioni dovute per il premio di produzione previsto dal contratto territoriale del 2009 per la Regione Piemonte quale elemento integrativo della retribuzione annua di base, inderogabile; iii) l'erronea considerazione dell'addizionale ANMIL di cui all'art. 181 del D.P.R. n. 1124/1965, pari all'1% del tasso INAIL pari al 19,33 per mille; iv) il minor tasso di assenteismo dichiarato rispetto a quello medio nazionale riportato dalle tabelle ministeriali applicabili allo specifico settore (Istituti di vigilanza privata e servizi fiduciari), non adeguatamente documentato.

Con il terzo motivo si denuncia il difetto del requisito dell'affidabilità professionale per false, incomplete e fuorvianti dichiarazioni in ordine alla “presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 del presente codice” (art. 80, comma 5, lett. a), lett. c), lett. c-bis, lett. c-ter), lett. f-bis, d.lgs. n. 50/2016). Tra le dichiarazioni omesse in ordine alle “gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro” vengono segnalate quelle attinenti: i) al verbale unico dell'Ispettorato Territoriale del Lavoro di Avellino del 26 agosto 2019 e a quello dell'Ispettorato Territoriale del Lavoro di Foggia (privo di data); ii) al procedimento sanzionatorio avviato dalla Prefettura di Salerno per aver trasferito, in data 19 gennaio 2019, la centrale operativa senza previa autorizzazione prefettizia; iii) due penali irrogate in data 29/10/2019 in data 09/07/2019 dall'Istituto Zooprofilattico per violazione dei diritti dei lavoratori (mancata articolazione dei turni di lavoro).

Inoltre, nello stesso motivo si contesta il difetto di motivazione della valutazione di Consip in ordine alla ritenuta irrilevanza di alcuni illeciti professionali dichiarati dal concorrente (quali le risoluzioni disposte dall'Ente Autonomo Volturno S.r.l., dal Napoli Holding, dal Comune di Brindisi), mentre, si afferma, non sarebbero stati valutati due provvedimenti di esclusione dichiarati disposti dall'A.O. Santobono Pausillipon nell'ambito di una gara per l'affidamento del servizio di vigilanza armata e di prelievo e trasporto valori e versamento ticket incassati dal CUP.

Nel corso della gara, Consip ha avviato nei confronti dell'aggiudicataria un procedimento volto a valutare il possesso dei requisiti di cui all'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 in ordine alle omesse dichiarazioni denunciate dalla ricorrente nell'odierno ricorso, chiedendo all'aggiudicataria di produrre memorie scritte e i documenti necessari per effettuare la valutazione.

A conclusione del procedimento, Consip, con provvedimento prot. 697 del 28 ottobre 2022, ha ritenuto che in capo all'aggiudicataria non sussistono cause

di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett.re a), c), c-bis) e c ter), del d.lgs. n. 50/2016.

Con ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente ha impugnato il provvedimento prot. 697/2022 affermando l'illegittimità, per violazione della legge di gara, della valutazione compiuta da Consip.

Nel costituirsi in giudizio, la difesa erariale ha eccepito il difetto di legittimazione passiva del Ministero dell'economia e delle finanze e ha comunque rilevato l'inammissibilità dei motivi di ricorso e la loro infondatezza. Rilievi in parte analoghi sono stati svolti dall'aggiudicataria.

All'esito dell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2023, il Collegio ha adottato un'ordinanza istruttoria con cui ha ordinato a Consip "di produrre i seguenti documenti allo stato ancora non depositati in atti dalle parti del giudizio: (1) verbali dell'accertamento dell'Ispettorato Territoriale del Lavoro di Avellino menzionato nel provvedimento Consip prot. n. 0000697 del 28 ottobre 2022 impugnato con motivi aggiunti; (2) verbali dell'accertamento dell'Ispettorato Territoriale del Lavoro di Foggia menzionato nel provvedimento Consip prot. n. 0000697 del 28 ottobre 2022 impugnato con motivi aggiunti; (3) decreto di archiviazione emesso dal GIP del Tribunale Penale di Avellino in data 14 maggio 2021 rispetto all'ipotesi di reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato ex art. 316-ter del Codice Penale, anch'esso evocato dal provvedimento Consip prot. n. 0000697 del 28 ottobre 2022".

Alla successiva udienza pubblica del 29 marzo 2023, dopo la discussione di rito, la causa è stata trattenuta in decisione.

In via preliminare, va dichiarato il difetto di legittimazione passiva del Ministero dell'economia e delle finanze in quanto gli atti amministrativi impugnati sono imputabili unicamente a Consip che ha agito in qualità di mandataria senza rappresentanza (per conto) del Dicastero e in tale quale qualità ha "emesso" gli atti gravati (art. 41, comma 2, c.p.a.).

Con riferimento al primo motivo di ricorso, la difesa erariale solleva due eccezioni di rito.

Innanzitutto, rileva l'inammissibilità del motivo evidenziando come la previsione di gara che consente la partecipazione ai vari lotti di imprese facenti parte di un unico centro decisionale, ritenuta dalla ricorrente in contrasto con la "norma imperativa" di cui all'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016, ora contestata, sia stata "accettata da tutti i concorrenti senza alcuna contestazione" tra cui la ricorrente "che ha quindi partecipato alla competizione accettandone in toto le condizioni e le regole di dettaglio".

Inoltre, ritiene tardiva la censura affermando che la contestata regola partecipativa di gara «avrebbe richiesto l'immediata impugnazione del bando, stante il principio stabilito dalla giurisprudenza ormai consolidata, che ricomprende le "clausole impositive di obblighi contra ius" nel genus delle clausole immediatamente escludenti che, in quanto tali, impongono l'impugnazione immediata del bando di gara (cfr. in proposito Cons. St., Ad. Plenaria, 26.4.2018 n. 4)».

Entrambe le eccezioni non sono fondate.

La Sezione ha già espresso l'avviso (cfr. il precedente n. 12052/2021) secondo cui l'accettazione delle clausole di partecipazione non comporta l'inoppugnabilità delle stesse clausole ritenute, in seguito, illegittime, poiché, diversamente ragionando, si realizzerebbe un'evidente violazione dei diritti di difesa (artt. 24, comma 1, e 113 comma 1, Cost.) e di effettività della tutela giurisdizionale (art. 1 c.p.a.) in pregiudizio del soggetto che, per il fatto stesso di aver partecipato alla gara, non potrebbe più contestarne le regole e/o l'esito ove ritenute illegittime.

Inoltre, l'art. 3.1 del disciplinare non ha natura di "clausola immediatamente escludente" alla luce degli orientamenti consolidati della giurisprudenza secondo cui hanno natura escludente le clausole che limitano o precludono ex ante la partecipazione alla competizione, in relazione ai requisiti di partecipazione o alla stessa formulazione dell'offerta tecnica o economica (cfr.

il precedente n. 12052/2021). Difatti, la previsione di gara de qua non limita o non preclude la partecipazione alla gara ma, al contrario, amplia la platea dei concorrenti in quanto consente (anche) la partecipazione delle imprese che si trovano in una situazione di unicità di centro decisionale (come peraltro chiarito da Consip con il chiarimento n. 89). Non trattandosi di una clausola “immediatamente escludente”, non vi era alcun onere di immediata impugnazione.

Nel merito, il primo motivo del ricorso introduttivo non è fondato.

Il Collegio intende conformarsi, oltre che per effetto dell’art. 74, anche ai sensi dell’art. 88, comma 1, lett. d), del c.p.a., al precedente della Sezione di cui alla sentenza del 2 dicembre 2022, n. 16113, con cui è stato respinto un’analogo censura formulata in un contenzioso riguardante la medesima gara aggiudicata all’odierno controinteressata.

La Sezione ha accertato come la gara de qua sia caratterizzata da una “pluralità di lotti” e quindi da una “conseguente pluralità di gare” il che non consente di attribuire rilievo, in senso escludente, ai collegamenti societari (in tesi) esistenti tra i diversi operatori economici concorrenti su lotti diversi - così come, invece, previsto all’art. 80, comma 5,lett. m), del d.lgs. n. 50/2016 nel caso di partecipanti alla stessa gara – “con conseguente legittimità, sotto tale aspetto, degli atti di gara impugnati avendo le società asseritamente tra loro collegate/controllate partecipato a lotti distinti, senza dunque che l’eventuale conoscenza reciproca delle rispettive offerte possa aver in alcun modo alterato la leale competizione nelle distinte procedure alle quali le stesse hanno partecipato”.

Anche il secondo motivo del ricorso introduttivo non è fondato.

La censura relativa alla contestazione della sussistenza di un costo orario medio del lavoro inferiore rispetto a quello previsto nelle tabelle ministeriali applicabili allo specifico settore di riferimento, si fonda su di un erroneo presupposto.

Occorre distinguere tra trattamento salariale minimo inderogabile e costo del personale inferiore ai minimi salariali retributivi.

L'offerta economica non può prevedere un costo del lavoro che si compendia in un trattamento salariale inferiore a quello minimo stabilito in modo inderogabile dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge, ai sensi di quanto previsto dall'art. 97, comma 6, del d.lgs. 50/2016. In questo caso, non sono ammesse giustificazioni in relazione al trattamento salariale applicato e l'operatore va escluso dalla gara.

Fermo restando il rispetto del trattamento salariale minimo inderogabile, 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. In questo caso, il mancato rispetto dei parametri indicati nelle tabelle ministeriali non implicano 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, in questo secondo caso, 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, in ipotesi superiore rispetto a quello indicato nella tabella ministeriale (come avvenuto nella specie), 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 censura della ricorrente su fonda su di un dato inesatto.

Il costo orario medio proposto dalla Cosmopol è pari ad € 17,91 h/GPG e si riferisce alla media ponderata dei costi del lavoro, per i diversi livelli, delle 57,99 risorse impiegate. La metà delle risorse impiegate sulla commessa è inquadrata inizialmente al 6° livello, mentre il parametro di riferimento indicato dalla ricorrente (€ 19,45) si riferisce a un 4° livello. Inoltre, l'aggiudicataria ha dimostrato, nel corso di verifica dell'anomalia dell'offerta, le ragioni per cui, in base alle proprie economie aziendali, si è discostato da alcune voci delle tabelle ministeriali che, come detto, sono derogabili ove la deroga trovi adeguata giustificazione.

In relazione alla contestazione sulla considerazione degli scatti derivanti dalla progressione di carriera (aumento del livello e maturazione dello scatto di anzianità) soltanto alla data dei giustificativi dell'offerta economica (14 gennaio 2022), si osserva quanto segue.

La contestazione della ricorrente non risulta adeguatamente dimostrata non rinvenendosi elementi a sostegno della censura. Non vi è prova infatti che il concorrente abbia presentato il piano di assorbimento del personale alla data dei giustificativi dell'offerta economica (14 gennaio 2022), anziché secondo le stime oggettive presenti alla data del 15 ottobre 2019 come previsto dal disciplinare. Deve quindi ritenersi, in mancanza di prova contraria, che quando il concorrente ha presentato l'offerta e il piano di assorbimento la situazione del personale già impiegato sulla commessa era quella indicata nella documentazione di gara aggiornata alla data di presentazione del bando su cui il concorrente non poteva che fare affidamento nell'indicazione delle stime oggettive.

Non ha pregio neppure la censura sulla mancata considerazione del premio di produzione previsto dal contratto territoriale del 2009 per la Regione Piemonte.

Il premio di produzione, per definizione, non è automaticamente corrisposto al lavoratore, ma consegue solo al raggiungimento di determinati risultati, e quindi è del tutto eventuale in quanto il premio è legata al verificarsi di condizioni che esulano dalla singola commessa, ma riguardano l'andamento generale delle assenze per malattia e infortunio nel comparto vigilanza dell'intero comparto territoriale e come tali, dunque, non prevedibili dal concorrente. Inoltre, la disciplina sul premio di produzione (art. 20) di cui al contratto territoriale allegato ha efficacia fino all'anno 2012 e non risulta sia stata rinnovata.

Non assume rilevanza inoltre la censura sulla erronea applicazione dell'aliquota di tasso INAIL pari al 19,33 per mille senza tenere in considerazione l'addizionale ANMIL di cui all'art. 181 del D.P.R. n. 1124/1965, pari all'1% del tasso stesso.

Si tratta infatti di un'allegazione che per come formulata non è di per sé, né in aggiunta agli altri costi del personale omessi (di seguito esposti), comunque idonea ad abbattere l'utile di commessa (pari a Euro 103.794,34), in quanto si tratterebbe di un aumento del tasso dal 19,33 per mille al 19,52 per mille (ossia 3 o 4 euro annui in più a lavoratore), che, anche tenendo conto del "fondo maggiori oneri della manodopera" indicato dall'aggiudicataria, manterrebbe comunque la commessa in utile.

In relazione alla contestazione sulla erronea indicazione del minor tasso di assenteismo dichiarato dal concorrente rispetto a quello medio nazionale riportato dalle tabelle ministeriali applicabili allo specifico settore di riferimento, si rileva quanto segue.

Lo scostamento dalle tabelle ministeriali in termini di ore effettivamente lavorate ha riguardato esclusivamente le voci "Assemblee, permessi sindacali e assenze per motivi di studio" e per "Malattie, infortuni e maternità". 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. Lo scostamento è stato dimostrato attraverso la certificazione del consulente del lavoro della controinteressata che ha certificato, in data 20 ottobre 2021, l'andamento storico di questa voce.

Fermo quanto sopra, si ritiene che l'operatore possa dimostrare il modo in cui la propria impresa sia in grado 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, tale il dato tabellare delle ore non lavorate non è fisso ed inderogabile, ma varia in base alla specifica organizzazione aziendale.

Inoltre, sono attendibili i dati riportati nel documento prodotto in gara dall'aggiudicataria in quanto la congruenza dei dati è stata certificata dal consulente del lavoro aziendale che ha attestato, sotto la propria responsabilità, l'attendibilità delle ore di assenza stimate, ivi comprese le assenze per permessi sindacali.

Al di là dell'attendibilità probatorio dell'originario documento, la ricorrente non ha peraltro sollevato contestazioni di merito sui dati ivi riportati per come, in seguito, accertati da un professionista specializzato nel settore.

Del pari risulta attendibile l'indicazione del periodo di riferimento del tasso di assenteismo riferito al periodo 2016 - 2020. Il bando di gara non contiene alcuna specificazione in ordine al periodo temporale in base al quale l'operatore dovrebbe giustificare i dati economici della propria offerta; inoltre, il periodo indicato è rilevante in quanto si tratta del periodo quello immediatamente precedente l'anno di riferimento della gara di che trattasi, bandita nel 2021 e aggiudicata nel 2022.

In sintesi, dall'esame della documentazione di gara emerge che Consip ha correttamente valutato il costo del lavoro dell'aggiudicataria.

Va ora esaminato il terzo motivo del ricorso introduttivo.

Il motivo va dichiarato in parte improcedibile in quanto Consip ha con il provvedimento prot. 697/2022 ha da un lato valutato per la prima volta le circostanze denunciate dalla ricorrente indicate sub i) e dall'altro lato ha nuovamente valutato le circostanze denunciate sub iii).

Deve invece ritenersi infondata la censura volta a contestare la mancata valutazione del procedimento sanzionatorio avviato dalla Prefettura di Salerno, indicato sub ii), in quanto si tratta di circostanza priva di dimostrazione non risultando prodotto il documento che attesta l'avvio del procedimento.

Infine, con riguardo alle risoluzioni disposte dall'Ente Autonomo Volturno S.r.l., da Napoli Holding, dal Comune di Brindisi, il Collegio è dell'avviso che Consip abbia correttamente e adeguatamente valutato (cfr. nota prot. n. 297 del 9 maggio 2022) come gli illeciti dichiarati dal concorrente nella domanda di partecipazione non incidano sull'idoneità tecnico-professionale del concorrente necessaria all'esecuzione delle prestazioni richieste per la gara in oggetto, anche in considerazione della sussistenza di accordi transattivi stipulati tra le parti in cui si esclude l'imputazione della responsabilità in carico al concorrente.

Occorre ora esaminare il ricorso per motivi aggiunti avente ad oggetto il provvedimento prot. 697/2022 con cui Consip ha valutato gli illeciti non dichiarati dal concorrente e denunciati dal ricorrente.

Con riferimento all'omissione dichiarativa alle penali contrattuali applicate dall'Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e della Basilicata, il carattere isolato dell'episodio e il modesto valore della penale (di poco superiore al 1% rispetto al valore del contratto) giustificano ragionevolmente la valutazione di Consip secondo cui tali illeciti non configurino il motivo di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-ter) del D.Lgs. n. 50/2016.

Con riguardo all'esclusione dalla gara sotto soglia per l'esecuzione del servizio disposta dell'AO Santobono Pausillipon, Consip, anche in tal caso, ha correttamente ritenuto che "non emergano elementi tali da consentire di

affermare che i fatti sopra descritti configurino i motivi di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), c-bis) e c-ter) del D.Lgs. n. 50/2016”.

In particolare, Consip ha rilevato come l'esclusione dalle gare è stata disposta per l'“omessa dichiarazione, ex art. 80, comma 5, lett. c) e f-bis), del Codice di una esclusione disposta dall'ASL Taranto a sua volta originata dall'omessa dichiarazione di due risoluzioni contrattuali disposte dall'EAV (Circumvesuviana srl) e Napoli Holding S.p.A.”.

Ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f-ter) e comma 12, d.lgs. n. 50/2016, l'omessa dichiarazione di un provvedimento di esclusione da una precedente gara non costituisce di per sé causa di esclusione dalla gara in corso indetta dalla stazione appaltante (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 10 gennaio 2022, n. 166) in quanto, come ha giustamente evidenziato Consip nel provvedimento gravato, ciò che rileva e che deve essere oggetto di valutazione sono i fatti che hanno portato la stazione appaltante a disporre la precedente esclusione.

Nel caso di specie, i fatti da cui sono originate le risoluzioni contrattuali disposte dall'EAV (Circumvesuviana S.r.l.) e da Napoli Holding S.r.l. sono stati correttamente dichiarati in gara dall'impresa e poi sono stati positivamente valutati da Consip con nota prot. 297 del 9 maggio 2022.

Occorre ora passare ad esaminare le violazioni giuslavoristiche accertate con i verbali dell'Ispettorato del Lavoro di Avellino e dell'Ispettorato del Lavoro di Foggia.

Il Collegio ritiene in questo caso di poter condividere la doglianza di difetto di motivazione e/o eccesso di potere sollevata a tal riguardo dalla ricorrente.

I verbali dell'Ispettorato del Lavoro di Avellino e dell'Ispettorato del Lavoro di Foggia attestano che Cosmopol si è resa responsabile delle seguenti violazioni giuslavoristiche:

- infedeli registrazioni nel libro unico del lavoro di dati relativi ai lavoratori che avrebbero determinato differenti trattamenti retributivi, previdenziali o fiscali (riferite a soggetti diversi);

- omessa comunicazione al centro per l'impiego della comunicazione obbligatoria di cessazione dei rapporti di lavoro;
- omessa concessione delle ferie nella misura minima prevista dalla legge;
- indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato;
- omessa corresponsione di somme a titolo di malattia ai lavoratori (riferite a soggetti diversi);
- omessa corresponsione degli ANF (assegni familiari);
- inosservanza delle disposizioni del contratto collettivo nazionale di lavoro in materia di orario di lavoro e lavoro straordinario.

Le motivazioni effuse da Consip a sostegno del giudizio di irrilevanza delle summenzionate violazioni giuslavoristiche sono le seguenti:

- esiste allo stato un contrasto tra l'Ispettorato del Lavoro e Cosmopol rispetto alla sussistenza (o meno) di dette violazioni;
- alcune di tali violazioni sono state sanate e regolarizzate (laddove non sono ancora decorsi i termini per gli adempimenti di legge) con l'ottemperanza tardiva alle obbligazioni violate;
- le violazioni invece non sanabili e non regolarizzabili non hanno comportato la perdita del diritto dei lavoratori coinvolti, bensì soltanto l'irrogazione di una sanzione amministrativa a carico della Società;
- i verbali ispettivi si riferiscono alle medesime fattispecie e agli stessi lavoratori, in numero esiguo rispetto al numero complessivo dei dipendenti della Società;
- nei casi di omessa corresponsione degli ANF (assegni familiari) e delle somme a titolo di malattia ai lavoratori, da cui è scaturita la segnalazione alla Procura della Repubblica per l'ipotesi di reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato ex art. 316-ter c.p., si sarebbe trattato soltanto di ritardo nella corresponsione (e non di omissioni) come confermato nel decreto di archiviazione disposto dal GIP del Tribunale di Avellino in data 14/05/2021;

- ai verbali ispettivi sinora notificati non ha ancora fatto seguito alcuna ordinanza-ingiunzione di irrogazione delle relative sanzioni amministrative;
- le irregolarità riscontrate dall'Ispettorato del Lavoro di Foggia in materia di orario di lavoro e lavoro straordinario sarebbero: (a) da un lato materialmente insussistenti, in quanto relative ad addetti di vigilanza privata, e cioè lavoratori che non soggiacciono alla normativa sull'orario di lavoro, giusta quanto disposto dall'art. 2, comma 3, del d.lgs n. 66 del 2003; (b) dall'altro lato determinate dall'eccezionalità della situazione pandemica (durante le quali si sarebbero intensificate le richieste di intervento da parte delle amministrazioni committenti).

Ricostruito l'impianto motivazionale del provvedimento impugnato, nonché rilevato che la fattispecie escludente invocata nel caso di specie è quella dell'art. 80, comma 5, lettera a), del d.lgs. n. 50 del 2016 (e cioè quella delle "gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 del presente codice", per questi ultimi obblighi intendendosi quelli "in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X"), il Collegio richiama preliminarmente il consolidato insegnamento giurisprudenziale secondo il quale il giudizio sulla "gravità" dell'infrazione è espressione di una valutazione discrezionale rimessa esclusivamente alla stazione appaltante (cfr. in termini, *quam multis*, Cons. Stato, V, 22 giugno 2018, n. 3876).

Lo scrutinio che il Giudice Amministrativo può compiere di tale valutazione discrezionale è diretto ad accertare, quindi, soltanto se il giudizio di gravità delle infrazioni giuslavoristiche (o, come nel caso di specie, della non gravità di dette infrazioni) rientri nel perimetro della non manifesta irragionevolezza e illogicità.

Orbene, ai fini di detto scrutinio il Collegio deve anzitutto chiarire se (e in che misura) i verbali degli Ispettorati del Lavoro di Avellino e Foggia siano

utilizzabili come fonti di prova delle gravi infrazioni della normativa giuslavoristica.

In coerenza con il consolidato insegnamento giurisprudenziale in materia, il Collegio rileva la piena utilizzabilità di detti verbali, atteso che l'art. 80, comma 5, lett. a), del d.lgs. n. 50 del 2016 richiede per l'appunto che si tratti di una grave infrazione "debitamente accertata", e non "definitivamente accertata".

Non è quindi indispensabile che le infrazioni giuslavoristiche siano vagliate in sede giurisdizionale (né, tantomeno, che siano sfociate nell'adozione di un'ordinanza-ingiunzione).

Come precisato in giurisprudenza (cfr. Cons. St., V, 28 dicembre 2020, n. 8409; in precedenza Cons. St., III, 24 settembre 2020, n. 5564), con la notificazione del verbale - ai sensi del combinato disposto degli artt. 13 e 14 della legge n. 689 del 1981 - si produce l'accertamento della violazione amministrativa (mentre l'ordinanza-ingiunzione di cui all'art. 18 della medesima legge consegue al contraddittorio procedimentale e costituisce espressione del potere dell'amministrazione competente di determinare l'importo dovuto per la violazione, ove sia ritenuto fondato l'accertamento, e di ingiungerne il pagamento all'autore).

I verbali del Servizio prevenzione, igiene e sicurezza degli ambienti di lavoro, sono dunque suscettibili di integrare la fattispecie delle violazioni "debitamente accertate" ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. a), costituendo esplicitazione del potere di accertamento demandato agli organi competenti ed esercitato nelle forme previste dalla legge.

Ne discende l'irrilevanza del precedente giurisprudenziale che è stato evocato da ultimo da Consip con la memoria conclusionale depositata in atti in data 13 marzo 2023 (cfr. TAR Lazio, sez. III, 8 giugno 2020 n. 6194), precedente riformato in appello in coerenza con l'insegnamento pretorio sopra richiamato (cfr. Consiglio Stato, Sezione III, 24 settembre 2020, n. 5564).

Acclarato che Consip non avrebbe dovuto necessariamente attendere l'ordinanza-ingiunzione per accertare la sussistenza (o meno) di gravi

infrazioni giuslavoristiche “debitamente accertate”, va a questo punto appurato se l'accertamento di non gravità compiuto da Consip rientri (o meno) nei confini della non manifesta irragionevolezza.

In proposito, il Collegio rileva che dai verbali di accertamento e notificazione degli Ispettorati del Lavoro di Avellino e Foggia emergono cinque distinti gruppi di infrazioni giuslavoristiche:

- a) primo gruppo - inadempimenti meramente formali/amministrativi consistenti nell'infedele registrazione nel LUL (Libro Unico del Lavoro) delle ore di lavoro effettivamente prestate dal personale della sede di Avellino nei mesi di gennaio/febbraio/marzo 2017 (e per un singolo lavoratore anche nei mesi di luglio e agosto 2014), nonché nell'omesso invio al Centro per l'impiego delle comunicazioni di cessazione del rapporto di lavoro di n. 3 dipendenti della sede di Avellino (cfr. punti 1), 2) e 3) del verbale dell'Ispettorato del Lavoro di Avellino);
- b) secondo gruppo - mancata fruizione delle ferie nella misura minima prevista per legge per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, nei confronti dell'intero personale della sede di Avellino addetto alla sala conta (cfr. punto 4) del verbale dell'Ispettorato del Lavoro di Avellino);
- c) terzo gruppo - omesso e/o ritardato pagamento delle indennità di malattia e degli assegni per il nucleo familiare nei confronti di n. 11 dipendenti della sede di Avellino, con contestuale percezione in forma di conguagli contributivi (da parte dell'INPS) delle risorse pubbliche necessarie a finanziare le suddette indennità/assegni, così realizzando peraltro una forma di indebita percezione di erogazioni ai danni dello Stato (cfr. punti nn. 5), 6), 7) e 8) del verbale dell'Ispettorato del Lavoro di Avellino);
- d) quarto gruppo - mancato pagamento di alcune spettanze retributive (ad es. mensilità correnti, residui ferie/ROL, ratei tredicesima, ratei TFR) circoscritte però a singoli mesi e nei confronti di soli 18 lavoratori della sede di Avellino, la maggior parte dei quali ha ottenuto il pagamento delle spettanze dovute

soltanto a seguito di diffide accertative e/o iniziative giudiziarie innanzi al Giudice del Lavoro;

e) quinto gruppo - esecuzione nell'anno 2021 di un numero di ore di lavoro straordinario in misura eccedente rispetto al tetto annuo fissato dalla contrattazione collettiva applicabile nei confronti del personale addetto a mansioni di guardia giurata armata presso le sedi di San Severo e Cerignola (cfr. verbale dell'Ispettorato del Lavoro di Foggia).

Identificate chiaramente le infrazioni giuslavoristiche commesse da Cosmopol, il Collegio rileva che il giudizio di non gravità espresso da Consip sulle infrazioni elencate sub lettere a) [inadempimenti meramente formali/amministrativi], c) [ritardato pagamento delle indennità di malattia/assegni nuclei familiari in favore di n. 11 dipendenti], d) [ritardato pagamento di spettanze retributive in favore di n. 18 dipendenti], ed e) [violazione del limite massimo di ore di lavoro straordinario] – pur essendo un giudizio di cui non si può escludere in astratto l'opinabilità nel merito – appare tuttavia immune da censure in base al diverso canone (che solo vincola il Giudice Amministrativo) della non manifesta irragionevolezza e/o illogicità della valutazione della stazione appaltante.

In proposito va rilevato, infatti, che le motivazioni spese da Consip a sostegno della valutazione di non gravità delle summenzionate infrazioni giuslavoristiche consistono:

- nella sopravvenuta regolarizzazione della maggior parte di dette infrazioni ancor prima della presentazione dell'offerta di gara da parte di Cosmopol (si noti in proposito che lo stesso verbale dell'Ispettorato del Lavoro di Avellino – risalente al 26 agosto 2019 – dava atto già allora dell'intervenuto pagamento di quasi tutte le spettanze retributive richieste dai 18 lavoratori della sede di Avellino che avevano agito con ricorso del lavoro e/o diffida accertativa);
- nella natura assolutamente fisiologica delle discrepanze contabili che sono all'origine dell'infedele registrazione di alcuni dati inseriti nel LUL dei mesi di gennaio/febbraio/marzo 2017;

- nella riconducibilità all'emergenza pandemica dell'eccesso di ore di lavoro straordinario prestate nell'anno 2021 dalle guardie giurate armate addette alle unità operative di San Severo e Cerignola, emergenza che elide il carattere di gravità dell'inadempimento contestato;
- nel numero sostanzialmente esiguo dei lavori interessati dalle infrazioni in questione.

Ad avviso del Collegio, come anticipato, tali valutazioni non appaiono manifestamente irragionevoli, né perplesse o illogiche, sicché il giudizio di “non gravità” espresso sul punto dalla stazione appaltante appare correttamente motivato.

Non altrettanto può dirsi, invece, per la valutazione di non gravità espressa da Consip sull'infrazione giuslavoristica di cui al secondo gruppo sopra indicato, e cioè quello della mancata fruizione delle ferie nella misura minima prevista per legge per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, nei confronti dell'intero personale della sede di Avellino addetto alla sala conta (cfr. punto 4) del verbale dell'Ispettorato del Lavoro di Avellino).

La motivazione espressa sul punto da Consip è stata infatti la seguente: “anche le infrazioni ritenute più gravi (quali quelle sulla mancata fruizione delle ferie o sulle indennità per malattia), in quanto considerate non sanabili per la decorrenza dei termini degli adempimenti previsti dalla legge, non hanno comportato una perdita del diritto dei lavoratori, ma una sanzione per la società”.

Orbene, questo tipo di motivazione sembra esorbitare dai confini della non manifesta irragionevolezza, avuto riguardo alla natura propria e tipica del diritto alle ferie annuali retribuite, così come declinato dalla giurisprudenza euro-unitaria e nazionale.

È ormai *ius receptum*, infatti, che:

“11.1. Ai sensi dei Considerando 4 e 5 della direttiva 2003/88/CEE, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro: “Il miglioramento della sicurezza, dell'igiene e della salute dei

lavoratori durante il lavoro rappresenta un obiettivo che non può dipendere da considerazioni di carattere puramente economico. Tutti i lavoratori dovrebbero avere periodi di riposo adeguati. Il concetto di “riposo” deve essere espresso in unità di tempo, vale a dire in giorni, ore e frazioni d’ora. I lavoratori (dell’Unione) devono beneficiare di periodi minimi di riposo giornaliero, settimanale ed annuale e di adeguati periodi di pausa (...). L’art. 7 della citata direttiva, la cui rubrica reca “Ferie annuali”, sancisce: “Gli stati membri prendono le misure necessarie affinché ogni lavoratore benefici di ferie annuali retribuite di almeno quattro settimane, secondo le condizioni di ottenimento e di concessione previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali. Il periodo minimo di ferie annuali retribuite non può essere sostituito da una indennità finanziaria, salvo in caso di fine del rapporto di lavoro”. Come precisato da questa Corte (Cass., n. 23697 del 2017), il suddetto divieto di monetizzazione, ripreso dal D. Lgs. n. 66 del 2003, art. 10, comma 2, che alla direttiva ha dato attuazione, è evidentemente finalizzato a garantire il godimento effettivo delle ferie, che sarebbe vanificato qualora se ne consentisse la sostituzione con un’indennità, la cui erogazione non può essere ritenuta equivalente rispetto alla necessaria tutela della sicurezza e della salute, in quanto non permette al lavoratore di reintegrare le energie psico-fisiche.

11.2. Nell’ordinamento nazionale il diritto alle ferie trova fondamento nell’art. 36 Cost., comma 3 e disciplina positiva del D. Lgs. n. 66 del 2003, citato art. 10, oltre che nell’art. 2109 c.c. ... 13. Questa Corte (Cass., n. 27206 del 2017, punto 2.9. del Considerato) ha affermato che qualora nel corso del rapporto di lavoro il dipendente non abbia usufruito delle ferie e dei riposi compensativi nella misura contrattualmente prevista, il datore di lavoro è legittimato ad imporre la fruizione degli stessi, anche per prevenire richieste di pagamento dell’indennità sostitutiva.

13.1. Tale statuizione trova completamento nell’affermazione (Cass., n. 15652 del 2018, n. - 2496 del 2018, n. 13860 del 2000) che dal mancato godimento delle ferie deriva - una volta divenuto impossibile per l’imprenditore, anche senza sua colpa,

adempiere l'obbligazione di consentire la loro fruizione - il diritto del lavoratore al pagamento dell'indennità sostitutiva, che ha natura retributiva, in quanto rappresenta la corresponsione, a norma degli artt. 1463 e 2037 c.c., del valore di prestazioni non dovute e non restituibili in forma specifica; ... A ciò consegue che, in caso di mancata predisposizione da parte del lavoratore del piano ferie annuale, il datore di lavoro ha la possibilità di assegnazione di ufficio delle ferie, tenuto conto del carattere irrinunciabile del relativo diritto e del divieto di monetizzazione (cfr., Cass., n. 11016 del 2017)” (cfr. ex multis Cass., Sez. Lav., ord. 12 febbraio 2020 n. 3476).

In sintesi, la concreta fruizione delle ferie retribuite annuali – in quanto oggetto di una specifica tutela costituzionale mirata a preservare la salute e sicurezza del lavoratore (cfr. art. 36 Cost.) – è oggetto di un'obbligazione sostanzialmente infungibile, non potendo il concreto riposo annuale essere sostituito da un'indennità, se non nel caso eccezionale di cessazione del rapporto di lavoro.

Va da sé che l'obbligo di Cosmopol di consentire al proprio personale della “sala conta” della sede di Avellino di beneficiare delle ferie annuali retribuite negli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 – una volta violato – non è più suscettibile di esecuzione in forma specifica, trattandosi per l'appunto di una prestazione infungibile da eseguirsi sempre con periodicità annuale per salvaguardare la salute e sicurezza dei lavoratori, tanto è vero che lo stesso provvedimento Consip qui impugnato qualifica le infrazioni di tale obbligo come “non sanabili per la decorrenza dei termini degli adempimenti previsti dalla legge” (si consideri a tal riguardo il disposto dell'art. 10, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 66 del 2003, il quale prescrive una specifica periodicità delle ferie annuali nei termini che seguono: “1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 2109 del codice civile, il prestatore di lavoro ha diritto ad un periodo annuale di ferie retribuite non inferiore a quattro settimane. Tale periodo, salvo quanto previsto dalla contrattazione collettiva o dalla specifica disciplina riferita alle categorie di cui all'articolo 2, comma 2, va goduto per almeno due settimane,

consecutive in caso di richiesta del lavoratore, nel corso dell'anno di maturazione e, per le restanti due settimane, nei 18 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione. 2. Il predetto periodo minimo di quattro settimane non può essere sostituito dalla relativa indennità per ferie non godute, salvo il caso di risoluzione del rapporto di lavoro”).

Il summenzionato definitivo inadempimento dell'obbligazione di concessione delle ferie annuali potrà essere sicuramente risarcito (cfr. art. 1218 c.c.), ma è evidente che l'obbligazione infungibile originariamente dovuta (id est il concreto riposo del lavoratore con periodicità annuale) è diversa cosa rispetto all'obbligazione meramente risarcitoria innescata dalla violazione della prima.

L'obbligazione delle ferie annuali è quindi ben differente – per natura e finalità – rispetto alle altre diverse obbligazioni retributive di cui è stata riscontrata la violazione con i verbali ispettivi de quibus, obbligazioni quelle che – in quanto pecuniarie – ben possono ancora eseguirsi.

Ne discende che la motivazione evocata da Consip a sostegno del giudizio di non gravità della mancata fruizione delle ferie negli anni 2015, 2016, 2017 e 2018 – e cioè il fatto che tale infrazione giuslavoristica non avrebbe comportato alcuna “perdita del diritto dei lavoratori” – appare intrinsecamente contraddittoria: la perdita del diritto in questione (ovverossia la perdita del riposo di 4 settimane di ferie annue) si è infatti già consumata (peraltro per ben 4 anni e per l'intero personale amministrativo della sala conta della sede di Avellino pari a ben 59 dipendenti).

D'altro canto, il rilievo motivazionale di Consip secondo cui l'infrazione in questione sarebbe irrilevante perché ad essa può ancora far seguito il soddisfacimento del diritto dei lavoratori coinvolti, appare incongruo anche per un ulteriore ordine di motivi.

Tale rilievo trascura, invero, il fatto che il potere amministrativo del cui esercizio si discorre consiste nella facoltà della stazione appaltante di valutare l'affidabilità professionale (o meno) dell'operatore economico, in particolare sotto il profilo dell'osservanza delle leggi in materia di lavoro.

Affidabilità professionale significa – in quest’ultima chiave – proprio la naturale inclinazione dell’operatore economico alla piena osservanza dei diritti individuali e collettivi dei lavoratori, e non certo la perdurante astratta possibilità di rimediare alla già intervenuta lesione di tali diritti (come invece sembra inferirsi dalle motivazioni profuse in argomento da Consip).

Conclusivamente, quindi, il Collegio ritiene che il giudizio di non gravità espresso da Consip sull’infrazione consistente nella mancata fruizione delle ferie sia inficiato da un difetto di motivazione, derivandone la necessità di annullare il provvedimento del 28 ottobre 2022 con cui è stato formulato tale giudizio, nonché di rideterminarsi sul punto in questione (punto che risulta allo stato non correttamente motivato), salvo il potere discrezionale della stazione appaltante di soppesare e valutare tutte le circostanze del caso concreto.

Tutto ciò prelude, quindi, ad un inevitabile riesercizio del potere valutativo sul punto da parte della stazione appaltante.

Le considerazioni sopra esposte conducono, pertanto, alla reiezione del ricorso introduttivo e invece all’accoglimento dei motivi aggiunti, con conseguente annullamento per difetto di motivazione e di istruttoria del provvedimento Consip prot. n. 697 del 28 ottobre 2022, nonché di tutti gli ulteriori provvedimenti ad esso connessi e/o collegati, ivi incluso il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara in favore di Cosmopol, salvo ed impregiudicato il potere discrezionale di Consip di rideterminarsi – in ossequio al vincolo conformativo derivante dalla presente sentenza – sui requisiti soggettivi di Cosmopol e, conseguentemente, sull’esito stesso della gara.

Stante la necessità di una nuova determinazione discrezionale di Consip sull’affidabilità professionale di Cosmopol (e sui suoi eventuali riflessi aggiudicatori), il Collegio rileva di non potersi pronunciare allo stato sulla domanda di declaratoria di inefficacia del contratto medio tempore stipulato e sulla richiesta del successivo subentro nella titolarità dello stesso, posto che

un'eventuale statuizione giudiziale sul punto finirebbe per violare il divieto di esercizio di poteri amministrativi ancora non esercitati cristallizzato nell'art. 34, comma 2, c.p.a.

Ciò chiarito, va infine osservato che, 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.), sono state esaminate 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).

La complessità della controversia e la natura delle questioni trattate giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto e integrato dai motivi aggiunti, così dispone:

- estromette dal giudizio il Ministero dell'economia e delle finanze atteso il difetto di legittimazione passiva;
- respinge il ricorso introduttivo;
- accoglie, nei sensi e termini indicati in motivazione, i motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Luca Iera, Referendario, Estensore

Igor Nobile, Referendario

L'ESTENSORE

Luca Iera

IL PRESIDENTE

Francesco Riccio

IL SEGRETARIO