

Pubblicato il 03/04/2023

N. 02070/2023 REG.PROV.COLL.
N. 05734/2022 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 della Campania

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5734 del 2022, proposto da
COSMOPOL S.p.A., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Gianluigi **Pellegrino** e
Arturo **Testa**, con domicilio eletto in Napoli alla Via dei Mille n. 47 presso lo
studio del secondo difensore e con domicilio digitale presso la PEC Registri
Giustizia dei suoi difensori;

contro

EAV – ENTE AUTONOMO VOLTURNO S.r.l., rappresentato e difeso
dall'Avv. Antonio D'Angelo, con domicilio eletto in Napoli alla Via del Rione
Sirignano n. 6 e con domicilio digitale presso la PEC Registri Giustizia del suo
difensore;

nei confronti

TEAM SECURITY S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- a) della determinazione dell'EAV prot. EAV-0032140-2022 del 24 ottobre 2022, con la quale la società ricorrente è stata esclusa dalla gara per l'affidamento del servizio di vigilanza armata e custodia non armata degli immobili di proprietà o in uso delle aree esterne di pertinenza individuale e delle stazioni ferroviarie – lotto 2;
- b) di tutti gli atti confluiti nel procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, incluse la relazione istruttoria del 4 ottobre 2022 e la nota interlocutoria del 21 giugno 2022;
- c) per quanto occorra, del disciplinare di gara e del capitolato tecnico, oltre all'eventuale aggiudicazione intervenuta in favore dell'impresa concorrente che segue in graduatoria;
- d) di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'ente resistente;

Vista l'ordinanza collegiale n. 28 dell'11 gennaio 2023, con cui è stata respinta l'istanza cautelare;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 c.p.a. sulla redazione della sentenza in forma semplificata nel rito appalti;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 febbraio 2023 il dott. Carlo Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevata la complessità della presente controversia e della stesura della relativa sentenza;

Rilevato, altresì, che la pubblicazione del dispositivo, secondo una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 120, comma 9, c.p.a., presuppone l'espressa richiesta – mancante nella specie – delle parti o di almeno una di esse, in ragione

della natura soggettiva del processo amministrativo e del suo carattere dispositivo;

Premesso che:

- l'odierna ricorrente, Cosmopol S.p.A., partecipava alla procedura aperta, indetta dall'EAV e da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del servizio di vigilanza armata e custodia non armata degli immobili di proprietà o in uso delle aree esterne di pertinenza individuale e delle stazioni ferroviarie – lotto 2, classificandosi seconda ai fini del conseguimento dell'aggiudicazione, ma ne restava esclusa con determinazione prot. EAV-0032140-2022 del 24 ottobre 2022 per anomalia dell'offerta dopo che, a sua volta, era stata esclusa per lo stesso motivo la prima classificata Fantastic Security Group S.r.l.;

- la medesima impugna tale provvedimento, unitamente a tutti gli altri atti di gara meglio in epigrafe individuati, sostenendo l'erroneità del giudizio di anomalia espresso nei suoi confronti e adducendo una serie di doglianze attinenti ai profili della violazione di legge e dell'eccesso di potere;

Rilevato che:

- non occorre indugiare sullo scrutinio delle eccezioni di rito formulate dalla difesa dell'EAV, giacché il ricorso si palesa infondato nel merito;

- giova ricapitolare, ai fini di una migliore comprensione della vicenda contenziosa, i profili motivazionali posti dalla stazione appaltante alla base del provvedimento espulsivo, indicativi, una volta esaminate le giustificazioni fornite dalla ricorrente, dell'anomalia dell'offerta dalla stessa presentata: i) l'indicazione delle ore annue mediamente non lavorate da ciascun operatore non è attendibile, con conseguente indebita sovrastima delle ore annue mediamente lavorate. Infatti, "il calcolo riportato dalla concorrente risulta essere errato per molteplici motivi: in primo luogo perché non affidabile né condivisibile è il presupposto secondo cui le ore effettivamente lavorate da ogni operatore siano pari a 1660 e

non a 1604, come riportato nella Tabella del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 2016, indicante il costo medio orario per il personale dipendente da istituti ed imprese di vigilanza privata e servizi fiduciari (di seguito semplicemente “tabella ministeriale”), (...). Invero, nel calcolo delle ore annue non lavorate per assemblee, permessi sindacali, diritto allo studio, malattia, infortuni, maternità la concorrente non ha tenuto conto della Tabella ministeriale ma di un asserito dato storico riferito alla propria azienda. Le ore annue calcolate dall’offerente per ciascun operatore per assemblee, permessi sindacali e diritto allo studio sono dichiarate pari a 8, a fronte delle 24 ore riconosciute dalla tabella ministeriale, quindi 16 ore annue in meno. Inoltre, a fronte delle 128 ore per malattia, infortunio, maternità riconosciute da decreto ministeriale, l’offerente ne dichiara solo 88 per operatore, con una differenza di n. 40 ore/anno. Una deroga così ingente (ben 56 ore/anno lavorative in più rispetto a quanto previsto da tabella ministeriale) è necessario sia analiticamente supportata da motivazioni e dati storici stringenti. (...). Orbene, nel caso di specie, la riduzione di quasi un terzo delle ore non lavorate per malattia, infortuni e maternità rispetto ai dati della tabella ministeriale (da 128 ore da tabella ministeriale ad 88 ore secondo offerta) ed il quasi azzeramento di quelle per assemblee, permessi sindacali e diritto allo studio (da 24 secondo tabella ministeriale ad 8, quindi inferiore di $\frac{2}{3}$) sicuramente rappresenta uno scostamento particolarmente significativo, che tuttavia non risulta adeguatamente motivato. Le argomentazioni riportate dalla concorrente in sede di chiarimenti fanno riferimento a “specifici Sistemi di gestione per la salute e sicurezza sul lavoro”, salvo poi non indicare quali siano, ad una politica di gestione del personale che “scoraggia fortemente la possibilità di abuso delle norme a tutela della salute”, senza fornire ulteriori indicazioni, e a dati statistici riferiti al tasso di assenteismo per malattia del proprio personale dipendente, riferiti al periodo 1 gennaio 2016 – 31 dicembre 2020, (...), atteso che “ (...) il solo indice storico del tasso di assenteismo non è sufficiente a

garantire che l'andamento futuro dello stesso resti costante (...). (...). Il necessario e corretto riconoscimento di ulteriori 56 ore non lavorate porta il monte medio teorico per ciascun operatore a 1604, e non più 1660 come da offerta.”; ii) il dato storico di assenteismo per malattia rappresentato dalla Cosmopol si rivela inattendibile per gli anni successivi al 2020 in virtù della recrudescenza della pandemia da Covid-19; iii) il monte ore annuo considerato ai fini del calcolo del costo medio per operatore è stato determinato in misura inferiore a quanto previsto dal capitolato tecnico, non profilandosi affidabile il prospettato ricorso al lavoro straordinario; iv) non sono riconoscibili gli sgravi contributivi di cui all'art. 1, commi da 10 a 15, della legge n. 178/2020, di cui la Cosmopol intende usufruire in relazione ai lavoratori di nuova assunzione; v) gli scatti di anzianità sono stati indebitamente quantificati in un importo inferiore rispetto alle cifre indicate nella tabella ministeriale; vi) nella rappresentazione dei costi sono state pretermesse le maggiorazioni per lavoro festivo;

- ciò premesso, vale cominciare dalle censure volte a contestare il percorso argomentativo condotto dalla stazione appaltante con riguardo alla prima voce di anomalia, costituita dalla ravvisata inattendibilità del tasso di assenteismo aziendale, censure così riassumibili: a) la stazione appaltante ha omesso di valorizzare il tasso di assenteismo storico rinveniente dalle statistiche aziendali riferite all'ultimo quadriennio, che trova sostegno, come riferito dalla ricorrente nelle giustificazioni, nel “possesso di una organizzazione aziendale particolarmente attenta a prevenire gli infortuni e migliorare la salute e il benessere dei lavoratori, come attestato dal rilascio del certificato ISO 45001, nonché a contrastare l'abusivo ricorso all'assenteismo ingiustificato” mediante l'ausilio di agenzie di investigazione e l'applicazione di severe sanzioni disciplinari fino al licenziamento; b) in ogni caso, il maggior onere retributivo derivante dal conteggio delle 56 ore quali ore annue mediamente non lavorate sarebbe stato coperto dal fondo maggiori oneri, pari a € 1.400,00 per dipendente,

specificamente appostato nella tabella dei costi della manodopera inserita dalla ricorrente all'interno delle proprie giustificazioni, fondo maggiori oneri la cui incidenza è stata del tutto trascurata dalla stazione appaltante;

Considerato che le prefate doglianze non meritano condivisione per le ragioni di seguito esplicitate:

aa) deve essere premesso che il giudizio di verifica della congruità di un'offerta sospettata di anomalia ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme e costituisce espressione paradigmatica di un potere tecnico-discrezionale dell'amministrazione di per sé insindacabile in sede di legittimità, salve le ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche, irragionevoli, fondate su insufficiente motivazione o affette da errori di fatto (giurisprudenza consolidata: cfr. ex multis Consiglio di Stato, A.P., 29 novembre 2012 n. 36; Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 novembre 2021 n. 7912; Consiglio di Stato, Sez. V, 11 marzo 2021 n. 2086; TAR Campania Napoli, Sez. IV, 8 marzo 2022 n. 1559). Inoltre, pur costituendo i valori (anche orari) del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che ogni eventuale scostamento dalle stesse non implica necessariamente un giudizio di anomalia, è tuttavia doveroso dubitare della congruità dell'offerta medesima ogni volta che la discordanza dalle tabelle ministeriali sia considerevole e palesemente ingiustificata (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 novembre 2022 n. 10071; Consiglio di Stato, Sez. III, 18 settembre 2018 n. 5444). In altri termini, le tabelle ministeriali sui costi medi del lavoro 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 lo scostamento sia giustificato in modo puntuale e rigoroso: questo significa che non si può escludere che l'impresa concorrente possa legittimamente calcolare il costo del personale impiegato nell'esecuzione del contratto computando, per le proprie figure professionali, un numero di ore

lavorative annue diverso, in ipotesi superiore a quello indicato nella corrispondente tabella ministeriale, sempre che tale divergenza sia giustificata da idonei elementi probanti tratti dalla specifica realtà aziendale o dalla peculiare natura del contratto da eseguire. In particolare, la giustificazione dello scostamento dai valori tabellari per le ore annue mediamente non lavorate deve, in sede di verifica di anomalia, risultare approfondita e deve essere accompagnata da elementi probatori significativi ed univoci, trattandosi di un dato che è influenzato da eventi, quali malattie, infortuni e maternità, che non rientrano nella disponibilità dell'impresa (cfr. TAR Lazio Roma, Sez. II, 9 aprile 2021 n. 4204; TAR Lazio Latina, Sez. I, 14 maggio 2020 n. 152). Orbene, calando i superiori insegnamenti al caso di specie, non può essere ravvisata nell'attività della stazione appaltante alcuna palese erroneità di giudizio, alla luce delle giustificazioni fornite dalla ricorrente (ed in particolare di quelle datate 1° luglio 2022) in occasione del procedimento di verifica dell'anomalia. Più nello specifico, i rilievi della stazione appaltante si sono ragionevolmente appuntati sulla carenza, nelle suddette giustificazioni, di fattori idonei a giustificare il considerevole scostamento dalla tabella ministeriale di settore circa l'ammontare delle ore annue mediamente non lavorate dovute a malattia, infortuni e maternità, nonché ad assemblee, permessi sindacali e diritto allo studio: ciò in quanto l'invocato riferimento all'indice (di per sé variabile) di assenteismo storico non vale ad integrare, in mancanza di elementi desumibili dalla particolare organizzazione aziendale e/o dalla futura gestione del servizio oggetto di appalto – elementi insussistenti nella fattispecie, non essendo stata assistita, in sede di giustificazioni, la dedotta certificazione ISO 45001 dall'esplicazione delle specifiche misure di contenimento dell'insorgenza degli stati di morbilità adottate dalla Cosmopol o, quanto meno, dall'allegazione del relativo manuale delle procedure, nonché configurandosi le riferite azioni di contrasto all'assenteismo ingiustificato una pratica comune di tutte le aziende, inidonea a provocare variazioni sostanziali del

dato tabellare di riferimento, il tutto senza considerare che nessun particolare accenno è stato dedicato dalla Cosmopol agli accorgimenti che renderebbero possibile il drastico abbattimento delle ore destinate alle assemblee e ai permessi sindacali – una motivata e credibile ragione di riduzione dei valori standard contenuti nelle tabelle ministeriali, tanto più se si pone mente al fatto che, come anticipato, il dato delle ore annue mediamente non lavorate dal personale coinvolge eventi, quali quelli legati alle condizioni di salute del dipendente o all'esercizio dei diritti sindacali, estranei alla disponibilità dell'impresa e necessitanti, per definizione, di una stima prudenziale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 22 marzo 2021 n. 2437 e 20 febbraio 2017 n. 756; Consiglio di Stato, Sez. IV, 23 luglio 2013 n. 4206; Consiglio di Stato, Sez. V, 12 marzo 2009 n. 1451: orientamento consolidato, da ritenere preferibile, in quanto maggiormente aderente al peculiare atteggiarsi di ogni realtà lavorativa di impresa, all'orientamento minoritario, pure citato dalla difesa attorea, che ritiene sufficiente il mero riferimento al dato storico aziendale: cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 6 settembre 2022 n. 7762). Deriva da quanto esposto che non appaiono criticabili le conclusioni della stazione appaltante in ordine all'indebito scostamento, ad opera della Cosmopol, dalle condizioni orarie di lavoro attestate nella tabella ministeriale, dovendosi ritenere non consentite la prospettata riduzione di 56 ore del monte delle ore annue mediamente non lavorate da ogni dipendente e il corrispondente incremento del monte delle ore annue mediamente lavorate da 1.604 a 1.660 ore;

bb) inoltre, nemmeno può essere rimproverabile alla stazione appaltante l'omessa valorizzazione del fondo maggiori oneri di € 1.400,00 per dipendente emarginato nella tabella dei costi della manodopera della Cosmopol, che da quest'ultima (al punto 11 delle giustificazioni datate 1° luglio 2022) è stato laconicamente descritto come posta contabile che “potendo essere imputata ad eventuali costi non preventivati o preventivabili, garantisce la sostenibilità

dell'offerta in qualsiasi scenario". Infatti, nelle sue giustificazioni la ricorrente non ha fornito alcuna concreta dimostrazione, mediante apposite proiezioni contabili, atta a comprovare che il maggior onere retributivo per ogni dipendente, derivante dall'aggiunta delle 56 ore annue non lavorate, sarebbe stato comunque coperto dall'importo del fondo maggiori oneri, attesa, da un lato, l'indiscriminata applicabilità di quest'ultimo ad ogni impreveduta voce di costo aggiuntiva e considerata, dall'altro lato, l'inevitabile lievitazione che avrebbe subito il costo orario medio di ogni qualifica professionale impiegata rispetto agli importi indicati nella citata tabella dei costi, in virtù della corrispondente riduzione del totale delle ore annue mediamente lavorate, valore direttamente incidente sulla determinazione dello stesso costo orario medio. In definitiva, la previsione di tale fondo, non risultando assistita da un quadro contabile di supporto, non si rivelava idonea ad escludere l'inattendibilità della proposta economica della ricorrente: ne discende che, a fronte della generica e sguarnita indicazione del fondo, addirittura preordinato a sopperire alle più svariate oscillazioni di costi "non preventivati o preventivabili" anche non riconducibili al monte ore, non può essere imputata alcuna superficialità istruttoria alla stazione appaltante, la quale non era tenuta a prendere in considerazione un mero enunciato contabile di cui rimaneva indimostrato, soprattutto per la sua onnicomprensività, l'effetto purgativo di diseconomie imputabili all'erroneo calcolo del numero delle ore annue mediamente non lavorate. Né tale dimostrazione può essere resa nell'odierno giudizio, come tenta di fare parte ricorrente nei suoi scritti difensivi (vd. pag. 9 del gravame), dal momento che ogni rilievo al riguardo andava formulato innanzi alla stazione appaltante nella competente sede di verifica dell'anomalia: invero, va rimarcato che la legittimità di un provvedimento impugnato in sede giurisdizionale deve essere sempre valutata in base ai presupposti di fatto e di diritto sussistenti all'epoca

dell'emanazione della determinazione lesiva (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 4 dicembre 2012 n. 6190; TAR Campania Napoli, Sez. I, 2 aprile 2008 n. 1786);

Considerato, altresì, che:

- tutte le suesposte osservazioni – attenendo alla determinazione complessiva dei costi fondata su un costo del lavoro inferiore ai livelli economici minimi consentiti per l'esecuzione di un determinato appalto, anche in termini di copertura degli oneri ulteriori derivanti dalle assenze giustificate del personale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 4 gennaio 2019 n. 90 e 15 maggio 2017 n. 2252; TAR Campania Napoli, Sez. III, 20 luglio 2022 n. 4878; TAR Campania Napoli, Sez. VIII, 22 maggio 2020 n. 1934) – rivestono carattere assorbente nella dimostrazione dell'incongruità dell'offerta della Cosmopol ed esimono il Collegio dall'esaminare le rimanenti censure con cui parte ricorrente intende infirmare la valutazione di anomalia in ordine ai profili motivazionali emarginati ai punti ii), iii), iv), v) e vi) del superiore "Rilevato che", dal momento che l'impianto complessivo del gravato provvedimento di esclusione risulta comunque validamente sorretto dagli aspetti problematici discendenti dall'ingiustificata riduzione degli indici di assenteismo aziendale fissati nella tabella ministeriale di settore;

- soccorre, al riguardo, il condiviso principio secondo il quale, laddove una determinazione amministrativa di segno negativo tragga forza da una pluralità di ragioni, ciascuna delle quali sia di per sé idonea a supportarla in modo autonomo, è sufficiente che anche una sola di esse passi indenne alle censure mosse in sede giurisdizionale perché il provvedimento nel suo complesso resti esente dall'annullamento (cfr. Consiglio di Stato, A.P., 29 febbraio 2016 n. 5; Consiglio di Stato, Sez. V, 6 marzo 2013 n. 1373 e 27 settembre 2004 n. 6301; Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 luglio 2010 n. 4243);

Ritenuto, in conclusione, che:

- resistendo gli atti impugnati alle prospettazioni attoree, anche in virtù del disposto assorbimento di censure, il ricorso deve essere respinto per infondatezza;
- le spese processuali devono essere addebitate alla soccombente parte ricorrente, nella misura liquidata in dispositivo anche tenuto conto della complessità della vicenda contenziosa.

P.Q.M.

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

Condanna la società ricorrente a rifondere in favore dell'EAV – Ente Autonomo Volturmo S.r.l. le spese processuali, che si liquidano in complessivi € 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, disponendosi l'attribuzione in favore del difensore dell'ente dichiaratosi antistatario.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 16 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente

Carlo Dell'Olio, Consigliere, Estensore

Gabriella Caprini, Consigliere

L'ESTENSORE
Carlo Dell'Olio

IL PRESIDENTE
Anna Pappalardo

IL SEGRETARIO

