

Publicato il 06/04/2023

N. 05884/2023 REG.PROV.COLL.
N. 01548/2023 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

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1548 del 2023, proposto da International Security Service Vigilanza S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Fraccastoro, Alice Volino, Alessio Maria Tropiano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S P A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Sevitalia Sicurezza S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Pierluigi Piselli, Daniele Bracci, Patrizio Giordano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa concessione di misure cautelari

della Determinazione prot. n. 0000156 del 27.12.2022 – comunicata in pari data a mezzo PEC ex art. 76 del d.lgs. n. 50/2016, nonché a mezzo di piattaforma della Stazione appaltante) – con la quale è stata aggiudicata alla Sevitalia Sicurezza S.r.l. “la procedura aperta ai sensi del d.lgs. n. 50/2016 finalizzata alla definizione di un accordo quadro con un unico operatore economico per l'affidamento dei servizi fiduciari e dei servizi di vigilanza presso le sedi del poligrafico di Roma”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S P A e di Sevitalia Sicurezza S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 marzo 2023 il dott. Luca Iera e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La International Security Service Vigilanza S.p.A. ha partecipato alla gara indetta dall'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016, con bando pubblicato in data 20 luglio 2022, avente ad oggetto l'affidamento di un “accordo quadro con un unico operatore economico per l'affidamento dei servizi fiduciari e dei servizi di vigilanza presso le sedi del poligrafico di Roma”, non suddivisa in lotti, per la durata di 36 mesi e un importo complessivo stimato in € 6.779.775,46 (iva inclusa).

Alla procedura competitiva, governata dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono stati ammessi 13 operatori economici, tra cui la ISSV” e la Sevitalia Sicurezza S.r.l. (“Sevitalia”).

All'esito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche, la Commissione giudicatrice ha stilato la seguente graduatoria finale che ha visto

Sevitalia collocarsi al primo posto con punti 97,89, davanti alla ISSV con punti 95,98.

Rilevata l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, la Stazione appaltante, con nota del 24 novembre 2022, ha avviato nei confronti di Sevitalia il sub-procedimento obbligatorio di congruità ai sensi dell'art. 97, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016, chiedendole di fornire giustificazioni ulteriori rispetto a quelle rese nel documento informativo allegato all'offerta economica ai sensi dell'art. 18 del disciplinare di gara. In riscontro alla predetta richiesta, Sevitalia, con nota del 5 dicembre 2022, ha trasmesso la relazione giustificativa aggiuntiva.

Tuttavia, la Stazione appaltante, ritenendo non sufficienti le osservazioni fornite con la predetta relazione giustificativa, in data 16 dicembre 2022 ha formulato una seconda richiesta di chiarimenti al fine di ottenere maggiori dettagli in merito ad alcune voci di costo non sufficientemente chiarite. Sevitalia, con nota del 19 dicembre 2022, ha trasmesso le integrazioni richieste dettagliando le voci di costo che la Stazione appaltante aveva ritenuto non adeguatamente giustificate.

La Commissione aggiudicatrice ha quindi valutato la complessiva congruità dell'offerta di Sevitalia, formulando la proposta di aggiudicazione e, con la determinazione prot. n. 156 del 27 dicembre 2022 ha aggiudicato la procedura di gara.

ISSV in data 26 dicembre 2022 ha formulato istanza di accesso agli atti per acquisire l'offerta economica e il progetto tecnico di Sevitalia, nonché la documentazione relativa al procedimento di congruità dell'offerta. La stazione appaltante trasmetteva gli atti a mezzi PEC in data 4 gennaio 2023.

L'operatore economico ha quindi impugnato il provvedimento di aggiudicazione della gara affidando il ricorso ad unico articolato motivo con cui afferma che Sevitalia avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura avendo presentato una proposta "in perdita" in quanto "a fronte di un utile annuo dichiarato pari a € 90.860,59" i costi sostenuti dall'aggiudicataria

ammontano ad “€ 393.471,60” e quindi “sono insufficienti a garantire la complessiva sostenibilità dei servizi offerti nella proposta tecnica in quanto palesemente superiori al guadagno in concreto previsto”.

Le voci di costo dell’offerta economica, oggetto di contestazione, sono tre: “a) Sull’errata quantificazione degli oneri della sicurezza per gli Operatori Fiduciari e le GPG [Guardie Particolari Giurate]” sottostimando il costo, per tale voce, “dagli € 2.995,20 agli € 7.550,40”; “b) Sull’errata quantificazione dei costi della manodopera degli Operatori Fiduciari e delle GPG (ore di assenza per malattia, infortunio e maternità, assemblee, permessi sindacali e diritto allo studio, nonché degli scatti triennali di anzianità)” sottostimando i costi, per tale voce, di “€ 251.883,84”; “c) Sulla sottostima di ulteriori voci di costo dell’offerta tecnica (cellulari smartphone/tablet, veicoli ecologici, formazione del personale)” sottostimando i costi, per tale voce, di € 152.867,36.

Nel costituirsi in giudizio sia la stazione appaltante che la controinteressata hanno replicato puntualmente alle censure sollevate.

In particolare, la controinteressata eccepisce l’irricevibilità del ricorso per tardività in quanto notificato al 31 giorno dalla decorrenza del termine; l’aggiudicazione, infatti, è stata comunicata in data 27 dicembre 2022, sicché l’ultimo giorno utile per la notificazione sarebbe stato il 26 gennaio 2023, mentre il ricorso è stato notificato il 27 gennaio 2023. Quindi, rileva l’inammissibilità del ricorso in quanto andrebbe a sindacare una valutazione tecnico-discrezionale della stazione appaltante sindacabile solo in caso di manifesta illogicità o travisamento dei fatti, ipotesi che non ricorrerebbero nel caso di specie.

Nel merito, la resistente osserva come l’importo complessivo dell’offerta sia rimasto sempre lo stesso e che le modifiche di singole voci di costo non sono a priori inammissibili purché l’offerta risulti nel suo complesso affidabile. Sottolinea come i valori indicati nelle tabelle ministeriali sono solamente un parametro di valutazione di congruità dell’offerta, con la conseguenza che uno scostamento (minimo nel caso di specie) non produce *ex se* l’esclusione

dell'offerta per incongruità. In relazione agli oneri per la sicurezza degli Operatori Fiduciari, inoltre, viene evidenziato come il Ministero del Lavoro non preveda, nelle proprie tabelle, alcuna voce di costo. Relativamente all'applicazione della clausola sociale rileva come la sua applicazione non sia automatica dovendo armonizzare l'organizzazione dell'operatore subentrante e le esigenze tecniche e organizzative del servizio, fermo restando che il disciplinare di gara chiarisce come il personale da riassorbire sarà definito in un secondo momento.

Nel corso del giudizio il Collegio ha disposto l'acquisizione di chiarimenti da parte della stazione appaltante "sulla valutazione dell'offerta dell'aggiudicatario concernente il costo del personale in relazione all'incidenza del tasso di assenteismo del personale impiegato nella commessa anche in rapporto all'applicazione, da parte dell'aggiudicatario, della c.d. clausola sociale".

All'udienza del 29 marzo 2022, il Collegio ha dato atto a verbale della possibilità di definire la controversia ai sensi dell'art. 120, comma 6, c.p.a., ricorrendone i presupposti. Dopo la discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

L'eccezione di tardività del ricorso va respinta.

Il termine per impugnare l'atto lesivo decorre dal momento in cui il potenziale ricorrente acquisisce conoscenza delle ragioni che giustificano la lesione della sua posizione giuridica soggettiva che poi si tradurranno in censure formulate nei confronti degli atti ritenuti lesivi oggetto di impugnazione (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 luglio 2020, n. 12).

La ricorrente contesta la sostenibilità economica dell'offerta della controinteressata. Nel corso della procedura ad evidenza pubblica ha tempestivamente formulato istanza di accesso agli atti in data 26 dicembre 2022 - addirittura prima dell'aggiudicazione avvenuta in data 27 dicembre 2022 - e la stazione appaltante ha osteso a mezzo PEC in data 4 gennaio 2023

i seguenti documenti: relazione tecnica, scheda tecnica, offerta economica, documentazione riguardante la verifica della congruità dell'offerta, verbali di gara. In mancanza dei documenti esibiti, la ricorrente non avrebbe potuto conoscere le ragioni su cui si è stata fondata la valutazione di congruità e quindi non avrebbe potuto formulare alcuna censura nei confronti della sostenibilità economica dell'offerta.

Pertanto, deve ritenersi che prima del riscontro all'istanza di accesso, avvenuto il 4 gennaio 2023, la ricorrente non fosse nella condizione di poter agire in giudizio poiché sprovvista di un'idonea base conoscitiva per tutelare la propria posizione giuridica, il che giustifica la dilazione della decorrenza del termine d'impugnazione dalla data di comunicazione dell'aggiudicazione alla data di ostensione dei documenti da cui si evincono in concreto le ragioni della lesione della predetta posizione.

Il ricorso notificato in data 27 gennaio 2023 è pertanto ricevibile e può essere esaminato nel merito.

L'aggiudicataria ha dichiarato di sostenere a titolo di "costo totale dell'appalto" l'importo di Euro € 5.902.628,16 proponendosi di ritrarre dall'esecuzione della commessa un utile di impresa pari a € 272.581,77 (ribasso offerto pari al 12,92 % e margine di utile pari al 4,62%).

Tra le voci di costo che compongono l'offerta economica dell'aggiudicataria contestate dalla ricorrente, assume significativa importanza quella indicata sub b) del primo motivo di ricorso concernente l'asseriva errata quantificazione dei costi della manodopera degli Operatori Fiduciari e delle GPG (ore di assenza per malattia, infortunio e maternità, assemblee, permessi sindacali e diritto allo studio, nonché degli scatti triennali di anzianità) in quanto si afferma essere realizzata una sottostima dei costi per tale voce pari a € 251.883,84.

Il Collegio ritiene di esaminare in via prioritaria il giudizio di valutazione compiuto dalla Commissione di gara in relazione a tale ultima voce di costo in quanto, laddove l'esito dell'esame dovesse dimostrare la legittimità del

giudizio compiuto, il ricorso sarebbe comunque infondato anche laddove, in ipotesi, dovessero ritenersi fondate le censure concernenti le altre due voci di costi poiché, in tal caso, non verrebbe comunque eroso l'utile di impresa dichiarato (cfr., in relazione al sindacato sulla valutazione dell'anomalia dell'offerta, il precedente della Sezione n. 8062/2022).

Bisogna 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.

Ad avviso del Collegio (cfr. il precedente della Sezione n. 4204/2021) 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 documento giustificativo prodotto a corredo dell'offerta economica, Sevitalia ha stimato, con riferimento alla voce di costo “Numero ore di malattia, infortunio e maternità (indicare le sole ore il cui costo resta a carico del datore di lavoro - carenza)” della figura professionale Operatore Fiduciario, un numero di ore pari a 64, inferiore a quello previsto dalle Tabelle Ministeriali, pari invece a 128. Inoltre ha indicato quale numero di ore annue mediamente lavorate 1684 ore rispetto alle 1604 previste dalle Tabelle Ministeriali. Ad avviso dell'aggiudicataria, la sottostima di tali parametri troverebbe la propria giustificazione in considerazione della “Media di assenza per malattia, infortunio e maternità, in base al calcolo di assenteismo aziendale”.

Analogamente è dire per la figura professionale GPC. Nel documento giustificativo prodotto a corredo dell'offerta economica Sevitalia ha stimato, con riferimento alla voce di costo “Numero ore di malattia, infortunio e maternità (indicare le sole ore il cui costo resta a carico del datore di lavoro - carenza)”, un numero di ore pari a 91, inferiore a quello previsto dalle Tabelle Ministeriali, pari invece a 126. Inoltre ha indicato quale numero di ore annue mediamente lavorate 1617 ore rispetto alle 1578 previste dalle Tabelle Ministeriali. Anche in tal caso, ad avviso dell'aggiudicataria, la sottostima di tali parametri troverebbe la propria giustificazione in considerazione della “Media di assenza per malattia, infortunio e maternità, in base al calcolo di assenteismo aziendale”.

La Stazione appaltante, con la nota del 24 novembre 2022, ha chiesto all'aggiudicataria di chiarire (punto 7) la "metodologia di calcolo utilizzata per stimare le ore di assenza per infortunio, malattia e maternità indicate in tabella, sia per i servizi fiduciari che per la vigilanza".

In riscontro a tale richiesta di chiarimenti, Sevitalia, con nota del 5 dicembre 2022, ha precisato che il dato sulle assenze del personale è stato indicato sulla base dell'"estratto, per l'anno di riferimento 2021, del sistema gestionale con il quale Sevitalia registra puntualmente le ore lavorate e le assenze del singolo addetto" precisando che "è stato effettuato il rapporto tra giorni complessivi di assenza per malattia, infortunio, maternità ed i giorni complessivi lavorati" di tutti i propri dipendenti (c.d. tasso di assenteismo medio), ottenendo i seguenti valori ossia su 35.684 giorni di lavoro il tasso di assenza per l'Operatore Fiduciaria è di 3,6%; su 17.332 giorni di lavoro il tasso di assenza per il GPC è di 5,7%.

Sulla base di questi dati storici riferiti al 2021, l'operatore ha ritenuto di giustificare le stime effettuate nell'offerta economica sul tasso di assenteismo.

Va rilevato come Sevitalia abbia modificato nel corso del procedimento di verifica di congruità dell'offerta il numero complessivo del personale addetto nella commessa. In precedenza, ossia nell'offerta tecnica (pag. 7), tale numero era stato indicato in 92 unità tra GPC (14) e OPF (78) di cui 72 operatori (10 GPC e 62 OPF) componevano il Nucleo Operativo Stabile e 20 ulteriori operatori (4 GPG e 16 OPF) componevano le Risorse Buffer da impiegare in caso di sostituzioni degli operatori del Nucleo Operativo Stabile. In seguito, ossia nella nota di chiarimenti del 5 dicembre 2022, Sevitalia ha modificato l'indicazione del personale riducendolo ad un numero complessivo di 86 operatori (10 GPC e 76 OPF).

Tuttavia, la ricorrente non contesta tale ultima circostanza nell'ambito della censura sub b) del motivo di ricorso.

Il Collegio è comunque dell'avviso che la modifica del numero complessivo del personale da impiegare nella commessa non abbia inciso in concreto

sull'attendibilità dell'offerta economica che è stata in effetti calibrata, e quindi valutata dalla stazione appaltante come emerso anche a seguito dell'incombente istruttorio, sul dato rettificato del personale che non ha quindi comportato una modifica sostanziale dell'offerta economica.

La ricorrente contesta piuttosto la rilevanza probatoria del documento prodotto dall'aggiudicataria per calcolare le ore di assenteismo trattandosi di una "rielaborazione del sistema gestionale della società", nonché la scarsa attendibilità del dato riferito che si riferisce "ad una sola annualità peraltro ormai risalente nel tempo" ed infine rileva come non è stato tenuto conto della "clausola sociale al cui rispetto la stessa si è obbligata ai sensi dell'art. 25 del disciplinare di gara" non potendo Sevitalia pretendere di calcolare l'effettivo tasso medio di assenteismo "su personale che non è alle proprie dipendenze e, dunque, con una storia contrattuale alla stessa certamente non nota".

In aggiunta la ricorrente rileva in merito alle figure GPG "la mancata considerazione degli scatti triennali di anzianità del personale armato impiegato nell'appalto e oggetto di clausola sociale. Sevitalia, infatti, indica per il profilo di GPG IV Livello CCNL 1°, 2° e 3° Turno personale avente n. 2 scatti triennali di anzianità (€ 507,12) senza considerare la reale situazione retributiva del personale presente nell'appalto; la corretta imputazione degli scatti di anzianità indicati per tale profilo avrebbe imposto l'indicazione del valore medio degli stessi, pari a n. 4 scatti" e inoltre non sarebbero stata fornita alcuna "documentazione probatoria" in ordine alle ore di assenza pari a zero per "assemblee, permessi sindacali e diritto allo studio".

Quindi, e in sintesi, la ricorrente sostiene che per la figura degli Operatori Fiduciari ci sarebbe un aggravio del costo della manodopera pari € 210.362,88 e per la figura delle Guardie Particolari Giurate ci sarebbe un aggravio del costo della manodopera pari € 41.520,96.

Va rilevato come l'impresa aggiudicataria abbia elaborato due diversi tassi di assenteismo, uno per il settore della vigilanza e uno per il settore dei servizi

fiduciari, da cui si evinceva che l'unico scostamento dalle tabelle ministeriali è quello inerente alle ore di malattia, infortunio e maternità, risultando tutte le altre voci del tasso di assenteismo corrispondenti a quelle dei prospetti ministeriali.

Lo scostamento dal parametro delle ore non lavorate indicato nelle tabelle ministeriali è stato giustificato in base ai dati sull'assenteismo storico registratosi in azienda. Lo scostamento è stato dimostrato attraverso un documento aziendale interno (estratto dal software che gestisce le presenze del personale) prodotto in gara dall'aggiudicataria e la congruenza dei dati ivi riportati è stata certificata da una perizia di parte redatta da un consulente del lavoro aziendale che ha attestato l'attendibilità delle ore di assenza stimate da Sevitalia sulla base del proprio tasso medio aziendale riportate nel documento aziendale interno, ivi comprese le assenze per "assemblee, permessi sindacali e diritto allo studio" pari a zero.

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 "assemblee, permessi sindacali e diritto allo studio" pari a zero.

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 tramite una perizia di parte che è stata asseverata da un professionista specializzato nel settore.

Del pari risulta attendibile risulta essere il riferimento al tasso di assenteismo registratosi nel 2021. 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 e aggiudicata nel 2022.

Il Collegio non ravvisa errori nella valutazione di congruenza dei dati del costo del lavoro contenuti nell'offerta economica dell'aggiudicataria effettuata dalla stazione appaltante.

Come risulta dai verbali di gara e dai chiarimenti forniti durante il giudizio, la Commissione ha valutato le spiegazioni che il concorrente ha fornito in merito allo scostamento del dato del costo di lavoro rispetto alla tabella ministeriale di riferimento valutando congrua l'offerta "con riferimento alla questione del costo del lavoro improduttivo" (ossia all'indicazione del numero delle ore non lavorate).

Sebbene i chiarimenti non forniscono un'esauriente spiegazione in merito alla valutazione svolta, è comunque possibile ripercorrere il percorso logico-giuridico seguito dalla Commissione.

Con riferimento alla figura professionale degli Operatori Fiduciaria, Sevitalia ha indicato il numero di ore teoriche lavorabili in un anno da cui ha poi sottratto il numero di ore non lavorate in linea con quanto riportato dalle tabelle ministeriali di riferimento ad eccezione del dato relativo a "Numero ore di malattia, infortunio e maternità (indicare le sole ore il cui costo resta a carico del datore di lavoro - carenza)" dove sono state indicate 64 ore in luogo delle 128 ore secondo le tabelle ministeriali.

Premesso il valore non vincolato dei valori delle tabelle ministeriali ove razionalmente giustificati alla luce della specifica organizzazione aziendale del concorrente, risulta che Sevitalia per calcolare le ore non lavorate a titolo di "malattia, infortunio e maternità" ha applicato al numero delle ore teoriche lavorabili in anno al netto delle ore non lavorate la percentuale di assenteismo

del proprio personale registratasi nel 2021 (pari a 3,6%). Ne è risultato che un numero di ore non lavorate pari a 63 di poco inferiore a quello contenuto nell'offerta pari a 64 indicato per eccesso. Sommando il dato dichiarato (64) di ore non lavorate a tale titolo alle altre ore non lavorate (per titoli diversi), il totale delle ore non lavorate ammonta a 392.

Dal numero del totale delle ore non lavorate secondo le tabelle ministeriali (472) è stato sottratto il dato delle ore non lavorate indicate dal concorrente (392), ottenendosi un numero di ore pari a 80 che costituisce il monte di orario lavorativo che il concorrente ha dichiarato di svolgere in più rispetto a quello tabellare.

Ciò ha quindi comportato che il numero delle ore annue mediamente lavorate dal concorrente risulta pari a 1684 rispetto a dato di 1604 ore secondo le tabelle ministeriali (attesa l'aggiunta di 80 lavorative).

La stazione appaltante ha quindi valutato il costo del lavoro in modo sostanzialmente esatto.

Con riguardo alle figure professionali delle Guardie Particolari Giurate, possono svolgersi analoghe considerazioni con le debite differenziazioni in quanto in tal caso tasso di assenteismo aziendale è pari al 5,7% sicchè il numero di ore non lavorate è pari a 97 di poco superiore a quello contenuto nell'offerta pari a 91 indicato questa volta per difetto.

Ciò ha quindi comportato che il numero delle ore annue mediamente lavorate dal concorrente risulta pari a 1617 rispetto a dato di 1578 ore secondo le tabelle ministeriali (attesa l'aggiunta di 91 lavorative) laddove tuttavia il dato finale doveva essere pari a 1611.

Tuttavia, la differenza sul numero delle tutale delle ore annue mediamente lavorate orario di lavoro, alla luce della struttura dell'offerta economica che prevede un consistente utile di impresa e una duplice riserva per spese impreviste (Euro 5.000,00) e per spese generali (Euro 10.600,00), non è tale da poter essere considerata inattendibile anche considerando in ipotesi fondate le censure sulle altre sottostime denunciate dalla ricorrente.

Può ora esaminarsi la contestazione della ricorrente sulla mancata considerazione, nel calcolo del costo del personale, del tasso di assenteismo del personale in essere sulla commessa che dovrebbe essere assorbito in virtù della clausola sociale prevista dall'art. 25 del disciplinare.

L'art. 25 cit. prevede che “Al fine di promuovere la stabilità occupazionale nel rispetto dei principi dell'Unione Europea, e ferma restando la necessaria armonizzazione con l'organizzazione dell'operatore economico subentrante e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto, l'aggiudicatario del contratto di appalto è tenuto ad assorbire prioritariamente nel proprio organico il personale già operante alle dipendenze dell'aggiudicatario uscente, come previsto dall'articolo 50 del Codice, garantendo l'applicazione dei CCNL di settore, di cui all'art. 51 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81. A tal fine, l'elenco del personale attualmente impiegato è riportato in appendice al Capitolato tecnico. Considerato che sono cambiate le condizioni di esecuzione dell'appalto rispetto all'appalto stipulato con l'operatore uscente, il personale da riassorbire sarà definito in esito ad una verifica congiunta tra stazione appaltante, appaltatore e sindacati”.

La Sezione con la sentenza n. 2481/2023 ha chiarito, con riferimento ad una clausola sociale simile a quella qui in esame, che tale clausola «non obbliga l'aggiudicatario ad assorbire il personale addetto alla commessa che è stato assunto dal gestore uscente.

La previsione di gara si limita a stabilire, a carico dell'aggiudicatario, un obbligo di preferenza nell'assunzione del personale in essere laddove l'operatore intenda assumere nuovo personale, fermo restando che l'assorbimento del personale del gestore uscente dovrà comunque avvenire nel rispetto dell'autonomia organizzativa e imprenditoriale dell'operatore economico subentrante e delle esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto.

Tanto è vero che il Disciplinare di gara prevede, come si è evidenziato, che il concorrente è tenuto ad indicare nel Piano di assorbimento il “numero dei lavoratori” del gestore uscente che beneficeranno dell’assorbimento e a fornire la “proposta contrattuale” di inquadramento e di trattamento economico” dei predetti lavoratori, con ciò lasciando chiaramente intendere come non vi sia alcun obbligo incondizionato di assunzione.

In altri termini, il concorrente non è vincolato ad assorbire l’intero personale del gestore uscente, né, ove intenda assorbire il personale, anche in quota parte, è vincolato a mantenere il medesimo inquadramento professionale e trattamento economico già riconosciuto.

L’operatore è tenuto soltanto ad individuare il personale richiesto per l’esecuzione della commessa e, laddove tale personale coincide con quello attualmente assunto dal gestore uscente e addetto nella commessa, è tenuto a preferire nell’assunzione il personale in essere rispetto al nuovo personale da assumere nel mercato ... Una diversa interpretazione si risolverebbe nell’aggiramento della disciplina di gara con pregiudizio dell’interesse pubblico alla continuità dei rapporti di lavoro che tramite la c.d. clausola sociale si intende tutelare».

Fermo quanto sopra, occorre evidenziare come il ricorrente ha dichiarato in sede di gara (cfr. pag. 14 del documento “Spiegazioni di cui all’art. 97 del D.Lgs. 50/2016, come indicato al par. 18 del Disciplinare di gara”) di applicare la clausola sociale prevista dal disciplinare in relazione all’intero personale dell’operatore uscente indicato nell’elenco allegato al bando di gara (55 addetti fiduciari e 10 GPG).

Nel corso del giudizio il Collegio ha disposto l’acquisizione di chiarimenti da parte della stazione appaltante “sulla valutazione dell’offerta dell’aggiudicatario concernente il costo del personale in relazione all’incidenza del tasso di assenteismo del personale impiegato nella commessa anche in rapporto all’applicazione, da parte dell’aggiudicatario, della c.d. clausola sociale”.

Nella relazione depositata in data 9 marzo 2023 la stazione appaltante ha precisato che “la lex specialis non richiedeva di allegare il piano di assorbimento ai documenti da produrre in sede gara” e inoltre l’art. 25 del disciplinare prevedeva che “il personale da riassorbire sarà definito in esito ad una verifica congiunta tra stazione appaltante, appaltatore e sindacati”, rilevando come l’applicazione della clausola sociale è rimandata “all’esito della procedura di gara”.

Alla luce del tenore della clausola sociale, dei chiarimenti forniti e dell’orientamento della giurisprudenza in ordine alla portata della predetta clausola, si ritiene che il concorrente non doveva tenere presente, nella formulazione dell’offerta economica, il tasso di assenteismo del personale in essere sulla commessa che sarebbe stato in ipotesi assorbito, all’esito dell’aggiudicazione, da parte del ricorrere.

L’aggiudicatario ha quindi esattamente esposto i dati economici relativi al costo del personale senza considerare il tasso di assenteismo oppure gli scatti anzianità del personale in essere sulla commessa e la stazione appaltante ha, di conseguenza, correttamente valutato la sostenibilità dell’offerta economica relativa al costo del personale senza prendere in considerazione i dati economici afferenti al personale da assorbire.

Avendo l’aggiudicatario rappresentato i costi del lavoro della propria offerta perdono di rilevanza le censure di inattendibilità dell’offerta economica relative alle altre due voci di costo indicati sub a) e sub c) del primo motivo di ricorso.

In conclusione, il ricorso non è fondato e va pertanto respinto.

La peculiarità della controversia giustifica la compensazione delle spese di lite tra tutte le parti.

P.Q.M.

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

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