

Pubblicato il 12/04/2023

N. 06308/2023 REG.PROV.COLL.
N. 09506/2022 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 9506 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Europolice s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale in atti;

contro

Ministero della Giustizia e Consip s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, entrambi rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Cosmopol s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Arturo Testa, con domicilio digitale in atti;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo,

- del provvedimento di Consip s.p.a. di aggiudicazione definitiva, in favore di Cosmopol s.p.a., della procedura aperta per l'affidamento dei servizi di

vigilanza armata per il Ministero della giustizia – Lotto 34 - comunicato in data 8 luglio 2022;

- di tutti i verbali di gara nella parte in cui hanno ammesso Cosmopol s.p.a. ed hanno valutato la offerta tecnica ed economica e, in particolare, della relazione di valutazione di affidabilità professionale di Cosmopol s.p.a. in data 8 maggio 2022 e del verbale di gara del 1° aprile 2022;

- di tutti gli atti istruttori del procedimento di verifica di anomalia della offerta di Cosmopol s.p.a.;

- di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali;

nonché per l'accertamento

del diritto della ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto anche previa declaratoria di inefficacia del contratto, medio tempore, stipulato e diritto al subentro;

quanto al primo ricorso per motivi aggiunti,

- ove occorra, del chiarimento n. 89, con il quale Consip s.p.a. ha specificato che il vincolo di partecipazione di cui all'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.;

- ove possa, dell'art. 3.1. del disciplinare, se inteso nei sensi prospettati da Consip s.p.a. nel chiarimento e negli atti di gara;

quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti,

- del provvedimento di Consip s.p.a. prot. n. 697 del 28 ottobre 2022, conosciuto in esito al deposito in giudizio, con il quale Consip s.p.a. ha escluso profili ostativi ex art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 in capo a Cosmopol s.p.a.;

- ove occorra, della comunicazione prot. n. 45031 del 31 agosto 2022 di avvio del procedimento di riesame dei requisiti di affidabilità professionale di Cosmopol s.p.a. in uno a tutti gli atti istruttori;

- della conferma del provvedimento di aggiudicazione del servizio di vigilanza armata per il Ministero di giustizia (Lotto 34) in favore di Cosmopol s.p.a.;

- dei provvedimenti di ammissione di Cosmopol s.p.a. alla gara e di valutazione della affidabilità professionale;
- di tutti i verbali di gara;
- del provvedimento, non conosciuto, con il quale Consip s.p.a. ha dichiarato la efficacia della aggiudicazione disposta in favore di Cosmopol s.p.a., nonché per l'accertamento del diritto della ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto anche previa declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato e diritto al subentro.

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

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

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 marzo 2023 la dott.ssa Eleonora Monica e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso introduttivo Europolice s.r.l. (nel prosieguo semplicemente "Europolice") – nel premettere di aver partecipato ad una procedura di gara aperta suddivisa in 34 lotti indetta da Consip s.p.a. (nel prosieguo semplicemente "Consip") con bando pubblicato in data 17 gennaio 2020 per l'affidamento dei servizi di vigilanza armata da svolgersi in favore del Ministero della giustizia, nonché di essersi classificata al secondo posto in graduatoria per il lotto n. 34 (relativo alla provincia di Catania, con importo a base d'asta pari ad € 10.877.106,24) alle spalle di Cosmopol s.p.a. (nel prosieguo anche "Cosmopol") – impugna il provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore di quest'ultima, chiedendone l'annullamento e, per l'effetto, la dichiarazione di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato, nonché il subentro in esso.

1.1. Con un primo ordine di doglianze (dal primo al quarto motivo di ricorso) lamenta Europolice la violazione e falsa applicazione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 per aver Consip ommesso di valutare e approfondire – in sede di verifica dell'affidabilità professionale di Cosmopol – alcuni gravi illeciti professionali e precedenti atti di esclusione da procedure evidenziali, censurando che la controinteressata avrebbe *“omesso di dichiarare “fatti” (precedenti esclusioni) potenzialmente rilevanti sulla affidabilità ed integrità professionale del concorrente”*, per l'effetto non consentendo *“alla stazione appaltante una esatta percezione, valutazione e ponderazione della rilevanza ed incidenza di fatti significativi sul possesso del prescritto requisito di affidabilità professionale (art. 80 comma 5 lett. c), c bis) e c ter) del D.Lgs. 50/2016)”*.

Con un secondo ordine di censure (quinto motivo), sostiene la società ricorrente che l'avversata aggiudicazione sarebbe viziata anche con riferimento alle valutazioni ed ai punteggi assegnati all'offerta tecnica della controinteressata in relazione ad una serie di sub criteri.

Afferma, infine, Europolice con l'ultima censura (sesto motivo) che l'offerta di Cosmopol sarebbe, poi, del tutto inattendibile ed incongrua con riferimento al costo per la manodopera, posto che la controinteressata avrebbe:

- illegittimamente inquadrato i dipendenti nel VI livello (nuova assunzione) senza considerare la c.d. *“clausola sociale”*;
- ridotto, indebitamente e senza congrua giustificazione, la incidenza delle ore non lavorate, incrementando le ore effettivamente lavorate da 1578 annue a 1601, senza fornire alcuna plausibile giustificazione.
- *“inquinato”* il monte ore complessivo con le ore di formazione aggiuntiva proposte come miglioria nella offerta tecnica;
- non considerato gli scatti di anzianità ed i costi effettivi delle divise;
- sottostimato i costi di sicurezza aziendale;
- richiamato sgravi contributivi eccezionali in scadenza al 31 dicembre 2022 e, dunque, non validi per la intera durata dell'appalto.

2. Consip e Cosmopol si costituivano in giudizio, formulando plurime eccezioni in rito, nonché in ogni caso evidenziando l'infondatezza di tutte le avversarie argomentazioni.

3. Con successivo ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente impugnava gli atti di gara già censurati con il ricorso introduttivo riferendo di aver, nel frattempo, appreso di *“ulteriori insuperabili ragioni di esclusione della Cosmopol”*.

Europolice - nell'evidenziare come *“Cosmopol s.p.a. è una Società che appartiene ad un unico Gruppo, controllato dalla holding HCM s.p.a., di cui fanno parte la Cosmopol Basilicata (oggi Cosmopol Vigilanza), la Securpol Puglia ed il Poliziotto Notturmo”* (tutte partecipanti ad altri lotti in cui si articola la procedura di gara per cui è causa) - afferma come la prima, *“aggiudicataria del Lotto 34, deve essere esclusa ovvero, in subordine, dichiarata decaduta dalla aggiudicazione (di tale Lotto) ... tratta(ndosi), all'evidenza, di un “mega concorrente” unico, che ha presentato offerta per 32 dei 34 Lotti, per un complessivo valore del 99% degli importi di affidamento”*, in palese violazione della prescrizione di cui al paragrafo 3.1. del Disciplinare di gara, a mente del quale *“In caso di partecipazione a più lotti è previsto, ai sensi dell'art. 51, comma 2 del Codice, un vincolo che opera secondo le due seguenti regole:*

- *ciascun concorrente può presentare offerta per un numero massimo di 13 lotti;*
- *il valore dei lotti a cui si partecipa non può superare il 40% del valore della gara, secondo la tabella sotto riportata.*

Le due regole suindicate non operano alternativamente.

In caso di partecipazione ad un numero o un valore maggiore di lotti rispetto a quanto consentito, l'offerta si considera presentata per i lotti che, in valore e numero, rispettino le due regole suindicate, sulla base del seguente ordine decrescente ...”.

4. Consip - a seguito della notifica del ricorso in epigrafe e di altre analoghe impugnative - con nota del 31 agosto 2022 avviava nei confronti di Cosmopol 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 (anche) 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 riteneva che *“in capo alla Cosmopol S.p.A. non sussistono le cause di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett.re a), c), c-bis) e c ter) del D.lgs. n. 50/2016”*, contestualmente confermando il provvedimento di aggiudicazione del servizio di vigilanza armata per il Ministero di giustizia (Lotto 34) in favore di Cosmopol.

5. Con ulteriore ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente impugnava, dunque, anche tale sopravvenuto nuovo provvedimento, affermandone l’illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere, sotto i profili del *“difetto di motivazione, pretestuosità, sviamento, arbitrarietà, difetto del presupposto, difetto di istruttoria, illogicità manifesta e iniquità”*.

6. Seguiva il deposito di documenti e memorie *ex art. 73, comma 1, c.p.a.*

7. All’esito dell’udienza pubblica dell’8 febbraio 2023, il Collegio con ordinanza n. 2342/2023 ordinava 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”*.

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

9. In via preliminare, va dichiarato il difetto di legittimazione passiva del Ministero della giustizia, essendo gli atti amministrativi impugnati imputabili unicamente a Consip che ha agito in qualità di mandataria senza rappresentanza (per conto) di detto dicastero e in tale quale qualità ha *“emesso”* gli atti gravati (art. 41, comma 2, c.p.a.).

10. Ciò posto, la complessità delle questioni devolute all'esame del Collegio impone di esaminare partitamente il ricorso introduttivo e i successivi due ricorsi per motivi aggiunti.

11. Deve, innanzi tutto, essere dichiarata la parziale improcedibilità del ricorso introduttivo per quel che concerne le censure con cui la ricorrente lamenta l'omessa considerazione da parte di Consip di una serie di precedenti esclusioni della Cosmopol s.p.a. (dal primo al quarto motivo), avendo la stazione appaltante con il provvedimento prot. 697/2022 - contestato dalla ricorrente in sede di secondo ricorso per motivi aggiunti - valutato tutte le circostanze denunciate dalla Europolice.

12. A ciò si aggiunga come, diversamente da quanto sostenuto dalla difesa di parte ricorrente, la mera omissione dichiarativa di circostanze astrattamente rilevanti non integri dichiarazione mendace e non legittimi di per sé all'esclusione della concorrente, avendo il Consiglio di Stato chiarito come - risultando implicate *“valutazioni di carattere giuridico, opinabili tanto per (la stazione appaltante) quanto per l'operatore economico”* - debba negarsi qualsivoglia ipotesi di falsità della dichiarazione con cui quest'ultimo abbia affermato di non aver commesso *“gravi”* violazioni in materia, come pure debba escludersi ogni idoneità automaticamente ostativa delle mere omissioni dichiarative, essendo al contrario ferma *“la necessità in ogni caso di una valutazione in concreto sull'informazione omessa”*, dovendo piuttosto tale elemento essere apprezzato nel contesto della complessiva valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, senza alcun automatismo espulsivo (Adunanza Plenaria n. 16/2020, nonché Consiglio di Stato, Sezione V, n. 632 del 20 gennaio 2021). Il giudizio di affidabilità del concorrente è, dunque, riservato alla stazione appaltante anche nella fattispecie di cui alle lettere c) e c-bis) dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 e non rileva, ai fini della relativa verifica che le informazioni dovute siano state omesse in sede di gara, *“tanto è vero che si tratta di omissione suscettibile di soccorso istruttorio (cfr. Cons. Stato, V, n. 7922/19)”* (Consiglio di Stato, Sezione V, 18 marzo 2021, n. 2350/2022).

13. Come eccepito dalla Consip, deve, poi, essere dichiarata l'inammissibilità della doglianza con cui la ricorrente contesta il punteggio assegnato alla propria offerta tecnica così come a quella formulata dalla controinteressata (quinto motivo), essendosi, invero, Europolice limitata a contestare le relative valutazioni sulla base di una generica non divisibilità delle stesse, senza peraltro tenere in debita considerazione la circostanza che, nel caso di specie, l'assegnazione dei punteggi, nel rispetto della *lex specialis* di gara, non sia stata influenzata dal solo confronto diretto fra la ricorrente e la controinteressata, bensì rappresenti il risultato dell'applicazione del metodo del confronto a coppie e, dunque, l'effetto della valutazioni di tre diversi commissari e dei ripetuti confronti a coppie fra tutti i concorrenti partecipanti al lotto in questione (oltre a Europolice e Cosmopol, altri sei concorrenti).

Come, infatti, ben evidenziato dal Consiglio di Stato, *“la metodologia in questione non mira ad una ponderazione atomistica di ogni singola offerta rispetto a standard ideali, ma tende ad una graduazione comparativa delle varie proposte dei concorrenti mediante l'attribuzione di coefficienti numerici nell'ambito di ripetuti confronti a due”*, con la conseguenza *“che il sindacato giurisdizionale incontra forti limitazioni, non potendo il giudice impingere in valutazioni di merito “ex lege” spettanti all'Amministrazione, salva la ricorrenza di un uso palesemente distorto, logicamente incongruo, macroscopicamente irrazionale del metodo in parola, che è, però, preciso onere dell'interessato allegare e dimostrare, evidenziando non già la mera (e fisiologica) non divisibilità del giudizio comparativo, bensì la sua radicale ed intrinseca inattendibilità tecnica o la sua palese insostenibilità logica (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 3 febbraio 2017, n. 476)”* (Sezione III, n. 3401 del 29 maggio 2020).

Ebbene nel caso di specie, le doglianze mosse dalla ricorrente si riducono in modo *ictu oculi* generico e sulla base di mere petizioni di principio a contestare le valutazioni con cui la Commissione in esito all'esame dell'offerta tecnica avversaria - nella sua discrezionalità - ha ritenuto di attribuirle un punteggio inferiore a quello assegnato all'aggiudicataria, senza che dall'esame della documentazione versata in atti emerga in alcun modo la macroscopica

irragionevolezza, erroneità o illogicità dei giudizi espressi, risultanti dall'applicazione del metodo del confronto a coppie su cui la gara in questione era basata, tanto più ove si consideri che la prova di resistenza potrebbe ritenersi raggiunta solo nell'ipotesi - del tutto teorica - in cui tutti i rilievi sollevati venissero accolti, con una totale inversione dei relativi coefficienti tra Europolice e Cosmopol.

14. Deve, invece, essere respinto perché infondato il motivo con cui parte ricorrente si duole del fatto che Consip abbia ritenuto congrua l'offerta economica di Cosmopol, ancorché quest'ultima presentasse significative anomalie impattanti sulla stessa sostenibilità finanziaria dell'offerta, anomalie riguardanti, in particolare, il costo del lavoro.

14.1. Lo scrutinio di tale motivo impone di riepilogare le direttrici ermeneutiche essenziali tracciate dalla giurisprudenza amministrativa in materia di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Orbene, è ormai *ius receptum* che: “a) la valutazione di congruità dell'offerta anomala deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente ed in modo parcellizzato sulle singole voci, dal momento che l'obiettivo dell'indagine è l'accertamento dell'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che la compongono; b) ciò che interessa al fine dello svolgimento del giudizio successivo alla valutazione dell'anomalia dell'offerta è rappresentato dall'accertamento della serietà dell'offerta desumibile dalle giustificazioni fornite dalla concorrente; c) la valutazione sulla congruità dell'offerta resa dalla stazione appaltante, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, è sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o irragionevolezza, erroneità fattuale o difetto di istruttoria che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta; d) il giudice amministrativo, infatti, non può operare autonomamente una verifica delle singole voci dell'offerta sovrapponendo così la sua idea tecnica al giudizio – non erroneo né illogico – formulato dall'organo amministrativo cui la legge attribuisce la tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto, poiché, così facendo, il Giudice invaderebbe una sfera propria della P.A.; e) al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere

considerata anomala, poiché anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio significativo, sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e aver portato a termine un appalto pubblico” (cfr. ex multis Consiglio di Stato 27 gennaio 2022 n. 591).

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

14.2. Ciò premesso – e cominciando a passare in rassegna le specifiche contestazioni che la ricorrente ha elevato all'indirizzo dei singoli elementi dell'offerta economica di Cosmopol – deve essere anzitutto disattesa perché priva di pregio la censura con cui la ricorrente afferma che la controinteressata avrebbe violato la clausola sociale, emergendo dai documenti di gara versati in atti dalla resistente, come le risorse da riassorbire risultano essere sette, tutte inquadrare al 4° livello retributivo e non al 6° livello (doc.29), come erroneamente ritenuto da Europolice e come nei giustificativi (doc. 5 e 14) Cosmopol abbia riportato correttamente i costi relativi anche alle sette risorse riassorbite (18,03 euro o 17,78 in base agli scatti di anzianità maturati dalle risorse assorbite) e a quelle neo assunte (15,01 euro).

14.3. Lo stesso è a dirsi per doglianza con cui ai afferma che Cosmopol avrebbe esposto in offerta *“una ingiustificata ed insostenibile riduzione dell'incidenza delle ore non lavorate”*, incrementando le ore effettivamente lavorate da 1578 annue a 1601, senza fornire alcuna plausibile giustificazione.

Risulta *per tabulas* che lo scostamento dalle tabelle ministeriali in termini di ore effettivamente lavorate, riguardante esclusivamente le voci *“Assemblee, permessi sindacali e assenze per motivi di studio”* e per *“Malattie, infortuni e maternità”*, è stato giustificato da Cosmopol mediante la produzione di specifica certificazione del consulente del lavoro della controinteressata (doc.11), che ha attestato, sotto la propria responsabilità, l'andamento storico dell'assenteismo

registratosi in azienda, sicchè ragionevolmente la relativa stima è stata ritenuta attendibile dalla stazione appaltante.

Il Collegio è, infatti, dell'avviso che l'operatore ben 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, atteso che il dato tabellare delle ore non lavorate non è fisso ed inderogabile, ma varia in base alla specifica organizzazione aziendale.

Le tabelle ministeriali hanno, infatti, *“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” (in tal senso, questa Sezione n. 4204/2021).

Del tutto attendibili appaiono, dunque, i dati relativi alle ore di assenza stimate, ivi comprese le assenze per permessi sindacali, ivi riportati ed accertati da professionista specializzato nel settore, non avendo, peraltro, la ricorrente sollevato alcuna relativa contestazioni in merito alla correttezza degli stessi.

Del pari risulta attendibile l'indicazione del periodo di riferimento del tasso di assenteismo riferito al periodo 2016 – 2020, atteso che 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 e che il periodo indicato è rilevante in quanto immediatamente precedente l'anno di riferimento della gara di che trattasi, bandita nel 2021 e aggiudicata nel 2022.

In aggiunta, in ogni caso, il concorrente ha considerato il “*fondo maggiori oneri della manodopera*” (950 euro per ogni risorsa, poi ridotto a 90 euro negli ulteriori giustificativi, per assorbire lo scenario previsto di eventuali passaggi di livello e scatti di anzianità nel triennio) che al bisogno può contribuire a coprire gli eventuali maggiori costi in caso di un futuro anomalo andamento dei permessi sindacali o dei giorni medi di malattia.

14.4. Deve, poi, essere disattesa anche la censura con cui Europolice sostiene che Cosmopol abbia offerto n. 40 ore di formazione del personale quale miglioria aggiuntiva rispetto alla formazione base prevista dal CCNL conseguendo il relativo punteggio per utilizzarle artificialmente per “*incrementare il monte ore teorico di ciascun dipendente e schermare la più gravosa riduzione di incidenza di ore non lavorate*”.

Preliminarmente giova premettere che – come evidenziato da Consip - la scelta di prevedere 40 ore di formazione annua in luogo delle 12 minime previste per il primo anno (e 4 per gli anni successivi) era facoltativa e non è stata oggetto di specifico punteggio, in quanto il Disciplinare di gara non prevede la valutazione del percorso formativo proposto, ma solo degli strumenti di aggiornamento dell'amministrazione.

Ne discende come Cosmopol abbia, pertanto, correttamente previsto le 40 ore nel computo delle ore non lavorate (se la risorsa è in formazione, non è presente al lavoro e va sostituita da analoga risorsa e dunque tali ore non possono contribuire al monte ore complessivo previsto dalla commessa) e correttamente stimato il costo in linea con la metodologia di calcolo adottata nelle Tabelle Ministeriali (che infatti include la formazione obbligatoria fra le ore non lavorate), prevedendo nei propri giustificativi che “*l'imputazione del*

costo della manodopera relativo alla partecipazione ai corsi per i quali è prevista la presenza in aula avviene per il mezzo dell'assenza giustificata e retribuita".

14.5. Europolice sostiene ulteriormente che il procedimento di anomalia sarebbe inficiato di ulteriori criticità e sottostime della offerta Cosmopol con riferimento:

"a. al mancato computo degli scatti di anzianità, non potendo per quanto dedotto sub 3.1, ricorrere l'aggiudicatario a nuove assunzioni;

b. al costo delle divise, quantificato in € 120,00 a dipendente, giustificato un semplice "foglietto di carta", senza indicazione della qualità del prodotto e delle stoffe e con omesso computo del costo del giubbino;

c. ai costi di sicurezza aziendali, che sono stati immotivatamente quantificati in appena € 370,00 a fronte di un valore Tabellare di € 559,24 per il IV livello e di € 473,10 per il VI livello;

d. ai costi derivanti da disposizioni di legge, che Cosmopol ha arbitrariamente ridotto senza alcuna giustificazione".

Anche tali censure sono infondate, osservando il Collegio quanto segue:

- in relazione alla precedente lett. a), come il mancato computo degli scatti di anzianità sia stato proprio oggetto di ulteriore richiesta di giustificativi. La Commissione ha tenuto in considerazione la questione degli scatti di anzianità che maturerebbero, nel triennio di vigenza contrattuale, le 7 risorse oggetto del piano di assorbimento e su questo ha richiesto giustificativi (doc.15) in quanto in prima istanza tali costi non risultavano dai conti presentati. A questi rilievi il concorrente ha fornito risposta (doc.16), stimando in seconda battuta anche gli ulteriori costi per questa voce, di cui la Commissione ha tenuto conto nella valutazione complessiva;

- in relazione alla lett.b), come la ricorrente non abbia considerato che Cosmopol, nei primi giustificativi dell'offerta presentati (doc.5) ha quantificato in 240 euro annui e non in 120 euro il costo delle divise. Peraltro, la questione è stata oggetto di ulteriore richiesta di giustificazioni (doc.15), derivata proprio dal fatto che il concorrente non aveva riportato il medesimo

valore previsto nelle tabelle ministeriali e non aveva prodotto giustificativi in tal senso. In risposta alle ulteriori richieste, Cosmopol ha fornito i chiarimenti richiesti, producendo altresì un apposito preventivo (doc.17) riportante il timbro e la firma dell'azienda fornitrice che è stato ritenuto attendibile, avendo la Commissione verificato che trattasi di impresa esistente, con un proprio sito, nel quale è esposto il prezzario dell'azienda per tutti i materiali, non emergendo alcuna irregolarità;

- in relazione alla lett.c), come le tabelle ministeriali prevedano espressamente nelle note che *“il costo annuo minimo aziendale della sicurezza individuale (DPI, giubbotto, visite mediche, formazione 81/2008, radio) è di 370 euro”*. I valori previsti nelle tabelle non sono altro che l'applicazione della regola del 2% rispetto al costo annuo parziale della manodopera, sicchè se questo si riduce, in virtù delle modifiche apportate alle voci della tabella, si riduce anche la relativa incidenza;

- in relazione alla lett. d), come, al contrario di quanto sostenuto dalla ricorrente, Cosmopol nel documento “Giustificativi Consip lotto 34” (doc.5) precisa che *“Per tutti i lavoratori, con riferimento alla voce “Oneri derivanti da disposizioni di Legge”, è stato indicato l'importo di € 493,00 in quanto la valorizzazione di cui alla Tabella Ministeriale è la risultante della duplicazione di alcune voci di costo afferenti la sorveglianza sanitaria e i giubbotti antiproiettile (ricomprese negli oneri della sicurezza), le divise e gli oneri per rinnovo titoli (già presenti con autonome voci nella Tabella Ministeriale), per un totale di € 380,00 (Cfr. Allegato 5) che va conseguentemente detratto dai 873,00 € di cui al valore tabellare: (873,00 - 380,00 = 493,00)”*.

Conclusivamente, anche tali censure devono essere respinte, ritenendo il Collegio che esse, alla luce dei giustificativi e della documentazione a supporto prodotta dall'operatore, non minino gli approfondimenti effettuati in relazione all'offerta della Cosmopol, né tanto meno gli apprezzamenti tecnici ragionevolmente compiuti in relazione all'offerta valutata nel suo complesso.

14.6. Quanto all'ultimo profilo dell'offerta della Cosmopol censurato dal ricorrente, relativo all'incertezza degli sgravi contributi previsti dalla decontribuzione SUD, su cui si fonda la proposta di Cosmopol, ritenuti aleatori per il futuro in quanto soggetti ad autorizzazione della Commissione Europea e in scadenza al prossimo 31 dicembre 2022, con conseguente inattendibilità dell'offerta medesima, assume rilievo dirimente come la commessa di Cosmopol sia stata giudicata congrua, pur con limitati margini, al netto delle eventuali agevolazioni contributive.

Peraltro, è tuttora vigente il comma 161 dell'art. 1 legge 30 dicembre 2020, n.178 che prevede che *“Al fine di contenere il perdurare degli effetti straordinari sull'occupazione, determinati dall'epidemia di COVID-19 in aree caratterizzate da grave situazione di disagio socio-economico, e di garantire la tutela dei livelli occupazionali, l'esonero contributivo di cui all'articolo 27, comma 1, del decreto-legge 14 agosto 2020, n.104 (DECONTRIBUZIONE SUD ndr), convertito, con modificazioni, dalla legge 13 ottobre 2020, n.126, si applica fino al 31 dicembre 2029, modulato come segue: a) in misura pari al 30 per cento dei complessivi contributi previdenziali da versare fino al 31 dicembre 2025; b) in misura pari al 20 per cento dei complessivi contributi previdenziali da versare per gli anni 2026 e 2027; c) in misura pari al 10 per cento dei complessivi contributi previdenziali da versare per gli anni 2028 e 2029”*, citato peraltro dalla medesima ricorrente nei giustificativi della propria offerta.

14.7. Quanto fin qui evidenziato vale dunque a determinare - sulla scorta della consolidata giurisprudenza testè evocata - la reiezione del sesto motivo di impugnazione articolato con il ricorso introduttivo.

15. In conclusione, quindi, il ricorso introduttivo deve essere in parte dichiarato improcedibile, in parte inammissibile ed in parte deve essere respinto perché infondato.

16. Il primo ricorso per motivi aggiunti deve essere ugualmente disatteso, conformandosi il Collegio, 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 stata già respinta analoga

censura formulata in un contenzioso riguardante la medesima gara aggiudicata all'odierna controinteressata.

La Sezione ha, infatti, già avuto modo di accertare come la circostanza che gara *de qua* sia caratterizzata da una “*pluralità di lotti*” e quindi da una “*conseguente pluralità di gare*” non consenta 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*”.

17. Occorre ora esaminare il secondo ricorso per motivi aggiunti avente ad oggetto il provvedimento prot. 697/2022 con cui Consip - all'esito di un apposito procedimento di valutazione di alcune fattispecie potenzialmente escludenti *ex art.* 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, originariamente non dichiarate da Cosmopol con il DGUE - ha giudicato dette fattispecie irrilevanti.

In estrema sintesi, dette fattispecie sono consistite in: (i) alcune violazioni giuslavoristiche debitamente rilevate da specifici Ispettorati Provinciali del Lavoro con appositi verbali di accertamento; (ii) penali contrattuali applicate ai danni di Cosmopol in relazione ad un pregresso contratto; (iii) provvedimenti prefettizi sanzionatori per violazione di alcune norme in materia di vigilanza privata; (iv) pregressi atti di esclusione da gare pubbliche.

Vengono in contestazione, con riferimento all'attività valutativa svolta da Consip mediante il provvedimento impugnato con i motivi aggiunti, due distinti profili, da un lato quello dell'omessa dichiarazione delle fattispecie sopra elencate (fattispecie che Cosmopol aveva originariamente omesso di inserire nel DGUE) e, dall'altro lato, quello della gravità intrinseca di tali situazioni.

18. Quanto al profilo dell'omissione dichiarativa, va compiuta una distinzione tra le categorie di fatti non dichiarate.

Per quel che riguarda, infatti, l'omessa dichiarazione delle violazioni giuslavoristiche (*id est* il verbale dell'Ispettorato del Lavoro di Avellino, il verbale dell'Ispettorato del Lavoro di Foggia e i provvedimenti sanzionatori del Prefetto di Avellino), il Collegio ritiene perspicua la motivazione posta da Consip a sostegno del giudizio di irrilevanza, atteso che il tenore letterale delle previsioni del disciplinare di gara sul punto era effettivamente equivoco (cfr. paragrafo 6, pag. 27), potendo ragionevolmente indurre gli operatori economici a dichiarare le sole violazioni giuslavoristiche “*definitivamente accertate*” con sentenza di condanna, e non anche qualsiasi altra violazione giuslavoristica “*debitamente accertata*”, come invece impone l'art. 80, comma 5, lettera (a) del d.lgs. n. 50 del 2016.

Il paragrafo 6, pag. 27, del Disciplinare di Gara, stabiliva infatti che “*tra le infrazioni debitamente accertate delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché degli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 (di cui all'art. 80, comma 5, lett. a), rientrano anche quelle da cui siano derivati provvedimenti definitivi di condanna nei confronti dei soggetti di cui all'art. 80, co. 3, del d. lgs. n. 50/2016 e s.m.i., per condotte poste in essere nell'esercizio delle funzioni conferite dall'operatore economico concorrente. La valutazione in ordine alla gravità della condotta realizzata dall'operatore economico è rimessa alla stazione appaltante*”.

Il testuale riferimento ai “*provvedimenti definitivi di condanna*” – sebbene preceduto dall'espressione “*anche*” – poteva obiettivamente indurre in errore l'operatore economico, convincendolo della necessità di dichiarare le sole violazioni giuslavoristiche definitivamente accertate.

Tenuto conto, infatti, che l'art. 80, comma 5, lettera a), del d.lgs. n. 50 del 2016 menziona qualsiasi violazione giuslavoristica “*debitamente accertata*” (ivi incluse quelle accertate con sentenza di condanna, ma non soltanto quelle), il testuale riferimento della *lex specialis* ai “*provvedimenti definitivi di condanna*” poteva essere erroneamente letto – affinché esso avesse un suo qualche

effetto pratico – nel senso di limitare l'onere dichiarativo alle sole violazioni oggetto di condanna definitiva.

O quantomeno questa era una delle possibili letture che l'operatore economico poteva fare del disciplinare di gara, lettura di cui non si può non tener conto – anche in un'ottica di tutela del *favor participationis* al lume del quale va interpretata la *lex specialis* di gara (cfr. in argomento Consiglio di Stato, sez. V, 30 maggio 2022, n. 4365) – nel momento in cui la stazione appaltante viene a sapere che l'operatore economico ha omesso di dichiarare alcune violazioni giuslavoristiche mai sfociate in provvedimenti definitivi di condanna.

Il che depone, quindi, nel senso di escludere che tale omissione dichiarativa possa minare alla radice il giudizio di affidabilità professionale del concorrente.

19. Quanto poi all'omissione dichiarativa delle penali contrattuali applicate dall'Istituto Zooprofilattico ai danni di Cosmopol, il carattere isolato dell'episodio – rimarcato dalla stessa Consip nel provvedimento impugnato – esclude in radice che tale silenzio potesse essere idoneo a sviare il processo decisionale della stazione appaltante, come invece richiesto – ai fini dell'efficacia escludente dell'omissione o reticenza dichiarativa – dalla giurisprudenza cristallizzata nell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 2020.

La valutazione provvedimento di irrilevanza di tale omissione dichiarativa appare quindi esente da censure.

20. Per quel che riguarda, inoltre, l'omissione dichiarativa delle due pregresse esclusioni disposte dall'Azienda Ospedaliera Santobono Pausillipon (rispettivamente nel 2018 e nel 2019), l'irrilevanza di essa appare evidente ove si consideri che come rilevato da Consip:

- i fatti da cui erano originate in ultima istanza dette esclusioni (*id est* le risoluzioni contrattuali disposte dall'EAV/Circumvesuviana S.r.l. e da Napoli

Holding S.r.l.) erano stati correttamente riportati nel DGUE di Cosmopol e poi specificamente valutati da Consip con nota del 9 maggio 2022;

- dette esclusioni erano formalmente motivate, a loro volta, dall'omessa dichiarazione di pregresse esclusioni (a loro volta originate dall'omessa dichiarazione delle risoluzioni contrattuali sopra citate), venendo quindi in rilievo il consolidato insegnamento giurisprudenziale a rigore del quale *“il partecipante ad una gara di appalto non è tenuto a dichiarare le esclusioni comminate nei suoi confronti in precedenti gare per aver dichiarato circostanze non veritiere, poiché, al di là dei provvedimenti sanzionatori spettanti all'ANAC in caso di dolo o colpa grave nel mendacio, la causa di esclusione dell'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione si riferisce – e si conclude – all'interno della procedura di gara in cui è maturata (in termini, Cons. Stato, V, 9 gennaio 2019, n. 196; V, 21 novembre 2018, n. 6576; V, 13 settembre 2018, n. 5365; V, 26 luglio 2018, n. 4594)”* (Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2021, n. 1000). Il rilievo meramente interno alla singola procedura di gara della tipologia di esclusione in esame, trova poi conferma anche nella giurisprudenza più recente, la quale ha sottolineato che il legislatore ha chiaramente definito le condotte che danno luogo ad una esclusione automatica prolungata nel tempo da ogni procedura di gara, *“così mostrando il chiaro intento di specificare i casi che per il loro disvalore possono giustificare il propagarsi degli effetti espulsivi in via automatica. Si tratta dei casi per i quali è prevista l'iscrizione nel casellario informatico tenuto dall'A.n.a.c. (art. 213, comma 10, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) vale a dire la presentazione in gara di false dichiarazioni o di falsa documentazione e a condizione che l'A.n.a.c. ravvisi che esse siano state rese con dolo o colpa grave “in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione” (così il comma 12 del citato art. 80); questi episodi comportano l'esclusione da ogni procedura di gara per il tempo in cui perdura l'iscrizione nel casellario giudiziario (cfr. art. 80, comma 5, lett. f-ter e g). Sarebbe, allora, poco ragionevole che il legislatore, da un lato, abbia previsto in dettaglio quelle vicende tra le varie previste dal comma 5 dell'art. 80 cit. che danno luogo a prolungata esclusione da ogni procedura di gara e, dall'altro, al comma 10 – bis, abbia poi introdotto una generalizzata estensione temporale dei provvedimenti di*

espulsione, valevole, cioè, quale che sia stata la causa di esclusione tra quelle previste dal comma 5 dell'art. 80 e per ogni altra procedura di gara.” (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 8406 del 16 dicembre 2021).

21. Quanto all'omessa dichiarazione delle ulteriori esclusioni dalle gare disposte ai danni di Cosmopol dalla Procura di Matera, dal Consiglio Regionale della Campania, dalla Giunta Regionale della Campania e dalla Cittadella Giudiziaria di Salerno, Consip ha puntualmente e risolutivamente motivato sull'irrilevanza delle stesse, osservando che le omesse dichiarazioni per le quali erano state disposte dette esclusioni riguardavano fatti penali di un ex amministratore cessato dalla carica ben prima dell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando (cfr. art. 80, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016).

Sul punto nulla ha controdedotto la ricorrente.

22. Per quel che concerne poi l'omissione dichiarativa del provvedimento di esclusione in passato adottato dall'ASL di Potenza ai danni di Cosmopol, anche in questo caso Consip ha puntualmente motivato circa l'intervenuto annullamento giudiziale di tale provvedimento in data antecedente rispetto a quella di scadenza del termine di presentazione dell'offerta nella gara *de qua*.

Anche su tale motivazione nulla ha eccepito la ricorrente.

23. Quanto infine all'omessa dichiarazione del provvedimento di esclusione dalla gara indetta dall'INPS Basilicata, anche a quest'ultimo riguardo Consip ha formulato approfondite ed analitiche motivazioni a sostegno del giudizio di irrilevanza, motivazioni che non sono state specificamente contestate dalla ricorrente.

Ne discende che le prospettate omissioni dichiarative sono state correttamente giudicate irrilevanti da Consip, con conseguente infondatezza delle censure sollevate in argomento dalla ricorrente.

24. Viene a questo punto in rilievo la natura oggettiva intrinseca degli addebiti giudicati non gravi da Consip con il provvedimento del 28 ottobre 2022.

25. Quanto ai provvedimenti sanzionatori emessi dal Prefetto di Avellino a carico della società controinteressata, il Collegio rileva che mentre da un lato

la motivazione provvedimento di Consip è perspicua, analitica e dettagliata, dall'altro lato le contestazioni attoree sono estremamente generiche, esaurendosi sostanzialmente nella doglianza dell'omissione dichiarativa (della cui irrilevanza si è però già visto sopra).

26. Per quel che riguarda poi le penali contrattuali irrogate dall'Istituto Zooprofilattico Sperimentale di Puglia e Basilicata, anche in questo caso la motivazione profusa da Consip a sostegno del giudizio di non gravità appare perspicua, avendo essa analiticamente chiarito che: (i) l'ammontare complessivo delle penali irrogate è stato ridotto e risulta di modico valore (poco oltre l'1% del valore del contratto); (ii) detta riduzione, da come emerge dalla delibera dell'amministrazione n. 312/2021, è dipesa dal fatto che la società ha risolto le criticità emerse – le quali sono dipese anche da assenze per malattia e a causa dell'emergenza covid-19 – e i turni del personale sono rientrati *“nell'alveo dei tre giornalieri previsti dal Capitolato”*; (iii) sempre dalla delibera citata risulta che *“il servizio della vigilanza, così come quello del piantonamento, sono stati fin qui espletati senza dar luogo a disservizi di sorta”*; (iv) l'irrogazione della penale non ha comportato la risoluzione del contratto per inadempimento; (v) anzi, l'amministrazione ha disposto ben due proroghe, la prima fino al 30/06/2022, la seconda fino al 31/10/2022; (vi) l'irrogazione della penale in argomento ha rappresentato un episodio isolato e di modesta rilevanza.

Tale percorso motivazionale posto a sostegno del giudizio di non gravità delle summenzionate penali contrattuali non appare manifestamente irragionevole e/o illogico, sicchè ogni doglianza sul punto va respinta.

27. 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.

27.1. 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).

27.2. 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.

27.3. 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).

27.4. 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).

27.5. 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.

27.6. 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).

27.7. 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).

28. 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 immotivato), 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.

29. Le considerazioni sopra esposte conducono, pertanto, alla reiezione del ricorso introduttivo e del primo ricorso per motivo aggiunto e, invece, all'accoglimento del secondo ricorso per motivi aggiunti, con conseguente annullamento per difetto di motivazione 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 l'inammissibilità della domanda di declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato e 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 il Collegio, nel rispetto delle disposizioni sulla sinteticità degli atti processuali (artt. 3, comma 2 e 120, comma 10, c.p.a.)

e dei principi della domanda (art. 39 e art. 99 c.p.c.) e della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (art. 34, comma 1, c.p.a. e art. 112 c.p.c.), ha esaminato tutte le questioni e le censure evocate nei gravami, ritenendo che eventuali profili non scrutinati in modo espresso siano comunque da respingere alla luce della motivazione complessivamente resa oppure che non siano rilevanti per la soluzione della causa (cfr., Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 27 aprile 2015, n. 5).

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, così dispone:

- estromette dal giudizio il Ministero della giustizia atteso il difetto di legittimazione passiva;
- dichiara in parte improcedibile, in parte inammissibile ed in parte respinge il ricorso introduttivo;
- respinge il primo ricorso per motivi aggiunti;
- accoglie, nei sensi e termini indicati in motivazione, il secondo ricorso per 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

Eleonora Monica, Consigliere, Estensore

Michele Tecchia, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Eleonora Monica

Francesco Riccio

IL SEGRETARIO