

N. 03739/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00793/2024 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 la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 793 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da Soc. Coop. a r.l. L'Avvenire 90, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A0134ACA2E, rappresentata e difesa dall'avvocato Danilo Colombo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Ragusa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Sergio Boncoraglio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

E.S.G. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Carmelo Barreca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

BSF s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Umberto Ilardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento del 22.03.2024 con cui il Comune di Ragusa, in relazione alla “Procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia degli immobili comunali e del Castello – CIG A0134ACA2E” ha determinato l'esclusione del RTI costituendo Soc. Coop. a r.l. L'Avvenire 90;
 - di tutti i verbali di gara (nessuno escluso) a seguito dei quali il Comune di Ragusa ha determinato l'esclusione dell'Associ< costituendo Soc. Coop. a r.l. L'Avvenire 90;
 - del provvedimento con cui il Comune di Ragusa ha dato riscontro negativo alla richiesta del 26.03.2024 con cui la odierna ricorrente ha chiesto la revoca in autotutela della disposta esclusione;
 - di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compreso l'eventuale contratto di appalto, ove già stipulato;
- nonché
- per l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del relativo contratto
- e, nell'ipotesi in cui sia stato stipulato il contratto,
- per la declaratoria di inefficacia del contratto stesso, ai sensi e per gli effetti degli artt. 121 e 122 del c.p.a. e, quale risarcimento in forma specifica, per l'accoglimento della domanda di subentro;

nonché, ancora,

per le subordinate ipotesi in cui non venissero conseguiti l'aggiudicazione ed il contratto, ovvero in cui venisse affidata solo una parte del servizio,

per l'accoglimento della domanda di condanna della P.A. al risarcimento per equivalente monetario dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati, nella misura che si indica nel 15% dell'importo a base d'asta del contratto (10% per lucro cessante e 5% per perdita di qualificazione e di chances), ovvero nella maggiore o minore somma che risulterà in corso di giudizio;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti:

per l'annullamento

- della determinazione n. 69 del 5.06.2024 con cui il Comune di Ragusa, in relazione alla “Procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia degli immobili comunali e del Castello – CIG A0134ACA2E”, ha approvato la proposta di “...1. *Approvare l'esito delle operazioni di gara giorni 21-22-23-24-28-29 novembre 2023, 4-15-19 dicembre 2023, 9-19-31 (due sedute) gennaio 2024, 2-6-8-13-15-20-21-29 febbraio 2024 relative alla procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia degli immobili comunali e del Castello di Donnafugata della durata di 24 mesi, CIG A0134ACA2E, ratificando i relativi verbali che si allegano al presente atto per formarne parte integrante e sostanziale. 2. Dare atto che il raggruppamento temporaneo di imprese L'Avvenire 90 Soc. Coop. A r.l./A.F.M. Cooperativa Sociale, a conclusione del procedimento di verifica dell'offerta, ai sensi dell'art. 110, comma 5 del D.Lgs. n. 36/2023 è stato escluso dalla gara. 3. Dichiarare l'impresa ESG S.r.l. con sede in Messina, via Consolare Pompea, Villa Sofia n. 33, partita IVA 03561340831, aggiudicataria del servizio indicato al precedente punto 1 per il prezzo di € 900.408,22; ...”;*
- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compreso l'eventuale contratto di appalto, ove già stipulato.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di E.S.G. s.r.l., del Comune di Ragusa e di BSF s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 novembre 2024 il dott. Francesco Fichera e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Ragusa ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dell'“*Appalto del servizio di pulizia immobili comunali e del Castello di Donnafugata - CIG A0134ACA2E*” - per un importo complessivo di € 995.213,16 da espletarsi interamente tramite piattaforma telematica.

Il criterio di affidamento previsto dal disciplinare di gara è stato quello “...*dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo ai sensi dell'art. 108 del D. Lgs. n. 36 / 2023...*”. La Stazione appaltante ha precisato, al punto 3 del disciplinare di gara, rubricato “*Oggetto dell'appalto. Importo e suddivisione in lotti*”, che l'appalto è costituito da un unico lotto costituito dal “*Servizio di pulizia delle sedi comunali e del Castello di Donnafugata per il quale è stato previsto un importo complessivo di € 995.213,16, di cui € 5.600,00 per oneri per la sicurezza da interferenze non soggetti a ribasso*”.

Viene altresì puntualizzato che “...*L'importo a base di gara comprende i costi della manodopera che la stazione appaltante ha stimato pari ad € 893.139,24...*”, precisando, poi, nel capoverso successivo, che “...*i costi della manodopera non sono soggetti a ribasso...*”.

Al fine di consentire a ciascun partecipante di formulare la propria offerta economica, il Comune di Ragusa ha allegato nella piattaforma digitale un Quadro Economico ove sono stati dettagliati i costi dell'appalto con specificazione delle voci di costo non sottoponibili a ribasso.

In ottemperanza a quanto disposto dall'art. 41, comma 14, del d.lgs. n. 36 del 2023, l'Ente ha ulteriormente chiarito che i costi della manodopera (pari ad € 893.139,24) e quelli relativi agli oneri per la sicurezza da interferenze (pari a € 5.600,00) sono *"...non soggetti a ribasso..."*.

Tutte le altre voci - ossia i prodotti per la pulizia (pari a € 6.000,00), le spese generali e l'utile d'impresa del 10% (pari a € 90.473,92) - sono state identificate, invece, come voci ribassabili.

Il Raggruppamento temporaneo d'impresе composto da "L'Avvenire 90 Soc. Coop. a r.l." e "A.F.M. Cooperativa Sociale a r.l." (d'ora in avanti RTI L'Avvenire 90) ha partecipato alla gara.

La commissione di gara, a seguito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche di ciascun partecipante, ha attribuito al RTI L'Avvenire 90 il punteggio complessivo di 88,69, di cui 68,69 per l'offerta tecnica e 20 per quella economica; alla società E.S.G. s.r.l. (da ora in poi anche ESG), classificatasi al secondo posto, è stato invece attribuito il punteggio complessivo di 80,65 punti.

Il Comune di Ragusa, con comunicazione prot. n. 28644 del 5.03.2024, ha avviato la procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dal RTI L'Avvenire 90, avendo *"...Ritenuto che dalla documentazione prodotta in gara emergono specifici indici, compresi, tra gli altri, in particolare, il ribasso del cento per cento nell'offerta economica e la proposta migliorativa di cui alla scheda C1 dell'offerta tecnica (pag. 98), dai quali l'offerta appare anormalmente bassa..."*.

Il RTI L'Avvenire 90 è stato quindi invitato a produrre, entro quindici giorni, *"...ogni opportuna spiegazione sul prezzo e sui costi proposti, inclusi i costi della manodopera dichiarati, tenendo conto delle previsioni di legge, in particolare dell'art. 110 del codice..."*.

Il suddetto RTI ha presentato le proprie giustificazioni, evidenziando di poter sopportare un costo diretto di manodopera per un importo di € 750.379,50, nel rispetto, altresì, della clausola sociale.

Con nota prot. n. 36754 del 22.03.2023 il Comune di Ragusa ha tuttavia ritenuto che l'offerta presentata dal RTI L'Avvenire 90 fosse anomala, rappresentando che quest'ultimo *"...non ha prodotto alcuna giustificazione in ordine al ribasso del 100% presentato in sede di gara, pur essendo detto rilievo espressamente indicato nella lettera di avvio del procedimento di verifica. Infatti, la lunga disamina sul costo del lavoro non si sofferma mai esplicitamente a chiarire il ribasso del 100%. Per contro, si ammette che la somma del costo del personale è pari ad € 750.379,50 così entrando in un contrasto logicamente insanabile con il ribasso del 100% che abbatte totalmente la somma a base d'asta che è pari d € 893.139,24..."*.

Il Comune di Ragusa ha ritenuto, altresì, che il RTI non abbia fornito alcun argomento volto a giustificare economicamente il costo relativo alla c.d. offerta migliorativa con la quale sono state offerte 20.200 ore lavorative aggiuntive che *"...secondo un calcolo approssimato in difetto corrisponderebbero a circa € 283.000..."*. Quindi, secondo quanto rilevato dalla Stazione appaltante, *"...Dall'analisi svolta restano quindi, a tutto concedere, almeno € 683.000,00 non giustificati, né giustificabili con altre argomentazioni inerenti sgravi, efficientamento etc..."*.

Il Comune di Ragusa ha quindi deliberato in data 22.03.2024 l'esclusione del RTI L'Avvenire 90, avverso la quale quest'ultimo ha presentato un'istanza di revoca in autotutela.

2. Con ricorso introduttivo notificato in data 22.04.2024 e depositato il 29.04.2024 L'Avvenire 90, nella qualità di mandataria nel costituendo RTI con A.F.M. Cooperativa Sociale a r.l., ha impugnato, chiedendone l'annullamento, i seguenti atti: 1) il provvedimento del 22.03.2024 con cui il Comune di Ragusa, in relazione alla "Procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia degli immobili comunali e del Castello – CIG A0134ACA2E", ha determinato la sua esclusione dalla gara; 2) tutti i verbali di gara (nessuno escluso) a seguito dei quali il Comune di Ragusa ha determinato la suddetta esclusione; 3) il provvedimento, non conosciuto al momento della proposizione del ricorso, con cui il Comune di Ragusa ha dato riscontro negativo alla richiesta del 26.03.2024 con la quale l'odierna ricorrente ha chiesto la revoca in autotutela della disposta esclusione; 4) ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale, ivi compreso l'eventuale contratto di appalto, ove già stipulato.

La ricorrente ha altresì agito per l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del relativo contratto e, nell'ipotesi in cui sia stato (o nelle more venisse) stipulato il contratto, per la declaratoria di inefficacia del contratto stesso, ai sensi e per gli effetti degli artt. 121 e 122 del c.p.a. e, quale risarcimento in forma specifica, per l'accoglimento della domanda di subentro.

La società ricorrente ha inoltre agito, per le subordinate ipotesi in cui non venissero conseguiti l'aggiudicazione ed il contratto, ovvero in cui venisse affidata solo una parte del servizio, per l'accoglimento della domanda di condanna della P.A. al risarcimento per equivalente monetario dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati, nella misura che si indica nel 15% dell'importo a base d'asta del contratto (10% per lucro cessante e 5% per perdita di qualificazione e di *chances*), ovvero nella maggiore o minore somma da appurare in corso di giudizio, anche in esito alla analitica comparazione tra ricavi e costi e con espressa riserva di

ulteriormente dedurre, precisare e comprovare in corso di giudizio, ed in ogni caso oltre interessi legali e rivalutazione monetaria, trattandosi di debito di valore, nonché, ove si ritenesse di essere in presenza di debito di valuta, il maggior danno ai sensi dell'art. 1224, comma 2, c.c., con espressa riserva di proporre motivi aggiunti al ricorso per l'annullamento della determina di aggiudicazione definitiva, non conosciuta al momento della proposizione del ricorso introduttivo.

I suddetti provvedimenti sono stati censurati per il seguente, unico, motivo: *Violazione e falsa applicazione dell'art. 41, comma 14, del d.lgs. n. 36 del 2023 e s.m.i.; violazione e falsa applicazione del punto 3 del disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione del Quadro Economico allegato al disciplinare di gara; Violazione e falsa applicazione della par condicio; eccesso di potere per difetto d'istruttoria; eccesso di potere per travisamento; illogicità manifesta.*

2.1. Nello specifico, la parte che ricorre in giudizio ha evidenziato di aver indicato il ribasso del 100% nella casella “*criteri di valutazione*” con riferimento alle voci che, in base al “Quadro Economico”, fossero suscettibili di ribasso e, quindi, limitatamente ai “*Prodotti per la pulizia*” e alle “*Spese Generali ed Utile d'impresa*”, in coerenza con quanto previsto dall'art. 41, comma 14, del d.lgs. n. 36 del 2023.

Il ribasso del 100%, continua la ricorrente, non sarebbe riferito, pertanto, al costo della manodopera, in quanto quest'ultimo, come espressamente indicato dal Quadro Economico e dal disciplinare di gara, non risultava ribassabile.

Secondo la prospettazione della ricorrente la circostanza che “*...i costi della manodopera non sono soggetti al ribasso...*” non avrebbe impedito di indicare un costo di manodopera inferiore ove quest'ultima godesse di una efficiente organizzazione aziendale o di sgravi contributivi che ne consentono l'abbattimento, così come previsto dal citato comma 14, ultimo periodo, dell'art. 41 del d.lgs. n. 36 del 2023.

Il Comune di Ragusa, in particolare, avrebbe dato una lettura distorta dell'offerta economica del RTI L'Avvenire 90, ritenendo che il ribasso del 100% fosse rivolto a tutte le voci di costo dell'appalto, ivi compreso quelli della manodopera e della sicurezza da interferenze.

Oggetto di ribasso del 100%, secondo la stessa ricorrente, sarebbero stati invece solo i prodotti per la pulizia nonché le spese generali e l'utile d'impresa e non – per intero – il costo della manodopera.

Da ciò il difetto d'istruttoria in cui sarebbe incorsa la Stazione appaltante, secondo cui il RTI non avrebbe fornito adeguata giustificazione con riguardo alla somma pari a circa € 500.000,00 dell'importo offerto.

Parimenti erroneo sarebbe quanto affermato dall'Ente comunale in ordine al “...costo relativo alla c.d. offerta migliorativa...”, affermandosi che il RTI L'Avvenire 90 non avrebbe giustificato le 20.200 ore lavorative aggiuntive che in base ad “...un calcolo approssimato in difetto corrisponderebbero a circa €. 283.000...”.

La società ricorrente evidenzia, sotto tale profilo, che le 20.200 ore offerte (costi indiretti della commessa) sarebbero relative al personale di supporto all'esecuzione dell'appalto o a servizi esterni e, quindi, non incluse nella spesa della manodopera considerata per l'appalto, trattandosi di un servizio per il quale il RTI non sosterrà “...alcun costo aggiuntivo rispetto a quello proposto in fase di offerta...”, in quanto “...La struttura organizzativa Aziendale fa forza su risorse umane ed economiche proprie al fine di rispettare le proposte elencate nella propria offerta tecnica presentata...”.

La spesa per tali lavoratori rientrerebbero quindi nei costi gestionali aziendali dell'azienda, non costituendo una spesa per la Stazione appaltante.

3. Con memoria di costituzione del 10.05.2024 E.S.G. s.r.l., società controinteressata, ha chiesto il rigetto del ricorso e, con successiva memoria del

22.05.2024, ha evidenziato che il bando di gara fosse chiaro nell'indicare l'importo a base d'asta su cui effettuare i ribassi in misura pari ad € 995.213,16. Secondo la prospettazione di ESG la mera indicazione secondo cui i costi della manodopera fossero non soggetti a ribasso, risultando pari ad € 893.139,24, fa sì che il ribasso potesse interessare solo la diversa quota ribassabile.

La parte controinteressata asserisce, inoltre, che - anche ove si ritenesse ammissibile il ribasso offerto dal RTI L'Avvenire 90 - dalla rimodulazione del punteggio attribuito all'offerta da quest'ultima presentata discenderebbe l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, in quanto il nuovo punteggio, come riparametrato, non sarebbe superiore a quello conseguito dalla stessa E.S.G. s.r.l., determinandosi per chi ricorre in giudizio l'impossibilità di conseguire l'aggiudicazione.

4. Il Comune di Ragusa, Amministrazione resistente, si è costituito in giudizio il 10.06.2024, rilevando che l'art. 41, comma 14, del d.lgs. 36/2023 vieta che i costi della manodopera, pur rientrando nel più generale "*importo posto a base di gara*", siano inclusi nel c.d. importo assoggettato al ribasso, al fine di non sottostimare le retribuzioni da erogare ai lavoratori utilizzati nell'esecuzione delle commesse pubbliche.

La non "ribassabilità" dei costi della manodopera, normativamente prevista, non imporrebbe implicitamente anche lo scorporo di questi ultimi dalla base d'asta.

Ove, tuttavia, l'operatore economico partecipante alla gara riportasse nella propria offerta una somma a titolo di costi della manodopera inferiore rispetto a quella prevista dalla stazione appaltante, ciò potrebbe avvenire ai fini di un "*più efficiente organizzazione aziendale*", che l'operatore dovrà dimostrare in sede di verifica dell'anomalia, anche in coerenza con quanto disposto dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti con il parere n. 2505/2024 del 17.04.2024, secondo

cui, nell'offerta di gara, il costo della manodopera può essere ridotto ma tale scelta va giustificata e indicata separatamente.

Con la F.A.Q. n. 4 della procedura di gara, resa su apposita domanda di un operatore economico, il dirigente comunale competente avrebbe inoltre chiarito quanto segue: *“Si precisa, in conformità a quanto sostenuto dal MIT (cfr. parere 19 luglio 2023 n. 2154) che l'offerta economica non va costituita solamente dal ribasso operato sull'importo al netto del costo della manodopera, ma deve includerlo al suo interno; quest'ultimo non può essere considerato un importo aggiuntivo ma fa già parte dell'offerta ed è soggetto a verifica. Se l'operatore economico riporta in offerta un costo della manodopera diverso da quello stimato dalla stazione appaltante negli atti di gara, l'offerta, ai sensi dell'art. 110, D. Lgs. 36/2023, sarà oggetto di valutazione ai fini della congruità.”*. Secondo Il Comune resistente le giustificazioni addotte sul minor costo della manodopera indicato nell'offerta (sgravi, efficientamento aziendale, assorbimento del personale, etc.), non sarebbero state idonee a spiegare il ribasso del 100%; nessun argomento, inoltre, giustificherebbe il costo relativo alla cd. offerta migliorativa, con la quale l'odierna ricorrente ha offerto 20.200 ore lavorative aggiuntive.

È infine evidenziato che le altre quarantacinque società ammesse alla gara abbiano presentato un ribasso percentuale mediamente compreso tra il 5% ed il 20%, a riprova di una esatta comprensione della *lex specialis* e della correlata disciplina normativa di riferimento.

5. Con ricorso per motivi aggiunti notificato in data 20.06.2024 e nello stesso giorno depositato l'Avvenire 90 ha impugnato, chiedendone l'annullamento, la determinazione del Comune di Ragusa n. 69 del 5.06.2024 con cui l'Ente comunale ha confermato la già avversata esclusione e ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto

alla ESG s.r.l.; il suddetto provvedimento è stato censurato per il medesimo motivo di diritto già sollevato con il ricorso introduttivo.

6. Con memoria del 24.06.2024 la parte ricorrente ha insistito per l'accoglimento dei propri gravami, controdeducendo rispetto a quanto rappresentato dalla società controinteressata e dall'Amministrazione resistente con le proprie difese.

La parte ha, in particolare, ulteriormente evidenziato di aver formulato un ribasso del 100% solo sulle componenti dell'offerta per le quali fosse possibile esprimere un ribasso, secondo quanto previsto dal Quadro Economico e dal disciplinare di gara. Da ciò la presunta illegittimità dell'operato della Stazione appaltante, la quale avrebbe imputato il ribasso del 100%, indicato nella casella "offerta economica", indistintamente a tutte le voci di costo riassunte nel quadro economico dell'appalto, ivi comprese quelle in cui è stata associato l'inciso "non soggetti a ribasso". La società ricorrente afferma, altresì, di aver evidenziato in sede di giudizio di anomalia che il minor costo della manodopera fosse da correlare alla propria migliore organizzazione aziendale, godendo degli sgravi contributivi previsti per le società cooperative che perseguono finalità prevalentemente mutualistiche.

Viene inoltre eccepita l'erroneità della riparametrazione del proprio punteggio operata dalla controinteressata E.S.G. s.r.l., la quale sarebbe avvenuta in violazione della formula matematica prevista al punto 18.3. del disciplinare di gara, rubricato "*Metodo di attribuzione del coefficiente per il calcolo del punteggio dell'offerta economica*".

In ordine a quanto osservato dal Comune di Ragusa in sede difensiva, la parte ricorrente evidenzia di aver prodotto congrue giustificazioni nell'ambito del giudizio di anomalia, dall'art. 110, comma 3, del d.lgs. 36/2023, fornendo esaustiva specificazione di tutti gli elementi che hanno inciso sulla propria offerta economica.

7. Con istanze depositate, rispettivamente, in data 3.07.2024 e in data 4.07.2023, la parte controinteressata e il Comune resistente hanno chiesto il rinvio dell'udienza pubblica fissata per la trattazione del ricorso introduttivo in data 10.07.2024, alla luce della presentazione del ricorso per motivi aggiunti da parte di chi ricorre in giudizio.
8. Nell'udienza pubblica del 10.07.2024, presenti i difensori delle parti come da verbale, in accoglimento della suddetta richiesta di rinvio la causa è stata rinviata all'udienza pubblica del 6.11.2024.
9. Con memoria di costituzione depositata, dapprima, in data 13.09.2024, e, successivamente, in data 21.10.2024, BSF s.r.l. è intervenuta nel giudizio in oggetto al fine di chiedere il rigetto dei due gravami, evidenziando di aver proposto, con riguardo alla stessa vicenda di gara, autonomo ricorso (R.G. 1340/2024) innanzi a questo Tribunale, con cui è stata contestata l'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata ESG s.r.l..
10. Con memoria del 14.10.2024 il Comune resistente ha insistito per il respingimento dei due gravami, rilevando, in punto di fatto, di aver provveduto alla consegna del servizio in favore dell'aggiudicataria in data 17.06.2024, nelle more della stipula del contratto.
11. Con memoria del 20.10.2024 la società ricorrente ha eccepito l'inammissibilità dell'intervento in giudizio di BSF s.r.l., in quanto non proposto con le modalità di cui all'art. 50 c.p.a., insistendo per l'accoglimento dei propri gravami.
12. Con memoria del 21.10.2024 la società controinteressata ha insistito nelle proprie eccezioni e controdeduzioni.
13. Con successive memorie di replica il Comune resistente (in data 25.10.2024), la società ricorrente, la società controinteressata e la società interveniente (in data

26.10.2024) hanno ulteriormente dedotto e controdedotto con riguardo ai due ricorsi.

14. All'udienza pubblica del 6.11.2024, presenti i difensori delle parti come da verbale, la causa è stata posta in decisione.

15. Deve preliminarmente esaminarsi l'eccezione di inammissibilità dell'intervento in giudizio di BSF s.r.l. formulata dalla parte ricorrente, la quale, con memoria del 20.10.2024, ha rilevato che il medesimo non è stato proposto con le modalità di cui all'art. 50 c.p.a..

15.1. Tale eccezione è fondata con riferimento alla prima memoria di costituzione tramite cui BSF s.r.l. è intervenuta in giudizio, che è stata depositata, in data 13.09.2024, senza la previa notificazione di cui all'art. 50, comma 2, c.p.a., il quale stabilisce che *“L'atto di intervento è notificato alle altre parti ed è depositato nei termini di cui all'articolo 45; nei confronti di quelle costituite è notificato ai sensi dell'articolo 170 del codice di procedura civile”*.

Precisato che la ricorrente non ha insistito nell'eccezione nei successivi scritti difensivi, va rilevato che BSF s.r.l. ha depositato una seconda memoria di costituzione, la quale è stata ritualmente notificata alle altre parti, ai sensi dell'art. 170 c.p.c., come previsto dall'art. 50, comma 2, c.p.a., ed è stata depositata in data 21.10.2024.

Tale intervento è, pertanto, ammissibile.

16. Il Collegio ritiene di prescindere, per ragioni di economia processuale, dall'esame dell'eccezione di rito sollevata dalla parte controinteressata con riguardo all'asserita carenza di interesse del ricorrente, attesa l'infondatezza, nel merito, del ricorso introduttivo e del successivo ricorso per motivi aggiunti.

17. Il ricorso introduttivo è da ritenersi infondato per quanto di seguito considerato e specificato.

17.1. Per costante giurisprudenza il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzato all'accertamento dell'attendibilità e della serietà della stessa nel suo insieme e dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte (Consiglio di Stato, sez. V, 3 ottobre 2022, n. 8471). Tale procedimento non ha carattere sanzionatorio e non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando invece ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto (Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2018, n. 230).

La finalità della verifica dell'anomalia dell'offerta è quella di evitare che offerte troppo basse esponano l'amministrazione al rischio di esecuzione della prestazione in modo irregolare e qualitativamente inferiore a quella richiesta e con modalità esecutive in violazione di norme, con la conseguente concreta probabilità di far sorgere contestazioni e ricorsi. L'amministrazione deve, infatti, aggiudicare l'appalto a soggetti che abbiano presentato offerte che, avuto riguardo alle caratteristiche specifiche della prestazione richiesta, risultino complessivamente proporzionate sotto il profilo economico all'insieme dei costi, rischi ed oneri che l'esecuzione della prestazione comporta a carico dell'appaltatore con l'aggiunta del normale utile di impresa, affinché la stessa possa rimanere sul mercato (Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2022, n. 8330).

La verifica mira, quindi, in generale, *“a garantire e tutelare l'interesse pubblico concretamente perseguito dall'amministrazione attraverso la procedura di gara per la effettiva scelta del miglior contraente possibile ai fini dell'esecuzione dell'appalto, così che l'esclusione dalla gara dell'offerente*

per l'anomalia della sua offerta è l'effetto della valutazione (operata dall'amministrazione appaltante) di complessiva inadeguatezza della stessa rispetto al fine da raggiungere" (Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2018, n. 230).

Il dialogo tra l'impresa e la stazione appaltante è il fulcro della disciplina sull'anomalia e costituisce un momento ineliminabile della stessa, posto che la finalità di tale fase procedimentale è quella di garantire all'offerente il diritto di illustrare le peculiarità che possano aver legittimamente portato all'anomalia.

Come costantemente ribadito, infatti, le disposizioni che impongono l'interlocuzione hanno lo scopo di garantire il concorrente dal pericolo di perdere l'aggiudicazione, a causa di una supposta anomalia dell'offerta *"senza aver potuto dare tutte le giustificazioni del caso e senza che queste siano state debitamente prese in considerazione. Tali disposizioni hanno lo scopo di tutelare la concorrenza e dunque di evitare che gli enti appaltanti possano eluderla eliminando le offerte migliori sotto il pretesto dell'anomalia"* (Cons. Stato, sez. III, 27 marzo 2014, n. 1487). Solo in via indiretta e meramente fattuale la verifica dell'anomalia tutela, invece, l'interesse del secondo graduato a vedere escluso il concorrente che lo precede in graduatoria (Cons. Stato, sez. IV, 29 aprile 2014, n. 2211).

La richiesta di spiegazioni deve riguardare l'offerta nel suo insieme, poiché la valutazione di anomalia è riferita al dato complessivo e non a singole voci. In particolare, è stato precisato che *"il procedimento di verifica dell'anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto, e che pertanto la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo"* (ex multis, Cons.

Stato, sez. III, 29 gennaio 2019, n. 726; Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2018, n. 430; Cons. Stato, sez. 30 ottobre 2017, n. 4978).

Deve inoltre rammentarsi che lo standard della motivazione relativa alla valutazione di congruità è strutturalmente diverso rispetto a quella che deve sorreggere una valutazione di anomalia dell'offerta; mentre è richiesta una articolata ed approfondita motivazione laddove l'amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall'impresa, in tal modo disponendone l'esclusione, la valutazione favorevole circa le giustificazioni dell'offerta sospetta di anomalia non richiede, al contrario, un particolare onere motivazionale (Cons. Stato, sez. III, 20 luglio 2022, n. 6393).

La valutazione di anomalia dell'offerta costituisce tipica espressione della discrezionalità tecnica di cui l'amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell'interesse pubblico ad essa affidato dalla legge: detta valutazione è di norma sottratta al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da irragionevolezza, irrazionalità, illogicità, arbitrarietà o travisamento dei fatti.

In altri termini, il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni operate dalla stazione appaltante in ordine al giudizio di anomalia dell'offerta non può estendersi oltre l'apprezzamento della loro intrinseca logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria, essendo preclusa all'organo giurisdizionale la possibilità di svolgere (autonomamente o a mezzo di consulenti tecnici) un'autonoma verifica circa la sussistenza, o meno, dell'anomalia, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità tecnica dell'amministrazione; laddove, pertanto, le valutazioni dell'amministrazione in ordine alla congruità della offerta, pur in ipotesi opinabili, siano tuttavia motivate sotto il profilo tecnico

discrezionale e fondate su dati, anche statistici, non manifestamente errati né travisati (o del cui errore o travisamento non sia stata fornita alcuna dimostrazione in giudizio), non può che concludersi per il rigetto della relativa impugnazione (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 29 aprile 2024, n. 3854; Consiglio di Stato, sez. V, 1 marzo 2023, n. 2170).

17.2. Ciò rilevato in via di premessa sistematica, deve quindi appurarsi se l'esito del giudizio di anomalia condotto nella procedura di gara per cui è causa dall'Amministrazione aggiudicatrice in ordine ai costi di manodopera dichiarati dal RTI di cui l'odierna ricorrente è mandataria, tale da determinare l'esclusione di quest'ultima, sia inficiato da illegittimità secondo i parametri di sindacato giurisdizionale sopra delineati.

Ai sensi dell'art. 41, comma 14, del d.lgs. 36 del 2023 *“Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13. I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale”*.

Tale norma, ad avviso del Collegio, deve essere interpretata in maniera coerente con:

(i) l'articolo 108, comma 9, del d.lgs. n. 36 del 2023, che prescrive al concorrente di indicare nell'offerta economica, a pena di esclusione, i costi della manodopera, oltre agli oneri di sicurezza aziendali;

(ii) l'art. 110, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023, ai sensi del quale *“Le stazioni appaltanti valutano la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta, che in base a elementi specifici, inclusi i costi dichiarati ai sensi dell'articolo 108, comma 9, appaia anormalmente bassa. Il bando o l'avviso indicano gli elementi specifici ai fini della valutazione”*.

Se ne deduce che i costi della manodopera sono assoggettabili a ribasso, come è del resto precisato dall'ultimo periodo del comma 14 dell'art. 41 citato, secondo cui: *“Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale”*.

Se, infatti, il legislatore avesse voluto considerare tali costi fissi e invariabili, non avrebbe avuto senso richiedere ai concorrenti di indicarne la misura nell'offerta economica, né avrebbe avuto senso includere anche i costi della manodopera tra gli elementi che possono concorrere a determinare l'anomalia dell'offerta (T.A.R. Toscana, sez. IV, 29.01.2024, n. 124).

Una diversa lettura del quadro normativo di riferimento, visto nel suo insieme, determinerebbe un'eccessiva compressione della libertà d'impresa, in quanto l'operatore economico, operando un ribasso, potrebbe dimostrare che quest'ultimo sia correlato a soluzioni innovative e più efficienti, oppure, soprattutto in ipotesi di appalto di servizi, come quello per cui è causa, alla sua appartenenza ad un comparto, per il quale viene applicato un CCNL diverso da quello assunto come riferimento dalla stazione appaltante.

Tale eventualità, da ammettersi anche in quanto coerente con il principio di libera iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., può concretizzarsi a condizione che questo “indiretto” ribasso dei costi della manodopera risulti coerente con una *“più efficiente organizzazione aziendale”* che l'operatore dovrà dimostrare in sede di verifica dell'anomalia, doverosamente promossa dalla stazione appaltante (Consiglio di Stato sez. V, 09/06/2023, n. 5665; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 8/02/2024, n. 119; T.A.R. Sicilia, Palermo sez. II, 19/12/2023, n. 3779; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 07/11/2023, n. 6128).

Ove si ritenesse, invero, che sussista un divieto indiscriminato di ribasso dei costi relativi alla manodopera, il risultato ultimo sarebbe quello di attribuire alla stazione appaltante il potere di standardizzare tali costi verso l'alto, mediante la sostanziale imposizione del CCNL dalla stessa individuato.

A conferma di quanto sin qui esposto, il Consiglio di Stato, sez. V, 9 giugno 2023, n. 5665, con riferimento al previgente Codice dei contratti, ha osservato che *“la clausola della lex specialis che imponga il divieto di ribasso sui costi di manodopera, sarebbe in flagrante contrasto con l'art. 97, comma 6 d.lgs. n. 50/2016 e, più in generale, con il principio di libera concorrenza nell'affidamento delle commesse pubbliche”*, e richiamando, quale supporto interpretativo, l'art. 41 comma 14 del d.lgs. 36 del 2023, ha osservato che: *«persino nel “nuovo Codice”, che in applicazione di un preciso criterio di delega di cui all'art. 1 comma 2 lett. t) della L. 78/2022, ha previsto “in ogni caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso” è stata fatta salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che un ribasso che coinvolga il costo della manodopera sia derivante da una più efficiente organizzazione aziendale così armonizzando il criterio di delega con l'art. 41 della Costituzione»*.

Con parere n. 2154 del 19 luglio 2023 il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, rispondendo ad un quesito specifico sui costi della manodopera negli appalti, ha chiarito che l'offerta economica non è costituita solamente dal ribasso operato sull'importo al netto del costo della manodopera, ma deve includere quest'ultimo costo al suo interno; il costo della manodopera non può essere considerato un importo aggiuntivo ma fa parte dell'offerta ed è soggetto a verifica.

Trattasi di una lettura ermeneutica a cui aderisce anche l'ANAC, la quale, con delibera n. 528 del 15 novembre 2023, ha chiarito che: *“La lettura sistematica della prima parte dell'articolo 41, comma 14, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, secondo il quale i costi della*

manodopera sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso, e della seconda parte della norma, che riconosce al concorrente la possibilità di dimostrare che il ribasso complessivo offerto deriva da una più efficiente organizzazione aziendale, induce a ritenere che il costo della manodopera, seppur quantificato e indicato separatamente negli atti di gara, rientri nell'importo complessivo a base di gara, su cui applicare il ribasso offerto dal concorrente per definire l'importo". Tale interpretazione del dettato normativo, continua l'Autorità di settore, "consente un adeguato bilanciamento tra la tutela rafforzata della manodopera – che costituisce la ratio della previsione dello scorporo dei costi della manodopera, evincibile dal criterio contenuto nella lett. t) dell'art. 1, comma 1, della legge delega (L. n. 78/2022) – con la libertà di iniziativa economica e d'impresa, costituzionalmente garantita, la quale, nel suo concreto dispiegarsi, non può che comportare la facoltà dell'operatore economico di dimostrare che la più efficiente organizzazione aziendale impatta sui costi della manodopera, diminuendone l'importo rispetto a quello stimato dalla Stazione appaltante negli atti di gara. Tra l'altro, solo seguendo tale impostazione, si spiega anche l'obbligo del concorrente di indicare i propri costi della manodopera, a pena di esclusione dalla gara (art. 108, comma 9, d.lgs. 36/2023) previsione che sarebbe evidentemente superflua se i costi della manodopera non fossero ribassabili, e il successivo art. 110, comma 1, che include i costi della manodopera dichiarati dal concorrente tra gli elementi specifici in presenza dei quali la Stazione appaltante avvia il procedimento di verifica dell'anomalia".

Peraltro, la stessa ANAC, nel bando tipo n. 1/2023 (articolo 17), ha previsto che "l'operatore economico dovrà indicare in offerta il costo della manodopera. Se l'operatore economico riporta in offerta un costo della manodopera diverso da quello stimato dalla stazione appaltante, l'offerta è sottoposta al procedimento di verifica dell'anomalia ai sensi dell'art. 110, D.Lgs. 36/2023"; evidenziando nella relativa nota illustrativa (punto 28) che: "ai sensi dell'articolo 41, comma 14, del codice, i costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Tuttavia, è fatta salva la possibilità per l'operatore economico

di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo derivi da una più efficiente organizzazione aziendale. Tali giustificazioni potranno essere richieste dalla stazione appaltante in occasione della verifica di anomalia, fermo restando il divieto di giustificazioni in relazione ai trattamenti salariali minimi inderogabili e agli oneri di sicurezza”.

Da ciò discende che, alla luce di quanto previsto dal comma 14 dell'art. 41 del d.lgs. n. 36 del 2023, l'offerta dell'operatore economico che applichi il ribasso anche ai costi della manodopera non è esclusa dalla gara, ma è assoggetta alla verifica dell'anomalia, nella cui sede l'operatore economico avrà l'onere di dimostrare che il ribasso deriva da una più efficiente organizzazione aziendale oltre il rispetto dei minimi salariali.

A tale lettura si conforma, del resto, la stessa Stazione appaltante, la quale, con la F.A.Q. n. 4 - versata in atti - resa su apposita domanda di un operatore economico, ha precisato che, in conformità a quanto sostenuto dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti con il citato parere n. 2154 del 19 luglio 2023, “...l'offerta economica non va costituita solamente dal ribasso operato sull'importo al netto del costo della manodopera, ma deve includerlo al suo interno; quest'ultimo non può essere considerato un importo aggiuntivo ma fa già parte dell'offerta ed è soggetto a verifica. Se l'operatore economico riporta in offerta un costo della manodopera diverso da quello stimato dalla stazione appaltante negli atti di gara, l'offerta, ai sensi dell'art. 110, D. Lgs. 36/2023, sarà oggetto di valutazione ai fini della congruità”.

È pertanto la stessa Amministrazione aggiudicatrice a prevedere l'eventualità che i partecipanti alla gara riportino un costo della manodopera diverso da quello dalla stessa stimato in sede di *lex specialis*, sottoponendo in tal caso l'offerta alla “*valutazione ai fini della congruità*”.

17.3. Nella nota con la quale viene avviato il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta il R.U.P. precisa che “...dalla documentazione prodotta in gara emergono specifici

indici, compresi, tra gli altri, in particolare, il ribasso del cento per cento nell'offerta economica e la proposta migliorativa di cui alla scheda C1 dell'offerta tecnica (pag. 98), dai quali l'offerta appare anormalmente bassa". A tal fine viene richiesta al RTI L'Avvenire 90 *"...ogni opportuna spiegazione sul prezzo e sui costi proposti, inclusi i costi della manodopera dichiarati, tenendo conto delle previsioni di legge, in particolare dell'art. 110 del codice"*.

Nell'ambito dei chiarimenti forniti dal predetto RTI, relativi al procedimento di verifica dell'anomalia avviato dall'Ente comunale nei suoi confronti, lo stesso raggruppamento di imprese dichiara, in premessa, di voler dimostrare, in particolare, *"l'economia del metodo di prestazione del servizio"* e *"le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per prestare i servizi"*, determinate, in particolare, dal proprio *status* di società cooperativa, in coerenza con quanto previsto dall'art. 110, comma 3, del d.lgs. 36/2023.

A tali fini, quindi, viene in particolare rilevato da chi ricorre in giudizio, in sede dei predetti chiarimenti, che:

- (i) il RTI L'Avvenire 90 si è posto come obiettivo primario l'applicazione dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale e delle voci retributive previste dalla stessa contrattazione integrativa di settore, con possibilità, per i lavoratori interessati dal subentro di appalto, di essere inquadrati con i contratti di cui attualmente godono;
- (ii) il costo orario rilevato dalla Tabella Ministeriale relativa al CCNL del Settore pulizia e servizi integrati è suscettibile di variazioni in funzione di: a) eventuali benefici previsti da norme di legge di cui l'impresa usufruisce; b) oneri derivanti dalla gestione aziendale e accordi di secondo livello; c) oneri derivanti da specifici adempimenti connessi alla normativa sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e s.m.); d) minori incidenze di assenze alla luce dei tassi di

assenteismo desunti dalle apposite Tabelle Ministeriali (assenze per permessi, malattie, etc.), e, conseguentemente, minori costi aziendali sostenuti per le sostituzioni;

(iii) più nello specifico, il RTI L'Avvenire 90 può effettuare una variazione in diminuzione del costo orario in considerazione degli elementi di seguito indicati, senza compromettere i minimi salariali: a) minore incidenza INAIL; b) minore incidenza INPS; c) storno contributo d.lgs. 252/2005 – 0,50%; d) esonero/sgravio contributivo *ex art. 2 Legge 297/1982* – 0,20%; e) esonero/sgravio contributo legge 248/2005 – 0,28%; f) eliminazione della voce “rivalutazione TFR”; g) decontribuzione Sud - Sconto del 30% sui contributi INPS; h) assistenza sanitaria integrativa; i) fondo previdenza complementare al 35%; l) deduzione IRAP;

(iv) l'aggiudicazione dell'appalto in oggetto comporterebbe un incremento della base occupazionale riferita al 2023 e, di conseguenza, darebbe al RTI ricorrente la possibilità di usufruire delle agevolazioni introdotte dalla Legge di Bilancio 2024.

Con specifico riguardo alla proposta migliorativa di cui alla scheda C1 dell'offerta tecnica (con la quale il RTI L'Avvenire ha offerto 20.200 ore lavorative aggiuntive), viene confermata la “...*disponibilità ad eseguire ulteriori servizi di pulizia straordinaria a richiesta non prevedibili senza che la Stazione Appaltante sosterrà alcun costo aggiuntivo rispetto a quello proposto in fase di offerta. La struttura organizzativa Aziendale fa forza su risorse umane ed economiche proprie al fine di rispettare le proposte elencate nella propria offerta tecnica presentata*”.

In ordine, infine, all'esiguo importo dell'utile d'appalto, pari a € 3.502,28, è evidenziato nella predetta sede di chiarimenti che esso “...*è rappresentato da una percentuale sicuramente modesta che, però, all'esito di un giudizio di carattere globale non incide in modo significativo sulla serietà e validità dell'offerta complessiva*”.

17.4. Con il gravato provvedimento n. 36754 del 22.03.2024 l'Ente comunale resistente rileva, preliminarmente, che il RTI L'Avvenire 90 *“non ha prodotto alcuna giustificazione in ordine al ribasso del 100% presentato in sede di gara...”* e che *“...la lunga disamina sul costo del lavoro non si sofferma mai esplicitamente a chiarire il ribasso del 100%. Per contro, si ammette che la somma per il costo del personale è pari ad € 750.379,50, così entrando in un contrasto logicamente insanabile con il ribasso del 100% che abbatte totalmente la somma a base d'asta che è pari a € 893.139,24”*. È altresì precisato che i riferimenti operati in sede di chiarimenti alla compressione del costo del lavoro, mediante sgravi fiscali, efficientamento aziendale, assorbimento del personale, non sono utili a spiegare il predetto ribasso, che *“risulta, pertanto, privo di una concreta e plausibile giustificazione e quindi inidoneo a ritenere sostenibile l'offerta presentata, in base alla vigente normativa di settore”*. È in particolare rilevata la mancata giustificazione della *“cospicua somma (circa 500.000,00 euro) ...che, anche sottraendo tutti i compensi previsti per materiali, spese generali, oneri per la sicurezza, e utile d'impresa, rimarrebbe priva di copertura (la somma non giustificata resterebbe infatti, intorno a € 400.000,00)”*.

È anche rilevato che le giustificazioni *“non forniscono alcun argomento finalizzato a giustificare economicamente il costo relativo alla c.d. offerta migliorativa, con la quale l'O.E. offre ben 20.200 ore lavorative aggiuntive che, secondo un calcolo approssimato in difetto corrisponderebbero a circa € 283.000,00 circa, in proporzione al numero di ore complessivo previsto in appalto”*.

17.5. Orbene, il Collegio ritiene che la determinazione cui è giunta l'Amministrazione comunale precedente con la gravata nota prot. n. 36754 del 22.03.2024 non possa ritenersi avvinta da evidenti e macroscopici vizi di illogicità, contraddittorietà, irragionevolezza o errore di fatto, in presenza dei quali è possibile

censurare il giudizio di discrezionalità tecnica compiuto in sede di verifica di anomalia dell'offerta.

Nell'atto impugnato l'Ente che resiste in giudizio, invero, dà analitica spiegazione delle ragioni per le quali vengono ritenuti carenti le giustificazioni rese dal RTI L'Avvenire, evidenziando che una consistente somma del prezzo offerto risulti priva di giustificazione.

Deve quindi affermarsi che la valutazione finale di non congruità cui è giunta l'Amministrazione procedente non sia manifestamente erronea, tenuto altresì conto che il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni operate dalla stazione appaltante in ordine al giudizio di anomalia dell'offerta non può estendersi oltre l'apprezzamento della loro intrinseca logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria, essendo preclusa all'organo giurisdizionale la possibilità di svolgere (autonomamente o a mezzo di consulenti tecnici) un'autonoma verifica circa la sussistenza, o meno, dell'anomalia, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità tecnica dell'amministrazione (Consiglio di Stato, sez. V, 29/04/2024, n. 3854; Cons. Stato, V, 28/03/2022, n. 2269; 17/03/2022, n. 1946; 9/02/2022, n. 939; 3 02/2022, n. 764).

A ciò si aggiunge che il giudizio svolto dall'Amministrazione (del quale appunto sarebbe stato onere dell'odierna ricorrente dimostrare la palese irragionevolezza o arbitrarietà) concerne l'affidabilità dell'offerta nel suo complesso ai fini della corretta esecuzione dell'appalto, laddove le censure mosse dalla società ricorrente - ancorché non idonee, nel merito, a confutare il giudizio espresso dai competenti organi della stazione appaltante circa l'attendibilità dell'offerta - attengono esclusivamente al profilo del costo di manodopera, sebbene nella richiesta di chiarimenti la Stazione

appaltante avesse chiesto “ogni opportuna spiegazione sul prezzo e sui costi proposti, inclusi i costi della manodopera...”.

A nulla rileva che, secondo quanto sostenuto da chi ricorre in giudizio, l'abbattimento dei costi della manodopera fosse determinato da una più efficiente organizzazione aziendale, in quanto, ritenendosi congrua l'istruttoria eseguita dall'Amministrazione, il Collegio non può sostituirsi all'esito cui è giunta quest'ultima al termine del proprio giudizio di anomalia, perché riservato, come predetto, alla sua esclusiva discrezionalità tecnica.

Tale impostazione, del resto, risulta altresì coerente con la *ratio* che pervade il nuovo impianto codicistico adottato in materia di contratti pubblici con il d.lgs. n. 36/2023, il quale erge, tra i suoi capisaldi, il c.d. principio della fiducia, introdotto dall'art. 2 con il preciso fine di valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni oggetto di gara. Tale principio-guida, pur ampliando i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile, pone in capo alla stazione appaltante la responsabilità di svolgere le gare tenendo sempre presente, a prescindere dalla regolarità formale, che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica, o ad acquisire forniture o, come nel caso di specie, ad affidare dei servizi, nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, invece, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento.

Proprio il perseguimento di tale interesse pubblico costituisce il “risultato” che l'appalto deve raggiungere, rappresentando, come previsto dall'art. 1 del predetto d.lgs. 36/2023, il “*criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale*”. Il principio del

risultato, in base al quale la tutela della concorrenza e del mercato non deve trasmodare in un pregiudizio per la causa finale e per l'oggetto diretto e principale della tutela approntata dalla disciplina di settore, è stato reso esplicito dal nuovo Codice dei contratti pubblici ma costituisce, peraltro, un principio "*già immanente nel sistema*" (Cons. Stato, sez. III, 15 novembre 2023, n. 9812). Esso implica che il risultato che l'amministrazione deve perseguire debba essere "virtuoso", risultando tale quello che possa portare a diminuire i costi di un servizio assicurando allo stesso tempo l'accrescimento della qualità e della produttività.

Se è vero che, nell'impostazione del nuovo Codice dei contratti pubblici l'amministrazione è chiamata a compiere la scelta più "virtuosa", assicurando il "*miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza*", deve allora ritenersi che a tale "miglior rapporto" tenda la valutazione resa dall'Amministrazione resistente a valle del procedimento di verifica di anomalia cui è stata sottoposta l'offerta presentata dal RTI L'Avvenire.

La Stazione appaltante, invero, addivenendo alla propria decisione di concludere con un giudizio negativo la verifica cui ha sottoposto l'offerta dell'operatore economico ricorrente e, di conseguenza, di escluderlo dalla gara, ha mirato a tutelare i presidi di qualità ed efficienza del servizio che l'aggiudicataria della gara è chiamata a svolgere, mediante la funzionalizzazione verso il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico cui la gara stessa deve tendere (cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 7 febbraio 2024, n. 478).

Nel caso di specie, quindi, la presenza di ampi poteri valutativi di cui gode la Stazione appaltante nell'ambito del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, ad avviso del Collegio, non ha condotto a scelte che possano apparire manifestamente

illogiche o irragionevoli, solo in presenza delle quali può estendersi il sindacato di questo organo giudicante.

Il R.U.P. incaricato di avviare e di concludere il suddetto procedimento ha, infatti, ritenuto, nell'esercizio della sua discrezionalità tecnica, che:

(i) i riferimenti resi in sede di giustificativi dal RTI L'Avvenire 90 al fine di provare la compressione dei costi della propria manodopera non fossero idonei a rendere sostenibile l'offerta presentata, evidenziando che: 1) *“...il riferimento alle deduzioni fiscali previste dal D.lgs. 216 del 30/12/2023 non potrebbe mai giustificare il ribasso del 100%, poiché, a tutto concedere, anche, quindi voler ritenerle possibili, secondo il dettato normativo, le stesse diminuirebbero l'incidenza della spesa del personale per un importo che non supererebbe € 100.000,00 circa, considerando per tutte le nuove assunzioni la possibilità di dedurre, nella dichiarazione Irpef, una percentuale del 20% per i lavoratori aumentabile al 30% per i c.d. lavoratori svantaggiati. Si tenga conto, peraltro, che le deduzioni è prevista dalla norma soltanto per l'anno 2024”*; 2) *“Anche il riferimento alle spiegazioni contenute alle pagine 16 e 17 in ordine all'utilizzo degli utili d'impresa accantonati nel 2023 (ammesso che ciò sia giuridicamente consentito nel caso di specie) non porterebbe che una ulteriore diminuzione dell'incidenza di € 212.000.000”*; 3) *“Resterebbe, quindi, una cospicua somma (circa 500.000,00 euro) da giustificare per arrivare al ribasso del 100% che, anche sottraendo tutti i compensi previsti per i materiali, spese generali, oneri per la sicurezza, e utile d'impresa, rimarrebbe priva di copertura (la somma non giustificata resterebbe infatti, intorno a € 400.000,00)”*;

(ii) non è stato fornito alcun argomento finalizzato a giustificare il costo relativo all'offerta migliorativa di 20.200 ore lavorative aggiuntive, che, secondo un calcolo approssimato in difetto, corrisponderebbero secondo la disamina dello stesso R.U.P., a circa € 283.000,00;

(iii) non è stata giustificata, quindi, la somma complessiva di almeno € 683.000,00.

Da tali evidenze tale organo della procedura ha tratto il convincimento, non manifestamente irragionevole e, quindi, non sindacabile da questo Collegio, che – mediante l'aggiudicazione dell'appalto in favore dell'operatore economico sottoposto al giudizio di anomalia – si determinasse il rischio di non ottenere il miglior risultato possibile, e, quindi, di ledere l'interesse pubblico sotteso all'indizione di una procedura di affidamento.

17.6. Alla luce dei superiori rilievi, quindi, la doglianza esposta con il ricorso introduttivo è da ritenersi infondata, con conseguente respingimento del gravame.

18. Atteso il respingimento del ricorso introduttivo, anche il ricorso per motivi aggiunti – con il quale è stata impugnata, per lo stesso motivo di diritto, la determinazione del Comune di Ragusa n. 69 del 5.06.2024 con cui l'Ente comunale ha confermato la già avversata esclusione e ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto alla ESG s.r.l. – deve essere respinto.

19. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate, come da dispositivo, in favore dell'Amministrazione resistente, della parte controinteressata e della parte interveniente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sul ricorso per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore dell'Amministrazione resistente, della parte controinteressata e della parte interveniente, che liquida in complessivi € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre oneri accessori così come per legge, da ripartirsi come segue: € 2.000,00 (duemila/00), oltre oneri accessori così come per legge, in favore dell'Amministrazione resistente;

€ 2.000,00 (duemila/00), oltre oneri accessori così come per legge, in favore della parte controinteressata; € 1.000,00 (mille/00), oltre oneri accessori così come per legge, in favore della parte interveniente.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Aurora Lento, Presidente

Valeria Ventura, Referendario

Francesco Fichera, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Francesco Fichera

IL PRESIDENTE
Aurora Lento

IL SEGRETARIO