

APPALTI: Pubblica amministrazione - Contratti della P.A - Clausola sociale - Inquadramento personale assorbito - Livello - Individuazione.

Cons. Stato, Sez. III, 1 febbraio 2022, n. 680

- in *Il Foro amm.*, 2, 2022, pag. 173.

1. “[...] in mancanza di espresse indicazioni di segno contrario della *lex specialis*, non è configurabile un obbligo di inquadramento del personale (eventualmente) assorbito allo stesso livello d’anzianità già posseduto [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata - Sede di Napoli, del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili e di Idealfood di Fiorenzano Antonio & C. s.a.s.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2022 il Cons. Ezio Fedullo e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. La società Idealfood di Fiorenzano Antonio & C. s.a.s. ha agito dinanzi al T.A.R. per la Campania in vista dell’annullamento del decreto prot. 116 del 12 aprile 2021 del Provveditorato Interregionale per le OO.PP. per la Campania, Molise, Puglia e Basilicata – Sede Centrale di Napoli, recante l’aggiudicazione alla controinteressata Sirio s.r.l. della procedura aperta per l’affidamento del servizio di refezione scolastica nelle scuole statali dell’infanzia degli otto Circoli Didattici e secondaria di 1° grado a tempo pieno, Don Salvatore Vitale, del Comune di Giugliano in Campania.

Deve premettersi che entrambe le imprese suindicate sono state destinatarie di altrettanti provvedimenti di esclusione, cui aveva fatto seguito l’aggiudicazione a favore dell’A.T.I. La Cascina Global Service /Ristora Food Service, ma i relativi ricorsi, previa riunione, sono stati accolti dal medesimo T.A.R. con la sentenza n. 5892 dell’11 dicembre 2019.

Il RUP del Comune di Giugliano in Campania ha quindi proceduto al riesame della documentazione relativa al costo della manodopera indicato in entrambe le offerte, attivando anche il contraddittorio procedimentale con le due imprese interessate, pervenendo ad un giudizio di congruità di entrambe

le offerte, comunicato alla S.U.A. in data 10 aprile 2021, con la conseguente aggiudicazione alla Sirio s.r.l., classificatasi in prima posizione nella graduatoria originaria, del servizio *de quo*.

Con la sentenza appellata, il T.A.R. ha ravvisato, in particolare, la fondatezza della censura intesa a lamentare la illegittimità della valutazione di congruità operata dal RUP – e fatta propria dalla stazione appaltante con il provvedimento di aggiudicazione - in relazione alle giustificazioni degli scostamenti rispetto ai “costi medi” delle tabelle ministeriali allegata dalla controinteressata Sirio s.r.l..

Dalla rilevata illegittimità il T.A.R. ha quindi fatto discendere, unitamente alla caducazione del provvedimento di aggiudicazione a favore di quest’ultima, la declaratoria di inefficacia del contratto dalla stessa stipulato ed il subentro della ricorrente nell’esecuzione del servizio.

2. La sentenza costituisce oggetto dei rilievi critici formulati dall’odierna appellante, ai quali si oppone la società appellata.

Si sono altresì costituiti in giudizio il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili ed il Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata - Sede di Napoli.

3. La parte appellante lamenta in primo luogo l’erronea soluzione offerta dal T.A.R. alla questione preliminare di irricevibilità del ricorso da essa sollevata.

Il T.A.R., ha, sul punto, così motivato:

“6. Né può accogliersi l’eccezione di irricevibilità del ricorso.

In data 27 maggio 2021, il Provveditorato Interregionale delle opere pubbliche ha notificato alla ricorrente il provvedimento di aggiudicazione n. 116/2021, oggetto di impugnazione. Il giorno successivo l’interessata ha inoltrato istanza di accesso agli atti per ottenere la documentazione rilevante ai fini della formulazione delle censure che poi sono state proposte nel ricorso (in particolare, si trattava della relazione del RUP in merito alla verifica in contraddittorio della congruità delle offerte della ricorrente e della controinteressata; della documentazione prodotta da quest’ultima in sede di contraddittorio; di parte dell’offerta tecnica presentata dalla stessa relativa al costo del personale; della sua offerta economica).

In applicazione del principio affermato da ultimo dall’Adunanza Plenaria n.12/2020 deve pertanto ritenersi tempestivo il ricorso, notificato in data 14 luglio 2021, poiché l’istanza è stata, seppure in parte, accolta solo in data 28 giugno 2021 (con una precedente nota inviata a mezzo PEC del 15.6.2021, il Provveditorato aveva infatti comunicato che la documentazione concernente il sub-procedimento di verifica di congruità del costo della manodopera era in possesso del Comune di Giugliano in Campania)”.

Osserva in senso critico la parte appellante che la Idealfood non ha dato mostra della dovuta diligenza, atteso che avrebbe dovuto impugnare tempestivamente il diniego di accesso agli atti comunicato in data 15 giugno 2021 dal Provveditorato, laddove la stessa si è limitata a presentare un'ulteriore diffida, poi successivamente riscontrata dal Comune.

Il motivo non è meritevole di accoglimento.

Deve infatti osservarsi che la nota della S.U.A. del 16 giugno 2021 non aveva contenuto reiettivo, relativamente alla documentazione inerente al sub-procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta della Sirio, dell'istanza di accesso (tempestivamente proposta, come riconosce la stessa appellante) dalla Idealfood, ma si limitava a precisare che essa si trovava nella disponibilità del R.U.P. del Comune di Giugliano in Campania: coerentemente con il contenuto della suddetta nota di riscontro, quindi, la Idealfood, con l'istanza del 15 giugno 2021, si è limitata a sollecitare l'esibizione della suddetta documentazione da parte dell'Amministrazione (comunale) detentrica.

Tale precisazione induce ad escludere ogni esigenza di porre in essere una attività impugnatoria avente ad oggetto, in parte qua, la predetta nota del Provveditorato, la cui omissione, ad avviso della parte appellante, integrerebbe la violazione da parte della istante degli oneri di diligenza alla stessa imputabili.

Discende inoltre, dai rilievi che precedono, che l'ulteriore lasso di tempo intercorso dalla predetta nota della S.U.A. fino all'effettivo soddisfacimento dell'interesse ostensivo della Idealfood, avvenuto in data 28 giugno 2021 (assunto dalla originaria ricorrente quale dies a quo per la proposizione del gravame), non è dipeso dall'atteggiamento negligente che la parte appellante imputa a quella appellata, la quale non si sarebbe opposta in sede giudiziale all'ipotizzato (ma in realtà per quanto detto, insussistente) atto di diniego, ma dalla stessa Amministrazione tenuta all'ostensione dei documenti richiesti, *ergo*, da un punto di vista oggettivo, dal peculiare concorso nella fattispecie procedimentale di due soggetti pubblici (la S.U.A. ed il Comune), ciascuno dei quali deputati alla detenzione di una parte della complessiva documentazione di gara (con la conseguente ripartizione tra gli stessi del compito di dare riscontro alle istanze ostensive degli interessati).

4. Con il successivo motivo di appello, la parte appellante lamenta l'omesso esame da parte del giudice di primo grado dell'eccezione di inammissibilità del ricorso proposto dalla Idealfood, in quanto questa non aveva formulato deduzioni in ordine alla complessiva insostenibilità dell'offerta del primo graduato, ma con riferimento a singole voci, incidenti solo marginalmente sul prezzo globale offerto dalla Sirio, quali il TFR, gli scatti di anzianità, la stima delle ferie e dei permessi.

Deduce altresì la parte appellante che essa, con la suddetta (obliterata) eccezione, aveva lamentato che la Idealfood non aveva in alcun modo dimostrato come il costo del servizio quantificato dalla aggiudicataria in € 877.500,00, ovvero la discrepanza di prezzo di circa il 7% rispetto all'importo stimato in via presuntiva dalla stazione appaltante in € 944.491,50, avesse determinato concretamente una violazione dell'art. 23, comma 6, d.lvo n. 50/2016, ovvero una complessiva insostenibilità e/o anomalia della relativa offerta.

Tale circostanza, conclude sul punto la parte appellante, è ancor più grave se si considera che essa aveva stimato di conseguire un utile pari a circa € 120.000,00, importo suscettibile di erosione per coprire le impercettibili discrepanze segnalate dalla controparte e poste erroneamente a fondamento della sentenza impugnata.

L'eccezione, così come riproposta in appello dalla parte appellante, non è meritevole di positiva valutazione.

Deve infatti osservarsi che essa ha ad oggetto una questione – attinente alla idoneità delle deduzioni attoree a dimostrare la complessiva inattendibilità dell'offerta della aggiudicataria – estranea ai profili di ammissibilità del ricorso, ma direttamente inerente ai temi di merito della controversia, ovvero alla idoneità delle discrepanze lamentate dalla ricorrente – tra le voci di costo oggetto di giustificazione da parte della aggiudicataria e quelle correttamente calcolate, anche alla luce delle eventuali “compensazioni” con il prefigurato utile di impresa – a porre in evidenza un deficit istruttorio e/o di ragionevolezza della valutazione di congruità della relativa offerta espletata dal RUP.

Da questo punto di vista, invero, non può non osservarsi che anche le censure intese a contestare, in modo analitico e non complessivo, la quantificazione di determinate voci di costo sono astrattamente suscettibili di far emergere l'inattendibilità complessiva dell'offerta, laddove, per consistenza delle voci medesime rispetto all'equilibrio generale dell'offerta ed entità degli “scostamenti”, ne inficino i parametri “minimi” di congruità: trattasi, tuttavia, di valutazione non espletabile dal giudice adito in sede di verifica preliminare dei presupposti di ammissibilità del ricorso, ma, piuttosto, in quella di esame delle censure formulate dalla parte ricorrente, nell'espletamento del controllo tipico di ragionevolezza in cui si esprime, *in subiecta materia* (intrisa di valutazioni di carattere tecnico-discrezionale della stazione appaltante), il sindacato di legittimità del giudice amministrativo.

5. Con ulteriore motivo di censura, la parte appellante deduce che le operazioni del RUP oggetto di contestazione da parte della ricorrente Idealfood non si inserivano in un procedimento di verifica dell'anomalia complessiva dell'offerta, ma erano rivolte esclusivamente a sondare il rispetto dei

minimi salariali previsti dalle Tabelle ministeriali, piuttosto che lo scostamento dai ‘valori medi’ del costo orario del lavoro indicati nelle medesime Tabelle, a tanto dovendo ritenersi orientata la portata conformativa della citata sentenza n. 5892/2019: ciò anche perché l’offerta presentata dalla appellante non era stata considerata anomala *ex lege*, con la conseguenza che il RUP doveva valutare il solo eventuale scostamento dai valori tabellari e la eventuale sussistenza di giustificazioni valide per derogare alle Tabelle ministeriali.

Il motivo non può essere accolto.

In primo luogo, infatti, la sentenza suindicata, la quale ha tracciato anche i binari lungo i quali avrebbe dovuto procedere la stazione appaltante nella sua attività rinnovatoria, ha chiaramente affermato che “*resta, in ogni caso, in capo all’amministrazione il dovere di rideterminarsi in merito alla congruità delle offerte, secondo i principi sopra riportati*” (ed in particolare quello inteso a sancire la derogabilità del costo del lavoro determinato con le pertinenti Tabelle ministeriali).

In secondo luogo, il giudice di primo grado ha appunto incentrato la sua analisi, coerentemente con la portata conformativa della sentenza suindicata, sulla attendibilità delle argomentazioni svolte dall’impresa aggiudicataria al fine di giustificare, in relazione alle voci di costo attinte dalle doglianze attoree, la discrasia tra il costo medio del lavoro determinato dalla offerente e quello tabellarmente ricavabile.

Né potrebbe sostenersi, come fa la parte appellante, che, non avendo la valutazione del RUP ad oggetto un’offerta anomala *ex lege*, il medesimo organo non avrebbe dovuto porre in essere alcuna verifica “minuziosa” delle singole voci di costo concorrenti a determinare l’offerta della aggiudicataria, in quanto, una volta che – su impulso del legislatore o, come nella specie, del giudice – si debba dare luogo ad una valutazione di congruità dell’offerta di un concorrente, questa non può che avvenire – in sede prima procedimentale, quindi processuale – con il grado di approfondimento necessario a verificare l’effettiva, quanto complessiva attendibilità dell’offerta medesima, anche sulla base della analisi di singole voci, purché dotate, come evidenziato prima, di un decisivo grado di significatività ai fini della suddetta valutazione.

6. Con il successivo motivo di appello, la parte appellante deduce che le valutazioni svolte dal giudice di primo grado travalicano i limiti posti al suo sindacato di legittimità, manifestando profili di ingerenza sostitutiva nelle valutazioni tecnico-discrezionali riservate alla stazione appaltante.

Il motivo non può essere accolto.

Deve infatti osservarsi che il giudice di primo grado ha fondato la pronuncia caducatoria appellata su rilievi inerenti alla attendibilità della valutazione di congruità svolta dal RUP, di cui ha

evidenziato i profili di carenza istruttoria ed illogicità, non essendo suffragata da una coerente verifica delle giustificazioni rese dalla aggiudicataria.

Da questo punto di vista, invero, non assume rilievo decisivo il riferimento al non eccessivo scostamento tra il costo medio indicato dalla aggiudicataria e quello risultante dalle pertinenti Tabelle ministeriali (pari al 9% per quasi tutte le figure professionali ed al 3,38% per i due aiuto-cuochi), non potendo escludersi *a priori* che anche uno scostamento relativamente contenuto rispetto ai parametri ministeriali sia suscettibile di incidere in modo significativo sulla attendibilità dell'offerta, laddove faccia emergere, anche in rapporto al costo complessivo del lavoro, una quota considerevole di costi non giustificati.

7. Con la successiva deduzione critica, la parte appellante lamenta che il T.A.R. ha statuito la tardività dei chiarimenti da essa resi al RUP circa il costo delle 7 unità aggiuntive proposte con la relativa offerta migliorativa, senza esprimere alcuna considerazione in ordine alla ragionevolezza della valutazione di congruità formulata al riguardo dal RUP.

La parte appellante contesta quindi il passaggio motivazionale della sentenza appellata, inteso ad escludere la sussistenza dei presupposti per il ricorso da parte della aggiudicataria alle agevolazioni contributive connesse alla assunzione delle sette figure "ulteriori" previste dalla relativa offerta, rispetto al personale beneficiario della cd. clausola sociale, mediante contratti di apprendistato professionalizzante, di cui all'art. 44 d.lvo n. 81/2015.

Deve preliminarmente trasciversi la componente motivazionale della sentenza appellata attinta dal motivo in esame:

"9.1. La ragionevolezza della predetta valutazione, che è il limite entro cui può esercitarsi il sindacato giudiziale su tale attività amministrativa di natura tecnico-discrezionale, è censurata da parte ricorrente, in primo luogo, con riguardo al costo delle "nuove sette unità proposte dalla Sirio in aggiunta a quelle oggetto di passaggio di cantiere" la cui riduzione è stata giustificata dall'offerente, nelle giustificazioni del 26 febbraio 2020, vantando l'applicazione di "un regime di agevolazione contributiva", ritenuta dalla ricorrente alla stregua di un'allegazione generica; successivamente, con integrazione del 29 ottobre 2020, la controinteressata ha aggiunto che, per tali risorse, avrebbe fatto ricorso anche a contratti di apprendistato, tipologia contrattuale da parte ricorrente ritenuta incompatibile con la lex specialis.

Inoltre, muovendo dal presupposto per cui l'incidenza economica complessiva del personale aggiuntivo non può essere considerata irrilevante sull'intera commessa, parte ricorrente evidenzia che, a fronte di un costo a base di gara indicato in euro 944.491,50 e di quello complessivamente indicato nell'offerta pari ad euro 877.500,00 per il triennio, il costo delle sette figure aggiuntive –

calcolato sulla base delle agevolazioni e del ricorso al contratto di apprendistato - è stato quantificato dalla controinteressata in euro 45.516,21 annui pari ad Euro 136.548,63 per il triennio, pari pertanto di circa il 15% rispetto al costo complessivamente offerto.

Il motivo è fondato.

9.2. Nelle giustificazioni rese in sede procedimentale dalla odierna aggiudicataria, il regime di favor tale da garantire una decontribuzione totale per i rapporti di lavoro in oggetto non ricondotta ad alcuna fonte legale. L'integrazione in tal senso è invero stata apportata solo in sede difensiva (relazione tecnica depositata in data 4 settembre 2021, nella quale si cita l'esonero contributivo pari al 100% garantito dalla legge di bilancio 2018 per le assunzioni a tempo indeterminato, effettuate nel 2018, di giovani entro i 35 anni di età, o con almeno 35 anni; tale asserzione è peraltro contestata, quanto alla sua efficacia temporale, da analogo relazione tecnica di parte ricorrente) ed è pertanto inidonea ad escludere la superficiale valutazione operata sul punto dall'amministrazione nel ritenere giustificata in parte la riduzione di costo.

9.3. Quanto al richiamo ai contratti di apprendistato professionalizzante, deve osservarsi, in generale, che tale tipologia di contratto, prevista dall'art. 44 del D. Lgs. 15 giugno 2015, n. 81 "Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183", dà luogo, sotto il profilo dinamico, ad un rapporto di lavoro a tempo indeterminato a struttura bifasica, con una prima fase contraddistinta da una causa mista (cfr. Cassazione civile, sez. lav., 3 febbraio 2020, n. 2365), poiché al normale scambio tra prestazione di lavoro e retribuzione si aggiunge l'elemento specializzante costituito dallo scambio tra attività lavorativa e formazione professionale e una seconda fase, condizionata al mancato recesso ex art. 2118 c.c., in cui il rapporto si trasforma nel tipico rapporto di lavoro subordinato.

La causa così articolata è peraltro funzionale al conseguimento di una qualificazione professionale del dipendente attraverso la formazione sul lavoro, in termini di acquisizione di competenze di base, trasversali e tecnico-professionali; cosicché, il datore di lavoro è obbligato ad impartire un addestramento necessario a far conseguire all'apprendista la relativa qualifica professionale (vi è pertanto anche l'onere della compresenza di un tutore nell'ordinario svolgimento dell'attività lavorativa). Il favorevole regime economico, evidenziato da risparmi rilevanti per l'impresa, sia in termini di retribuzione sia soprattutto in sede contributiva (dove il risparmio ammonta ordinariamente al 20 per cento della retribuzione), deriva pertanto da tale peculiare conformazione della causa negoziale (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 12 maggio 2020, n. 2984; Cons. Stato Sez. V, 24 novembre 2021, n. 7865).

9.4. Ne discende che, quanto all'utilizzo di tale tipologia di contratto nell'ipotesi in cui la disciplina del caso imponga la disponibilità di personale (almeno in parte già) qualificato, è necessaria una verifica contestualizzata. Da ultimo, la giurisprudenza ha infatti precisato che “non può affermarsi in termini generali e aprioristici l'incompatibilità fra apprendistato professionalizzante e personale, atteso che il programma formativo può articolarsi in modo ampio e vario, e non risultare necessariamente discorde con un'attività essa stessa qualificata: solo nel caso in cui risultasse obliterata in concreto la causa formativa si avrebbe un'illegittimità dell'impiego dello strumento contrattuale, con conseguente applicazione delle eventuali sanzioni di legge, oltre ai rimedi previsti nel contratto d'appalto (...), la sola assunzione con contratto di apprendistato professionalizzante non vale a escludere sic et simpliciter l'adeguatezza del lavoratore a svolgere attività (già) qualificate: anche sotto questo profilo, la compatibilità dello strumento contrattuale dell'apprendistato con la modalità d'impiego (qualificata) del lavoratore va valutata avendo riguardo al rapporto in termini concreti fra la qualificazione già vantata dal lavoratore e quella da acquisire a mezzo del percorso formativo programmato” (Cons. Stato Sez. V, 2 aprile 2021, n. 2747).

Nel caso specifico, la generica affermazione contenuta nelle integrazioni alle giustificazioni dell'utilizzo di contratti di apprendistato ha ovviamente precluso la valutazione in concreto della compatibilità di tale strumento giuridico con la commessa oggetto di appalto e conseguentemente reso irragionevole anche la determinazione di congruità. Deve al contrario rilevarsi che tra le figure professionali aggiuntive (1 Responsabile del Servizio, n. 1 Dietista, n. 1 Lead Auditor, n. 1 Biologo, n. 1 Addetto alla manutenzione, n. 2 Refezioniste), da assumere con il contratto di apprendistato, ve ne sono alcune per le quali certamente si richiede una competenza anche specialistica e non meramente “operativa”.

9.5. Dirimente è in ogni caso la previsione dell'art. 19 del capitolato speciale il cui comma 1 prevede che “la ditta appaltatrice dovrà garantire personale professionalmente e numericamente adeguato”; aggiungendo, al comma 6, che “tutto il personale deve essere formato professionalmente al fine di garantire il servizio richiesto e deve essere costantemente aggiornato dalla ditta appaltatrice sui vari aspetti della refezione collettiva, tenuto conto anche di quanto previsto dal decreto del Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio del 25 luglio 2011”; nella medesima disposizione vengono pertanto enumerate, sebbene a titolo comunque non esaustivo, i campi specifici di aggiornamento (tutti connotati da profili specialistici: aspetti nutrizionali e dietetici della ristorazione, diete speciali compresa la celiachia; controlli in materia di sicurezza alimentare e igiene dei prodotti alimentari; tecnologia della cottura e conservazione

degli alimenti; corretta gestione dei rifiuti ecc.) e specificato ulteriormente l'oggetto dell'informazione destinata al personale addetto alla distribuzione (modalità di somministrazione diete speciali; norme igieniche da osservare durante la distribuzione, pulizia sanificazione, disinfezione dei locali, attrezzature e materiali).

Riguardo alla interpretazione di detta previsione, è ius receptum in giurisprudenza il principio secondo cui dev'essere "privilegiata, a tutela dell'affidamento delle imprese, l'interpretazione letterale del testo della lex specialis, dalla quale è consentito discostarsi solo in presenza di una sua obiettiva incertezza, atteso che è necessario evitare che il procedimento ermeneutico conduca all'integrazione delle regole di gara palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale" (Cons. Stato, Sez. V, 31 marzo 2021, n. 2710; Cons. Stato Sez. III, 8 luglio 2021, n. 5203).

Nel caso specifico, la lettura testuale della disposizione sopra richiamata, in cui la formazione professionale è imposta al fine di garantire il servizio – la cui erogazione agli alunni delle scuole destinatarie della ristorazione non può ovviamente attendere la conclusione del ciclo di apprendistato dei dipendenti– già di per sé esclude l'opzione interpretativa suggerita dall'amministrazione, secondo cui non è imposta la disponibilità di risorse "già formate", potendo esse formarsi anche in costanza di esecuzione della commessa.

Tale conclusione è peraltro avvalorata da quanto aggiunto al comma 3, in cui si distingue la formazione di base, che deve essere "già" in possesso dei dipendenti al momento della loro assunzione, dal loro costante aggiornamento su campi specifici, come si evince dalla congiunzione "e" ivi contenuta.

La fondatezza della censura fin qui esaminata è sufficiente a qualificare come irragionevole la complessiva valutazione di incongruità".

Ciò premesso, il motivo in esame è meritevole di accoglimento, nella sola parte in cui la società appellante lamenta che il T.A.R. ha attribuito valore decisivo, ai fini della qualificazione come "superficiale" della valutazione condotta dal RUP in ordine alla congruità dell'offerta della aggiudicataria relativamente alle suddette figure lavorative, al "quando" della produzione delle giustificazioni da parte della aggiudicataria: deve infatti osservarsi che il titolo giustificativo della operata riduzione del costo del lavoro relativo alle sette unità di personale ulteriori rispetto a quello beneficiario della cd. clausola sociale era stato già, sebbene succintamente, indicato dall'impresa sottoposta a verifica di congruità in sede di giustificativi, mediante il richiamo delle "agevolazioni contributive" spettanti al riguardo.

Né, per tale solo motivo, la valutazione del RUP potrebbe considerarsi superficiale e/o carente di motivazione, avendo esso fatto affidamento sulle complessive giustificazioni rese dalla aggiudicataria, idonee ad integrare *ob relationem*, dal punto di vista motivazionale, il provvedimento impugnato.

La parte appellante contesta quindi la tesi del T.A.R., secondo cui la *lex specialis* impedirebbe l'assunzione con contratto di apprendistato di personale che non sia già professionalmente formato, evidenziando che anche quello già formato sul piano teorico, e quindi idoneo a garantire la corretta esecuzione del servizio, può essere destinatario di siffatta tipologia di assunzione, anche nell'ottica di garantire la libertà organizzativa dell'impresa.

Il motivo non è meritevole di accoglimento.

Deve infatti osservarsi che, come si è appena visto, la sentenza appellata si fonda su una analitica esposizione dei motivi sottesi alla ritenuta incompatibilità tra il contratto di apprendistato *de quo*, finalizzato a far conseguire all'apprendista una qualificazione professionale, e le norme della *lex specialis* che richiedono che il personale da utilizzare per l'esecuzione del servizio sia già “*formato professionalmente*”.

La parte appellante, oltre a fare appello alla sua libertà auto-organizzativa – la quale tuttavia deve esplicitarsi entro i limiti previsti dalla *lex specialis*, come delineati dalla sentenza appellata – si limita ad evidenziare che l'apprendista può ben essere formato da un punto di vista teorico, essendo l'apprendistato necessario solo ad “*avvicinarsi al mondo del lavoro*”.

Ebbene, la non condivisibilità della deduzione, al fine di minare la complessiva tenuta argomentativa della sentenza appellata, discende proprio dalla sua eccessiva genericità, non essendo fornito alcun elemento di prova a dimostrazione del fatto che il personale da assumere sia già “*teoricamente*” formato né alcuna concreta allegazione in relazione “*al rapporto in termini concreti fra la qualificazione già vantata dal lavoratore e quella da acquisire a mezzo del percorso formativo programmato*”, che secondo la sentenza appellata, sulla scorta della pregressa giurisprudenza da essa richiamata, è funzionale alla “*valutazione in concreto della compatibilità di tale strumento giuridico con la commessa oggetto di appalto*”.

Non assume invece alcun rilievo il fatto che la suddetta tipologia contrattuale riguardi solo le sette unità da assumere al di fuori della cd. clausola sociale, essendo le norme della *lex specialis* richiamate dalla sentenza appellata, come del resto posto in evidenza dal T.A.R., relative a tutto il personale da impiegare nella commessa, senza possibilità di distinguere, per i fini *de quibus*, tra personale da riassorbire, perché già al servizio del gestore uscente, e personale da assumere *ex novo*.

Deve solo aggiungersi che non sono pertinenti le deduzioni svolte dalla parte appellante con il motivo di appello in esame in ordine alle modalità applicative della cd. clausola sociale, le quali – ribadisce la parte appellante - devono essere temperate con la libertà organizzativa dell'impresa subentrante, non incidendo la suddetta clausola sulla determinazione del costo del lavoro relativo al personale non interessato dall'assorbimento, come quello cui si riferiscono i riportati passaggi motivazionali della sentenza appellata.

8. Le successive argomentazioni critiche della parte appellante hanno ad oggetto la sentenza appellata laddove si sofferma sulla carenza giustificativa nella quale è incorsa la aggiudicataria in relazione agli scostamenti al ribasso rispetto alle tabelle ministeriali contestati dalla originaria ricorrente.

Il T.A.R. ha in particolare posto l'accento, a tale riguardo, sulla mancata considerazione nel costo del personale assorbito per effetto della cd. clausola sociale dei due scatti di anzianità previsti dalla tabella ministeriale, evidenziando che si trattava di una informazione facilmente reperibile, trattandosi di personale destinato ad essere assorbito alle medesime condizioni già in essere.

Deduce in senso contrario la parte appellante che essa non poteva immaginare che tutto il personale impiegato presso il gestore uscente fosse già stato sottoposto agli scatti di anzianità e che comunque trattasi di una voce di costo quasi insignificante, in rapporto al valore dell'affidamento stimato in oltre € 900.000,00 annui, aggiungendo che non sussiste un obbligo generalizzato di mantenimento degli scatti d'anzianità già posseduti dal personale.

Ebbene, il primo profilo della censura non può essere accolto, non inficiando la valutazione del T.A.R. in ordine alla “*facile reperibilità*” della suddetta informazione.

Il terzo profilo di censura – con il conseguente assorbimento del secondo – è invece meritevole di accoglimento, avendo la giurisprudenza affermato che, in mancanza di espresse indicazioni di segno contrario della *lex specialis*, non è configurabile un obbligo di inquadramento del personale (eventualmente) assorbito allo stesso livello d'anzianità già posseduto (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 6761 del 2 novembre 2020).

9. Il T.A.R. ha altresì accolto, sotto il profilo suindicato, la censura di parte ricorrente intesa a sostenere, quanto al contributo EBT ed alla relativa quota INPS, che, in ragione della mancata adesione ad un'associazione di categoria e della mancata iscrizione all'Ente Bilaterale (EBT), l'impresa avrebbe risentito di un costo maggiore, essendo obbligata a versare lo 0.60% su paga base e contingenza (e non lo 0,20%) direttamente al lavoratore.

Deduce in senso critico la parte appellante, in primo luogo, che tale voce contributiva incide per circa lo 0,20% sulla paga del lavoratore, con la conseguenza che si rinverrebbe comunque uno scostamento minimo del prezzo effettivo del lavoro rispetto a quanto offerto.

Essa deduce inoltre che il T.A.R. non ha considerato che la mancata iscrizione all'Ente Bilaterale da parte della Sirio consentiva alla stessa di non corrispondere tale contributo, dato che il lavoratore riceveva un'adeguata copertura mediante differenti istituti non indagati dal giudice di primo grado. Essa richiama in particolare la nota n. 80/2010 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, con la quale si chiarisce l'adesione volontaria all'Ente bilaterale, e dunque la non obbligatorietà del versamento del relativo contributo.

Il motivo di appello è meritevole di accoglimento, laddove evidenzia che l'accoglimento della censura non è accompagnato da una verifica della effettiva incidenza dello scostamento sulla attendibilità complessiva dell'offerta della aggiudicataria: verifica tanto più necessaria in considerazione della rilevanza minima del suddetto scostamento.

10. Il T.A.R. ha quindi evidenziato che *“sulla base di una presunzione priva di giustificazione, a fronte di una previsione di stima del 30% contenuta nelle tabelle ministeriali, l'aggiudicatrice ha escluso categoricamente che il personale aggiuntivo avrebbe aderito alla previdenza complementare”*.

Osserva sul punto la parte appellante che, con la nota del 25 febbraio 2020, essa aveva rappresentato di aver già sondato il mercato e di aver reperito figure professionali che non avevano intenzione di aderire alla previdenza complementare, determinandosi il risparmio di spesa prospettato.

Il motivo non è meritevole di accoglimento.

Deve infatti osservarsi che la parte appellante ha fondato la suddetta conclusione, in sede di giustificazioni (cfr. la nota richiamata in appello del 25 febbraio 2020), sul fatto che *“nessuno dei lavoratori assunti o da assumere in applicazione della clausola sociale (...) ha aderito alla previdenza complementare per cui il relativo costo non è da considerare”*, mentre fonda l'odierno gravame sul reperimento di personale che non avrebbe intenzione di aderire alla previdenza complementare. ebbene, la rilevata discrasia impedisce di attribuire valenza persuasiva alla deduzione della parte appellante, siccome contraddittoria rispetto a quella esplicitata in sede procedimentale.

11. La parte appellante contesta quindi la sentenza appellata laddove rileva quanto segue:

“10.2. Quanto al calcolo delle ore mediamente lavorate, la quantificazione proposta dalla controinteressata si fonda su una asserita riduzione a zero delle ore di “non lavorate” per permessi

e assemblee sindacali e sul dimezzamento delle ore per malattia, gravidanza, infortunio, con conseguente riduzione del costo di sostituzione, rispetto alla stima media contenuta nella tabella ministeriale, senza fornire alcun valido supporto probatorio in ordine a siffatti scostamenti, limitandosi al richiamo alle statistiche aziendali.

Su tale ultimo profilo, in linea con quanto in generale sottolineato con riguardo agli scostamenti dalle tabelle ministeriali (cfr. supra punto 4), è stato osservato che “il numero delle ore annue mediamente non lavorate è composto, da un lato, da una quota non suscettibile di oscillazione, in quanto ancorata a dati oggettivi invariabili perché determinati dalla contrattazione collettiva (in relazione a ferie, festività, riduzione orario contrattuale) e, dall'altro, da una quota che - pur variando da un'azienda all'altra (in relazione a permessi e assemblee sindacali, diritto allo studio, malattia, infortuni, maternità, formazione) - viene uniformemente predeterminata dalle tabelle ministeriali sulla base di medie statistiche nazionali. Eventuali scostamenti nella stima delle ore medie di assenza dai dati di cui alle tabelle ministeriali possono essere sì correlate a valutazioni statistiche ed analisi aziendali evidenziando una particolare organizzazione in grado di giustificare la sostenibilità di costi inferiori, ma l'impresa deve comunque rigorosamente dimostrare l'attendibilità delle diverse previsioni svolte, sulla base della sua effettiva pregressa esperienza aziendale nel settore, tenuto conto che, poiché il dato delle ore annue mediamente lavorate dal personale coinvolge eventi (malattie, infortuni, maternità) che non rientrano nella disponibilità dell'impresa, esso necessita di una stima prudenziale, che non può essere rimessa a mere dichiarazioni provenienti dalla società interessata (Cons. Stato, Sez. III, 31 dicembre 2020, n. 8544; Cons. Stato, Sez. V, 2020, n. 7544, cit.; Cons. Stato, Sez. V, 30 ottobre 2019, n. 741; Cons. Stato, Sez. III, 18 settembre 2018, n. 5444; Cons. Stato, V, 20 febbraio 2017, n. 756; Cons. Stato, Sez. V, 9 aprile 2015, n. 1813) (Cons. Stato Sez. V, 3 maggio 2021, n. 3472)”.

Allega in senso critico la parte appellante che essa non ha affatto totalmente azzerato le ore non lavorate, avendo previsto esclusivamente una riduzione di 50 ore per minor malattia ed infortuni e di 13 ore per assemblee, ferie e permessi.

Essa lamenta quindi che né la Idealfood né il T.A.R. sono stati in grado di dimostrare la non sostenibilità delle stime prodotte dalla Sirio in ordine alle ore non lavorate e ritenute congrue dal RUP.

Il motivo non è meritevole di accoglimento, non inficiando la sentenza appellata laddove, sulla scorta della richiamata giurisprudenza (la cui pertinenza alla fattispecie non viene contestata dalla parte appellante), ha rilevato che l'impresa sottoposta a valutazione di congruità non ha assolto al

suo onere di dimostrare che le sue specifiche modalità organizzative determinano l'inconferenza in concreto delle rilevazioni statistiche sulle quali si basa l'elaborazione delle Tabelle ministeriali.

Da questo punto di vista, l'impostazione difensiva della parte appellante si fonda su una inversione dell'onere probatorio – che vorrebbe imputare alla parte ricorrente la dimostrazione della incongruità della stima effettuata dal concorrente la cui offerta sia oggetto di verifica di congruità - dissonante rispetto al richiamato orientamento giurisprudenziale, con la conseguente correttezza della sentenza appellata, la quale ha fatto discendere la statuizione di annullamento, *in parte qua*, proprio dalla rilevata carenza istruttoria del provvedimento del RUP, quale precipitato della insufficienza delle giustificazioni rese sul punto dalla Sirio.

Né la conclusione è suscettibile di mutare a seconda della entità della riduzione delle ore non lavorate previste dall'impresa sottoposta a valutazione, potendosi anche in caso di non azzeramento delle stesse l'esigenza di dimostrare le ragioni dello scostamento rispetto alla misura tabellare.

12. La parte appellante osserva quindi che il T.A.R. non ha posto in evidenza alcun profilo di manifesta irragionevolezza delle valutazioni del RUP, avendo focalizzato la sua attenzione – ed il conseguente accoglimento del gravame – sulla insufficienza dei chiarimenti resi dall'operatore economico e ritenuti congrui dal RUP, sostituendo le sue valutazioni a quelle proprie della stazione appaltante, non essendo rimessa al giudice amministrativo alcuna valutazione circa la completezza dei chiarimenti resi dal concorrente.

Il motivo non può essere accolto, atteso che la sufficienza delle giustificazioni rese dal concorrente, in particolare in relazione agli scostamenti della sua offerta rispetto al costo medio del lavoro risultante dalle Tabelle ministeriali, concorre appunto allo svolgimento del sindacato giurisdizionale *in subiecta materia*, concretizzando uno dei profili dimostrativi dell'eccesso di potere – *sub specie* di carenza e/o inadeguatezza istruttoria – inficiante la valutazione di congruità operata dalla stazione appaltante.

13. Infine, deduce la parte appellante, in via subordinata, che l'unica conseguenza che sarebbe potuta derivare dall'accoglimento del ricorso doveva essere l'annullamento dei provvedimenti gravati, con il contestuale ordine al RUP di procedere nuovamente alla verifica di congruità dell'offerta.

L'appello, *in parte qua*, è meritevole di accoglimento.

Deve infatti osservarsi che la sentenza appellata, incentrata sulla rilevazione di specifici elementi di incongruità inerenti alle voci di costo esaminate, è monca proprio di una complessiva valutazione di non attendibilità dell'offerta della aggiudicataria, anche in considerazione della possibilità di compensare gli scostamenti ingiustificati dalle Tabelle ministeriali con il margine di utile previsto

dall'offerta della appellante: valutazione che non potrebbe che essere rimessa all'Amministrazione ma che, nelle more del suo svolgimento in ossequio alla portata conformativo-rinnovatoria della sentenza di annullamento, non consente di predicare in capo alla parte ricorrente un titolo certo ed attuale a subentrare nel rapporto contrattuale costituito con l'aggiudicataria.

14. In conclusione, l'appello deve essere parzialmente accolto, nei sensi precisati in motivazione, mentre sussistono giuste ragioni per disporre la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) accoglie in parte l'appello, nei sensi precisati in motivazione.

Spese compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesca Quadri, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

Giovanni Tulumello, Consigliere

L'ESTENSORE

Ezio Fedullo

IL PRESIDENTE

Francesca Quadri

IL SEGRETARIO
