

Pubblicato il 19/02/2021

N. 00062/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00536/2020 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 l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 536 del 2020, proposto da ABN - A&B Network Sociale Società cooperativa sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Calabrese, con domicilio eletto presso il suo studio in Perugia, via delle Prome n. 20, e domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di Perugia, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca Zetti, Rossana Martinelli e Sara Mosconi, con domicilio eletto presso l'Avvocatura comunale in Perugia, via Oberdan n. 50, e domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

- di Co.N.Ser. Soc. coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Buchicchio e Marco Massoli, con domicilio eletto presso il loro studio in Perugia, via XX Settembre n. 76, e domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- di Le Macchine Celibi Soc. coop. a r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale dell'Area Servizi alla persona del Comune di Perugia n. 1750 del 30.09.2020, trasmessa in allegato alla PEC del 30.9.2020, di approvazione delle operazioni

di gara avente ad oggetto “*Procedura aperta per l'appalto dei servizi del sistema bibliotecario comunale. Aggiudicazione (CIG 81170208CC)*”;

- dei verbali di gara approvati con la predetta determinazione dirigenziale, inclusi i verbali del 22.09.2020 in seduta riservata, riferita alla definitiva valutazione di congruità dell’offerta economica di CO.N.SER., e del 24.9.2020, contenente la proposta di aggiudicazione della gara;
- di ogni altro e/o provvedimento presupposto, conseguente e, comunque connesso a quelli sopra indicati, quand’anche non conosciuto;

e per la declaratoria di inefficacia

del contratto eventualmente stipulato con la controinteressata Co.N.Ser. Società cooperativa a r.l. e del diritto della ricorrente a conseguire l’aggiudicazione della gara, con stipulazione del contratto, o a subentrare nella sua esecuzione, quale risarcimento in forma specifica, previa declaratoria di intervenuta risoluzione di diritto di quanto nel caso stipulato con la controinteressata,

ovvero, in via gradata, per la declaratoria del diritto della ricorrente al risarcimento del danno per equivalente in conseguenza della mancata aggiudicazione a suo favore.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Perugia e di Co.N.Ser. Soc. coop.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore il dott. Davide De Grazia nell’udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2021, celebrata mediante collegamento in videoconferenza da remoto ai sensi dell’art. 25 del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. – Con determinazione dirigenziale n. 1359 del 27.11.2019, il Comune di Perugia indiceva la gara per l’affidamento del servizio di gestione del sistema bibliotecario comunale, per l’importo posto a base di gara e soggetto a ribasso di € 1.161.472,67, per la durata di 3 anni, rinnovabili per eguale periodo, con aggiudicazione secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, *ex art. 95, c. 3, lett. a)*, del d.lgs. n. 50/2016.

2. – Presentavano le proprie offerte ABN - A&B Network Sociale Società cooperativa sociale (di seguito “ABN”), Co.N.Ser. Soc. coop. quale mandataria del costituendo R.T.I. con Società Cooperativa Culture (di seguito “Co.N.Ser.”) e Le Macchine Celibi Soc. coop. a r.l. (di seguito “LMC”).

3. – Limitando la trattazione ai profili di rilievo ai fini del presente giudizio, all’esito dell’apertura delle buste contenenti le offerte tecniche e di quelle contenenti le offerte economiche, nella seduta del 17.06.2020 la commissione di gara stilava la graduatoria provvisoria, che vedeva Co.N.Ser. classificarsi al primo posto con punti 100, ABN al secondo posto con punti 78,21 e LMC al terzo posto con punti 61,31.

4. – Nella stessa seduta, veniva individuata un’ipotesi di anomalia nell’offerta presentata dalla prima classificata e, pertanto, veniva disposto che il RUP procedesse alla verifica di congruità, eventualmente anche con l’ausilio della commissione giudicatrice.

5. – Così, con nota del 19.06.2020, rilevando il superamento dei limiti prescritti dall’art. 97, c. 3, del d.lgs. n. 50/2016, il RUP chiedeva a Co.N.Ser. spiegazioni in merito agli elementi costitutivi dell’offerta formulata atte a comprovare la congruità e l’attendibilità della stessa nel suo complesso, con riguardo anche ai costi della manodopera ed agli oneri aziendali dichiarati.

6. – Co.N.Ser. riscontrava la richiesta del RUP con le spiegazioni di cui alla nota del 3.07.2020.

7. – Alla nota dell’operatore economico faceva seguito la missiva del 7.09.2020, con cui il RUP chiedeva chiarimenti su quale contratto collettivo nazionale di lavoro “Multiservizi”, tra quelli depositati presso il CNEL, era applicato dalla cooperativa e sul decreto ministeriale utilizzato quale parametro in relazione al costo del personale.

Inoltre, il RUP, ritenuto che l’operatore aveva proposto un profilo professionale – livello 1 del CCNL “Multiservizi” – la cui declaratoria non appariva rispondente al livello B1 del capitolato speciale e considerata la corrispondenza tra i livelli 2 e 3 del CCNL “Multiservizi” e i livelli B1 e C1 del CCNL “Federculture”, chiedeva a Co.N.Ser. di riformulare le giustificazioni limitatamente ai calcoli inerenti il dettaglio della voce del costo del personale ed il riepilogo generale del conto economico.

Infine, tenuto conto che nei suoi chiarimenti l’operatore economico aveva spiegato che per otto unità di personale avrebbe beneficiato di sgravi ed agevolazioni fiscali e contributive per complessivi € 39.500,00 annui, il RUP chiedeva a Co.N.Ser. di precisare quanti lavoratori dell’operatore uscente sarebbero stati riassorbiti in base alla clausola sociale, specificando il livello di inquadramento, se *full-time* o *part-time* e, in tal caso, la relativa percentuale.

8. – Co.N.Ser. dava riscontro alla richiesta del RUP con gli ulteriori chiarimenti del 8.09.2020.

9. – In data 22.09.2020, il RUP e la commissione giudicatrice valutavano le giustificazioni prodotte da Co.N.Ser. sufficientemente esaustive e dettagliate in termini di costi per la sicurezza e del personale, spese generali, utile d'impresa e condizioni favorevoli, con conseguente giudizio complessivamente positivo circa l'affidabilità e la sostenibilità economica dell'offerta, rinviando *per relationem* alle giustificazioni presentate dall'operatore per la motivazione analitica delle singole voci.

10. – In data 24.09.2020, la stazione appaltante chiedeva a Co.N.Ser. la comprova del possesso del requisito di capacità economica e finanziaria (fatturato minimo nel settore oggetto dell'appalto nel triennio 2016-2017-2018 di importo non inferiore a € 900.000,00), già dichiarato nel DGUE, precisando che la comprova avrebbe potuto essere fornita con le fatture di vendita di servizi bibliotecari ovvero con gli estratti del bilancio dai quali evincessero i ricavi specifici per servizi bibliotecari.

11. – In data 27.09.2020 Co.N.Ser. dava riscontro alla richiesta di cui al punto che precede inviando alla stazione appaltante gli estratti dei bilanci degli anni 2016, 2017 e 2018 con le relative note integrative e le copie delle fatture relative al triennio 2016-2018 per attività inerenti a servizi nel settore oggetto della gara, in ottemperanza a quanto previsto all'art. 7.2 lettera a) del disciplinare, corredate di fogli di lavoro in formato di *file excel* riepilogativi per ciascun anno considerato.

12. – A conclusione delle verifiche di cui ai punti precedenti, con determinazione dirigenziale n. 1750 del 30.09.2020 veniva disposta in favore di Co.N.Ser. l'aggiudicazione del servizio.

13. – Con ricorso del 28.10.2020, notificato il 29.10.2020 e depositato il 6.11.2020, ABN ha impugnato dinnanzi a questo Tribunale Amministrativo Regionale l'aggiudicazione del servizio in favore di Co.N.Ser. e ne ha chiesto l'annullamento con dichiarazione dell'inefficacia del contratto eventualmente *medio tempore* stipulato con la controinteressata Co.N.Ser. e del diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione della gara con stipulazione del relativo contratto, o a subentrare nella sua esecuzione, quale risarcimento in forma specifica, ovvero, in via gradata, per la declaratoria del diritto della ricorrente al risarcimento del danno per equivalente in conseguenza della mancata aggiudicazione a suo favore.

A sostegno del ricorso, ABN ha articolato due motivi di ricorso, che possono così sintetizzarsi:

1) violazione della *lex specialis*, violazione dell'art. 83, cc. 1 e 4, lett. a), e dell'art. 86, c. 4, del d.lgs. n. 50/2016, violazione degli artt. 1, 3 e 6 della legge n. 241/1990 ed eccesso di potere per difetto di istruttoria in relazione alla mancata esclusione dell'aggiudicatario per mancanza del

requisito di capacità economica e finanziaria di cui all'art. 7.2 del disciplinare di gara, il cui possesso da parte di Co.N.Ser., secondo la ricorrente, non sarebbe provato;

2) violazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 ed eccesso di potere per carenza di istruttoria, erroneità dei presupposti e sviamento in considerazione dell'offerta di Co.N.Ser., che ABN ritiene vistosamente anomala in primo luogo in relazione al forte ribasso offerto e, in secondo luogo, in considerazione dell'incidenza degli impegni assunti dall'aggiudicataria rispetto alla clausola sociale di cui all'art. 13 del capitolato speciale ed all'art. 23 del disciplinare di gara.

14. – Si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso sia il Comune di Perugia che Co.N.Ser. Quanto al primo motivo, entrambe le parti resistenti hanno dedotto che il requisito di capacità economica e finanziaria è stato adeguatamente provato da Co.N.Ser. mediante l'invio alla stazione appaltante degli estratti dei bilanci degli anni 2016, 2017 e 2018 corredati dalle note integrative e delle copie delle fatture relative agli stessi anni per servizi rientranti nel settore di attività oggetto dell'appalto.

Quanto al secondo motivo di ricorso, le parti resistenti hanno dedotto l'inammissibilità della censura relativa all'anomalia dell'offerta formulata mediante comparazione con il ribasso offerto da altro concorrente e, comunque, l'infondatezza del motivo, dal momento che, incontestata l'applicazione del trattamento salariale minimo previsto dal CCNL Multiservizi, rispetto alle tabelle ministeriali di cui al D.M. 13.02.2014 per il settore multiservizi il ribasso offerto determinerebbe uno scostamento del 6,34% circa, che non potrebbe ritenersi "considerevole e palesemente ingiustificato". Per quanto riguarda l'articolazione del motivo incentrata sulla clausola sociale, le parti resistenti hanno eccepito l'inammissibilità dello stesso, attenendo le relative questioni al momento esecutivo del contratto (con conseguente giurisdizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro rispetto alle controversie concernenti l'applicazione della clausola) e hanno inoltre sottolineato che la clausola sociale deve essere formulata ed intesa in maniera elastica e non rigida, richiedendo la sua applicazione il necessario bilanciamento di più valori, tutti di rango costituzionale, quali, da una parte, il diritto al lavoro e, dall'altra parte, la libertà di iniziativa economica privata, che postula il diritto in capo all'imprenditore di perseguire l'efficienza dell'organizzazione aziendale e dei fattori della produzione, con conseguente inconfigurabilità in capo allo stesso di un obbligo di riassorbimento della forza lavoro del gestore uscente.

15. – In vista della discussione del ricorso, l'Amministrazione intimata e la controinteressata hanno depositato memorie.

La ricorrente ha depositato memoria di replica.

16. – All’udienza pubblica del 26 gennaio 2021, celebrata mediante collegamento in videoconferenza da remoto ai sensi dell’art. 25 del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

17. – Con il primo motivo di ricorso, ABN deduce che, nel corso del procedimento, e precisamente in riscontro alla nota della stazione appaltante del 24.09.2020, Co.N.Ser. non avrebbe dato adeguata dimostrazione del possesso del requisito di capacità economica e finanziaria, indicato nella *lex specialis* nel fatturato minimo nel settore oggetto dell’appalto nel triennio 2016-2017-2018 di importo non inferiore a € 900.000,00.

17.1. – Secondo la ricorrente, il mancato assolvimento della prova del possesso del requisito discenderebbe dalle seguenti considerazioni:

- nel DGUE Co.N.Ser. aveva dichiarato un fatturato nel triennio pari a € 976.655,00, che, però, corrisponderebbe ai generali ricavi della società, e non al fatturato specifico per servizi bibliotecari;
- in sede di comprova, l’aggiudicataria avrebbe allegato fogli *excel* esponenti un fatturato – per i tre anni considerati ed escludendo le fatture emesse nel 2019 perché non pertinenti – pari a complessivi € 911.760,47, importo molto vicino alla soglia minima prevista dagli atti di gara;
- sempre nella documentazione inviata da Co.N.Ser. per la comprova del requisito si troverebbero fatture di dubbia riferibilità a servizi prestati nel settore oggetto dell’appalto (come le fatture nn. 54 e 55 del 2016 per “censimento e analisi documentazione” e per “analisi documentazione cartacea”, per un importo complessivo di € 5.550,00, e le nn. 7PA e 16PA del 2018 per “distribuzione materiale periodico”, per un totale di € 5.341,00);
- inoltre, una voce del foglio *excel* relativo al 2018 (fattura 47PA del 2018, per un importo di € 5.280,00) sarebbe priva di riscontro documentale nelle fatture trasmesse in copia, mentre altre voci (fatture n. 10 del 2017, n. 21 del 2017 e n. 59 del 2018) sarebbero state riportate con arrotondamento per eccesso rispetto agli importi indicati nella documentazione allegata;
- il documento n. 63 del 2018 è indicato in testa come fattura e in calce come nota di credito, per cui il relativo importo di € 2.875,00 avrebbe dovuto essere espunto dal conteggio e, anzi, da quest’ultimo avrebbe dovuto essere sottratto un ulteriore pari importo;
- il riferimento alla fattura n. 5PA del 2018, per importo di € 996,00, è inserito due volte nel foglio *excel* con due date di emissione diverse (8.01.2018 e 8.08.2018);

- infine, ferma restando la sufficienza delle deduzioni sopra sintetizzate per ritenere non raggiunta la prova del possesso del requisito di capacità economica e finanziaria, delle fatture trasmesse da Co.N.Ser. alla stazione appaltante, alcune soltanto avrebbero la forma della “*copia di cortesia di fattura elettronica*”, mentre le altre sarebbero state inviate in “*versione prodotta e stampata in proprio*”, circostanza che, secondo la ricorrente, avrebbe dovuto spingere l’Amministrazione a pretendere l’invio della stessa documentazione contabile in formato di copia di cortesia di fatturazione elettronica, ritenuto più affidabile. A quest’ultimo riguardo, parte ricorrente ha formulato istanza istruttoria volta alla emissione dell’ordine di deposito delle fatture emesse nel triennio 2016-2017-2018 nei confronti di p.a. per servizi bibliotecari nel formato “*copia di cortesia di fattura elettronica*” e degli estratti autentici delle scritture contabili relativi allo stesso periodo.

17.2. – Co.N.Ser. controdeduce che l’oggetto dell’attività tipicamente svolta dalla società, come ricavabile dalla visura camerale (codice Ateco 91.01), lascia intendere che non sussiste alcuna divergenza tra il fatturato annuo generico e il fatturato annuo “specifico” nel settore di attività oggetto dell’appalto, tenuto conto della latitudine dei servizi messi a bando per come descritti dall’art. 8 del capitolato speciale di gara. Ad ogni modo, l’art. 7.2, lett. a), del disciplinare di gara, prevedeva espressamente che la comprova del requisito avrebbe dovuto essere fornita, per le società di capitali, «*mediante i bilanci approvati alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte corredati della nota integrativa*».

17.3. – Per quanto riguarda l’idoneità della documentazione contabile inviata da Co.N.Ser. e la presenza di alcune incongruenze, entrambe le parti resistenti deducono che eventuali refusi o sviste sono riconducibili alla strettezza dei tempi dati dalla stazione appaltante all’operatore economico ai fini della comprova del requisito e, comunque, che:

- le prestazioni aventi ad oggetto analisi documentazione, censimento e classificazione di documenti, esposte nelle fatture nn. 54 e 55 del 2016, e così anche quelle relative alla distribuzione di materiale periodico, di cui alle fatture 7PA e 16PA del 2018, sono riconducibili alle attività previste dall’art. 8, punto b) del capitolato e quindi i relativi importi sono stati valutati, a prescindere dalla tipologia della committenza, ai fini del requisito;
- la fattura 47PA del 2018, presente nel foglio *excel*, ma non prodotta in copia, non è stata conteggiata;
- le fatture n. 10/2017, 21/2017 e 59/2017 sono state conteggiate per il loro effettivo importo;
- con riferimento al documento n. 63/2018, la stazione appaltante ha ritenuto trattarsi di una fattura di vendita, e non di una nota di credito, come percepibile dalla lettura integrale del

documento, che reca l'indicazione dei riferimenti bancari di Co.N.Ser. per il pagamento;

- la fattura n. 5PA di € 996,00 è stata computata una sola volta.

17.4. – L'Amministrazione ha poi evidenziato che, nell'esame analitico della documentazione contabile prodotta dall'aggiudicataria, sono state conteggiate fatture che, seppur non inserite nei fogli *excel*, erano state comunque trasmesse da Co.N.Ser., e cioè la fattura n. 43/2017 per € 5.600,00, la fattura n. 52/2017 per € 2.223,00 (e non per soli € 315,00 come riportato nel foglio riepilogativo dell'anno 2017), la fattura n. 25PA/2017 per € 1.393,44, la fattura n. 15PA/2018 per € 1.475,41, la fattura n. 60/2018 per € 3.050,00 (e non € 3.000,00 come riportato nel riepilogo 2018).

17.5. – Sulla questione della forma della documentazione contabile inviata (*“versione prodotta e stampata in proprio”* in luogo della *“copia di cortesia di fattura elettronica”*), l'Amministrazione comunale deduce che, in disparte la circostanza che l'obbligo della fatturazione elettronica per servizi resi nei confronti dei privati vige solo dal 1.01.2019 e che, comunque, anche la copia di cortesia di fattura elettronica è documento non dotato di firma digitale e non verificabile direttamente dalla stazione appaltante, non vi era comunque alcuna ragione valida per dubitare della genuinità e della veridicità della documentazione trasmessa dall'aggiudicataria, non trattandosi di fatture postume manoscritte, ma di veri e propri documenti contabili, dotati di numero e data, recanti anche la puntuale descrizione del servizio reso, oltre a riportare la somma fatturata, l'eventuale indicazione del CIG ovvero delle determinazioni di affidamento e del codice IPA e, ancora, la dicitura *“fattura trasmessa in modalità elettronica”* ovvero *“fattura trasmessa al sistema di interscambio”*.

17.6. – Tanto premesso, il collegio ritiene infondato il primo motivo di ricorso.

17.6.1. – Per quanto riguarda l'idoneità della documentazione prodotta dall'operatore economico e versata negli atti del giudizio, si deve ritenere condivisibile l'impostazione seguita dalla stazione appaltante, che non irragionevolmente ha ritenuto l'insussistenza di elementi tali da far dubitare della genuinità della rappresentazione dei fatti (prestazioni rese e relativi importi) desumibile dalle copie delle fatture trasmesse da Co.N.Ser..

Deve tenersi presente che la redazione delle fatture nelle forme che la ricorrente bolla come *“versione prodotta e stampata in proprio”* costituiva la modalità invalsa di compilazione di detti documenti in epoca precedente all'introduzione ed alla successiva estensione anche alle transazioni tra privati della fatturazione elettronica.

Non è pertanto irragionevole ritenere che gli operatori economici, durante tutto il periodo di transizione verso la piena ed esclusiva applicazione del nuovo regime di fatturazione

elettronica, abbiano mantenuto una sorta di “doppio canale” di produzione della documentazione contabile in argomento, anche in considerazione del fatto che per un periodo significativo la fatturazione nelle forme tradizionali ha continuato ad essere l'unica modalità prescritta per gli scambi tra privati.

Tanto premesso, in difetto di elementi idonei a mettere in dubbio la genuinità della documentazione prodotta da Co.N.Ser. alla stazione appaltante, non può trovare accoglimento l'istanza istruttoria formulata dalla ricorrente, che assume carattere palesemente esplorativo.

17.6.2. – Risolta come sopra la questione dell'efficacia probatoria della documentazione fornita da Co.N.Ser. alla stazione appaltante, la contestazione delle singole fatture oggetto delle censure di ABN diventa materia di prova di resistenza.

A tale fine, deve osservarsi che la circostanza che la stazione appaltante abbia computato, ai fini del requisito di capacità economica e finanziaria, le maggiori somme già ricordate al punto 17.4. non ha costituito oggetto di doglianze da parte della ricorrente.

Sommando tali maggiori somme al fatturato dimostrato da Co.N.Ser. si raggiunge l'importo complessivo di € 922.187,32.

Dunque, considerato che la fattura 47PA del 2018, presente nel foglio *excel*, ma non prodotta in copia, non è stata conteggiata, che le fatture n. 10/2017, 21/2017 e 59/2017 sono state conteggiate per il loro effettivo importo e non per quello arrotondato per eccesso esposto nel foglio *excel* e che la fattura n. 5PA di € 996,00 è stata computata una sola volta, il requisito di capacità economica e finanziaria richiesto dalla legge di gara sarebbe comunque soddisfatto anche se si ritenessero non conteggiabili le fatture nn. 54 e 55 del 2016 e le fatture nn. 7PA e 16PA del 2018, ed anche se si considerasse il documento n. 63 del 2018 come nota di credito e non fattura, con le conseguenze ipotizzate da parte ricorrente.

18. – Con la prima parte del secondo motivo di ricorso, ABN censura gli atti con i quali la stazione appaltante avrebbe illegittimamente ritenuto non anomala l'offerta di Co.N.Ser.

18.1. – La ricorrente reputa “vistosamente anomala” l'offerta di Co.N.Ser., la quale ha proposto un ribasso del 21,21% sul valore del servizio stimato dalla stazione appaltante sulla base di un monte ore annuo previsto pari a 20.010 con impiego di personale con rapporto di lavoro disciplinato dal CCNL FederCulture, liv. C1 per n. ore 15.860 e liv. B1 per n. ore 4.150.

18.2. – La critica della ricorrente, così formulata, non può essere condivisa.

Sotto il profilo qui considerato, ABN deduce l'anomalia dell'offerta di Co.N.Ser. facendo leva unicamente sulla circostanza che LMC, terza graduata, applicando lo stesso CCNL di Co.N.Ser. (il contratto Multiservizi) ha formulato nella gara che qui interessa un'offerta con ribasso

dell'11% e che la stessa società LMC, in una recente analoga gara, sarebbe stata esclusa per avere proposto un eccessivo ribasso pari al 14%.

Da qui, secondo ABN, la palese anomalia del ribasso offerto da Co.N.Ser. con ribasso del 21,21%.

Senonché deve rilevarsi che è la stessa ricorrente a riconoscere che, per l'erogazione di servizi come quello oggetto dell'appalto, i CCNL normalmente applicati sono per lo meno tre, ovvero il contratto "FederCulture", citato dagli artt. 4 e 10 del capitolato, il contratto "Terziario, distribuzione, servizi Confcommercio" ed il contratto "Servizi di pulizia, Multiservizi".

Il ribasso offerto dall'aggiudicatrice è espresso in termini percentuali rispetto al valore dell'appalto stimato dalla stazione appaltante sulla base dei costi della manodopera derivanti dall'applicazione, per i livelli di inquadramento considerati e per il monte ore stimato (peraltro, come si legge nell'art. 4 del capitolato, calcolato «*a titolo meramente orientativo ed esemplificativo e pertanto non impegnativo né vincolante per l'Amministrazione*») del CCNL FederCulture.

Ma la valutazione dell'effettiva sostenibilità dell'offerta presentata, con riguardo in particolare al costo della manodopera e in relazione agli obblighi e agli impegni a tutela del personale impiegato, non può prescindere dalla disciplina giuridica ed economica posta dal contratto collettivo nazionale di lavoro concretamente applicato dall'operatore economico.

Se, infatti, nella *lex specialis* di gara non è prescritta l'applicazione di un contratto specifico, la scelta del contratto collettivo da applicare rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, a condizione che esso risulti coerente con l'oggetto dell'appalto (Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2019, n. 5575; in termini Cons. Stato, sez. V, 1 marzo 2017, n. 932; Id., 12 maggio 2016, n. 1901; Id., sez. III, 10 febbraio 2016, n. 589).

Come dimostrato dalla controinteressata, nel caso di specie l'applicazione del ribasso offerto (si ripete, espresso in percentuale sul valore dell'appalto stimato dalla stazione appaltante) determina uno scostamento rispetto alle tabelle ministeriali relative al costo della manodopera per le imprese che, come la controinteressata, applicano il CCNL "Multiservizi", di circa il 6,34%, mentre non è in contestazione il rispetto dei livelli minimi salariali.

Detto scostamento non appare tale da rendere, in sé, complessivamente insostenibile l'offerta di Co.N.Ser., né la società ricorrente ha formulato deduzioni tali da far dubitare dell'affidabilità dell'offerta nel suo complesso a causa di detto scostamento.

Al di là del condivisibile rilievo secondo cui la verifica di congruità di un'offerta sospetta di anomalia non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte, dovendo essa essere condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi

dell'offerta analizzata ed alla capacità dell'impresa tenuto conto della sua organizzazione aziendale, deve poi considerarsi che il riferimento all'esclusione di LMC da altra procedura di gara bandita da una diversa stazione appaltante non può essere indice dell'illegittimità degli atti per cui oggi è causa, anche per la semplice considerazione che dalla sentenza citata dalla ricorrente non si deduce se il ribasso in quel caso ritenuto anomalo era stato formulato su un valore dell'appalto che la stazione appaltante aveva stimato ponendo a base i costi della manodopera derivanti dal CCNL "Multiservizi" o da altro contratto collettivo.

19. – Con la seconda articolazione del secondo motivo, la società ricorrente deduce che la stazione appaltante avrebbe errato nel non considerare, ai fini della valutazione dell'anomalia dell'offerta, l'incidenza degli oneri derivanti dalla clausola sociale di cui all'art. 13 del capitolato speciale ed all'art. 23 del disciplinare di gara.

19.1. – In sintesi, ABN deduce che la stazione appaltante avrebbe errato nel non considerare che le agevolazioni fiscali e contributive poste a fondamento delle giustificazioni circa la sostenibilità dell'offerta di Co.N.Ser. in realtà non potrebbero essere godute dalla società aggiudicataria, e ciò perché la stessa Co.N.Ser. si è impegnata ad un progetto di riassorbimento, secondo quanto prescritto dalla clausola sociale, la cui attuazione comporterebbe l'assunzione di personale per il quale non sono applicabili gli sgravi fiscali e contributivi ipotizzati.

Di conseguenza, secondo la ricorrente, la stazione appaltante non avrebbe potuto ritenere soddisfacente la giustificazione relativa ai presunti minori oneri per circa € 39.500,00 annui, con conseguente squilibrio complessivo dell'offerta in considerazione dell'esiguità del margine di utile annuo di € 2.458,00 indicato negli "ulteriori chiarimenti" del 8.09.2020.

19.2. – Co.N.Ser. eccepisce l'inammissibilità della censura di ABN, deducendo che la stessa avrebbe solo apparentemente ad oggetto una questione di anomalia dell'offerta, ma in realtà riguarderebbe un profilo relativo all'applicazione della clausola sociale che, però, rilevarebbe solo rispetto al momento esecutivo del contratto e che pertanto rientrerebbe nella cognizione del giudice ordinario, con conseguente difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

La controinteressata deduce, inoltre, che le prospettazioni della ricorrente sarebbero in contrasto con l'insussistenza di un obbligo di assunzione, totale o parziale, dei dipendenti del gestore uscente da parte di quello subentrante, come desumibile dalla *lex specialis*, sul punto non impugnata da ABN.

19.3. – Nel merito, le parti resistenti deducono che, anche secondo la più recente giurisprudenza, la clausola sociale dovrebbe essere intesa in termini elastici e non rigidi, nel necessario temperamento tra il principio della libertà di iniziativa economica privata e il

diritto al lavoro, in modo da rimettere all'operatore economico concorrente la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario e al loro eventuale inquadramento contrattuale ed economico nell'organizzazione aziendale.

Co.N.Ser., di conseguenza, ben potrebbe assumere gli otto lavoratori in relazione ai quali sono stati ipotizzati gli sgravi contributivi indicati nelle prime giustificazioni, senza essere obbligata alla contestuale assunzione dei lavoratori già alle dipendenze del precedente gestore e per i quali, secondo la ricorrente, detti sgravi non spetterebbero. Tale conclusione non sarebbe contraddetta dal progetto di riassorbimento del personale presentato da Co.N.Ser., i cui impegni sarebbero formulati *«compatibilmente con la propria organizzazione aziendale»* e *«nei limiti di compatibilità con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e in armonia con la pianificazione e l'organizzazione definita dalla scrivente»*.

19.4. – Tanto premesso, l'eccezione di inammissibilità della censura non è condivisibile.

La questione dell'incidenza degli oneri derivanti dal progetto di riassorbimento sulla sostenibilità complessiva dell'offerta non può non riguardare la valutazione dell'anomalia dell'offerta, perché chiama in causa la tenuta dell'impegno contrattuale complessivamente assunto dall'offerente, profilo distinto rispetto a quelli relativi alla tutela dei diritti eventualmente nascenti (in capo agli aspiranti all'assunzione o al personale effettivamente "riassorbito") dal progetto di riassorbimento ed alla correlata giurisdizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro.

Per quanto riguarda la sussistenza o meno di un obbligo di assunzione dei dipendenti del gestore uscente per effetto della clausola sociale, trattasi di questione che attiene al merito della censura proposta da ABN, rispetto al quale Co.N.Ser. ha controdedotto nei termini che si sono appena sopra riassunti e per il quale valgono le considerazioni che seguono.

19.5. – Secondo quanto si legge nella sua offerta tecnica, Co.N.Ser. si impegna a fornire il servizio con 21 unità di personale, peraltro in numero superiore rispetto alle 14 unità attualmente impiegate.

Inoltre, già con l'offerta tecnica, Co.N.Ser., compatibilmente con la propria organizzazione aziendale ed in attuazione della clausola sociale, si è resa *«disponibile al riassorbimento di non meno del 70% e fino anche al 100% del personale attualmente in servizio predisposto dalla Stazione Appaltante»*.

Con la *“dichiarazione d'impegno al rispetto della clausola sociale e progetto di riassorbimento del personale uscente”* (c.d. "progetto di riassorbimento"), poi, l'aggiudicataria, *«compatibilmente con la propria organizzazione aziendale, in attuazione della "Clausola Sociale" si impegna al riassorbimento del personale dell'impresa uscente attualmente in servizio, come da elenco riportato dalla Stazione Appaltante, nei limiti di*

compatibilità con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e in armonia con la pianificazione e l'organizzazione definita dalla scrivente, secondo quanto previsto dalle Linee Guida dell'ANAC n. 13 del 15 marzo 2019», rendendosi «disponibile al riassorbimento del personale della ditta uscente per un numero di riassunzioni non inferiore al 70% di cui all'elenco fornito dalla Stazione appaltante, ed all'occorrenza ad un riassorbimento maggiore nei limiti di compatibilità con la propria organizzazione aziendale». Con lo stesso atto, la società si impegna «a riconoscere al personale attualmente in servizio, di cui all'elenco predisposto dalla Stazione Appaltante, condizioni di inquadramento e trattamento economico non inferiori a quelle al momento applicate dalla ditta uscente, in esecuzione del contratto in scadenza e comunque in rapporto a quanto previsto al riguardo negli atti di gara di cui alla presente dichiarazione», precisando «che tutto il personale sarà inquadrato con la qualifica e livello non inferiore a quello al momento applicato dalla ditta uscente in relazione alle effettive mansioni di incarico» e che «compatibilmente con l'organizzazione aziendale della scrivente e in armonia con essa, nella distribuzione dell'orario settimanale, si terrà conto di conservare quanto più possibile l'attuale impiego del personale uscente, tenuto conto dell'effettivo monte ore complessivo assegnato dal committente, e in rapporto al fabbisogno effettivo richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto». Infine, Co.N.Ser. dichiara che «il contratto applicato dalla scrivente è il contratto Multiservizi».

19.6. – Tenuto conto dell'esiguo utile indicato negli ulteriori chiarimenti del 8.09.2020, pari a € 2.458,00 per ciascuno dei tre anni di durata del contratto, risulta decisiva, ai fini della sostenibilità complessiva dell'offerta, la riduzione dei costi in forza delle agevolazioni per nuove assunzioni, pari a € 39.500,00 annui, che l'aggiudicataria si attende in conseguenza dell'impiego nell'esecuzione della commessa di otto lavoratori per i quali, nei 36 mesi successivi all'assunzione, Co.N.Ser. godrebbe di benefici contributivi.

19.7. – La giurisprudenza amministrativa, muovendo dalla considerazione che il regime della clausola sociale «richiede un bilanciamento fra più valori, tutti di rango costituzionale, ed anche europeo», e cioè, «da un lato [a]l rispetto della libertà di iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Cost., ma anche dall'art. 16 della Carta di Nizza, che riconosce 'la libertà di impresa', conformemente alle legislazioni nazionali» e, «dall'altro lato, in primo luogo [a]l diritto al lavoro, la cui protezione è imposta dall'art. 35 Cost., e dall'art. 15 della Carta di Nizza, di analogo contenuto», ritiene che detta clausola debba essere intesa «in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario» (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 novembre 2020, n. 6761 e la giurisprudenza ivi citata).

La conclusione che pure detta giurisprudenza trae da questi principi è che deve escludersi che dalla clausola sociale possa derivare *sic et simpliciter* un obbligo in capo al concorrente di inquadrare il lavoratore con lo stesso livello di anzianità già posseduto, dovendo essere rimessa

allo stesso concorrente la scelta sulle concrete modalità di attuazione della clausola, incluso l'inquadramento da attribuire al lavoratore, spettando allo stesso operatore formulare un'eventuale "proposta contrattuale" al riguardo, anche attraverso il "progetto di riassorbimento" introdotto dall'art. 3, ultimo comma, delle Linee guida ANAC n. 13 del 2019.

Dunque, ciò che è escluso è che dalla clausola sociale possano discendere un obbligo per il concorrente di riassorbire il personale già impiegato dall'operatore uscente e, inoltre, un obbligo di assegnare al personale eventualmente "riassorbito" lo stesso inquadramento giuridico ed economico goduto presso il precedente datore di lavoro.

Non è invece escluso che, in attuazione della clausola sociale, l'offerente debba formulare, tenuto conto delle caratteristiche della propria organizzazione aziendale, una propria "proposta contrattuale" che indichi le concrete modalità del riassorbimento del personale.

Non è senza significato, a tale riguardo, che le Linee guida dell'ANAC n. 13 del 2019 stabiliscano che nella documentazione di gara debba prevedersi che il concorrente alleggi all'offerta un progetto di assorbimento atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale e che la mancata presentazione del progetto, anche a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, equivale a mancata accettazione della clausola sociale con conseguente esclusione dalla gara.

Detta previsione è puntualmente recepita all'art. 23 del disciplinare della gara oggetto del presente giudizio.

Considerato il rigore delle conseguenze della mancata presentazione, anche a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, del progetto di riassorbimento, non può ragionevolmente ammettersi che lo stesso progetto – i cui contenuti, si ripete, sono rimessi alla determinazione dello stesso operatore economico – sia ritenuto privo di qualsiasi effetto vincolante per l'offerente (non a caso nella stessa sentenza n. 6761/2020 del Consiglio di Stato si utilizza, al riguardo, l'espressione "proposta contrattuale") o che l'adempimento degli impegni in esso previsti siano subordinati condizioni dipendenti dalla mera volontà dell'offerente, come se gli stessi fossero sottoposti ad una sorta di condizione meramente potestativa.

Non si comprenderebbe, infatti, la necessità di richiedere all'operatore economico la formulazione di un progetto di riassorbimento del personale del gestore uscente, peraltro sotto pena di esclusione dalla gara, se poi il contenuto di detto piano, determinato dallo stesso imprenditore, non impegnasse quest'ultimo alla sua osservanza.

19.8. – Nel caso di specie, con la sottoscrizione dell’offerta tecnica e, soprattutto, del progetto di riassorbimento, Co.N.Ser. si è dichiarata *«disponibile al riassorbimento del personale della ditta uscente per un numero di riassunzioni non inferiore al 70% di cui all’elenco fornito dalla Stazione appaltante, ed all’occorrenza ad un riassorbimento maggiore nei limiti di compatibilità con la propria organizzazione aziendale».*

È vero che gli impegni assunti dall’operatore sono formulati *«compatibilmente con la propria organizzazione aziendale»* e *«nei limiti di compatibilità con il fabbisogno richiesto dall’esecuzione del nuovo contratto e in armonia con la pianificazione e l’organizzazione definita dalla scrivente»*, ma, se si ritiene che alla clausola sociale si debba attribuire un qualche valore giuridico, non può condividersi l’approccio della controinteressata, che, partendo dalle riserve di compatibilità appena richiamate, esclude che la stessa cooperativa si sia impegnata all’assunzione dei lavoratori impiegati dal gestore uscente contestualmente all’assunzione degli otto dipendenti fruanti degli sgravi contributivi.

Un tale modo di intendere gli impegni assunti in attuazione della clausola sociale finisce per svuotare gli stessi di qualsiasi contenuto, implicando che l’operatore economico sia stato indotto a sottoscrivere un progetto di riassorbimento solo per evitare l’esclusione dalla gara e senza che da ciò possa derivare l’assunzione di qualsivoglia impegno nell’orizzonte temporale dello svolgimento del servizio.

19.9. – Le suesposte considerazioni non possono non avere ricadute sulla sostenibilità complessiva dell’offerta.

È infatti evidente che, se per mantenere in equilibrio economico l’esecuzione di un servizio di durata triennale l’operatore è costretto a ricorrere all’assunzione di unità di personale fruanti agevolazioni contributive per lo stesso triennio, non vi può essere spazio per il riassorbimento di personale del gestore uscente, se non a condizione che detto riassorbimento consenta il godimento di analoghe agevolazioni.

Ma, in difetto di tale condizione, la disponibilità *«al riassorbimento del personale della ditta uscente per un numero di riassunzioni non inferiore al 70% di cui all’elenco fornito dalla Stazione appaltante, ed all’occorrenza ad un riassorbimento maggiore nei limiti di compatibilità con la propria organizzazione aziendale»* si traduce ad una vuota formula priva di qualsiasi efficacia vincolante.

19.10. – Se, dunque, si vuole assegnare al progetto di riassorbimento presentato da Co.N.Ser. ed alla disponibilità ivi dichiarata un qualche effetto negoziale, non può che discenderne l’inconciliabilità del progetto con le giustificazioni fornite il 3.07.2020 e con gli ulteriori chiarimenti del 8.09.2020 laddove l’operatore economico ha giustificato la sostenibilità

complessiva dell'offerta alla luce dell'intenzione avvalersi per lo svolgimento del servizio di otto unità di personale di nuova assunzione fruente di agevolazioni contributive per circa € 39.500,00 annui.

La disponibilità al riassorbimento del personale della ditta uscente per un numero di riassunzioni non inferiore al 70% di cui all'elenco fornito dalla stazione appaltante, e dunque per almeno 10 unità di personale esclude la possibilità che, per l'esecuzione del servizio, l'operatore economico controinteressato possa effettivamente giovare delle agevolazioni contributive ipotizzate in sede di giustificazioni del 3.07.2020 e di ulteriori chiarimenti del 8.09.2020.

19.11. – Deve pertanto ritenersi viziata la valutazione di non anomalia dell'offerta formulata *per relationem* dalla stazione appaltante attraverso il riferimento alle giustificazioni fornite dall'operatore economico.

20. – Nessuna deduzione è stata formulata dalle parti in ordine alla presenza di elementi tali da mettere in dubbio la congruità dell'offerta formulata da ABN, che può pertanto ritenersi incontestata.

21. – Il ricorso deve dunque essere accolto per le ragioni e nei limiti dei motivi sopra esposti. Ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm., vista la domanda della parte ricorrente di subentrare nell'esecuzione del servizio, tenuto conto dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità del subentro, deve essere dichiarata l'inefficacia del contratto eventualmente *medio tempore* stipulato con Co.N.Ser., con conseguente declaratoria del diritto di ABN - A&B Network Sociale Società cooperativa sociale di conseguire l'aggiudicazione del servizio e di subentrare nella sua esecuzione.

22. – Secondo il principio della soccombenza, le spese di lite devono essere poste a carico della stazione appaltante, mentre se ne può disporre la compensazione nei riguardi della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto:

- annulla l'aggiudicazione disposta in favore di Co.N.Ser.;
- dichiara l'inefficacia del contratto eventualmente *medio tempore* stipulato tra la stazione appaltante e Co.N.Ser., disponendo il subentro di ABN - A&B Network Sociale Società cooperativa sociale nell'esecuzione del servizio;

- condanna l'Amministrazione resistente al pagamento in favore di parte ricorrente delle spese di lite, che liquida in € 2.000.00 (euro duemila/00) oltre oneri ed accessori di legge;
- compensa le spese nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2021, svolta mediante collegamento in videoconferenza da remoto ai sensi dell'art. 25 del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Enrico Mattei, Consigliere

Davide De Grazia, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Davide De Grazia

IL PRESIDENTE
Raffaele Potenza

IL SEGRETARIO