



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
(Sezione Quarta)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1469 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da (...) in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato G. T., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso il suo studio (...);

contro

Comune di (...) in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati A. B., G. M. e P. G. B., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...) in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati F. B., M. S. C. e A. C., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso lo studio di quest'ultimo in (...);

per l'annullamento

con il ricorso introduttivo,

1)- della determinazione del dirigente responsabile del settore ambiente, energia, manutenzione cimiteri del Comune di (...) del 27.7.2021, n. 1166, ad oggetto: "Provvedimento conclusivo di aggiudicazione dell'appalto per l'affidamento del sacco multimateriale "leggero" (imballaggi in plastica misti a imballaggi in acciaio e alluminio – lattine e cassette in plastica non CONAI) – EER 15.01.06 – Per un periodo di 24 mesi con opzione di rinnovo di ulteriori 12 mesi, CIG 8690363A68";

2)- di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale, per quanto di interesse delle ricorrenti, compresi i seguenti provvedimenti: (2.1) determinazione dirigenziale del 30.3.2021, n. 475, (2.2) disciplinare di gara, (2.3) bando di gara, (2.4) capitolato speciale di appalto, (2.5) relazione tecnico-illustrativa, (2.6) verbali di gara: sedute del 3.5.2021, 10.5.2021, 12.5.2021, 21.6.2021, (2.7) nota del Servizio gare e contratti indirizzata al RUP del 14.5.2021, (2.8) nota del RUP del 18.5.2021, prot. n. 94276, (2.9) nota del RUP del 21.6.2021, prot. n. 115561, (2.10) 2 proposta di aggiudicazione in favore della (...) (2.11) nota del dirigente del servizio centrale unica acquisti del 27.7.2021, recante comunicazione di aggiudicazione ex art. 76, co. 5, lett. a), d.lgs. 50/2016; (2.12) determinazione dirigenziale del 28.6.2021, n. 1001, (2.13) nota del RUP del 28.6.2021, prot. n. 0120367, (2.14) nota del dirigente del settore ambiente del 28.7.2021, prot. n. 0141770; (2.15) nota del RUP a mezzo e.mail del 9.6.2021 protocollata il 17.6.2021 n. 114375; (2.16) nota del RUP del 23.8.2021, prot. n. 153265);

con i motivi aggiunti presentati da (...) il 27/9/2021:

dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto per l'affidamento del sacco multimateriale "leggero" (imballaggi in plastica misti a imballaggi in acciaio e alluminio - lattine e cassette in plastica non CONAI) per un periodo di 24 mesi con opzione di rinnovo di ulteriori 12 mesi.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di (...) e di (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2022 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La parte ricorrente, collocatasi al secondo posto nella gara di appalto per l'affidamento, con il criterio del prezzo più basso, del servizio di selezione del sacco multimateriale "leggero" (imballaggi in plastica, misti e imballaggi in acciaio e alluminio – lattine e cassette in plastiche non CONAI), periodo luglio 2021 - giugno 2023, per un totale di 24 mesi con opzione di rinnovo di ulteriori 12 mesi, ha impugnato l'aggiudicazione alla controinteressata (...), affidandola ai seguenti motivi di ricorso.

1)- Violazione di legge e falsa applicazione dell'art. 58, d.lgs. n. 50/2016; art. 97 Cost.; direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 13.12.1999, art. 21, co. 2, d.lgs. n. 82/2005 s.m.i. Violazione del principio della *par condicio competitorum*. Violazione della *lex specialis* (disciplinare di gara). Violazione e omessa applicazione del Manuale della piattaforma di *e-procurement* Sintel. Eccesso di potere per illogicità e ingiustizia manifesta, difetto di istruttoria, omessa motivazione, travisamento dei fatti. Violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e buon andamento della p.A.

Secondo la ricorrente la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa perché il "modello offerta economica" della (...) non è stato firmato digitalmente dal legale rappresentante in contrasto con la previsione del bando di gara.

2)- Violazione di legge e falsa applicazione art. 95, co. 10, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i.; 97 Cost.

Violazione del principio della *par condicio competitorum*. Eccesso di potere per illogicità e ingiustizia manifesta, difetto di istruttoria, omessa motivazione, travisamento dei fatti. Violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e buon andamento della p.a.

Secondo la ricorrente l'aggiudicataria ha inviato al Comune di (...) la giustificazione dei costi della manodopera che sarebbero incongrui in quanto:

1) La differenza tra i costi della manodopera indicati dall'aggiudicataria e quelli quantificati nella *lex specialis* (€ 367.321,50) sarebbe notevole e non giustificabile. La (...) non ha rispettato i CCNL applicabili all'appalto in questione;

2) dai documenti consegnati dall'aggiudicataria non è possibile ricavare il livello applicato al personale utilizzato per lo specifico appalto, né è possibile rilevare direttamente il costo orario, poiché nelle tabelle allegate sono indicati soltanto i valori su base mensile della retribuzione lorda;

3) il valore orario che si ottiene, dividendo la retribuzione mensile per il numero di ore mensili lavorate, rappresenterebbe la "retribuzione oraria" (punto A della tabella ministeriale) e non il "costo medio orario" che ha un valore ben maggiore.

4) Anche la retribuzione base indicata nei documenti consegnati dalla (...) risulterebbe non aggiornata rispetto alle tabelle ministeriali.

Quindi l'offerta di (...) sarebbe incongrua e inaffidabile, in quanto:

a)- non avrebbe rispettato il CCNL applicabile al personale utilizzato per lo svolgimento dell'appalto;

b)- il costo complessivo per la manodopera indicato da (...) sarebbe notevolmente inferiore rispetto a quello previsto dalle tabelle ministeriali.

3)- Violazione e falsa applicazione di legge: artt. 97, co. 6, 83, co. 9, d.lgs. n. 50/2016; 97 Cost.

Violazione e falsa applicazione dei principi di immodificabilità dell'offerta e della *par condicio competitorum*. Eccesso di potere per macroscopica illogicità e irragionevolezza della valutazione di congruità effettuata dal RUP, difetto di istruttoria, omessa motivazione. Inattendibilità, incongruità e inaffidabilità dell'offerta dell'aggiudicataria.

La valutazione di congruità dell'offerta effettuata dal R.U.P. con nota del 21.6.2021, prot. n. 115561 sarebbe palesemente illegittima, in quanto la (...) avrebbe illegittimamente modificato l'offerta in sede di valutazione di congruità, modificando il costo dalla manodopera da € 64.885/anno in € 80.260,14/anno e mantenendo il prezzo offerto: € 45,10/tonn + IVA, senza dimostrare come recupera la differenza di costo in aumento della manodopera nell'ambito delle altre voci di cui usualmente si compone l'offerta (personale, attrezzature, materiale di consumo, spese amministrative e generali, utile).

In secondo luogo la (...) ha dichiarato che il costo della manodopera corretto è pari a 80.260,14 €/anno, anziché 64.885,14 €/anno, a causa di una erronea attribuzione del valore del costo orario degli operai della (...), e ha precisato che il costo orario corretto per gli operai è pari a 10,33 €/h anziché 8,28 €/h dando vita quindi ad una modifica dell'offerta che non è né limitata né giustificata.

Inoltre nella tabella relativa ai costi della manodopera la tipologia di livello indicata per la qualifica "operaio" è simile a quella applicata dal CCNL multiservizi applicato da (...) per cui non vi sarebbe corrispondenza con i livelli del CCNL servizi ambientali previsto dal RUP.

Anche il calcolo dei costi per la sicurezza sarebbe erroneo in quanto gli oneri per la sicurezza dichiarati da (...) sarebbero pari al 63% dei costi minimi previsti dal CCNL applicato, quindi notevolmente inferiori rispetto ai minimi tabellari.

Da ultimo la valutazione della congruità espressa dal RUP, secondo il quale il ribasso offerto da (...) può essere correlato "a economie di scala" sarebbe frutto di una valutazione apodittica, prive di un reale aggancio a dati reali, palesemente illogica ed erronea per tutte le motivazioni dianzi illustrate.

4)- Violazione di legge per falsa applicazione dell'art. 23, co. 16, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i, art. 97 Cost. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, omessa motivazione, illogicità manifesta. Violazione del principio di buona amministrazione.

La ricorrente denuncia che gli atti di gara sarebbero illegittimi in quanto la stazione appaltante ha determinato la percentuale di manodopera prendendo a base del calcolo i valori desunti dall'ultima verifica di congruità, condotta a dicembre 2018 nella gara aggiudicata dal RTI ricorrente, mentre avrebbe dovuto considerare il costo medio (non il costo minimo) orario relativo al diverso personale che si stima dovrà essere utilizzato per la corretta esecuzione del servizio. Quindi, il costo della manodopera, tenendo conto delle tabelle ministeriali aggiornate, sarebbe stato verosimilmente più elevato con la conseguenza che sarebbero ancor più irragionevoli i costi della manodopera indicati nell'offerta della (...).

5) Violazione e falsa applicazione di legge artt. 31 e 77 d.lgs. n. 50/2016; art. 6 l. n. 241/1990 s.m.i.; Violazione Linee Guida ANAC N. 3; Violazione art. 19 Regolamento sui contratti del Comune di (...). Violazione della determinazione a contrarre n. 475/2021. Eccesso di potere per manifesto travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, omessa motivazione, contraddittorietà, sviamento. Incompatibilità.

La ricorrente sostiene che la determinazione a contrarre del 30.3.2021 n. 475 individua per la gara il RUP la (...) mentre le funzioni sono state espletate dalla (...).

6)- Violazione e falsa applicazione dell'art. 32, co. 8, d.lgs. n. 50/2016; art. 8, co. 1, d.l. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020; 3 l. n. 241/1990, n. 241; art. 97 Cost. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, illogicità manifesta, omessa motivazione, sviamento. Illegittimità propria e derivata.

La consegna anticipata del servizio, seppur prevista dall'art. 8, co. 1, d.l. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020, dovrebbe sempre essere motivata da motivi di urgenza, ai sensi dell'art. 32, co. 8, d.lgs. n. 50/2016, motivi che, nel caso di specie, sarebbero insussistenti con danno per la ricorrente che era la precedente affidataria del servizio.

2. Con ricorso per motivi aggiunti depositato in data 27/09/21 la parte ricorrente ha sollevato i seguenti ulteriori motivi a seguito dell'accesso agli atti di gara:

1.- Violazione di legge e falsa applicazione: artt. 95, co. 10; 97, co. 6, d.lgs. n. 50/2016;

97 Cost. Violazione del principio della *par condicio competitorum*. Eccesso di potere per macroscopica illogicità e irragionevolezza della valutazione di congruità effettuata dal RUP, difetto di istruttoria, omessa motivazione, inattendibilità, incongruità e inaffidabilità dell'offerta dell'aggiudicataria.

La ricorrente afferma che, nell'ambito del giudizio di congruità di cui all'art. 97, co. 6, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50/2016 effettuato dalla stazione appaltante, la controinteressata ha aumentato il costo della manodopera da € 64.885,14 (indicato nell'offerta economica) a € 80.260,14 (1 annualità) e € 160.520,28 (2 annualità – “costo complessivo sostenuto per intero periodo appaltato”), rendendo così l'offerta inattendibile.

Inoltre la dichiarazione di conferma del prezzo offerto sarebbe stata illegittimamente sottoscritta dal responsabile commerciale di (...) e non dal rappresentante legale.

Da ultimo il giudizio espresso dal RUP, secondo il quale l'aumento del costo della manodopera sarebbe una “variazione limitata e adeguatamente giustificata”, sarebbe illegittimo perché la controinteressata non ha indicato tutti i costi.

2.- Violazione di legge per falsa applicazione degli artt. 95, co. 10; 97, co. 6, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i, art. 97 Cost. Violazione della *lex specialis* di gara. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, omessa motivazione, macroscopica illogicità e irragionevolezza della valutazione di congruità effettuata dal RUP. Violazione del principio di buona amministrazione. Violazione del principio della *par condicio competitorum*.

Il giudizio espresso dal RUP sarebbe illegittimo in quanto ha confrontato la retribuzione con i costi medi orari e non ha tenuto conto dei tutti gli elementi del costo orario del personale.

3.- Violazione di legge per falsa applicazione degli artt. 95, co. 10; 97, co. 6, d.lgs. n. 50/2016 s.m.i, art. 97 Cost.. Violazione della *lex specialis* di gara. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, omessa motivazione, macroscopica illogicità e irragionevolezza della valutazione di congruità effettuata dal RUP. Violazione del principio di buona amministrazione. Violazione del principio della *par condicio competitorum*.

Secondo la parte ricorrente la valutazione degli oneri della sicurezza sarebbe illegittima ed erranea, poiché fonda su mere “stime” e non su dati analitici e concreti.

La difesa del Comune con memoria di costituzione depositata in data 07/09/21 ha chiesto la reiezione del ricorso. In particolare il Comune sostiene che la sottoscrizione digitale del “documento offerta” generato da Sintel, che riassumeva l'offerta presentata è equipollente della sottoscrizione dell'offerta in quanto permette di ricollegare con assoluta certezza l'offerta alla controinteressata.

Anche la difesa della controinteressata, da ultimo con la memoria depositata in data 28/12/21 ha chiesto la reiezione del ricorso. Con le memorie di replica le parti hanno ribadito le proprie tesi.

All'udienza del 13 gennaio 2021 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso introduttivo e quello per motivi aggiunti possono essere scrutinati congiuntamente in considerazione della parziale coincidenza dei motivi sollevati.

2. Il primo motivo del ricorso introduttivo, con il quale si denuncia l'omissione della sottoscrizione digitale del "modello offerta economica", è infondato.

2.1 Il verbale di gara n. 3 del 12.5.21 riporta così il fatto: *"Con riferimento all'offerta presentata dall'operatore economico (...), si precisa che, a seguito delle ulteriori verifiche effettuate dall'ufficio appalti prima di inoltrare al R.U.P. l'offerta del 1° classificato nella graduatoria provvisoria per la verifica di congruità, è emerso che il "documento offerta" contenente il riepilogo delle componenti dell'offerta e l'indicazione di tutti i documenti ivi allegati è stato regolarmente firmato digitalmente dal Sig. (...), legale rappresentante della (...), mentre l'allegato non risulta sottoscritto digitalmente"*.

2.2 In merito occorre specificare che il disciplinare di gara stabilisce la seguente procedura telematica:

-Step 3 (Busta economica)

La gestione dello Step 3 – Busta economica – sulla piattaforma Sintel verrà effettuata mediante la modalità off-line. Il concorrente dovrà inserire negli appositi campi:

-nel campo "offerta economica" il concorrente dovrà indicare un valore meramente fittizio indicante lo sconto percentuale di 0,01 (in cifre);

-nel campo "di cui costi della sicurezza afferenti l'attività svolta dall'operatore economico" l'ammontare dei costi della sicurezza relativi ai rischi specifici della propria attività d'impresa previsti per l'esecuzione del servizio;

-nel campo "di cui costi del personale" il proprio costo della manodopera relativo alla presente gara, ai sensi dell'art. 95, co. 10, d.lgs. n. 50/2016;

-nel campo "di cui costi della sicurezza derivanti da interferenze" gli oneri della sicurezza indicati dalla Stazione appaltante per la presente gara: indicare 0 (zero).

Il concorrente dovrà allegare, a pena di esclusione, nella busta Offerta economica, il modello

"Multimateriale_leggero Mod_Offerta" firmato digitalmente, in cui dovrà specificare:

1) l'indicazione del Valore A: prezzo offerto (in cifre e in lettere) rispetto al valore posto a base di gara (€ 40,00/tonn) per la selezione dei materiali in ingresso, espresso in Euro/tonn. IVA esclusa;

2) l'indicazione del Valore B: prezzo offerto (in cifre e in lettere) rispetto al valore posto a base di gara (€ 125,00/tonn) per la gestione della frazione estranea (che ai soli effetti del calcolo per l'aggiudicazione, viene indicata nella percentuale del 20% del materiale in ingresso) espresso in Euro/ton. IVA esclusa;

3) l'indicazione del corrispettivo unitario offerto (in cifre e in lettere) espresso in Euro/ton. IVA esclusa (calcolato come da art. 4 del Capitolato speciale d'appalto);

4) l'indicazione, ai sensi dell'art. 95, co. 10, d.lgs. 50/2016 e s.m.i. del costo della manodopera e dell'ammontare dei costi della sicurezza interni relativi ai rischi specifici della propria attività d'impresa previsti e stimati per l'esecuzione e per tutta la durata dell'appalto. Il concorrente dovrà allegare il prospetto analitico delle singole voci e dei relativi importi. (...)

*Ai fini dell'applicabilità dell'art. 97, co. 2, 2 bis, d.lgs. 50/2016, il concorrente dovrà specificare nel modello "MultimaterialeLeggero_Offerta" anche la percentuale di ribasso corrispondente al corrispettivo unitario risultante dalla seguente formula Valore A + (Valore B*20%). (...)*

-Step 4

Il concorrente deve allegare il "documento offerta" scaricato dalla piattaforma e firmato digitalmente come segue:

1. scaricare il documento offerta, tramite l'apposito pulsante;

2. firmare digitalmente il documento scaricato;

3. caricare il documento tramite il pulsante "Sfoggia" e cliccare su "Effettua il caricamento/upload del file selezionato". (...)

- Step 5 (Riepilogo e invio offerta)

Al quinto step del percorso guidato "Invia offerta" l'operatore economico visualizza il riepilogo di tutte le informazioni componenti la propria offerta. L'operatore economico, per concludere il percorso guidato e inviare l'offerta, deve cliccare l'apposito tasto "Invia offerta".

Attenzione: verificare i contenuti dell'offerta prima di procedere all'invio della stessa.

Si precisa che è di fondamentale importanza verificare allo step 5 del percorso guidato

"Riepilogo e invio offerta" tutte le informazioni inserite nel percorso guidato stesso.

2.3 Dall'esame delle norme d'azione riportate risulta chiaro che la sottoscrizione digitale del modello "Multimateriale_leggero Mod_Offerta" non è richiesta a pena di esclusione in quanto la norma della gara sancisce con l'esclusione solo la mancata allegazione, nella busta Offerta economica, del modello "Multimateriale_leggero Mod_Offerta".

Il principio di tassatività delle cause di esclusione ed il principio di massima partecipazione alle gare escludono che la causa di esclusione possa essere estesa anche alla mancata firma digitale del suddetto modello, trattandosi di profilo diverso non specificamente sanzionato con l'esclusione.

2.4 Nemmeno l'esclusione può desumersi dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016 in quanto nel caso di specie il disciplinare di gara prevede, oltre alla firma del modello "Multimateriale_leggero Mod_Offerta", anche la sottoscrizione digitale del "Documento offerta", predisposto nello step successivo all'invio dell'offerta (step 4) e precedente allo step 5 che consiste nel "Riepilogo ed invio dell'offerta". Il documento offerta ha carattere riassuntivo di tutti i dati dell'offerta predisposta dal concorrente e di conseguenza è stato correttamente ritenuto equipollente del Modello Offerta predisposto nello step 3. Infatti la legge non prevede alcuna duplicazione di firme dell'offerta economica, a differenza di quanto

richiesto dalla piattaforma informatica in uso, con la conseguenza che deve ritenersi sufficiente una firma soltanto, in mancanza di contestazioni in merito al diverso contenuto dei documenti redatti nei diversi step previsti dalla procedura. Il motivo va quindi respinto.

3. Il secondo motivo del ricorso introduttivo ed il primo motivo aggiunto sono fondati con riferimento alla valutazione di congruità dei costi della manodopera effettuata dal RUP nella relazione Prot. 115561 del 21.6.21.

3.1 Dall'esame degli atti risulta che il RUP è giunto alle seguenti conclusioni:

“I contratti applicati da (...) a e (...) prevedono una retribuzione inferiore rispetto ai costi medi orari del lavoro dei dipendenti di imprese e società esercenti servizi ambientali del settore privato con decorrenza da marzo 2019 indicati nelle tabelle ministeriale di cui al D.D. n. 70 dell' 1° agosto 2017.

Nella procedura in esame non è prevista la clausola sociale, pertanto in sede di gara con l'indicazione del C.C.N.L. applicato il concorrente non ha dovuto assolvere all'obbligo di assorbimento del personale. Inoltre, la normativa vigente consente che possa essere applicata più di una tipologia di C.C.N.L. esistente, a condizione che il tipo di contratto scelto sia connesso e compatibile con l'effettiva attività da espletare.

Inoltre (...), nel 2020, ha processato 78.950,52 tonnellate (somma sia di mono materiale, multimateriale, extra consorzi) e il servizio di cui in oggetto è previsto per 4.680 tonn/anno ($\pm 20\%$) ne discende che il ribasso offerto può essere correlato anche ad economie di scala. L'offerta, pertanto, risulta congrua e non anormalmente bassa.”

3.2 In merito occorre premettere che il responsabile del servizio centrale unica acquisti del Comune di (...), con nota del 14.5.2021, prot. n. 0092146, richiamata la *lex specialis*: “in caso di offerte inferiori a 5 le offerte verranno trasmesse al RUP per l'eventuale valutazione di congruità di cui all'art. 97, co. 6, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50/2016 s.m.i.”, ha inviato al RUP le offerte economiche di tutti i partecipanti ai fini della relativa valutazione.

Per quanto riguarda la valutazione di congruità, che è diversa da quella di anomalia, occorre rammentare che l'art. 97, comma 5, lett. d), del D.lgs. n. 50/2016 prevede che: “la stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni. Essa esclude l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4 o se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa in quanto: ... il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'art. 23, comma 16”.

A sua volta l'art. 23, comma 16, prevede che: “per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione. Per i contratti relativi a lavori il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato sulla base dei prezzi regionali aggiornati annualmente. Tali prezzi cessano di avere validità il 31 dicembre di ogni anno e possono essere transitoriamente utilizzati fino al 30 giugno dell'anno successivo, per i progetti a base di gara la cui approvazione sia intervenuta entro tale data. In caso di inadempienza da parte delle Regioni, i prezzi sono aggiornati, entro i successivi trenta giorni, dalle competenti articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sentite le Regioni interessate. Fino all'adozione delle tabelle di cui al presente comma, si applica l'art. 216, comma 4. Nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera sulla base di quanto previsto nel presente comma. I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso”.

Infine, l'art. 97, comma 6, prevede che: “non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge. Non sono, altresì, ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza di cui al piano di sicurezza e coordinamento previsto dall'art. 100 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81. La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”.

Da queste disposizioni discende l'obbligo per la stazione appaltante di procedere, prima della aggiudicazione, alla verifica del rispetto del costo del personale di cui alle tabelle ministeriali, ciò anche laddove – come accade nel caso di specie – non si verta in ipotesi di offerta da sottoporre al giudizio di anomalia in forza di quanto previsto dall'art. 97, d.lgs. n. 50/2016 (cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, Sezione Terza, 18 giugno 2019, n. 1065; 16/03/2020, n. 329; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 01/06/2020, n. 978/2020).

La verifica deve poi basarsi sul rispetto di una serie di parametri che la giurisprudenza più recente ha compiutamente indicato.

La verifica del costo della manodopera, infatti, mira ad accertare la congruità dello stesso sulla base non dell'affermato rispetto delle garanzie retributive dei lavoratori ma delle caratteristiche specifiche dell'impresa e dell'offerta, considerando in concreto il numero di lavoratori impiegati per l'esecuzione delle opere previste in contratto, distinti per inquadramento e ore di utilizzo, al fine di determinare il costo orario delle maestranze destinate all'esecuzione dell'appalto e verificare così il rispetto dei parametri salariali di riferimento indicati nelle tabelle ministeriali di cui all'art. 23, comma 16, del d.lgs. n. 50/2016, richiamato dall'art. 97, comma 5, lett. d, del medesimo decreto, disposizione questa a cui fa rinvio l'art. 95, comma 10, ai fini della verifica del costo della manodopera condotta contestualmente o separatamente da

una verifica di congruità complessiva dell'offerta. Tale analisi non può limitarsi semplicemente alla verifica dell'incidenza percentuale del costo complessivo della manodopera sulle singole lavorazioni, confrontandola con quella riscontrabile nell'ambito del mercato di riferimento, ma deve andare a considerare anche le particolarità della singola impresa e della singola offerta al fine di accertare che il costo complessivamente indicato inglobi effettivamente trattamenti salariali non inferiori ai minimi previsti per i singoli lavoratori impiegati (così TAR Campania Salerno, I, 08/04/2021 n. 867).

Ove la stazione appaltante si avveda di uno scostamento con i costi indicati nelle tabelle ministeriali - e purché risultino rispettati i minimi salariali previsti dai contratti collettivi - la conseguenza non è chiaramente l'esclusione ma, piuttosto, la stazione appaltante dovrà domandare giustificazioni riguardo a tale scostamento e valutare la congruità del costo del lavoro indicato nell'offerta.

3.3 Nel caso in giudizio la stazione appaltante, dopo aver accertato il rispetto dei contratti collettivi con riferimento al contratto applicabile, ai livelli ed alle declaratorie, ha rilevato che la retribuzione inferiore rispetto ai costi medi orari del lavoro dei dipendenti di imprese e società esercenti servizi ambientali del settore privato affermando che "(...), nel 2020, ha processato 78.950,52 tonnellate (somma sia di mono materiale, multimateriale, extra consorzi) e il servizio di cui in oggetto è previsto per 4.680 tonn/anno ($\pm 20\%$) ne discende che il ribasso offerto può essere correlato anche ad economie di scala". Ha chiesto inoltre la conferma del prezzo offerto.

Tuttavia la valutazione di congruità, proprio perché distinta da quella di anomalia, nel caso di specie addirittura assente in considerazione della mancanza di 5 offerte, non può concludersi, come nel caso di specie ha fatto l'amministrazione, con riferimento al "ribasso offerto" e ad un generico riferimento di correlazione "anche ad economie di scala". Infatti la valutazione di congruità, a differenza da quella di anomalia, ha per oggetto non la sostenibilità del prezzo, quanto la sufficienza delle somme stanziare per le spese di personale e quindi richiede una valutazione intrinseca al suddetto fattore della produzione e non alla più generale combinazione dei fattori della produzione.

Ne consegue che una valutazione che ha per oggetto il ribasso offerto e che lo giustifica con il volume della produzione (economie di scala) non giustifica il minor costo orario medio del lavoro rilevato dalla stessa amministrazione.

A maggior ragione la conferma del prezzo offerto non rappresenta un dato idoneo a giustificare costi del lavoro inferiori alle medie stabilite dai decreti ministeriali.

3.4 Sotto altro profilo sempre attinente all'oggetto della valutazione di congruità, occorre specificare che la retribuzione contrattuale non costituisce l'unica voce del costo del lavoro, come invece sembra ritenere il RUP ove afferma che "I contratti applicati da (...) e (...) prevedono una retribuzione inferiore rispetto ai costi medi orari del lavoro dei dipendenti di imprese e società esercenti servizi ambientali del settore privato con decorrenza da marzo 2019 indicati nelle tabelle ministeriale di cui al D.D. n. 70 dell' 8 agosto 2017".

Nell'ambito del costo del lavoro, infatti, esistono componenti, quali la retribuzione, per la quale sono fissati minimi inderogabili dai CCNL, e componenti ulteriori per le quali i valori medi indicativi sono rilevati dai decreti ministeriali.

In merito la giurisprudenza (Consiglio di Stato, sez. V, 21.09.2020 n. 5483) afferma che "Le tabelle ministeriali, infatti, indicano esclusivamente il "costo medio orario" del lavoro elaborato su basi statistiche; esse, dunque, non sono un limite inderogabile per gli operatori economici perché è ben possibile che il costo "proprio" del singolo operatore economico sia diverso dal costo medio (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2020, n. 2796; V, 7 maggio 2018, n. 2691; III, 18 settembre 2018 n. 5444; V, 6 febbraio 2017, n. 501; V, 25 ottobre 2017, n. 4912)".

Ne consegue che il minor costo del lavoro dichiarato rispetto alle tabelle ministeriali può essere giustificato solo con riferimento al costo "proprio" del singolo operatore economico e non con la retribuzione prevista dal contratto collettivo applicabile.

3.5 Il motivo va quindi accolto sotto il profilo del difetto di motivazione, mentre va respinto con riferimento alla denunciata differenza con i costi quantificati nella *lex specialis*, in considerazione del fatto che il bando contiene una valutazione di massima che non tiene conto della quantità di personale proposta nell'offerta e non contestata nel caso specifico. A ciò si aggiunge, nel caso specifico che, non essendo prevista dal bando la clausola sociale, non esisteva alcun obbligo dell'offerente di farsi carico dei costi del personale in essere nell'appalto precedente e quindi i costi del personale sono connessi solo a quanto indicato nell'offerta.

L'ulteriore profilo di censura relativo al mancato rispetto del CCNL idoneo allo svolgimento dell'appalto è infondato in quanto privo di prova e mancante di contestazione specifica di quanto indicato sul punto dal RUP in sede di valutazione della congruità dell'offerta, ove ha giustificato sia l'applicazione di alcuni contratti sia l'applicazione di più contratti.

4. Anche il quinto motivo del ricorso introduttivo è fondato.

Dall'esame degli atti risulta che la determinazione a contrarre del 30.3.2021 n. 475, a firma del dirigente di Settore, riguardo all'individuazione del RUP, attribuisce alla (...) la "responsabilità del procedimento ai sensi dell'art. 31 del d.lgs. 50/2016 e della l. 241/1990 per le fasi della progettazione e dell'esecuzione", mentre "per le fasi della procedura di affidamento di cui all'art. 32 del d.lgs. 50/2016 e sui controlli sugli atti delle procedura di affidamento di cui all'art. 33 del d.lgs. n. 50/2016" la responsabilità è attribuita alla dirigente (...).

Tuttavia dall'esame degli atti di gara risulta che le funzioni di RUP della procedura di gara sono state svolte dalla (...), senza che risulti alcuna delega specifica.

Nemmeno in senso opposto può ritenersi che le funzioni della (...) fossero limitate alla fase successiva all'aggiudicazione, a cagione della chiarezza del dettato della determinazione a contrattare che fa riferimento anche alla fase della procedura di affidamento.

Né può ritenersi che il RUP potesse essere di fatto persona diversa da quella indicata nella determinazione a contrattare, in quanto tale atto costituisce la prima fase della procedura di gara (art. 32 c.2 del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) ed in quanto solo la nomina radica la competenza all'adozione degli atti endoprocedimentali ai sensi dell'art. 5 della Legge 241/90 ed in particolare della valutazione di congruità dell'offerta.

5. L'accoglimento dei motivi sopraindicati giustifica l'assorbimento degli altri motivi del ricorso introduttivo e di quello per motivi aggiunti, in quanto dal loro esame la ricorrente non può derivare vantaggi ulteriori.

6. L'accoglimento dei vizi di incompetenza e di difetto di motivazione con riferimento alla valutazione di congruità del costo del lavoro comporta che, all'esito della decisione, la stazione appaltante è tenuta a riaprire la gara per una nuova valutazione.

7. La soccombenza reciproca giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sui ricorsi come in epigrafe proposti anche a mezzo di motivi aggiunti, li accoglie ai sensi e nei limiti di cui in motivazione e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Katiuscia Papi, Referendario

L'ESTENSORE
Alberto Di Mario

IL PRESIDENTE
Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO