

Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

Sezione IV

Sentenza 18 gennaio 2025, n. 79

Presidente: Giani - Estensore: Viola

FATTO E DIRITTO

1. La società ricorrente partecipava alla procedura di gara ex art. 187 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 indetta dall'I.T.I.S. Leonardo da Vinci di Firenze, con lettera di invito 23 luglio 2024, prot. 10329 ed avente ad oggetto l'aggiudicazione, secondo il criterio del minor prezzo, del servizio di somministrazione di bevande fredde/calde, snack/merende, mediante installazione e gestione di distributori automatici (CIG B29077B0B3); all'esito delle operazioni di gara, si classificava in seconda posizione (con un'offerta di 9,95 euro) dietro alla Coffee Vending System s.r.l. (che presentava un'offerta di euro 8,70), che conseguiva l'aggiudicazione con la determinazione 11 settembre 2024, prot. 0011624 del dirigente scolastico dell'I.T.I.S. Leonardo da Vinci e concludeva il contratto di concessione in data 13 settembre 2024 (doc. n. 3 del deposito della controinteressata).

Con la successiva nota 18 settembre 2024, prot. 0011962, il dirigente scolastico riscontrava poi un'istanza di autotutela presentata dalla ricorrente (e tesa essenzialmente a chiedere l'esclusione dalla procedura della controinteressata, che non avrebbe reso la dichiarazione relativa al costo del lavoro), sulla base della seguente motivazione: «nel documento presentato dalla ditta Coffee Vending System s.r.l., che i costi definiti per la manutenzione siano riferiti ai costi della manodopera è chiarito nella specifica riportata nel periodo sottostante, ove vengono puntualmente elencati il numero degli addetti coinvolti nel servizio ed i relativi compiti. Specifica, peraltro, presente solo nella dichiarazione della ditta Coffee Vending System s.r.l. Pertanto, in tal senso, la norma è rispettata laddove all'art. 108, comma 9, d.lgs. 36/2023 si prevede che "nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale"».

Gli atti meglio specificati in epigrafe erano impugnati dalla ricorrente, sulla base di censure di:
1) violazione art. 36 Cost. (derivante dalla mancata verifica del rispetto dei salari minimi),
violazione artt. 108 e 110 d.lgs. 36/2023, eccesso di potere per grave travisamento,

contraddittorietà ed illogicità nel rigetto sulla diffida, illegittima modifica della offerta della aggiudicataria, violazione dei canoni di trasparenza e leale collaborazione nelle gare pubbliche da parte della concorrente; 2) violazione art. 36 Cost., violazione artt. 108 e 110 d.lgs. 36/2023, violazione e/o falsa applicazione della complessiva legge di gara, violazione delle tabelle ministeriali sui minimi salariali, eccesso di potere per sviamento, difetto di istruttoria e di valutazione e difetto di motivazione sulla verifica di congruità; con il ricorso, era altresì richiesto il risarcimento del danno in forma specifica, mediante aggiudicazione della procedura o, in alternativa (in ipotesi di impossibilità di conseguire l'aggiudicazione), per equivalente (senza però che tali danni siano stati poi quantificati in giudizio in qualche modo).

Si costituivano in giudizio il Ministero dell'istruzione e del merito e la controinteressata Coffee Vending System s.r.l., controdeducendo sul merito del ricorso; la controinteressata articolava altresì eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso, avendo la ricorrente proposto, a suo avviso, solo censure insuscettibili di modificare l'esito della gara.

Alla camera di consiglio del 7 novembre 2024, la ricorrente rinunciava all'istanza cautelare proposta con il ricorso, in considerazione della fissazione a breve dell'udienza di decisione; alla pubblica udienza del 16 gennaio 2025, il ricorso era pertanto trattenuto in decisione.

2. L'infondatezza nel merito del ricorso permette di prescindere dall'esame approfondito dell'eccezione preliminare di inammissibilità del gravame articolata dalla difesa della controinteressata (comunque palesemente infondata, avendo la ricorrente sicuramente presentato censure del tutto idonee, in astratto, a modificare l'esito finale della procedura, a seguito dell'esclusione dalla procedura dell'aggiudicataria o attraverso la mediazione della rinnovazione della gara).

In particolare, il primo motivo di ricorso (relativo all'omessa dichiarazione, da parte dell'aggiudicataria, dei costi della manodopera di cui all'art. 108, comma 9, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 ed alla conseguenziale necessità di disporre l'esclusione dalla procedura) costituisce oggetto di una lettura solo parziale della dichiarazione resa dalla controinteressata ed allegata alla domanda di partecipazione alla procedura.

A questo proposito, parte ricorrente valorizza, infatti, solo la prima parte della dichiarazione, caratterizzata dal seguente tenore: "gli oneri della sicurezza sono calcolati e necessari in funzione dei costi sostenuti per la fornitura dei DPI, l'organizzazione dell'attività di ricarica negli orari di presunto minore affollamento agli stessi distributori e per le dotazioni integrative di sicurezza per il personale interno. In particolare: euro 350,00 circa per DPI personale... euro

1500,00 circa, per corsi di formazione da parte del RSPP e aggiornamento HACCP... euro
2000,00 circa per manutenzioni per la sicurezza delle infrastrutture".

Ed in effetti, sulla base della lettura solo parziale della dichiarazione resa dalla controinteressata, risulterebbe quasi necessitato concludere (come ha fatto la ricorrente) per la necessità di riferire la dichiarazione solo agli oneri per la sicurezza e non ai costi della manodopera che non risultano, a prima vista, riportabili alla formulazione letterale del documento.

La dichiarazione allegata alla domanda di partecipazione della controinteressata reca però anche un paragrafo ulteriore, caratterizzato da un chiaro riferimento ai costi della manodopera: "nel dettaglio, per il servizio sopradescritto saranno impiegati 2 addetti, uno di ruolo per riparazioni e rifornimenti, due supplenti, oltre ai due tecnici addetti alla movimentazione distributori e del personale di sede per integrazione anagrafiche, anagrafiche, scarico prodotto, conta monete e banconote, versamenti, per un totale di circa 10 persone coinvolte".

Al di là di qualche imprecisione di formulazione (il riferimento ad un "servizio sopradescritto" che, in realtà, non sono le sole "manutenzioni per la sicurezza delle infrastrutture", ma l'intera prestazione, come risulta evidente dal riferimento ad elementi, come i rifornimenti o la movimentazione contabile dei prodotti e degli incassi che non possono essere riportati alle sole operazioni di manutenzione), risulta evidente come la ricorrente abbia indicato l'importo dei costi del lavoro (i 2000 euro di cui al "servizio sopra descritto"), le unità di personale impiegato ed il "processo produttivo" utilizzato; in un'ottica sostanzialistica ed in un contesto in cui la controinteressata aveva già indicato il contratto collettivo applicato (il CCNL del Commercio) nella dichiarazione di partecipazione alla gara, non si può non rilevare come la controinteressata abbia indicato tutti gli elementi per il calcolo dei costi della manodopera, poi solo specificati dalle difese svolte in giudizio.

Al proposito, si può certamente convenire con la ricorrente sul fatto che si tratti di una dichiarazione non caratterizzata da quell'evidenza dei costi del lavoro che risulta propria delle gare di appalto e che trova ordinaria espressione in tabelle caratterizzate dal riferimento ai costi del lavoro previsti dalle tabelle ministeriali, all'impegno orario ed ai costi del lavoro analiticamente specificati.

Non bisogna però dimenticare che l'intera procedura di gara risultava essere caratterizzata ab origine da una certa incertezza in ordine alle dichiarazioni da rendere; il richiamo della

previsione di cui all'art. 108, comma 9, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (come ampiamente noto, relativo ai costi della manodopera ed agli oneri di sicurezza) operato dalla *lex specialis* della procedura era, infatti, inserito in una formulazione complessiva che sembrava restringerne l'operatività ai soli "oneri per la sicurezza" (in questo senso, si vedano la lettera d'invito e l'art. 10 del capitolato speciale); pur dovendo concludere per la necessità, per ciascun concorrente, di rendere comunque la dichiarazione sul costo della manodopera (dovendo attribuirsi, anche alla previsione di cui all'art. 108, comma 9, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, quella natura eterointegrativa delle previsioni di bando affermata dalla giurisprudenza relativa all'analoga previsione di cui al precedente codice dei contratti), non si può non concludere per la necessità di dover considerare ammissibile, in applicazione del criterio del *favor participationis*, la domanda di un concorrente che abbia reso la dichiarazione relativa al costo della manodopera unitamente a quella relativa agli oneri di sicurezza e con la formulazione "indiretta" sopra richiamata.

Del resto ed al di là dell'esatta rilevazione in ordine al fatto che ogni contestazione al riguardo dovesse essere prioritariamente fatta valere attraverso lo strumento del ricorso incidentale, anche la dichiarazione sul costo del lavoro resa dalla ricorrente (doc. 4 del relativo deposito) presenta evidenti incompletezze e risulta di non agevole ricostruzione; la precisa indicazione del costo della manodopera (euro 6.300,00), non risulta, infatti, essere accompagnata da elementi essenziali per valutarne l'attendibilità, come il CCNL applicato (anche in questo caso desumibile solo dalla domanda di partecipazione), le unità di personale impiegato, il costo orario ed il relativo impegno temporale.

Anche sotto questo profilo, l'esame delle due dichiarazioni sul costo del lavoro rese dai due partecipanti alla gara conferma, piuttosto che smentire, la necessità di procedere ad un'interpretazione complessiva delle dichiarazioni non ancorata a criteri di rigido formalismo, ma che tenga conto delle incertezze in ordine alle dichiarazioni da rendere che ha caratterizzato ab origine la gara.

2.1. Anche il secondo motivo di ricorso (relativo alla mancata valutazione di anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria) risulta poi manifestamente infondato.

Il generale richiamo della previsione di cui all'art. 110 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 operato dalla *lex specialis* della procedura non importa, infatti, l'obbligatoria ed automatica instaurazione della procedura di verifica della non anomalia dell'offerta.

La previsione di cui all'art. 110, comma 1, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 prevede, infatti, l'instaurazione del subprocedimento di verifica dell'anomalia solo in presenza di "elementi specifici" che risultino sintomatici del possibile squilibrio economico dell'offerta.

Siamo pertanto in presenza di una struttura non dissimile da quella prevista dall'abrogato art. 97, comma 6, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 che abilitava la stazione appaltante a valutare "la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa", dando così vita ad una sistemica caratterizzata da un'ampissima discrezionalità (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 27 aprile 2020, n. 1510) che risultava insuscettibile di sindacato in sede giurisdizionale, ove non fosse possibile rilevare una qualche "macroscopica irragionevolezza o illogicità" (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 27 aprile 2020, n. 1510) suscettibile di sindacato in sede giurisdizionale.

In questa prospettiva (sostanzialmente ribadita, sotto il vigore del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, da T.A.R. Toscana, Sez. II, 23 aprile 2024, n. 493), risulta necessario concludere per la mancata individuazione, ad opera della ricorrente, di "elementi specifici" che possano portare a concludere per la manifesta illogicità della decisione implicita della stazione appaltante di non instaurare il subprocedimento di verifica della non anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria; a questo proposito, risultano, infatti, del tutto insufficienti, sia il riferimento alla sola sproporzione tra il costo del lavoro indicato dalla ricorrente e quello indicato dalla controinteressata (come già rilevato, la dichiarazione resa dalla ricorrente risulta troppo sintetica e mancante di elementi essenziali per poter procedere ad un'effettiva valutazione della sua congruità), sia la dichiarazione sui costi del lavoro depositata in giudizio in data 22 ottobre 2024, che, a ben guardare, si basa tutta sull'assiomatica considerazione che "una sola ora da impiegare per n. 8 distributori automatici non garantisce una corretta e adeguata attività di rifornimento e pulizia dei distributori né adeguata sanificazione con rischio della salute degli utenti che sono minori", ovvero su una rilevazione del tutto sfornita di un qualche elemento obiettivo e suscettibile di valutazione.

In buona sostanza, siamo pertanto in presenza di una personale valutazione della ricorrente dell'insufficienza dei costi del lavoro della controinteressata che non risulta corroborata da quegli "elementi specifici" di possibile anomalia che, in mancanza di una precisa indicazione nel bando (come oggi previsto dall'art. 110, comma 1, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), costituiscono oggetto di ampia valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante, ai fini dell'eventuale "passaggio" al subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

3. Il ricorso deve pertanto essere respinto; sussistono ragioni per procedere alla compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge, come da motivazione.

Compensa le spese di giudizio tra le parti.

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