

Publicato il 28/05/2024

N. 01163/2024 REG.PROV.COLL.
N. 01935/2023 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 della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1935 del 2023, proposto da Step - Servizi e Tecnologie Enti Pubblici S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9717380BA5, rappresentata e difesa dall'avvocato Pasquale Cerbo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Dario Gioia in Salerno, via Ss. Martiri Salernitani, 31;

contro

Comune di Cervinara, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Donato Pennetta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Provincia di Avellino, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Oscar Mercolino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

So.Ge.R.T. S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Russo, con domicilio digitale

come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Cardito, via Murillo De Petti n. 8;

per l'annullamento:

- determina 24 ottobre 2023, n. 2349 del Dirigente del settore 3 della Provincia di Avellino –in qualità di SUA– di aggiudicazione definitiva della gara (CIG 9717380BA5) per il «servizio digestione e riscossione volontaria, accertamento e riscossione coattiva IMU, TARI, Canone Unico Patrimoniale e Canone mercatale del Comune di Cervinara, con recupero anche delle entrate pregresse» (doc. 1) e tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, ivi espressamente compresi l'avviso di avvenuta aggiudicazione 26 ottobre 2023 (doc. 2), i verbali della commissione di gara 10 agosto 2023 n. 5 (doc. 3), 5 settembre 2023 n. 6 (doc. 4), 3 ottobre 2023 n. 7 (doc. 5), 9 ottobre 2023 n. 8 recante proposta di aggiudicazione (doc. 6), l'avviso 7 settembre 2023 relativo all'anomalia dell'offerta SOGERT (doc. 7), l'avviso 12 settembre 2023 relativo alla chiusura dei lavori della commissione (doc. 8), nonché i giustificativi prodotti dall'aggiudicataria (doc. 9), per l'eventualità che si ritenga che l'amministrazione abbia fatto rinvio ad essi implicitamente o per relationem, si chiede che il TAR:

- in sede cautelare, sospenda gli atti impugnati, disponendo che interinalmente i servizi siano erogati da STEP, quale gestore uscente;
- nel merito, annulli i provvedimenti impugnati, meglio descritti in epigrafe, assumendo ogni conseguente statuizione, in particolare con riguardo all'esclusione di SOGERT dalla gara e alla conseguente aggiudicazione della stessa a STEP;
- sempre nel merito, per l'eventualità che il Comune e SOGERT siano già addivenuti o addivengano medio tempore alla stipula del contratto, ne dichiari l'inefficacia e disponga il subentro di STEP nel contratto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cervinara, della Provincia di Avellino e di So.Ge.R.T. S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 maggio 2024 la dott.ssa Anna Saporito e uditi per le parti i difensori Cerbo Pasquale, Pennetta Donato, Russo Marcello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Provincia di Avellino, nella veste di stazione unica appaltante su delega del Comune di Cervinara, ha indetto ad aprile 2023 procedura di gara per l'affidamento del *“servizio di accertamento, liquidazione e riscossione spontanea e coattiva dell'imu, tari, canone patrimoniale di occupazione del suolo pubblico e di esposizione pubblicitaria e del canone mercatale”* di durata quinquennale, per un importo complessivo posto a base di gara di € 500.000, oltre IVA, da aggiudicarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.1. All'esito della gara Step (gestore uscente del servizio e odierna ricorrente) si è collocata al secondo posto in graduatoria; prima graduata è risultata So.Ge.R.T. S.p.A, cui la commessa è stata aggiudicata, previo esito favorevole del sub-procedimento di verifica dell'anomalia, con determina del 24 ottobre 2023.

1.2. Step ha formulato, il 25 settembre 2023, istanza di accesso al fine di acquisire la documentazione relativa all'offerta di So.Ge.R.T. e i giustificativi presentati; l'istanza è stata esitata in data 13 novembre 2023 a seguito di ripetuti solleciti (in data 18 ottobre, 3 novembre e 7 novembre).

2. Con atto notificato l'11 dicembre 2023 e depositato il successivo 19 dicembre, Step ha impugnato la disposta aggiudicazione, deducendo, con un unico motivo (rubricato *“Violazione di legge per errata applicazione dell'art. 97 d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, illogicità manifesta e difetto di*

istruttoria”) l’illegittimità dell’aggiudicazione per l’inaffidabilità dell’offerta nel suo complesso, nonché per manifesta irragionevolezza della valutazione di congruità operata dalla stazione appaltante all’esito del subprocedimento di verifica dell’anomalia.

3. Si sono costituiti So.Ge.R.T., il Comune di Cervinara e la Provincia di Avellino, che hanno contrastato la fondatezza delle avverse censure. Gli enti locali hanno eccepito l’irricevibilità del gravame atteso che il provvedimento di aggiudicazione è stato pubblicato il 26 ottobre 2023 ed il ricorso è stato notificato solo l’11 dicembre 2023; So.Ge.R.T. e il Comune di Cervinara ne hanno altresì eccepito l’inammissibilità poichè le censure formulate implicherebbero un’inammissibile ingerenza nella sfera di discrezionalità tecnica riservata all’amministrazione.

4. Alla camera di consiglio del 10 gennaio 2024 parte ricorrente ha rinunciato all’istanza cautelare, in vista di una fissazione del merito a breve.

5. Previo deposito di memorie e memorie di replica, all’udienza pubblica dell’8 maggio 2024 la causa è stata introitata in decisione.

6. Preliminarmente devono essere scrutinate le eccezioni formulate in rito, che si appalesano tutte infondate per quanto appresso si dirà.

6.1. Non sussiste la dedotta irricevibilità del ricorso per tardività atteso che la ricorrente ha tempestivamente formulato istanza di accesso e che, tuttavia, soltanto il 13 novembre 2023 la pretesa ostensiva è stata compiutamente soddisfatta mediante la trasmissione dell’offerta tecnica, dell’offerta economica, delle giustificazioni e dei verbali di gara; deve trovare pertanto applicazione la c.d. “dilazione temporale” di cui alla sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 12/2020 (che ha statuito che “*la proposizione dell’istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilaazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l’offerta dell’aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell’ambito del procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta*”), con conseguente tempestività del ricorso spedito per la notifica l’11 dicembre 2023.

6.2. Destituita di fondamento è anche l'eccezione di inammissibilità del ricorso in quanto volto a provocare un non consentito sindacato giudiziale sulla presunta anomalia dell'offerta.

Se è vero che la verifica di anomalia è connotata da ampi margini di discrezionalità, costituendo anzi espressione paradigmatica di discrezionalità tecnica di esclusiva pertinenza dell'Amministrazione, tale ampia latitudine non è tale da precludere *in toto* il sindacato giurisdizionale, da ricondursi tuttavia entro lo stringente perimetro di evidenti e macroscopici vizi di illogicità, contraddittorietà, irragionevolezza o errore di fatto.

7. Venendo al merito, con l'unico motivo di gravame la ricorrente sostiene l'inaffidabilità dell'offerta e la manifesta irragionevolezza della valutazione di congruità operata dalla stazione appaltante atteso che il margine di utile indicato da So.Ge.R.T. nelle proprie giustificazioni (complessivi € 54.196,43 per il quinquennio), già esiguo, è all'evidenza frutto della palese sovrastima degli introiti e, al contempo, della sottostima degli esborsi necessari per l'espletamento della commessa.

In dettaglio, per quanto concerne i ricavi, non sarebbero attendibili le asserzioni della So.Ge.R.T. di poter ottenere, nonostante gli ingentissimi ribassi offerti rispetto agli importi a base di gara, ricavi (€ 826.315,79) decisamente più elevati di quelli stimati dal Comune e posti a base di gara (€ 500.000,00) considerato, sul piano generale, che i positivi risultati ottenuti dall'aggiudicataria nei Comuni di Bresso e Caivano rappresentano esperienze isolate non estensibili, *sic et simpliciter*, alla (diversa) realtà del Comune di Cervinara, e che, nello specifico:

a) con riguardo al servizio di riscossione coattiva, gli incassi ipotizzati (€ 276.045,41 a fronte di ricavi posti a base di gara per € 84.309,27) sono stati erroneamente stimati su un arco temporale quinquennale, omettendo tuttavia di considerare il concessionario uscente "*è autorizzato da contratto a completare le procedure di riscossione coattiva fino a incasso/discarico*", con la conseguenza che (almeno) per il primo anno di affidamento So.Ge.R.T. non gestirà la

riscossione coattiva; ne consegue che i ricavi devono essere decurtati di almeno € 55.209,082 (pari ad un quinto di € 276.045,41) per il primo anno di affidamento in cui l'aggiudicataria non svolgerà il servizio;

b) le medesime considerazioni valgono per la sottovoce «oneri di riscossione a carico del debitore», che analogamente deve essere calcolata su quattro anni e non su cinque, con conseguente decurtazione degli incassi stimati di € 31.055,108;

c) l'aggiudicataria ha considerato all'interno dei ricavi € 195.000 per recupero esborsi anticipati per la riscossione coattiva (di cui € 75.000 per «recupero spese di notifica dai debitori» ed € 120.000 per «recupero spese di procedura dai debitori») che tuttavia, proprio in quanto somme che l'aggiudicatario è tenuto ad anticipare prima di poterle recuperare tramite rimborso (cfr. *lex specialis*, secondo la quale “*all'affidatario spetta un rimborso spese...postali e di notifica, conteggiate al costo applicato da Poste Italiane, che saranno contabilizzate e rendicontate separatamente. Le spese per le spedizioni dei plichi e per le notifiche saranno anticipate dall'affidatario e fatturate all'Ente*”) non avrebbero dovuto essere indicate fra i ricavi (ovvero, in alternativa, l'importo corrispondente avrebbe dovuto essere inserito anche fra i costi);

d) l'aggiudicataria ha infine inserito un'ulteriore sottovoce dedicata al «compenso per ciascuna ingiunzione emessa» (pari ad € 4.000) che non trova più riscontro nella vigente normativa in forza dell'introduzione del c.d. accertamento esecutivo ad opera della l. 160/2019.

Risulterebbero altresì gravemente sottostimate plurime voci di costo, con riguardo sia ai costi di struttura che alle spese del personale.

In particolare, quanto ai costi di struttura:

e) nelle «altre spese generali», indicate in complessivi € 200.000, ricadono anche le spese di notifica e di procedura (che la stessa aggiudicataria ha stimato, a titolo di ricavi per recupero, in € 195.000), con la conseguenza che per le restanti voci di costo residuerebbero unicamente € 5.000 nell'arco di un quinquennio, insufficienti a coprire i costi per la sede (indicati in € 30.000 per

5 anni) e i costi anticipati non recuperabili, i costi per automezzi e carburanti e le spese varie (quantificabili in almeno € 30.000); ne discende che i costi per la voce spese generali risultano sottostimati di almeno € 55.000;

f) del pari sottostimati risulterebbero (nell'ordine di circa euro 15.000,00 complessivi): il «costo di stampa atti tributari» (indicato in € 5.000, valore estremamente contenuto in relazione all'ammontare degli atti da emettere e alla durata quinquennale del contratto); i «costi per la fornitura dei servizi aggiuntivi riportati nell'offerta tecnica» (pari ad € 3.750,00, nonostante ricomprendano anche il «servizio di assistenza domiciliare per particolari categorie di cittadini a fini informativi», che presuppone almeno una risorsa dedicata, tuttavia non considerata fra i costi del personale); i costi relativi alla struttura tecnica di Frattamaggiore, che prendono in considerazione solo le voci relative a software e utenze e non anche il costo del personale ivi operante.

Per quanto concerne i costi per il personale, emergerebbero ulteriori sottostime con riguardo:

g) all'importo preventivato quale costo complessivo della manodopera (23 unità per l'espletamento del servizio, per € 86.008,01 annui e € 430.040,05 per l'intero quinquennio) sostanzialmente corrispondente a quello stimato dall'amministrazione (€ 86.008,07 annui; € 430.040,35 per l'intero quinquennio) per un numero di risorse tuttavia nettamente inferiore (16 unità);

h) al costo del personale da riassorbimento, considerato che l'aggiudicataria, nonostante abbia dichiarato di accettare la clausola sociale e di assumere i due impiegati addetti alle attività di *front office* (n. 1 impiegato di IV livello del CCNL del commercio full time, per 40 ore settimanali, con un costo annuo aziendale pari a € 29.032,30; 1 impiegato di III livello del CCNL del commercio full time, per 40 ore settimanali, con un costo annuo aziendale pari a € 31.475, 77) ha tuttavia, nel proprio progetto di assorbimento, affermato di voler assumere in caso di aggiudicazione due lavoratori del

CCNL del credito part time (26 ore settimanali) con un costo annuo aziendale pari a € 23.781,68 per il primo ed € 31.096,00 per il secondo; in tal modo, oltre a non aver garantito al personale riassorbito lo stesso monte orario svolto presso il concessionario uscente, ne ha arbitrariamente sottostimato il costo per un importo complessivo pari ad almeno € 28.151,95;

i) al costo dei di 2 professionisti per l'attività di supporto legale, che l'aggiudicataria ha indicato di voler impiegare per 100 h/anno imputando tuttavia costi al Comune di Cervinara per appena € 616,65 annui (corrispondenti all'1% del costo annuale dei professionisti, comune a tutte le commesse su cui sono trasversalmente impiegati, pari ad € 61.665,00); risulterebbe tuttavia irragionevole ipotizzare che le 100 ore indicate rappresentino l'1% dell'impegno dei legali, poiché ciò si tradurrebbe in un monte ore annuo di 10.000 ore (13 ore al giorno per 365 giorni l'anno) con retribuzione oraria di circa € 6 (mentre l'art. 22-*bis* D.M. Giustizia 10 marzo 2014, n. 55 stabilisce che per la consulenza stragiudiziale *“nel caso di pattuizione dei compensi a tempo, si tiene conto di un parametro indicativo da un minimo di euro 200,00 ad un massimo di euro 500,00 per ciascuna ora o frazione di ora superiore a trenta minuti”*); pertanto, anche a voler quantificare il compenso orario in € 100 (metà del compenso minimo previsto dal sopracitato D.M.), tale voce di costo appare largamente sottostimata, quantomeno nella misura di € 46.916,75 ($€ 100 \times 100h \times 5anni = € 50.000 - € 3.083,25 = € 46.916,75$).

7.1. La doglianza, nelle sue diverse articolazioni, è infondata.

7.2. Giova preliminarmente richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale:

a) la finalità della verifica di anomalia dell'offerta è quella di evitare, da un lato, affidamenti ad offerte che nel loro complesso non appaiono suscettibili di buon esito riguardo agli interessi pubblici perseguiti e, dall'altro, comportamenti di *dumping* contrari al principio di libera concorrenza in un mercato regolato, senza in alcun modo pregiudicare il confronto concorrenziale fra le diverse possibili tecnologie e strategie imprenditoriali e

senza, evidentemente, sovrapporsi alla necessità di un costante monitoraggio amministrativo e di un efficace presidio giurisdizionale della successiva fase attuativa, posto che la bontà dell'esecuzione del rapporto contrattuale - e quindi la realizzazione dell'interesse pubblico perseguito - non sono necessariamente rapportate al maggiore costo dell'offerta prescelta (Consiglio di Stato sez. III, n. 1470 del 2020);

b) nelle gare pubbliche il giudizio circa l'anomalia o l'incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile dal giudice amministrativo solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale e, quindi, non può essere esteso ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci (Consiglio di Stato, sez. V, 17 novembre 2016, n. 4755; id., sez. III, 6 febbraio 2017, n. 514);

c) il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta non mira ad individuare specifiche e singole inesattezze nella sua formulazione ma, piuttosto, ad accertare in concreto se la proposta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto e se i prezzi offerti trovino rispondenza nella realtà, sia di mercato che aziendale, cioè se gli stessi siano verosimili in relazione alle modalità con cui si svolge il lavoro, alle dimensioni dell'azienda, alla capacità di effettuare acquisti convenienti o di realizzare particolari economie, anche di scala (Consiglio di Stato, sez. V, 3 aprile 2018, n. 2053).

Tale connotazione discrezionale del giudizio di anomalia risulta ulteriormente accentuata laddove, come nel caso di specie, venga in rilievo una concessione in luogo di un appalto. La giurisprudenza amministrativa ha infatti più occasioni evidenziato la sostanziale differenza di contenuto del giudizio sull'anomalia delle offerte, a seconda che si tratti di concessione di servizi, piuttosto che di altri appalti, ciò in quanto *“in effetti, nella concessione si controlla l'attendibilità di una previsione economico-finanziaria con pieno o preponderante accollo del rischio economico del peculiare mercato del servizio da parte del concessionario, onde siffatta verifica, pur sempre rigorosa, è sull'attendibilità d'una ragionevole e ponderata previsione*

economica (nella specie, basata sui dati della stazione appaltante e sulla stessa esperienza professionale dell'appellata, anch'essa gestrice di servizi similari.... che lascia un margine d'incertezza a chi confeziona l'offerta ed un alto margine di opinabilità tecnico-discrezionale a chi la riscontra, opinabilità non sindacabile in sede di legittimità se non per evidenti errori di fatto e macroscopica irragionevolezza” (Consiglio di Stato, sez. VI, 7 maggio 2020, n. 2885).

In tema di concessioni dunque, la verifica di anomalia – considerato che anche la voce dei ricavi risulta *ex ante* indefinita – assume connotazioni ancor più discrezionali “*e in qualche misura flessibili (in quanto condizionata da una rilevante componente previsionale), se non caratterizzata da margini di incertezza” (Consiglio di Stato, sez. V, 24 maggio 2022, n. 4108).* Ciò in quanto “*il rischio imprenditoriale di cui il concessionario è portatore discende non solo dal flusso di accesso degli utenti al servizio e dalle variazioni di mercato, ma anche dalle scelte dell'imprenditore in merito all'organizzazione dei propri mezzi e delle modalità di offerta del servizio” (Consiglio di Stato, sez. V, 1 dicembre 2022, n. 10567), di modo che “ciò che rileva nell'applicazione dei principi dettati in materia di verifica della sostenibilità dell'offerta formulata dall'operatore economico nella gestione di un servizio è il riscontro della remuneratività dell'operazione economica nel suo complesso e dell'equilibrio globale del rapporto, tenuto conto delle singole componenti di costo, unitamente alla capacità gestionale del concessionario” (T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 2 maggio 2024, n. 2899).*

7.3. Tanto premesso, nel caso di specie dall'esame complessivo delle doglianze non emerge alcuna macroscopica irragionevolezza, inattendibilità o erroneità nella valutazione di non anomalia espressa dall'Amministrazione.

7.4. Per quanto concerne la sovrastima dei ricavi si osserva che, su un piano generale, non può essere condivisa l'asserzione della ricorrente secondo la quale, tenuto conto che So.Ge.R.T. gestisce in concessione centinaia di Comuni “*se solo in due di essi (per giunta, molto più grandi di Cervinara) SOGERT ha raggiunto i risultati dichiarati in termini di maggiori introiti, è evidente che il dato non può avere alcun rilievo statistico in altre realtà”.*

Nelle giustificazioni si legge infatti che “*gli incassi in ambito di riscossione coattiva realizzati da So.Ge.R.T. S.p.a. relativamente ad una delle entrate comunali considerata di più difficile esazione, quale la Tariffa Rifiuti, non sono mai state inferiori al 52% sia in Comuni del Nord che del Sud Italia. comprova di quanto rappresentato, si allegano campioni di n°2 attestazioni rilasciate dai Comuni di Caivano (NA) (Sud Italia) e Bresso (MI) (Nord Italia)*”; il riferimento ai risultati raggiunti nei Comuni di Bresso e Caivano assume dunque, nel contesto dei giustificativi, il ruolo di mero “esempio” atto a comprovare la capacità gestionale del concessionario (rilevante nell’ambito della verifica di anomalia laddove vengano in rilievo concessioni di servizi, come indicato nel precedente § 7.2).

7.5. Con riguardo alle singole voci oggetto di contestazione si rileva poi che:

- quanto al servizio di riscossione coattiva e alla sottovoce “oneri di riscossione a carico del debitore”, gli appunti di parte ricorrente non tengono conto della circostanza che la clausola di ultrattività (invocata a sostegno della censura) opererà anche per il nuovo aggiudicatario, rendendo pertanto non irragionevole la proiezione degli incassi su un orizzonte quinquennale;
- in ordine al recupero degli esborsi anticipati per la riscossione coattiva, risultano convincenti le difese dell’aggiudicataria, che ha indicato di aver effettivamente considerato tali voci come una “partita di giro”, allocandole coerentemente sia nei ricavi che nei costi (nella voce spese generali); residua pertanto semmai il problema (che verrà esaminato di seguito, al § 7.6) di un’eventuale sottostima degli ulteriori costi allocati nella voce spese generali;
- non coglie nel segno neppure la doglianza afferente al compenso per ciascuna ingiunzione emessa, previsto dalla stessa *lex specialis* (cfr. art. 1.7 CSA, che riconosce, con riguardo alla “*riscossione coattiva entrate comunali*”, il “*compenso di € 5,00, per ciascuna ingiunzione fiscale emessa*”) e peraltro computato anche dalla ricorrente.

7.6. Infondate, nei sensi di seguito precisati, risultano anche le censure riferite ai costi di struttura.

La deduzione secondo la quale l'importo residuo disponibile delle "spese generali" (pari ad € 5.000,00 al netto delle spese di notifica e di procedura, stimate, in sede di ricavi, in complessivi € 195.000) sarebbe incapiente rispetto alla copertura delle ulteriori voci ivi incluse, pur se in astratto condivisibile, non conduce in ogni caso ad affermare l'inattendibilità dell'offerta nel suo complesso, considerato che:

- su un piano generale *"la quantificazione della voce "spese generali" è fisiologicamente mutevole (essendo inscindibilmente legata alla singola, peculiare realtà produttiva), tanto che la giurisprudenza ha chiarito come non viga una regola contabile o giuridica in base alla quale per ogni contratto stipulato deve necessariamente trovare capienza una quota di spese generali non attinenti allo specifico contratto, potendo il riparto degli oneri generali avvenire in modo diverso tra contratto e contratto"* (T.A.R. Veneto, sez. I, n. 659 del 2019) e l'importo di tali spese può essere influenzato da condizioni specifiche delle singole imprese (*"le spese generali variabili comprendono le spese per il personale ed i locali della sede, la gestione mano d'opera e di direzione tecnica di cantiere e esercizio delle attrezzature di cantiere, nulla osta sul piano logico che siano condizionate da situazioni specifiche delle singole imprese e concorrano a determinare il prezzo offerto in modo differenziato"*, Consiglio di Stato, sez. V, n. 3819 del 2007), di modo tale che il giudizio sulla loro congruità costituisce espressione di lata discrezionalità tecnica, come tale insuscettibile di sindacato in assenza di profili di illogicità apprezzabili (Consiglio di Stato, sez. V, n. 4330 del 2003);

- al netto dei costi per la sede (stimati dalla stessa aggiudicataria in € 30.000) gli ulteriori costi richiamati (costi anticipati non recuperabili, i costi per automezzi e carburanti e le spese varie) sono quantificati dalla ricorrente in *"almeno € 30.000"*, in modo arbitrario e non supportato da alcun elemento, neppure indiziario, e senza tenere conto che, nei giustificativi, la controinteressata ha precisato che, per quanto riguarda i costi degli automezzi, *"So.Ge.R.T. S.p.a. è già proprietaria di propri autoveicoli/automezzi per l'espletamento dei servizi oggetto di gara nei Comuni della Regione Campania, con utilizzo comune a più commesse. Pertanto a carico del Comune di Cervinara nel computo delle altre spese generali"*

è stata considerata solo una quota di partecipazione ai costi di manutenzione, assicurazione e tasse, oltre alla quota carburante necessaria per l'utilizzo degli stessi in favore del Comune di Cervinara”;

- pertanto, le argomentazioni della ricorrente non risultano idonee a dimostrare che la sottostima delle spese in questione – oltre a non poter essere assorbita nella globale analisi economica della proposta – determini una completa erosione dell'utile di impresa, stimato in € 54.196,43, anche tenuto conto che, per pacifica giurisprudenza, *“al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, poiché anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio significativo, sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e aver portato a termine un appalto pubblico”* (ex plurimis, Consiglio di Stato, n. 607 del 2017).

Con riguardo poi agli ulteriori costi (in disparte le censure attinenti alla quota dei costi per il personale adibito alla struttura di Frattamaggiore da imputare alla commessa, che risultano estremamente generiche e non circostanziate) si osserva che, quanto alla “stampa atti tributari” e alla “fornitura dei servizi aggiuntivi riportati nell'offerta tecnica”, gli importi indicati dall'aggiudicataria non risultano implausibili alla luce delle precisazioni contenute nei giustificativi secondo cui, per quanto attiene alla stampa, *“il CED So.Ge.R.T. S.p.a. è dotato di propria apparecchiatura informatica che consente l'elaborazione automatica e meccanizzata di oltre 2.000 atti quotidiani con costi per singola operazione di stampa ed imbustamento pari a € 0,10 per atto; pertanto non essendo prevedibile in tale sede il numero preciso di atti da produrre, in un'ottica di massima affidabilità delle presenti spiegazioni si è preso a riferimento una stima annua di atti da stampare ed imbustare pari a 10.000 dal quale deriva una stima complessiva di 50.000 atti per l'intera durata del contratto”* mentre, per ciò che riguarda i servizi migliorativi di supporto ai contribuenti, gli stessi *“fanno parte della ordinaria organizzazione aziendale di So.Ge.R.T. S.p.a., ed erano già attivi nella propria struttura aziendale”* di modo che

“viene presa in considerazione solo la quota di adattamento degli stessi al Comune di Cervinara, nonché per quanto attiene ai servizi di natura informatica, la quota parte dei costi di erogazione e manutenzione”.

7.8. Infine, con riguardo alle spese per il personale si osserva quanto segue.

7.8.1. Come rilevato anche dalla stazione appaltante, la sostanziale invarianza del costo esposto dall'aggiudicataria rispetto a quello stimato dalla stazione appaltante, pur a fronte di un aumento (di 7 unità) del personale impiegato, risulta adeguatamente giustificata dal decremento delle ore di esecuzione di ciascun addetto, fermo il monte-ore complessivo.

7.8.2. È infondata anche la contestazione attinente all'asserita inosservanza della clausola sociale, che sfocerebbe nella consequenziale sottostima del costo delle unità di personale riassorbite considerato che So.Ge.R.T avrebbe dovuto assumere due impiegati di III e IV livello del CCNL del commercio (full time, per 40 ore settimanali, con un costo annuo aziendale pari rispettivamente a € 29.032,30 e € 31.475,77), mentre ha dichiarato nel proprio progetto di riassorbimento di voler assumere, in caso di aggiudicazione, due lavoratori livello UNI e 201 del CCNL Settore Credito (da impiegare per 26 ore settimanali, con retribuzione annua lorda rispettivamente di € 23.781,68 e € 31.096,00).

In proposito si osserva che l'art. 26 della *lex specialis* ha stabilito che *“al fine di promuovere la stabilità occupazionale nel rispetto dei principi dell'Unione Europea, e ferma restando la necessaria armonizzazione con l'organizzazione dell'operatore economico subentrante e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto, l'aggiudicatario del contratto di appalto è tenuto ad assorbire prioritariamente nel proprio organico, qualora ciò fosse coerente con la propria organizzazione d'impresa, il personale già operante alle dipendenze dell'aggiudicatario uscente, garantendo l'applicazione dei CCNL di settore, di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. L'elenco e i dati relativi al personale attualmente impiegato dal contraente uscente per l'esecuzione del contratto sono riportati nell'allegato Progetto del servizio”.*

Orbene, in linea con le acquisizioni consolidate della giurisprudenza, l'interpretazione della clausola sociale non può condurre ad un annichilimento dell'autonomia che va preservata in capo all'appaltatore nell'organizzazione dei fattori produttivi aziendali, tra i quali la manodopera assume un rilievo preponderante; autonomia che costituisce il tratto distintivo dell'esercizio dell'impresa, come si evince dalla stessa definizione del contratto di appalto ex art. 1655 c.c.

Solo siffatta interpretazione consente infatti di ricondurre a conformità la clausola sociale rispetto all'ordinamento costituzionale ed eurounitario: *“secondo la costante interpretazione giurisprudenziale, la clausola sociale non può essere intesa in senso rigido: è condizione stessa di validità della clausola la sua elasticità nel senso che essa "deve essere intesa conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti limitativa della platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost." (ex multis, Cons. Stato, sez. III, 28 dicembre 2020, n. 8442).* 8.3. È stato, infatti, ripetutamente chiarito che nella *lex specialis* la clausola cd. sociale va formulata e 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, anche perché *"solo in questi termini essa è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa, secondo la quale l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto"* (Consiglio di Stato, sez. V, 1 agosto 2023, n. 7444).

Alla luce di tali principi è stato anche escluso che la clausola sociale possa implicare la necessaria conservazione dell'inquadramento e dell'anzianità del lavoratore assorbito dall'impresa aggiudicataria, poiché l'aspetto inerente al modo con cui l'imprenditore subentrante dà seguito all'impegno assunto con la stazione appaltante di riassorbire i lavoratori impiegati dal precedente

aggiudicatario (*id est* come rispetti la clausola sociale) attiene alla fase di esecuzione del contratto, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6148; sez. III, 29 gennaio 2019, n. 726; V, 15 dicembre 2016, n. 5311).

Se dunque la *ratio* sottesa alla normativa sociale è quella di garantire ai lavoratori assorbiti di essere effettivamente assunti ed impiegati dal nuovo gestore, resta tuttavia rimessa alla piena autonomia di quest'ultimo, tenuto conto delle proprie esigenze gestionali, la facoltà di dedicare i lavoratori anche a diverse commesse; in tal senso è stato anche affermato che un conto è il diritto del lavoratore ad essere mantenuto in servizio dal subentrante concessionario, un conto è ritenere che i relativi costi debbano essere necessariamente ed integralmente ribaltati sul costo del servizio oggetto di affidamento: *“trattasi di due aspetti differenti, ben potendo il nuovo gestore mantenere il dipendente in servizio destinandolo ad attività e mansioni differenti da quelle precedentemente espletate, magari anche presso altri enti concedenti o stazioni appaltanti?”* (T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 11 luglio 2023, n. 4148).

7.8.3. Infondata è anche la censura relativa alla sottostima del costo dei n. 2 professionisti per supporto legale.

Nell'offerta tecnica l'aggiudicataria ha indicato, con riferimento al criterio B.1 (*“Modalità organizzative e gestionali del front-office con particolare riferimento ai servizi innovativi offerti, anche da remoto, e la presenza capillare sul territorio del Comune di Cervinara oltre la sede prevista all'art. 1.8 del presente capitolato nonché agli orari di apertura degli sportelli proposti?”*) che *“al fine di consentire l'ottimale presidio delle attività di front office, So.Ge.R.T. mette a disposizione dell'Ente un proprio gruppo di lavoro”*, composto da svariate figure professionali, tra cui anche *“Supporto Legale: N° 2 Legali esperti in contenzioso tributario che collaborano continuativamente da oltre un decennio presso il nostro Ufficio Legale. Per tali figure si presume un impiego pari a 100 H/anno”*.

Nei giustificativi So.Ge.R.T. ha poi precisato che il supporto legale sarà affidato a “n° 2 *Avvocati abilitati, esperti in materia tributaria, che collaborano quotidianamente con la So.Ge.R.T. S.p.a. da diversi anni dietro presentazione di fattura per compenso fisso indipendentemente dalla mole di contenzioso gestito e dal numero di commesse acquisite dall'azienda*” precisando che “*lo staff legale che sarà utilizzato in quota parte anche per il Comune di Cervinara, ha in affidamento la cura dei servizi legali, compreso il contenzioso per n°100 Enti locali gestiti dalla So.Ge.R.T. S.p.a. con un costo annuale totale comune a tutte le commesse pari ad € 61.665,00; pertanto viene imputato a carico della commessa del Comune di Cervinara una quota costo pari al 1% del costo totale sopra previsto*”.

Tanto premesso, si osserva preliminarmente che non può essere condivisa la deduzione della ricorrente secondo la quale “*tale dichiarazione [i.e. quella riferita al numero di ore svolte dai legali in favore del Comune di Cervinara] ha consentito a SOGERT di ottenere più punti di STEP da ben due commissari su 3*” (memoria 22 aprile 2024, pag. 6), rappresentando il supporto legale solo uno dei numerosi elementi complessivamente offerti per il criterio B1.

Venendo al cuore della censura si rileva poi che i citati legali, in quanto già incardinati nell'organizzazione aziendale della controinteressata, non rappresentano dipendenti impiegati stabilmente nella commessa ma figure professionali che svolgono mansioni trasversali a tutte le commesse che l'operatore economico ha in corso di esecuzione, sicchè i relativi costi sono sopportati dalla ditta, gravando sul suo bilancio, a prescindere dal numero di contratti che essa riesce ad aggiudicarsi.

Con riferimento alla retribuzione di quei dipendenti o consulenti esterni che sono impiegati dall'operatore economico per diversi (o tutti) gli appalti assunti e non per un singolo e specifico appalto, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che “*detti costi della manodopera sono efficacemente definiti "costi indiretti della commessa" poiché relativi al personale di supporto all'esecuzione dell'appalto o a servizi esterni, da tener distinti dai "costi diretti della commessa" comprensivi di tutti i dipendenti impiegati per l'esecuzione della specifica commessa.... È preferibile, però, riferire il costo*

della manodopera di cui al citato art. 95, comma 10, ai soli costi diretti della commessa, esclusi, dunque, i costi per le figure professionali coinvolti nella commessa in ausilio e solo in maniera occasionale secondo esigenze non prevenibili (in termini Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2020, n. 6530; V, 21 ottobre 2019, n. 7135, che, in relazione alle figure professionali che prestano la propria opera a beneficio di più contratti di appalto riferiti alla stessa impresa, parla di attività "trasversale" e le enuncia in tutte quelle che hanno un ruolo direttivo o di coordinamento). L'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in offerta - e la correlativa verifica della loro congruità imposta alla stazione appaltante - risponde all'esigenza di tutela del lavoro sotto il profilo della giusta retribuzione (art. 36 Cost., cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 ottobre 2020, n. 6306; V, 22 giugno 2020, n. 3972; V, 10 febbraio 2020, n. 1008); serve ad evitare, infatti, manovre speculative sulla retribuzione dei dipendenti finalizzate a rendere l'offerta in gara maggiormente competitiva rispetto alle altre. Tale essendo la ratio della citata prescrizione, è gioco forza riconoscere che l'esigenza di tutela è avvertita solo e proprio per quei dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell'offerta per la specifica commessa; non è così, invece, per le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente (nella vicenda de qua il dietista), ovvero lo fanno in maniera trasversale a vari contratti (il direttore del servizio), il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all'offerta da presentare per il singolo appalto" (Consiglio di Stato, sez. V, 3 novembre 2020, n. 6786).

Ne discende che non risulta censurabile l'imputazione *pro quota* alla commessa in questione dei costi relativi al supporto legale.

Nè risulta irragionevole il criterio seguito per il computo della quota (determinata rapportando il costo totale delle retribuzioni dovute ai legali al numero di enti gestiti dall'aggiudicataria), tenuto conto che il compenso dovuto ai citati professionisti, secondo quanto dichiarato dall'aggiudicataria, è corrisposto in misura fissa "*indipendentemente dalla mole di contenzioso gestito e dal numero di commesse acquisite dall'azienda*" mentre l'impegno lavorativo (diversamente da quanto argomentato dalla ricorrente) ben può essere

diversamente articolato fra le varie commesse, anche in relazione ai contenuti delle offerte presentate.

8. In conclusione il ricorso è infondato e deve essere respinto.

8.1. La complessità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione fra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Mezzacapo, Presidente

Anna Saporito, Referendario, Estensore

Rosa Anna Capozzi, Referendario

L'ESTENSORE

Anna Saporito

IL PRESIDENTE

Salvatore Mezzacapo

IL SEGRETARIO