

Publicato il 30/11/2020  
**N. 07554/2020REG.PROV.COLL.**  
**N. 04089/2020 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**Il Consiglio di Stato**  
**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**  
ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso iscritto al numero di registro generale 4089 del 2020, proposto da OMISSIS s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Ferasin, Luca Mazzeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

**contro**

OMISSIS e OMISSIS, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Roberta Brusegan, Fabio Francario, Katia Maretto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

**nei confronti**

OMISSIS s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Martinez, Davide Moscuza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Filippo Martinez in Roma, via Alessandria n.130;

**per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto (Sezione Prima) n. 00180/2020, resa tra le parti.**

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della OMISSIS, del OMISSIS e di OMISSIS s.r.l.;

Visto l'appello incidentale di OMISSIS s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 novembre 2020 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e, dato atto della presenza, ai sensi dell'art. 4, comma 1, ultimo periodo, d.l. n. 28/2020 e dell'art. 25 d. l. n. 137/2020, degli avvocati Martinez e Moscuza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO e DIRITTO**

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto ha respinto il ricorso proposto dalla società OMISSIS s.r.l. contro la OMISSIS e il OMISSIS e nei confronti di OMISSIS s.r.l., per l'annullamento dell'aggiudicazione a quest'ultima dell'appalto di refezione scolastica indetto dalla stazione unica appaltante OMISSIS per conto del OMISSIS della durata di due anni scolastici (2018-2019 e 2019-2020), con facoltà di rinnovo biennale.

1.1. Il Tribunale amministrativo regionale ha esaminato e respinto tutti i motivi del ricorso principale proposto da OMISSIS, seconda graduata, riguardanti sia il sub-procedimento di verifica di anomalia nei confronti della OMISSIS, prima graduata, sia l'offerta dell'aggiudicataria.

1.2. Ha quindi dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso incidentale di quest'ultima, compensando le spese processuali.

2. OMISSIS ha avanzato appello, con un unico motivo articolato in più censure, volto a criticare la sentenza impugnata "nella parte in cui riconosce la correttezza delle giustificazioni di Dussmann in ordine al costo del

*lavoro con particolare riferimento al tasso per assenteismo per malattia, infortunio e maternità e ai permessi sindacali”.*

Ha invece prestato acquiescenza al rigetto dei motivi restanti.

2.1. Si sono costituiti per resistere al gravame il OMISSIS e la OMISSIS.

2.2. Si è costituita in resistenza anche OMISSIS, la quale ha avanzato appello incidentale, riproponendo le censure del ricorso incidentale dichiarato improcedibile in primo grado.

2.3. All’udienza del 19 novembre 2020 la causa è stata assegnata a sentenza sulla base degli atti, previo deposito di memorie di tutte le parti e di memorie di replica delle due società, nonché di note di udienza da parte di Dussmann.

3. Logicamente pregiudiziale è l’esame dell’appello incidentale, col quale Dussmann, censurando la dichiarazione di improcedibilità del ricorso incidentale in primo grado, ne ripropone i motivi.

Le censure incidentali costituiscono effettivamente un *prius* dal punto di vista logico-giuridico rispetto alle censure della ricorrente principale, in quanto sono volte all’estromissione della OMISSIS dalla gara per asserita violazione del requisito minimo di organico necessario per l’effettuazione del servizio, quindi per dedotta inidoneità dell’offerta tecnica rispetto alle richieste della legge di gara.

Invece, l’unica censura di OMISSIS riproposta in appello attiene alla verifica di congruità dell’offerta economica di Dussmann, specificamente in riferimento al costo del lavoro, di modo che l’accoglimento delle censure avanzate in via incidentale in primo grado da parte di quest’ultima priverebbe d’interesse il ricorso di OMISSIS.

3.1. Con unico motivo (*Violazione dell’art. 3, pag. 6 del capitolato. Violazione dell’art. 68, d.lgs. 50/2016. Inidoneità dell’offerta avversaria per insufficienza dell’organico proposto rispetto alla richiesta minima di lex specialis*) l’appellante incidentale, richiamato il detto articolo 3, sostiene che il capitolato avrebbe imposto di garantire, per ogni refettorio e per ogni turno di somministrazione di pasti, un organico di addetti alla somministrazione tale da rispettare il rapporto di 1 addetto ogni 35 utenti, ossia 1 addetto per ogni 35 pasti. Data tale lettura del capitolato, a detta di Dussmann prescrittivo di un *“requisito tecnico minimo essenziale per garantire lo svolgimento del servizio”*, si avrebbe, secondo l’appellante incidentale, che l’offerta di OMISSIS non rispetterebbe il requisito, perché, sulla base dei dati forniti con i chiarimenti della stazione appaltante (del numero dei pasti e dei turni), risulterebbe che, con l’organico complessivamente offerto, non le sarebbe stato possibile garantire il numero minimo di addetti alla somministrazione dei pasti per la giornata di martedì.

Svolti i calcoli relativi (per i quali è sufficiente fare rinvio agli scritti di parte), l’appellante incidentale conclude deducendo che il mancato rispetto del rapporto minimo fra numero di addetti alla somministrazione nei refettori e numero di pasti/utenti, imposto dall’articolo 3 del capitolato, avrebbe dovuto comportare l’esclusione di OMISSIS dalla gara.

3.2. Il motivo non merita favorevole apprezzamento.

L’art. 3, pagina 6, del capitolato stabiliva che *“Nelle scuole i pasti dovranno essere somministrati da personale della ditta stessa con un numero di addetti adeguato in modo tale da garantire la qualità e il regolare svolgimento del servizio e dovrà essere comunque garantito un rapporto tra personale addetto alla somministrazione dei pasti e numero degli utenti serviti pari a 1:35 presso ciascun refettorio e per ciascun turno”*.

La lettera della disposizione non può affatto essere interpretata nel senso che prescriva un requisito speciale di partecipazione, la cui mancanza potesse essere sanzionata con l’esclusione dalla procedura. Questa conclusione s’impone già perché nella legge di gara non vi è alcuna previsione espressa in tale senso (in particolare, non vi è alcuna previsione espressa della richiesta del requisito a pena di *“inammissibilità”* o di *“esclusione”* dell’offerta), cosicché prevale in materia il principio di tassatività delle cause di esclusione ex art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, spettando alla stazione appaltante delineare in termini espliciti ciò che ha natura essenziale per lo svolgimento del servizio.

3.4. In ogni caso una siffatta natura essenziale, nel servizio *de quo*, del rapporto indicato dall’art. 3 del capitolato non si può ricavare nemmeno alla stregua di una lettura sistematica della legge di gara, la quale

avrebbe dovuto essere formulata in termini tali da lasciare chiaramente intendere che detta modalità di esecuzione dell'appalto fosse elemento qualificante dell'offerta, e perciò requisito di ammissione alla procedura, la cui mancanza o discordanza potesse determinare l'esclusione del concorrente.

Orbene, la stazione appaltante – nulla espressamente prevedendo la legge di gara sul punto – si è limitata a fornire, in sede di chiarimenti, valori meramente indicativi circa il numero degli utenti da servire, dovendosi perciò escludere che si trattasse di un parametro inderogabile cui rapportare l'offerta, in specie quanto al rapporto tra numero di addetti alla distribuzione e numero di utenti (quest'ultimo peraltro naturalmente destinato a variare di anno in anno, tenuto conto delle frequenze scolastiche).

Ancora, in assenza di specifiche indicazioni nella legge di gara (mancante financo di un criterio di attribuzione del punteggio dipendente dalle modalità organizzative del lavoro), la richiesta modalità operativa del servizio è chiaramente dipendente dalla concreta organizzazione del personale impiegato per lo svolgimento del servizio da parte dell'impresa aggiudicataria, sicché essa si presta ad essere valutata, sia, per alcuni profili, in sede di valutazione di congruità dell'offerta, come opposto dalla stazione appaltante, sia, per altri profili, in sede esecutiva, come obiettato da OMISSIS.

3.5. Essendo da escludere che il mancato rispetto del detto rapporto di 1:35 da parte della concorrente, sin dal momento della presentazione delle offerte, potesse comportarne l'esclusione come preteso da OMISSIS (al fine di fare venir meno la legittimazione ad agire di OMISSIS), il ricorso incidentale, così come riproposto con appello incidentale, va respinto nel merito, senza necessità di ulteriori accertamenti.

4. Con l'unico articolato motivo dell'appello principale viene criticata la sentenza appellata nella parte in cui ha deciso sulla censura concernente il costo orario del lavoro indicato dall'aggiudicataria, specificamente in merito alle riduzioni di costo illustrate da quest'ultima nelle giustificazioni del 28 dicembre 2018, in punto di applicazione dei tassi di assenteismo reali per "malattia, infortunio e maternità" e per "permessi e assemblee" (indicati rispettivamente in circa 14 ore annue e 1,67 ore annue e, poi, sovrastimate in 25 e in 2 ore annue).

Il primo giudice ha dichiarato di fondare il giudizio sulla ricognizione dei dati aziendali, *"e, dunque, sulla base di dati storici e propri dell'organizzazione imprenditoriale"*, tenendo conto dei *"cedoloni paghe anni 2016-2018"* e di un prospetto riassuntivo, depositato dall'aggiudicataria, *"dal quale si ricava, in particolare, che (in relazione al periodo 2013-2018) il controvalore in ore del tasso di assenteismo per malattia, infortuni e maternità tocca il massimo di 23,23 (nel 2013) ed il minimo di 16,67 (nel 2018): sul punto si deve evidenziare che il valore indicato dalla aggiudicataria in sede di gara era pari a 25 ore annue"*.

Ha quindi ritenuto che con la produzione documentale appena detta l'aggiudicataria non avesse addotto (ulteriori) giustificazioni, *"ma solo fornito un supporto a dimostrazione della fondatezza delle proprie argomentazioni difensive"* e che, per contro, non avrebbero potuto essere esaminate *"le censure racchiuse alle pagg. 2 e 3 della memoria depositata dalla parte ricorrente in data 3 maggio 2019"*, perché inammissibili in quanto dedotte in memoria non notificata alla controparte e completamente nuove.

Ha inoltre dato conto dell'ulteriore argomentazione addotta dalla ricorrente principale al fine di supportare la tesi dell'insostenibilità dell'offerta dell'aggiudicataria, basata sulla consultazione della documentazione ufficiale proveniente dalla stessa OMISSIS (bilancio di responsabilità, depositato in giudizio dalla ricorrente principale in data 29 aprile 2019) e rinvenuto dopo la notifica del ricorso introduttivo: la parte ricorrente aveva evidenziato che mentre in gara l'aggiudicataria ha dichiarato tassi di assenteismo "irrisori" (25 ore annue) e notevolmente inferiori al dato ricavabile dalla tabella FIPE (100 ore annue), nel predetto bilancio di responsabilità (pag. 12) emergeva che in realtà il suo assenteismo era pari al 7,7%, corrispondente a ben 160 ore annue. Il primo giudice ha ritenuto che tali argomentazioni non fossero *"in grado di riflettersi – sì da evidenziare i profili di illegittimità denunciati – sull'esercizio del potere tecnico-discrezionale da parte della stazione appaltante in punto di verifica dell'anomalia dell'offerta"*, osservando che *"<<merita di essere evidenziato che il Corporate Responsibility Report 2017 introduce l'analisi nello stesso contenuto qualificando OMISSIS "specialista nell'erogazione di servizi integrati di pulizia e sanificazione, ristorazione e facility management per la sanità, le scuole, l'industria e le forze armate" (pag. 6) e indicando i servizi dalla stessa svolti: pulizia e sanificazione, ristorazione collettiva (che sono definiti "principali"), e poi una serie di*

*ulteriori servizi (pag. 9). Detto report, dunque, non è in grado di mettere in dubbio la credibilità del tasso di assenteismo dichiarato in sede di gara dall'aggiudicataria, non riguardando lo specifico settore aziendale che si occupa dell'erogazione del servizio di ristorazione ma, in termini complessivi, l'intera organizzazione aziendale.>>>*

4.1. Alla stregua delle motivazioni esposte, reputate sufficienti a superare le doglianze della ricorrente principale, la sentenza ha giudicato priva di rilievo la questione -già fatta oggetto di istruttoria, con richiesta di informazioni all'INPS e all'INAIL- dell'effettiva e concreta incidenza dei costi dell'assenteismo sul datore di lavoro (valorizzando tuttavia il dato ricavabile dalla relazione INAIL- Direzione regionale Veneto pervenuta il 25 novembre 2019 che *"una parte dei costi legati agli infortuni e alle malattie professionali del lavoratore non ricadono sul datore di lavoro, ma sull'Istituto assicuratore"*).

5. Nel criticare la decisione, l'appellante principale ripropone le censure di violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016, di violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara, in specie dell'art. 17, punto 11, del disciplinare di gara e dell'art. 6 del capitolato d'appalto, con particolare riferimento alla sufficienza e congruità delle giustificazioni rese da OMISSIS nel procedimento di verifica dell'anomalia riguardo al c.d. "tasso di assenteismo".

Esposto il contenuto delle giustificazioni, OMISSIS sostiene la rilevanza della censura concernente i detti tassi di assenteismo, perché la "correzione" anche soltanto del costo, dovuto all'adeguamento alle tabelle FIPE, per l'assenteismo (malattia, gravidanza e infortuni) comporterebbe, a suo avviso, un costo del lavoro superiore a quello indicato in offerta di ben 51.536,23 euro, dunque superiore all'utile dichiarato in gara (euro 33.047,58, poi corretto da Dussmann in euro 16.679,44); aggiunge che se si considerasse il costo per l'assenteismo ricavato dal bilancio di responsabilità della stessa Dussmann, il costo del lavoro risulterebbe superiore addirittura di euro 78.492,66.

5.1. Ciò premesso, l'appellante censura le su riportate argomentazioni della sentenza appellata, sotto i seguenti profili:

– *erroneità della sentenza in relazione alla affermata valenza di prova dei c.d. "cedoloni"*: la comprova della minore incidenza di alcune voci tabellari avrebbe dovuto essere fornita nel procedimento di verifica di anomalia e non in giudizio; le giustificazioni fornite da Dussmann il 28 dicembre 2018 erano meramente assertive di un minore assenteismo, di modo che il riscontro documentale sarebbe stato fornito soltanto in giudizio, con la conseguenza che il Tribunale amministrativo regionale, valutando i documenti prodotti in sede giudiziale, ha finito per sostituirsi nella tipica valutazione tecnico discrezionale che avrebbe dovuto essere svolta dall'ente appaltante; ad ogni buon conto, i c.d. cedoloni non sarebbero nemmeno utili allo scopo, tanto è vero che il giudice si sarebbe limitato a recepire (implicitamente e acriticamente) il contenuto della tabella riassuntiva predisposta da Dussmann; la decisione sarebbe erronea e contraddittoria, in quanto, pur avendo disposto attività istruttoria, chiedendo informazioni all'INPS e all'INAIL, il giudice si sarebbe infine adeguato al documento prodotto dall'aggiudicataria, senza procedere ai necessari approfondimenti;

– *erroneità della sentenza in relazione agli argomenti contenuti nella memoria conclusiva di OMISSIS del 3 maggio 2019 considerati inammissibili dal Tar*: le argomentazioni esposte nella memoria conclusiva non contenevano alcuna nuova censura; OMISSIS si è limitata ad affermare che Dussmann non avrebbe potuto basare lo scostamento rispetto alle tabelle FIPE (come dichiarato nelle proprie giustificazioni) sulla conoscenza dell'appalto, semplicemente perché non lo gestiva e i cedoloni prodotti si riferivano ad appalti gestiti nel milanese (dunque difficilmente applicabili ad altre realtà territoriali); dato tale contenuto, si sarebbe trattato di mere notazioni riguardanti la documentazione in atti, che avrebbero lasciato inalterata l'originaria censura e quindi avrebbero dovuto essere considerate ammissibili, nonché "ragionevoli" e fondate;

– *erroneità della sentenza in relazione alla valutazione nel merito degli scostamenti rispetto alle tabelle FIPE sull'assenteismo*: lo scostamento delle voci indicate da Dussmann rispetto a quelle tabellari è considerevole ed è rimasto ingiustificato; ad aggravare la mancata giustificazione da parte dell'aggiudicataria si aggiungerebbero gli indici di inattendibilità dei tassi dichiarati, provenienti dalla stessa Dussmann, indicati

da OMISSIS, risultanti dal c.d. *Corporate Responsibility Report*; nello svalutare la portata di tale documento, il Tribunale amministrativo regionale, oltre ad aver invertito l'onere della prova (perché sarebbe stato onere di Dussmann comprovare l'incidenza delle altre attività del gruppo rispetto a quella di ristorazione), ha omesso di argomentare sull'oggettiva inattendibilità del dato, considerato che il settore della ristorazione è comunque molto rilevante per Dussmann e che la stessa Dussmann, nei successivi appalti di cui OMISSIS è a conoscenza, non ha dichiarato costi aziendali minori in relazione al c.d. assenteismo, ma ha applicato le tabelle FIPE (come da documenti in atti); a quest'ultimo riguardo, l'appellante precisa che, risultando da precedenti giudiziari che il tasso di assenteismo nel settore delle pulizie è stato dichiarato in conformità a quello FIPE (è citata la sentenza del Consiglio di Stato, VI, 30 gennaio 2020, n. 788), per rispettare la media risultante dai dati del bilancio di sostenibilità (che indicano un numero di ore di gran lunga superiore a quello tabellare) il dato della ristorazione avrebbe dovuto essere, a sua volta, superiore; – *erroneità della sentenza per carenza di motivazione in relazione alle giustificazioni Dussmann sui permessi sindacali*: analoghe considerazioni valgono per le ore dichiarate per permessi sindacali in “deroga” alla tabelle FIPE, essendo state dichiarate 2 ore rispetto alle 13 tabellari; il Tribunale amministrativo regionale avrebbe dovuto indicare la ragione per la quale è stato ritenuto congruo un siffatto scostamento, ma sul punto la sentenza è carente di motivazione; a comprova della censura, l'appellante riporta, anche per i permessi sindacali, i dati del bilancio di sostenibilità della stessa Dussmann (nel quale si precisa che le ore di permesso per assemblea sindacale sono aumentate dalle 26.815 del 2017 alle 30.446 del 2018).

6. L'appello è fondato sotto tutti i profili esposti, che sono congiuntamente scrutinabili.

Il principio di diritto da cui prendere le mosse è quello stesso richiamato nella sentenza appellata, secondo cui i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali sono un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta, perciò l'eventuale scostamento delle voci di costo da quelle riassunte nelle tabelle ministeriali non legittima un giudizio di anomalia o di incongruità e occorre, perché possa dubitarsi della congruità, che la discordanza sia *considerevole* e *palesamente ingiustificata*, alla luce di una valutazione globale e sintetica, di sua espressione di un potere tecnico-discrezionale insindacabile salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza non renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 2019, n. 5353).

6.1. La situazione di discordanza considerevole del tasso di assenteismo dichiarato da OMISSIS per “malattia, infortunio e maternità” e per “permessi e assemblee” rispetto ai tassi delle tabelle FIPE è oggettivamente riscontrata in atti.

Quanto alle giustificazioni, si legge in quelle presentate dall'aggiudicataria alla stazione appaltante in data 28 dicembre 2018, che “*in virtù della pluriennale gestione di questo appalto ed alla numerosità degli appalti in portafoglio nella provincia di Milano e nelle provincie limitrofe, OMISSIS S.r.l. elabora annualmente la media riferita ai tassi di assenteismo effettivamente rilevati sia per tipologia di business che di territorio*” e che, quanto a malattia, infortunio e maternità, “*il tasso effettivamente a carico dell'azienda risulta notevolmente al di sotto di quanto indicato nelle Tabelle di Costo del Lavoro, le quali prevedono una incidenza corrispondente ad un assenteismo di 100 ore su un totale annuo di 2088 ore totali teoriche previste. Cautelativamente, invece, il calcolo del tasso di assenteismo è stato inserito per un numero di ore pari a 25. In realtà l'incidenza di tale voce d'assenteismo per Dussmann sui dati consolidati dell'appalto in questione, risulta essere di 14 ore annue, che determinerà una ulteriore riduzione del costo o a copertura di eventuali costi imprevisti*”; analoghe giustificazioni sono state fornite per le ore “permessi e assemblee”.

6.2. Si tratta di mere affermazioni, rimaste prive di riscontro nei confronti della stazione appaltante, il cui giudizio tecnico-discrezionale risulta, per ciò soltanto, palesamente lacunoso, quindi incongruo.

Né siffatta lacuna oggettiva può essere colmata grazie al riferimento alla valutazione globale e sintetica dell'offerta di Dussmann, poiché sono proprio i due dati in contestazione a rilevare, di per sé, ai fini del giudizio complessivo sull'offerta economica: invero, quest'ultima è già viziata dall'applicazione della tabella ministeriale FIPE Venezia 2013, laddove avrebbe invece dovuto essere tenuta presente la contrattazione collettiva del 2018, di modo che il divario in aumento del costo del lavoro che si verrebbe a determinare applicando le previsioni del contratto collettivo nazionale di lavoro del settore pubblici esercizi – turismo

del febbraio 2018, in tanto potrebbe risultare giustificato in quanto la relativa maggiorazione (che, secondo quanto affermato da OMISSIS in sede giudiziale, comporterebbe un maggior costo del lavoro di € 16.368,14, con pari incidenza sull'utile, stimato complessivamente in € 33.047,58) sia compensata dalle riduzioni di costo che l'aggiudicataria riesce ad ottenere grazie alla propria organizzazione aziendale. Tra tali riduzioni di costo è determinante, appunto, quella che si fonda sulla ricognizione dei dati aziendali riguardanti i tassi di assenteismo per le voci anzidette.

6.3. In proposito, sono fondati i rilievi dell'appellante; e segnatamente:

- detta ricognizione avrebbe dovuto essere effettuata, in concreto ed in prima battuta, dalla stazione appaltante, non potendo essere demandata alla sede giudiziale, come accaduto nel giudizio di primo grado;
- nell'effettuare la valutazione concernente il costo del lavoro la stazione appaltante avrebbe dovuto tenere conto dei dati provenienti dall'aggiudicataria, effettuando i dovuti approfondimenti previa acquisizione di documentazione comprovante i dati storici aziendali e calcolo dei costi effettivamente a carico del datore di lavoro (in base ad informazioni acquisibili da parte della stazione appaltante, ove necessario, anche mediante riscontro delle posizioni rilevanti presso gli istituti assicuratori);
- l'istruttoria riservata alla stazione appaltante, in sede di subprocedimento di verifica di anomalia ex artt. 95 e 97 del d.lgs. n. 50 del 2016, deve poi tenere conto di tutti gli elementi oggettivi rilevanti allo scopo, tra i quali -come ben osservato dalla ricorrente, in entrambi i gradi di giudizio- non possono non assumere rilevanza, per un verso, i dati provenienti dalla stessa Dussmann (come quelli del bilancio di responsabilità o delle indicazioni fornite in altri appalti di servizi affidati al medesimo operatore economico) e, per altro verso, l'ambito territoriale nel quale l'aggiudicataria ha svolto l'attività di ristorazione cui fanno riferimento i dati storici di assenteismo aziendale.

6.4. Riguardo a tali ultimi rilievi merita aggiungere quanto segue.

6.4.1. Nel subprocedimento di anomalia dell'offerta, l'aggiudicataria è gravata dell'onere di giustificare i costi proposti; a maggior ragione tale prova *puntuale e rigorosa* è richiesta quando il costo del lavoro non è coincidente con quello medio tabellare.

Di conseguenza, ove i dati dichiarati appaiono in contrasto con dati contabili o indicati in altri documenti provenienti dalla medesima aggiudicataria, dovrà essere sempre quest'ultima a spiegare le ragioni di tali apparenti divergenze.

E' vero che, in sede giudiziale, quando la stazione appaltante abbia espresso una valutazione di non anomalia dell'offerta e questa sia stata impugnata dall'operatore economico non aggiudicatario, spetta al ricorrente dimostrare la manifesta erroneità o contraddittorietà della valutazione dell'amministrazione, essendo perciò gravato dell'onere della prova relativa (Cons. Stato, sez V, 27 settembre 2017 n. 4527, tra le tante). Tuttavia, nella dinamica processuale, tale onere è validamente assolto quando -come accaduto nel caso di specie- il ricorrente evidenzia, per un verso, vistose lacune giustificative da parte dell'aggiudicataria e, per altro verso, palesi contraddizioni tra quanto dichiarato in sede procedimentale e quanto risultante da documenti provenienti dalla medesima, e né le une né le altre risultino essere state adeguatamente considerate dalla stazione appaltante, finendo perciò per renderne sindacabile il giudizio di non anomalia, per cattivo esercizio del relativo potere tecnico-discrezionale.

Pertanto, non è condivisibile quanto asserito dal primo giudice in merito all'irrilevanza dei dati risultanti dal *Corporate Responsibility Report* di Dussmann, all'opposto essendo essi rilevanti e perciò meritando adeguata confutazione da parte della stessa società aggiudicataria.

6.4.2. Parimenti non è corretta la statuizione del primo giudice di inammissibilità delle censure contenute alle pagine 2 e 3 della memoria conclusiva depositata da OMISSIS il 3 maggio 2019.

Essa contiene infatti l'affermazione, della quale il Tribunale amministrativo regionale ha ritenuto precluso l'esame, che *"in primo luogo, Dussmann non è gestore uscente dell'appalto per cui è causa, quindi non ha alcuna esperienza specifica riguardo alla realtà di San Donà di Piave, in secondo luogo è chiaramente irrilevante il riferimento agli appalti gestiti nel milanese (ammesso e non concesso che tali dati siano corretti), atteso che nel nostro caso stiamo controvertendo su un appalto della provincia di Venezia. Voler estendere il tasso di assenteismo (asserito) di Milano e Provincia al OMISSIS è pretesa chiaramente erronea,*

*nulla sapendo Dussmann della realtà del luogo, tenuto peraltro conto che la clausola sociale impone all'aggiudicatario di assumere il personale già impiegato dal gestore uscente.*"

All'evidenza si tratta di mere notazioni difensive, che traggono fondamento dalle giustificazioni dell'aggiudicatario, fatte oggetto di censura col ricorso introduttivo.

Il principio di diritto richiamato nella sentenza appellata -secondo cui nel processo amministrativo sono inammissibili le censure dedotte in memoria non notificata alla controparte sia nell'ipotesi in cui risultino completamente nuove e non ricollegabili ad argomentazioni espresse nel corpo del ricorso sia quando, pur richiamandosi ad un motivo già ritualmente dedotto, introducano elementi sostanzialmente nuovi, ovvero in origine non indicati, con conseguente violazione del termine decadenziale e del principio del contraddittorio- va ribadito. Tuttavia, occorre precisare che, nella sua portata effettiva, esso è volto esclusivamente ad evitare che venga ampliato il *thema decidendum* introducendo nuove domande o nuove eccezioni, ovvero fatti principali comportanti modificazioni non consentite delle domande e delle eccezioni ritualmente introdotte; esso non è riferibile né ai fatti secondari, né, a maggior ragione, come accaduto nella specie, ad argomentazioni difensive basate su fatti (secondari) già presenti nel contraddittorio processuale, perché addirittura posti a fondamento di quelle stesse giustificazioni (del 28 dicembre 2018) che la parte ricorrente ha *ex professo* censurato.

La circostanza che la stazione appaltante si sia "accontentata" di giustificazioni che presentavano i su evidenziati profili di incongruenza riguardo all'ambito territoriale di operatività dell'impresa, senza espressamente valutarli, rende, a maggior ragione, incongrua, perciò sindacabile in sede giurisdizionale, la valutazione di non anomalia dell'offerta.

7. In conclusione, respinto l'appello incidentale, va accolto l'appello principale e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, va annullato il provvedimento di aggiudicazione impugnato, facendosi così applicazione, oltre che della giurisprudenza, già sopra richiamata, in tema di irrilevanza del calcolo del costo del lavoro secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi, a meno che non sussistano discordanze considerevoli ed ingiustificate (cfr., tra le altre, Cons. Stato, V, 28 maggio 2019, n. 3487; id., V, 18 febbraio 2019, n. 1097), anche del principio giurisprudenziale secondo cui comunque le tabelle ministeriali assolvono ad una funzione di parametro di riferimento del quale è possibile discostarsi, in sede di giustificazioni dell'anomalia, solo sulla scorta di una dimostrazione puntuale e rigorosa spettante all'operatore economico aggiudicatario (cfr. Cons. Stato, V, 20 febbraio 2017, n. 756, con specifico riferimento ad eventi, quali malattie, infortuni, maternità, che non rientrano nella disponibilità dell'impresa e che quindi necessitano, per definizione, di stima di carattere prudenziale).

7.1. L'annullamento dell'aggiudicazione comporta che debba essere rimessa alla stazione appaltante una nuova verifica di anomalia dell'offerta di Dussmann, limitatamente alla valutazione concernente il costo del personale, in relazione al tasso di assenteismo per "malattia, infortunio e maternità" e per "permessi e assemblee" indicato dall'aggiudicatario.

Siffatta decisione è assunta alla stregua dell'indirizzo giurisprudenziale, che qui si ribadisce, secondo cui il giudice amministrativo, nell'ambito della giurisdizione di legittimità, non può sostituirsi all'amministrazione nell'effettuare la verifica di anomalia, e non può comunque sottrarre all'amministrazione la discrezionalità che le è propria in base al dettato normativo.

Una volta accertato che nella specie l'effettiva incidenza degli oneri per il costo del lavoro sull'equilibrio complessivo dell'offerta non è stata correttamente verificata nella sede propria, tale omissione non può essere "surrogata" da una verifica in sede giudiziale, tenuto conto anche dei noti limiti al sindacato giurisdizionale sulle valutazioni rimesse all'amministrazione *in subiecta materia*. In tal caso, non deve, quindi, essere disposta l'esclusione dell'offerta sospetta di anomalia, ma solo la regressione della procedura alla fase di verifica dell'anomalia (Cons. St., IV, 13 aprile 2016, n. 1448; id, V, 30 marzo 2017, n.1465).

L'annullamento dell'aggiudicazione, nonché, per le parti di interesse della ricorrente in primo grado, dei verbali di verifica dell'anomalia dell'offerta, e la declaratoria dell'inefficacia del contratto di appalto già stipulato con l'impresa aggiudicatario, di cui ricorrono i presupposti previsti dall'art. 122 c.p.a. in ragione del fatto che residua ancora un periodo di esecuzione del servizio, attesa la rinnovabilità biennale, sono,

pertanto, disposti con salvezza degli ulteriori provvedimenti che l'amministrazione porrà in essere, nel rispetto della sentenza in esame.

7.2. Regredendo il procedimento alla fase di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, non vi è luogo a provvedere, allo stato, né sulla domanda di reintegrazione in forma specifica né su quella di risarcimento per equivalente, avanzate da OMISSIS.

8. Le spese processuali di entrambi i gradi vanno compensate, tenuto conto dell'esito complessivo della lite, per il quale le censure del ricorso introduttivo di OMISSIS sono state accolte solo parzialmente.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, respinge l'appello incidentale ed accoglie l'appello principale; per l'effetto, in parziale riforma della sentenza di primo grado, annulla il provvedimento di aggiudicazione e, per le parti di interesse della ricorrente in primo grado, dei verbali di verifica dell'anomalia dell'offerta, e dichiara inefficace il contratto stipulato con l'aggiudicataria, nei limiti e con gli effetti specificati in motivazione. Compensa le spese dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2020, tenuta ai sensi dell'art. 4 del d.l. n. 28 del 2020 e dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore