



DELIBERA N. 589

19 dicembre 2023.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla Sistemi di Sicurezza S.r.l. - Procedura aperta per l'affidamento quadriennale dei servizi di reception e portierato presso le sedi sanitarie ed ospedaliere della Regione Campania - Importo a base di gara euro: 91.939.475,52 IVA esclusa - Criterio di aggiudicazione: Offerta economicamente più vantaggiosa - S.A.: SO.RE.SA. S.p.A.

UPREC/PRE/803/2023/S/PREC

Riferimenti normativi

Art. 97 d.lgs. 50/2016

Art. 3 L. 241/90

Parole chiave

Verifica anomalia – Esclusione – Motivazione *per relationem*

Massima

Appalto pubblico – In genere – Verifica anomalia – Giudizio di non congruità – Provvedimento di esclusione – Motivazione *per relationem* – Ammissibile - Condizioni

Il provvedimento di esclusione motivato per relationem, ovvero attraverso il richiamo al verbale delle operazioni condotte dal RUP nell'ambito del subprocedimento di anomalia dell'offerta, deve ritenersi legittimo ai sensi dell'art. 3 della l. n. 241 del 1990 allorché all'interessato sia garantita la possibilità di prendere visione dell'atto richiamato, di richiederne e ottenerne copia in base alla normativa sul diritto di accesso ai documenti amministrativi e di chiederne la produzione in giudizio.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 19 dicembre 2023

DELIBERA



VISTA l'istanza acquisita al prot. n. 99024 del 7 novembre 2023, con cui la Sistemi di Sicurezza S.r.l. ha contestato la determina n. 229 del 13.10.2023 con cui la Stazione appaltante ha disposto la sua esclusione dal lotto n. 14 della procedura di gara in oggetto in ragione della incongruità dell'offerta presentata;

VISTE le censure articolate dall'istante avverso la suddetta determina. La società contesta, *in primis*, l'assenza di una adeguata motivazione a supporto del giudizio di non congruità dell'offerta presentata, in quanto l'Amministrazione si sarebbe limitata a richiamare *per relationem* il verbale del RUP, senza che tale verbale fosse conoscibile dall'interessato. Secondo la Sistemi di Sicurezza S.r.l., tali rilievi non avrebbero una rilevanza soltanto formale, traducendosi, in realtà, in una inedita compressione del diritto di tutela giurisdizionale. L'istante contesta, poi, la ragionevolezza e logicità della valutazione del RUP. Invero, nelle controdeduzioni prodotte nel subprocedimento di anomalia dell'offerta, l'istante, dopo aver precisato qual è il CCNL applicato (CCNL Imprese di Vigilanza Privata e Servizi Fiduciari) ha specificato di non aver previsto alcuno scostamento rispetto alle disposizioni del Decreto del Ministero del Lavoro 13.02.2004, Tabella A, con riferimento alle Voci Paga base tabellare consigliata, scatti di anzianità, avendo indicato gli scatti previsti dall'art. 31 CCNL, Festività retribuite, tredicesima, INPS, INAIL, Trattamento di fine rapporto, rivalutazione TFR e di aver precisato, inoltre, che in ragione della mancata adesione ad un'organizzazione sindacale di categoria, sottoscrittrice del CCNL di Lavoro, non erano state calcolate alcune voci (FASIV, Contributo di Solidarietà L.166/92, COASCO) relative alla cd. parte obbligatoria della retribuzione. Neppure sono stati denunciati scostamenti per ferie, festività, permessi orari retribuiti, Assemblee diritti sindacali, diritto allo studio, nel mentre, allo scopo di calcolare l'effettiva incidenza sulle ore lavorate del tasso di assenteismo per malattia, maternità ed infortuni si è prodotta attestazione del 04.12.2021 del proprio Consulente del Lavoro di Fiducia;

VISTO l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 106238 del 28 novembre 2023;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 107553 dell'1 dicembre 2023, con cui Soresa S.p.A. ha rappresentato che la prima questione sollevata dall'istante sarebbe priva di fondamento, avendo la giurisprudenza riconosciuto che *"Nel provvedimento amministrativo, la motivazione per relationem deve intendersi ammessa dall'art. 3, comma 3, l.7 agosto 1990 n. 241, nelle ipotesi in cui il provvedimento sia preceduto e giustificato da atti istruttori in esso espressamente richiamati"* (Cons. Stato, 1 luglio 2017, n. 542), come avvenuto nel caso di specie, in cui la determina di esclusione è stata adottata a seguito del verbale di valutazione di anomalia delle offerte condotto dal RUP, espressamente richiamato. Peraltro, in data 16/10/2023 l'istante effettuava l'accesso agli atti di gara –comprensivi del Verbale del R.U.P. n.21 del 03/10/2023 – che aveva determinato il provvedimento di esclusione –ed in data 02/11/2023 (Registro di Sistema n.PI112229-23) veniva evasa la richiesta, portandolo a conoscenza delle articolate motivazioni. Nel merito delle censure sollevate, Soresa rappresenta che la verifica è stata condotta con l'ausilio della Tabella del Ministero del Lavoro e della Politiche sociali per il personale dipendente da istituti di Vigilanza privata Servizi fiduciari di marzo 2016 e non del 2004, come affermato nelle memorie dell'istante. Per quanto concerne, invece, la mancata previsione di alcune voci del trattamento obbligatorio (Fondo previdenza complementare, COASCO ecc), nel verbale il RUP ha dato atto che la Circolare del Ministero del Lavoro, la n.43 del 2010, prevede che: *"una volta riconosciuto da parte del contratto collettivo di riferimento che una determinata prestazione (per esempio una assistenza sanitaria integrativa ovvero il trattamento di sostegno al reddito erogato dagli enti bilaterali) rappresenta un diritto contrattuale del singolo lavoratore, l'iscrizione all'ente bilaterale rappresenta nient'altro che una modalità per adempiere al corrispondente obbligo del datore di lavoro. Sicché, là dove espressamente previsto dai contratti collettivi, ogni singolo prestatore di lavoro matura un diritto contrattuale di natura retributiva -alla stregua di una retribuzione aggiuntiva o integrativa -nei confronti di quei datori di lavoro non aderenti al sistema bilaterale di riferimento che potrà essere adempiuto attraverso il riconoscimento di una somma o di una prestazione equivalenti a quella erogata dal sistema bilaterale di riferimento ai diversi livelli, nei limiti ovviamente degli importi stabiliti dalla contrattazione*



collettiva'. Tale Circolare risulta essere successiva alla Circolare del Ministero del Lavoro n. 4/2004 citata dall'operatore. Inoltre, la Circolare del 2004 si presta a molteplici interpretazioni, non potendosi ricondurre univocamente a quanto asserito da Sistemi di Sicurezza;

VISTA la memoria acquisita al prot. n. 107995 del 4 dicembre 2023, con cui la Secupor Puglia S.r.l., prima in graduatoria per effetto dell'esclusione dell'istante dalla procedura di gara, ha contestato, preliminarmente, l'inammissibilità e/o improcedibilità dell'istanza di precontenzioso in quanto sarebbero decorsi i termini per l'impugnazione giurisdizionale del provvedimento di esclusione. Nel merito, la Secupor Puglia rappresenta che le doglianze dell'istante non evidenziano alcun macroscopico errore nelle valutazioni compiute dal RUP e che, a confermare la correttezza delle decisioni assunte, è sufficiente richiamare l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale lo scostamento dalle tabelle ministeriale in punto di ore mediamente lavorate (attraverso la riduzione del tasso di assenteismo) deve essere puntualmente giustificato;

RITENUTO, preliminarmente, di dover rigettare le eccezioni di inammissibilità e/o improcedibilità dell'istanza di precontenzioso, in ragione del fatto che alla data di presentazione dell'istanza, 7 novembre 2023, non erano ancora spirati i termini per l'impugnazione giurisdizionale del provvedimento di esclusione, essendo viceversa irrilevante, ai fini del rilascio del parere, che i suddetti termini siano solo successivamente scaduti;

CONSIDERATO, in merito alla prima questione sollevata dall'istante, che l'art. 3, comma 3, della L. 241/90 stabilisce che *"Se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama"*. Il Consiglio di Stato ha chiarito che l'articolo 3 «nella parte in cui afferma che la motivazione *per relationem* è legittima a condizione che siano indicati e resi disponibili gli atti cui si fa rinvio, va inteso semplicemente nel senso che all'interessato deve essere possibile di prenderne visione, di richiederne ed ottenerne copia in base alla normativa sul diritto di accesso ai documenti amministrativi e di chiederne la produzione in giudizio, con la conseguenza che non sussiste per l'Amministrazione l'obbligo di notificare all'interessato tutti gli atti richiamati nel provvedimento, ma soltanto di indicarne gli estremi e di metterli a disposizione su richiesta dell'interessato» (Consiglio di Stato 12/8/2019 n. 5672; in termini analoghi, cfr. TAR Lazio Roma 3/6/2019 n. 7126; TAR Campania Napoli 3/5/2018 n. 2967; TAR Sardegna Cagliari 13/6/2017 n. 398; TAR Basilicata Potenza 3/4/2015 n. 708). Ed è esattamente quanto avvenuto nel caso di specie, laddove l'Amministrazione, in seguito all'istanza di accesso agli atti presentata dalla Sistemi di Sicurezza S.r.l., ha reso disponibile il verbale di conclusione delle operazioni relative al subprocedimento di anomalia delle offerte, richiamato nella determinazione di esclusione dalla gara. Non risulta, dunque, compresso il diritto alla tutela giurisdizionale, come peraltro dimostrato dalle censure articolate in tale sede, afferenti al merito del giudizio di anomalia dell'offerta;

RICHIAMATI, quanto alla seconda questione prospettata, i consolidati principi elaborati dalla giurisprudenza e dall'Autorità in tema di verifica dell'anomalia delle offerte, così sintetizzabili: 1) le valutazioni dell'Amministrazione in ordine all'anomalia e/o alla congruità dell'offerta costituiscono espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto. Pertanto, il sindacato dell'Autorità non può tradursi in una nuova verifica di merito, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità (tecnica) dell'Amministrazione, né può comportare una verifica delle singole voci dell'offerta, poiché così facendo si invaderebbe una sfera propria della P.A. (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2020, n. 1449; Id., 25 luglio 2019 n. 5259; Id., sez. III, 6 febbraio 2017, n. 514; Id., sez. V, 17 novembre 2016, n. 4755); 2) il procedimento di verifica dell'anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto; 3) la valutazione di congruità deve essere globale e



sintetica, senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo (cfr. Cons. Stato, sez. III, 29 gennaio 2019, n. 726; Id., sez. V, 23 gennaio 2018, n. 430; Id., 30 ottobre 2017, n. 4978); 4) il procedimento di verifica di anomalia è avulso da ogni formalismo, essendo improntato alla massima collaborazione tra l'amministrazione appaltante e l'offerente, quale mezzo indispensabile per l'effettiva instaurazione del contraddittorio ed il concreto apprezzamento dell'adeguatezza dell'offerta (cfr. di recente Delibera dell'Autorità n. 354 del 22 aprile 2020 e la giurisprudenza ivi richiamata);

RILEVATO che nel verbale del 3 ottobre 2023, il RUP, preso atto del personale che l'istante ha dichiarato di riassorbire per effetto della clausola sociale e del numero di ore mediamente lavorate dichiarate nei giustificativi, ha sviluppato due ipotesi di calcolo: la prima, fondata sull'inserimento pieno delle voci di costo del personale previste dal CCNL Istituti di Vigilanza privata e servizi fiduciari – quali il Fondo di previdenza complementare, Fasic, COASCO, Contributo di solidarietà L. 166/91 – che la Sistemi di Sicurezza aveva dichiarato di non dover corrispondere, richiamando, a giustificazione dello scostamento, l'art. 39 della Costituzione e la mancata adesione dell'impresa ad un'organizzazione sindacale di categoria, sottoscrittrice del CCNL di categoria. La seconda ipotesi, per mera completezza, è stata sviluppata dal RUP considerando un valore pari a 0 per le suddette voci, come indicato dall'istante. In entrambi i casi, l'offerta complessiva è risultata in perdita (con un valore negativo pari a - 49.580,42 per l'ipotesi 1 e - 38.276,16 per l'ipotesi n. 2) e ciò senza, peraltro, valorizzare la circostanza che l'impresa ha dichiarato un valore pari 0 per le spese generali, del tutto impossibile e inaccettabile;

RITENUTO, negli stretti limiti in cui è consentito il sindacato sulle valutazioni tecnico discrezionali dell'Amministrazione, che l'iter logico-giuridico condotto dal RUP e le decisioni cui è pervenuto non appaiono affette da alcun manifesto errore di fatto o da illogicità o arbitrarietà, costituendo, piuttosto, il frutto di un'analisi accurata della disciplina di riferimento e delle giustificazioni addotte dall'istante nell'ambito del subprocedimento di anomalia dell'offerta;

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti delle argomentazioni e motivazioni che precedono, che il provvedimento di esclusione, contenente una motivazione *per relationem*, non ha leso il diritto alla tutela giurisdizionale dell'istante, giacché il verbale di conclusione delle operazioni di anomalia dell'offerta è stato trasmesso a seguito della presentazione dell'istanza di accesso agli atti. Nel merito, le valutazioni compiute dal RUP appaiono esenti da vizi di macroscopica irragionevolezza e illogicità o da errore di fatto.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 dicembre 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente