

APPALTI: Contratti della P.A. - Gara - Esclusione - Modificato del costo della manodopera originariamente indicato nell'offerta economica - Principio di immodificabilità dell'offerta economica - Art. 83, co. 9, D.Lgs. n. 50 del 2016 - Illegittimità - Ragioni.

Tar Basilicata - Potenza, Sez. I, 27 settembre 2021, n. 605

“[...] il principio di immodificabilità dell'offerta economica si riferisce alle dichiarazioni di volontà, cioè al contenuto della proposta contrattuale, costituito dal prezzo, e non anche a quelle di scienza che riguardano la giustificazione dell'offerta economica mediante la scomposizione delle voci di costo, ed è stato precisato che l'erronea indicazione del costo della manodopera nell'offerta economica non può comportare l'esclusione dalla gara, se non vi è stata una variazione del prezzo offerto, che è l'unico elemento dell'offerta economica immodificabile, e se il costo del lavoro, indicato nell'ambito del subprocedimento di verifica della congruità dell'offerta, non è inferiore ai trattamenti salariali minimi ed inderogabili indicati nelle Tabelle Ministeriali ex art. 23, comma 16, D.Lg.vo n. 50/2016 (con riferimento alla stessa fattispecie [...]).”

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Matera e della Saba Italia S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 settembre 2021 il Cons. Pasquale Mastrantuono e uditi gli avv.ti Daniele Marrana, Enrica Onorati e Marco Iannacci;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Con bando di gara del 13.1.2021 il Comune di Matera ha indetto la procedura aperta per l'affidamento in concessione per 5 anni del servizio di gestione dei parcheggi pubblici a pagamento in superficie ed in struttura, stimando il valore totale di € 6.245.267,82, quantificato sulla base degli incassi stimati, e prevedendo il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa mediante l'attribuzione di massimo 70 punti per l'offerta tecnica (con la riparametrazione dei punteggi assegnati) e massimo 30 punti per l'offerta economica, la quale consisteva nell'indicazione della percentuale dal 40% in su dell'incasso annuale ricavato, a titolo di canone annuale di concessione, da corrispondere al Comune di Matera.

Entro il termine perentorio delle ore 12,00 del 17.2.2021 hanno presentato l'offerta 7 concorrenti.

All'esito della gara si classificava il 1° posto la TMP S.r.l. con il punteggio complessivo di 100 punti e l'offerta al Comune di Matera del canone annuale di concessione sui ricavi del 51,28%, indicando in € 41.300,00 i costi di sicurezza interni ed in € 2.040.000,00 il costo della manodopera.

Poiché la TMP S.r.l. aveva superato i 4/5 dei punteggi massimi attribuibili all'offerta tecnica ed all'offerta economica, con nota del 17.7.2021 veniva invitata presentare le giustificazioni e la relativa documentazione, per dimostrare la congruità della predetta offerta, con riferimento agli elementi indicati dai commi 4 e 5 dell'art. 97 D.Lg.vo n. 50/2016.

Con nota del 26.7.2021 la TMP S.r.l.:

-evidenziava che l'incasso annuale, stimato dal Comune, di € 1.684.806,15 poteva essere superiore per l'installazione dei sensori di parcheggio e per l'entrata in funzione del parcheggio interrato del Palazzo di Città, quantificando tale ricavo annuo ulteriore in € 54.188,06 (precisamente € 135.692,60, cioè al netto di IVA € 111.223,44 a cui vanno sottratti € 57.035,38 per l'offerta del 51,28% a titolo canone annuale di concessione sui ricavi = € 54.188,06);

-quantificava il costo annuo della manodopera in € 453.000,00, cioè di € 2.265.000,00 per 5 anni, superiore a quello di € 2.040.000,00, indicato nell'offerta, ed in € 103.520,00 tutti gli altri costi annui, tra cui quelli dei sistemi/software gestionali;

-e stimava in minimo € 65.204,98 e massimo € 119.393,04 l'utile e/o guadagno.

Con nota del 3.8.2021 il Responsabile del procedimento rilevava che: 1) non erano comprovate le "voci di spesa inerenti i CCNL applicabili alle 14 unità lavorative" e "la stima del costo medio di € 45.000,00 relative alle 2 unità lavorative part time aggiuntive", con riferimento alle quali non erano stati indicati i "CCNL applicabili"; 2) non erano stati "forniti giustificativi apprezzabili" per i sistemi/software gestionali, in quanto era stato indicato il costo annuo di € 517.600,00, "mentre nel frontespizio si indicava un costo di € 103.520,00 annui"; 3) era stato indicato il quantitativo di 22 nuovi parcometri, mentre per l'esecuzione della concessione ne occorrevano 42; 4) anche altri costi non erano supportati da idonea documentazione commerciale.

Con nota del 5.8.2021 la TMP S.r.l. faceva presente che: 1) alle 2 unità lavorative part time aggiuntive "con funzione di controllo (impiegato al 60% e Responsabile al 50%)", già alle dipendenze della TMP su altre commesse, si applica il CCNL Terziario e servizi; 2) il costo annuo di € 103.520,00 per i sistemi/software gestionali comprendeva 42 e non 22 parcometri.

Con provvedimento dell'1.9.2021 il Responsabile del procedimento ha emanato il provvedimento di esclusione dal procedimento della TMP S.r.l., attesoche:

1) la TMP aveva modificato il costo della manodopera, indicato nell'offerta economica, violando il principio di immodificabilità dell'offerta economica ex art. 83, comma 9, D.Lg.vo n. 50/2016;

2) l'incongruità del canone di concessione offerto, attesoche: A) al costo annuo di € 517.600,00 per il noleggio dei sistemi/software gestionali doveva aggiungersi il prezzo complessivo di riscatto di € 129.400,00 (€ 157.868,00 compreso l'IVA, pari a € 31.573,60 annui), in quanto l'art. 2, ultimo

capoverso del Capitolato Speciale prevedeva la facoltà del Comune di Matera, di acquisire “al termine della concessione” le opere e le attrezzature installate dalla concessionaria “quali: parcometri, segnaletica verticale, cartelli indicatori ecc.”; B) era stato erroneamente riportato “a titolo di ricavi annui l’importo di € 708.170,98 (che afferisce alla misura del canone concessorio da versare annualmente all’Ente) invece di € 672.817,67”; C) pertanto, “sottraendo dal totale dei ricavi annui stimati (€ 672.817,67) il totale dei costi correttamente calcolati (€ 674.539,60), l’utile annuo minimo sarebbe del tutto azzerato ed anzi si determinerebbe una perdita di € 1.271,93”, “anche volendo considerare il surplus di ricavi preventivato, in conseguenza dell’attivazione del parcheggio interrato all’interno del Palazzo di Città e dell’incremento di incassi dovuto all’installazione dei sensori di parcheggio per le aree scoperte”.

La TMP S.r.l. con il presente ricorso, notificato il 10.9.2021 al Comune di Matera presso l’indirizzo di posta elettronica comune.matera@cert.ruparbasilicata.it ed alla Saba Italia S.p.A., classificatasi al 2° posto, presso l’indirizzo di posta elettronica sabaitalia@pec.sabait.it e depositato nella stessa giornata del 10.9.2021, ha impugnato il predetto provvedimento di esclusione dell’1.9.2021, deducendo:

- 1) l’errata applicazione del principio di immodificabilità dell’offerta economica ex art. 83, comma 9, D.Lg.vo n. 50/2016, anche perché il costo annuo di € 45.000,00 per l’impiego delle 2 unità lavorative part time aggiuntive “con funzione di controllo (impiegato al 60% e Responsabile al 50%)”, già alle dipendenze della TMP su altre commesse, non rientra nell’ambito del costo della manodopera, ma va qualificato come un costo indiretto e/o trasversale;
- 2) l’eccesso di potere per illogicità, in quanto, anche se la ricorrente aveva erroneamente indicato nella nota del 26.7.2021 come ricavi annui la somma € 708.170,98, anziché quella corretta di € 672.817,67, da tale errore consegue che l’utile annuo, indicato nella nota del 26.7.2021, senza tener conto del suddetto ricavo annuo ulteriore di € 54.188,06, derivante dall’installazione dei sensori di parcheggio e dall’entrata in funzione del parcheggio interrato del Palazzo di Città, di € 65.204,98, in realtà corrisponde a € 29.851,67;
- 3) l’eccesso di potere per difetto di istruttoria, in quanto, prescindendo dalla circostanza che dall’ultimo capoverso dell’art. 2 del Capitolato Speciale non si evince la gratuità dell’esercizio della facoltà del Comune di Matera, di acquisire “al termine della concessione” le opere e le attrezzature installate dalla concessionaria, l’offerta della ricorrente non è in perdita, perché il Responsabile del procedimento non aveva tenuto conto del predetto ulteriore ricavo annuo di € 54.188,06, derivante dall’installazione dei sensori di parcheggio e dall’entrata in funzione del parcheggio interrato del Palazzo di Città, quantificato dalla ricorrente nella nota del 26.7.2021.

Anche se il ricorso è stato notificato presso l'indirizzo di posta elettronica IPA comune.matera@cert.ruparbasilicata.it, anziché presso l'indirizzo di posta elettronica RegInde avvocatura@pec.comune.matera.it, si è costituito in giudizio il Comune di Matera, sostenendo l'infondatezza del ricorso, riportandosi alla relazione del Dirigente del Settore Poliiia Locale del 17.9.2021.

Si è pure costituita in giudizio la controinteressata Saba Italia S.p.A., la quale parimenti ha dedotto l'infondatezza del ricorso, rilevando anche l'insindacabilità del giudizio di anomalia dell'offerta.

Nella Camera di Consiglio del 22.9.2021 il ricorso è passato in decisione.

Il ricorso è fondato, in quanto non sono condivisibili entrambi i rilievi, posti a base dell'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara della società ricorrente dell'1.9.2021.

Infatti, il Responsabile del procedimento ha erroneamente interpretato il combinato disposto di cui agli artt. 83, comma 9, 95, comma 10 e 97, comma 5, lett. d), D.Lg.vo n. 50/2016, attesoché l'art. 83, comma 9, D.Lg.vo n. 50/2016 statuisce esclusivamente che il soccorso istruttorio non può essere applicato alle offerte tecniche ed economiche e da ciò si evince che il principio di immodificabilità dell'offerta economica si applica soltanto al prezzo offerto e non anche ai costi di sicurezza interni e/o aziendale ed al costo della manodopera, che ai sensi dell'art. 95, comma 10, dello stesso D.Lg.vo n. 50/2016 devono essere obbligatoriamente indicati dai concorrenti nelle offerte economiche, mentre l'art. 97, comma 5, lett. d), D.Lg.vo n. 50/2016, come anche gli artt. 18 e 21 del disciplinare di gara, prescrive che la stazione appaltante deve verificare se il costo del lavoro indicato è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle Tabelle Ministeriali ex art. 23, comma 16, D.Lg.vo n. 50/2016 in sede di eventuale verifica della congruità dell'offerta oppure prima dell'aggiudicazione.

Al riguardo va richiamato il condivisibile e prevalente orientamento giurisprudenziale (sul punto cfr. da ultimo C.d.S. Sez. V Sent. n. 1637 del 26.2.2021), relativo alla medesima fattispecie in cui l'offerente aveva indicato nell'offerta economica un costo della manodopera inferiore a quello specificato nell'ambito del subprocedimento di verifica dell'anomalia del prezzo offerto, con il quale è stato confermato l'orientamento giurisprudenziale (C.d.S. Sez. V Sent. n. 1049 del 16.3.2016) che il principio di immodificabilità dell'offerta economica si riferisce alle dichiarazioni di volontà, cioè al contenuto della proposta contrattuale, costituito dal prezzo, e non anche a quelle di scienza che riguardano la giustificazione dell'offerta economica mediante la scomposizione delle voci di costo, ed è stato precisato che l'erronea indicazione del costo della manodopera nell'offerta economica non può comportare l'esclusione dalla gara, se non vi è stata una variazione del prezzo offerto, che è l'unico elemento dell'offerta economica immodificabile, e se il costo del lavoro,

indicato nell'ambito del subprocedimento di verifica della congruità dell'offerta, non è inferiore ai trattamenti salariali minimi ed inderogabili indicati nelle Tabelle Ministeriali ex art. 23, comma 16, D.Lg.vo n. 50/2016 (con riferimento alla stessa fattispecie cfr. pure C.d.S. Sez. VI Sent. n. 487 del 15.1.2021 e C.d.S. Sez. V Sent. 1874 del 16.3.2020).

Ed invero, nell'ambito del subprocedimento di verifica della congruità dell'offerta presentata l'impresa aggiudicataria può rimodulare i costi inizialmente determinati, senza però modificare l'importo complessivo dell'offerta presentata, in quanto l'unica finalità di tale procedimento è quella di accertare la serietà dell'offerta formulata e l'affidabilità dell'aggiudicataria (sul punto cfr. per es. C.d.S. Sez. VI n. 2770 del 5.6.2015; TAR Basilicata n. 187 del 6.4.2011).

Risulta condivisibile anche l'orientamento giurisprudenziale, espresso nelle Sentenze C.d.S. Sez. V n. 6786 del 3.11.2020 e n. 7135 del 21.10.2019 e C.d.S. Sez. III Sent. n. 6530 del 26.10.2020, richiamate dalla società ricorrente, ai sensi del quale nel costo della manodopera non può essere considerata "la retribuzione di quei dipendenti o consulenti esterni che", come nella specie (in quanto la società ricorrente non ha calcolato nel costo della manodopera, indicato nell'offerta economica, spesa, relativa all'impiego di 2 unità lavorative part time aggiuntive con funzione di controllo, precisamente di 1 impiegato al 60% e di 1 Responsabile al 50%, già alle dipendenze della ricorrente su altre commesse), "sono impiegati dall'operatore economico per diversi appalti e non sono stati assunti per un singolo e/o specifico appalto", in quanto tali costi sono definiti "costi indiretti della commessa", perché si riferiscono a "personale di supporto all'esecuzione dell'appalto o a servizi esterni, da tenere distinti dai costi diretti della commessa, relativi a tutti i dipendenti impiegati per l'esecuzione della specifica commessa", specificando che l'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera nell'offerta economica si riferisce ai dipendenti impiegati "stabilmente" nella commessa e non per i lavoratori, "che operano occasionalmente" nell'appalto o "in maniera trasversale a vari contratti", "il cui costo non si presta ad essere modulato in relazione all'offerta da presentare per il singolo appalto", come quei dipendenti, che svolgono "mansioni aziendali di vertice, di coordinamento o di raccordo, prestate a beneficio di più contratti".

Risultano fondate anche le censure:

-dell'eccesso di potere per illogicità, in quanto, anche se la ricorrente aveva erroneamente indicato nella nota del 26.7.2021 come ricavi annui la somma € 708.170,98, anziché quella corretta di € 672.817,67, da tale errore consegue che l'utile annuo, indicato nella nota del 26.7.2021, senza tener conto del suddetto ricavo annuo ulteriore di € 54.188,06, derivante dall'installazione dei sensori di parcheggio e dall'entrata in funzione del parcheggio interrato del Palazzo di Città, di € 65.204,98, in realtà corrisponde a € 29.851,67 (cfr. al riguardo la tabella, doc. n. 9, allegata al ricorso);

-dell'eccesso di potere per difetto di istruttoria, in quanto, sebbene l'ultimo capoverso dell'art. 2 del Capitolato Speciale, va interpretato nel senso che la facoltà del Comune di Matera, di acquisire "al termine della concessione" le opere e le attrezzature installate dalla concessionaria, non comporta la corresponsione da parte della stazione appaltante di alcuna somma in favore del concessionario, va rilevato che l'offerta della ricorrente non è in perdita, perché il Responsabile del procedimento non aveva tenuto conto del predetto ulteriore ricavo annuo di € 54.188,06, derivante dall'installazione dei sensori di parcheggio e dall'entrata in funzione del parcheggio interrato del Palazzo di Città, quantificato dalla ricorrente nella nota del 26.7.2021 al netto del canone annuale di concessione del 51,28%, che, rapportato alla durata quinquennale della concessione corrisponde a complessivi € 270.940,30, cioè ad un importo maggiore del prezzo complessivo di € 129.400,00, di riscatto da parte del Comune dei sistemi/software gestionali, in caso di esercizio della predetta facoltà ex art. 2, ultimo capoverso, del Capitolato Speciale.

Mentre il Responsabile del procedimento non ha effettuato alcuna stima di tale ricavo annuo ulteriore, né ha quantificato tale ricavo ulteriore in una minore somma, che non consente alla ricorrente di ritrarre un utile dalla concessione, oggetto della controversia in esame, tenuto pure conto dei seguenti condivisibili orientamenti giurisprudenziali: 1) la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente ed in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo, dal momento che l'obiettivo dell'indagine è l'accertamento dell'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che la compongono (cfr. C.d.S. Sez. III n. 211 del 22.1.2016; C.d.S. Sez. IV n. 963 del 26.2.2015; C.d.S. Sez. V n. 84 del 16.1.2015); 2) non è possibile fissare una quota rigida di utile al di sotto della quale l'offerta debba considerarsi per definizione incongrua, atteso che anche un utile apparentemente modesto può comportare una serie di benefici indiretti, come i vantaggi di arricchimento del curriculum (utile per la partecipazioni alle gare successive), di immagine, di aumento del fatturato e di consolidamento sul territorio (cfr. C.d.S. Sez. V n. 1090 del 17.3.2016; C.d.S. Sez. III n. 211 del 22.1.2016 e n. 5128 del 10.11.2015; C.d.S. Sez. IV n. 963 del 26.2.2015; C.d.S. Sez. V n. 3785 del 17.7.2014).

A quanto sopra consegue l'accoglimento del ricorso in esame e per l'effetto l'annullamento dell'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara della società ricorrente dell'1.9.2021, fatta salva l'ulteriore attività amministrativa della stazione appaltante, volta a dimostrare l'incongruità dell'offerta economica della ricorrente, tenuto conto del condivisibile orientamento giurisprudenziale, secondo cui "il giudizio di valutazione dell'anomalia dell'offerta costituisce espressione di un potere ampiamente discrezionale, connotato da elementi di tecnicismo frammisti a valutazioni di opportunità non direttamente sindacabili dal G.A., salvo che non trasmodino", come

nella specie, “nella manifesta erroneità e/o illogicità” (cfr. C.d.S. Sez. V Sentenze n. 3855 del 13.9.2016 e n. 3105 del 18.6.2015; C.d.S. Sez. III n. 211 del 22.1.2016; C.d.S. Sez. VI Sent. n. 3935 del 14.8.2015).

Ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 26, comma 1, e 29 cod. proc. amm. e artt. 91 e 92, comma 2, c.p.c. il Comune di Matera va condannato al pagamento, in favore della società ricorrente, delle spese di lite, liquidate in dispositivo, mentre sussistono eccezionali motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio con riferimento alla controinteressata Saba Italia S.p.A..

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla l'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara della società ricorrente dell'1.9.2021, fatta salva l'ulteriore attività amministrativa.

Condanna il Comune di Matera al pagamento, in favore della ricorrente TMP S.r.l., delle spese di giudizio, che vengono liquidate in complessivi € 2.000,00 (duemila), oltre rimborso forfettario ex art. 2, comma 2, D.M. n. 55/2014, IVA, CPA e spese a titolo di Contributo Unificato nella misura versata; spese compensate nei confronti della controinteressata Saba Italia S.p.A..

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

Così deciso in Potenza nella camera di consiglio del giorno 22 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Donadono, Presidente

Pasquale Mastrantuono, Consigliere, Estensore

Benedetto Nappi, Primo Referendario

IL SEGRETARIO