

APPALTI: Offerta - Anomalia - Verifica - Costi del subappalto - Valutazione - Criteri.

Tar Lazio - Roma, Sez. II, 15 dicembre 2021, n. 13167

- in Riv. trim. appalti, 2, 2022, pag. 605 e ss.

“[...] nell’ambito della valutazione negoziale dell’affidabilità della proposta contrattuale, al fine di dimostrare la sostenibilità economica dell’offerta per i costi del subappalto, non è richiesto che il preventivo di spesa del subappaltatore debba avere data antecedente, o contestuale, alla formulazione dell’offerta, era, ed è, indispensabile che questa si fondi su di un insieme di costi e ricavi ragionevolmente prevedibili e documentati, dovendosi tener conto a tal fine dei preventivi di spesa - quali sopravvenienze di fatto - attualizzati al momento della valutazione di anomalia [...]”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip S.p.A. e di Italware S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2021 il dott. Luca Iera e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando pubblicato sulla GUUE in data 19.3.2021 Consip ha indetto una procedura di gara aperta “per l’affidamento della fornitura di prodotti software multibrand, manutenzione software e servizi connessi per le Pubbliche Amministrazioni”. La procedura era suddivisa in dieci lotti ed era strutturata secondo il meccanismo dell’inversione procedimentale di cui all’art. 133, comma 8 del d.lgs. n. 50/2016, da aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo, il cui valore stimato ammontava complessivamente a € 231.000.000,00.

Il lotto 3 interessa il presente contenzioso. Il lotto, dal valore massimale di Euro 25.000.000,000, aveva ad oggetto la “fornitura di prodotti IBM Passport, del rinnovo della manutenzione per i prodotti in uso e dei servizi connessi per le PA” (cfr. art. 3.1.3 del Capitolato Tecnico). Oggetto della fornitura erano in particolare: i prodotti software presenti nel listino IBM Passport (indicati nell’Appendice 3 - Lotto 3A); il rinnovo della manutenzione sui prodotti software IBM Passport già in uso presso le amministrazioni (indicati nell’Appendice 3 - Lotto 3B); i servizi connessi di consegna dei prodotti software e del rinnovo della manutenzione oggetto della fornitura,

manutenzione dei prodotti software oggetto della fornitura, garanzia, contact center e reportistica (cfr. art. 4.3 del Capitolato Tecnico).

A base di gara sono stati posti due listini, uno avente ad oggetto i Prodotti Software IBM Passport (Appendice 3 - Lotto 3A del Capitolato Tecnico) e uno avente ad oggetto il rinnovo della manutenzione dei prodotti software IBM Passport già in uso presso le amministrazioni (Appendice 3 - Lotto 3B del Capitolato Tecnico), mentre è stato previsto nel Capitolato Tecnico che i servizi connessi sarebbero stati remunerati con l'offerta formulata per la fornitura principale.

La disciplina di gara (cfr. art. 16 del Disciplinare) prevedeva che nella formulazione dell'offerta ciascun concorrente avrebbe dovuto indicare "due sconti percentuali, uno per i prodotti software e l'altro per il rinnovo della manutenzione".

Gli sconti percentuali offerti nell'ambito del lotto 3 per le due tipologie di prestazioni generano uno "sconto percentuale ponderato" calcolato secondo una data formula matematica indicata.

Il lotto 3 sarebbe stato aggiudicato al concorrente che, all'esito dell'applicazione della formula di cui sopra, "avrà offerto lo sconto percentuale ponderato più alto, fermo restando che, a ciascuno dei due listini oggetto del lotto, sarà applicato in sede di esecuzione contrattuale lo sconto percentuale per lo stesso specificamente offerto".

In relazione al lotto 3 hanno presentato offerta cinque operatori economici, tra cui Converge S.p.A. e la Itaware S.r.l. che hanno offerto, rispettivamente, uno sconto ponderato pari a 9,345 e a 15,224%.

La Commissione giudicatrice ha proceduto alla verifica della presenza di offerte anormalmente basse ai sensi dell'art. 97, comma 2-bis del d.lgs. n. 50/2016, riscontrando che l'offerta presentata da Itaware, quale prima migliore offerta, risultava anormalmente bassa. Si apriva così il contraddittorio procedimentale con il concorrente che veniva invitato a fornire adeguati chiarimenti in ordine alle voci costitutive dell'offerta, allegando ogni documentazione ritenuta utile insieme a "un conto economico" dove indicare tutte le voci di costo e di ricavo considerate, con l'indicazione dei margini di commessa (nota Consip del 15.4.2021 e successive integrazioni).

A conclusione della verifica sull'anomalia (nelle sedute dal 5.5.2021 al 20.6.2021), Consip, nella seduta riservata del 20.6.2021, una volta esaminata la documentazione trasmessa dal concorrente, riteneva che, "all'esito dell'analisi complessiva delle giustificazioni e delle varie precisazioni fornite dal concorrente ... le stesse esaustive e idonee a escludere l'incongruità dell'offerta presentata e a dimostrare, pertanto, la serietà, l'affidabilità e l'attendibilità dell'offerta valutata nella sua globalità, per i motivi e le circostanze evidenziate nelle medesime giustificazioni e relative

precisazioni”. Quindi con il provvedimento del 29.7.2021 deliberava di aggiudicare lotto 3 a Itaware.

Converge ha impugnato quest’ultimo provvedimento formulando cinque motivi.

Con il primo, il secondo e il quinto motivo, lamenta, sostanzialmente, la violazione delle regole di gara in quanto Itaware avrebbe “disatteso i pesi stabiliti nella lex specialis di gara per l’acquisto di nuove licenze (0,24) e per il rinnovo annuale della manutenzione per le licenze già in uso (0,76)” contenuti nell’art. 16 del Disciplinare di gara. Il concorrente, sulla base dei “dati storici in proprio possesso”, avrebbe infatti formulato un’offerta prendendo in considerazioni “lo 0,28” (pari a pari a Euro 7.000.000,00) per il rinnovo delle manutenzioni di licenze già in uso (a fronte di un peso indicato da Consip dello 0,76 pari a Euro 19.000.000,00) e “lo 0,72” (pari a Euro 18.000.000,00) per gli acquisti di nuove licenze (a fronte di un peso indicato da Consip di 0,24 pari a Euro 6.000.000,00). Fermo quanto sopra, il concorrente, con riferimento alla voce “manutenzione” (che rappresentava la parte più rilevante del listino) avrebbe inoltre offerto sostanzialmente uno sconto percentuale pari al 20% (cfr. verbale del 14.4.2021) che rappresenterebbe “un evidente sottocosto, che, peraltro, non trova alcuna giustificazione, considerato, altresì, che gli altri concorrenti hanno offerto rispettivamente un ribasso del 10,401% (Converge S.p.A.), del 9,280% (Mauden S.r.l.), dell’8,183% (Telecom Italia S.p.A.) e dell’8% (R1 S.p.A.)”. Raffrontando i valori offerti con gli importi posti a base di gara l’offerta presentata da Itaware sarebbe complessivamente in perdita per € 2.355.806,44.

Con il terzo motivo, afferma che la formulazione dell’offerta di Itaware violerebbe l’art. 95, comma 11, del d.lgs. n. 50/2016, atteso che in questo modo: i) il criterio di aggiudicazione prescelto non risulterebbe più connesso con l’oggetto dell’appalto; ii) si assisterebbe, all’atto pratico, a un azzeramento del confronto concorrenziale.

Con il quarto motivo, deduce la violazione del principio di immodificabilità dell’offerta in quanto si è assistito a una progressiva riduzione dell’utile atteso dichiarato da Itaware applicando i parametri che essa stessa ha predeterminato: l’utile sarebbe, infatti, passato da un margine iniziale del 2,504% (pari a € 638.441,31) a un margine finale del 1,846% (pari a € 470.522,39). Nell’utile peraltro non sarebbero state correttamente computate le voci di costo rientranti nel c.d. “costo del lavoro” - che l’impresa avrebbe erroneamente ritenuto quali costi indiretti (ossia non incidenti sulla specifica commessa) - e quelli del ricorso all’istituto del subappalto. Con riferimento al subappalto la ricorrente ha, in particolare, evidenziato che poiché Itaware ha dichiarato in sede di gara di “volere subappaltare quota parte di tutti i servizi previsti fino all’occorrenza massima del 40% dell’importo del contratto”, la risposta fornita dal concorrente in sede di giustificativi - in cui si afferma che

“attualmente l’impresa non ha intenzione di ricorrere al subappalto ... un eventuale ricorso al subappalto potrebbe al più portare un beneficio al conto economico e giammai maggiori costi” - sarebbe di per sé inidonea a dare ragione dei costi sostenuti.

Si sono costituite in resistenza Consip e Itaware replicando nel merito, puntualmente, alle censure sollevate.

Con ordinanza n. 5076/2021, la Sezione ha ritenuto che opportuno che l’amministrazione aggiudicatrice riesaminasse “in modo espresso” la voce di costo relativa al subappalto rendendo “evidenza della sua incidenza nella valutazione di redditività dell’offerta rispetto alla prestazione proposta e alla corretta esecuzione dell’appalto, in base alle note di chiarimenti del 12 e del 31 maggio 2021 prodotte in giudizio e nel contraddittorio con la parte interessata”.

Consip ha ottemperato all’incombente istruttorio depositando in data 20.10.2021 una documentata relazione a cui la ricorrente ha replicato con note difensive.

In vista dell’udienza del 15 dicembre 2021 le parti si sono scambiate articolate memorie; dopo la discussione di rito, la causa è stata trattenuta in decisione.

Il primo, il secondo, il terzo e il quinto motivo, che per la loro stretta connessione possono essere esaminati contestualmente, non sono fondati.

È opportuno indicare quale sia la disciplina di gara relativa alla formulazione e alla valutazione dell’offerta.

L’art. 3 del Disciplinare stabilisce che “non è prevista la suddivisione in lotti geografici in quanto l’iniziativa prevede prestazioni che devono essere eseguite da remoto e non include attività a valore aggiunto (attività logistiche, installazione on site, etc.). Peraltro, nell’ambito del mercato di riferimento, non esistono accordi commerciali tra case madri e business partner che limitino il mercato di questi ultimi con logiche territoriali (tutti gli operatori di settore possono eseguire la fornitura indistintamente su tutto il territorio nazionale)”.

Il massimale dei prodotti relativi al lotto 3 è pari a Euro 25.000.000,00 e le amministrazioni che aderiscono alla convezione potranno emettere ordinativi di fornitura sino a concorrenza del suddetto massimale. Il Disciplinare precisava che il massimale “è frutto di una stima relativa al presumibile fabbisogno delle Amministrazioni che utilizzeranno la Convenzione nell’arco temporale di durata della Convenzione. Pertanto, la predetta stima non è in alcun modo impegnativa, né vincolante per le Amministrazioni e per la Consip S.p.a. nei confronti degli aggiudicatari della Convenzione medesima”.

I listini posti a base di gara sono stati definiti da Consip “tenendo conto sia dei listini posti a base d’asta nella precedente edizione, sia dello storico degli esiti dei lotti aggiudicati della precedente edizione e delle iniziative analoghe, al fine di conseguire prezzi di acquisto competitivi”.

Il lotto viene aggiudicato in funzione degli “sconti percentuali offerti rispetto ai prezzi a basi d’asta indicati nei relativi listini, riportati nelle appendici 3 al Capitolato Tecnico”; gli sconti percentuali offerti nell’ambito del lotto per le due tipologie di prestazioni (nuove licenze e manutenzione) generano “uno sconto percentuale ponderato” calcolato sulla base di una data formula matematica.

La formula matematica per calcolare lo “sconto percentuale ponderato” prevede, tra le sue componenti, “il peso dell’acquisto di nuove licenze sulla fornitura totale, pari a 0,24” (b1) e “il peso del rinnovo annuale della manutenzione per le licenze già in uso sulla fornitura totale, pari a 0,76” (b2).

Il lotto viene quindi aggiudicato al concorrente che, all’esito dell’applicazione della formula matematica indicata nel bando, avrà offerto lo “sconto percentuale ponderato più alto”, fermo restando che, “a ciascuno dei due listini oggetto del lotto, sarà applicato in sede di esecuzione contrattuale lo sconto percentuale per lo stesso specificamente offerto”.

Da quanto precede è dunque evidente come il “peso” delle nuove licenze e del rinnovo delle manutenzioni delle licenze in uso, sulla fornitura totale di Euro 25.000.000,00 (pari rispettivamente a 0,24 e a 0,76), non costituisce il riferimento in relazione al quale i concorrenti erano tenuti a formulare la propria offerta, bensì unicamente uno degli elementi della complessa formula matematica sulla cui base calcolare lo “sconto percentuale ponderato” derivanti dagli sconti offerti per le due tipologie di forniture e servizi indicati nelle “appendici 3 del Capitolato Tecnico”.

Ne consegue che come la tesi della ricorrente si fonda allora su di un presupposto errato in quanto considera che oggetto della gara fosse la prestazione della fornitura di nuove licenze e del rinnovo della manutenzione di licenze in uso in relazione ai “pesi” e per “importi” non modificabili pari ad Euro 6.000.000,00 per le nuove licenze (in relazione al peso di 0,24 su Euro 25.000.000,00) e di Euro 19.000.000,00 per la manutenzione (in relazione al peso di 0,76 su euro 25.000.000,00).

Invero, il peso di 0,24 e di 0,76 sono alcuni degli elementi della formula matematica impiegata da Consip per stabilire lo “sconto percentuale ponderato” sulla cui base poi aggiudicare la gara, a valle delle offerte economiche presentate. Tali valori non sono, e non erano, vincolanti ai fini della formulazione dell’offerta economica la quale, in quanto espressione dell’autonomia negoziale del concorrente, viene confezionata sulla base delle esperienze e capacità imprenditoriali, diverse per ogni concorrente.

Lo sconto offerto sull'offerta concernente le manutenzioni non dà luogo, inoltre, ad un "sottocosto" dell'offerta. Si tratta infatti di uno sconto che attiene ad una delle componenti dell'offerta che è stato formulato in relazione ad un dato imponibile (Euro 7.000.000,00) preso in considerazione dalla controinteressata in base alla propria pregressa esperienza professionale anche quale aggiudicatario di precedenti gare simili.

Lo sconto del 20% sul rinnovo delle manutenzioni non porta di per sé l'offerta in "sottocosto" poiché la remuneratività della stesa non va considerata in modo isolato – ossia con riferimento ad una sua componente – bensì in modo sintetico e complessivo, prendendo in considerazione l'insieme delle prestazioni di cui si compone la proposta contrattuale. La circostanza che una specifica componente dell'offerta esponga un costo per l'impresa inferiore rispetto a quello praticato in genere dal mercato non comporta, in via automatica, l'inaffidabilità della stessa in quanto la congruità va valutata, come detto, in modo sintetico e globale ossia con riferimento ai costi e ai ricavi attinenti a tutte le componenti dell'offerta.

Dalla documentazione versata in giudizio emerge che Consip ha ritenuto che l'offerta della controinteressata, benchè presentasse costi per il rinnovo delle manutenzioni superiori ai ricavi previsti e dichiarati, era complessivamente congrua e affidabile, alla luce dei giustificativi dell'impresa del 29.4.2021, del 25.5.2021, del 10.6.2021 e del 25.6.2021, rappresentando un utile pari ad Euro 470.522,39 che costituisce l'1,846% del valore della propria offerta (anche in relazione ai costi per il personale e per il subappalto come di seguito verrà esposto).

Consip ha quindi correttamente valutato, in relazione all'"oggetto dell'appalto", come non anomala l'offerta del concorrente in piena aderenza al criterio di aggiudicazione previsto in sede di gara (art. 95, comma 11, d.lgs. n. 50/2016).

Non è fondato anche il quarto motivo di ricorso.

La censura concernente il "costo del lavoro" è inammissibile poiché la ricorrente non indica quale sia il costo, diretto o indiretto, non stimato oppure omesso dalla controinteressata tale da erodere, ove tenuto effettivamente presente, l'utile di commessa.

Ad ogni modo, con riferimento ai costi diretti, la controinteressata ha affermato, nelle giustificazioni del 29.4.2021, di sostenere per le "risorse dirette impiegate nella commessa" un costo pari ad Euro € 10.170,80 "in proporzione al numero di ordini [fornitura] attesi" pari a 45, meglio specificato per le figure professionali impiegate nelle giustificazioni del 10.6.2021 (dove il costo è stato portato ad Euro 10.570,80) e del 25.5.2021. Quindi nelle giustificazioni del 25.6.2021 ha chiarito – con riferimento all'ipotesi di proroga della Convenzione a 15 mesi – "che anche nel caso in cui la convenzione e/o gli ordinativi di fornitura dovessero protrarsi nel tempo ma restano

45 nessun aumento del costo del lavoro dovrebbe essere sostenuto dalla scrivente” poiché, si precisa, “la stima del numero di ore lavorative complessive per la corretta esecuzione della presente Convenzione non cambia dunque nel caso di una proroga” dal momento che “le stesse ore effettive di attività sarebbero distribuite su un intervallo di tempo diverso (più lungo) ...”.

Con riferimento ai costi indiretti la controinteressata nelle giustificazioni del 10.6.2021 ha stimato i costi indiretti pari a zero riferendo tali costi a quelli per buoni pasto e per la formazione del personale. Nel primo caso (buoni pasto) precisando che non sono previsti buoni pasti in favore del personale destinato alla commessa e nel secondo caso che non erano previsti costi di formazione poiché “il personale è già impiegato in mansioni simili o identiche nell’ambito dell’esecuzione dei contratti di Convenzione attualmente in essere. Inoltre la formazione obbligatoria è stata considerata come ore non lavorate ed il costo vivo della formazione o è considerato nei costi della sicurezza per quelli obbligatori oppure è nullo per la scrivente in quanto sostenuti da formatemp e/o enti simili”. Poiché Italware non ha indicato di sostenere, contrariamente a quanto sostiene la ricorrente, costi indiretti per i buoni pasto e per la formazione, la censura sollevata è priva di fondamento.

Per quanto concerne il costo del subappalto va osservato che Consip, in ottemperanza all’ordinanza istruttoria della Sezione, ha svolto, nel contraddittorio della controinteressata, una puntuale e documentata analisi dei costi del subappalto, come risulta dalla relazione del 19.1.2021 prodotta in giudizio.

Dalla relazione emerge in particolare che dall’interazione tra i costi sostenuti in proprio dalla Italware per i servizi oggetti di subappalto e quelli derivanti dal subappalto, ove in ipotesi attivato dal concorrente, il nuovo conto economico prevede un utile di € 471.872,91 (pari all’1,851%) quindi “migliorativo rispetto a quello da ultimo indicato nelle precedenti giustificazioni del 25 giugno 2021”. Inoltre, Consip ha dato atto che Italware ha dimostrato anche “la congruità degli oneri aziendali della sicurezza del subappaltatore e il rispetto dei minimi salariali retributivi da parte del subappaltatore medesimo”. Quindi, ha confermato, anche in relazione al costo del subappalto, “la propria recedente valutazione in termini di congruità, serietà, affidabilità e attendibilità dell’offerta di Italware S.r.l. valutata nella sua globalità”.

In replica alle osservazioni contenute nella memoria della ricorrente del 29.11.2021 con riferimento al rilievo secondo cui il preventivo di spesa dell’eventuale subappaltatore è stato inammissibilmente redatto in data 7.10.2021, ovverosia soltanto dopo la formulazione dell’offerta e la valutazione dell’anomalia, si osserva quanto segue.

La Sezione ha già rilevato come “la valutazione sulla sostenibilità dell’offerta deve essere effettuata anche tenendo conto delle sopravvenienze di fatto e di diritto che incidono sulla sua tenuta

economica, e ciò sia in caso di rivalutazione in melius che in peius per il concorrente (cfr., il precedente n. 10021/2021).

Per quanto concerne la stima dei costi del subappalto il Collegio ritiene di condividere l'orientamento secondo cui il concorrente può "giustificare il ribasso proposto facendo riferimento ai preventivi o alle offerte a lui rivolte dagli operatori economici ai quali abbia deciso di subappaltare (entro i limiti di legge) una o più lavorazioni", purchè, ovviamente, "le proposte dei subappaltatori siano a loro volta corredate da giustificazioni, poiché in caso contrario non vi sarebbe alcuna garanzia in ordine alla congruità dei prezzi da costoro praticati e si sottrarrebbe una parte della prestazione (quella subappaltata) al vaglio di sostenibilità da parte della stazione appaltante" (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 25.7.2018, n. 4537 e idem Sez. III, 29.10.2020, n. 6618).

Alla luce delle predette coordinate ermeneutiche consegue che, nell'ambito della valutazione negoziale dell'affidabilità della proposta contrattuale, al fine di dimostrare la sostenibilità economica dell'offerta per i costi del subappalto, non è richiesto che il preventivo di spesa del subappaltatore debba avere data antecedente, o contestuale, alla formulazione dell'offerta, era, ed è, indispensabile che questa si fondi su di un insieme di costi e ricavi ragionevolmente prevedibili e documentati, dovendosi tener conto a tal fine dei preventivi di spesa - quali sopravvenienze di fatto - attualizzati al momento della valutazione di anomalia (come avvenuto nel caso di specie).

In conclusione il ricorso è infondato e va, pertanto, respinto. La domanda risarcitoria va altresì respinta in quanto, attesa l'infondatezza del gravame, non sussiste l'antigiuridicità della condotta dell'amministrazione aggiudicatrice.

La peculiarità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese di giudizio tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), 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 Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Eleonora Monica, Primo Referendario

Luca Iera, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Luca Iera

IL PRESIDENTE

Francesco Riccio

IL SEGRETARIO