

Massima: *In sede di giustificazioni dell'offerta, possono al più ammettersi variazioni parziali e limitate delle voci di costo, purché adeguatamente giustificate e bilanciate dalle altre componenti del quadro economico.*

Sentenza T.A.R. Campania n. 1166 del 23/02/2023



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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 243 del 2023, proposto da:
Società Socos S.r.l.s, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avvocato Dario Gioia, con domicilio digitale come da
PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di San Giorgio La Molara, in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Vella Group S.r.l., Asmel Consortile S.c. a r.l., in persona dei rispettivi legali
rappresentanti pro tempore, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento,

previa sospensione:

- a - del verbale di seduta pubblica n. 9 del 13.12.2022, con la quale il Comune di San Giorgio la Molara ha disposto l'esclusione della ricorrente e riformulato la graduatoria;
 - b - del verbale di seduta riservata n. 8 del 3.12.2022, con il quale il Comune di San Giorgio la Molara ha ritenuto incongrua l'offerta della ricorrente;
 - c - della determina n. 373 - R.G. n. 543 - del 20.12.2022, con la quale il Comune di San Giorgio la Molara ha approvato gli atti di gara e disposto l'aggiudicazione in favore della controinteressata;
 - d - ove adottato del provvedimento di aggiudicazione efficace;
 - e - della determina n. 5 del 10.01.2023 - R.G. n. 12 dell'11.01.2023, con la quale il Comune di San Giorgio la Molara ha disposto l'aggiudicazione efficace;
 - f - della comunicazione dell'11.01.2023, di dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione;
 - g - ove e per quanto occorra, della nota prot. n. 9562 del 22.12.2022, con la quale il Comune di San Giorgio la Molara ha differito l'accesso in relazione alle motivazioni dell'esclusione;
 - h - di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali, ivi compresi tutti i verbali di valutazione delle offerte tecniche, ove lesivi, nella parte in cui hanno determinato l'assoggettabilità al procedimento di verifica dell'anomalia dopo la riparametrazione dei punteggi e non prima;
- nonché per l'accertamento
della declaratoria dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato dalla Stazione appaltante - ai sensi dell'art. 121 c.p.a. – o, in subordine, ai sensi dell'art. 122 c.p.a. nonché del diritto della ricorrente a subentrare nel contratto stipulato ai

sensi dell'art. 124 c.p.a., dichiarando, altresì, sin da ora, la disponibilità nel relativo subentro.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di San Giorgio La Molara;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2023 il dott. Gianmario Palliggiano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi degli art. 60 e 120 cod. proc. amm.;

1.- Il Comune di San Giorgio La Molara, con determina n. 121/2022, ha indetto una procedura di evidenza pubblica per affidare l'appalto integrato di progettazione esecutiva ed esecuzione lavori per l'adeguamento ed il completamento della rete fognaria comunale.

L'importo a base di gara è stato determinato in € 2.176.067,86, di cui € 2.141.382,53 per lavori ed € 34.685,33 per progettazione, con criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del rapporto qualità/prezzo.

Entro il termine di scadenza, hanno preso parte alla procedura diversi operatori del settore.

La Commissione di gara, esaminate le offerte in gara, ha attribuito i punteggi e redatto la graduatoria finale al cui primo posto ha collocato la ricorrente Socos s.r.l.

La relativa offerta, tuttavia, è risultata superiore alla soglia di anomalia e, dunque, è stata sottoposta al prescritto procedimento di verifica di congruità. A tal fine, la stazione appaltante, con nota prot. n. 8040 del 27 ottobre 2022, ha formulato richiesta di giustifiche all'odierna ricorrente in merito alla congruità dell'offerta ed ai costi della manodopera. Socos, in data 14 novembre 2022, ha riscontrato tale richiesta.

La Commissione di gara, come da verbali n. 8 e n. 9, rispettivamente del 3 e del 13 dicembre 2022, ha concluso per l'inattendibilità e l'incongruità dell'offerta rilevando, in particolare, che:

- il costo della manodopera in sede di giustifiche non solo era stato modificato – fattore che di per sé costituisce causa insuperabile di esclusione - ma risulta comunque non sostenibile e non congruo in relazione ai dichiarati tempi di esecuzione;
- l'incidenza delle spese generali è stata ridotta del 50% senza alcuna effettiva giustificazione;
- l'utile di impresa, pari al 2,84%, è inferiore allo standard medio e, comunque, appariva insufficiente a coprire le significative sottostime del costo della manodopera e delle spese generali;
- gli oneri di sicurezza aziendali, stimati in € 8.000, pari ad appena lo 0,43% del prezzo offerto, sono apparsi non coerenti con l'indicatore ITACA.

Il Comune di San Giorgio La Molara, pertanto:

- con determina n. 373 del 20 dicembre 2022, ha approvato gli esiti di gara ed ha disposto l'aggiudicazione in favore dell'impresa seconda graduata Vella Group s.r.l.;
- con determina n. 5 del 10 gennaio 2023, ha dichiarato l'efficacia dell'aggiudicazione in favore di quest'ultima.

2.- Di qui l'odierno ricorso, ritualmente notificato e depositato, col quale Socos s.r.l.s. ha impugnato gli esiti della gara formulando le censure che di seguito saranno illustrate.

Il Comune di San Giorgio La Molara si è costituito in giudizio con atto depositato il 19 gennaio 2023; con memoria depositata il 23 gennaio 2023, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso, posto che le censure violerebbero i limiti del sindacato di legittimità della discrezionalità tecnica propria dell'operato della Commissione;

nel merito, ha chiesto il rigetto del ricorso sostenendo la legittimità del proprio operato.

La controinteressata Vella Group s.r.l., non si è costituita in giudizio.

La causa, chiamata per la discussione sull'istanza cautelare alla camera di consiglio del 25 gennaio 2023, è stata trattenuta dal Collegio per essere decisa, previo avviso alle parti di possibile esito con sentenza in forma semplificata, ai sensi degli artt. 60 e 120 c.p.a., ravvisandone la sussistenza dei presupposti di legge.

3.- Il ricorso è infondato.

3.1.- Col primo motivo, parte ricorrente ha dedotto il deficit di contraddittorio e del giusto procedimento, con conseguente violazione degli artt. 95 e 97 d. lgs. 50/2016, 97 Cost.; 3 L. n. 241/1990.

Il motivo non è fondato.

La verifica di anomalia, infatti, è stata preceduta dalla richiesta di giustificazioni scritte, secondo il paradigma normativo descritto dall'art. 97 d. lgs. 50/2016, senza che sia richiesto alcun ulteriore onere ai fini della partecipazione dell'operatore economico prima di definire il relativo procedimento. Peraltro, i rilievi dedotti dalla Commissione e condivisi dal RUP, essendo chiari nei loro termini essenziali, sono tali da rendere superfluo un approfondimento partecipativo della ricorrente.

3.2.- Col secondo motivo, parte ricorrente ha contestato la presunta omessa valutazione complessiva, globale e sintetica dell'affidabilità dell'offerta della ricorrente.

Anche questo motivo non è fondato.

La lettura dei verbali di gara rende evidente che il giudizio finale di non congruità è scaturito dalla ponderazione complessiva dell'offerta in relazione alla sottostima delle diverse voci di costo che la compongono, in particolare del costo della manodopera, delle spese generali, dell'utile d'impresa e degli oneri di sicurezza aziendali.

La Commissione, pertanto, non ha condotto un'analisi frammentata dei diversi componenti dell'offerta ma l'ha analizzata nel suo complesso, facendo poi discendere un giudizio di non sostenibilità dei diversi fattori di costo a base del ribasso offerto.

3.3.- Col terzo motivo, la ricorrente ha contestato i singoli rilievi contenuti nel verbale del 3 dicembre 2022, con particolare riguardo a: costo della manodopera, spese generali, utile d'impresa, oneri di sicurezza aziendali, analisi singoli prezzi e migliorie aggiuntive, giustifica opere migliorative.

Il motivo è infondato.

È decisivo il rilievo della Commissione con riferimento al costo della manodopera. La ricorrente, infatti, all'atto della domanda ha indicato – con dichiarazione negoziale vincolante – che il costo della manodopera è pari ad € 256.000; quest'importo è stato tuttavia incrementato in sede di giustifiche, ad € 305.000.

Secondo costante condivisa giurisprudenza, la modifica dei costi della manodopera - introdotta nel corso del procedimento di verifica dell'anomalia - comporta un'inammissibile rettifica di un elemento costitutivo ed essenziale dell'offerta economica, non suscettibile di mutazione, al pari degli oneri aziendali per la sicurezza, pena l'incisione delle esigenze, rispondenti al pubblico interesse, di tutela delle condizioni di lavoro e di parità di trattamento dei concorrenti, come imposte dall'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 (v., ex plurimis, Cons. Stato, Sez. III, 31 maggio 2022, n. 4406; Sez. V, n. 6462 e n. 1449 del 2020).

In sede di giustificazioni dell'offerta, possono al più ammettersi variazioni parziali e limitate delle voci di costo, purché adeguatamente giustificate e bilanciate dalle altre componenti del quadro economico (v., ex plurimis, Cons. Stato, Sez. V, n. 1637 del 2021 e n. 171 del 2019).

In tal senso, in termini generali è ammissibile una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo non solo in correlazione a sopravvenienze di fatto o di

diritto ma anche al fine di porre rimedio ad originari e comprovati errori di calcolo, sempre che resti ferma l'entità iniziale dell'offerta economica, nel rispetto del principio della non modificabilità a salvaguardia della par condicio tra i competitori (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2020, n. 1873 e 11 dicembre 2020, n. 7943).

La stessa riallocazione delle voci deve avere un fondamento economico atteso che, diversamente, si perverrebbe all'inaccettabile conseguenza di consentire una modificazione a posteriori dell'offerta, con intenti elusivi, snaturando la funzione propria del subprocedimento di verifica dell'anomalia, che è, per l'appunto, quella di permettere un apprezzamento globale dell'offerta ai fini della sua originaria attendibilità (cfr. Cons. Stato, VI, 15 gennaio 2021, n. 487).

La ricorrente giustifica lo ius variandi sostenendo una presunta sottostima dei costi della manodopera nel progetto a base di gara.

Il rilievo non considera che il costo della manodopera nel progetto a base di gara, ai sensi dell'art. 23, comma 16, d. lgs 50/2016, integra una mera stima e non vincola i concorrenti rispetto alla predisposizione della offerta che, al contrario, deve tenere conto degli costi effettivi della manodopera per l'esecuzione dell'opera pubblica.

In ogni caso, risulta incongrua anche l'analisi dei prezzi relativa alle migliorie rispetto all'elaborato presentato in gara. La somma delle voci indicate all'atto della domanda, infatti, è pari ad € 336.711,27 oltre il doppio del valore di € 146.630,12, giustificato in sede di anomalia.

Ciò realizza un'evidente e rilevante sottostima tale da ritenere che l'offerta sia nella sostanza inattendibile.

Con riferimento, inoltre, alla contestata sottostima delle spese generali, la Commissione ha rilevato una riduzione del 50% dell'importo medio previsto per appalti di questa tipologia. Lo scostamento, di per sé rilevante in termini assoluti, non è stato in alcun modo giustificato dalla ricorrente.

Con riferimento all'utile di impresa, l'entità dichiarata è pari al 2,84%, percentuale inferiore alla media del mercato e tale da non garantire l'assorbimento dello scostamento della manodopera e la sottostima dei costi per le migliorie proposte in sede di gara.

Con riferimento agli oneri di sicurezza aziendale, la Commissione ha rilevato la mancanza di giustificiche, sia al momento della domanda sia in sede di verifica dell'anomalia, dell'importo pari ad € 8.000, valore che si discosta almeno del triplo rispetto a quello previsto dal metodo di calcolo ITACA.

Riguardo alle proposte migliorie, la Commissione ne ha rilevato la mancata trasmissione del relativo elaborato, con conseguente ulteriore elemento di inattendibilità dell'offerta in termini di serietà della proposta negoziale.

3.4.- Non fondato è, infine, l'ultimo motivo col quale la ricorrente ha rilevato che il punteggio attribuito per l'offerta tecnica (85/85), farebbe emergere che, a sua volta, il punteggio dei 4/5 preso in considerazione al fine di assoggettare l'offerta alla verifica dell'anomalia, è quello già riparametrato.

In realtà, il calcolo della soglia dei 4/5 è stato determinato sulla base della somma dei punteggi attribuiti ai singoli sub criteri prima della riparametrazione, non prevista dal Disciplinare di gara.

Al riguardo si rinvia al punto 6.1.1. secondo cui “anche nel caso in cui nessuna Offerta Tecnica ottenga come punteggio totale il valore massimo della somma dei pesi previsti dal bando di gara per tutti gli elementi della predetta Offerta Tecnica, non è effettuata alcuna riparametrazione, in quanto la Stazione appaltante, nella ricerca di un equilibrio tra prezzo e qualità, ha fondato le proprie scelte sull'autonomia dei singoli elementi di valutazione”.

4.- Le spese seguono la soccombenza nei confronti della resistente amministrazione comunale; non si dispone nei confronti della controinteressata, non costituita in giudizio

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, in favore del comune di San Giorgio La Molara, che liquida in € 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge.

Nulla nei confronti della controinteressata Vella Group s.r.l.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gianmario Palliggiano, Presidente FF, Estensore

Giuseppe Esposito, Consigliere

Domenico De Falco, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Gianmario Palliggiano