

Pubblicato il 22/06/2020

N. 03972/2020REG.PROV.COLL.

N. 08849/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 8849 del 2019, proposto da Creset - Crediti, Servizi e Tecnologie S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Martinez e Davide Moscuza, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

contro

PubbliAlifana S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Maria D'Angiolella, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Comune di Altavilla Silentina, Centrale Unica di Committenza Sele Picentini, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sede staccata di Salerno, Sezione Prima, 17 ottobre 2019, n. 1781, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di PubblAlifana S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il Cons. Giorgio Manca, nell'udienza del giorno 28 maggio 2020, tenuta ai sensi e con le modalità di cui all'art. 84, comma 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, come da verbale; e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5, del citato decreto-legge n. 18 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.-La società PubblAlifana S.r.l. ha partecipato alla procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di accertamento e riscossione delle entrate tributarie (ICI/IMU, TASI, TARSU/TARE/TARI) ed extratributarie indetta dalla Centrale Unica di Committenza Sele Picentini e dal Comune di Altavilla Silentina. All'esito delle operazioni di gara l'offerta della PubblAlifana S.r.l. si è classificata al primo della graduatoria provvisoria, seguita dall'offerta della Creset - Crediti, Servizi e Tecnologie S.p.A. (cfr. verbale di gara del 4 febbraio 2019, doc. 4 di parte appellante).

Con nota del 6 febbraio 2019 il responsabile del procedimento (RUP) ha avviato la fase di verifica dell'anomalia dell'offerta PubblAlifana, invitando l'offerente primo in graduatoria a *«fornire tutte le giustificazioni relative al ribasso offerto»*, sull'assunto che *«l'offerta presentata, prima in graduatoria, risulta essere potenzialmente anomala in quanto*

sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal disciplinare di gara».

Esaminate le giustificazioni presentate, con provvedimento del R.U.P., del 21 marzo 2019, la stazione appaltante ha escluso dalla procedura di gara la PubblAlifana per l'anomalia dell'offerta, sulla base di una pluralità di ragioni, tra le quali la *«mancata corrispondenza tra il costo della manodopera indicato in sede di offerta pari ad € 35.000,00 e quello indicato in sede di giustificazioni pari a euro 173.882,52»*; nonché l'insufficienza delle giustificazioni prodotte, le quali non avrebbero preso in considerazione, e spiegato, diverse componenti di costo dell'offerta tecnica che l'offerente dovrebbe necessariamente sostenere per lo svolgimento del servizio (cfr. doc. 8 di parte appellante).

2. - Con il ricorso in primo grado la PubblAlifana S.r.l. ha impugnato il menzionato provvedimento di esclusione, chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi:

I) violazione dell'art. 10 *bis* della l. 241/90, perché il provvedimento di esclusione sarebbe pervenuto alla società senza la previa comunicazione delle ragioni per le quali si intendeva escluderla dalla procedura di gara;

II) violazione dell'art. 22 del disciplinare di gara (*«Il RUP con il supporto della Commissione, esamina in seduta riservata le spiegazioni fornite dall'offerente e, ove le ritenga non sufficienti ad escludere l'anomalia, può chiedere, anche mediante audizione orale, ulteriori chiarimenti, assegnando un termine massimo per il riscontro»*), perché il RUP avrebbe dovuto richiedere gli ulteriori chiarimenti necessari, senza adottare immediatamente l'atto di esclusione; un ulteriore passaggio procedimentale sarebbe stato necessario, anche per il fatto che l'iniziale richiesta era del tutto generica, non specificando quali voci dell'offerta necessitassero di essere giustificate, con la conseguenza che la società non ha potuto conoscere le voci che l'amministrazione aggiudicatrice riteneva meritevoli di spiegazioni, le quali sono state rese note solo con il provvedimento di esclusione;

III) mancata valutazione complessiva dell'affidabilità dell'offerta;

IV) erronea valutazione della inattendibilità dell'offerta di Pubblialifana, posto che il R.U.P., nel rilevare la mancata corrispondenza tra il costo della manodopera indicato in sede di offerta e quello indicato in sede di giustificazioni, non avrebbe tenuto conto che la seconda si riferiva al costo dell'intero personale che la società avrebbe impiegato per lo svolgimento del servizio per tutta la durata (triennale) dell'appalto; così come avrebbe errato nel ritenere che le giustificazioni presentate non abbiano preso in considerazione i diversi elementi di costo attinenti all'offerta (elencati nel provvedimento di esclusione: cfr. doc. 8 di parte appellante); elementi che, in parte, sarebbero costituiti da costi generali a carico della società, non specifici dell'appalto oggetto della gara di cui trattasi;

V) da quanto rilevato, deriverebbero plurimi profili di eccesso di potere e sviamento.

3. - Con sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sede staccata di Salerno, Sezione Prima, 17 ottobre 2019, n. 1781, il ricorso di Pubblialifana è stato accolto in quanto la stazione appaltante non avrebbe tenuto conto dei profili adottati dalla ricorrente, con particolare riguardo alla questione dei costi della manodopera relativi al servizio e al fatto che, essendo il servizio svolto almeno in parte con personale già inquadrato nell'organico aziendale, il corrispondente onere economico rappresenterebbe un costo fisso aziendale, indipendentemente dall'esecuzione dell'appalto in oggetto. Pertanto, in assenza di una previsione nel disciplinare di gara dell'espressa sanzione dell'esclusione per mancata specificazione dei costi della manodopera (dei quali non risulta contestato il mancato inserimento nell'offerta), il non assolvimento di tale adempimento non poteva determinare l'automatica esclusione dalla gara del concorrente, bensì comportare l'avvio di un subprocedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta. La sentenza giunge alle medesime conclusioni anche per quanto concerne le altre voci di costo contestate, che il RUP si sarebbe limitato ad enumerare, senza

procedere ad alcun conteggio da cui potesse desumersi una valutazione complessiva dell'offerta stessa in termini di insostenibilità ed incongruenza con riguardo allo loro negativa incidenza sull'utile ritraibile nella misura dichiarata.

4. - La sentenza del T.A.R. è impugnata dalla CRE.SE.T. Crediti, Servizi e Tecnologie S.p.A., che ne chiede la riforma sulla base di plurimi motivi su cui si tornerà in prosieguo.

5. - Si è costituita in giudizio la PubblAlifana S.r.l., chiedendo che l'appello sia respinto in quanto infondato.

6. - All'udienza del 14 maggio 2020, la causa è stata trattenuta in decisione.

7. - Col primo motivo di gravame l'appellante ritiene ingiusta la decisione di primo grado per non aver rilevato la ragione effettiva su cui si fonda il provvedimento di esclusione, che non sarebbe stata motivata dall'anomalia dell'offerta, ma dal fatto che nelle giustificazioni la PubblAlifana aveva modificato, quintuplicandoli, i costi della manodopera indicati nell'offerta economica. Sul punto, l'appellante richiama il successivo provvedimento del R.U.P. del 17 aprile 2019, che, nel rigettare l'istanza di autotutela, ha osservato come *«il costo della manodopera costituisce una componente essenziale dell'offerta economica e pertanto non può essere oggetto di modifica e/o integrazione»*, come sancito dall'art. 83 comma 9 del codice dei contratti.

7.1. - Pertanto, si soggiunge, la stazione appaltante ha escluso la ditta dopo aver esaminato le giustificazioni nell'ambito della verifica dell'anomalia, per il fatto che in esse la ditta aveva modificato (quintuplicandolo) il costo della manodopera, rispetto a quello indicato nell'offerta. Diversamente da quanto presupposto dal primo giudice, l'esclusione sul punto non è stata motivata né per la (pretesa) mancata specificazione dei costi della manodopera in offerta economica (avendoli la ditta specificati), né per una presunta ritenuta anomalia degli stessi, ma per una ragione differente: la modifica dell'offerta a causa della modifica di un elemento essenziale della stessa, ossia i costi della manodopera, compiuta nelle giustificazioni.

7.2. - Con il secondo motivo l'appellante ritiene erronea e ingiusta la sentenza del primo giudice anche nella parte in cui non ha rilevato l'inesistente distinzione, allegata da PubblAlifana, tra costo della manodopera per il servizio e costo complessivo del personale, asserendo che il primo sarebbe "una parte" del secondo e che nelle giustificazioni avrebbe indicato il «costo dell'intero personale che la società impiegherà per lo svolgimento del servizio per tutta la durata (triennale) dell'appalto» (pag. 12 del ricorso introduttivo); e che quest'ultimo comprenderebbe anche costi fissi aziendali non legati allo specifico appalto, riguardando personale tutto già alle dipendenze della società e retribuito a prescindere dal singolo affidamento.

Tuttavia, sostiene l'appellante, nel codice dei contratti, costo della manodopera, costo del personale, costo del lavoro, sono sinonimi, come risulterebbe anche dall'art. 95, comma 10, del codice dei contratti, che non ammette tali distinzioni, imponendo l'indicazione nell'offerta economica dei «costi della manodopera» e prescrivendo che «relativamente ai costi della manodopera» la S.A. deve verificare, prima dell'aggiudicazione, «il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)», che a sua volta fa riferimento al «costo del personale», che non deve essere «inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16».

7.3. - Con il terzo motivo l'appellante sottolinea come, contrariamente a quanto asserito in sentenza, l'obbligo di indicazione dei costi della manodopera in offerta era imposto anche dall'articolo 17 del bando-disciplinare (secondo cui: «La busta "C – Offerta economica" contiene, a pena di esclusione, l'offerta economica predisposta preferibilmente secondo il modello allegato [...] e contiene i seguenti elementi: [...] c) la stima dei costi della manodopera, ai sensi dell'art. 95, comma 10, del Codice»).

7.4. - In via subordinata, con un quarto mezzo di gravame, la società appellante lamenta altresì la mancata giustificazione di ulteriori diciassette voci di spesa; in base all'art. 97 del codice spetta alla ditta giustificare tutti i costi alla base della propria offerta, a prescindere dal grado di specificazione delle richieste della stazione

appaltante. A fronte di una cospicua serie di costi non giustificati – tra i quali si segnalano costi del personale non conteggiati dalla ditta (nemmeno) nelle giustificazioni – risultava pertanto legittimo il giudizio di complessiva inaffidabilità dell’offerta espresso dalla stazione appaltante.

8. - I primi tre motivi sollevati dall’appellante possono essere esaminati congiuntamente, considerata la loro stretta complementarietà.

Le censure sono fondate.

8.1. - Come emerge dalla esposizione che precede, la società PubbliAlifana (ricorrente in primo grado) nell’offerta ha indicato, quale costo della manodopera, l’importo di euro 35.000,00; dalle giustificazioni prodotte in sede di verifica dell’anomalia è emerso, peraltro, che la stessa offerente calcola il costo del personale per l’espletamento del servizio oggetto dell’appalto nella somma di euro 173.882,52. La notevole divaricazione tra i due importi, come dedotto dall’appellante, non può non riflettersi in una assoluta inattendibilità dell’importo indicato nell’offerta; e in una (inammissibile) modificazione sostanziale dell’offerta, sia sotto il profilo degli oneri preventivati per il costo del personale impiegato per lo svolgimento del servizio, sia conseguentemente per il numero di addetti al servizio.

8.2. - La natura essenziale della indicazione nell’offerta dei dati relativi al costo del lavoro emerge, in primo luogo, dal tenore letterale della disposizione di cui all’art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici, che disciplina in maniera unitaria, e nello stesso contesto normativo, sia l’obbligo di indicare i costi della manodopera sia l’obbligo di indicare gli oneri di sicurezza aziendali.

E’ infatti ormai acquisito, dopo la sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, 2 maggio 2019, *Lavorogna*, C-309/18, l’indirizzo giurisprudenziale (condiviso dalla Sezione anche in recenti occasioni: cfr. Sez. V, 10 febbraio 2020, n.1008) secondo cui, per le gare indette nella vigenza del nuovo codice dei contratti pubblici, la mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali concreta la

violazione della specifica prescrizione imposta dall'articolo 95, comma 10, cit., e la conseguente esclusione dalla gara. Conseguenza che, sul piano sostanziale, segnala la rilevanza dei beni giuridici tutelati, del tutto convergenti nelle due ipotesi, poiché risulta del tutto evidente come mediante la norma in esame si intenda garantire la tutela del lavoro sia sotto il profilo della applicazione dei contratti collettivi (e, quindi, della tutela della retribuzione dei lavoratori secondo l'art. 36 della Costituzione), sia sotto il profilo della salute e della sicurezza dei lavoratori (art. 32 Cost., ma anche 2° e 3° comma dell' art. 36, in cui si fissano la durata massima della giornata lavorativa ed il diritto al riposo settimanale nonché alle ferie annuali, che individuano altrettante condizioni necessarie e rilevanti anche per la tutela della salute dei lavoratori).

8.3. - L'indicazione del costo della manodopera svolge, quindi, una duplice funzione: non solo ai fini dell'eventuale giudizio di anomalia (che ha come unico scopo la verifica della congruità dell'importo indicato dall'offerente come costo del personale) ma, prima ancora, in sede di predisposizione dell'offerta economica, al fine di formulare un'offerta consapevole e completa sotto tutti i profili sopra evidenziati.

8.4. - Nel caso di specie, la manifesta inattendibilità della indicazione del costo della manodopera nell'offerta presentata da PubblAlifana si rileva non solo dal mero raffronto tra quanto dichiarato in offerta (euro 35.000,00) e quanto è emerso dalle giustificazioni prodotte (euro 173.882,52), ma trova ulteriormente conferma nell'esame delle argomentazioni che, secondo la PubblAlifana, dovrebbero dar conto della discrasia tra i due importi.

8.4.1. - Nelle giustificazioni si sostiene, in primo luogo, che *«l'esecuzione dell'incarico verrà espletata mediante l'ausilio del personale componente l'organico della Società il cui onere è ininfluenza ai fini della determinazione dell'aggio in quanto rappresenta un mero costo opportunità atteso che nei contratti stipulati con gli stessi sono previsti oneri fissi per l'attività svolta»*; in altri

termini, si tratterebbe di personale dipendente che la società provvede a retribuire a prescindere dall'affidamento del servizio oggetto della gara e che per tale ragione non sarebbe stato inserito nel calcolo del costo della manodopera dichiarato nell'offerta.

8.4.2. - Tuttavia, il criterio non è condivisibile e la sua applicazione determina un risultato non corrispondente agli effettivi costi del personale impiegato per lo svolgimento del servizio, come dimostrato proprio dalla determinazione del costo del personale effettuata dalla stessa PubbliAlifana, che nelle giustificazioni calcola un costo annuo del personale pari a euro 57.960,84 e un costo per l'intera durata del servizio pari a euro 173.882,52 (cfr. doc. 11 di parte appellata, che riporta anche il nuovo quadro del personale da utilizzare per il servizio). Si osservi che nessuno dei due importi corrisponde a quanto indicato in sede di offerta.

8.4.3. - Del pari insoddisfacente è il rilievo secondo cui l'importo indicato in offerta era riferito a una sola annualità del servizio, mentre l'importo determinato in sede di giustificazioni riguardava il costo per l'intera durata dell'appalto. Non può non osservarsi che anche moltiplicando l'importo di euro 35.000,00 (indicato in offerta) per i tre anni di durata del contratto, il risultato (pari a euro 105.000,00) ugualmente non è comparabile con quello dichiarato nelle giustificazioni (euro 173.882,52).

8.5. - In definitiva, da quanto accertato emerge la sostanziale modificazione del contenuto dell'offerta, avvenuta con lo strumento delle giustificazioni presentate nel corso del subprocedimento di verifica della congruità dell'offerta, in contrasto con uno dei principi fondamentali che governano il giudizio sull'anomalia dell'offerta, nell'ambito del quale (come affermato da un costante orientamento giurisprudenziale) sono modificabili le giustificazioni o spiegazioni dei contenuti dell'offerta, ed in particolare sono consentite anche compensazioni tra voci di costo sottostimate e sovrastimate (cfr. per tutte, di recente, Consiglio di Stato, sez. V, 16 gennaio 2020, n. 389; in precedenza, Sez. V, 8 giugno 2018, n. 3480), purché l'offerta

non sia sostanzialmente modificata o stravolta nei suoi elementi essenziali, fra i quali rientra anche la voce relativa al costo e al numero del personale impiegato per eseguire l'appalto.

9. - In base alle considerazioni sin qui svolte deve concludersi che l'appello va accolto, con la conseguente riforma della sentenza appellata e il rigetto del ricorso di primo grado.

10. - Il quarto motivo, dedotto in via subordinata, rimane assorbito.

11. - La liquidazione delle spese del doppio grado di giudizio segue la regola generale della soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sede staccata di Salerno, Sezione Prima, 17 ottobre 2019, n. 1781, rigetta il ricorso di primo grado.

Condanna la società PubbliAlifana S.r.l. al pagamento delle spese giudiziali per il doppio grado di giudizio, in favore dell'appellante Creset - Crediti, Servizi e Tecnologie S.p.A., liquidate in euro 7.000,00 (settemila/00), oltre accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 14 maggio 2020, tenutasi nei modi di cui all'art. 84, comma 6, del d.l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giorgio Manca

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO