

Valutazione della congruità delle offerte: costi medi del lavoro

Scritto da Carmelo Anzalone
Mercoledì 30 Gennaio 2013 15:35 -

N. 337/2013 Reg. Prov. Coll. N. 5426 Reg. Ric. ANNO 2011 REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5426 del 2011, proposto da:

T. S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Alberto Vitale, con domicilio eletto presso Avv. Messina in Napoli, viale Gramsci, n. 19;

contro

Comune di Cridivo in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Orefice, con domicilio eletto in Napoli, via del Parco Comola Ricci, n. 165;

nei confronti di

G., rappresentato e difeso dall'avv. Gaetano Maiuri, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R.;

per l'annullamento

- della determina prot. 1091 del 30 agosto 2011 di approvazione dei verbali di gara n. 1, 2, 3 e 4 e di aggiudicazione definitiva al G. s.r.l. dell'affidamento quinquennale del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani differenziati ed indifferenziati, nonché della gestione dell'isola ecologica;

- di tutti gli atti connessi, ivi compreso il provvedimento con il quale la Commissione ha ritenuto congrua l'offerta della controinteressata, della giustificazioni presentate dall'affidataria del servizio nonché dei provvedimenti antecedenti, connessi e conseguenti e del relativo contratto ove sottoscritto;

nonché per il riconoscimento del diritto della ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto ed alla stipula del contratto con il ribasso dell'8,98% offerto in sede di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Cridivo e di G.;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 gennaio 2013 il dott. Michele Buonauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente impugna gli esiti della gara indetta dal Comune di Cridivo per la raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani differenziati ed indifferenziati, nonché per la gestione dell'isola ecologica, espletata con il sistema del massimo ribasso. Essa infatti si è collocata seconda in graduatoria, con ribasso offerto dell'8,98%, dietro l'aggiudicataria G. s.c.a.r.l., la quale ha offerto un ribasso pari al 18,65%.

Con le censure avanzate in ricorso deduce la violazione degli articoli 86, 87 e 88 del codice degli appalti, violazione del principio di imparzialità, eccesso di potere per contraddittorietà, difetto di motivazione e di istruttoria.

A giudizio della società ricorrente, i provvedimenti impugnati sarebbero illegittimi perché l'amministrazione, tra l'altro, non avrebbe escluso l'offerta presentata dalla controinteressata, nonostante contenesse una determinazione del costo orario per il personale dipendente inferiore a quello previsto dal contratto collettivo nazionale vigente, circostanza aggravata dalla presenza di altre discrasie in punto di sostenibilità economica dell'offerta; secondo la ricorrente la Commissione di gara, una volta verificato che il costo della manodopera offerta era inferiore a quello minimo per garantire il pagamento del personale impiegato a norma del bando di gara e esaminata l'erroneità della copertura dei costi relativi alla manutenzione dei mezzi ed alla copertura assicurativa, nonché la mancanza della copertura dei costi per la vigilanza e per le campagne informative, avrebbe dovuto procedere all'esclusione della G. per l'anomalia del ribasso praticato. Ciò anche in considerazione della clausola della *lex specialis* di gara che obbliga l'impresa subentrante all'assunzione dei lavoratori che già prestano il servizio.

Si sono costituite la stazione appaltante e la controinteressata, che concludono per l'inammissibilità e la reiezione del ricorso.

Respinta l'istanza cautelare, all'udienza di discussione del 9 gennaio 2013 la causa è trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Ai fini della decisione della controversia, occorre verificare se il comportamento tenuto dalla Commissione di gara evidenzia profili di irrazionalità e di contraddittorietà del giudizio di anomalia dell'offerta.

È noto, in punto di diritto, che gli spazi riservati al Collegio ai fini della valutazione dell'operato dell'amministrazione risentano del peculiare carattere tecnico-discrezionale dell'operato della Commissione. Sicché, se il sindacato sulla discrezionalità tecnica, tipico della valutazione dell'anomalia dell'offerta, non può sfociare nella sostituzione dell'opinione del giudice a quella espressa dall'organo dell'amministrazione, è compito del giudice verificare se il potere amministrativo si sia esercitato con utilizzo di regole conformi a criteri di logicità, congruità e

Valutazione della congruità delle offerte: costi medi del lavoro

Scritto da Carmelo Anzalone

Mercoledì 30 Gennaio 2013 15:35 -

ragionevolezza (cfr., per tutte, Consiglio Stato, sez. V, 21 settembre 2005, n. 4947).

Vale soggiungere che nel subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, la stazione appaltante ha l'obbligo di motivare in maniera particolarmente approfondita solamente nel caso in cui esprima un giudizio negativo che fa venire meno l'aggiudicazione, non richiedendosi, invece, che la motivazione sia particolarmente analitica e puntuale nel caso di esito positivo della verifica di anomalia dell'offerta che confermi la già disposta aggiudicazione, potendo in tal caso trovare sostegno per relationem nelle stesse giustificazioni presentate dal concorrente (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 23 agosto 2006, n. 4949).

Nel caso in esame, dunque, al di là della motivazione esplicitata dalla stazione appaltante, la verifica deve appuntarsi sulla ragionevolezza del giudizio di sostenibilità complessiva dell'offerta della G., alla luce delle giustificazioni offerte.

Secondo la tesi del ricorrente, i punti di criticità riguardano anzitutto i costi per il personale (indicati in 47.724,68 euro) sensibilmente inferiori a quelli necessari a garantire il trattamento economico conforme al CCNL del 5.4.2008, tenuto anche conto dell'articolo 17 del disciplinare (obbligo di mantenimento dei 14 dipendenti già adibiti al servizio). In particolare le giustificazioni offerte dall'aggiudicataria non hanno considerato la maggiorazione dovuta per l'orario notturno per la fascia orario dalla 4 alle 6 del mattino.

L'aggiudicataria, con argomentazioni recepite dalla stazione appaltante, si è difesa sostenendo che il costo derivante dall'applicazione delle tabelle fise è stato ridotto in considerazione delle statistiche aziendali in punto di assenza per malattia e per infortuni (da 54 ore a 7), dell'eliminazione delle voci relative al lavoro domenicale ed assenze per motivi di studio, formazione e permessi ex legge 626 (ore ridotte da 12 a 6).

È noto che nella valutazione della congruità delle offerte presentate nelle procedure di affidamento di servizi devono considerarsi anormalmente basse le offerte che si discostino in modo evidente dai costi medi del lavoro indicati nelle apposite tabelle, periodicamente predisposte dal Ministero del lavoro in base ai valori previsti dalla contrattazione collettiva e dalle norme in materia, i quali costituiscono non parametri inderogabili, ma indici del giudizio di adeguatezza dell'offerta, con la conseguenza che è ammissibile l'offerta che da essi si discosti, purché lo scostamento non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori così come stabilito in sede di contrattazione collettiva (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 02 marzo 2006, n. 1598).

I valori previsti dalle apposite tabelle ministeriali relative al costo del lavoro negli appalti di servizi, dunque, non fissano criteri rigidi e perentori, tali da dar luogo, nel caso di mancato rispetto, all'esclusione automatica dell'offerta, dovendo per contro, in caso di sensibile scostamento, la stazione appaltante disporre la verifica delle anomalie ai sensi dell'art. 86 del d.lgs. n. 163 del 2006, in linea con il principio a codificato dall'art. 55 della direttiva 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE - secondo cui i concorrenti devono avere la possibilità di dimostrare in concreto qualunque circostanza (di diritto e di fatto) che permetta la riduzione dei costi.

Da'altra parte lo stesso d.m. Lavoro 16 giugno 2005 precisa all'art. 2 che costo del lavoro è

Valutazione della congruità delle offerte: costi medi del lavoro

Scritto da Carmelo Anzalone

Mercoledì 30 Gennaio 2013 15:35 -

suscettibile di oscillazioni in relazione ai benefici contributivi e fiscali di cui l'impresa può usufruire (cfr. T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 23 luglio 2007, n. 632).

Nel caso di specie, risulta dalla documentazione allegata che l'amministrazione, lungi dall'escludere immediatamente l'impresa ricorrente, ha richiesto a quest'ultima giustificazioni in ordine all'offerta presentata, con particolare riferimento all'indicazione del costo per la manodopera (che, come è noto, per tali tipologia di servizi costituisce una voce di costo importante).

In sede di contraddittorio la ricorrente ha sostanzialmente chiarito che l'economia dell'offerta rispetto ai valori della tabella ministeriale si spiega con riferimento al miglior utilizzo del personale che, sulla base di una statistica interna, è in grado di offrire un numero di ore lavorate superiore a quelle indicate in tabella.

Ma il rilievo non è convincente: con riferimento all'accertato scostamento dalle tabelle ministeriali recanti il costo della manodopera, se è pacifico che queste, per alcune voci, espongono dati non inderogabili, è altrettanto pacifico che alle medesime è assegnata la funzione di parametro legale (art. 86, comma 3 bis, d. lgs. n. 163 del 2006, codice dei contratti pubblici).

Ciò comporta che lo scostamento dalle voci di costo che nelle tabelle ministeriali risultano derogabili in tanto può esser accettato, in quanto risulti puntualmente giustificato. Ed una tale dimostrazione deve essere particolarmente rigorosa con riferimento alle cd. ore annue mediamente lavorate dal personale poiché tale dato coinvolge eventi (malattie, infortuni, maternità) che non rientrano nella disponibilità dell'impresa e che quindi, per definizione, postulano stime particolarmente prudenziali. La conseguenza è che l'offerta la quale si proponga di far conto su un numero di assenze del personale minori rispetto a quelle assunte a livello statistico e su un campione certamente rappresentativo dalle tabelle ministeriali, per essere accettata come plausibile, deve essere accompagnata da significativi ed univoci dati probatori, i quali, al di là di generiche affermazioni, sono invece mancati nella fattispecie considerata (cfr. C.d.S. 1451 del 2009).

Non va trascurato, poi, che in sede di giustificazioni (23 agosto 2011) la controinteressata ha presentato un prospetto di voci di spesa estremamente stringato, in cui è indicato in modo sintetico il complessivo costo per il personale (pari a 47.724,68 euro), senza che fosse possibile comprendere con precisione la sostenibilità economica del dato offerto.

Solo in un secondo momento (con le ulteriori giustificazioni rese il 7 ottobre 2011), pur non allegando i prospetti relativi a ciascuna posizione lavorativa, si precisa che è stata effettuata una revisione del costo tabellare in funzione della realtà aziendale.

Anche sotto tale profilo, dunque, risulta manchevole una rigorosa disamina della serietà dell'offerta.

Vale soggiungere che tale discrasia, già di per sé suscettibile di inficiare il giudizio di congruità dell'offerta, si combina con altre condizioni economiche rappresentate in modo inammissibile,

Valutazione della congruità delle offerte: costi medi del lavoro

Scritto da Carmelo Anzalone

Mercoledì 30 Gennaio 2013 15:35 -

apodittico o carente (spese per onorare il contratto di avvalimento, costi di manutenzione ordinaria degli automezzi, spese per la sicurezza e la campagna informativa), che, considerato il ridottissimo utile di impresa e la percentuale minima per le spese generali (6%), corroborano la irragionevolezza della valutazione globale di affidabilità, descritta nei verbali di gara gravati.

Vale in particolare osservare che, a fronte di un compenso originario in favore dell'impresa ausiliaria SIECO pari al 3%, in sede successiva l'aggiudicataria ha rettificato tale voce riducendola all'1%.

Vero è che si è in giurisprudenza affermato che, ferma restando la immodificabilità dell'offerta nel suo complessivo importo economico, posto che il subprocedimento di verifica dell'anomalia non è vincolato a formalità, non si può escludere la possibilità che nel corso di tale subprocedimento sia modificata la prospettazione delle giustificazioni relative alle varie componenti del prezzo (Cons. St., sez. VI, 26 aprile 2005 n. 1889).

Ma da tale giurisprudenza non si evince affatto la soluzione indicata dal Consorzio controinteressato e dall'Amministrazione resistente, e cioè una generalizzata possibilità di aggiustare, in sede di giustificazioni, le voci di costo cambiandole ad libitum.

La giurisprudenza ha infatti precisato che il subprocedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta per così dire in itinere ma mira, al contrario, a verificare la serietà di una offerta consapevolmente già formulata ed immutabile (Cons. St., sez. V, 12 marzo 2009 n. 1451)

Non si può dunque consentire che in sede di giustificazioni vengano apoditticamente rimodulate le voci di costo senza alcuna motivazione, con un'operazione di finanza creativa priva di pezzi d'appoggio, al solo scopo di "far quadrare i conti" ossia di assicurarsi che il prezzo complessivo offerto resti immutato e si superino le contestazioni sollevate dalla stazione appaltante su alcune voci di costo, potendosi al più ammettere un aggiustamento di singole voci di costo che trovi il suo fondamento o in sopravvenienze di fatto o normative che comportino una riduzione dei costi, o in originari e comprovati errori di calcolo, o in altre ragioni plausibili.

Nel caso di specie, invece, si è operata una sostanziale modifica della condizioni economiche dell'offerta.

Pertanto anche in virtù del principio che in un appalto l'offerta, una volta presentata, non è suscettibile di modificazione, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti, e considerato che obiettivo della verifica di anomalia è quello di stabilire se l'offerta sia, nel suo complesso, e nel suo importo originario, affidabile o meno, il giudizio di congruità formulato dalla commissione di gara non appare sostenuto da una corretta analisi delle voci di costo che compongono l'offerta dell'aggiudicataria.

Peraltro al fine della dimostrazione della copertura dei costi non indicati non basta indicare che gli stessi rientrano nella voce "spese generali", perché si utilizza una posta economica relativa ad oneri gestionali imprevisi per coprire deficienze dell'analisi giustificativa dell'offerta.

Pertanto, nel caso di specie il giudizio di congruità dell'offerta svolto dalla commissione non appare corretto, tenuto anche conto che la valutazione non esprime soltanto un apprezzamento sulla generica capienza dell'offerta, ma anche della sua serietà.

Le considerazioni esposte conducono all'accoglimento del ricorso, con conseguente esclusione dell'offerta presentata dalla G. e declaratoria del diritto della ricorrente a vedersi aggiudicare il servizio alla condizione della stessa offerta, previo superamento favorevole delle verifiche di legge. Ed invero, alla luce della giurisprudenza, l'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione di una gara d'appalto, per riscontrata illegittima valutazione dell'anomalia dell'offerta non costituisce ex se titolo ad ottenere l'appalto da parte dell'impresa seconda graduata, ma impone alla stazione appaltante l'obbligo di valutare la sussistenza dei requisiti di congruità della sua offerta (Consiglio di Stato, sez. VI, 24 settembre 2007, n. 4894).

Solo in caso di esito positivo la ricorrente avrà diritto a subentrare nel contratto nelle more stipulato con l'aggiudicataria, desinato ad essere inefficace a far data dal nuovo affidamento.

Quanto alla richiesta risarcitoria, la domanda troverà ristoro o nella futura aggiudicazione della gara o nella nuova opportunità che le viene offerta, derivante dalla ripetizione della procedura, per la parte dell'appalto che deve ancora essere eseguita. Il subentro della ricorrente ovvero il rinnovo della gara in ogni caso non possono invece ristorare il danno per la parte dell'appalto che ha già avuto esecuzione; per tale ultima parte la quantificazione del danno per equivalente sarà diversa a seconda che la ricorrente consegua o meno l'aggiudicazione (cfr. in proposito Consiglio di Stato, Sez. VI, 18.12.2001, n. 6281; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 22.02.2005, n. 411; idem 13.12.2005, n. 4958), ferma restando la possibilità per la stazione appaltante di eliminare il pregiudizio mediante la stipula del contratto, in sede di subentro della ricorrente, per un periodo pari a quello complessivamente previsto dalla procedura di gara (cinque anni).

Le considerazioni che precedono comportano, allo stato, l'inammissibilità della domanda risarcitoria relativamente al servizio già svolto dalla controinteressata.

La delicatezza della controversia giustifica la compensazione delle spese di lite.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto:

- annulla gli atti impugnati;
- dichiara l'inefficacia del contratto stipulato fra il Comune di Cridivo e l'aggiudicataria G. s.c.a.r.l.;
- ordina il subentro della ricorrente nel contratto, previo completamento delle operazioni di gara e salve le verifiche di legge.

Valutazione della congruità delle offerte: costi medi del lavoro

Scritto da Carmelo Anzalone
Mercoledì 30 Gennaio 2013 15:35 -

Dichiara, allo stato, inammissibile la domanda risarcitoria e compensa le spese di lite, salvo la refusione del contributo unificato versato dalla ricorrente da porre a carico del Comune di Cridivo e della G. s.c.a.r.l., in solido, come per legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 9 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola - Presidente

Pierluigi Russo - Consigliere

Michele Buonauro - Primo Referendario, Estensore

IL PRESIDENTE

Cesare Mastrocola

L'ESTENSORE

Michele Buonauro

Depositata in Segreteria il 16 gennaio 2013