Pubblicato il 09/02/2024

N. 00230/2024 REG.PROV.COLL.
N. 00076/2024 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 76 del 2024, proposto da

Gadfer s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Fuda e Fabio Todarello, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, piazza Velasca 4, e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Viveracqua s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Cuocolo, con domicilio eletto presso il suo studio in Genova, via Mameli n. 3/19°, e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Alan S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Pietro Ferraris, Enzo Robaldo e Francesco Caliandro, con domicilio eletto presso lo Studio degli stessi in Milano, Piazza Eleonora Duse

n. 4, e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Svet s.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione:

- della "*comunicazione, ai sensi dell'art. 90 del d.lgs. 30 del 2023, di esclusione dell'offerta dai lotti 9 e 11*" del 2 gennaio 2024;

- *in parte qua*, con riferimento al lotto 9, del provvedimento di aggiudicazione di cui alla determinazione n. 5/24 del 16 gennaio 2024;

con riferimento al lotto 11, ell provvedimento di aggiudicazione eventualmente nelle more intervenuto;

- *in parte qua*, del documento "*attività di verifica sul possesso dei requisiti*" del 16 gennaio 2024;

- *in parte qua*, del "*verbale del 2 gennaio 2024*";

per quanto occorrer possa, di ogni altro atto presupposto, preparatorio, connesso e/o consequenziale all'esclusione della società ricorrente dalla procedura in oggetto nonché all'aggiudicazione dei lotti 9 e 11, con riserva espressa di formulare motivi aggiunti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Viveracqua S.C.A.R.L. e di Alan S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2024 il dott. Filippo Dallari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

1. Con bando pubblicato in data 26 settembre 2023 Viveracqua s.c. a r.l. (in seguito, Viveracqua), indiceva una procedura aperta per l'affidamento "*del servizio di raccolta, trasporto, recupero di fanghi disidratati non pericolosi, prodotti dal trattamento di depurazione delle acque reflue urbane*" (CIG: VAG23S4470), suddiviso in 12 lotti, per la durata di 24 mesi, da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso, mediante l'indicazione di uno sconto rispetto ai prezzi

Euro/tonnellata indicati a base d'asta in relazione "*ai fanghi conformi*" e ai "*fanghi non conformi*" (disciplinare, art. 16).

1.1. In base all'art. 2, par. 8 e 9 del disciplinare di gara, "*Ai sensi dell'art. 41, commi 13 e 14, del codice, l'importo a base di gara comprende i costi della manodopera, la cui incidenza percentuale è stata stimata nel 7% dell'importo totale stimato annuo, al netto degli oneri per la sicurezza, calcolata in riferimento a ciascun trasporto per le ore lavorate dall'autista - relativamente alla parte del trasporto - e per le ore lavorate dall'operaio e dal tecnico specializzato - relativamente alla fase di gestione. I costi della manodopera non sono soggetti a ribasso*".

1.1. Gadfer s.r.l. (in seguito, Gadfer) partecipava alla gara per il lotto n. 9 (CIG A00E99EA49) del valore di Euro 2.465.350,00, e per il lotto n. 11 (CIG A00E9A5013), del valore di Euro 3.219.350,00.

All'esito delle operazioni di gara, Gadfer risultava prima in graduatoria in relazione a entrambi i lotti.

Nelle buste economiche, Gadfer dichiarava per entrambi i lotti un costo annuale della manodopera pari ad Euro 85.072,00, oltre ad € 10.300,00 a titolo di oneri per la sicurezza.

1.2. Viveracqua invitava Gadfer, ai sensi dell'art. 41, comma 14, del d.lgs. n. 36 del 2023:

- "*a fornire spiegazioni a dimostrazione che il ribasso complessivo offerto derivava da una più efficiente organizzazione aziendale e che il concorrente non ha ribassato il costo del lavoro*";

- "*in merito alle previsioni di cui all'art. 11, comma 3, del codice, ad allegare dichiarazioni di equivalenza relativamente ai contratti collettivi applicati, evidenziando, in particolare, che, ai sensi dell'art. 110, comma 4, del codice, i trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge sono rispettati*".

1.3. Con nota del 5 dicembre 2023, Gadfer dava riscontro alle richieste di Viveracqua, evidenziando altresì in relazione ad entrambi i lotti che "*Purtroppo … omissis … per un errore materiale, nel prospetto allegato ai documenti di gara è stato*

indicato un costo orario che non tiene conto degli aumenti previsti dai rinnovi contrattuali. In allegato si trasmette 'allegato manodopera e sicurezza' aggiornato".

Gadfer trasmetteva altresì a Viveracqua un prospetto dei costi per la manodopera e la sicurezza, riferito ad entrambi i lotti, nel quale veniva dichiarato:

- un monte ore lavorativo complessivo nei dodici mesi di ore 5.616 (nell'offerta il monte ore complessivo era indicato di ore 6.240);
- come costo orario per due operai di livello D1 l'importo di Euro 20,80 (nell'offerta, Euro 14,50) e per un operaio (autista) di livello C3 l'importo di Euro 20,29 (nell'offerta. Euro 11,90);
- come costo complessivo della manodopera, Euro 115.858,08 (nell'offerta, Euro 85.072,00).

1.4. Con provvedimento del 2 gennaio 2024, Viveracqua ha comunicato a Gadfer l'esclusione dalla procedura, evidenziando:

- che la stessa Gadfer, "*in fase di verifica della congruità delle offerte, ha dichiarato di aver indicato dei costi della manodopera errati, non avendo considerato gli aumenti salariali e quindi rendendo una nuova dichiarazione con i costi della manodopera aggiornati*";
- che "*la modifica dei costi della manodopera deriva non solo da un diverso costo orario, ma anche da un diverso monte ore rispetto a quello indicato in sede di offerta*";
- che quindi "*detta modifica non può essere ammessa, come da orientamento giurisprudenziale consolidato, poiché la modifica introdotta nel corso del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della dichiarazione dei costi della manodopera, elemento essenziale dell'offerta stessa, comporta un'inammissibile rettifica di un elemento costitutivo ed essenziale dell'offerta economica, successivamente alla presentazione della stessa*".

In conseguenza dell'esclusione di Gadfer, Viveracqua con provvedimento del 16 gennaio 2024 disponeva l'aggiudicazione del lotto n. 9 a favore di Svet s.r.l. (in seguito Svet).

In relazione al lotto 11 con il verbale del 2 gennaio 2024 la stazione appaltante disponeva invece ulteriori approfondimenti istruttori in merito all'offerta presentata da Alan s.r.l..

2. Con ricorso notificato in data 19 gennaio 2024 e depositato in data 22 gennaio 2024, Gadfer ha impugnato il provvedimento di esclusione e l'aggiudicazione del lotto n. 9 in favore di Svet sulla base del seguente unico motivo.

Violazione e/o falsa applicazione di legge: artt. 1; 2; 3; 4; 5; 11, comma 3, e 41, comma 14, del d.lgs. n. 36 del 2023. Eccesso di potere: sviamento di potere; carenza di motivazione; violazione del principio di proporzionalità; artt. 1 e 3 della legge n. 241 del 1990.

La modifica-correzione del costo della manodopera e del monte ore non avrebbe attribuito alla ricorrente alcun vantaggio e non sarebbe finalizzata alla regolarizzazione di un'offerta in ipotesi anomala.

Anzitutto, la riduzione del monte ore annuo non sarebbe stata funzionale al raggiungimento della stima dei costi per la manodopera previsti dal disciplinare. Infatti, anche nel caso in cui fosse stato mantenuto fermo il monte ore e corretto il solo costo orario, il costo della manodopera indicato da Gadfer sarebbe stato inferiore a quello previsto dal disciplinare.

La riduzione del monte ore in sede di giustificativi deriverebbe unicamente dall'efficiente organizzazione aziendale della Gadfer e dalle sinergie derivanti dalla partecipazione al gruppo C.R.E. Centro Ricerche Ecologiche s.r.l..

Gli oneri per la sicurezza non sarebbero stati modificati.

Inoltre all'indicazione del costo orario del lavoro non era associato alcun punteggio, pertanto, la sua correzione – in aumento - non avrebbe comportato alcun effetto sulla graduatoria dei concorrenti.

Solo a fronte di una correzione al ribasso del costo orario si sarebbe potuta sospettare una qualche volontà di Gadfer di avvantaggiarsi indebitamente nella procedura.

Sotto altro profilo i maggiori costi per la manodopera, pari a circa Euro 30.000,00 per ciascun lotto, non intaccherebbero la sostenibilità economica delle offerte presentate, stante l'utile dichiarato del 20%.

La correzione non avrebbe inciso sul rispetto del principio di concorrenza, né sulla sostenibilità dell'offerta, né sulla sua affidabilità o credibilità, né – tantomeno – sugli interessi pubblici sottesi al divieto di ribasso dei costi della manodopera.

Sotto altro profilo la correzione del monte ore annuo non costituirebbe un'inammissibile modifica dell'offerta presentata da Gadfer.

La giurisprudenza richiamata dalla Stazione appaltante non sarebbe applicabile alla fattispecie.

Infatti l'orientamento giurisprudenziale richiamato nel provvedimento sarebbe riferibile alla disciplina di cui al previgente Codice dei contratti pubblici.

Nel d.lgs. n. 36 del 2023 i principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato avrebbero un ruolo centrale di conformazione del sistema.

Sarebbe quindi contrario al principio del raggiungimento dello scopo escludere l'offerta della ricorrente che garantiva all'Amministrazione un maggior risparmio di spesa.

La correzione compiuta dalla ricorrente non si porrebbe in contrasto con i principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

La correzione sarebbe avvenuta su iniziativa della stessa ricorrente, senza consentirle di conseguire alcun vantaggio competitivo e senza incidere sull'esito della gara. La ricorrente avrebbe compiuto un mero errore materiale nel compilare i documenti dell'offerta.

La correzione riguarderebbe un aumento del costo orario della manodopera dovuto all'aggiornamento del CCNL applicato e quindi non inciderebbe in alcun modo – se non positivamente – sul rispetto dei diritti dei lavoratori.

La riduzione del monte ore annuo riguarderebbe invece unicamente l'organizzazione aziendale - non il rispetto dei diritti dei lavoratori - e sarebbe funzionale alla valutazione circa l'affidabilità dell'offerta.

Il provvedimento di esclusione deriverebbe da una valutazione meramente formalistica e si porrebbe in contrasto con i principi di proporzionalità, di fiducia e di accesso al mercato.

La stazione appaltante avrebbe quantomeno dovuto considerare la possibilità di superare l'orientamento giurisprudenziale richiamato alla luce delle disposizioni del nuovo codice dei contratti.

3. Viveracqua e Alan si sono costituite in giudizio contestando nel merito le censure proposte ed eccependo in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per violazione dell'art. 120, comma 11 *bis*, cod. proc. amm. in quanto i motivi di impugnazione dedotti da Gadfer non si riferirebbero allo "stesso atto" perché l'aggiudicazione del lotto n. 9 è stata disposta con provvedimento distinto ed autonomo da quella del lotto n. 11 (lotto per il quale l'aggiudicazione non è stata invece ancora disposta e che avverrà quindi necessariamente con altro distinto provvedimento).

4. Alla camera di consiglio del 7 febbraio 2024, fissata per l'esame della domanda cautelare, avvisate le parti della possibile definizione della causa con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., la causa è stata trattenuta in decisione.

5. In applicazione dei principi di economia processuale e della ragione più liquida (Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5, capo 5.3), si può prescindere dall'esame dell'eccezione preliminare, proposta dalle parti resistenti, stante l'infondatezza nel merito dell'impugnazione proposta.

6. Infondato è infatti il motivo unico proposto da parte ricorrente.

Come evidenziato dalla stazione appaltante, secondo pacifica 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, che non è suscettivo di essere immutato nell'importo, al pari degli oneri aziendali per la sicurezza, pena l'incisione degli interessi pubblici posti a presidio delle esigenze di tutela delle condizioni di lavoro e di parità di trattamento dei concorrenti, come imposte dall'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 (*ex multis*: Cons. Stato, Sez. III, 31 maggio 2022, n. 4406).

6.1. Diversamente da quanto affermato da parte ricorrente tale consolidato orientamento giurisprudenziale, non può ritenersi superato alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Sotto un primo profilo, il d.lgs. n. 36 del 2023 si pone del tutto in linea con il d.lgs. n. 50 del 2016 nell'assicurare una tutela rafforzata degli interessi dei lavoratori, richiedendo di indicare in via separata il costo della manodopera e gli oneri di sicurezza.

Ciò per assicurare che gli operatori economici svolgano una seria valutazione preventiva dei predetti costi prima di formulare il proprio "*ribasso complessivo*" (cfr. articoli 41, comma 13, e 108, comma 9, del d.lgs. n. 36 del 2023).

La legge n. 78 del 21 giugno 2022, "*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*", all'art. 1, comma 2, lett. t), stabilisce come principio e criterio direttivo che "*i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso*".

In relazione all'indicazione del costo della manodopera il d.gs. n. 36 del 2023 stabilisce all'art. 41, comma 14, che "*Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13. I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale*".

All'art. 108, comma 9, del medesimo d.lgs. n. 36 del 2023 è inoltre prescritto che: "*Nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale*".

E in merito a tale disposizione la Relazione predisposta dal Consiglio di Stato chiarisce che "*la disposizione è presente anche nel decreto legislativo n. 50 del 2016 ed è ormai oggetto di un consolidato orientamento giurisprudenziale diretto a descrivere l'omissione in questione quale causa di esclusione. A tali fini, è stato espressamente inserito*

l'inciso 'a pena di esclusione' per dare maggiore certezza agli operatori giuridici derivanti dalla citata omissione dichiarativa".

Tali complessive coordinante normative confermano pienamente il sistema di verifica in gara del costo della manodopera previsto dal d.lgs. n. 50 del 2016, peraltro rafforzandolo laddove all'art. 11, comma 3, è altresì richiesto agli operatori economici di dichiarare di garantire ai dipendenti le stesse tutele del contratto collettivo indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente.

Sotto altro profilo, i principi del raggiungimento dello scopo, di fiducia e di accesso al mercato devono ritenersi rivolti non solo nei confronti dell'Amministrazione, ma anche degli operatori economici privati i quali devono collaborare per il buon esito dell'affidamento.

Tali principi indubbiamente portano a circoscrivere le ipotesi di esclusione dalla procedura, ma non consentono di superare il divieto di modificazione del contenuto dell'offerta, di cui il costo della manodopera costituisce parte integrante.

6.2. Nella fattispecie in esame la ricorrente ha modificato non solo il costo orario della manodopera – con conseguente aumento del costo complessivo della manodopera di circa Euro 30.000,00 per ciascun lotto - ma altresì ha modificato il monte ore complessivo, che è stato indicato – per entrambi i lotti benché di diverso valore - in sede di offerta in ore 6.240 annue e in sede di giustificativi in ore 5.616 annue.

Tale differenza del monte ore oltre ad essere significativa – 624 ore annue – non viene nemmeno giustificata sulla base di elementi oggettivi sopravvenuti e, come rimarcato dalla stazione appaltante anche in sede di discussione, è senza dubbio idonea ad incidere sull'affidabilità stessa dell'offerta.

Non si tratta della mera ricomposizione di singole voci di costo, ma di una complessiva ridefinizione del costo della manodopera.

Senza la riduzione del monte ore, la variazione del costo complessivo della manodopera, conseguente all'errore compiuto nella determinazione del costo

orario, sarebbe risultato molto maggiore di Euro 30.000,00 e quindi indubbiamente significativo.

Inoltre, diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente, tale modifica del monte ore non è avvenuta "sua sponte", bensì a seguito della richiesta di giustificativi da parte della stazione appaltante circa la serietà della stessa.

Né può sostenersi che la ricorrente non abbia conseguito alcun vantaggio da tale modifica, in quanto la riduzione del monte ore era strumentale sia a giustificare la sostenibilità economica complessiva della sua offerta, sia a confermare la serietà della valutazione del costo della manodopera compiuta in sede di offerta, nonostante il significativo errore compiuto nella determinazione del costo orario.

Qualora si consentisse una simile modifica in gara, si vanificherebbe in radice lo stesso obbligo di indicare in sede di offerta il costo della manodopera, espressamente dichiarato "*a pena di esclusione*" nel nuovo Codice.

6.3. D'altra parte come rimarcato dalla stazione appaltante, l'avere contestualmente modificato - in modo significativo - in sede di giustificativi il costo orario in aumento e il monte ore in diminuzione pone ragionevolmente in dubbio l'attendibilità stessa dell'offerta della ricorrente quantomeno in relazione al costo della manodopera.

Ciò a *fortiori* se si considera che la ricorrente ha determinato in modo del tutto speculare i costi della manodopera dei due lotti, benché questi avessero valori differenti e in particolare il lotto n. 9 Euro 2.465.350,00 e il lotto n. 11, Euro 3.219.350,00.

7. Il ricorso deve pertanto essere respinto.

8. In ragione della peculiarità e della novità delle questioni trattate sussistono le condizioni per compensare le spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), 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 Venezia nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Nicola Bardino, Primo Referendario

Filippo Dallari, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Filippo Dallari	**Leonardo Pasanisi**

IL SEGRETARIO