

**LA PALESE E RILEVANTE CORREZIONE IN AUMENTO DEL
COSTO DELLA MANODOPERA IN FASE DI ANOMALIA
DETERMINA L'ESCLUSIONE AUTOMATICA DALLA PROCEDURA**

CGARS, sez. giur., 7.8.2023 n. 506

Massime (segue testo alla pagina successiva)

<< una cosa è il giudizio complessivo sulla sostenibilità dell'offerta economica in sede di verifica dell'anomalia, altra cosa è la palese e rilevante correzione in aumento del costo della manodopera (per oltre 200.000 euro), non trattandosi, nel caso di specie, né di un errore materiale o di calcolo, né della sussistenza di sopravvenienze, né di operazioni di compensazione tra sottostime e sovrastime, essendo inoltre irrilevanti le circostanze relative al rispetto o meno dei minimi salariali, o alla presenza o meno di un avanzo di gestione, a fronte della sostanziale modifica dell'offerta economica da parte dell'Associazione "La mano di Francesco", modifica che deve comunque comportare l'esclusione dalla gara dell'operatore economico>>

<< non viene in rilievo alcuna eccezione alla regola della esclusione automatica di cui alla sent. CGUE 2.5.2019, causa C-309/18 - secondo la quale se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire ai concorrenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice – considerato che: *i*) la *lex specialis* era chiara nel prescrivere l'onere, in capo ai concorrenti, di indicare integralmente e separatamente i costi della manodopera; *ii*) i suddetti costi erano stati appunto correttamente indicati dall'Associazione "La mano di Francesco" nella propria offerta economica, ma poi sono stati illegittimamente incrementati a seguito della richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante (cfr. in termini da ultimo C.g.a.r.s. n. 582 del 2021)>>

Pubblicato il 07/08/2023

N. 00506/2023REG.PROV.COLL.

N. 00676/2022 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

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 676 del 2022, proposto dalla Prefettura-Ufficio Territoriale del Governo di Caltanissetta, in persona del Prefetto *pro tempore*, rappresentata e difesa *ope legis* dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata in Palermo, via Valerio Villareale, n. 6;

contro

le Officine Sociali Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Bruno Leone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

dell'Associazione Onlus "La Mano di Francesco", in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di capogruppo del costituendo r.t.i. con l'Associazione San Marco, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Valenza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza) n. 2027/2022, resa tra le parti, pubblicata il 22 giugno 2022, non notificata, pronunciata nel giudizio di primo grado n.r.g. 960/2022;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle Officine Sociali Società Cooperativa Sociale e dell'Associazione Onlus "La Mano di Francesco";

Visto il decreto cautelare n. 286 del 2022;

Vista l'ordinanza cautelare n. 320 del 2022;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 12 aprile 2023, il consigliere Michele Pizzi, nessuno presente per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto innanzi al T.a.r. per la Sicilia, notificato il 26 maggio 2022 e depositato il 6 giugno 2022, la società Officine sociali cooperativa sociale esponeva:

- che la Prefettura-U.T.G. di Caltanissetta, con bando pubblicato il 28 ottobre 2021, aveva indetto una procedura di gara per l'affidamento dei servizi di gestione e funzionamento del centro di permanenza per il rimpatrio (CPR) di Pian del Lago, della capienza di 92 posti, per la durata di dodici mesi con possibilità di rinnovo per un ulteriore anno, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (massimo 70 punti all'offerta tecnica e massimo 30 punti all'offerta economica);

- che alla suddetta gara avevano partecipato, oltre alla ricorrente, anche la costituenda a.t.i. Associazione “La mano di Francesco” – Associazione San Marco, nonché altre tre imprese;
- che la menzionata a.t.i. era risultata prima in graduatoria (con 100 punti), e che la ricorrente si era classificata seconda con 93,90 punti;
- che, in occasione dell’apertura delle buste contenenti le offerte economiche, il r.u.p. aveva invitato la menzionata a.t.i. a fornire chiarimenti, stante l’offerta anormalmente bassa;
- che, in riscontro a quanto richiesto, l’a.t.i. controinteressata aveva trasmesso una nota *“in cui ha dichiarato un costo di manodopera di € 720.765,58, sensibilmente maggiore rispetto a quanto indicato in sede di offerta (€ 524.728,50) con una differenza di circa € 196.000,00, pur mantenendo inalterato il ribasso offerto”* (pag. 7 del ricorso);
- che la commissione di gara, con verbale n. 4 del 10 marzo 2022, aveva preso atto della modifica del costo della manodopera ed aveva chiesto ulteriori chiarimenti;
- che, alla successiva riunione della commissione di gara del 21 marzo 2022, avevano partecipato anche i legali rappresentanti dell’associazione prima in graduatoria, i quali avevano reso le giustificazioni richieste, *“modificando per la seconda volta la voce relativa ai costi della manodopera passati da € 720.765,58 ed € 768.980.61”* (pag. 7 del ricorso);
- che la commissione di gara, con il verbale n. 6 del 21 marzo 2022, aveva ritenuto sufficienti le giustificazioni rese;
- che, pertanto, l’appalto *de quo* era stato aggiudicato all’a.t.i. controinteressata e che l’istanza di autotutela, presentata dalla ricorrente, era stata respinta dalla commissione di gara.

2. La ricorrente quindi impugnava:

a) il provvedimento della Prefettura-U.T.G. di Caltanissetta prot. n. 28255 del 26 aprile 2022, di aggiudicazione definitiva, in favore del r.t.i. controinteressato, della

gara per l'affidamento dell'appalto dei servizi di gestione e funzionamento del centro di permanenza per il rimpatrio, situato in contrada Pian del Lago;

b) ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresi i verbali della commissione di gara e la proposta di aggiudicazione del r.u.p. prot. n. 20207/2022.

2.1. Inoltre la ricorrente chiedeva la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more, dando contestualmente la disponibilità al subentro.

3. Il ricorso di primo grado, contenente altresì domanda cautelare, era articolato nei seguenti tre motivi:

i) violazione degli articoli 95, comma 10, 97, comma 5, 23, comma 16, e 83, comma 9, del decreto legislativo n. 50/2016, dell'art. 17 del disciplinare di gara, dell'art. 5-ter del capitolato, in quanto la gara è stata illegittimamente aggiudicata ad un'associazione che *“in corso di gara ha significativamente aumentato in due occasioni la voce riguardante i propri costi della manodopera”* (pag. 8 del ricorso), tenuto conto che i predetti costi, in sede di offerta economica, erano stati quantificati in euro 524.728,50, e poi sono stati riquantificati in aumento in sede di chiarimenti (una prima volta in euro 720.765,58, ed una seconda volta in euro 768.980,61);

ii) violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990, difetto di motivazione, in quanto la commissione di gara, con i verbali n. 4, n. 5 e n. 6 del 2022, nonostante la modifica del costo della manodopera da parte della prima classificata, non ha riferito nulla, né ha indicato le ragioni per le quali ha ritenuto legittima una simile modifica, né tale giustificazione può essere rinvenuta nella risposta data all'istanza di autotutela presentata dalla ricorrente, in quanto la stazione appaltante non può *“derogare al divieto di radicale modifica della composizione dell'offerta con una diversa allocazione di rilevanti voci di costo in fase di giustifiche, né, tantomeno, al divieto di una revisione della voce dei costi della manodopera”* (pag. 14 del ricorso);

iii) travisamento dei fatti e difetto di istruttoria, incongruità ed erroneità dell'offerta avversaria, per aver comunque la commissione di gara erroneamente attribuito un punteggio maggiore all'a.t.i. controinteressata, in violazione delle disposizioni della *lex specialis*.

4. Nel giudizio di primo grado si costituivano la Prefettura-U.T.G. di Caltanissetta e l'Associazione onlus "La mano di Francesco", chiedendo entrambi il rigetto del ricorso ed eccependone, in via preliminare, l'irricevibilità per difetto di notifica e l'inammissibilità per difetto di interesse.

5. Il T.a.r. per la Sicilia, con la gravata sentenza n. 2027 del 2022, pronunciata in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a., ha:

- a) respinto l'eccezione di irricevibilità del ricorso per irregolarità della notifica;
- b) respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse;
- c) accolto il primo motivo di ricorso e, per l'effetto, ha annullato il provvedimento impugnato;
- d) assorbito i restanti motivi di ricorso;
- e) condannato in solido la Prefettura-U.T.G. di Caltanissetta e l'Associazione onlus "La mano di Francesco" al pagamento delle spese di lite.

6. Con ricorso in appello notificato il 13 luglio 2022 e depositato in pari data, contenente altresì domanda cautelare, anche in via monocratica, la Prefettura-U.T.G. di Caltanissetta ha impugnato la predetta sentenza del T.a.r. per la Sicilia n. 2027 del 2022, criticandone l'impianto motivazionale ed articolando i seguenti motivi di gravame:

- i) inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di interesse, per mancato superamento della prova di resistenza, non potendo comunque le Officine sociali ottenere un punteggio superiore a quello della controinteressata;
- ii) erroneità della sentenza di primo grado, non avendo il T.a.r. considerato che "*le variazioni per cui è causa hanno comportato – singolarmente considerate – discostamenti*

assolutamente minimi, restando comunque immodificata l'offerta nella sua entità complessiva" (pag. 4 dell'appello), e tenuto conto che *"nella fattispecie, il costo della manodopera non è mai stato inferiore ai trattamenti salariali minimi inderogabili, come puntualmente evidenziato dalla S.A"* (pag. 5 dell'appello), e considerato che l'Associazione "La mano di Francesco", con le note di chiarimenti del 25 febbraio e del 21 marzo 2022, oltre a rimarcare *"l'avanzo di gestione e/o di profitto pari a almeno euro 2,09 pro die/pro capite"*, altresì *"ha specificato con dovizia di particolari il costo complessivo della strutture del personale di euro 768.980,61 [...]"* (pag. 6 dell'appello).

7. Nel presente giudizio si è costituita l'Associazione onlus "La mano di Francesco" con atto di costituzione del 13 luglio 2022, chiedendo l'accoglimento del gravame.

8. La tutela cautelare monocratica è stata respinta con decreto presidenziale n. 286 del 14 luglio 2022.

9. Si è costituita, altresì, la società Officine sociali cooperativa sociale, con atto di costituzione del 21 luglio 2022, chiedendo il rigetto dell'appello.

10. Entrambe le parti intimare hanno poi illustrato le proprie difese con memorie depositate il 25 luglio 2022, insistendo ciascuna nelle proprie conclusioni.

11. La domanda cautelare è stata respinta per difetto di *fumus boni iuris* con ordinanza n. 320 del 29 luglio 2022, in quanto: *"il costo della manodopera risultava in origine inferiore ai minimi contrattuali inderogabili, sì che risulta essere venuta in questione non una semplice correzione di voce di costo quanto, invece, una non consentita modifica della offerta"*.

12. La Prefettura appellante ha depositato memoria il 29 marzo 2023, chiedendo l'accoglimento del gravame.

13. All'udienza pubblica del 12 aprile 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

14. In via preliminare, si deve dare atto del parziale passaggio in giudicato della sentenza impugnata, limitatamente al rigetto della eccezione in rito di irricevibilità del ricorso (sopra indicata alla lettera *a*) del § 5).

15. Venendo ora all'esame del gravame, l'appello è infondato.

15.1. Infatti:

a) l'interesse fatto valere in prime cure dalla società cooperativa Officine sociali (classificatasi al secondo posto della graduatoria) è rivolto all'annullamento della gravata aggiudicazione ed alla "esclusione dell'attuale aggiudicataria dalla procedura" (pag. 17 del ricorso di primo grado), con la conseguenza che, a prescindere da ogni altra considerazione relativa al punteggio conseguito, sussiste *in re ipsa* l'interesse della seconda classificata ad ottenere l'esclusione dalla gara del concorrente classificatosi al primo posto della graduatoria;

b) l'art. 17 del disciplinare di gara (doc. 2 della ricorrente depositato in primo grado) ha previsto chiaramente che "l'offerta economica contiene, pena di esclusione i seguenti elementi: [...] c) la stima dei costi della manodopera, ai sensi dell'art. 95, comma 10, del Codice";

c) l'Associazione "La mano di Francesco", nella propria offerta economica (doc. 13 della ricorrente depositato in primo grado), aveva stimato i costi della manodopera in euro 524.728,50;

d) successivamente il suddetto costo della manodopera, in palese violazione del citato articolo 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, è stato incrementato in euro 720.765,58 (cfr. nota dell'Associazione "La mano di Francesco" del 25 febbraio 2022, doc. 12 depositato dalla ricorrente in primo grado), e poi ulteriormente aumentato in euro 768.980,61 (cfr. nota dell'Associazione "La mano di Francesco" del 21 marzo 2022, doc. 16 depositato dalla ricorrente in primo grado);

e) una cosa è il giudizio complessivo sulla sostenibilità dell'offerta economica in sede di verifica dell'anomalia, altra cosa è la palese e rilevante correzione in aumento del costo della manodopera (per oltre 200.000 euro), non trattandosi, nel caso di specie, né di un errore materiale o di calcolo, né della sussistenza di sopravvenienze, né di operazioni di compensazione tra sottostime e sovrastime,

essendo inoltre irrilevanti le circostanze relative al rispetto o meno dei minimi salariali, o alla presenza o meno di un avanzo di gestione, a fronte della sostanziale modifica dell'offerta economica da parte dell'Associazione "La mano di Francesco", modifica che deve comunque comportare l'esclusione dalla gara dell'operatore economico;

f) non viene in rilievo alcuna eccezione alla regola della esclusione automatica di cui alla sent. CGUE 2.5.2019, causa C-309/18 - secondo la quale se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire ai concorrenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice – considerato che: *i)* la *lex specialis* era chiara nel prescrivere l'onere, in capo ai concorrenti, di indicare integralmente e separatamente i costi della manodopera; *ii)* i suddetti costi erano stati appunto correttamente indicati dall'Associazione "La mano di Francesco" nella propria offerta economica, ma poi sono stati illegittimamente incrementati a seguito della richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante (cfr. in termini da ultimo C.g.a.r.s. n. 582 del 2021).

16. In definitiva l'appello deve essere respinto.

17. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate, nella misura indicata in dispositivo, in favore delle Officine sociali società cooperativa sociale.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 676/2022, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna in solido la Prefettura-U.T.G. di Caltanissetta e l'Associazione onlus "La mano di Francesco" al pagamento delle spese di lite del presente giudizio in

favore delle Officine sociali società cooperativa sociale, complessivamente liquidate in euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Solveig Cogliani, Consigliere

Michele Pizzi, Consigliere, Estensore

Maria Immordino, Consigliere

Marco Mazzamuto, Consigliere

L'ESTENSORE
Michele Pizzi

IL PRESIDENTE
Fabio Taormina

IL SEGRETARIO