

Publicato il 05/07/2024

N. 02077/2024 REG.PROV.COLL.
N. 02432/2023 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 la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2432 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Isarail S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG A01C30416E, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Scalfati, Stefano La Marca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Massimo Scalfati in Napoli, via Luciana Pacifici n. 6;

contro

Ferrovienord S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Enzo Barila', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Iis Cert S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

dei seguenti atti:

1 – Proposta sottoscritta dal R.U.P. di FERROVIENORD s.p.a., in data 10.11.2023, di aggiudicazione alla IIS Cert s.r.l. della procedura di gara, PROC. N 1239-2023 per l'affidamento del Servizio di esecuzione delle valutazioni indipendenti per interventi a sottosistemi strutturali e per modifiche rilevanti CIG. A01C30416E, rilasciata in data 12.12.2023 a seguito di accesso con nota prot. n. 013052 in pari data;

2 - Nota prot. n. 0011908 del 13.11.2023, con cui si è comunicato alla ricorrente l'aggiudicazione alla IIS CERT s.r.l.;

3 - Atto del D.G. prot. n. 001903 del 13.11.2023 di formale aggiudicazione;

4 – Verbale del R.U.P. con cui è stata ritenuta congrua l'offerta della IIS Cert s.r.l. risultata anormalmente bassa, nonché le relative giustificazioni offerte, verbale citato nella predetta proposta di aggiudicazione sottoscritta in data 10.11.2023, ove redatto e comunque non conosciuto nel completo ed esatto contenuto;

5 – Nota della Stazione Appaltante prot. n. 013051 del 12.12.2023, in parte qua, con cui, in risposta all'istanza di accesso della ISARAIL s.r.l., sono stati forniti soltanto alcuni documenti della procedura e, per di più, alcuni addirittura criptati nelle parti essenziali (ved. es. le giustificazioni dell'offerta anomala);

In subordine:

6 - Lettera d'invito a presentare offerte prot. n. 0010755 del 12.10.2022, nella parte in cui non indica il costo della manodopera scorporandolo dall'importo complessivo a base di gara e, quindi, finendo per chiedere un'offerta a ribasso sull'importo totale e, quindi, anche su detta voce non ribassabile;

7 – Capitolato Tecnico; modulo di offerta economica nella parte in cui prevede un ribasso percentuale unico sull'intero importo a base di gara senza scorporo dell'importo per la manodopera non ribassabile; elenco prezzi; schema di contratto ed in particolare l'art. 4.1 in cui prevede un importo contrattuale corrispondente all'offerta di ribasso unico percentuale applicato sull'importo complessivo a base di gara senza scorporo dell'importo per la

manodopera non ribassabile; nonché ogni altro atto costituente la lex specialis di gara, tutti ove lesivi;

8 - ogni altro atto preordinato, connesso e conseguente, ancorché non conosciuto, ove lesivo;

ed in ogni caso per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, qualora stipulato in favore di altra impresa;

nonché per il risarcimento del danno ingiusto subito, in forma specifica mediante l'aggiudicazione della procedura di gara alla ricorrente risultata seconda classificata, ovvero per equivalente;

nonché in via gradata per l'annullamento dell'intera procedura stanti i vizi esposti nella parte motiva, proposta in via gradata;

ed in ogni caso ai sensi dell'art. 116 c.p.a., per l'accoglimento dell'istanza di accesso agli atti formulata in data 21.11.2023, reiterata il 29.11.2023 e, dunque, per l'ostensione integrale dei documenti richiesti, poiché indispensabili ai fini del legittimo esercizio del proprio diritto di difesa nel presente giudizio;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Isarail S.r.l. il 19/2/2024:

1 – Proposta sottoscritta dal R.U.P. di FERROVIENORD S.p.A., in data 10.11.2023, di aggiudicazione alla IIS Cert s.r.l. della procedura di gara, PROC. N 1239-2023 per l'affidamento del Servizio di esecuzione delle valutazioni indipendenti per interventi a sottosistemi strutturali e per modifiche rilevanti CIG: A01C30416E, rilasciata in data 12.12.2023 a seguito di accesso con nota prot. n. 013052 in pari data;

2 - Nota prot. n. 0011908 del 13.11.2023, con cui si è comunicato alla ricorrente l'aggiudicazione alla IIS CERT s.r.l.;

3. Atto del D.G. prot. n. 001903 del 13.11.2023 di formale aggiudicazione;

4 – Verbale del R.U.P. con cui è stata ritenuta congrua l'offerta della IIS Cert s.r.l. risultata anormalmente bassa, nonché le relative giustificazioni offerte, verbale citato nella predetta proposta di aggiudicazione sottoscritta in data 10.11.2023, ove redatto;

In subordine:

5 - Lettera d'invito a presentare offerte prot. n. 0010755 del 12.10.2022, nella parte in cui non indica il costo della manodopera scorporandolo dall'importo complessivo a base di gara e, quindi, finendo per chiedere un'offerta a ribasso sull'importo totale e, quindi, anche su detta voce non ribassabile;

6 – Capitolato Tecnico; modulo di offerta economica nella parte in cui prevede un ribasso percentuale unico sull'intero importo a base di gara senza scorporo dell'importo per la manodopera non ribassabile; elenco prezzi; schema di contratto ed in particolare l'art. 4.1 in cui prevede un importo contrattuale corrispondente all'offerta di ribasso unico percentuale applicato sull'importo complessivo a base di gara senza scorporo dell'importo per la manodopera non

ribassabile; nonché ogni altro atto costituente la lex specialis di gara, tutti ove lesivi;

7 - ogni altro atto preordinato, connesso e conseguente, ancorché non conosciuto, ove lesivo.

ed in ogni caso per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, qualora stipulato in favore di altra impresa.

nonché per il risarcimento del danno ingiusto subito, in forma specifica mediante l'aggiudicazione della procedura di gara alla ricorrente risultata seconda classificata, ovvero per equivalente.

nonché in via gradata per l'annullamento dell'intera procedura stanti i vizi esposti nella parte motiva, proposta in via gradata.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ferrovienord S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 giugno 2024 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I. La ricorrente, seconda classificata nella procedura di gara, PROC. N 1239-2023 per l'affidamento del Servizio di esecuzione delle valutazioni indipendenti per interventi a sottosistemi strutturali e per modifiche rilevanti CIG: A01C30416E, indetta da FERROVIENORD S.p.A., ha impugnato con il ricorso introduttivo l'aggiudicazione del servizio alla società IIS CERT s.r.l. Contro il suddetto atto e gli atti prodromici ha sollevato i seguenti motivi di ricorso.

1 - Violazione e falsa applicazione di legge – violazione e falsa applicazione degli artt. 11, 41, 108 e 110 del d.lgs. 36/2023 – violazione e falsa applicazione dell'art. 33 del 9 capitolato generale d'appalto - violazione e falsa applicazione dell'art. 4.3 del capitolato tecnico - violazione e falsa applicazione dell'art. 41, commi 13 e 14, del d.lgs n. 36/2023, nonché degli obblighi in materia sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi e/o dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro - violazione, falsa ed errata applicazione della lex specialis di gara – violazione dei principi di tutela della concorrenza, trasparenza, parità di trattamento, proporzionalità e ragionevolezza – violazione del giusto procedimento – eccesso di potere per sviamento, difetto di motivazione e di istruttoria – violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.

La ricorrente lamenta che gli atti impugnati, e segnatamente il provvedimento di aggiudicazione, sono illegittimi per insostenibilità economica dell'offerta, nonché per omissione da parte della S.A. di una valida e seria verifica di congruità. Infatti l'offerta dell'aggiudicataria, che ha proposto un ribasso del 75.11%, sarebbe illegittima per omessa indicazione dell'utile d'impresa, mancata previsione delle spese generali, omessa indicazione dei costi della sicurezza interna aziendale, palese sottostima dei costi delle trasferte, sottostima dei costi della remunerazione del personale esterno (esperti). Inoltre il concorrente, indicando in offerta un unico ribasso percentuale sull'importo complessivo a base di gara, ha finito per ribassare anche il costo

della manodopera che, ai sensi dell'art. 41, commi 13 e 14, del D.Lgs n. 63/2023, non è ribassabile.

2 – Violazione e falsa applicazione del d.lgs n. 36/2023 e dell'art. 3 legge n. 241/1990 e ss.mm.ii. – assoluto difetto di motivazione del giudizio di congruità dell'offerta; eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, sviamento. violazione principio di buon andamento art. 97 Cost.

Secondo la ricorrente la motivazione della valutazione di anomalia dell'offerta appare reticente ed omissiva, nonché afflitta da macroscopici vizi di carenza d'istruttoria, illogicità e contraddittorietà, come affermato in precedenza.

3 - In via gradata per il travolgimento dell'intera procedura: violazione e falsa applicazione dell'art. 41, commi 13 e 14, del d.lgs n. 36/2023 c.c.p. per quanto riguarda la mancata indicazione nella lex specialis di gara del costo scorporato della manodopera non soggetto a ribasso.

La lex specialis di gara, violando l'art. 41, commi 13 e 14, del D.Lgs n. 36/2023 C.C.P. non ha indicato il costo della manodopera da scorporare dall'importo assoggettato a ribasso.

4 - Violazione e falsa applicazione degli artt. 35 e 36 del d.l. n. 36/2023 c.c.p., nonché della legge n. 241/1990 e ss.mm.ii. e del d.lgs. n. 33/2023 - omessa ostensione integrale di tutti gli atti di gara - illegittimo diniego, di cui alla nota prot. n. 013051 del 12.12.2023, di ostensione di informazioni essenziali fornite dell'offerta e nelle 20 giustificazioni non costituenti segreti tecnici o commerciali - carenza di motivazione circa l'oscuramento di dati essenziali contenuti nelle giustificazioni - violazione del giusto procedimento eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, sviamento - violazione del canone di trasparenza dell'azione amministrativa – violazione dei principi art. 97 Cost.

Con tale motivo la ricorrente ha proposto istanza di accesso.

II. Con il ricorso per motivi aggiunti, depositato a seguito dell'ordinanza n. 110/2024 del 17.1.2024 che ha accolto l'istanza di accesso, la ricorrente, a seguito del deposito delle giustificazioni dell'offerta dell'aggiudicataria, ha proposto i seguenti ulteriori motivi di impugnazione.

1 – Illegittimità propria e derivata - violazione e falsa applicazione di legge – violazione e falsa applicazione degli artt. 11, 41, 108 e 110 del d.lgs. 36/2023 – violazione e falsa applicazione dell’art. 33 del capitolato generale d’appalto - violazione e falsa applicazione dell’art. 4.3 del capitolato tecnico - violazione e falsa applicazione dell’art. 41, commi 13 e 14, del d.lgs n. 36/2023, nonché degli obblighi in materia sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi e/o dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro - violazione, falsa ed errata applicazione della lex specialis di gara – violazione dei principi di tutela della concorrenza, trasparenza, parità di trattamento, proporzionalità e ragionevolezza – violazione del giusto procedimento – eccesso di potere per sviamento, difetto di motivazione e di istruttoria – violazione e falsa applicazione dell’art. 97 Cost.

Secondo la ricorrente gli atti impugnati sono illegittimi per insostenibilità economica dell’offerta, nonché per omissione da parte della S.A. di una valida e seria verifica di congruità, tanto è vero che come candidamente ammesso dalla resistente non vi è stato alcun verbale del RUP che ha all’uopo effettuato l’analisi dei giustificativi dallo stesso richiesti.

Secondo la ricorrente nonostante la controinteressata abbia omesso di comprovare documentalmente gli assurdi risparmi di spesa paventati ed abbia omesso di indicare incomprimibili voci di spesa la stazione appaltante, inspiegabilmente, in virtù di palese deficit di istruttoria e con valutazione manifestamente inficiata da irragionevolezza, irrazionalità, illogicità, arbitrarietà e travisamento dei fatti è giunta comunque ad illegittima ed illecita aggiudicazione.

2. La ricorrente ha quindi riproposto i motivi già proposti con il ricorso introduttivo.

La difesa della stazione appaltante, successivamente all’accoglimento della domanda cautelare, ha depositato in giudizio il regolamento da essa applicato per “affidamento di lavori, servizi e forniture strumentali di importo inferiore alle soglie comunitarie”.

In merito alla verifica di congruità dell'offerta la stazione appaltante ha evidenziato che ai sensi dell'art. 14, comma 4, del Regolamento la verifica di della congruità dell'offerta ai sensi dell'art. 97 del Codice dev'essere prevista negli atti di gara e nel caso specifico tale previsione manca. Ne conseguirebbe che la mancata valutazione espressa delle giustificazioni sarebbe irrilevante. Inoltre l'offerta della controinteressata prevedeva un costo medio giornaliero del personale superiore di oltre 100 Euro al giorno rispetto a quello che Isarail in gara analoga del 2022 pretendeva essere congruo. Per quanto riguarda l'assenza degli oneri della sicurezza aziendale nel caso di specie l'appalto si esaurirebbe in un servizio di natura intellettuale, il costo della manodopera continua a costituire una componente dell'importo posto a base di gara" e da ultimo l'appalto è stato aggiudicato con l'indicazione specifica degli oneri per la sicurezza indicati nel bando di gara.

La ricorrente ha poi dichiarato di non avere esigenze di ulteriore accesso agli atti.

All'udienza del 19 giugno 2024 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

2. I primi due motivi del ricorso introduttivo e di quello per motivi aggiunti sono infondati.

2.1 Dall'esame degli atti risulta che la stazione appaltante ha indetto una gara per aggiudicare il Servizio di esecuzione delle valutazioni indipendenti per interventi a sottosistemi strutturali e per modifiche rilevanti della rete ferroviaria di sua proprietà per un valore inferiore alla soglia comunitaria. Si tratta quindi di un appalto che rientra nei settori speciali ai sensi del Libro III del Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36. Infatti il comma 1 dell'art. 149 del Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 prevede l'applicazione delle disposizioni del codice alle attività di messa a disposizione o gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario e la stazione appaltante ha i requisiti soggettivi per essere assoggettata alla disciplina del Libro III del Codice dei contratti pubblici.

2.2 Per quanto riguarda gli appalti sottosoglia, ai sensi dell'art. 50 c. 5 del Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 *“Le imprese pubbliche, per i contratti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alle soglie europee di cui all'articolo 14, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 146 a 152, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, se i contratti presentano un interesse transfrontaliero certo, deve essere conforme ai principi del Trattato sull'Unione europea a tutela della concorrenza”*.

Nel corso del giudizio la ricorrente ha depositato il Regolamento da essa applicato per *“affidamento di lavori, servizi e forniture strumentali di importo inferiore alle soglie comunitarie”*. Tale regolamento, per quanto qui interessa, prevede, all'art. 14, comma 4, che *“Le Società possono prevedere nella documentazione di gara la verifica della congruità dell'offerta ai sensi dell'art. 97 del Codice”*.

Dall'esame degli atti risulta che la disciplina di gara (Lettera d'invito a presentare offerte prot. n. 0010755 del 12.10.2023 e capitolato tecnico) non prevede lo svolgimento del giudizio di anomalia dell'offerta.

2.3 La disciplina della valutazione di anomalia dell'offerta prevista dall'art. 54 del Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 non è applicabile in via diretta ai settori speciali in quanto la norma appartiene al Libro II del Codice dei contratti ed in merito l'art. 141 dello stesso Codice stabilisce che *“Ai contratti di cui al presente Libro si applicano, oltre alle sue disposizioni: e) nell'ambito del Libro II, Parte II, gli articoli 57, 60 e 61”*.

In merito occorre precisare che l'individuazione delle norme applicabili ai settori speciali nel nuovo Codice è puntuale e mira a superare le criticità del rinvio *“nei limiti della compatibilità”* che avevano caratterizzato la vigenza dell'articolo 114 del decreto legislativo n. 50 del 2016.

La disposizione dell'art. 54 non è richiamata e quindi non è direttamente applicabile, neppure nella parte in cui stabilisce che *“In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”*.

2.4 *Ad abundantiam* ricordiamo che la giurisprudenza (Cons. Stato, Ad. Plen. 1 agosto 2011 n. 16) ha chiarito l'ambito degli obblighi di evidenza pubblica a carico delle imprese pubbliche nei settori speciali per cui la sottoposizione o meno dell'appalto al regime pubblicistico discende dalle caratteristiche oggettive dell'appalto e soggettive della stazione appaltante, e dunque dall'esistenza di un vincolo "eteronomo" e non dalla dichiarazione della stazione appaltante (c.d. autovincolo).

Nel caso di specie, sebbene l'art. 50 c. 5 del Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 riconosca la rilevanza giuridica dell'autovincolo per i contratti sottosoglia dei settori speciali, ci troviamo di fronte ad una applicazione di fatto della valutazione di anomalia dell'offerta, in mancanza di autovincolo, con la conseguenza che la valutazione effettuata autonomamente dal RUP non si inserisce nel procedimento di aggiudicazione e non è sindacabile dal giudice per mancanza della norma giuridica di comparazione.

3. Il terzo motivo del ricorso introduttivo e per motivi aggiunti sono infondati.

La ricorrente contesta che la *lex specialis* di gara, violando l'art. 41, commi 13 e 14, del D.Lgs n. 36/2023 del Codice dei contratti pubblici non ha indicato il costo della manodopera da scorporare dall'importo assoggettato a ribasso.

Il motivo è posto "in via gradata per il travolgimento dell'intera procedura". Secondo la ricorrente la mancata indicazione del costo della manodopera nella legge di gara avrebbe l'effetto di assoggettare a ribasso anche il costo della manodopera in contrasto con quanto previsto dalla legge.

Per stabilire se l'effetto di un vizio che si riverbera sull'offerta sia tale da travolgere l'intera procedura – come richiesto dalla ricorrente - o solo l'offerta, occorre accertare se esso abbia reso sostanzialmente impossibile od estremamente difficile la presentazione di un'offerta rispettosa dei vincoli imposti alla riduzione dei costi del personale.

In merito occorre rammentare che ai sensi dell'art. 41 del D.Lgs n. 36/2023, comma 14, *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.

Il divieto di ribasso del costo del personale indicato nel bando non è quindi assoluto ma relativo.

Tale norma va poi coordinata con l'art. 110 comma 5 del Codice dei contratti, secondo il quale *“La stazione appaltante esclude l'offerta se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 3, oppure se l'offerta è anormalmente bassa in quanto: d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 41, comma 13”*.

Nella lettura offerta dalla ricorrente l'indicazione della somma nel bando costituisce il punto di riferimento per la formulazione dell'offerta in quanto il ribasso da giustificare è quello che ha per oggetto la somma indicata nel bando come costo della manodopera.

Ne deriverebbe che l'art. 41 attribuirebbe all'amministrazione il compito di definire il costo ordinario della manodopera, con la conseguenza che la sua mancanza sia tale da rendere impossibile la presentazione dell'offerta.

Tuttavia, se questa lettura fosse vera, ne dovrebbe derivare anche che l'indicazione di un costo pari o superiore a quello indicato dalla stazione appaltante non sia anomalo.

In realtà l'art. 110 c. 5 del Codice dei contratti evidenzia che il giudizio di anomalia del costo del personale è interno all'offerta in quanto comporta il confronto tra il costo del personale offerto e quello indicato dai CCNL e dalle tabelle ministeriali.

Ne consegue che deve escludersi che l'indicazione di un costo del personale pari o superiore a quello indicato nel bando legittimi un giudizio di non anomalia dell'offerta sul personale, in quanto mancano gli elementi basilari per esprimere tale giudizio, cioè l'indicazione del personale necessario, delle ore di lavoro e del relativo costo totale, che appartengono all'offerta e rientrano nella discrezionalità dell'imprenditore.

Ne consegue che l'indicazione dei costi della manodopera nel bando ad opera della stazione appaltante ha valore meramente indicativo e la sua omissione non comporta l'impossibilità di presentare un'offerta, avendo carattere inderogabile solo il mancato rispetto dei CCNL applicabili e delle tabelle ministeriali negli altri casi.

Ne deriva che l'omissione dell'indicazione del costo della manodopera nella legge di gara non comporta l'impossibilità di presentare l'offerta, né la possibilità di assoggettare il costo del personale a ribasso *ad nutum*, in quanto non impedisce di verificare il rispetto dei diritti economici dei lavoratori con i criteri indicati dall'art. 110 c. 5 del Codice dei contratti.

Anzi si può dire che la mancata indicazione del costo teorico del personale calcolato dalla stazione appaltante comporta l'effetto opposto della necessaria verifica di anomalia dell'offerta delle spese del personale a maggior tutela dei lavoratori.

In definitiva deve ritenersi che l'omissione dell'indicazione dei costi della manodopera nel bando non permette di sottoporre a riduzione senza limiti la spesa di personale e quindi non costituisce vizio idoneo a travolgere l'intera gara ma può costituire solo vizio dell'offerta che abbia indicato le spese del personale non rispettose dei livelli salariali applicabili al caso di specie.

4. In definitiva quindi i ricorsi vanno respinti.

5. La novità delle questioni giustifica la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Luca Iera, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Alberto Di Mario

IL PRESIDENTE
Antonio Vinciguerra

IL SEGRETARIO