

TAR Calabria – Reggio Calabria, Sentenza n. 759 del 13 dicembre 2024

Appalti PNRR – Sospetta incongruenza tra volontà e lettera dell’offerta – SA deve chiedere chiarimenti al concorrente

Pubblicato il 13/12/2024

N. 00759/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00638/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 638 del 2024, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...), in persona del Sindaco metropolitano *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto ex art. 25 c.p.a. in (...);

Ministero (...), in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico *ex lege* in (...);

(...), non costituita in giudizio;

per l'annullamento previa sospensione

-del provvedimento di aggiudicazione contenuto nella determina dirigenziale r.g. n. 3359 del 23/10/2024, notificata in pari data all'impresa ricorrente (all.2), relativa alla procedura aperta telematica per conto della (...). PNRR Missione 1, Componente 3, Investimento 2.4, -Interventi di sicurezza sismica della chiesa di S. Carlo Borromeo, Siderno;

-e di ogni atto presupposto non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della (...) e del Ministero (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm. e l'art. 12-bis, comma 4, del d.l. n. 68 del 2022, convertito, con modificazioni dalla Legge 5 agosto 2022, n. 108;

Visto il decreto cautelare n. 237 del 29/11/2024;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2024 il dott. Giuseppe Nicastro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

1. La ricorrente (...) S.r.l. (di seguito anche “(...)”) ha partecipato, insieme ad altri n. 26 operatori economici, alla procedura aperta telematica, da esperirsi con la modalità della c.d. inversione procedimentale prevista all'art. 107 comma 3 del D.lgs. n. 36/2023, indetta dalla (...) (stazione appaltante) per conto della (...) per la realizzazione dei lavori riguardanti principalmente tutte le opere strutturali necessarie per la messa in sicurezza sismica della chiesa di S. Carlo Borromeo, ricadente nel Comune di (...), comprese tutte quelle opere secondarie impiantistiche, di finitura e restauro, necessarie e connesse a quelle strutturali; appalto rientrante tra quelli afferenti agli investimenti **pubblici** finanziati con le

risorse previste dal Regolamento UE 2021/240, e del Regolamento UE2021/241 PNRR/ PNC, ed in particolare nell'ambito degli interventi "PNRR -MISSIONE 1 -COMPONENTE 3 -INVESTIMENTO 2.4 – LINEA D'AZIONE N. 1", e da affidarsi mediante applicazione del criterio del prezzo più basso.

2. L'art. 3 del bando prevede che: *"L'importo complessivo dell'appalto, IVA esclusa, è pari a € 1.155.848,38*

L'importo degli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso è pari ad € 175.773,29

L'importo a base di gara è pari a € 980.075,09 IVA esclusa e comprende i costi della manodopera che la S.A. ha stimato in € 470.022,22.

Ai sensi dell'art. 41 comma 14 del Codice i costi della manodopera non sono soggetti a ribasso.

L'O.E. nella formulazione del proprio ribasso di gara dovrà tener conto dell'ammontare dei costi della manodopera dichiarati nell'ambito dell'offerta economica. Eventuali riduzioni del costo della manodopera proposto dall'operatore economico nell'offerta saranno successivamente oggetto di verifica."

3. La (...) presentava un'offerta economica, indicando un ribasso percentuale sull'importo a base di gara pari al 28,713%, nonché € 470.760,000 per costo della manodopera, € 5.800,000 per oneri aziendali interni oltre € 175.773,29 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.

4. Con il provvedimento impugnato la stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione definitiva in favore della ricorrente "per l'importo complessivo di aggiudicazione pari a € 874.439,42 oltre Iva di cui € 698.666,13 per lavori a base d'asta al netto del ribasso offerto pari al 28.713%, nonché € 175.773,29 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso", precisando, inoltre, che "L'o.e ha dichiarato, altresì: - € 470.760,000 per costo della manodopera - € 5.800,000 per oneri aziendali interni".

5. Avverso l'aggiudicazione disposta in suo favore, ma alle condizioni economiche sopra indicate, la stessa (...) insorge con il ricorso introduttivo del presente giudizio, ritualmente notificato in data 21/11/2024 e depositato in data

28/11/2024, corredato da istanza cautelare, deducendo con un unico motivo di ricorso “*Violazione dell’art. 3 del bando di gara e dell’art. 41, comma 14, del d.lgs n. 36/2023. Vizi di legittimità ed eccesso di potere ex art. 21 octies della legge n. 241/1990*” in ragione dell’errato calcolo operato dalla stazione appaltante nel determinare l’importo contrattuale di aggiudicazione, nella parte in cui ha incluso i costi della manodopera nell’ambito degli oneri ribassabili, nonostante l’espreso divieto sancito dalla disciplina di riferimento invocata in ricorso e “*alla quale l’operatore*” si sarebbe “*attenuto nel formulare la propria offerta*”.

6. In data 1/12/2024 e 3/12/2024 si sono costituiti, con atto di mero stile, rispettivamente, la (...) e il Ministero (...).

7. In particolare, la (...) ha eccepito “l’inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso” per mancata impugnazione del “verbale del 16.09.2024, contenente la proposta di aggiudicazione” e dell’atto “del 19.09.2024, notificato alla ricorrente in pari data, con cui è stata data informazione ai concorrenti sull’esito della gara”, del “bando/disciplinare, in cui sono chiaramente indicate le disposizioni in materia di importo a base di gara e di presentazione dell’offerta” e della “nota n. 92902 del 29.10.2024, con cui è stata confermata la determinazione di aggiudicazione efficace e l’importo ivi indicato”.

Nel merito, ha eccepito l’infondatezza del ricorso di cui chiede il rigetto, vinte le spese.

8. In via preliminare, vanno rigettate le eccezioni di inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione dei verbali di gara e del bando, diversamente formulate con la memoria dell’1.12.2024 e nel corso della discussione in camera di consiglio dalla (...) e dal Ministero (...).

8.1. L’unico “provvedimento” da impugnare nelle procedure di affidamento dei **contratti pubblici** è la determina di aggiudicazione che va qualificata, in quanto conclusiva del procedimento e, quindi, lesiva degli interessi della ricorrente, quale unica manifestazione di volontà della stazione appaltante autonoma, distinta e

necessariamente espressa – avente efficacia verso l'esterno – che si pone a valle dell'intera procedura di affidamento.

I verbali o la proposta di aggiudicazione rappresentano, invece, non già “provvedimenti” ma “atti” endoprocedimentali non soggetti ad autonoma impugnazione in quanto privi di lesività essendo destinati ad essere superati ed assorbiti dall' “aggiudicazione”.

La nota n. 92902 del 29.10.2024 è una nota meramente confermativa – di contenuto non provvedimento e che comunque si pone al di fuori dalla sequenza procedimentale – che non si pone all'esito di una rivalutazione della fattispecie, né sottende lo svolgimento di una specifica istruttoria o la rivalutazione degli interessi coinvolti nella fattispecie.

Si tratta di un atto privo di valore autoritativo, in quanto meramente confermativo, la cui caducazione non arrecherebbe alcun vantaggio alla ricorrente, atteso che non inciderebbe sulla perdurante efficacia dell'aggiudicazione (nei termini e alle condizioni in cui è stata disposta a suo favore); tant'è vero che mentre l'aggiudicazione è stata disposta dalla dirigente (ai sensi dell'art. 107 del TUEL e degli artt. artt. 4 e 17 del D.lgs. n. 165/2001) tale nota è sottoscritta dalla “responsabile della fase di affidamento” e dalla “Funzionaria E.Q.”, soggetti non competenti all'adozione dell'aggiudicazione.

Anche la giurisprudenza formatasi a seguito dell'entrata in vigore del (nuovo) Codice, prendendo in esame la previsione contenuta all'articolo 17, comma 5, del Decreto legislativo n. 36/2023, ha confermato che la disciplina vigente non ha mutato il quadro previgente, dovendosi ritenere che i verbali di gara e la proposta di aggiudicazione vanno qualificati quali meri atti interni al procedimento di evidenza pubblica, come tali privi di valenza provvedimento e, quindi, non di per sé lesivi, né autonomamente impugnabili (di recente, cfr. TAR Catanzaro sez. I n. 1177/2024; Tar Puglia, Bari sez. II n. 1009 del 26 settembre 2024; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 6.2.2024, n. 99).

In tal modo – specialmente dopo l’abrogazione del vecchio rito c.d. super accelerato o super speciale appalti introdotto ai commi 2-bis e 6-bis dell’art. 120 e abrogato dal cd. Decreto Sblocca Cantieri al fine di non “*comprimere il diritto di difesa ex articolo 24 della Costituzione, prevedendo ulteriori oneri in capo alle imprese e che di fatto non sembra aver raggiunto il risultato di accelerare le procedure di affidamento dei contratti pubblici*” (Relazione del Governo di accompagnamento al DDL di conversione del decreto-legge n. 32 del 18 aprile 2019) – si evitano frammentazioni della vicenda parentetica processuale, concentrando sul provvedimento conclusivo tendenzialmente tutte le contestazioni relative alla procedura di affidamento.

8.2. Parimenti infondata è l’altra eccezione di mancata impugnazione del bando, atteso che in base all’orientamento consolidato della giurisprudenza (Cons. St., Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4) le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugunate unitamente al provvedimento lesivo.

Nel caso che ci occupa, poi, la ricorrente non soltanto non contesta il bando ma ne chiede la pedissequa applicazione da parte della s.a..

9. Nel merito, il ricorso è fondato e va accolto.

9.1. Vanno intanto richiamati, ai sensi dell’art. 88 co. 1 lett. d) c.p.a., i principi di diritto affermati con la recente sentenza del Consiglio di Stato sez. V n. 9255/2024 ai punti 16 -16.6., in tema di disciplina in materia di costi dalla manodopera e di ammissibilità del ribasso sui costi dalla manodopera indicati dalla stazione appaltante nella *lex specialis* di gara (cfr. anche T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 8 febbraio 2024, nn. 119-120; T.A.R. Campania, Salerno, 11 gennaio 2024, n. 147; TAR Liguria, n. 673 del 14/10/2024).

9.2. Nel caso della procedura di gara *de qua*, il bando prevede:

- all’art. 3 che “*Ai sensi dell’art. 41 comma 14 del Codice i costi della manodopera non sono soggetti a ribasso. L’O.E. nella formulazione del proprio ribasso di gara dovrà tener conto dell’ammontare dei costi della manodopera dichiarati nell’ambito dell’offerta economica. Eventuali riduzioni del costo della manodopera proposto dall’operatore economico nell’offerta saranno*

successivamente oggetto di verifica.”;

- all'art. 16 che “L'offerta economica firmata secondo le modalità di cui al precedente punto 15.1, deve indicare, a pena di esclusione, i seguenti elementi:

A) nel campo “RIBASSO % OFFERTO”: ribasso percentuale, al netto di Iva, offerto sull'importo a base di gara;

B) nel campo “COSTO DELLA MANODOPERA”: i propri costi della manodopera; Ai sensi dell'articolo 41 comma 14 del Codice i costi della manodopera non sono ribassabili. Resta la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale o da sgravi contributivi che non comportano penalizzazioni per la manodopera.”.

9.3. Ciò posto, richiamando espressamente la *lex specialis* di gara l'art. 41 comma 14 del d.lgs., n. 36 del 2023 nella sua interezza, non era escluso che gli operatori economici potessero indicare un importo della manodopera in ribasso rispetto a quello individuato dalla stazione appaltante, ma detto ribasso doveva evincersi dal modello dell'offerta economica.

9.4. L'importo ribassabile (ovvero l'importo a cui andava applicato il ribasso percentuale offerto dalle imprese concorrenti) era pari alla somma del costo dei lavori, al netto dei costi della manodopera e degli oneri della sicurezza.

9.5. Come emerge dalla stessa determinazione di aggiudicazione, la (...) ha offerto un ribasso pari al 28.713% ed ha indicato costi della manodopera pari ad € 470.760,000 (persino in aumento rispetto al costo della manodopera non ribassabile individuato dalla stazione appaltante).

9.6. L'offerta dell'aggiudicataria non ha incluso nell'importo ribassabile il costo della manodopera.

È, dunque, evidente che l'operatore economico non ha inteso offrire alcun ribasso dei costi della manodopera, con la conseguenza che il provvedimento impugnato è stato adottato in palese violazione del principio della immodificabilità dell'offerta economica dovendo, a tal fine, riferirsi alle dichiarazioni negoziali di volontà, quali

risultano dalle indicazioni nell'ambito dell'offerta economica.

9.7. In linea generale, come chiarito dal Consiglio di Stato nella sopra menzionata sentenza n. 9255/2024 (cfr. in particolare punti 21.2.-21.3.1.), *«le offerte, intese come atto negoziale, sono suscettibili di essere interpretate in modo tale da ricercare l'effettiva volontà del dichiarante (ex multis Cons. Stato, sez. III, 12 luglio 2018, n. 4284 secondo cui all'uopo la stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti : “ciò in quanto, fronte di una sospetta incongruenza formale determinatasi fra la volontà e la sua espressione letterale, una siffatta richiesta di chiarimenti non avrebbe implicato alcuna modifica sostanziale dei dati forniti in sede di domanda di partecipazione, ma la semplice deduzione di un dato parziale, univocamente ricavabile dal contesto documentale di riferimento e tale da riallineare in toto la manifestazione di volontà all'intento effettivamente concepito. D'altra parte, la costante giurisprudenza di questo Consiglio afferma che nelle gare pubbliche è ammissibile una attività interpretativa della volontà dell'impresa partecipante alla gara da parte della stazione appaltante, al fine di superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta, purché si giunga ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essi assunti (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. V, 1. Agosto 2015, n. 3769; 27 aprile 2015, n. 2082; sez. III, 10 novembre 2017, n. 5182; 21 ottobre 2014, n. 5196; 27 marzo 2014, n. 1487)».*

Nel caso di specie, al di là di ogni questione in ordine all'astratta ammissibilità (possibilità) di ribassare anche i costi della manodopera, quello che è certo è che ad una simile riduzione non si poteva pervenire “contro” la volontà espressa dell'operatore economico che né direttamente né indirettamente ha offerto un ribasso incidente sui costi della manodopera.

10. A tanto consegue l'accoglimento del ricorso e l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, con obbligo per la resistente (...) – ex art. 34 co 1 lett. “e” del c.p.a. - e nella fase di riedizione del potere, di rinnovare il sub procedimento di valutazione delle offerte economiche di tutti i partecipanti e di concludere il procedimento con una nuova aggiudicazione.

11. Le spese seguono la soccombenza e vanno poste a carico della (...), nella

misura indicata in dispositivo, mentre vanno interamente compensate nei confronti del Ministero (...), meramente evocata in giudizio in quanto amministrazione centrale titolare dell'intervento previsto nel PNRR, nonché della (...), non costituita in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Condanna (...) al pagamento, in favore della società ricorrente, delle spese del giudizio, che liquida in euro 2.000,00 (euro duemila/00), oltre spese generali, oneri fiscali e previdenziali, se ed in quanto dovuti, in disparte la refusione del contributo unificato già versato, come per legge.

Spese compensate nei confronti del Ministero (...) e della (...), non costituita.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente

Roberta Mazzulla, Primo Referendario

Giuseppe Nicastro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Giuseppe Nicastro

IL PRESIDENTE

Caterina Criscenti

IL SEGRETARIO