

Massima: *Concessione di servizi e verifica dell'anomalia dell'offerta: Ad avviso del Collegio, non può ritenersi che una verifica disposta successivamente all'assegnazione del punteggio, anche su impulso del responsabile unico del procedimento, comporti l'illegittimità dell'intero procedimento o della statuizione finale. Occorre in primo luogo valutare la questione relativa alla legittimità della verifica dell'anomalia dell'offerta nel contesto di una concessione di servizi. È opportuno chiarire che tale verifica, non solo è stata ritenuta ammissibile, ma è stata giudicata come opportuna, se non necessaria, dalla giurisprudenza (sul punto, cfr. Consiglio di Stato V, 7 aprile 2023, n. 3626; V, 24 maggio 2022, n. 4108; V, 1 dicembre 2022, n. 10567; VI, 7 maggio 2020, n. 2885; T.A.R. Campania, I, 28 maggio 2024, n. 116), la quale ha evidenziato il rilievo e l'importanza di tale accertamento anche nelle concessioni di servizi al fine di valutare l'effettiva sostenibilità economica delle offerte presentate. Sebbene se le pronunce citate si riferiscono a procedure disciplinate dal decreto legislativo n. 50/2016, la Sezione ritiene che i principi ivi affermati mantengano la loro validità anche a seguito all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 36/2023.*

TAR Sicilia Catania sez. II 27/9/2024 n. 3187



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 988 del 2024, proposto da OMISSIS S.r.l., in relazione alla procedura CIG A02289D8BA, rappresentata e difesa dagli avvocati Michele Giorgio, Antonino Criscì e Andrea Fiore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di OMISSIS e OMISSIS Società Consortile a r.l, non costituiti in giudizio;

nei confronti

OMISSIS S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Marrama, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, Piazza Nicola Amore 6;

per l'annullamento

degli atti indicati nel ricorso introduttivo e nel ricorso incidentale.

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 settembre 2024 il dott. Daniele Burzichelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

La ricorrente ha impugnato: a) la determinazione del Comune di OMISSIS n. 422 in data 6 maggio 2024, nella parte in cui è stata disposta l'esclusione della OMISSIS S.r.l. dalla procedura di gara per l'affidamento in concessione del servizio di gestione delle aree di sosta a pagamento - periodo 2023-2028" ed è stata aggiudicata la procedura in favore della OMISSIS s.r.l.; d) il verbale n. 7 relativo alla seduta in data 3 aprile 2024, nella parte in cui la commissione ha ritenuto non congrua l'offerta proposta dalla OMISSIS s.r.l.; c) la *lex specialis* e, in particolare, il punto 30 del disciplinare nella parte in cui viene richiesta l'indicazione dei costi della manodopera nell'offerta economica.

Nel ricorso, per quanto in questa sede interessa, si rappresenta in punto di fatto quanto segue: a) per l'aggiudicazione della procedura di cui trattasi è stato previsto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; b) l'Amministrazione ha stimato il valore della concessione in € 141.750,00 annui e l'art. 30 del disciplinare stabiliva che l'offerta economica dovesse contenere, oltre alle percentuali di rialzo sul canone e di aggio sugli incassi eccedenti l'introito annuo presunto, anche l'indicazione dei costi della manodopera, con predisposizione a tal fine di un modello allegato agli atti di gara; b) la ricorrente si è collocata prima in graduatoria, con un punteggio totale di 81,7801, come risulta dal verbale n. 6 della seduta in data 29 gennaio 2024, con un rialzo sul canone di concessione del 66,630% e un aggio percentuale sugli incassi eccedenti gli introiti annui presunti pari al 23,32%, indicando al contempo un costo della manodopera di € 80.000,00; c) il responsabile unico del procedimento ha avviato la verifica dell'anomalia e in data 13 febbraio 2024 la ricorrente ha inoltrato i propri chiarimenti, rappresentando che i costi del servizio sarebbero stati abbondantemente coperti dagli incassi di gestione, presuntivamente calcolati in € 201.600,00; d) con nota in data 27 febbraio 2024 la società ha integrato i precedenti chiarimenti, avendo per errore indicato precedentemente un canone di € 35.000,00 a fronte del canone effettivamente offerto pari a € 58.320,00 e chiarendo che l'offerta era comunque sostenibile anche tenendo conto dell'incasso presunto dal capitolato speciale (€ 141.750,00), oltre gli incassi derivanti dalle contravvenzioni elevate; e) nella seduta del 3 aprile 2024 la commissione ha ritenuto la non congruità dell'offerta proposta, affermando in particolare quanto segue: - la ricorrente aveva modificato l'importo dei costi della manodopera; - l'aggio del 23,32% era stato calcolato erroneamente; - non spettavano al concessionario gli introiti derivanti dai verbali di accertamento; f) la commissione ha ritenuto che la somma dei costi quantificati in € 107.000,00 e del canone di concessione pari a € 58.320,00 non sarebbero coperti dagli incassi presuntivamente stimati

nel capitolato (€ 141.750,00), determinandosi una perdita di € 24.370,00; g) con successiva determinazione n. 422 del 6 maggio 2024 il responsabile unico del procedimento ha, quindi, disposto l'esclusione della società dalla procedura, aggiudicando il servizio in favore della seconda classificata.

Il contenuto dei motivi di gravame può sintetizzarsi come segue: a) viene in rilievo nella specie una concessione di servizi, come risulta dal tenore letterale della *lex specialis* e dall'art. 177 del decreto legislativo n. 36/2023, il quale individua l'elemento distintivo della concessione di servizi nel "trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi e comprende un rischio dal lato della domanda o dal lato dell'offerta o da entrambi"; b) nella specie, invero, non vi è dubbio che grava sul soggetto aggiudicatario il rischio operativo della gestione; c) l'art. 176 del decreto legislativo n. 36/2023 non richiama le disposizioni in materia di appalti, demandando la regolamentazione delle procedure di affidamento e della successiva fase di esecuzione dei contratti di concessione esclusivamente agli artt. 176-195; d) d'altronde, anche nel vigore della previgente disciplina la giurisprudenza aveva escluso l'obbligo di dichiarare il costo della mano d'opera nel caso di concessione di servizi; e) neppure può trovare applicazione la disciplina relativa alla verifica dell'anomalia dell'offerta, avuto riguardo a quanto previsto dall'art. 185, quinto comma, del decreto legislativo n. 36/2023 ("prima di assegnare il punteggio all'offerta economica la commissione aggiudicatrice" - non il responsabile unico del procedimento - "verifica l'adeguatezza e la sostenibilità del piano economico-finanziario"); f) nel caso in esame la commissione, come si evince dal verbale n. 6 della seduta in data 29 gennaio 2024, aveva valutato le offerte economiche, implicitamente confermando la loro sostenibilità e adeguatezza e proponendo l'aggiudicazione in favore dell'odierna ricorrente; g) in ogni caso, il giudizio di non congruità espresso dalla stazione appaltante è il frutto di un errore, consistente nel considerare l'affidamento in questione come relativo ad un appalto, anziché ad una concessione di servizi; h) quanto alla contestata modifica dei costi della manodopera, deve ribadirsi che in materia di concessioni non è prevista alcuna sanzione escludente per tale omissione; i) in ordine al calcolo dell'aggio, trattasi di una svista immediatamente percepibile; l) gli introiti derivanti dai verbali di accertamento sono, poi, espressamente contemplati in capitolato; m) inoltre, la stazione appaltante ha ritenuto l'offerta in perdita sulla base di un calcolo errato, in quanto i costi quantificati non corrispondono a quelli rappresentati dalla ricorrente nei propri chiarimenti e i ricavi sono stati calcolati in maniera statica, senza considerare che la loro stima in base alla *lex specialis* (€ 141.750,00) era semplicemente presuntiva, tantoché la società ha previsto una stima maggiore pari a € 201.600,00 (non presa in considerazione dall'Amministrazione);

La OMISSIS S.r.l ha proposto ricorso incidentale, contestando la mancata esclusione della ricorrente in via principale e osservando, in sintesi, quanto segue: a) il bando (punto 16) prevedeva quale requisito di capacità economica e finanziaria un "fatturato specifico minimo nel settore di attività oggetto della concessione, nei migliori tre esercizi dell'ultimo quinquennio antecedente la pubblicazione del bando per un importo non inferiore a € 350.000,00"; b) nello stesso punto 16 veniva precisato che, ai fini dei requisiti tecnico-operativi, occorreva dimostrare la gestione "negli ultimi tre anni e per almeno un anno (di) un servizio analogo, con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, senza che il servizio" avesse "dato luogo a contestazioni da parte dei committenti"; c) il punto 19 del bando contemplava la disciplina dell'avvalimento in pedissequa coerenza con le previsioni normative, precisando che nel contratto di avvalimento si sarebbero dovuto indicare le

risorse strumentali ed umane oggetto di prestito e che l'ausiliaria avrebbe dovuto rendere alla stazione appaltante le dichiarazioni previste in base alla legge; d) il disciplinare conteneva identiche previsioni; e) la ricorrente in via principale ha dichiarato che avrebbe fatto ricorso all'avvalimento e in una dichiarazione ad hoc ha specificato che l'ausiliaria sarebbe stata CAIA S.r.l., la quale prestato alla ricorrente in via principale sia il requisito di fatturato che quello tecnico-operativo; f) CAIA S.r.l. ha presentato il proprio DGUE, ove però non sono indicate o dichiarate le esperienze alla base dell'avvalimento, né è presente alcun impegno nei confronti dell'Amministrazione; g) nell'atto negoziale si precisa che oggetto dello stesso sono sia il requisito tecnico-operativo che quello economico-finanziario, ma non sono indicate le risorse strumentali ed umane oggetto di prestito, sicché il contratto è nullo per indeterminatezza dell'oggetto; h) nella sostanza, l'avvalimento in questione si risolve in un prestito cartolare relativo al certificato della Camera di Commercio, del certificato unico e del certificato di regolare esecuzione; i) il contratto fa, inoltre, riferimento alle dichiarazioni di legge da rendere alla stazione appaltante, ma nulla di ciò si rinviene nella documentazione di gara; l) l'art. art. 6 dell'accordo contempla, poi, una serie di condizioni a cui l'avvalimento è subordinato: in particolare, l'ausiliaria si riserva il diritto di revocare l'avvalimento, il diritto di previo pagamento delle risorse oggetto di prestito prima della loro messa a disposizione, nonché di esonero da ogni responsabilità nel caso di decisione dell'Amministrazione di non riconoscere valore al negozio; m) il contratto è, quindi, condizionato.

Con memoria in data 25 giugno 2024 la ricorrente in via incidentale ha osservato, in sintesi, quanto segue: a) in contrasto con le lamentate lacune della legge di gara, OMISSIS S.r.l. è stata in grado di formulare un'offerta puntuale; b) la commissione ha correttamente ritenuto non affidabile l'offerta della società, come analiticamente argomentato nella memoria; c) in particolare, la commissione di gara ha evidenziato che: - l'aggio non era stato correttamente calcolato; - i costi del personale erano stati abbattuti della metà, senza considerare gli impiegati estivi e senza alcuna spiegazione al riguardo; - con la nota di autocorrezione – pervenuta oltre il termine assegnato - erano state apportate modifiche all'importo del canone, ma erano rimaste ferme le criticità relative al costo del personale ed all'aggio sulle multe; d) è risultata una perdita annua pari ad € 24.370,50; e) la ricorrente in via incidentale non ha fornito elementi di prova a conforto dei dati dalla stessa indicati; f) la censura con cui si lamenta l'erroneo ricorso alla verifica di anomalia dell'offerta è inammissibile poiché in contrasto con il comportamento procedimentale della ricorrente in via principale (*nemo potest venire contra factum proprium*); g) già nel regime previgente, ad ogni buon conto, la giurisprudenza aveva affermato che gli istituti collegati alla verifica della qualità e della affidabilità delle prestazioni in materia di contratti pubblici fossero espressione di principi trasversali ad appalti e concessioni; h) allo stesso modo è del tutto legittima la richiesta di indicazione dei costi della manodopera; i) avere dimezzato il costo del personale non è un comportamento coerente con la garanzia dei livelli minimi salariali e tale aspetto poteva e doveva essere verificato dalla stazione appaltante; l) la ricorrente in via principale ha riconosciuto di non aver considerato il personale aggiuntivo, oggetto di una specifica miglioria; m) la commissione non ha mai verificato l'adeguatezza dell'offerta economica dei concorrenti; n) la verifica è stata disposta dal responsabile unico del procedimento e in alcun modo tale controllo, effettuato congiuntamente alla commissione, può ritenersi irrituale o non dovuto; o) ad ogni buon conto, la censura è inammissibile, in quanto volta a sollecitare un sindacato sostitutivo delle scelte discrezionali effettuate dall'Amministrazione; p) costituisce *jus receptum* che risulta inammissibile la modifica di elementi essenziali e costitutivi dell'offerta; q) la commissione non ha escluso la compartecipazione al gettito delle multe, ma si è riferita ai costi della loro postalizzazione; r)

l'individuazione dell'importo della commessa in € 201.600,00 è stata effettuata in modo del tutto apodittico.

Con memoria in data 26 luglio 2024 la ricorrente in via principale, nel ribadire le proprie difese, ha osservato, in sintesi, quanto segue: a) oggetto dell'impugnazione da parte di OMISSIS S.r.l. non è solo il provvedimento di esclusione e la contestuale aggiudicazione del servizio, bensì anche la *lex specialis* e, in particolare, il disciplinare di gara nella parte in cui è stata richiesta a pena di esclusione l'indicazione dei costi della manodopera all'interno dell'offerta economica a pena di esclusione; b) non vi è dubbio, quindi, che l'eventuale accoglimento del ricorso incidentale proposto non esime il Collegio dalla valutazione sulla legittimità della legge di gara; c) con riferimento al primo motivo del ricorso incidentale, si osserva come la giurisprudenza prevalente abbia chiarito che il contratto di avvalimento non deve necessariamente spingersi sino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione, ovvero alla indicazione numerica dello stesso personale, risultando sufficiente che l'assetto negoziale consenta l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione; d) nell'avvalimento tecnico-operativo, è possibile prevedere l'impiego, non di un singolo elemento della produzione, bensì dell'azienda intesa come complesso produttivo unitariamente considerato (o di un ramo di essa); e) il contratto di avvalimento di cui si tratta appare assolutamente regolare, in quanto determinato nel suo oggetto, come risulta dal punto 1 dell'accordo, avendo l'impresa ausiliaria prestato l'intera unità produttiva operante nel settore oggetto di gara, mettendo quindi a disposizione il requisito "esperienziale" richiesto dalla *lex specialis*; f) come risulta dal punto 3 del contratto, è stato garantito incondizionatamente il requisito oggetto di avvalimento; g) il possesso dei requisiti speciali e generali è espressamente dichiarato nel DGUE di CAIA S.r.l.; h) ad ogni buon conto, l'art. 19 del disciplinare dispone, in relazione all'avvalimento, che è sanabile mediante soccorso istruttorio - e, quindi, anche mediante soccorso istruttorio processuale - l'omessa produzione delle dichiarazioni dell'ausiliario.

Con memoria in data 31 luglio 2024 la ricorrente in via incidentale, nel ribadire le proprie difese, ha precisato, in particolare, quanto segue: a) il *petitum* del ricorso principale mira all'ottenimento della commessa e dall'impugnazione del disciplinare in parte qua non conseguirebbe la ripetizione della gara, essendo il relativo effetto limitato al solo sub-procedimento di valutazione dell'anomalia, che andrebbe ripetuto; b) il riferimento al rischio operativo traslato sul concessionario non può essere utilizzato per manipolare l'offerta; c) occorre, in particolare, osservare che la ricorrente in via principale non ha spiegato: - come intende remunerare le unità lavorative aggiuntive; - la ragione per cui pretende di incassare i costi della postalizzazione dei verbali ed il motivo per cui ritiene di non scomputare dai ricavi la percentuale da retrocedere al Comune; d) quanto al ricorso incidentale, OMISSIS S.r.l. non ha depositato alcun documento a sostegno delle proprie affermazioni; e) non è ammissibile il ricorso al soccorso istruttorio per sanare il vizio di nullità del contratto di avvalimento; f) la natura condizionata del contratto di avvalimento non è stata sostanzialmente contestata; f) anche la controparte ammette che è mancata la dichiarazione relativa all'assunzione della responsabilità solidale verso la stazione appaltante e che è carente la dichiarazione sulla messa a disposizione dell'Amministrazione delle risorse oggetto di avvalimento; g) tale duplice omissione non è colmata dalla dichiarazione resa da CAIA S.r.l. nel DGUE in ordine al possesso dei requisiti, né dall'accettazione del contenuto della documentazione di gara; h) nemmeno il riferimento al soccorso

istruttorio processuale coglie nel segno, in quanto già in questa sede OMISSIS avrebbe dovuto produrre la documentazione obiettivamente carente.

Nella pubblica udienza in data odierna la causa è stata trattenuta in decisione.

Il Collegio osserva quanto segue.

Occorre in primo luogo valutare la questione relativa alla legittimità della verifica dell'anomalia dell'offerta nel contesto di una concessione di servizi.

È opportuno chiarire che tale verifica, non solo è stata ritenuta ammissibile, ma è stata giudicata come opportuna, se non necessaria, dalla giurisprudenza (sul punto, cfr. Consiglio di Stato V, 7 aprile 2023, n. 3626; V, 24 maggio 2022, n. 4108; V, 1 dicembre 2022, n. 10567; VI, 7 maggio 2020, n. 2885; T.A.R. Campania, I, 28 maggio 2024, n. 116), la quale ha evidenziato il rilievo e l'importanza di tale accertamento anche nelle concessioni di servizi al fine di valutare l'effettiva sostenibilità economica delle offerte presentate.

Sebbene se le pronunce citate si riferiscono a procedure disciplinate dal decreto legislativo n. 50/2016, la Sezione ritiene che i principi ivi affermati mantengano la loro validità anche a seguito all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 36/2023.

Quest'ultimo (art. 185, quinto comma) stabilisce che "prima di assegnare il punteggio all'offerta economica, la commissione aggiudicatrice verifica l'adeguatezza e la sostenibilità del piano economico-finanziario".

Ne consegue, quindi, che una verifica in ordine alla possibile anomalia dell'offerta vada effettuata anche nel caso di concessione di servizi.

La norma dispone che l'adempimento debba essere assolto dalla commissione giudicatrice prima dell'assegnazione del punteggio, ma, ad avviso del Collegio, non può ritenersi che una verifica disposta successivamente, anche su impulso del responsabile unico del procedimento, comporti l'illegittimità dell'intero procedimento o della statuizione finale.

Al riguardo appare essenziale sottolineare che, nel caso in esame, l'adempimento è stato sollecitato dal responsabile unico del procedimento ed espletato dalla commissione nella fase endoprocedimentale: erano stati, infatti, assegnati solo i punteggi, senza che fosse stata disposta l'aggiudicazione.

In assenza di decisioni provvedimenti definitive, deve ritenersi che l'Amministrazione abbia il potere di adottare misure necessarie per completare l'istruttoria, anche qualora tali misure fossero state temporaneamente omesse, e ciò in ossequio ai fondamentali principi che governano l'attività amministrativa e che sono contemplati dall'art. 97, secondo comma, della Costituzione e dall'art. 1, primo comma, della legge n. 241/1990.

Quanto alla disposta esclusione della ricorrente in via principale, deve osservarsi che la stazione appaltante ha ritenuto l'offerta anomala non per l'assenza dell'indicazione del costo della manodopera, ma sulla base di considerazioni diverse, ampie ed articolate.

In particolare, l'Amministrazione ha evidenziato che l'offerta presentava modifiche significative nei costi, come la riduzione del costo del personale da € 80.000,00 a € 48.000,00, e l'intervenuta revisione dell'utile per un importo considerevole, pari a circa € 50.000,00.

Tali aspetti non sono stati adeguatamente giustificati dalla ricorrente, come riscontrato dalla stazione appaltante.

Soprattutto, la ricorrente in via principale ha indicato incassi (per € 201.600,00) nettamente superiori rispetto a quelli previsti dal capitolato, affermando genericamente che il dato risultava dalla pregressa gestione, senza però fornire alla stazione appaltante o a questo giudice probanti riscontri documentali in ordine a tale asserzione.

Va, poi, precisato che, indipendentemente dall'obbligo di indicare il costo della manodopera in sede di offerta, non vi è alcun motivo per ritenere che, nella successiva fase di verifica dell'anomalia, sia inibito all'Amministrazione richiedere chiarimenti relativi a tale voce, poiché, diversamente, la funzione della verifica risulterebbe gravemente frustrata.

Pertanto, sulla base delle considerazioni esposte, il Tribunale ritiene che il ricorso principale debba essere respinto nella parte in cui la ricorrente ha impugnato la propria esclusione dalla procedura, risultando tale decisione congrua e non irragionevole.

Il ricorso appare, invece, inammissibile nella parte in cui con esso si contesta la disciplina di gara con riferimento alla prevista indicazione del costo della manodopera in sede di offerta, poiché tale previsione non ha arrecato alcuna lesione alla ricorrente, che non è stata esclusa, infatti, per non aver indicato tale voce di costo, ma in quanto l'offerta proposta è stata ritenuta non sostenibile.

Il ricorso incidentale deve, conseguentemente, giudicarsi inammissibile per carenza di interesse.

Avuto riguardo al complessivo svolgimento della vicenda, le spese di lite possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Staccata di Catania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto: 1) in parte rigetta e in parte dichiara inammissibile il ricorso in via principale, secondo quanto indicato in motivazione; 2) dichiara inammissibile il ricorso incidentale; 3) compensa fra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 12 settembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Daniele Burzichelli, Presidente, Estensore

Gustavo Giovanni Rosario Cumin, Consigliere

Cristina Consoli, Referendario

IL SEGRETARIO