

Ufficio Studi CODAU

"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau"

Presentazione delle offerte, omessa indicazione del costo della manodopera in caso di subappalto¹.

1. Fatto

Con la sentenza n. 1560 del 21 giugno 2024, il Tribunale Amministrativo Regionale del Veneto Sez. I si è pronunciato sul ricorso proposto da Ecoambiente S.r.l. contro Viveracqua sc. a r.l. per l'annullamento dell'atto di esclusione della ricorrente dalla procedura aperta per l'affidamento del servizio di "raccolta, trasporto, recupero di fanghi disidratati" sulla base del criterio del minor prezzo.

Nella propria offerta, Ecoambiente S.r.l. ha dichiarato di essere un'intermediaria e di ricorrere al subappalto per la prestazione di "*caricamento o trasporto*". Tra i costi della manodopera sono stati inserite le voci di spesa per n. 1 operaio specializzato, unico dipendente di Ecoambiente S.r.l., oltre all'importo minimo da sostenere per i costi di sicurezza.

Viveracqua rileva l'anomalia dell'offerta invitando Ecoambiente a fornire le proprie precisazioni a seguito delle quali viene ad ogni modo disposta l'esclusione dell'offerente dalla gara, in quanto tra i costi di manodopera non sono stati indicati i costi per le attività date in subappalto. Tale requisito risulta essere essenziale, come da orientamento giurisprudenziale affermato, ed inoltre ribadisce che le dichiarazioni fornite non possono essere modificate successivamente alla presentazione delle stesse.

Il giudice respinge il ricorso sottolineando come agli intermediari non deve essere applicato un "regime preferenziale": al pari degli altri concorrenti, gli intermediari sono tenuti ad indicare, in sede di presentazione dell'offerta, il costo della manodopera necessaria ad eseguire le prestazioni contrattualmente previste.

2. Impresa intermediaria e presentazione delle offerte

Il giudice, nel passare in rassegna tutti gli aspetti del caso sottoposto a suo giudizio, chiarisce che l'intermediario è sempre tenuto ad indicare in sede di offerta i costi della manodopera

¹ Ha collaborato alla stesura del presente documento Claudia Caprodossi Università di Camerino

necessaria ad eseguire le prestazioni oggetto di contratto². Il fatto di non essere la primaria esecutrice del servizio e la non conoscenza dei costi interni delle imprese terze che svolgeranno tali attività non può giustificare l'omissione dei costi di personale in fase di presentazione dell'offerta. Al contrario, tale tipologia di ammissione, proprio in sede di presentazione di offerta, determina che il provvedimento della stazione appaltante non avrebbe potuto essere diverso dall'esclusione: dichiarare di non essere l'esecutrice dell'attività e, quindi, non essere in grado di conoscere a priori il costo della manodopera che svolgerà il servizio per il quale sta concorrendo rende insanabile la posizione dell'offerente.

Sembra chiarito in numerose pronunce che devono essere indicati precisamente i costi dei dipendenti impiegati stabilmente, ossia i costi della manodopera che esegue il servizio oggetto dell'appalto, oltre ai cd costi indiretti, ossia i costi relativi al personale di supporto all'esecuzione dell'appalto o a servizi esterni che non devono essere oggetto di dichiarazione (Cons. Stat. Sez V, 24 gennaio 2023, n. 782). Inoltre, deve essere dichiarato anche il costo variabile delle figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente, ovvero lo fanno in maniera trasversale a vari contratti, il cui costo tende ad essere rimodulato in relazione all'offerta da presentare per il singolo appalto. La nuova articolazione del Codice dei contratti pubblici elimina qualsiasi forma di distinzione tra costi diretti ed indiretti e soprattutto tra dipendenti del concorrente e lavoratori dell'impresa appaltatrice: il fatto che l'appalto sia maggiormente frazionato non significa che i costi possono essere definiti indiretti e pertanto non conoscibili dal concorrente così come non possono esserci distinzioni tra i lavoratori tanto da essere loro garantita l'applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore per evitare il rischio di una minore tutela per coloro che lavorano alle dipendenze dell'appaltatrice.

L'art. 119 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 indica precisamente che *“L'affidatario è tenuto ad osservare il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionali e territoriali in vigore per il settore e per la zona nella quali si eseguono le prestazioni secondo quanto previsto dall'art. 11. È altresì responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto nel rispetto di quanto previsto dal comma 12. L'affidatario e, per suo tramite, i subappaltatori, trasmettono alla stazione appaltante prima dell'inizio dei lavori la documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali, inclusa la Cassa edile, assicurativi e antinfortunistici, nonché copia del piano di cui al comma 15. Per il pagamento delle prestazioni*

² Cons. di Stato sez. V, 17 febbraio 2022 n. 1191.

rese nell'ambito dell'appalto o del subappalto, la stazione appaltante acquisisce d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva in corso di validità relativo all'affidatario e a tutti i subappaltatori”³.

Il giudice nel rigettare il ricorso si sofferma inoltre sulla richiesta della ricorrente di avvalersi del principio della tutela dell'affidamento (già richiamato in una sentenza del TAR PUGLIA)⁴ in quanto sembra evidente che il concorrente abbia compilato correttamente tutti i modelli che la stazione appaltante ha messo a disposizione. La ragione è legata al fatto che secondo la ricorrente i modelli non offrivano la possibilità di modificare i campi e quindi di poter inserire informazioni ulteriori rispetto a quanto richiesto alla voce “*Manodopera e Sicurezza*”. Sembra pacifico, anche in giurisprudenza⁵, che i modelli devono essere talmente fuorvianti e devono rendere materialmente impossibile l'elaborazione della proposta tale per cui il legittimo affidamento debba condurre ad una modifica ed una revisione del modello stesso.

Si ricordi proprio quella sentenza del TAR Puglia nel caso di un errore da parte della ricorrente nell'accludere l'offerta economica alla documentazione amministrativa all'interno della busta indicata: “... è incorsa in un errore così evidente che non può essere giustificato in base al principio del legittimo affidamento, in ragione del contegno colposo, sub specie di violazione dei principi di diligenza professionale ed autoresponsabilità. Come statuito dalla giurisprudenza amministrativa, la “modulistica” messa a disposizione dalla stazione appaltante per la presentazione delle offerte non può certo prevalere sulle prescrizioni del disciplinare, o indurre a disattendere queste ultime” ciò ad indicare che anche qualora i modelli fossero fuorvianti, nulla induce a non applicare puntualmente ciò che la norma indica, sia essa specialis che primaria.

³ La disciplina vigente ha mantenuto ferma la definizione del contratto di subappalto, specificando che il subappaltatore si caratterizza per avere una propria organizzazione con assunzione del rischio imprenditoriale relativamente alla parte dell'appalto che esegue. La recente normativa, in conformità con le prescrizioni europee, si connota per una maggiore apertura verso questo modulo contrattuale pur chiarendo che l'intermediario è sempre tenuto ad indicare in sede di offerta i costi della manodopera necessaria ad eseguire le prestazioni oggetto di contratto.

⁴ Art. 5 decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36: **(Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento)**

1. Nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.
2. Nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede.
3. In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. Nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico.
4. Ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito.

⁵ Cfr Tar Puglia, Lecce, Sez. I, 02/02/2022, n.192.

I modelli elaborati dalla stazione appaltante sono risultati tuttavia editabili e non di ostacolo per i partecipanti all'inserimento di tutte le informazioni che si fossero rese opportune per la presentazione di una offerta completa ed esaustiva.

3. Conclusioni

Questa interessante sentenza del TAR offre l'occasione per comprendere maggiormente la differenza esistente tra costi diretti e costi indiretti, specificando come il criterio del costo più basso non può essere aggirato dall'utilizzo di aziende intermediarie senza personale dipendente che si avvalgono di esclusivamente di subappalti frazionati per lo svolgimento di un servizio. La non conoscenza dei costi interni delle imprese terze che andranno l'attività rappresenta un motivo primario di esclusione dalle procedure di gare, in quanto non vi è garanzia per le condizioni economiche-normative di tutti i lavoratori coinvolti (direttamente o indirettamente).