

Publicato il 04/03/2022

N. 00154/2022 REG.PROV.COLL.  
N. 00030/2022 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**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 30 del 2022, proposto da CALABRA MACERI E SERVIZI Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Caravita, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

COMUNE DI SORSO, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Federico Isetta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

GESENU - GESTIONE SERVIZI NETTEZZA URBANA S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Augusto De Matteis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Roberto Candio in Cagliari, via Roma n. 235;

*per l'annullamento*

-della Determinazione n. 161 del 9\12\2021 di “ANNULLAMENTO IN AUTOTUTELA” dell’ AGGIUDICAZIONE che era stata disposta, in favore di Calabria Maceri, con determinazione n. 89 del 6/8/2021 e conseguente “SCORRIMENTO della GRADUATORIA con AGGIUDICAZIONE ALL’ IMPRESA SECONDA CLASSIFICATA Gesenu s.p.a.” ;

- della gara a procedura aperta telematica indetta dal Comune di Sorso (SS) per l'affidamento del servizio di gestione integrata del servizio di igiene urbana 2021-2028 CIG n. 8525494436 di importo massimo, a base d’asta, pari ad euro 17.812.700,42, disposta con Determinazione n. 161 del 09\12\2021 e comunicata alla ricorrente a mezzo pec in data 9\12\2021;

-del verbale n. 16 della Commissione di gara della seduta del 25 novembre 2021;

e di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi inclusa:

- la determina n. 121 del 2021 di incarico ad ESPER (Ente di Studio Per la Pianificazione Ecosostenibile dei Rifiuti), quale soggetto tecnico di supporto al RUP,

-e, per quanto occorrer possa, del Disciplinare di gara nella parte in cui venga interpretato nel senso di ammettere l'annullamento del provvedimento impugnato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Sorso e di Gesenu - Gestione Servizi Nettezza Urbana S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 febbraio 2022 la dott.ssa Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la Delibera di Consiglio Comunale n° 18 del 22/06/2020 è stato approvato il “*Piano Industriale dei Servizi di igiene ambientale*” (predisposto dall’Ente di Studio per la Pianificazione Ecosostenibile dei Rifiuti - ESPER, doc.4) ed autorizzato il Responsabile del Servizio ad avviare la procedura di gara, da svolgersi mediante procedura aperta, di cui all’art. 60 del D.lgs. 50/2016 e con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Con determina del Responsabile del Servizio n. 162 del 11/12/2020, è stata avviata la procedura per l’affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti 2021-2028 - CIG. n. 8525494436, con approvazione degli atti di gara (predisposti con la collaborazione tecnica da ESPER - doc. 5), pubblicati il 18\12\2020.

Alla procedura hanno partecipato 8 imprese, tra cui la ricorrente Calabria Maceri (a seguire solo Calabria) e la controinteressata Gesenu, che si sono collocate, rispettivamente al primo e secondo posto.

La Commissione di gara, in data 15/07/2021, proponeva l’aggiudicazione dell’appalto (verbale n. 15) in favore della Calabria, prima classificata con il punteggio complessivo di 86,562 (seguita in graduatoria dalla ditta Gesenu S.p.A., seconda classificata con il punteggio complessivo di 78,728).

Trattandosi di aggiudicazione con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, nel medesimo verbale, la Commissione di gara, ha dato atto che l’offerta della prima classificata non risultava (in base al computo dei ribassi offerti da tutte le imprese) anomala, trasmettendo gli atti al Responsabile del Servizio.

Il RUP, con determinazione n. 89 del 6/8/2021 ha disposto l’aggiudicazione definitiva a favore di Calabria, con avvio della procedura di verifica dei requisiti di partecipazione (in data 20\8\2021 esito positivo della regolarità fiscale, del Casellario giudiziario, di Anac, cfr. doc 7).

La società Gesenu, odierna controinteressata, ha proposto ricorso al T.A.R. (n. 766\2021) avverso lo svolgimento della procedura di gara, conclusasi con affidamento a Calabria, in particolare sostenendo l’anomalia dell’offerta

formulata , in relazione al contenuti, che risulterebbe in perdita. In relazione a quel ricorso la Gesenu, nella Camera di consiglio del 13 ottobre 2021 ha rinunciato alla domanda cautelare, per la trattazione diretta di un merito, con fissazione all'udienza pubblica del 9 febbraio 2022.

Il RUP, dovendo esaminare il contenuto del ricorso Gesenu (per riconoscerne, in via amministrativa fondatezza o infondatezza), ha incaricato l'Ente di Studio per la Pianificazione Ecosostenibile dei Rifiuti (E.S.P.E.R.) di svolgere attività di supporto tecnico, per la valutazione e verifica dell'offerta presentata da Calabria, prima classificata nella procedura di gara, con analisi e scrutinio delle censure contenute nell'impugnazione proposta dalla seconda classificata, considerando, anche le controdeduzioni nel frattempo fatte pervenire da Calabria in data 9/10/2021 (cfr. Determinazione impugnata pag. 4 – doc. 1).

L'Ente ESPER conosceva la struttura e l'articolazione del servizio che era stato impostato a livello locale, avendo collaborato nella predisposizione del “Piano Industriale dei Servizi di Igiene Urbana” del Comune e degli atti di gara.

Per questo l'ente è stato coinvolto nell'analisi dell'offerta tecnica sviluppando un'accurata indagine dei profili critici che erano emersi con il ricorso giurisdizionale Gesenu, esprimendo un giudizio di anomalia dell'offerta Calabria (cfr. Relazione del 12/10/2021, doc. 9).

Il RUP ritenendo condivisibile la relazione tecnica della ESPER , di anomalia dell'offerta Calabria (ritenuta non congrua, seria, sostenibile e concretamente realizzabile) ha immediatamente *avviato* (ai sensi degli artt. 7 e 8 della L. 241/1990 e dell'art. 97, commi 1 e 5 del D.lgs. 18 4 aprile 2016, n. 50) il procedimento di “annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva per offerta anormalmente bassa” con fissazione del termine per le controdeduzioni dell'impresa al 28/10/2021, poi depositate da Calabria (doc. 10).

ESPER è stata nuovamente coinvolta per l'esame delle osservazioni, ritenendole non accettabili (cfr. relazione tecnica del 15\11\2021, doc. 11).

In questo (nuovo) quadro di riferimento il RUP ha convocato la Commissione di gara, con richiesta di rivalutazione dell'offerta, con espressione di un nuovo giudizio tecnico complessivo dell'offerta Calabria.

Con verbale n. 16 della seduta del 25\11\2021 (doc. 2) la Commissione, esaminata la Relazione ESPER e le controdeduzioni di Calabria (e con convocazione, in via telematica, del legale rappresentante di ESPER, dott. A. Tornavacca), ha valutato negativamente l'offerta dell'aggiudicataria, ritenendola anomala, soprattutto in riferimento alla voce attinente i "*costi della manodopera*", ravvisando consistenti discrasie (importo necessario per remunerare tutte le ore offerte, euro 1.418.459,80, a fronte dell'offerta Calabria di euro 1.218.000).

Con impossibilità di assicurare un adeguato utile all'operatore economico, in considerazione della caratterizzazione dell'offerta, in perdita.

Il RUP ha, quindi, proceduto ad annullare l'aggiudicazione, che era stata disposta in favore di Calabria, con la determinazione n. 161 del 9\12\2021, recependo e condividendo le motivazioni di analisi tecnica esposte nelle due relazioni Esper (del 12.10.2021 e del 15.11.2021) nonché il verbale della Commissione n. 16 del 25\11\2021 (che costituiscono parte sostanziale del provvedimento finale di autotutela), evidenziando:

^ la novità delle argomentazioni di Calabria, rispetto a quanto indicato nella propria offerta, e contraddizione fra le diverse giustificazioni dei costi del servizio da prestare nel corso dell'intero procedimento;

^ l'infondatezza nel merito delle controdeduzioni, per quanto concerne:

§ il "*costo del personale*" (punti 1-4 della comunicazione di avvio del procedimento del 12.10.2021) in relazione alla posizione dei "*dipendenti provenienti dall'impresa precedente affidataria del servizio*" (con obbligo di rispetto della "*clausola sociale*"), non modificabili in forza di ipotetiche ristrutturazioni aziendali;

§ mancata considerazione del corretto inquadramento di taluni dipendenti nel rispetto delle norme del CCNL vigente, anche alla stregua delle norme del codice della strada sulla obbligatorietà della “*patente C per i conducenti dei mezzi di portata superiore ai 35 q.li*”;

§ il <numero di ore/anno> da impiegare effettivamente per l'espletamento del servizio offerto (punti 5-10 della comunicazione di avvio del procedimento), tenuto conto:

- del “*numero di h/anno desumibile dall'offerta*” (76.291,30),

-della inidoneità dell'uso dei “*mezzi bi-vasca*” a ridurre l'ammontare in misura superiore al 20% (70.453,71);

- della irrilevanza di tale riduzione che, anche se pari al 50%, determinerebbe un “*numero h/anno di 64.217,60*” contro il “*numero*” esposto da Calabria nelle controdeduzioni del 28.10.2021 pari a “*55.723 h/anno*”.

Congiuntamente all'autoannullamento della prima aggiudicazione a Calabria, pronunciato per anomalia dell'offerta (con conseguente impossibilità di stipulare il contratto), è stato disposto:

a) lo *scorrimento* della graduatoria in favore della seconda classificata Gesenu;

b) *l'escussione della garanzia provvisoria*, a carico di Calabria.

\*\*

Con ricorso depositato il 14.1.2022 CALABRA MACERI ha impugnato l'esito della gara e tutti i provvedimenti ed atti lesivi, assunti dall'Amministrazione, con richiesta di ripristino dell'efficacia della prima aggiudicazione, al fine di poter stipulare il contratto d'appalto.

Sono state formulate le seguenti censure:

1)violazione e falsa applicazione dell'art. 32 commi 6 e 7 del D. Lgs. 50\2016, nonchè della L. 241\1990 - efficacia dell'aggiudicazione definitiva - carenza dei presupposti per il provvedimento di annullamento o di revoca della stessa e per intervenuta efficacia dell'aggiudicazione definitiva - carenza di motivazione, eccesso di potere, difetto di istruttoria e ingiustizia manifesta;

2) violazione e falsa applicazione degli artt. 97 e 32 del d. Lgs. N. 50/2016 in relazione agli artt. 20 e 22 del disciplinare di gara - Violazione dei principi di trasparenza, correttezza, imparzialità, concorrenza - Parità di trattamento e non discriminazione - Eccesso di potere per manifesta illogicità, carenza di motivazione, genericità, difetto di istruttoria e ingiustizia manifesta;

3) violazione e falsa applicazione degli artt. 77 commi 1 e 4, 23 commi 14 e 15, nonché 31 e 97 del d.lgs. n. 50/2016 in relazione all'art. 20 del disciplinare di gara - Violazione dei principi di trasparenza, correttezza, imparzialità, concorrenza - Parità di trattamento e non discriminazione. Eccesso di potere per manifesta illogicità, carenza di motivazione e difetto di istruttoria, ingiustizia manifesta - nullità del procedimento di verifica per omessa partecipazione della Commissione di gara ed illegittimità della nomina della ESPER in violazione dell'art. 31 comma 11 del d. Lgs. 50\2016 e degli artt. 20 e 21 del disciplinare di gara;

4) violazione e falsa applicazione degli artt. 31, 32 comma 5 e 33 comma 1 del d. Lgs. n. 50/2016 - Eccesso di potere del Rup nella parte in cui effettua verifiche sull'offerta tecnica e conseguente carenza dei presupposti per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva;

5) carenza dei presupposti per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva: verifica anomalia dell'offerta viziata da macroscopica illogicità, violazione di norme, abnormità delle valutazioni ed evidenti errori di fatto;

6) violazione e falsa applicazione dell'art. 93 del d. Lgs. n. 50/2016 in relazione all'art. 10 del disciplinare di gara ed alla L. 241/1990 - omessa motivazione, carenza dei presupposti per l'escussione della polizza fideiussoria ed eccesso di potere.

Si sono costituiti in giudizio sia il Comune che la società controinteressata Gesenu, sostenendo l'infondatezza del ricorso.

Sono seguite memorie, anche in replica, a sostegno delle rispettive tesi.

All'udienza del 23 febbraio 2022 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

La società ricorrente Calabria è stata esclusa, in sede di annullamento in autotutela, per riscontrata “anomalia dell’offerta”.

In sede di “esame” (necessitato a seguito della notifica del ricorso Gesenu, seconda classificata), è stato rinvenuto un corrispettivo insufficiente per l’esecuzione del servizio globale, in particolare in punto di manodopera:

- ripetuta rimodulazione, in corso di procedimento, del “*monte orario*” offerto;
- il costo dei dipendenti non trovava una sufficiente ed idonea copertura di remunerazione.

Sia la Commissione che Esper, a seguito dell’esame delle censure contenute nel ricorso Gesenu (secondo classificato), avevano espresso un giudizio in merito alla relazione fra offerta tecnica ed economica, rinvenendo l’inidoneità della proposta Calabria ed insufficienza delle “*ore di manodopera*” necessarie per l’esecuzione del servizio e con difetto di copertura finanziaria.

Occorre preventivamente delineare come il Bando aveva delineato gli elementi essenziali del servizio:

- l’importo a base d’asta, per i 7 anni di durata del contratto, veniva fissava in € 17.812.700,42, più IVA (esclusi gli oneri per la sicurezza, quantificati in € 105.694,16 e non soggetti a ribasso);
- i punteggi massimi attribuibili per l’offerta tecnica e per quella economica erano, rispettivamente, di 80 e 20 punti ;
- la Commissione Giudicatrice avrebbe valutato la congruità delle offerte secondo quanto disposto dall’art. 97 del D.lgs. 50/2016 (offerte anormalmente basse).

E il Disciplinare di gara conteneva una serie di prescrizioni:

- descriveva dettagliatamente il contenuto dell’offerta tecnica, che le concorrenti dovevano inserire nella busta telematica B;
- descriveva l’oggetto dell’offerta economica (busta telematica C), richiedendo:

°sub 5, la” dichiarazione che l’offerta presentata è congrua ed adeguatamente remunerativa, consentendo la gestione equilibrata sotto il profilo economico e

finanziario complessivo dell'appalto e la regolare esecuzione dei servizi, in relazione alla natura, alla entità ed alla qualità dei servizi da prestare e degli investimenti richiesti, come risulta dall'Offerta Tecnica presentata per la partecipazione alla gara”,

° nonché, sub 6 che “la relazione economica giustificativa del ribasso offerto redatta secondo quanto stabilito nel Modulo 10 del servizio base e dei servizi opzionali proposti, dettagliato nelle sue componenti principali (personale, ammortamenti, spese di manutenzione, spese per la comunicazione, costi di gestione, spese generali, spese materiali di consumo, ecc.) da redigersi in busta chiusa all'interno della busta C”;

- indicava i n. 5 criteri, con annessa tabella, di valutazione dell'offerta tecnica (massimi 80 punti, per la quale era richiesto il raggiungimento della soglia minima di punti 40/80), con i rispettivi punteggi parziali, ripartendoli in sub-criteri e corrispondenti sub-punteggi;

- disponeva “al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 97, comma 3, del Codice, e in ogni altro caso in cui, in base a elementi specifici, l'offerta appaia anormalmente bassa, il RUP, avvalendosi, se ritenuto necessario, della Commissione, valuta la congruità, sostenibilità e realizzabilità delle offerte che appaiono anormalmente basse”, provvedendo, ai sensi degli artt. 59 3° comma, lett. c), e 97, 5° e 6° comma, del Codice, all'esclusione delle offerte, che, in base agli elementi forniti con le spiegazioni, fossero risultate, nel complesso, inaffidabili;

- specificava che “ai sensi dell'art. 95, comma 10, la stazione appaltante prima dell'aggiudicazione procede, laddove non effettuata in sede di verifica di congruità dell'offerta, alla valutazione di merito circa il rispetto di quanto previsto dall'art. 97, *comma 5, lett. d)* del Codice” .

Dato atto che l' offerta Calabria non superava “le soglie” di cui all'art. 97, 3° *comma*, del Codice, la Commissione Giudicatrice proponeva di aggiudicare l'appalto all'odierna ricorrente.

In quella fase la Commissione di gara si limitava ad accertare che i punteggi che erano stati assegnati a Calabria, per le componenti tecnica ed economica, non eccedevano il limite (4/5) dei punteggi massimi previsti, per l'una e per l'altra, ai fini della c.d. verifica obbligatoria (senza ulteriori analisi di congruità).

Con determinazione n. 89 del 6.8.2021, il Responsabile del Servizio, dopo aver approvato gli atti della Commissione Giudicatrice e la graduatoria di merito, dichiarava Calabria aggiudicataria definitiva, salvo verifica dei requisiti prescritti.

Nel frattempo Gesenu esercitava il diritto di accesso ed acquisiva copia della documentazione amministrativa, dell'offerta tecnica (in gran parte oscurata) e l'offerta economica prodotte in gara dalla Calabria. Rinvenute anomalie, con ricorso notificato il 30.9.2021 (rubricato Tar n. 766/2021 R.G.), ha impugnato l'aggiudicazione, sviluppando quattro censure chiedendo l'annullamento, previa sospensiva, della determinazione n. 89/2021 e di tutti gli atti di gara, nella parte di proprio interesse.

Con richiesta di scorrimento e aggiudicazione in proprio favore, in considerazione della collocazione in graduatoria, al secondo posto; con istanza di inefficacia del contratto eventualmente stipulato fra le parti, con conseguente subentro.

Il Comune ha esaminato le censure, e rinvenendo la loro fondatezza, dava avvio al procedimento preordinato alla rimozione in autotutela della determinazione di aggiudicazione a Calabria n. 89/2021.

Il riesame si è sviluppato con il seguente *iter* :

§ con comunicazione del RUP di avvio del procedimento, recante l'enunciazione dei motivi per i quali l'offerta non appariva “*congrua, seria, sostenibile e concretamente realizzabile*”, come evidenziato dall'Ente di consulenza incaricato (Ente di Studio per la Pianificazione Ecosostenibile dei Rifiuti, “ESPER”) con l'allegata relazione del 12.10.2021 e assegnazione a Calabria di 15 giorni per controdedurre;

§ l'aggiudicataria ha trasmesso una relazione per confutare gli elementi di criticità segnalati dal Comune (docc. 31-32);

§ ESPER, con la relazione dell'11.11.2021, ha valutato, sul piano tecnico, anche le giustificazioni di Calabria (doc. 33);

§ la Commissione, nella seduta n. 16 del 25.11.2021, ha riesaminato l'offerta dell'odierna ricorrente in dettaglio e, alla luce delle giustificazioni, ha espresso *“un giudizio complessivo ... di non piena congruità e sostenibilità economica tanto da ritenere la stessa non concretamente realizzabile”* (doc. 34);

§ il RUP con la determinazione n. 161/2021 ha valutato e fatto proprio il verbale della Commissione n. 16/2021 (corredato degli apporti tecnici dell'ESPER) ed ha concluso per l'anomalia dell'offerta della Calabria, annullando l'aggiudicazione, e, previo scorrimento della graduatoria, dichiarando nuova aggiudicataria la società Gesenu, seconda classificata.

Si consideri che la Graduatoria finale di merito (verbale n. 15 del 15.7.2021), dalla quale era scaturita la prima aggiudicazione (disposta con determinazione N° 89 del 6 agosto 2021) era la seguente:

\* CALABRA con punteggio globale di 86,562, di cui:

-71,05 per l'offerta tecnica;

-15.512 per l'offerta economica (con ribasso del 7,057%);

\* GESENU con punteggio globale di 78,728, di cui:

-69,43 per l'offerta tecnica;

-4,230 per l'offerta economica (con ribasso del 4,230%).

Il ricorso giurisdizionale promosso da Gesenu aveva ravvisato talune, importanti, criticità che avevano determinato una riconsiderazione dell'offerta Calabria e delle sue eventuali anomalie (per carenza di sufficienti prestazioni in rapporto alle risorse disponibili per la copertura dei costi).

La delicatezza ed importanza dell'indagine tecnica supplementare aveva reso necessario, per il Rup, l'acquisizione di un giudizio analitico-tecnico (affidato ad ESPER) nonchè l'esame da parte della Commissione, organo deputato ad esprimere il giudizio di congruità.

Il Collegio deve esaminare, distintamente, le sei censure sviluppate da Calabria avverso la decisione di autotutela assunta dal Comune, di esclusione per anomalia.

\*\*

#### ESAME DEI MOTIVI DI RICORSO.

L'articolato e motivato "autoannullamento" n. 161 del 9 dicembre 2021 rappresenta l'esercizio, da parte del Comune, di autotutela ex art. 21 *octies-novies* della L. 241/1990).

Sono stati espressamente richiamati gli artt. 97 e art. 32 del D. Lgs. 50/2016, nella parte in cui fanno salvi, specificamente, nell'ambito del procedimento di aggiudicazione di un contratto pubblico, *"L'ESERCIZIO DEI POTERI DI AUTOTUTELA nei casi consentiti dalle norme vigenti"*.

Norme che sono applicabili in riferimento ad una aggiudicazione efficace e, a maggior ragione, di una inefficace.

L'Amministrazione può agire in autotutela, rimuovendo d'ufficio un provvedimento di aggiudicazione definitivo ed efficace, anche dopo la stipula del contratto, ricorrendone i presupposti; così è legittimata ad esercitare i poteri codificati dagli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* L. n. 241/1990 anche nella fase antecedente, pienamente soggetta alle regole pubblicistiche.

L'art. 32, 8° comma, del Codice fa espressamente *"salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalla legge"* anche quando sia *"divenuta efficace l'aggiudicazione"*.

Come il Consiglio di Stato, Sez. III, 22.3.2017 n. 1310 ha affermato *"Un simile potere di annullamento in autotutela, nel preminente interesse pubblico al ripristino della legalità dell'azione amministrativa anzitutto da parte della stessa Amministrazione procedente, deve riconoscersi a questa anche dopo l'aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto (v., sul punto, Cons. St., sez. V, 26 giugno 2015, 3237), con conseguente inefficacia di quest'ultimo, e trova un solido fondamento normativo, dopo le recenti riforme della l. n. 124 del 2015, anche nella previsione dell'art. 21-nonies, comma 1, della l. n. 241 del 1990, laddove esso si riferisce anche ai provvedimenti attributivi di*

*vantaggi economici, che non possono non ritenersi comprensivi anche dell'affidamento di una pubblica commessa” .*

L'ammissibilità dell'autoannullamento (sia *ante* che *post* aggiudicazione definitiva) rende irrilevante la problematica che è stata posta con il primo motivo di ricorso inerente l'asserita “acquisita efficacia” dell'aggiudicazione, a seguito del positivo riscontro dei requisiti generali e speciali (che la PA invece contesta, essendo le verifiche ancora in corso e non ultimate).

Il profilo concernente l'eventuale efficacia del provvedimento di aggiudicazione a Calabria, non implica che la decisione assunta sia insuscettibile di rivalutazione, in sede di riesame, prima della stipula del contratto, qualora emergano e siano riscontrate insufficienze/anomalie dell'offerta.

L'ammissibilità dell'esercizio del potere in autotutela, sussistendo i necessari presupposti e riscontri, va affermato, con possibile piena esplicitazione (sia in ipotesi di aggiudicazione efficace che non).

\*

2) Con la seconda censura parte ricorrente sostiene che, avendo il RUP già valutato, in precedenza, l'offerta, positivamente, come non anomala, non sarebbe ammissibile una sua rivalutazione. Calabria contesta l'esistenza dei presupposti richiesti dagli artt. 21-*nonies* e 21-*quinquies* L. n. 241/1990 ai fini dell'esercizio, rispettivamente, del potere di annullamento d'ufficio e di quello di revoca.

In questa fattispecie il RUP, nell'esercizio del potere di cui all'art. 21-*nonies*, ha annullato d'ufficio l'aggiudicazione definitiva che era stata disposta con determinazione n. 89 del 6/8/2021, in quanto riscontrata, a seguito dei disposti approfondimenti, viziata per grave anomalia dell'offerta.

Precisando che sussisteva “*l'interesse pubblico ... di evitare che presumibili perdite economiche si traducano in una grave compromissione della qualità del servizio e della possibilità stessa per l'impresa di adempiere puntualmente alle obbligazioni contrattuali*” (doc. 35).

L'Amministrazione ha esercitato il potere, in applicazione dell'art. 21-*nonies*, sussistendo tutti gli elementi che imponevano di annullare d'ufficio l'illegitima aggiudicazione, fondata sull'errato presupposto che l'offerta della Calabria fosse congrua e remunerativa.

Gli elementi contenuti del ricorso notificato dalla controinteressata Gesenu (improntato sull'inadeguatezza dei costi della manodopera) si sono rivelati effettivamente fondati ed hanno legittimato l'attivazione del procedimento di autotutela.

Senza che possano rinvenirsi forme di ristoro/indennizzo, in capo a Calabria, per lesione di posizioni di "affidamento", alla stipula del contratto, meritevoli di tutela (ex art. 21 *quinquies* della L. 241\1990) o per violazione del principio di "buona fede" nelle trattative precontrattuali (ex art. 1337 c.c.).

Nel caso di specie non sussistevano aspettative consolidate in capo all'aggiudicataria con l'effetto che la decisione di rimuovere la prima aggiudicazione è scaturita da una legittima rielaborazione dei dati contenuti nell'offerta Calabria, in relazione al "monte ore" necessario, per un corrispettivo formulato in ribasso del 7,057%.

Con decisione ammissibile e legittima di procedere all'esclusione dell'offerta Calabria e allo scorrimento della graduatoria, con individuazione come nuova aggiudicataria la società Genesu.

\*

3) Con il terzo motivo la ricorrente Calabria contesta l'affidamento "*a terzi*" (Esper, soggetto esterno al Comune) la verifica dell'anomalia dell'offerta, in asserita violazione del Disciplinare di Gara (artt. 20 e 21), che consente al Rup di avvalersi della Commissione di gara per la valutazione della congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità delle offerte che appaiono anormalmente basse.

Prospettando anche la violazione dell'art. 31 comma 11 del D. Lgs. 50\2016, che consente l'affidamento esterno del supporto tecnico qualora all'interno dell'Amministrazione non vi siano figure dotate di necessaria competenza.

Anche questa censura non è condivisibile.

L'art. 20 del Disciplinare di gara prevede che:

*“Al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 97, comma 3, del Codice, e in ogni altro caso in cui, in base a elementi specifici, l'offerta appaia anormalmente bassa, il RUP, avvalendosi, se ritenuto necessario, della Commissione, valuta la congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità delle offerte che appaiono anormalmente basse”.*

E l'art. 22 del medesimo Disciplinare prevede che *“Ai sensi dell'art. 95, comma 10, la stazione appaltante prima dell'aggiudicazione procede, laddove non effettuata in sede di verifica di congruità dell'offerta, alla valutazione di merito circa il rispetto di quanto previsto dall'art. 97, comma 5, lett. d) del Codice”.*

L'art. 31, comma 11, del Codice 50/2016 prevede che:

*“ Nel caso in cui l'organico della stazione appaltante presenti carenze accertate o in esso non sia compreso nessun soggetto in possesso della specifica professionalità necessaria per lo svolgimento dei compiti propri del RUP, secondo quanto attestato dal dirigente competente, i compiti di supporto all'attività del RUP possono essere affidati, con le procedure previste dal presente codice, ai soggetti aventi le specifiche competenze di carattere tecnico, economico-finanziario, amministrativo, organizzativo e legale, dotati di adeguata polizza assicurativa a copertura dei rischi professionali come previsto dall'articolo 24, comma 4, assicurando comunque il rispetto dei principi di pubblicità e di trasparenza. .... Agli affidatari dei servizi di supporto di cui al presente comma si applicano le disposizioni di incompatibilità di cui all'articolo 24, comma 7, comprensive di eventuali incarichi di progettazione.”*

La norma richiamata (art. 24 comma 7) prevede che:

*“Fermo restando quanto previsto dall'articolo 59, comma 1, quarto periodo, gli affidatari di incarichi di progettazione per progetti posti a base di gara non possono essere affidatari degli appalti, nonché degli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione. Ai medesimi appalti, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile.*

*I divieti di cui al presente comma sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti.*

*TALI DIVIETI NON SI APPLICANO LADDOVE I SOGGETTI IVI INDICATI DIMOSTRINO CHE L'ESPERIENZA ACQUISITA NELL'ESPLETAMENTO DEGLI INCARICHI DI PROGETTAZIONE NON È TALE DA DETERMINARE UN VANTAGGIO CHE POSSA FALSARE LA CONCORRENZA CON GLI ALTRI OPERATORI.”*

In sintesi:

- gli artt. 20, 1° comma, e 21, 2° comma, del disciplinare attribuiscono al RUP il compito di valutare e decidere della congruità (o meno) delle offerte sospette di anomalia, avvalendosi, se necessario, della Commissione Giudicatrice;

- l'art. 31, 11° comma, del Codice 50/2016 autorizza espressamente il RUP ad avvalersi (anche) del supporto di soggetti esterni, dotati di “*specifiche competenze di carattere tecnico, economico-finanziario, amministrativo, organizzativo e legale*”, quando le proprie competenze e quelle dei componenti l'organismo di gara non siano sufficienti;

- le stesse Linee Guida ANAC n. 3 ribadiscono che la competenza e la decisione finale in tema di anomalia dell'offerta sono di spettanza del RUP, soggetto che decidere se avvalersi (o meno) dell'apporto istruttorio di altri soggetti (Commissione Giudicatrice o esterni).

Nel caso di specie il RUP si è avvalso dell'ausilio di un soggetto esterno (ESPER) per l'esame tecnico dell'offerta della Calabria, non avendo all'interno del Comune risorse adeguate.

Tale decisione non ha violato né gli artt. 20 e 21 del disciplinare, né l'art. 31, comma 11°, del Codice, né le Linee Guida ANAC n. 3.

Il RUP ha affidato il preventivo esame tecnico all'Ente ESPER, dotato di specifica competenza proprio nel settore “gestione-raccolta dei rifiuti”.

Il RUP, conservando le proprie prerogative, ha promosso un riesame per verificare i plurimi profili di criticità dell'offerta che si erano palesati, dopo l'aggiudicazione, coinvolgendo sia Esper che la Commissione.

Alla luce dei rilievi espressi da ESPER, con l'allegata relazione prot. n. 467/2021-EU del 12.10.2021 (doc. 30) , il RUP ha contestato a Calabria gli elementi di anomalia dell'offerta rinvenuti.

Le deduzioni di Calabria (doc. 31) sono state nuovamente sottoposte alla verifica di ESPER, che le ha valutate, sotto l'aspetto tecnico, con la relazione prot. n. 517/2021-UE dell'11.11.2021 (doc. 33).

Il RUP ha trasmesso gli atti anche la Commissione, per l'istruttoria-riesame, la quale, nella seduta n. 16 del 25.11.2021, ha valutato tutti i profili di criticità e incongruità che erano stati rilevati nell'offerta Calabria, le giustificazioni dell'interessata e le osservazioni di ESPER (due relazioni), pervenendo ad un finale giudizio complessivo di *“non piena congruità e sostenibilità economica tanto da ritenere la stessa non concretamente realizzabile”* (doc. 34).

Il RUP, dopo aver vagliato, in proprio, l'intero materiale istruttorio, ha adottato la determinazione conclusiva in autotutela n. 161/2021 illustrando tutte le ragioni per cui l'offerta della ricorrente era da qualificarsi anomala, anche con motivazione *per relationem*, con conseguente necessità di esclusione (doc. 35).

In riferimento alla contestazione inerente l'art. 77, 4° comma, del Codice 50/2016, la norma non era in questa fattispecie applicabile (anche in considerazione del richiamo compiuto all' art. 24 comma 7).

La giurisprudenza ha chiarito che, in relazione al divieto (di stretta interpretazione) posto dal Codice, l'incompatibilità sorge solo qualora il soggetto interessato abbia esercitato *“funzioni attive”* (cfr.: Cons. Stato, Sez. VI, 8.6.2021 n. 7419; Cons. Stato, Sez. V, 5.1.2021 n. 144).

ESPER è stato incaricato di predisporre il Piano, atto presupposto, e gli elaborati tecnici e progettuali, senza esercitare alcun *“ruolo attivo e decisorio”* nel procedimento di gara.

La competenza posseduta dall' Ente è stata utilizzata per svolgere in favore del Comune un'attività di supporto tecnico.

In riferimento alla posizione di Calabria gli atti lesivi sono le Relazioni che sono state fornite al RUP per la valutazione e verifica dell'offerta tecnica presentata dalla prima classificata e aggiudicataria del servizio.

Atti che sono serviti anche alla Commissione (e poi allo stesso RUP) per l'individuazione autonoma dei profili di invalidità e anomalia dell'offerta, per mancata capienza del corrispettivo in relazione al “*monte ore*” necessario, con caratterizzazione in perdita della proposta (insufficiente il costo stimato per la manodopera con mancanza di conseguimento di utile aziendale).

La prospettata violazione del comma 11 dell'art. 31 del Codice 50/2016 non è fondata.

Va considerato che ESPER è un Ente-Società di ingegneria che, fin dalla sua fondazione, nel 2006, ha scelto di operare esclusivamente per conto di Amministrazioni pubbliche.

Inoltre, a garanzia dell' indipendenza del proprio operato, ha adottato un rigoroso Codice etico nell'attività di “progettazione e verifica dei servizi di igiene urbana”.

Il “Modello organizzativo” adottato da Esper, ex D. lgs. n. 231 del 8.6.2001, prevede per *i tecnici che operano per conto dell'Ente l'impegno a non avere rapporti economici con aziende che promuovono e propongono sul mercato brevetti o tecnologie nel settore dei rifiuti e a non accettare incarichi e consulenze da parte di soggetti privati che, come attività, hanno quella di partecipare a gare di gestione rifiuti, di costruire impianti di smaltimento,....*

Inoltre Esper, ai sensi del medesimo D.Lgs. n. 231 del 8/6/2001, ha nominato il proprio Organismo di Vigilanza ed ha scelto il proprio Garante Etico tra persone di notoria indipendenza ed autorevolezza morale.

La contestata incompatibilità, sollevata nei confronti di soggetti “*esterni e terzi*”, non risulta applicabile alla fattispecie in esame ove Esper è un organismo, per sua natura indipendente, che ha svolto di funzioni di supporto

tecnico specializzato e di collaborazione (in sede di predisposizione del Piano rifiuti e degli atti di gara).

Si consideri che la Determina n. 121\2021 (doc. 3) motivava l'affidamento ad Esper *“ritenuto necessario affidare, quale attività di supporto al RUP del procedimento di gara in epigrafe, il servizio di verifica della documentazione tecnica del concorrente primo classificato, a fronte delle osservazioni esposte nel ricorso sopra citato, alla medesima ditta ESPER srl con sede in Torino C.F. e P.IVA 09230260011, già affidataria del servizio di redazione degli elaborati tecnici e progettuali posti a base del procedimento di gara in questione”*.

L'insieme dei giudizi/pareri espressi (RUP-Commissione-Esper) hanno evidenziato che Calabria aveva strutturato un'offerta che si era rivelata, dopo gli approfondimenti tecnici, incongrua ed economicamente insostenibile perché viziata da una rilevante sottostima del *“monte ore”* lavorative necessarie per garantire l'erogazione di tutte le prestazioni offerte (con importante sottovalutazione del costo della manodopera).

Tali elementi hanno determinato la decisione di autotutela con esclusione di Calabria dalla procedura d'appalto (ed aggiudicazione alla seconda classificata Gesenu, per scorrimento).

\*

4) Con la quarta censura l'offerta tecnica ed economica è stata ritenuta non sostenibile per i motivi tutti esposti nelle relazioni Esper del 12.10.2021 e del 15.11.2021 e nel verbale della Commissione, n. 16/2021.

Parte ricorrente sostiene che la verifica dell'offerta tecnica sarebbe demandata esclusivamente alla Commissione di gara e non rientrerebbe nelle competenze del RUP, il quale avrebbe agito in eccesso di potere, viziando l'intera procedura.

Anche questo motivo è infondato in quanto il RUP non si è sostituito alla Commissione di gara, ma ha esercitato le proprie prerogative, coinvolgendo preventivamente la Commissione, e assumendo il provvedimento di autotutela alla luce dei pareri acquisiti (Esper e Commissione) che avevano

evidenziato l'anomalia dell'offerta, ritenuta priva di utile e, addirittura, in perdita.

Il riparto di competenze fra il RUP e la Commissione di gara in merito alla decisione delle cause di esclusione, connesse alla valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica, risulta rispettata.

La funzione istruttoria è stata garantita (con l'acquisizione dei pareri, anche della Commissione) e la fase decisoria è stata espletata assicurando la considerazione degli elementi tecnici ed economici che erano emersi, e che sono stati posti, in recepimento, a fondamento dell'esercizio dell'autotutela.

Il RUP ha affidato ad ESPER l'analisi tecnica sui profili di criticità dell'offerta Calabria denunciati dalla Gesenu con il ricorso al Tar (n. 766/2021) al fine di ricavare elementi utili per la decisione finale (con acquisizione di due relazioni), previa valutazione da parte della Commissione, che sono state espresse nella seduta del 25.11.2021 (doc. 34).

Dunque il RUP, in veste di organo competente per la decisione conclusiva di riesame, ha attivato il sub-procedimento di verifica dell'anomalia ed ha attivato la collaborazione da parte di due soggetti (RUP e Commissione di gara), che, nei limiti dei ruoli, hanno valutato l'offerta nella sua serietà, congruità e sostenibilità economica, ai fini dell'eventuale pronunciamento di verifica dell'anomalia dell'offerta, con autoannullamento dell'aggiudicazione.

\*

5) Con la quinta censura parte ricorrente ritiene che l'Amministrazione non avrebbe compiuto l'analisi della serietà dell'offerta in modo globale e sintetico, nel suo complesso, ma con riferimento a "*singole voci*" dell'offerta.

Sostanzialmente Calabria contesta il "*giudizio di anomalia*" e le valutazioni che hanno indotto il RUP ad annullare l'aggiudicazione in precedenza disposta.

La censura, articolata in una pluralità di profili, è infondata.

La verifica che il Comune ha promosso si è conclusa con la determinazione n. 161/2021 è quella di anomalia dell'intera offerta, facoltativa e discrezionale, prevista dall'art. 97 del Codice.

Il sub-procedimento aveva come obiettivo quello di analizzare se l'intera offerta fosse congrua ed economicamente sostenibile, dopo la disamina delle sue diverse componenti.

Va considerato che negli appalti ad elevato impiego di manodopera (come è questo il caso) la verifica si concentra sul costo del personale, parametrata al “*monte ore*” che lo stesso concorrente individua e indica per l'espletamento delle prestazioni, come complessivamente proposte.

Con necessario riscontro, da parte della stazione appaltante, della coerenza tecnico-economica dei servizi.

La stazione appaltante deve valutare, in sede di “giudizio di anomalia”, se vi siano scostamenti talmente significativi e ingiustificati da poter compromettere la complessiva affidabilità dell'offerta.

Deve, cioè, agire in via preventiva onde evitare che in corso di rapporto possano emergere inadempimenti e/o contenziosi.

Nel caso di specie, nell'ambito della propria offerta economica, la Calabria ha prodotto la “*relazione economica giustificativa del ribasso offerto*” (i giustificativi), redatta utilizzando il “*modello 10*” messo a disposizione dalla Stazione Appaltante, ed il “*conto economico annuale personale operativo*”, esponendo un costo totale per la manodopera quantificato su base annua in complessivi € 1.330.268,95, con un utile previsto di € 39.395,96 (doc. 23).

La ricorrente ha esposto i costi (orari, mensili ed annui) relativi a ciascuna figura professionale da impiegare nell'esecuzione dell'appalto, a norma dell'art. 23, 16° comma, del Codice.

L'indagine evidenziava errori e contraddizioni delle varie “soluzioni” proposte da Calabria, diverse da quelle che erano state indicate in gara.

E' vero che in sede di verifica dell'anomalia è ammesso un ristretto ambito di variazione, ma non può essere tollerata la ripetuta e reiterata rimodulazione di numeri e dati, in modo non coerente, allo scopo di tentare di giustificare, *ex post*, un'offerta complessivamente non sostenibile.

La Commissione, con il verbale n. 16/2021 (che poi il RUP ha richiamato e fatto proprio), dopo aver valutato le controdeduzioni di Calabria, ha espressamente rilevato una serie di elementi:

§ *nelle fasi successive all'offerta la Calabria Maceri ha esposto in tre distinti documenti (memoria difensiva al TAR, prime controdeduzioni del 09/10/2021, ultime controdeduzioni del 27/10/2021) DIFFERENTI VALORI DELLE ORE LAVORO/ANNO NECESSARIE AD EFFETTUARE LE ATTIVITÀ di raccolta delle varie frazioni, oggetto di specifica contestazione, NON COERENTI ALTRESÌ CON QUANTO INDICATO IN SEDE DI GARA (elaborato 4, pagg. 12 e 13), nelle quali VIENE INDICATO IL NUMERO DI ORE SETTIMANALI NECESSARIE CHE PORTA AD UN TOTALE DI ORE LAVORO/ANNO PARI A 24.028,68;*

§ *Tenendo conto di quanto riportato da pag. 13 a pag. 16 dello stesso elaborato 4 presentato in gara, che ESPONE UN TOTALE DI 32.227,65 NECESSARIE A GARANTIRE TUTTE LE ALTRE PRESTAZIONI OFFERTE, si giunge ad UN MONTE ORE LAVORO ANNUE DI 56.256,33 CHE LA CALABRA MACERI HA RITENUTO NECESSARIE AD ASSICURARE TUTTE LE PRESTAZIONI OFFERTE;*

§ *Sempre con riferimento ai documenti presentati in gara, ... DALLA SOMMATORIA DELLE ORE INDICATE NELL'ALLEGATO AL MODULO 10 – RELAZIONE ECONOMICA GIUSTIFICATIVA DEL RIBASSO, denominato CONTO ECONOMICO ANNUALE PERSONALE OPERATIVO, emerge UN MONTE ORE LAVORO/ANNO PARI A 52.851, suddivise secondo le figure ed inquadramento ritenute necessarie per l'esecuzione del servizio, cui corrisponde un costo complessivo di € 1.330.268,95,*

§ *Nelle ultime controdeduzioni presentate dalla Calabria Maceri in data 27/10/2021, viene attestato, pur senza fornire giustificazione, che le ore lavorative progettuali, comprensive di ogni attività offerta, vengono correttamente riportate nella tabella ore lavorative progettuali, composta nello specifico dalle SEGUENTI VOCI:*

a) *Direzione Tecnica di Commessa ore contabilizzate n. 4.838;*

- b) *Gestione CCR e servizi di manutenzione generale del territorio ore contabilizzate n. 6.826;*
- c) *Servizi di raccolta rifiuti domiciliare da U.D. ed U.C. ore contabilizzate n. 20.450.*
- d) *Servizi di manutenzione generale del territorio più altri servizi ore contabilizzate n. 5.040;*
- e) *Servizi di spazzamento stradale più altri servizi ore contabilizzate n. 14.393;*
- f) *Ore lavorative offerte per sostituzione personale (ferie, malattie) ore contabilizzate n. 4.176.*

*PER UN TOTALE COMPLESSIVO DI ORE MEDLAMENTE LAVORATE OFFERTE PARI A n. 55.723 comprensive di ogni onere progettuale;*

*§ Nella relazione allegata alle ultime controdeduzioni, viene fornita (allegato 1) specifica analisi dei costi della manodopera ‘nel rispetto delle osservazioni ed eccezioni sollevate (e addirittura nel rispetto dei parametri e livelli individuati da Esper), nel rispetto dei minimi salariali inderogabili’, e viene precisato che IL COSTO COMPLESSIVO AMMONTA ad € 1.253.871,32 oltre costi della sicurezza” (doc. 34).*

La Commissione ha valutato i dati proposti e le giustificazioni fornite da Calabria con riguardo, in particolare, al reale “*monte orario*” necessario rispetto a “tutte” le prestazioni offerte in gara dalla ricorrente, raffrontato, sul piano economico, alle tabelle ministeriali di cui all’art. 23, 16° comma, del Codice 50/2016, onde accertare se gli scostamenti rispetto a quest’ultime fossero talmente significativi e, comunque, del tutto ingiustificati, da poter compromettere la complessiva affidabilità dell’offerta ed indurre ad un giudizio di anomalia della stessa.

I parametri risultanti dalle tabelle ministeriali, che delineano valori di riferimento medi, forniscono indici per la valutazione della serietà e della remuneratività dell’offerta, nell’ambito del sub-procedimento di cui all’art. 97 del Codice, soprattutto negli appalti ad alta incidenza della manodopera.

Si consideri che, per dimostrare la sostenibilità della propria offerta economica, la stessa Calabria, nella tabella del giustificativo economico all’interno del “Modulo 10”, ha esposto i costi €/ora ed il <NUMERO DI

ORE ANNO MEDIE> LAVORATE DESUNTI PROPRIO DA DETTE TABELLE (doc. 23).

La Commissione ha ritenuto che:

° *anche a voler ammettere le giustificazioni fornite in merito alla quantificazione delle ore lavoro/annue, ... la ditta Calabria ritiene di assicurare detto monte ore annuo facendo ricorso a 27 unità lavorative a tempo pieno (contratto FISE) e 12 unità stagionali da impiegare per tre mesi (contratto multi servizi), CORRISPONDENTI IN TERMINI DI ORE LAVORO/ANNO A 30 UNITÀ COMPLESSIVE DI CUI 4 IMPIEGATI E 26 OPERAI.*

° *Dalla consultazione delle apposite tabelle del Ministero del lavoro e delle politiche sociali riferite ai servizi ambientali per le aziende private, di cui all'art. 23 c. 16 D. Lgs. n. 50/2016, ... LE ORE ANNUE MEDIAMENTE LAVORATE CORRISPONDONO A 1.641 PER GLI OPERAI E A 1.603 PER GLI IMPIEGATI.*

° *Moltiplicando le ore lavoro/anno per le corrispondenti unità si ottiene il numero complessivo di ore lavoro/anno che L'ORGANICO PROPOSTO DA CALABRA È IN GRADO DI FORNIRE, PARI A 49.078 ORE/ANNO (4 IMPIEGATI X 1.603 + 26 OPERAI X 1.641). TALE CAPACITÀ LAVORATIVA È INFERIORE A QUANTO DICHIARATO DA CALABRA PER L'ESPLETAMENTO DEL SERVIZIO, PRECISAMENTE DI N° 6.645 ORE/ANNO (55.723 - 49.078), CORRISPONDENTI AD ULTERIORI 4 OPERAI NECESSARI AD ASSICURARE LE ORE/ANNO INDICATE DA CALABRA MACERI PER L'ESPLETAMENTO DEL SERVIZIO PROPOSTO. Considerando le 4 maestranze inquadrare nella categoria 2A, prevalente in termini di utilizzo nel servizio, IL COSTO COMPLESSIVO ULTERIORE, RISPETTO A QUANTO GIUSTIFICATO DA CALABRA MACERI E CALCOLATO ASSUMENDO IL COSTO ANNUO DALLA STESSA PRODOTTO, CORRISPONDENTE AD EURO 41.147,11 ANNO/UNITÀ, RISULTEREBBE PARI A 164.588,48 EURO.*

° TENENDO CONTO DEL COSTO DEL PERSONALE GIUSTIFICATO DA CALABRA NELLE ULTIME CONTRODEDUZIONI DEL 27/10/2021, PARI A 1.253.871,32 (ALLEGATO 1), IL COSTO REALE DELLA MANO D'OPERA NECESSARIA A GARANTIRE LE 55.723 ORE/ANNO INDICATE DA CALABRA RISULTEREBBE QUINDI PARI A 1.418.459,80.

° Risulta evidente che IL COSTO REALE DEL PERSONALE COSÌ RETTIFICATO IN EURO 1.418.459,80, NECESSARIO A GARANTIRE IL "MONTE ORE" ANNUO GIUSTIFICATO DA CALABRA (55.723), *ANDREBBE AD ERODERE COMPLETAMENTE L'UTILE ESPOSTO NELLA TABELLA RIEPI LOGATIVA DEI COSTI, PARI A € 39.395,96 NEL MODELLO 10 OFFERTO IN GARA, ED A € 35.111,98 NELLE ULTIME CONTRODEDUZIONI, PORTANDO IN NEGATIVO IL CONSUNTIVO DELLA GESTIONE RISPETTIVAMENTE PER COMPLESSIVI € 125.192,52 PER QUANTO CONCERNE L'OFFERTA IN GARA, E € 129.476,5 RELATIVI AL QUADRO RIEPILOGATIVO RIELABORATO DA CALABRA MACERI NELLE ULTIME CONTRODEDUZIONI del 27/10/2021"* (doc. 34).

Dunque la Commissione Giudicatrice, astenendosi da qualsiasi considerazione sull'organizzazione aziendale della ricorrente e senza far questione di trattamenti "minimi salariali", si è espressa per l'anomalia dell'offerta della Calabria perché il costo reale del personale rispetto agli importi previsti dalle tabelle ministeriali necessario a garantire le ore indicate dalla Società stessa (con effettiva erogazione delle prestazioni proposte) è risultato nettamente superiore rispetto a quello indicato in offerta e tale da determinare non solo una mancanza di utile, ma anche una perdita (stimata in circa € 130.000 all'anno).

Le valutazioni compiute dalla Commissione sono state recepite e fatte proprie dal RUP (doc. 35).

Il Responsabile, con la determinazione n. 161/2021, ha fondato il giudizio di anomalia in merito (ma non solo) al “grave sottodimensionamento” delle “ore lavoro/anno” e dei costi corrispondenti, riscontrati dalla Commissione di gara.

Né può considerarsi rilevante, ai fini della diversa consistenza dell’offerta, la pretesa di Calabria per l’utilizzo, parziale, del “*CCNL Multiservizi*”. Contratto nella specie inapplicabile sussistendo ed essendo operativo, come richiamato dal Capitolato d’appalto (art. 31), il CCNL, “specifico di Settore” *FISE-ASSOAMBIENTE*, per i lavoratori addetti ai “*servizi ambientali - raccolta, trasporto e smaltimento rifiuti*”.

In particolare il RUP, richiamando le relazioni ESPER, ha evidenziato la rilevanza del trattamento giuridico spettante al personale dipendente proveniente dalla “precedente affidataria del servizio” .

La “*clausola sociale*”, disciplinata all’art. 50 del Codice, dall’art. 23 del Disciplinare e dall’art. 31 del Capitolato, imponeva alla subentrante di garantire ai dipendenti riassorbiti i precedenti livelli retributivi.

Nel caso di specie, l’art. 23 del Disciplinare di gara obbligava la nuova affidataria del servizio “*ad assorbire prioritariamente nel proprio organico il personale già operante alle dipendenze dell’aggiudicatario uscente, ..., GARANTENDO L’APPLICAZIONE DEL CCNL DI SETTORE, di cui all’art. 51 del D.lgs. 15 giugno 2015, n. 81*” .

Invece Calabria considerava applicabile il, diverso, CCNL “*Multiservizi*”, per il personale dipendente da “*IMPRESSE ESERCENTI SERVIZI DI PULIZIA E SERVIZI INTEGRATI/MULTISERVIZI*” (cfr. Tabella dep. Calabria con doc. 31).

Calabria sostiene che la valutazione sarebbe viziata in quanto sarebbero state prese a riferimento solo le ore mediamente annue lavorate con “*riferimento al contratto FISE*”, senza considerare che 12 unità lavorative verrebbero assunte con “*contratto Multiservizi*”.

Ma l'art. 31 del Capitolato speciale d'Appalto, riservato al "Personale in servizio" ha chiarito che:

*"Per assicurare il completo e soddisfacente adempimento degli obblighi derivanti dal presente Capitolato, l'I.A. dovrà avere alle proprie dipendenze PERSONALE IN NUMERO SUFFICIENTE ED IDONEO A GARANTIRE LA REGOLARE ESECUZIONE DEI SERVIZI PREVISTI E COMUNQUE NON INFERIORE ALLA PLANTA ORGANICA ATTUALE DETTAGLIATA NELL'ALLEGATO 3 DEL D.T.P.*

*Il vincolo che il concorrente deve assumere per la fase di avvio del servizio è che all'atto dell'affidamento dei servizi VENGA GARANTITA LA SALVAGUARDIA DELLE ATTUALI POSIZIONI E LIVELLI COSÌ COME DA ALLEGATO 3 DEL DTP (ELENCO NON NOMINATIVO DEL PERSONALE CHE L'IMPRESA CESSANTE HA DICHIARATO ESSERE STATO CONTINUATIVAMENTE ADDETTO AI SERVIZI ALMENO 240 GIORNI ANTECEDENTI LA DATA DI PUBBLICAZIONE DEL BANDO DI GARA, INCLUSIVO DI INQUADRAMENTO, MANSIONI E QUALIFICA, EVENTUALI ACCORDI COLLETTIVI AZIENDALI A CARATTERE ECONOMICO GODUTI, ANZIANITÀ MATURATA NELLA POSIZIONE PARAMETRO A O B, ENTE PREVIDENZIALE DI APPARTENENZA) CONSERVANDO LO STESSO L'INQUADRAMENTO IN ESSERE AI SENSI DELL'EX ART. 6 del C.C.N.L. FISE – ASSOAMBIENTE 30/06/2008.*

*Le Imprese partecipanti alla gara DOVRANNO INSERIRE NEL COMPUTO METRICO GIUSTIFICATIVO DEL RIBASSO OFFERTO IL NUMERO DI ADDETTI E DI MEZZI IMPIEGATI PER CLASCUN SERVIZIO CON LA SPECIFICA DELLA RISPETTIVA QUALIFICA CCNL FISE-ASSOAMBIENTE UTILIZZATA E DEL TIPO DI AUTOMEZZO (PORTATA, CAPACITÀ, TIPOLOGIA ECC.). MODULO 10.*

*Il personale, che dipenderà ad ogni effetto dall'I.A., dovrà essere capace e fisicamente idoneo.*

*L'I.A. sarà tenuta a:*

- 1) RISPETTARE LE LEGGI VIGENTI IN MATERIA DI ASSUNZIONE DEL PERSONALE, DI ASSICURAZIONI OBBLIGATORIE CONTRO GLI INFORTUNI ED IN MATERIA ASSISTENZIALE E PREVIDENZIALE;*
- 2) RICONOSCERE INTEGRALMENTE NEI RIGUARDI DEL PERSONALE IL TRATTAMENTO ECONOMICO NORMATIVO STABILITO DAI CONTRATTI COLLETTIVI NAZIONALI E TERRITORIALI IN VIGORE PER IL SETTORE E LA ZONA NELLA QUALE SI SVOLGONO I SERVIZI;*
- 3) OSSERVARE LE NORME IN MATERIA DI CONTRIBUZIONE PREVIDENZIALE ED ASSISTENZIALE DEL PERSONALE, NONCHÉ DI QUELLA EVENTUALMENTE DOVUTA AD ORGANISMI PARITETICI PREVISTI DALLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA;....”.*

*Inoltre, l’offerta ha rivelato, anche, <la mancata considerazione del corretto inquadramento di taluni dipendenti nel rispetto delle norme del CCNL vigente, anche alla stregua delle norme del codice della strada sulla obbligatorietà della patente “C” per i conducenti dei mezzi di portata superiore ai 35 q.li>.*

Calabra ha omesso di giustificare adeguatamente il previsto inquadramento di alcuni dipendenti ad un livello inferiore (comportante, quindi, minori costi) rispetto a quelli inderogabilmente previsti dal CCNL di Settore per gli operatori abilitati alla guida di mezzi di portata superiore a q.li 35, i quali debbono essere necessariamente muniti della patente “C”.

In tal modo, ha trovato conferma quanto era stato inizialmente contestato dal RUP, al punto 4 della comunicazione di avvio del procedimento, ove si contestava che *“considerando debitamente che i mezzi bi-vasca prescelti relativamente al 66% delle ore complessivamente dedicate alla raccolta delle diverse frazioni di rifiuti urbani sono quelli delle scheda 2 e 4 di pag. 9 e 11 dell’Elaborato 1 cioè un IVECO Daily*

70C14G Hybrid con MTT di 7 tonnellate ed un Eurocargo ML120EL21 con MTT di 10 tonnellate che possono essere guidati solo con patente C; nel prospetto del modello 10 tale vincolo del Codice della strada non è stato considerato, prevedendo che tali mezzi debbano essere guidati da 9 autisti/operatori di livello 2/A che possono invece guidare solo mezzi per cui è necessaria la patente B e quindi autocarri con MTT non superiore alle 3,5 tonnellate”, doc. 29).

Calabria, con estremo tentativo di giustificare il rimodulato “monte orario” e la corrispondente voce di costo (indicati in offerta, ma poi modificati, in modo rilevante, nel corso del riesame) evidenziava l’abbattimento nella tempistica derivante dall’ utilizzo dei “mezzi bi-vasca” (8, indicati a pagg 5 e 7 dell’Elaborato n. 1 – Tabelle riepilogative del personale, mezzi e attrezzature impiegate, doc. n. 20 Genesu) che avrebbero consentito di garantire una rilevante riduzione dell’impiego della forza lavoro.

L’offerta è stata considerata non congrua e non remunerativa in quanto “*il NUMERO DI ORE/ANNO DA IMPIEGARE EFFETTIVAMENTE PER L’ESPLETAMENTO DEL SERVIZIO OFFERTO (punti 5-10 della predetta comunicazione di avvio del procedimento), TENUTO CONTO DEL NUMERO DI H/ANNO DESUMIBILE DALL’OFFERTA (79.291,30), della INIDONEITÀ DELL’USO DEI MEZZI BI-VASCA A RIDURRE L’AMMONTARE IN MISURA SUPERIORE AL 20% (70.453,71) e della conseguente IRRILEVANZA DI TALE RIDUZIONE CHE, ANCHE SE PARI AL 50% (peraltro impossibile a ottenersi concretamente nello svolgimento del servizio), DETERMINEREBBE IL NUMERO H/ANNO DI 64.217,60 CONTRO IL NUMERO DI 55.723 H/ANNO ESPOSTO DA C.M. NELLE CONTRODEDUZIONI DEL 28.10.2021*”.

Dunque, il RUP, condividendo le valutazioni della Commissione e quanto rilevato dalle relazioni di Esper, ha ritenuto complessivamente anomala l’offerta della ricorrente, non solo senza utile, ma in perdita. Con conseguente legittima attivazione del potere di autotutela, con esclusione dell’offerta a causa della contraddittorietà nell’individuazione del “monte ore” offerto e

dell'insufficienza di copertura dei complessivi costi per la copertura di tutti i servizi, nel rispetto del CCNL di settore e della clausola sociale.

Il giudizio, globale, di verifica dell'anomalia dell'offerta, si è concluso negativamente avendo accertato significativi scostamenti, tali da compromettere la credibilità complessiva dell'offerta, non più sorretta, nel rapporto tra costi e prestazioni, da serietà e remuneratività.

\*

6) Con l'ultima censura Calabria Maceri ritiene illegittima la sanzione dell'“*incameramento della cauzione provvisoria*” di euro 133.046,76, per asserita carenza di presupposti.

L'art. 93 rubricato “*Garanzie per la partecipazione alla procedura*” del D. Lgs. 50/2016, prevede: -al comma 1 <*l'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata "garanzia provvisoria"*>;

-al comma 6 “*La garanzia copre la MANCATA SOTTOSCRIZIONE DEL CONTRATTO dopo l'aggiudicazione DOVUTA AD <OGNI FATTO RICONDUCIBILE ALL'AFFIDATARIO> o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159*”.

L'art. 10, 2° comma, del Disciplinare di gara stabilisce che “*l'eventuale esclusione dalla gara prima dell'aggiudicazione, al di fuori dei casi di cui all'art. 89 comma 1 del Codice, non comporterà l'escussione della garanzia provvisoria*”.

In questo caso l'applicazione dell'escussione, che è provvedimento non discrezionale, è stata compiuta dopo l'avvenuta aggiudicazione (poi rimossa in sede di autotutela).

La funzione svolta dalla “cauzione provvisoria” è di assicurare la serietà e l'attendibilità dell'offerta, la quale deve essere idonea e congrua, in modo da permettere la (naturale) conclusione del contratto. Successivamente, per la tutela del rapporto obbligatorio, assume consistenza la cauzione definitiva (art. 103).

In sostanza se, al termine della procedura, il rapporto obbligatorio non può essere instaurato con la stazione appaltante, a causa dell'imprenditore concorrente, aggiudicatario, l'ordinamento ha previsto una forma di risarcimento, già pre-quantificato, equivalente alla cauzione provvisoria.

La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto, dopo l'aggiudicazione, dovuta ad "*ogni fatto riconducibile all'affidatario*".

L'incameramento è conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, e, come tale, non è suscettibile di valutazioni discrezionali, da parte dell'amministrazione (CS sez. V, 06.04.2020 n. 2264).

L'escussione della cauzione è insensibile ad eventuali valutazioni riferite ad eventuali evidenziazioni/analisi di non imputabilità (ipotetiche carenze di colpa, qui, comunque, non rinvenibili) per violazioni che hanno imposto l'esclusione.

L'attivazione della garanzia è stata legittimamente disposta dalla stazione appaltante in quanto la stipulazione del contratto non è stata possibile a causa di un "*fatto*" afferente la sfera giuridica dell'aggiudicatario.

Ai sensi dell'articolo 93, comma 6, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, alla mancata sottoscrizione del contratto per "*ogni fatto che sia riconducibile all'aggiudicatario*", consegue l'escussione della cauzione provvisoria, la quale è posta a garanzia del corretto adempimento degli obblighi assunti dagli operatori economici con la partecipazione alla gara (cfr. Consiglio di Stato, Sezione V, 24 giugno 2019, n. 4328; T.A.R. Lombardia, sez. I, n. 1839 del 27/07/2021).

La finalità dell'istituto è quella di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese e di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta.

Con l'assunzione del provvedimento di esclusione l'incameramento della cauzione costituisce una, doverosa, conseguenza automatica.

In conclusione il ricorso va respinto.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vengono quantificate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento, per onorari e spese di giudizio, di euro 3.000 (tremila) in favore del Comune di Sorso e di euro 3.000 (tremila) in favore della società controinteressata Gesenu.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lensi, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

Antonio Plaisant, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Grazia Flaim**

**IL PRESIDENTE**  
**Marco Lensi**

IL SEGRETARIO