

Publicato il 14/06/2023

N. 03617/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00255/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 255 del 2023, proposto da -OMISSIS- in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Caliendo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico in Napoli alla via Pietro Coletta.

contro

Città Metropolitana di Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Cristiano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto in Napoli Piazza Matteotti, n. 1;

Presidenza del Consiglio dei Ministri e Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi ex lege dall'Avvocatura Distrettuale dello stato di Napoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico in Napoli, via Diaz, 11;

Ministero della Transizione Ecologica, non costituito in giudizio.

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Feroci e Federica Sinigaglia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

per l'annullamento

1. Della Determinazione Dirigenziale di indizione della gara per l'affidamento dei lavori di “..Tutela e Valorizzazione del verde urbano ed extraurbano” Bando -OMISSIS- -Procedura telematica aperta per l'affidamento dell'Accordo Quadro per l'intervento di forestazione delle aree del Monte Faito di proprietà della Città Metropolitana di Napoli e della Regione Campania percorse da incendi nell'estate 2017, lotto unico --Valore stimato € -OMISSIS- Iva esclusa “Finanziati dall'Unione Europea – Next generation UE”. -OMISSIS-- CIG -OMISSIS-”;
2. Del disciplinare di gara, per l'affidamento dei lavori di “.. Tutela e Valorizzazione del verde urbano ed extraurbano” Bando -OMISSIS- - Procedura telematica aperta per l'affidamento dell'Accordo Quadro per l'intervento di forestazione delle aree del Monte Faito di proprietà della Città Metropolitana di Napoli e della Regione Campania percorse da incendi nell'estate 2017, lotto unico --Valore stimato € -OMISSIS- Iva esclusa “Finanziati dall'Unione Europea – Next generation UE”. -OMISSIS-- CIG -OMISSIS-” se in quanto lesivo degli interessi della ricorrente;
3. Della Determina di indizione della procedura e Bando di Gara per l'affidamento dei lavori di “.. Tutela e Valorizzazione del verde urbano ed extraurbano” Bando -OMISSIS- - Procedura telematica aperta per l'affidamento dell'Accordo Quadro per l'intervento di forestazione delle aree del Monte Faito di proprietà della Città Metropolitana di Napoli e della Regione Campania percorse da incendi nell'estate 2017, lotto unico --Valore stimato € -OMISSIS- Iva esclusa “Finanziati dall'Unione Europea – Next generation UE”. -OMISSIS-- CIG -OMISSIS-” se in quanto lesivo degli interessi della ricorrente;

4. Del Capitolato Speciale d'Appalto per l'affidamento dei lavori di “.. Tutela e Valorizzazione del verde urbano ed extraurbano” Bando -OMISSIS- - Procedura telematica aperta per l'affidamento dell'Accordo Quadro per l'intervento di forestazione delle aree del Monte Faito di proprietà della Città Metropolitana di Napoli e della Regione Campania percorse da incendi nell'estate 2017, lotto unico —Valore stimato € -OMISSIS- Iva esclusa “Finanziati dall'Unione Europea – Next generation UE”. -OMISSIS— CIG - OMISSIS-” se in quanto lesivo degli interessi della ricorrente;
5. Dei Verbali di gara redatti dalla Commissione di Gara in relazione alla gara di appalto indetta dalla Stazione Appaltante per l'affidamento dei lavori di “.. Tutela e Valorizzazione del verde urbano ed extraurbano” Bando -OMISSIS- - Procedura telematica aperta per l'affidamento dell'Accordo Quadro per l'intervento di forestazione delle aree del Monte Faito di proprietà della Città Metropolitana di Napoli e della Regione Campania percorse da incendi nell'estate 2017, lotto unico —Valore stimato € -OMISSIS- Iva esclusa “Finanziati dall'Unione Europea – Next generation UE”. -OMISSIS— CIG - OMISSIS-” se in quanto lesivo degli interessi della ricorrente;
6. Del provvedimento - DETERMINAZIONI_DIRIGENZIALI.R.- OMISSIS- comunicato alla ricorrente il 19.12.22 emesso dalla Città Metropolitana di Napoli per l'affidamento dei lavori di “.. Tutela e Valorizzazione del verde urbano ed extraurbano” Bando -OMISSIS- - Procedura telematica aperta per l'affidamento dell'Accordo Quadro per l'intervento di forestazione delle aree del Monte Faito di proprietà della Città Metropolitana di Napoli e della Regione Campania percorse da incendi nell'estate 2017, lotto unico —Valore stimato € -OMISSIS- Iva esclusa “Finanziati dall'Unione Europea – Next generation UE”. -OMISSIS— CIG - OMISSIS-” se in quanto lesivo degli interessi della ricorrente;
7. Dell'autorizzazione all'accesso ottenuta solo il 22.12.22 da cui emergeva che la controinteressata doveva essere esclusa dalla gara di appalto sia perché

- anomala che per essere sottoposta ad un procedimento penale per reati gravissimi che potenzialmente possono incidere sulla moralità professionale;
8. Della determinazione di aggiudicazione dell'appalto a favore del controinteressato e da cui non emergono i controlli effettuati sul possesso dei requisiti di ordine generali prescritti dall'art. 80 del codice degli appalti;
 9. Del provvedimento con il quale è stata dichiarata l'efficacia dell'aggiudicazione a favore del controinteressato, ove adottato;
 10. Del contratto d'appalto, ove infra stipulato tra la S.A. e la controinteressata;
 11. Determina della Città Metropolitana di Napoli protocollo UFFICIALE.-OMISSIS- recante rigetto della istanza della attuale ricorrente;
 12. Del provvedimento di rigetto delle istanze di esclusioni formulate dal -OMISSIS- ricorrente;
 13. Della nota di riscontro alla istanza di rivalutazione dall'offerta del primo classificato, riscontrata il 12.1.23 e Di ogni altro atto, provvedimento, determina, delibera propedeutica, connessa o consequenziale degli atti impugnati e se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente;
 14. Del provvedimento di ammissione in gara dell'impresa -OMISSIS- nonostante la palese anomalia della offerta confezionata dal detto operatore economico, ed il tutto senza neanche aver mai approfondito gli aspetti che riguardavano il procedimento penale dichiarato dal concorrente;
 15. determinazione dirigenziale n.-OMISSIS- con la quale sono state stabilite le modalità di aggiudicazione, mediante procedura aperta e sono stati approvati - tra l'altro - il bando e il disciplinare di gara e le modalità di pubblicazione degli atti di gara, predisposizione dell'offerta, requisiti e criteri di aggiudicazione.
 16. la Deliberazione Sindaco metropolitano n.-OMISSIS- sono stati approvati gli elaborati dell'Accordo Quadro in oggetto, di cui al seguente quadro economico: A – Lavori, forniture e servizi € -OMISSIS- A1 – Oneri di sicurezza € 75.250,00

NONCHE' PER LA DECLARATORIA

Di inefficacia del contratto di appalto, ai sensi degli artt. 121 e ss. D.lgs. 104/10, ove medio tempore stipulato tra l'Amministrazione Appaltante e la -OMISSIS- e con espressa

RICHIESTA

Della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione della gara, per essere in possesso dei requisiti tecnico/organizzativi e per essere subito disponibile e all'immediata stipula del contratto – subentrando, quindi, in luogo dell'aggiudicataria – e all'immediato avvio di lavori messi a gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della -OMISSIS-, della Città Metropolitana di Napoli, della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 marzo 2023 il dott. Domenico De Falco e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con determinazione a contrarre n.-OMISSIS- era approvato il provvedimento per l'affidamento dell'Accordo Quadro per gli interventi di forestazione urbana delle aree del monte Faito di proprietà della Città Metropolitana di Napoli e della Regione Campania, percorse da incendi nell'estate 2017, CIG -OMISSIS-, per un valore stimato € -OMISSIS-, IVA esclusa.

L'intervento era incluso nel PNRR - PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA - MISSIONE 2 “Transizione ecologia e rivoluzione verde” COMPONENTE 4 “Tutela del territorio e della risorsa idrica” LINEA DI INTERVENTO 3 “Salvaguardare la qualità dell'aria e la biodiversità del

territorio attraverso la tutela delle aree verdi, del suolo e delle aree marine”
INVESTIMENTO 3.1 Tutela e valorizzazione del verde urbano ed extraurbano e finanziato dai fondi comunitari NEXTGENERATION UE, giusta “Avviso pubblico per la presentazione di proposte di intervento di forestazione urbana, periurbana ed extraurbana nelle città metropolitane”, pubblicato dal MITE il-OMISSIS-.

Il bando di gara, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, V serie speciale n. -OMISSIS- prevedeva una procedura telematica aperta con aggiudicazione con il criterio del minor prezzo, ai sensi dell'art. 95 del d.lgs. 50/2016, con applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale di cui all'art. 97 co. 8. e applicazione della cd. “inversione procedimentale” di cui all'art. 133 co. 8.

Dopo l'apertura delle offerte economiche ed il calcolo dell'anomalia, risultava primo in graduatoria l'operatore economico -OMISSIS- srl, in virtù del ribasso offerto del 37,712% risultato immediatamente più vicino, per difetto, alla soglia di anomalia pari al 37,77161%.

Con determinazione dirigenziale n. -OMISSIS- l'Amministrazione disponeva l'aggiudicazione dell'accordo quadro alla -OMISSIS-, dando atto che, ai sensi dell'art. 32 comma 7 del d.lgs. 50 del 2016, il provvedimento sarebbe divenuto efficace dopo la verifica del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicataria.

In data-OMISSIS- il secondo classificato -OMISSIS-chiedeva l'accesso agli atti riscontrato positivamente con nota (prot. -OMISSIS- della Città Metropolitana.

Con ricorso notificato e depositato in data 17 gennaio 2023 il -OMISSIS-ha impugnato gli atti della procedura di gara, chiedendone l'annullamento, previa sospensione degli effetti, sulla base delle seguenti censure.

I. Violazione e/o mancata applicazione di legge (art. 95 comma 10 del d.lgs. n.50/2016) - ancora violazione e falsa applicazione di legge (art. 97 del d.lgs. n.50/2016, e 30, comma 3, del d.lgs. n.50/2016) - violazione, falsa ed errata applicazione della *lex specialis* di gara - violazione dei principi di tutela della

concorrenza, trasparenza, parità di trattamento, proporzionalità e ragionevolezza - violazione del giusto procedimento - eccesso di potere per sviamento, difetto di motivazione e di istruttoria – eccesso di potere – sviamento.

Tenuto conto dell'entità dei costi della manodopera e dell'entità del ribasso offerto, i primi pari al 47% dell'importo posto a base d'asta e il secondo al 37% sul medesimo importo, secondo il -OMISSIS- ricorrente l'offerta della -OMISSIS- avrebbe dovuto essere qualificata come anomala.

Ed infatti, il -OMISSIS- ricorrente ritiene che residuerebbero solo euro 150.000 per eseguire l'appalto, rendendo così l'offerta insostenibile, con la conseguenza che sarebbe stato preciso dovere della stazione appaltante avviare il procedimento di verifica della congruità, a prescindere dalla specifica soglia di anomalia ai sensi dell'art. 97, co. 6 del d.lgs. n. 50/2016.

Non potrebbe poi ritenersi che il costo della manodopera fosse riferito all'importo dopo il ribasso offerto, atteso che dal modello telematico introdotto per l'offerta le percentuali dovevano ritenersi tutte riferite all'importo posto a base d'asta.

In sintesi parte ricorrente, ritiene che il residuo importo, sottratte le spese di manodopera e oneri di sicurezza, sarebbe insufficiente anche ad acquistare il materiale vivaistico necessario ad eseguire l'appalto. Né può rilevare la circostanza che si tratti dell'appalto per la stipula di un accordo quadro, atteso che i singoli ordini saranno comunque plasmati sulle condizioni poste a monte e quindi la sostenibilità di essi deriva da quella del contratto quadro.

In ogni caso, quand'anche si calcolasse il costo della manodopera sul prezzo posto a base di gara, l'offerta della controinteressata sarebbe comunque incongrua.

II. violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Cost. – violazione e falsa applicazione dell'art. 80 del codice degli appalti –violazione e falsa applicazione della legge 241 del 1990 – eccesso di potere.

L'ammissione della controinteressata sarebbe poi illegittima in quanto la stazione appaltante non avrebbe considerato l'insussistenza del requisito della moralità professionale e non avrebbe condotto un'adeguata istruttoria volta ad approfondire le notizie relative ad un procedimento penale a carico del rappresentante legale della società controinteressata.

Si sono costituite in resistenza la Città Metropolitana di Napoli e la controinteressata -OMISSIS- s.r.l., depositando memorie e documenti.

Con ordinanza 8 febbraio 2023, n. 38 questa Sezione, preso atto che l'appalto è incluso nel PNRR - Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza - Missione 2 "Transizione ecologia e rivoluzione verde", Linea di Intervento 3 "Salvaguardare la qualità dell'aria e la biodiversità del territorio attraverso la tutela delle aree verdi, del suolo e delle aree marine", Investimento 3.1 Tutela e valorizzazione del verde urbano ed extraurbano e finanziato dai fondi comunitari Next Generation UE, giusta "Avviso pubblico per la presentazione di proposte di intervento di forestazione urbana, periurbana ed extraurbana nelle città metropolitane", ha disposto l'integrazione del contraddittorio nei confronti del Ministero della Transizione Ecologica, ai sensi dell'art. 12-bis, comma 4, del d.l. n. 68 del 2022, convertito con modificazioni dalla l. 5 agosto 2022, n. 108.

Eseguita la notifica ordinata, si sono costituiti la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica che hanno depositato memoria, evidenziando che l'appalto di cui è causa si inquadra nell'ambito degli adempimenti necessari al raggiungimento dei target PNRR funzionali all'erogazione dell'anticipazione sulle relative risorse finanziarie.

Con ordinanza 23 febbraio 2023, n. 386 questa sezione ha respinto l'istanza di sospensione cautelare, ritenendo insussistente il *fumus* di fondatezza.

Le parti hanno depositato le memorie e le repliche di cui all'art. 73 c.p.a. e alla pubblica udienza del 15 marzo 2023 la causa è stata introitata in decisione.

Può prescindere dalle eccezioni di rito sollevate dalla controinteressata perché il ricorso è infondato nel merito.

I) Parte ricorrente sostiene in sintesi che l'offerta dell'aggiudicataria sarebbe insostenibile, in quanto a fronte di un costo della manodopera stimato nel 47% del valore dell'appalto ed un ribasso del 37% sul prezzo a base di gara, residuerebbe un margine che non sarebbe sufficiente nemmeno ad acquistare la componente vivaistica necessaria ad eseguire la commessa.

La censura è priva di pregio.

Come si evince dall'offerta economica proposta dalla-OMISSIS- i costi della manodopera sono riferiti all'importo netto dei lavori e non a quello a base d'asta, come ritenuto dalla ricorrente.

Del resto il valore del 47% rapportato al prezzo a base d'asta condurrebbe ad un costo esorbitante della manodopera pari ad euro 480 mila circa, pari a tre volte quello stimato dalla stessa stazione appaltante in euro 123 mila circa.

Come correttamente rilevato dalla società controinteressata, il Disciplinare di gara espressamente si riferiva all'art. 16) all'offerta economica, prescrivendo agli operatori economici partecipanti di inserire nell'ambito della busta "economica" a pena di esclusione: “ (...) *la stima dei costi aziendali relativi alla manodopera, ai sensi dell'art. 95 comma 10 del Codice espressi in valore percentuale;*”.

Tale valore percentuale non può che riferirsi al costo della manodopera proprio dell'operatore economico e non all'importo soggetto a ribasso, come opinato da parte ricorrente, in coerenza con quanto prescritto anche nel Modello di offerta che i concorrenti dovevano compilare ove si evince che gli operatori economici partecipanti dovevano indicare i costi della manodopera quantificati in misura percentuale sull'importo dei lavori al netto del ribasso offerto.

Diversamente argomentando, ipotizzando cioè che sia corretta l'interpretazione della *lex specialis* elaborata dal -OMISSIS- ricorrente, si perverrebbe all'assurdo che i concorrenti avrebbero dovuto esprimere un costo della manodopera riferito ad un valore non corrispondente alla propria offerta.

In altre parole se il riferimento fosse stato il prezzo a base di gara non avrebbe avuto alcun senso indicare tale percentuale nel modello di offerta ove era indicato il prezzo proposto per l'esecuzione dell'appalto. È evidente infatti che la stima dei costi della manodopera rispecchi la specifica offerta economica formulata in sede di partecipazione, anche al fine di consentire alla stazione appaltante di valutarne la congruità specifica, quale elemento fondamentale dell'offerta economica.

Del resto lo stesso art. 95 comma 10 del Codice degli appalti, a cui il disciplinare rinvia, indica espressamente che: *“Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)”*.

Né può ravvisarsi alcun obbligo della stazione appaltante di svolgere comunque il controllo di congruità dell'offerta, a fronte di una procedura di gara che contemplava l'esclusione automatica delle offerte che presentavano una percentuale di ribasso superiore alla soglia di anomalia, proprio al fine di velocizzare la selezione ed evitare, se non in caso di fondato sospetto, di procedere alla valutazione di anomalia.

Valutazione la cui opportunità, è connotata da ampia discrezionalità che può essere censurata solo a fronte di una macroscopica irragionevolezza della valutazione compiuta dall'Amministrazione aggiudicatrice, della quale però parte ricorrente non ha fornito alcun indizio, non potendo considerarsi tale, il costo percentuale della manodopera, una volta chiarito che esso si riferiva al prezzo al netto del ribasso offerto.

Peraltro nel caso di specie, trattandosi dell'affidamento di un contratto quadro che, per definizione, non consente di fornire certezze in ordine al suo

effettivo importo (determinabile con esattezza solo a consuntivo una volta scaduto il termine di efficacia), la valutazione di anomalia non può essere riferita a parametri fissi e sconta un'inevitabile maggiore approssimazione.

Del tutto priva di argomentazioni è poi l'ulteriore sviluppo della medesima censura elaborato dalla ricorrente, secondo cui l'incongruità permarrrebbe quand'anche si ipotizzasse che il costo della manodopera sia riferito al prezzo a base d'asta ribassato.

In questo caso, la somma (euro 299 mila circa) da destinare alla copertura dei costi di manodopera, farebbe residuare risorse sufficienti a coprire i costi necessari all'acquisto del materiale vivaistico, al noleggio delle attrezzature e alle spese generali, con un residuo utile pari al 6% del prezzo richiesto (35 mila euro circa).

II) Con il secondo motivo di ricorso parte ricorrente lamenta che la stazione appaltante avrebbe omesso di svolgere la valutazione sulla moralità dell'aggiudicataria, necessaria in quanto il rappresentante legale della stessa aveva dichiarato in sede di partecipazione di essere sottoposto ad un procedimento penale "per reato colposo di cui all'art. 589 c.p."

Come già rilevato in sede cautelare, tale procedimento penale è stato puntualmente dichiarato in sede di partecipazione e non è sfociato in alcun provvedimento di condanna esecutivo, sicchè l'Amministrazione ha eseguito i controlli prescritti presso la Banca Nazionale degli operatori Economici e verificato la sussistenza di provvedimenti di condanna, non reperendo nulla.

Non vi è alcuna omissione quindi rinvenibile né nel comportamento dell'aggiudicataria né in quello dell'amministrazione che si è attenuta alle linee guida dell'ANAC n. 6, svolgendo le verifiche prescritte e non trovando elementi atti a dimostrare "con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità", come prescritto dall'art. 80, co. 5, del codice dei contratti ai fini dell'esclusione dell'operatore economico.

In definitiva le censure proposte si appalesano infondate e il ricorso deve essere conseguentemente respinto.

La peculiarità della vicenda e la novità di alcune delle questioni trattate giustificano l'integrale compensazione tra le parti delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le persone fisiche e giuridiche menzionate nella su estesa sentenza.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 15 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Gianmario Palliggiano, Consigliere

Domenico De Falco, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Domenico De Falco

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.