

I contratti dello Stato e degli Enti pubblici

Rivista trimestrale
di dottrina
e giurisprudenza

1/2025

- *Decreto correttivo al Codice dei contratti*
- *Avvalimento e certificazione di parità di genere*
- *La consegna dei lavori nelle more della verifica dei requisiti*

Il concorrente che non presenta le giustificazioni del ribasso del costo di manodopera deve essere escluso?

di *Maria Gabriella Marrone*

T.A.R. LOMBARDIA, Milano, sez. I, 16 dicembre 2024, n. 3682 – Pres. Vinci-guerra; Est. Di Mario – D. s.p.a. (*Avv. ti Cerami e Ragni*) c. S.E.A. Società per Azioni Esercizi Aeroportuali s.p.a. (*Avv. Ferrari*) e S.E.A. Prime s.p.a., C. soc. coop., E. s.r.l., G. s.p.a., S. s.p.a., Cpl C. soc. coop., Cons. I. soc. coop. (*nn.cc.*), G. s.p.a. (*Avv. ti Martinez e Moscuzza*), A.L. soc. coop. cons. (*Avv. Napoli*) e I.P. s.p.a. (*Avv. Mazzanti*)

Contratti della p.a. – Appalti Pubblici – Gara – Offerta – Ribasso costo della manodopera – Relazione esplicativa – Giustificazioni anticipate – Soccorso istruttorio e procedimentale

L'offerta economica non concerne il mero importo monetario offerto dal concorrente (unitamente all'indicazione del costo della manodopera e degli oneri di sicurezza aziendale), ma riguarda anche gli ulteriori elementi che concorrono a sorreggere, sotto il profilo economico, il suddetto importo monetario. Ne consegue che anche le cc.dd. giustificazioni anticipate fanno parte dell'offerta, e da ciò discende l'inammissibilità del soccorso istruttorio.

DIRITTO

Omissis

6. Nel merito il ricorso è infondato.

6.1. Dall'esame degli atti risulta che l'articolo V.3 della lettera di invito prevedeva che "ai sensi dell'art.41 comma 14, del d.lgs. 36/2023, i costi della manodopera indicati a pag.3 del presente documento non sono ribassabili. Resta la possibilità per il Concorrente di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale. In tal caso, il Concorrente, dovrà allegare, all'interno della propria offerta Economica, una relazione esplicativa dalla quale si evinca che il ribasso dei costi di manodopera non comporta una penalizzazione per la stessa".

6.2 Il contenuto della dichiarazione allegata dalla ricorrente è il seguente: "(l'impresa) si avvale di mano d'opera altamente specializzata, già formata e ampiamente utilizzata in attività manutentive così come meglio descritto in sede di offerta tecnica. Inoltre, l'utilizzo di attrezzature minute e pesanti di ultima generazione permettono un significativo aumento della produttività media delle singole risorse impiegate". Tale dichiarazione presenta profili di assoluta genericità che non la rendono esplicativa delle ragioni del ribasso offerto in sede di gara.

6.4 Il Collegio prende atto e si conforma all'orientamento da ultimo espresso dal

giudice d'appello (Cons. giust. amm. Reg. Sic. 28 settembre 2023, n.6229) che, sul punto dell'integrazione dell'offerta con le giustificazioni ha affermato che l'offerta economica non concerne il mero importo monetario offerto dal concorrente (unitamente all'indicazione del costo della manodopera e degli oneri di sicurezza aziendale), ma riguarda anche gli ulteriori elementi che concorrono a sorreggere, sotto il profilo economico, il suddetto importo monetario offerto dall'operatore economico partecipante alla gara (in tal senso anche l'ordinanza cautelare del Cons. Stato, sez. V, 1.8.2024, n. 3031 nel presente giudizio).

Ne consegue che anche le c.d. giustificazioni anticipate fanno parte dell'offerta, come d'altra parte permesso dalla giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia C.E. sentenza 27 novembre 2001, cause C-285/99 e C-286/99) secondo la quale "66. *Alla luce di queste considerazioni, l'art. 30, n. 4, della direttiva non si oppone ad un obbligo di giustificazione preliminare, quale quello di cui trattasi nelle cause principali, considerato isolatamente, laddove tutti i requisiti derivanti da questa disposizione siano per il resto soddisfatti dalle amministrazioni aggiudicatrici*", come evidenziato dalla difesa di *Omissis*.

6.5 L'inammissibilità del soccorso istruttorio discende quindi dall'art. 101 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 nella parte in cui prevede "1. *Salvo che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta il documento sia presente nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni per: (...). b) sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica*".

Poiché le giustificazioni preliminari fanno parte dell'offerta, non è possibile il soccorso istruttorio.

7. In definitiva quindi i ricorsi vanno respinti.

Omissis

Commento

L'obbligo di giustificare il ribasso dei costi di manodopera nell'offerta economica e la natura delle c.d. giustificazioni anticipate

La sentenza del T.A.R. Lombardia, Milano, n. 3682 del 16 dicembre 2024 offre ulteriori spunti di riflessione in merito alla giustificazione del ribasso dei costi di manodopera indicati nell'offerta economica.

La vicenda trae origine dall'impugnazione del provvedimento di esclusione da una gara avente ad oggetto l'affidamento di due Accordi Quadro relativi alla progettazione esecutiva e alla realizzazione di piccole opere sulle infrastrutture degli aeroporti di Linate e Malpensa.

L'esclusione del concorrente si basava sulla circostanza che non era presente nell'offerta, come richiesto espressamente nella *lex specialis* di gara, una relazione esplicativa relativa alla giustificazione della differenza tra l'importo delle spese di personale dichiarato e quello indicato dalla stazione appaltante.

Detta relazione, secondo la stazione appaltante e, come vedremo, anche in base ai criteri ermeneutici elaborati dal T.A.R., avrebbe dovuto illustrare in modo compiuto ed esplicativo come, nonostante il ribasso dei costi di manodopera, sarebbe stata garantita la medesima qualità del personale offerto rispetto a quello richiesto dal bando di gara laddove la società si limitava ad inserire, nell'offerta economica, una semplice dichiarazione generica.

Avverso tale decisione il ricorrente presentava ricorso al T.A.R. sostenendo la violazione della *lex specialis* non essendo prevista in quest'ultima, quale causa espressa di esclusione, la mancata presentazione della relazione esplicativa sul ribasso dei costi di manodopera.

Secondo l'impresa esclusa, inoltre, la stazione appaltante avrebbe errato nell'applicare gli articoli 101 e 41, comma 14 del Codice dei contratti in quanto nell'offerta economica era stato indicato il valore dei costi di manodopera ribassati, come richiesto dall'art. 41 citato e, nel caso in cui fosse stato necessario fornire ulteriori chiarimenti, si sarebbe potuto applicare il soccorso procedimentale.

Nel rigettare le censure proposte dalla società, il T.A.R. Milano ha, innanzitutto, per quanto concerne le eccezioni processuali, ritenuto infondate le questioni di inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione del bando di gara in quanto il ricorrente non avrebbe contestato la legittimità *in sé* delle previsioni della *lex specialis* quanto la loro errata applicazione non essendo prevista una causa di esclusione espressa per mancata produzione della relazione esplicativa.

Analogamente sono state dichiarate infondate le eccezioni di inammissibilità per omessa notifica ai controinteressati poiché la conoscenza della proposta di aggiudicazione – che il ricorrente aveva dichiarato di aver appreso tramite accesso al portale *e-procurement* – non costituisce elemento sufficiente a fondare la conoscenza dell'aggiudicazione definitiva.

Nel merito, il T.A.R. rigetta il ricorso proposto dalla società poiché la mancata produzione di una relazione esplicativa sui motivi del ribasso del costo di manodopera, *rectius* la presenza di una mera dichiarazione generica, non ha consentito alla stazione appaltante di comprendere le ragioni del ribasso tanto più che espressamente nella lettera di invito è previsto, richiamando la norma di legge, che “*ai sensi dell'art.41 comma 14, del d.lgs. 36/23, i costi della manodopera indicati a pag.3 del presente documento non sono ribassabili. Resta la possibilità per il Concorrente di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale. In tal caso, il Concorrente, dovrà allegare, all'interno della propria offerta economica, una*

relazione esplicativa dalla quale si evinca che il ribasso dei costi di manodopera non comporta una penalizzazione per la stessa”.

Alla luce di tale richiesta, il ricorrente avrebbe dovuto spiegare dettagliatamente, mediante apposita relazione allegata all’offerta economica, come il costo della manodopera ribassato non avrebbe inciso sulla qualità del personale offerto non essendo sufficiente la dichiarazione offerta dalla società secondo la quale *“(l’impresa) si avvale di mano d’opera altamente specializzata, già formata e ampiamente utilizzata in attività manutentive così come meglio descritto in sede di offerta tecnica. Inoltre l’utilizzo di attrezzature minute e pesanti di ultima generazione permettono un significativo aumento della produttività media delle singole risorse impiegate”* e ciò in quanto, secondo il giudice milanese, presenta *“profili di assoluta genericità che non la rendono esplicativa delle ragioni del ribasso offerto in sede di gara”.*

Il T.A.R. Milano si sofferma, in particolare, sull’ammissibilità del soccorso istruttorio anche in relazione alle c.d. giustificazioni preliminari o anticipate – ovvero sia le dichiarazioni rese dall’operatore in merito alle scelte economiche-tecniche effettuate nell’offerta – chiarendo la natura che la giurisprudenza riconosce a quest’ultime.

Infatti, la necessità di stabilire la natura di dette giustificazioni è decisiva al fine di stabilire se sia applicabile oppure no il soccorso istruttorio in quanto quest’ultimo, com’è noto, può essere disposto dalla stazione appaltante solo in assenza di elementi formali della domanda o di irregolarità documentali ma non può riguardare le mancanze assolute e sostanziali della documentazione o delle dichiarazioni.

Secondo la sentenza in commento, sulla scorta della recente giurisprudenza, le giustificazioni anticipate costituiscono parte integrante dell’offerta economica poiché essa *“non concerne il mero importo monetario offerto dal concorrente (unitamente all’indicazione del costo della manodopera e degli oneri di sicurezza aziendale), ma riguarda anche gli ulteriori elementi che concorrono a sorreggere, sotto il profilo economico, il suddetto importo monetario offerto dall’operatore economico partecipante alla gara”.*

Ne discenderebbe, pertanto, secondo il T.A.R. Milano, l’impossibilità di sanare l’omissione di dette giustificazioni anticipate mediante il ricorso all’istituto del soccorso istruttorio e, in definitiva, la legittimità dell’esclusione

Il riferimento è all’art. 101 del Codice dei contratti che dispone l’innammissibilità del soccorso istruttorio qualora l’integrazione richiesta dalla stazione appaltante riguardi la documentazione che compone l’offerta tecnica e l’offerta economica.

La pronuncia in esame non affronta, però, il tema del soccorso pro-

cedimentale anch'esso oggi contemplato dall'art. 101 del Codice che stabilisce, al comma 3, che *“La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato”*.

Tale rimedio, diversamente dal soccorso istruttorio, consiste nella possibilità di richiedere al concorrente di fornire chiarimenti volti a rendere intelleggibile l'interpretazione della sua offerta e a ricercare l'effettiva volontà dell'offerente, superando le eventuali ambiguità dell'offerta, fermo il divieto di integrazione dell'offerta mediante fonti di conoscenza estranee alla stessa e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essa assunta.

Del resto, anche i recenti arresti giurisprudenziali sul tema hanno chiarito come *“La stazione appaltante, per risolvere dubbi riguardanti gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica, può attivare il soccorso procedimentale, e acquisire chiarimenti da parte del concorrente che non assumono carattere integrativo dell'offerta, ma siano finalizzati unicamente a consentire l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del concorrente, superandone le eventuali ambiguità”* (Consiglio di Stato, sez. V, 8 febbraio 2024, n. 1307).⁽¹⁾

Ad avviso di chi scrive, anche nel caso in esame, si sarebbe potuto giustificare il soccorso procedimentale ritenendo la dichiarazione resa dal concorrente escluso, sia pur generica, un principio di prova dell'effettiva volontà del ricorrente in merito alle ragioni del ribasso del costo della manodopera.

In questi termini, quindi, la dichiarazione avrebbe potuto essere oggetto di chiarimenti da parte della stazione appaltante, trattandosi di una specificazione su dati essenziali già indicati nell'offerta – il ribasso del costo della manodopera – e non già di un'integrazione di informazioni omesse mediante la produzione di ulteriori documenti.

Del resto, già a partire dall'Adunanza plenaria n. 26/2012 si è chiarito che, in virtù del principio di tassatività delle clausole di esclusione, è necessario *“seguirsi un approccio ermeneutico di natura sostanzialistica che valorizzi il dato teleologico del raggiungimento dello scopo della norma senza che assuma rilievo dirimente il profilo estrinseco del modo in cui siffatta esigenza sia soddisfatta”*.

Ed infatti, il soccorso procedimentale, proprio in quanto non volto

.....

(1) Lo stesso T.A.R. Milano aveva disposto, infatti, che *“Le stazioni appaltanti possono sanare carenze che riguardano l'offerta tecnica e l'offerta economica, intervenendo con il soccorso procedimentale che, a differenza del soccorso istruttorio, non consente l'integrazione documentale, ma consente al concorrente che ha formulato un'offerta incompleta di fornire informazioni e chiarimenti che consentano di reperire negli atti da lui gi prodotti i dati che sarebbero stati evincibili dal documento mancante”*. (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 11 marzo 2024, n. 693).

ad integrare l'offerta ma ad esplicitarne il contenuto, è ammesso oggi pacificamente anche in relazione all'offerta tecnica ed economica oltre ad essere stato codificato nel nuovo Codice degli appalti.⁽²⁾

Anche nel caso esaminato dalla sentenza in commento, quindi, si sarebbe potuto – forse – valorizzare la *ratio* del soccorso istruttorio, così come chiarita dalla giurisprudenza e consentire al ricorrente di fornire chiarimenti in merito alla differenza tra il costo della manodopera indicata nella *lex specialis* e quello contenuto nell'offerta economica.

.....

(2) Detta interpretazione, relativa all'ammissibilità del soccorso procedimentale, si pone in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia UE che, in tema di soccorso istruttorio in caso di carenze dell'offerta tecnica, ha ritenuto (nella sentenza della sez. VIII, 10 maggio 2017, nella causa C-131/16 Archus), che una richiesta di chiarimenti non può ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti dell'appalto, se non nel caso in cui essi siano indispensabili per chiarimento dell'offerta o rettifica di un errore manifesto dell'offerta e sempre che non comportino modifiche tali da costituire, in realtà, una nuova offerta.