

Tar Lazio, sezione prima, sentenza n. 110 del 13 marzo 2020

Gara d'appalto – Calcolo del corrispettivo al netto di IVA – Applicazione dell'art. 35 co. 4 del D.lgs. 50/2016

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 il Lazio

sezione staccata di Latina (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 554 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

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

contro

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

nei confronti

....., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

del bando di gara avente a oggetto la procedura di gara aperta ex artt. 60 e 157, comma 2, d.lgs n. 50 del 2016, con criterio di aggiudicazione il minor prezzo ex art. 95, comma 4, lett. a), D Lgs cit. per l' appalto del “Servizio di vigilanza e salvataggio a mare nelle spiagge libere del litorale del per la stagione balneare 2019”;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 4\11\2019:

annullamento della determina di aggiudicazione n. 51/2019 in favore della
....., controinteressata;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 febbraio 2020 il dott. Antonio Massimo Marra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato il 22.7.2019, tempestivamente depositato, la Cooperativa A. r.l. ha impugnato *in parte qua* il bando di gara in epigrafe a mezzo del quale il ha dato avvio alla procedura aperta ai sensi degli artt. 60 e 157, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, mediante il criterio di aggiudicazione del minor prezzo *ex art.* 95, comma 4, lett. a), del d.lgs. per l'appalto del “Servizio di vigilanza e salvataggio a mare nelle spiagge libere del litorale comunale per la stagione balneare 2019”, nonché gli altri atti e verbali redatti dalla commissione aggiudicatrice, denunciandone l'illegittimità: 1) per violazione dell'art. 95, comma 3, d.lgs. 50/2016, tenuto conto che la procedura di gara avrebbe dovuto svolgersi applicandosi il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (miglior rapporto prezzo/qualità tecnica) di cui al comma 3, previsto obbligatoriamente per gli appalti ad alta intensità di manodopera; 2) per violazione dell'art 35, comma 4, giacché sarebbe stato violato il principio di parità di

trattamento tra le imprese a vantaggio delle imprese che operano in regime di IVA agevolato.

Con memoria notificata il 17.10.2019 parte ricorrente – a seguito dell'accesso all'offerta della “.....” - ha dedotto motivi aggiunti relativamente alla determina n. 51/2019 di aggiudicazione della gara in favore della controinteressata, denunciando vizi di violazione di legge ed eccesso di potere sotto distinti profili, giacché l'offerta di Escara sarebbe stata modificata in sede di giustificazioni.

Il si è costituito in giudizio, eccependo l'inammissibilità del ricorso e richiedendone nel merito la reiezione.

Non si è invece costituita la “.....”

In occasione della camera di consiglio del 24.7.2003 la Sezione disattendeva la proposta domanda incidentale.

Successivamente, all'udienza del 26.2.2020, la causa è stata trattenuta a sentenza.

Anzitutto deve essere dichiarata tardiva e dunque stralciata la memoria di, depositata l'11.2.2020.

La presente vicenda concerne la gara per l'appalto, indetta dal, avente ad oggetto il servizio di salvataggio sulle spiagge libere del comune intimato, cui la cooperativa s'era indotta a partecipare, presentando la propria offerta e classificandosi, a seguito delle aperture delle offerte, seconda, alle spalle della cooperativa, la cui offerta, con un ribasso del 57,231%, aveva comunque superato la verifica di anomalia.

Con il primo motivo la ricorrente deduce la violazione dell'art. 95, comma 3, d.lgs. 50/2016, sul rilievo dell' illegittima fissazione del criterio di aggiudicazione: la gara è stata infatti svolta secondo il *criterio del minor prezzo*, ai sensi dell'art. 95, comma 4, del codice degli appalti; laddove, si sarebbe dovuto applicare il *criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa* (miglior rapporto prezzo/qualità tecnica) di cui al

comma 3, previsto obbligatoriamente per gli appalti – come nella specie - ad alta intensità di manodopera.

L'Avvocatura comunale resiste alle dette argomentazioni, affermando non solo che il criterio, allegatamente inderogabile, dell'offerta economicamente più vantaggiosa per i servizi ad alta densità di manodopera (nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto), non debba applicarsi ai servizi caratterizzati dalla *standardizzazione* delle prestazioni, ma, sotto altro profilo, rileva che quand'anche fosse stato adottato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa il risultato non sarebbe stato, comunque, diverso.

Detto ordine di idee non può essere condiviso.

Osserva, anzitutto, il Collegio che, nel caso all'esame, non è invero in discussione la natura del servizio, dovendosi pacificamente far rientrare il servizio di salvamento a mare tra quelli qualificati *ad alta densità di manodopera*, come chiaramente emerge dal rilievo del costo della manodopera di € 50.000 su € 70.000 di valore complessivo (ossia circa il 71% del totale), di tal che il costo di detta manodopera è, nella specie, pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto.

Né, a conclusioni diverse potrebbe, poi, pervenirsi riguardo al criterio da adottare in ordine ai servizi ad alta densità di manodopera *standardizzati*, stante i chiarimenti offerti sul punto dalla recente decisione dell'Adunanza Plenaria n. 8/2019, là dove ha, tra l'altro, chiarito che nell'ipotesi in cui un servizio ad alta intensità di manodopera abbia contemporaneamente caratteristiche standardizzate, ai sensi del comma 4, lett. b) del medesimo art. 95, *...il conflitto di norme deve essere risolto a favore del criterio di aggiudicazione del miglior rapporto qualità/prezzo previsto dal comma 3, rispetto al quale quello del minor prezzo invece consentito in base al comma 4 è recessivo....*

A tale conclusione si è di recente uniformata la giurisprudenza (Cons. Stato Sez. V, 12/02/2020, n. 1063) che ha infatti ulteriormente rimarcato il principio secondo cui “Nel caso in cui i contratti da affidare abbiano contemporaneamente caratteristiche

di alta intensità di manodopera (il che imporrebbe, ai sensi dell'art. 95, comma 3, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016, l'esclusivo utilizzo del «criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo») e siano standardizzate (ai sensi del comma 4, lett. b) del medesimo art. 95), deve adottarsi il criterio di aggiudicazione del miglior rapporto qualità/prezzo previsto dal comma 3, rispetto al quale quello del minor prezzo invece consentito in base al comma 4 è subvalente”.

Sul versante normativo va richiamato il tenore letterale dell'art. 95 del d.lgs. 50/2016, intitolato: “Criteri di aggiudicazione dell'appalto” il quale si compone per ciò che qui rileva dei seguenti commi e precisamente:

- 2, il quale enuncia la regola secondo cui le stazioni appaltanti aggiudicano gli appalti («procedono all'aggiudicazione», recita la norma) «sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa», individuato secondo l'alternativa «del miglior rapporto qualità/prezzo» - corrispondente al tradizionale criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui al previgente quadro normativo (cfr. il considerando 89 della direttiva 2014/24/UE) - o «sulla base dell'elemento prezzo o del costo», quest'ultimo integrato dalla «comparazione costo/efficacia», sulla base degli elementi previsti nel successivo art. 96;
- 3, per il quale «Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo» i servizi ivi previsti, tra cui quelli «ad alta intensità di manodopera» (lettera a);
- 4, che invece facoltizza le stazioni appaltanti («Può essere utilizzato») a ricorrere al «criterio del minor prezzo» per aggiudicare i contratti ivi elencati, tra cui «i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate» (lettera b);
- 5, che per quest'ultima ipotesi onera le stazioni appaltanti a dare un'«adeguata motivazione».

Alla stregua di tali coordinate normative emerge chiaramente ...*la preferenza attribuita dal codice dei contratti pubblici* - come chiarito dalla vista decisione dell'A.P. - *a criteri non basati sul solo elemento del prezzo è poi coerente con i principi e criteri direttivi previsti dalla legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, per l'attuazione delle direttive sugli appalti pubblici del 2014, tra cui la direttiva europea 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, sui contratti di appalto pubblico.*

Dall'analisi sinora svolta può dunque affermarsi - sempre secondo quanto statuito dalla ridetta decisione - che il comma 3 dell'art. 95 si pone ad un punto di convergenza di valori espressi in sede costituzionale e facoltà riconosciute a livello europeo ai legislatori nazionali, per la realizzazione dei quali nel codice dei contratti pubblici il miglior rapporto qualità/prezzo è stato elevato ad criterio unico ed inderogabile di aggiudicazione per appalti di servizi in cui la componente della manodopera, come nel caso di specie, abbia rilievo preponderante il comma 3 pone invece una regola speciale, relativa tra l'altro ai servizi ad alta intensità di manodopera, derogatoria di quella generale, in base alla quale per essi è obbligatorio il criterio del miglior rapporto *qualità/prezzo*.

Né può invocarsi la circostanza che il servizio di salvamento a mare possa essere ricondotto nel novero dei servizi e delle forniture con caratteristiche standardizzate rispendendosi, nel qual caso - e soltanto in tali ipotesi - la regola generale di cui al comma 2, con il ritorno alla possibilità di impiegare criterio di aggiudicazione del «minor prezzo», non solo perché tale scelta avrebbe postulato una «motivazione adeguata», nella specie mancante, ma soprattutto in quanto il servizio in questione ben può essere svolto con modalità, diverse tenendo - ad esempio - conto, tra l'altro, di variabili che possono cambiare da spiaggia a spiaggia in relazione alla morfologia della costa quali: lo scenario locale e processi fisici e morfologici che causano le condizioni di rischio sulle spiagge considerate e relative conseguenti valutazioni; l'antropizzazione dei siti (residenti e non) e popolazione umana interessata alla fruizione delle spiagge, alla balneazione e alle altre attività acquatiche in genere

(piccola nautica da diporto, canoe, tavole a vela, ecc...); le risorse/dispositivi di sicurezza disponibili e loro tempi di intervento; le fonti di pericolo proprie del territorio e i rischi; la quantificazione delle strutture addette all'assistenza e al soccorso della balneazione e della piccola nautica; la segnaletica e il suo significato etc..

Per tali ragioni non appare ragionevole annoverare il servizio di salvamento ai bagnanti quale servizio avente caratteristiche "standardizzate".

Il motivo deve essere, perciò, accolto.

Analogamente è fondato il secondo motivo introdotto, dovendosi ritenere illegittima la clausola del bando, là dove stabilisce un prezzo di €. 70.000 comprensivo di IVA, ponendosi invero la stessa in aperto contrasto con il disposto dell'art. 35, comma 4, del codice, la cui *ratio* è sostanzialmente finalizzata a scongiurare disparità di trattamento in favore di imprese che eventualmente possono operare in regime di IVA agevolato.

Stabilisce, invero, detta disposizione che "Il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore".

La disposizione, nella sua trasparenza semantica, non può infatti che essere interpretata nel senso che... *il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture, debba essere basato ... sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA.*

Sulla base di tali coordinate ermeneutiche anche il secondo motivo dedotto deve essere accolto.

Con il primo motivo di censura del ricorso per motivi aggiunti la società deduce che l'offerta della società sarebbe stata primariamente dichiarata al netto degli oneri della sicurezza, quantificati in € 1.500; laddove, in sede di giustificazioni dell'anomalia, la controinteressata avrebbe modificato l'offerta.

Anche detto motivo merita accoglimento.

Osserva, in proposito, il Collegio che, come comprovato dalla documentazione versata in atti, in origine l'offerta risultava, come detto, al netto dei visti oneri di sicurezza, mentre in sede di giustificazioni l'offerta è stata effettivamente modificata, essendo stata ricompresa tale cifra nell'offerta: quest'ultima è stata infatti suddivisa in € 300 per gli oneri della sicurezza, in € 250 per tasse ed in € 949 di utile netto.

Ne deriva, quindi, che detta censura deve essere accolta.

Analogamente anche il secondo motivo aggiunto è fondato.

In proposito è sufficiente rilevare che nonostante il bando prevedeva che il costo del lavoro di € 50.000 non fosse soggetto a ribasso la controinteressata invece ha indicato nella propria offerta tale costo in € 39.484, che sarebbe diventato € 48.170, includendovi l'IVA.

Anche tale censura deve essere dunque accolta, essendo stato presentato nell'offerta un costo del lavoro inferiore a quello minimo di cui al bando. Invero se fosse stata confermata in sede di giustificazioni l'offerta originaria, nella quale la cifra di € 1.500 era indicata a coprire gli oneri della sicurezza, il costo complessivo del lavoro sarebbe stato conforme a quello indicato dalla stazione appaltante (cioè € 50.000, sommando nell'offerta il costo netto di € 39.484, gli oneri della sicurezza per € 1.500 e l'IVA sul totale); ma in detta sede l'offerta, come sopra rilevato, è stata modificata dalla cooperativa, riducendo a € 300 gli oneri della sicurezza.

In conclusione il ricorso principale e quello per motivi aggiunti devono essere entrambi accolti e per l'effetto debbono essere annullate la contestata clausola del bando e il provvedimento di aggiudicazione, con la conseguenziale inefficacia del contratto intercorso con la controinteressata e il subentro della ricorrente nel servizio di salvamento.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo a carico del, mentre restano compensate tra la ricorrente e la cooperativa controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la clausola del bando impugnata e il provvedimento di aggiudicazione.

Dichiara inefficace il contratto intercorso tra la stazione appaltante e la cooperativa e accoglie la richiesta di subentro formulata dalla in via principale.

Condanna il a corrispondere alla ricorrente la somma di euro 3.000,00 (tremila/00) per le spese processuali, oltre oneri di legge e rifusione del contributo unificato versato. Compensa le spese di lite con la cooperativa controinteressata

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

Così deciso in Latina nella camera di consiglio del giorno 26 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO