



**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 Puglia**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

-ex art. 60 c.p.a.;

-sul ricorso numero di registro generale 1145 del 2018, proposto da  
-Sidda Sud S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Aniello Mele, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, corso Umberto I n. 75;

***contro***

Aeroporti di Puglia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Paolo Bello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Arcivescovo Vaccaro 45;

***nei confronti***

Antaga Società Cooperativa, Falcon Farm S.r.l.C.R. non costituiti in giudizio;

***-per l'annullamento***

- della nota prot. ADP-2018-0014237 del 6 settembre 2018, pervenuta a mezzo pec in pari data, con cui si comunicava l'esclusione della ricorrente "ai sensi dell'art.

*97 comma 5 lett. a) e lett. d) del Codice degli Appalti (D. Lgs. n. 50/2016), in quanto, in relazione all'offerta presentata, i costi della manodopera indicati da codesta società non risultano giustificati?;*

- della nota prot. ADP-2018-0014400 del 12 settembre 2018, pervenuta a mezzo pec in pari data, con cui si chiedeva alla società HDI Assicurazioni S.p.a. *“la immediata escussione della garanzia fideiussoria nr. 0535412839 del 06.02.2018 rilasciata da codesta Società assicuratrice quale cauzione provvisoria per la partecipazione della società Sidda Sud S.r.l. alla gara in oggetto”;*

- del verbale di *“Verifica dei requisiti di ordine speciale e della congruità del costo della manodopera dichiarato – Sidda Sud”* prot. AdP n. 13881 del 27 agosto 2018, non noto alla ricorrente;

- della nota prot. ADP-2018-0012572 del 24 luglio 2018, pervenuta a mezzo pec in pari data, con cui si comunicava alla ricorrente che era *“emersa una incongruenza tra il costo della manodopera dichiarato nell'offerta economica e quello effettivo”;*

- del verbale seduta privata – *valutazione tecnica del 10 aprile 2018, nella parte in cui viene attribuito alla ricorrente per la valutazione tecnica il punteggio finale di 48/70;*

- del verbale seduta pubblica – *economica del 25 maggio 2018, nella parte in cui viene attribuito alla ricorrente il punteggio intermedio di 20/30 ed un punteggio finale di 68;*

- di tutti gli altri atti e/o provvedimenti preordinati, collegati, connessi e conseguenti comunque lesivi per la ricorrente, ivi compresi gli altri verbali di gara.

e, per la declaratoria

-di inefficacia del contratto di appalto, qualora già stipulato o in corso di stipulazione, e per l'accertamento del diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione della commessa, subentrando, ove nel caso, all'esecuzione della stessa,

ovvero, in via subordinata

-per il risarcimento per equivalente in favore della medesima ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Aeroporti di Puglia S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2018 il dott. Carlo Dibello e uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

La società ricorrente partecipava ad una procedura aperta indetta da Aeroporti di Puglia s.p.a., per l'affidamento del servizio di controllo, monitoraggio e allontanamento volatili ed altra fauna sui sedimi degli aeroporti di Bari, Brindisi, Foggia, Grottaglie ed eventuali zone limitrofe.

Veniva prescelto il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 2 del D.lgs. n. 50/2016.

All'esito della verifica della documentazione amministrativa, della valutazione delle offerte tecniche in seduta riservata e della successiva attribuzione del punteggio a ciascuna offerta economica, la Sidda sud s.r.l. risultava seconda graduata, dopo la società Antaga Soc. Coop, prima classificata con un punteggio finale di 82.

Con nota prot. ADP-2018-0012572 del 24 luglio 2018, la Stazione Appaltante comunicava alla ricorrente che *“nell'ambito dell'istruttoria di verifica dei requisiti di ordine speciale e dei costi della manodopera dichiarati da codesta società, è emersa una incongruenza tra il costo della manodopera dichiarato nell'offerta economica e quello effettivo, tenuto anche conto*

*della specificità del servizio come meglio indicato nel Disciplinare Tecnico e nella Circolare Enac APT 01-B, che prevedono il monitoraggio continuativo e costante (dall'alba al tramonto) del sedime aeroportuale. In particolare codesta società ha dichiarato un costo complessivo per n. 6 operatori (n. 3 per Bari e n. 3 per Brindisi) e tale indicazione ha trovato corrispondenza nell'attribuzione di maggior punteggio nell'ambito dell'offerta tecnica. Giova rammentare che codesta concorrente ha anche dichiarato, come peraltro espressamente previsto negli atti di gara, di impegnarsi ad assumere il personale attualmente in servizio costituito da n. 4 operatori (2 per l'aeroporto di Bari e 2 per l'aeroporto di Brindisi), già inquadrato come personale dipendente di impresa esercente Servizi di pulizia, disinfestazione, servizi integrati/multiservizi – categoria operaio – 5 livello. “*

Sulla scorta dei rilievi sopra citati, la ricorrente veniva invitata a fornire “*idonei giustificativi atti a dimostrare il costo dichiarato*”.

La ricorrente forniva i chiarimenti richiesti con nota del 25 luglio 2018 precisando che “*questa società ha dichiarato un costo complessivo per 4 operatori attualmente in servizio presso la V.s. struttura e da inquadrare come personale dipendente di impresa esercente servizi di pulizia, disinfestazione, servizi integrati/multiservizi. Gli ulteriori n. 2 operatori senior non saranno addetti in modo esclusivo per il presente appalto ma avranno il ruolo di consulenza ed eventuale sostituzione, risultando essere già in organico presso la n.s. Azienda come indicato nella relazione tecnica ai punti 4.3. “Addetti al servizio” e 9.1. “Falconieri”. I costi per i 4 operatori addetti esclusivi al servizio trovano riscontro nei documenti allegati quali le tabelle relative al CCNL. Il costo del personale falconiere già nel nostro organico (il cui inquadramento è dimostrato dalle buste paga allegate e relative al mese di giugno 2018) non è da imputare al servizio di che trattasi ma abbiamo previsto in via forfettaria rimborsi ed emolumenti straordinari*”.

La ricorrente rappresentava, altresì, alla luce dei dati presi in considerazione, che il costo annuale della manodopera per 1 operatore risultava pari a € 25.406,36 e che quello totale, in relazione alla durata dell'appalto, risultava di € 337.200,00.

Con nota del 22 agosto 2018, la Stazione Appaltante comminava l'esclusione dalla gara della prima classificata Antaga.

Sta di fatto che, con nota di prot. ADP-2018-0014237 del 6 settembre 2018, la stessa Stazione appaltante comunicava l'esclusione anche della Sidda *“ai sensi dell'art. 97, comma 5 lett. a) e lett. d) del Codice degli Appalti (D.lgs. n. 50/2016) in quanto, in relazione all'offerta presentata, i costi della manodopera indicati da codesta società non risultano giustificati”*.

Aeroporti di Puglia s.p.a. chiedeva anche alla società HDI Assicurazioni s.p.a. la immediata escussione della garanzia fideiussoria rilasciata dalla assicuratrice quale cauzione provvisoria per la partecipazione della società Sidda Sud s.r.l. alla gara in oggetto.

E tanto, nonostante la garanzia prodotta dalla ricorrente avesse perso efficacia in data 25 agosto 2018.

La Sidda Sud s.r.l. si è dunque rivolta al Tar per chiedere l'annullamento dell'esclusione adottata nei suoi confronti, il risarcimento dei danni subiti in forma specifica, previa declaratoria di inefficacia del contratto di appalto nelle more stipulato e, ai sensi dell'art. 124 c.p.a., il subentro nello stesso; in via subordinata, è stato chiesto il risarcimento del danno derivante da illegittima aggiudicazione dell'appalto in favore di altro operatore.

Aeroporti di Puglia S.p.a. si è costituita in giudizio ed ha chiesto il rigetto del ricorso con articolata memoria difensiva.

Alla Camera di Consiglio del 24 ottobre 2018, la controversia è stata posta in decisione nelle forme dell'art. 60 del c.p.a.

Con il primo motivo di ricorso, la Sidda Sud s.r.l. deduce la *“violazione e falsa applicazione art. 97 comma 5 lett. a) e d) del d.lgs. 50/2016 – violazione della lex specialis di gara e del disciplinare – violazione e falsa applicazione art. 3 del capitolato tecnico – violazione*

*legge 241/90 – violazione dei principi generali in materia di pubbliche gare – difetto assoluto di istruttoria e motivazione- eccesso di potere”*

La ricorrente lamenta, più in dettaglio, che il costo della manodopera da essa indicato ai fini della partecipazione alla gara è congruo e giustificato, il che si desumerebbe anche dalla perizia asseverata a firma della dott.ssa Labattaglia.

Assume, in particolare, che *“il costo del lavoro indicato dalla società ricorrente ha tenuto conto dei contributi previdenziali e assistenziali generalmente stabiliti in base al codice statistico contributivo (C.s.c.) assegnato in fase di iscrizione all’azienda dall’INPS, in ragione del settore di appartenenza e dell’attività svolta”*.

*“Sono stati, inoltre, previsti dalla ricorrente i contributi per l’assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, che generalmente devono essere calcolati e versati dal datore di lavoro all’Inail tramite la cosiddetta autoliquidazione”*.

Assumendo, come base di partenza la retribuzione complessiva lorda prevista dal CCNL “Pulizia e servizi integrati” per gli operatori di 4<sup>o</sup> livello, la ricorrente afferma di aver calcolato *“i contributi previdenziali INPS secondo le aliquote contributive del settore assegnate all’azienda, nonché i premi assicurativi Inail secondo quanto stabilito annualmente dall’istituto sulla base di calcolo ed infine ...il Trattamento di fine rapporto maturato nel periodo...”*.

Stimando dunque *“una somma complessiva annua di € 25.406,39/operatore”*, la ricorrente rileva che *“per ogni aeroporto il costo delle retribuzioni complessive annuali (365 gg/anno) comprensive delle mensilità aggiuntive e del carico previdenziale è di € 50.079,62”*, giungendo quindi a quantificare il costo triennale per entrambi gli aeroporti presso cui deve essere espletato il servizio a base di gara nella misura di € 328.638,72, di cui € 304.876,35 quale *“costo retribuzioni preventivate per tre anni”* ed € 23.762, 37 a titolo di *“costo retribuzioni straordinarie per sostituzioni/turnazioni.”*

La censura non coglie nel segno.

Il giudizio di incongruità dell'offerta formulato dalla Stazione appaltante è rimasto insuperato anche dopo le giustificazioni addotte dalla società ricorrente.

Il Collegio osserva che la società ricorrente ha calibrato tanto l'offerta tecnica quanto l'offerta economica sull'impiego di sei operatori, con ciò lucrando i relativi vantaggi in sede di riconoscimento della qualità dell'offerta tecnica, ma ha finito col fornire giustificazioni sul costo della manodopera limitatamente a 4 addetti al servizio.

La ricorrente ha infatti illustrato, in sede di offerta tecnica, un'organizzazione del servizio basata sull'impiego formale di 4 falconieri ai quali, però, si sarebbero aggiunti *“n. 2 ulteriori falconieri professionisti di provata esperienza che cureranno il coordinamento tecnico e la supervisione del servizio e sopperiranno ad eventuali esigenze di turnazione al fine di garantire sempre la copertura costante del servizio”* (vedi pg. 12 offerta tecnica Sidra Sud s.r.l.).

Anche nella parte del progetto tecnico relativa al *“personale addetto e specializzato”* si afferma che *“così come indicato nel Vs. disciplinare è nostra intenzione assumere il personale falconiere attualmente in forza presso le Vs strutture. In aggiunta ai quattro operatori, riteniamo necessario inserire nell'organico nr. 2 falconieri senior che coordineranno le attività di allontanamento ed integreranno eventuali esigenze di turnazione così come indicato nel paragrafo 4.3. Addetti al servizio”* (pg 21 offerta tecnica).

La società ricorrente non ha mancato di ribadire la volontà di adibire sei operatori al servizio posto a gara anche nel contesto dell'offerta economica precisando che *“ai sensi del comma 10 dell'art. 95 del codice dei contratti, i costi della manodopera stimati per sei operatori per l'intera durata dell'appalto sono pari a € 337.200,00”*.

Ma la volontà di impiego di sei falconieri, in ragione della quale la stessa ricorrente si è vista attribuire un punteggio migliorativo dalla Commissione di gara non ha avuto riscontro in un costo della manodopera coerente con le unità addette al servizio.

Prova ne sia il fatto che l'importo complessivo previsto per l'intero triennio di durata del servizio a base di gara è stato quantificato nella misura di € 304.876,35 proprio prendendo in considerazione soltanto i 4 lavoratori cui si fa riferimento nel corpo dei giustificativi, ( $€ 25.406,39/\text{operatore} \times 4 \text{ operatori} \times \text{tre anni} = € 304.876,68$ ), e non già tutti e sei gli operatori indicati in sede di offerta.

La posizione dei due ulteriori falconieri è stata, d'altra parte, stimata arbitrariamente in termini di minor impegno giornaliero prevedendosi che *“gli ulteriori 2 operatori senior non saranno addetti in modo esclusivo per il presente appalto ma avranno il ruolo di consulenza ed eventuale sostituzione, risultando essere già in organico presso la ns azienda come indicato nella relazione tecnica ai punti 4.3. e 9.1.”*

Ha poi valore, in un certo senso, confessorio, sotto il profilo in esame, la dichiarazione della Sidda Sud, secondo la quale, mentre *“i costi per i 4 operatori addetti esclusivi al servizio trovano riscontro dei documenti allegati quali le tabelle relative al CCNL...il costo del personale falconiere già nel nostro organico...non è da imputare al servizio di che trattasi ma abbiamo previsto in via forfettaria rimborsi ed emolumenti straordinari?”*.

Il Collegio non ignora, in tale prospettiva, che l'operatore concorrente ad una gara può parteciparvi facendo leva su economie di scala derivanti dall'impiego ottimale e strategico dei fattori della produzione, ivi incluso il personale dipendente, e tanto al fine di risultare il miglior contraente possibile per la P.a.

Ma la divergenza tra il numero degli addetti che si dichiara di adibire ad un servizio al cui affidamento si concorre e il costo retributivo ad essi relativo costituisce elemento di incongruenza capace di alterare la par condicio e la trasparenza della procedura ad evidenza pubblica.

In definitiva, la Sidda ha conseguito un punteggio migliorativo per l'offerta tecnica per avere dichiarato di impiegare sei operatori che, però, avrebbe finito col pagare al costo di 4.

Ciò appare evidente se si rammenta che il disciplinare di gara accordava la possibilità di attribuire fino ad un massimo di 10 punti proprio in relazione al numero degli addetti e che la società ricorrente ha conseguito, in relazione al parametro concernente il numero degli addetti, proprio 6 punti, ossia un punto per ciascuno degli addetti al servizio.

Non può neanche passare inosservato un ulteriore profilo: la Sidda Sud s.r.l. si è impegnata a garantire l'espletamento del servizio attraverso una dotazione organica di sei addetti salvo poi affermare, in sede di giustificazioni del costo della manodopera, che *“ gli ulteriori n. 2 operatori senior non saranno addetti in modo esclusivo per il presente appalto ma avranno il ruolo di consulenza ed eventuale sostituzione, risultando essere già in organico presso la ns azienda come indicato nella relazione tecnica ai punti 4.3. e 9.1”*. con la conseguenza che *“ il costo del personale già nel nostro organico...non è da imputare al servizio di che trattasi ma abbiamo previsto in via forfettaria rimborsi ed emolumenti straordinari”*.

Osserva, il Collegio, sul punto, che anche la dichiarata volontà di non imputare al servizio posto a gara il costo del personale ulteriore da impiegare nell'espletamento del servizio costituisce elemento perturbatore della integrità e della decifrabilità dell'offerta capace di alterarne la consistenza economica, traducendosi in un indebito vantaggio competitivo per la società ricorrente.

E' rimasto, pertanto, insuperato l'elemento di incongruità posto a base del provvedimento di esclusione, secondo il quale la Sidda Sud s.r.l. ha *“attribuito, nei giustificativi, un costo di €304.876,35 per n. 4 operatori, nonostante sia nell'offerta tecnica, sia nell'offerta economica, abbia previsto n. 6 operatori complessivi per l'intero appalto”*.

Con il secondo motivo di ricorso, la Sidda Sud deduce l'illegittimità dell'operato della Stazione appaltante la quale ha omesso di motivare in modo puntuale la scelta espulsiva, non prendendo in alcuna considerazione le giustificazioni fornite dalla ricorrente.

Tanto deriverebbe dal fatto che il giudizio negativo di anomalia dell'offerta richiede una motivazione rigorosa ed analitica, come ribadito a più riprese dall'ANAC con una serie di pareri precontenziosi.

Siffatto profilo di illegittimità si arricchirebbe della constatazione che, a fronte di un giudizio di iniziale congruità delle offerte partecipanti, espresso dalla Commissione di gara, il responsabile del procedimento avrebbe rilevato erroneamente un elemento di incongruità dell'offerta della ricorrente e ritenuto poi la stessa, nel suo complesso, anormalmente bassa senza motivare le ragioni di tale diversa valutazione.

Anche questa doglianza è infondata.

La Stazione appaltante ha proceduto ad una verifica di congruità del costo della manodopera ai sensi dell'art. 95, comma 10 d.lgs. 50/2016, senza attivare il sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, del quale non sussistevano i presupposti ai sensi dell'art. 97, comma 3 stesso decreto.

Una volta acquisite le giustificazioni fornite dalla ricorrente sui profili di incongruità dell'offerta, il RUP ha analiticamente illustrato le ragioni della perdurante criticità della medesima avuto riguardo al costo della manodopera, ritenuto carente dal punto di vista della mancata indicazione di alcun tipo di assenza, calibrato esclusivamente su 4 operatori, e, infine, non sufficiente a coprire il servizio, "che *“per numero di ore annue lavorate, richiede al minimo 4,867 operatori in considerazione di un numero medio di ore minimo di assenza annuali pari a 250”*”.

Siffatti elementi perturbatori dell'offerta sono stati correttamente trasfusi nel provvedimento di esclusione assunto dalla Stazione appaltante nei riguardi della ricorrente, la quale ha potuto usufruire di ampio contraddittorio, in ossequio al principio del giusto procedimento amministrativo, senza potersi rintracciare il lamentato deficit nella motivazione del provvedimento espulsivo.

Il provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara risulta conforme al modello legale tipico di cui all'art. 3 della legge 241/90, trattandosi di determinazione assunta nel rispetto dei canoni tradizionali di necessaria decifrabilità delle ragioni logico giuridiche che hanno indotto l'Amministrazione ad adottare la scelta censurata.

A tanto deve pure aggiungersi il fatto che la ricorrente è stata posta nella condizione di comprendere le ragioni di criticità della propria offerta fin dalla nota del 24 luglio 2018, con la quale la Stazione Appaltante ha esternato i motivi di incongruità connessi al costo della manodopera indicato dalla partecipante.

Con il terzo motivo di ricorso lamenta, la Sidda Sud di avere avuto un tempo di soli sette giorni per fornire le giustificazioni in luogo dei 15 giorni minimi previsti dall'art. 97, comma 5 del d.lgs. 50/2016

Anche questa censura non merita condivisione.

Il Collegio ha già avuto occasione di notare che la Stazione appaltante ha applicato correttamente la procedura contemplata dall'art. 95, comma 10 del D.lgs. 50/2016, senza attivare il diverso procedimento di anomalia dell'offerta che avrebbe richiesto il preliminare accertamento di cui all'art. 97, comma 3 codice degli appalti.

La procedura di verifica della congruità del costo della manodopera contemplata dall'art. 95, comma 10 non accorda all'operatore economico alcun termine minimo per rendere le giustificazioni, tenuto conto del fatto che non investe l'offerta nella sua interezza ma singoli aspetti ritenuti meritevoli di chiarimenti.

Ritiene, il Collegio, che nel caso di specie, la concessione del termine di 7 giorni sia risultata sufficiente a garantire il dispiegarsi di un contraddittorio procedimentale esaustivo.

Con il quarto ed ultimo motivo di ricorso, si censura la decisione della Stazione Appaltante di procedere alla escussione della garanzia fideiussoria rilasciata dalla

impresa assicuratrice HDI Assicurazioni s.p.a. quale cauzione provvisoria per la partecipazione della società Sidda Sud s.r.l. alla gara in oggetto, malgrado la garanzia prestata avesse perso efficacia in data 25 agosto 2018, come indicato nella polizza e come evidenziato dalla ricorrente con nota del 12 settembre 2018, inoltrata in pari data a mezzo PEC alla Stazione appaltante.

Anche questa censura non è fondata.

Come correttamente opinato dalla difesa della Aeroporti di Puglia s.p.a., la legge di gara ha espressamente richiamato il decreto interministeriale 123 del 2004, in forza del quale la validità della cauzione provvisoria non cessa al decorrere dei 180 giorni dalla sua sottoscrizione, ma solo all'esito della conclusione della gara.

A questo punto, la doglianza formulata dalla ricorrente si risolve in una indebita commistione tra l'istituto della cauzione provvisoria e gli strumenti mediante i quali essa può essere prestata.

La stessa censura attiene poi alla fase di esecuzione del relativo rapporto negoziale con la conseguenza che la scadenza del termine di vigenza della polizza fideiussoria si inquadra nella diversa relazione che viene ad instaurarsi tra la stazione appaltante, quale garantita e beneficiaria della polizza medesima, e la compagnia che si è impegnata a corrispondere al beneficiario l'importo dovuto, entro un termine decorrente dalla sua mera richiesta, rinunciando ad opporre qualsiasi eccezione relativa al rapporto sottostante tra debitore e beneficiario.(cfr. Tar Basilicata, sez. I, sentenza n. 811/2014).

Alla stregua delle suesposte considerazioni, il ricorso è conclusivamente respinto.

Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente alla rifusione delle spese processuali in favore della Aeroporti di Puglia s.p.a., che liquida nella complessiva misura di € 2.500,00 (duemilacinquecento//00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente

Carlo Dibello, Consigliere, Estensore

Francesco Cocomile, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Carlo Dibello**

**IL PRESIDENTE**

**Francesco Gaudieri**

IL SEGRETARIO