

N. 00045/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00241/2023 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 per il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 241 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla ditta Romanelli Gildo, in persona del suo titolare *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Pasquale Di Fruscio, con domicilio digitale come da PEC da Registro di Giustizia;

contro

il Comune di Carovilli (IS), non costituito in giudizio;

nei confronti

Europa 2002 s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Ricciardi Federico, con domicilio digitale come da PEC da Registro di Giustizia;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

quanto al ricorso originario:

- della determinazione n. 93 del 29 agosto 2023 emessa dal responsabile dell'Area tecnica e tecnico-manutentiva del Comune di Carovilli (IS), di approvazione del precedente verbale della Commissione Giudicatrice n. 5 del 23 agosto 2023, con la quale la ditta ricorrente veniva esclusa dalla procedura di gara CIG 9366817DE7, e si disponeva di procedere all'aggiudicazione nei confronti della concorrente Europa 2002 s.r.l.;
- di tutti i verbali di gara, e segnatamente del verbale n. 5 del 23 agosto 2023 ed annesse schede e/o allegati, nella misura in cui la Commissione escludeva la ditta ricorrente;
- della graduatoria finale e di ogni atto e/o provvedimento con il quale la Commissione di gara escludeva dalla competizione la ricorrente e dichiarava, previo scorrimento della graduatoria, la controinteressata Europa 2002 s.r.l. aggiudicataria della gara;
- dei provvedimenti e di tutte le determinazioni di presa d'atto dei verbali di gara (nella parte in cui lesive per la ditta ricorrente);
- della esclusione della ricorrente racchiusa nel verbale ultimo n. 5 del 23 agosto 2023;
- di ogni altro atto preordinato, collegato, connesso e conseguente, comunque lesivo;
quanto ai motivi aggiunti dell'11 ottobre 2023:
- degli atti impugnati con il ricorso originario;
- della determinazione n. 108 del 3 ottobre 2023 con la quale si approvava il verbale della Commissione Giudicatrice n. 7 del 18 settembre 2023 di proposta dell'aggiudicazione a favore della società Europa 2002, ai sensi degli artt. 32 e 33 del Codice dei contratti pubblici, e, pertanto, si disponeva l'aggiudicazione della commessa a quest'ultima;

del verbale di gara n. 6 del 13 settembre 2023, con il quale la Commissione, in seduta riservata, verificava i giustificativi della manodopera della ditta terza classificata, la Europa 2002 s.r.l.;

- del verbale di gara n. 7 del 18 settembre 2023 con il quale la Commissione, ai sensi degli artt. 32 e 33 del Codice, proponeva al RUP di aggiudicare i lavori al concorrente Europa 2002 s.r.l.;

- della nota del MIBACT del Molise del 12 novembre 2020 n. 0010588-P Soprintendenza archeologica delle belle arti e paesaggio del Molise, se ed in quanto ritenuta autonoma e lesiva;

- della nota della Regione Molise prot. 181379 del 24 novembre 2020, se ed in quanto autonoma e lesiva.

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

Visto il decreto cautelare monocratico n. 106 del 12 ottobre 2023;

Vista l'ordinanza cautelare n. 110 del 2023;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2024 il dott. Federico Giuseppe Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La ditta Romanelli Gildo (d'ora in avanti anche "ditta Romanelli" o "Romanelli") partecipava alla procedura di gara indetta dal Comune di Carovilli (IS) ai sensi dell'art. 95, comma 6 del d.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento dei lavori di sistemazione idraulica di un tratto del torrente "Tirino" a margine dell'abitato

comunale con determina n. 92 del settembre 2022. Al termine della gara, la ditta Romanelli si classificava alla seconda posizione della graduatoria di merito, mentre alla prima si collocava la ditta Cl.En. s.r.l.s., che si aggiudicava così la commessa.

2. La ditta Romanelli insorgeva però avverso l'aggiudicazione con il ricorso incardinato dinanzi a questo T.A.R. con il n. 16/2023 R.G., con il quale ne deduceva l'illegittimità in quanto la Cl.En. doveva essere esclusa dalla procedura per avere prodotto, con la propria offerta, un contratto di avvalimento invalido.

All'esito del giudizio, questo Tribunale accoglieva il ricorso della Romanelli con la sentenza n. 122/2023, con la quale annullava l'aggiudicazione concessa dall'Amministrazione comunale alla prima graduata.

3. A seguito della notifica della citata sentenza, passata nelle more in giudicato, alla Stazione Appaltante, la Commissione giudicatrice con verbale n. 4 del 21 giugno 2023 disponeva lo scorrimento della graduatoria di gara e proponeva al RUP, per la nuova aggiudicazione, la ditta Romanelli, seconda graduata, previa verifica del requisito del costo della manodopera ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 95, comma 10, e 97, comma 5, lett. d), del d.lgs. n. 50/2016.

Sicché il RUP, con nota del 22 giugno 2023, avviava la procedura di verifica appena detta, chiedendo a tal fine alla Romanelli la documentazione necessaria per accertare il rispetto, da parte sua, del costo della manodopera.

La ditta riscontrava la richiesta con apposita relazione illustrativa del 10 luglio 2023, nella quale proponeva una rimodulazione delle giornate lavorative per l'esecuzione dei lavori dalle 188 - dichiarate nell'offerta temporale- a 59, confermando l'ammontare del costo della manodopera pari a euro 53.000,00.

4. Il RUP, tuttavia, unitamente alla Commissione giudicatrice, nella seduta del 23 agosto 2023 riscontrava gli estremi per l'esclusione della Romanelli dalla gara,

ritenendo che la sua offerta fosse “*inadeguatamente giustificata*”, nonché, “*nella parte in cui ha indicato costi della manodopera parziali (senza considerare quelli del subappaltatore), omissiva, dunque espressa in violazione di legge e meritevole di esclusione*”.

Tale esito veniva giustificato nel verbale n. 5 della seduta con argomenti così riassumibili:

- il costo della manodopera indicato dalla Romanelli nella propria offerta economica, pari a euro 53.000,00, risultava grandemente inferiore a quello stimato dalla stazione appaltante in sede di progettazione esecutiva e indicato nel disciplinare di gara, pari a euro 183.103, 81; e poiché tale ditta aveva offerto un ribasso d'asta dell'8,99% la medesima non avrebbe avuto altra voce su cui poter reperire un utile di impresa;
- la Romanelli aveva prodotto delle giustificazioni generiche e in parte non pertinenti in ordine alla stima della manodopera, richiamandosi al *know how* aziendale, all'impiego di materiali prodotti dalle aziende leader del settore, alla giacenza di materiali presso la propria sede operativa e all'ammortamento dei costi dei mezzi e dei materiali;
- l'impresa aveva artatamente ridotto le giornate lavorative, dalle 235 stimate dal cronoprogramma dei lavori dall'Amministrazione a sole 59, e ciò sulla scorta di motivazioni solo generiche relative al cospicuo parco macchine in suo possesso, agli innovativi processi di produzione e a contratti nelle more stipulati con i fornitori diretti ad abbattere ulteriormente i tempi di lavorazione;
- la Romanelli, inoltre, col rappresentare che la riduzione delle giornate di lavoro sarebbe stata giustificata anche dalla circostanza che i gabbioni e i materassi Reno sarebbero stati consegnati in cantiere dall'impresa fornitrice già montati (anziché da montare in sito), aveva in sostanza ammesso l'esistenza di un contratto di subappalto non dichiarato nella propria offerta: e il ricorso da parte sua a un subappalto

concretizzava, allora, gli estremi di una violazione del costo minimo della manodopera, poiché la *lex specialis* richiedeva che l'impresa offerente indicasse tra i costi della manodopera anche quelli che sarebbero stati sostenuti dall'impresa subappaltatrice.

5. L'esclusione della seconda graduata veniva confermata dalla stessa Stazione Appaltante con determina dirigenziale n. 93 del 29 agosto 2023, che stabiliva contestualmente l'esclusione della Romanelli dalla procedura e l'avvio della verifica dei costi della manodopera nei confronti della terza graduata, la ditta Europa 2002 s.r.l. (d'ora in avanti "Europa 2002").

6. La Romanelli, allora, impugnava il citato provvedimento di esclusione e l'annesso verbale n. 5 del 23 agosto 2023 con il ricorso originario in epigrafe, notificato il 13 settembre 2023, con il quale chiedeva, previo annullamento degli atti così impugnati:

1) la condanna dell'Amministrazione al risarcimento in forma specifica mediante l'aggiudicazione della commessa in proprio favore e la conseguente stipulazione del contratto;

2) la sterilizzazione, mediante dichiarazione di inefficacia ex artt. 121 e 122 del cod.proc.amm., del contratto d'appalto eventualmente stipulato con la ditta Europa 2002, e il subentro della ricorrente nello stesso contratto, ai fini della esecuzione (anche soltanto parziale) dei relativi lavori ex art. art. 124, comma 1, prima parte, dello stesso codice;

3) la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno per equivalente ex art. 124, comma 1 del cod.proc.amm., ove mai l'appalto fosse stato *medio tempore* eseguito dalla controinteressata.

6.1. Il ricorso era affidato ai seguenti sei motivi di impugnazione:

- 1) NULLITÀ DELLA DECISIONE – CARENZA DI POTERE ED ELUSIONE DEL GIUDICATO – INCOMPETENZA DELLA COMMISSIONE – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 97, COMMA 5, DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI – ART. 97 ECCESSO DI POTERE PER ILLOGICITÀ MANIFESTA IRRAGIONEVOLEZZA CONTRADDITTORIETÀ CARENZA DI POTERE DI VALUTAZIONE SU ELEMENTI ESTRANEI ALL’OFFERTA, VIOLAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI DI BUON ANDAMENTO, REGOLARITÀ, TRASPARENZA, CONCORRENZA E PARITÀ DI TRATTAMENTO, DIFETTO ASSOLUTO ED ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI ILLOGICITÀ MANIFESTA, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, MOTIVAZIONE ERRONEA CARENTE E PERPLESSA, SVIAMENTO SOTTO OGNI PROFILO;
- 2) VIOLAZIONE E LA FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 97 E 95 DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI, DELL’ART 97 COST. CARENZA DI POTERE - TRAVISAMENTO DEL CONTENUTO DELLE GIUSTIFICAZIONI – CIRCA IL SUBAPPALTO – CARENZA DI POTERE IN CONCRETO DISAPPLICAZIONE DEI PREGRESSI PROVVEDIMENTI E VIOLAZIONE DEL GIUDICATO - TRAVISAMENTO E ILLOGICITÀ MANIFESTA, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE ERRONEA VALUTAZIONE DI DIRITTO, CARENTE E PERPLESSA COSTRUZIONE DEL SUBAPPALTO SVIAMENTO;
- 3) VIOLAZIONE SOTTO ALTRO PROFILO DELL’ART. 97, COMMA 5, DEL CODICE - ASSENZA DI PROVA DELLA SIMULAZIONE DI UN SUBAPPALTO - ARBITRARIETÀ’ DELLA VALUTAZIONE

ILLOGICAMENTE ESPLETATA – DIFETTO ASSOLUTO DI MOTIVAZIONE E VIOLAZIONE ART 3 L. 241/90;

4) VIOLAZIONE DEL PROCEDIMENTO - VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 D.LGS. N. 50/2016, DIFETTO ASSOLUTO DI MOTIVAZIONE SU ELEMENTI ESSENZIALI - VIOLAZIONE ART 3 L. 241/90 - FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 COST. ECCESSO DI POTERE PER CONTRADDITTORIETÀ E ILLOGICITÀ MANIFESTE MACROSCOPICHE ILLEGITTIMITÀ DI DIRITTO ED ERRORI DI PERCEZIONE E VALUTAZIONE GRAVI ED EVIDENTI TRAVISAMENTO DI FATTO E DI DIRITTO - VALUTAZIONI ABNORMI E INFICLATE DA SVIAMENTO SOTTO OGNI PROFILO;

5) CIRCA LA NATURA DEL RAPPORTO DI FORNITURA VIOLAZIONE DEL PROCEDIMENTO PER MANCANZA DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO - CARENZA ASSOLUTA DI POTERE DI VERIFICA – DEFICIT DI MOTIVAZIONE E SVIAMENTO;

6) ECCESSO DI POTERE PER GRAVE SVIAMENTO E VIOLAZIONE DEL PUBBLICO INTERESSE.

6.2. In estrema sintesi, con il primo motivo di gravame la Romanelli contestava che la propria esclusione dalla gara non fosse discesa da un giudizio teso a verificare il costo della manodopera di cui all'art. 95, comma 10 del Codice dei contratti pubblici, bensì dall'esercizio di una ben diversa valutazione sulla generale congruità della sua offerta economica. L'Amministrazione aveva così violato la norma attributiva del potere asseritamente esercitato, oltre a porsi in palese contraddizione con il proprio precedente operato, per avere essa già escluso nel precedente verbale n. 4 del 21 giugno 2023 l'anomalia dell'offerta.

Il secondo motivo di gravame censurava direttamente i provvedimenti gravati nella parte in cui avevano desunto un'omissione del costo della manodopera in ragione dell'asserita sussistenza di un contratto di subappalto non dichiarato, concernente la prestazione di montaggio dei gabbioni e dei materassi Reno in cantiere. Tali prestazioni, a detta della ricorrente, avrebbero integrato in realtà un accordo di fornitura, e non un subappalto.

Del tema del subappalto si occupava anche il terzo motivo, il quale contestava il giudizio dell'Amministrazione nella misura in cui questa non aveva fornito alcuna prova, anche solo indiziaria, dell'esistenza effettiva –appunto- dell'ipotizzato contratto di subappalto, trincerandosi dietro affermazioni solo del tutto laconiche e apodittiche.

Il quarto motivo di ricorso contestava l'esclusione dalla gara anche perché intervenuta all'esito di un procedimento viziato in radice. La richiesta di chiarimenti della stazione appaltante, oltre a far riferimento ai costi della manodopera *ex art. 95*, comma 10 del Codice dei contratti pubblici, aveva altresì per oggetto elementi estranei all'appalto. Nello specifico, l'Amministrazione chiedeva delucidazioni in ordine ai costi relativi alle attività indicate all'art. 6 del Capitolato Speciale d'Appalto (installazione, messa in funzione, facchinaggio, ecc...). Questi, però, configurerebbero in realtà meri costi indiretti, anziché costi diretti dell'appalto e, pertanto, non compendiabili nel procedimento di verifica della manodopera.

Con il quinto mezzo, poi, la Romanelli rilevava, altresì, la genericità e l'imprecisione della richiesta di chiarimenti, che avrebbero reso impossibile per la società comprendere quali fossero in sostanza gli elementi meritevoli di spiegazioni, sulla cui base si sarebbe poi fondato il successivo provvedimento di esclusione. Peraltro, una volta emersa la circostanza del subappalto in sede di verifica, invece che

escludere la ricorrente con una motivazione “a sorpresa”, la Stazione appaltante avrebbe avuto l’onere di aprire una nuova fase di contraddittorio procedimentale con la Romanelli, assegnandole un termine a difesa.

Il sesto motivo, infine, censurava l’esclusione dalla gara quale frutto di un intento ritorsivo dell’Amministrazione verso la ricorrente, “colpevole” di aver difeso il proprio interesse all’aggiudicazione della commessa con il precedente e vittorioso ricorso.

7. La controinteressata si costituiva in giudizio con memoria del 3 ottobre 2023, eccependo l’inammissibilità del gravame in quanto vertente su aspetti valutativi delle voci di costo riservati alla discrezionalità dell’Amministrazione, e come tali non sindacabili dal Giudice Amministrativo. L’aggiudicataria argomentava, inoltre, per l’infondatezza del ricorso.

Il Comune, seppur regolarmente intimato, non si costituiva.

8. Nel frattempo, la Commissione giudicatrice procedeva con verbale n. 6 del 13 settembre 2023 alla verifica dei costi della manodopera con riguardo all’offerta della soc. Europa 2002, il cui esito risultava positivo per tale operatore, e con successivo verbale n. 7 del 18 settembre 2023 proponeva al RUP di procedere alla definitiva aggiudicazione della commessa in suo favore.

Al che seguiva la conforme determinazione di aggiudicazione n. 108 del 3 ottobre 2023.

9. Sicché la Romanelli, una volta venuta a conoscenza dei predetti nuovi atti, li impugnava con i propri motivi aggiunti dell’11 ottobre 2023, corredati di domanda cautelare, per mezzo dei quali riproponeva le medesime conclusioni del ricorso originario anche a carico degli atti sopravvenuti.

9.1. A tal fine, la ricorrente sollevava le seguenti articolate censure:

“1) ILLEGITTIMITA’ DERIVATA ‘PER CASCATA’ DEI PROVVEDIMENTI DI CUI IN EPIGRAFE - INCOMPETENZA DELLA COMMISSIONE - CONTRADDITTORIETA’ MANIFESTA MANIFESTA ILLOGICITA’ E IRRAGIONEVOLEZZA INGIUSTIZIA GRAVE DISPARITA’ E DIFFORMITA’ DI MOTIVAZIONE VIOLAZIONE ART 97 COST. ART. 97 COMMA 5 DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI - IRRAZIONALITA’ E DISPARITA’ DI TRATTAMENTO - CONTRADDITTORIETA’ NELLE OPERAZIONI DI GARA DIFFERENTE POTERE DI VALUTAZIONE ESERCITATO SU ELEMENTI DELL’OFFERTA - DIFETTO DEI PRESUPPOSTI DIFETTO DI ISTRUTTORIA MOTIVAZIONE ERRONEA APPARENTE CARENTE E PERPLESSA VIOLAZIONE ART. 3 L. 241/90 SVIAMENTO SOTTO OGNI PROFILO;

2) VIOLAZIONE DELL’INTERESSE PUBBLICO - ECCESSO DI POTERE PER SVIAMENTO SOTTO OGNI PROFILO - CONTRADDITTORITA’ MANIFESTA ILLOGICITA’ E VIOLAZIONE DELL’ART 97 COST. VIOLAZIONE DELL’ 97 C. 5 D.LGS 50/2016 - LESIONE DELLA PAR CONDICIO - DIFETTO ASSOLUTO ED ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI - DIFETTO DI ISTRUTTORIA - MOTIVAZIONE CONTRADDITTORIA;

3) VIOLAZIONE DELL’INTERESSE PUBBLICO - ECCESSO DI POTERE PER MANCATO ESERCIZIO DEL DOVEROSO JUS POENITENDI - CONTRADDITTORITA’ MANIFESTA ILLEGITTIMITA’ DERIVATA DEGLI ATTI CHE ASSEGNANO LA GARA ALLA DITTA EUROPA 2002 - MANIFESTA ILLOGICITA’ VIOLAZIONE DELL’ART 97 COST. LESIONE DELLA PAR CONDICIO;

4) *ERRONEITÀ DI MOTIVAZIONE E CONTRADDITTORIETÀ MANIFESTA TRA GLI ATTI DI GARA - DIFETTO ASSOLUTO DI PRESUPPOSTI INDICATI IN ATTI E VIOLAZIONE ASSOLUTA DELLE REGOLE DI CLARE LOQUI E TRASPARENZA;*

5) *SVIATA ACCELERAZIONE - ECCESSO DI POTERE PER SVIAMENTO SOTTO OGNI PROFILO CONTRADDITTORIETÀ MANIFESTA ILLEGITTIMITÀ DERIVATA - MANIFESTA ILLOGICITÀ - VIOLAZIONE DELL'ART 97 COST. LESIONE DELLA PAR CONDICIO - DIFETTO ASSOLUTO ED ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI DIFETTO DI ISTRUTTORIA, MOTIVAZIONE ERRONEA CARENTE E PERPLESSA;*

6) *VIOLAZIONE E LA FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 97 E 95 DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI, DELL'ART 97 COST. CARENZA DI POTERE - TRAVISAMENTO DEL CONTENUTO DELLE GIUSTIFICAZIONI - CIRCA IL SUBAPPALTO - CARENZA DI POTERE IN CONCRETO DISAPPLICAZIONE DEI PREGRESSI PROVVEDIMENTI E VIOLAZIONE DEL GIUDICATO TRAVISAMENTO E ILLOGICITÀ MANIFESTA PERPLESSA COSTRUZIONE DEL SUBAPPALTO SVIAMENTO;*

7) *GRAVE SVIAMENTO REITERATO E CONCLAMATO SOTTO OGNI PROFILO”.*

9.2. In estrema sintesi, la prima doglianza dei motivi aggiunti ascriveva ai provvedimenti sopravvenuti un'illegitimità derivata originante dai vizi già dedotti a mezzo del ricorso introduttivo.

Con la seconda censura si allegava che, ove l'Amministrazione si fosse attenuta, nei riguardi della ditta Romanelli, al metro di giudizio seguito nel verificare il costo della

manodopera relativo all'offerta della controinteressata, la prima avrebbe ottenuto l'aggiudicazione dell'appalto.

Con il terzo motivo, la ricorrente assumeva che la Stazione Appaltante, una volta venuta a conoscenza del contenuto del ricorso originario, avrebbe dovuto procedere in autotutela all'annullamento della sua esclusione, anziché procedere in suo danno allo scorrimento della graduatoria di gara.

Il quarto motivo aggiunto rilevava un contrasto logico e una contraddizione motivazionale tra i verbali nn. 5 e 6, discendenti dal diverso criterio di giudizio in concreto applicato dalla Commissione alle offerte delle due ditte contendenti: per la Romanelli un giudizio sulla generale congruità dell'offerta, mentre per la ditta Europa 2002 quello, legittimo, sul costo della manodopera.

Con la quinta censura la ricorrente si doleva dell'anomala accelerazione impressa dalla stazione appaltante alla procedura con il risultato di giungere in appena 8 giorni all'aggiudicazione definitiva della commessa a favore della controinteressata, nonostante la pendenza del presente giudizio.

Il sesto motivo, poi, criticava la determinazione n. 108/2023 sotto il profilo che l'Amministrazione non avesse ravvisato la necessità di sospendere il procedimento di gara nell'attesa dell'esito del giudizio.

Infine, la settima doglianza riproponeva sostanzialmente il tema, già sollevato con il ricorso originario, della finalità asseritamente "punitiva" sottostante all'esclusione della Romanelli.

10. L'aggiudicataria Europa 2002 con un'ulteriore memoria difensiva prospettava plurimi profili di inammissibilità tanto dei motivi aggiunti quanto dell'impugnativa avversaria nel suo complesso, oltre ad insistere sull'infondatezza del complessivo gravame nel merito.

11. La domanda cautelare formulata dalla ricorrente con i motivi aggiunti trovava accoglimento dapprima con il decreto n. 106 del 12 ottobre 2023 e poco dopo con l'ordinanza n. 110 del 26 ottobre 2023, con la quale veniva confermata la sospensione dell'efficacia del provvedimento di aggiudicazione e fissata, per la trattazione del giudizio nel merito, l'udienza di discussione del 10 gennaio 2024.

Le parti costituite depositavano indi le proprie ulteriori memorie e repliche, insistendo nelle conclusioni rispettivamente rassegnate nei propri scritti.

13. Infine, all'udienza pubblica del 10 gennaio 2024, all'esito della discussione tra le parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio deve affrontare preliminarmente le eccezioni di inammissibilità del ricorso principale e dei motivi aggiunti articolate dalla controinteressata nelle sue memorie del 3 e del 19 ottobre 2023.

2. Più specificamente, si avrà qui riguardo subito alle ragioni di inammissibilità dei motivi aggiunti che la resistente ricollega all'impugnativa avversaria delle note n. 0010588-P del 12 novembre della Soprintendenza archeologia, belle arti e paesaggio del Molise e n. 181379 del 24 novembre 2020 della Regione Molise, atti indicati nella superiore epigrafe alle lettere D) ed E).

In proposito la controinteressata ricorda che le note sopraindicate, costituenti l'autorizzazione paesaggistica emessa in relazione al progetto esecutivo oggetto di gara, erano confluite nella delibera giuntale del Comune di Carovilli n. 71 del 22 dicembre 2020, di approvazione del progetto esecutivo oggetto della gara.

3. Ciò premesso, secondo la soc. Europa 2002 i motivi aggiunti si sarebbero dovuti dichiarare innanzitutto inammissibili ex art. 41, comma 2 del cod.proc.amm. per la

loro mancata notifica nei confronti delle rispettive autorità emananti, Soprintendenza e Regione Molise.

Un secondo profilo di inammissibilità dei motivi aggiunti sarebbe riscontrabile nella violazione del principio di specificità dei motivi di impugnazione: la ditta Romanelli aveva indicato le predette note tra i provvedimenti impugnati, senza però aver articolato nei loro confronti alcuna particolare censura.

Una terza ragione di inammissibilità si riscontrerebbe, poi, nella mancata impugnativa della delibera di giunta comunale n. 71 del 22 dicembre 2020, con la quale la Stazione Appaltante aveva acquisito le citate note ai fini dell'approvazione del progetto esecutivo a base di gara.

4. Le suddette eccezioni di inammissibilità non colgono nel segno.

5. Il Collegio osserva come le note indicate nelle lettere D) ed E) sono state impugunate nei motivi aggiunti con la dicitura “*solo se ed in quanto autonoma e lesiva*”, ossia sotto la duplice condizione che le stesse: - avessero una propria incidenza sulla *res controversa*; - fossero ritenute dal Collegio lesive delle ragioni della ricorrente. Ora, ad avviso del Collegio l'impugnazione delle note in analisi si rivela sostanzialmente estranea al *thema decidendum*, circoscritto ai provvedimenti che disponevano prima l'esclusione del Romanelli dalla gara per mancata dimostrazione del rispetto del costo della manodopera *ex art. 95, comma 10 del Codice dei contratti pubblici*, e di riflesso la susseguente aggiudicazione alla controinteressata.

La formale impugnativa delle note della Soprintendenza e della Regione si manifesta pertanto effettuata solo *ad abundantiam*, in via del tutto tutioristica e senza poter incidere in alcun modo sulla cognizione di questo Giudice Amministrativo sul merito della controversia.

Infatti, gli atti di cui alle lettere D) ed E):

- sono, come già detto, estranei alla *res controversa*;
- non sono comunque idonei a produrre dei propri effetti lesivi autonomi e diretti nei confronti della ricorrente, per essere stati emessi in rapporto a un procedimento di approvazione del progetto esecutivo con prescrizioni indirizzate essenzialmente nei confronti del Comune, sia pure in funzione del successivo esercizio del suo potere di definizione delle prestazioni da richiedere agli operatori economici nella successiva e autonoma fase della gara; e nell'ambito di quest'ultima il Comune non ha ravvisato alcuna criticità nell'offerta tecnica della Romanelli con riguardo alle prescrizioni indicate nelle citate note.

Essendo quindi l'impugnazione delle note in analisi priva di autentica effettività, le prime tre eccezioni di inammissibilità dei motivi aggiunti devono essere rigettate.

6. La stessa sorte compete però anche ad un'ulteriore eccezione di inammissibilità, stavolta riferita all'intera impugnativa, e basata su di una supposta carenza originaria dell'interesse ad agire in capo alla Romanelli.

La controinteressata allega che la già citata nota della Soprintendenza imponeva *“l'utilizzo di PIETRAME LOCALE ed apparecchiatura a ricorsi orizzontali”* in sede di realizzazione dei gabbioni all'interno dell'alveo del torrente (pag. 2 della memoria). Sicché ogni operatore economico partecipante alla gara doveva attenersi, nella formulazione della propria offerta tecnica, a tale prescrizione, pena l'esclusione dalla gara: questo in ragione di quanto disposto dal paragrafo 4.1b del disciplinare, a tenore del quale non potevano ritenersi ammissibili le offerte tecniche in contrasto *“con autorizzazioni, pareri o altri atti di assenso, comunque denominati, già espressi con atti pubblici o recepiti in questi, o con prescrizioni imposte negli stessi atti”*.

Tanto premesso, ad avviso della stessa resistente la Romanelli non avrebbe alcun interesse alla presente impugnativa, atteso che, quand'anche risultasse vittoriosa nel

presente giudizio, essa sarebbe comunque destinata ad esclusione dalla gara, in quanto nella relazione illustrativa della sua offerta tecnica essa aveva dichiarato che avrebbe riempito i gabbioni con materiale riciclato, così violando la prescrizione del necessario utilizzo del pietrame locale nella detta operazione di riempimento.

Senonché, l'eccezione è contraddetta da plurime ragioni.

6.1. *In primis*, sul piano processuale, va osservato che il relativo tema, agitando una questione di carenza di requisito, non rilevata dalla Stazione appaltante, nell'offerta avversaria, non può essere sollevato in via di mera eccezione, ma, come ben obiettato dalla ricorrente, avrebbe dovuto essere presentato nelle forme canoniche del ricorso incidentale *ex art. 42 del cod.proc.amm.* avverso l'ammissione in gara della ditta Romanelli.

L'Europa 2002, invero, prospetta un motivo di esclusione totalmente nuovo rispetto a quello sollevato dall'Amministrazione nei provvedimenti impugnati con il ricorso principale.

Ne consegue che in difetto di ricorso incidentale l'eccezione di inammissibilità del ricorso non può essere scrutinata.

6.2. Anche a voler analizzare nel merito l'eccezione per completezza di disamina, però, il Collegio non ravvisa nell'offerta della Romanelli alcuna violazione delle prescrizioni sull'impiego dei materiali.

A differenza di quanto sostenuto dalla controinteressata, la predetta nota della Soprintendenza ha imposto testualmente che *“per le gabbionate si usi materiale locale ed apparecchiatura a ricorsi orizzontali, come da tradizione”*.

L'impiego del termine “materiale” attribuiva quindi, ad avviso del Collegio, un consistente margine di discrezionalità tecnico-amministrativa alla Stazione

Appaltante, proprio in rapporto alla natura del materiale utilizzabile e alla sua provenienza, nella successiva predisposizione degli elaborati di gara.

E tale discrezionalità ha trovato espressione in alcuni rilevanti paragrafi del Capitolato speciale d'appalto, il quale ha bilanciato l'aspetto della provenienza dei materiali con quello della imprescindibile qualità e idoneità dei medesimi ai fini dell'esecuzione dell'opera.

Sul tema dell'idoneità del materiale da proporsi, da parte degli operatori economici, nelle proprie offerte tecniche, il paragrafo 4.1. del Capitolato, rubricato "*Qualità e provenienza dei materiali*", prescrive chiaramente quanto segue: "*I materiali occorrenti per la costruzione delle opere d'arte proverranno da quelle località che l'Appaltatore riterrà di sua convenienza, purché ad insindacabile giudizio della Direzione dei Lavori siano riconosciuti della migliore qualità della specie e rispondano ai requisiti appresso indicati*".

E con particolare riguardo al pietrame la lettera h) del paragrafo specifica le seguenti caratteristiche minime, ancorate a un giudizio di qualità da compiersi in concreto.

"Pietrame. - Le pietre naturali da impiegarsi nella muratura e per qualsiasi altro lavoro dovranno corrispondere ai requisiti richiesti dalle norme in vigore e dovranno essere a grana compatta ed ognuna monda da cappellaccio, esenti da piani di sfaldamento, senza screpolature, peli, venature, interclusioni di sostanze estranee; dovranno avere dimensioni adatte al particolare loro impiego ed offrire una resistenza proporzionata all'entità della sollecitazione cui devono essere assoggettate. Saranno escluse le pietre alterabili all'azione degli agenti atmosferici e dell'acqua corrente. Le pietre da taglio, oltre a possedere gli accennati requisiti e caratteri generali, dovranno essere sonore alla percussione, immuni da fenditure e litoclasti e di perfetta lavorabilità. Il profilo dovrà presentare una resistenza alla compressione non inferiore a 1600 kg/cm² ed una resistenza all'attrito radente (Dorry) non inferiore a quella del granito di S. Fedelino, preso come termine di paragone".

Analogo criterio sulla qualità del materiale è, inoltre, espresso nei paragrafi successivi del Capitolato, che trattano specificamente proprio le operazioni di riempimento delle gabbionate.

Il paragrafo 4.12.2., intitolato “*Gabbionata in rete metallica zincata rinverdita*”, specifica che “*gli scatolari, una volta assemblati devono essere riempiti in loco con pietrame grossolano o ciottoli non friabili di pezzatura (generalmente Ø 100 - 200 mm) non inferiore ad 1,5 volte la dimensione minima della maglia*”. E nello stesso senso dispone il paragr. 4.21 (“*GABBIONI E LORO RIEMPIMENTO*”), secondo cui “*Il riempimento dei gabbioni verrà effettuato con pietrame o ciottoli (di dimensioni tali che non possano passare in alcun senso attraverso le maglie della rete) collocati a mano e le fronti in vista saranno lavorate analogamente alle murature a secco con analogo onere di paramento*”.

Il complesso delle prescrizioni esposte, quindi, è univoco nell’attribuire alla Direzione lavori, nel contesto di un confronto tecnico-dialettico con l’appaltatore sul materiale e la sua provenienza, il compito di valutare, necessariamente in concreto, la sua utilizzabilità rispetto all’opera.

Tale quadro si arricchisce infine della circostanza, prescritta dallo stesso Capitolato speciale, che ogni operatore economico doveva prevedere nella propria offerta il rispetto dei criteri ambientali minimi (C.A.M.). In detti criteri emerge difatti anche l’obbligo dell’impiego di materia riciclata o recuperata nella percentuale minima del 15% in peso valutato sul totale dei materiali utilizzati (pag. 71). Il Capitolato, infatti, prescrive quanto segue: “*Il contenuto di materia recuperata o riciclata nei materiali utilizzati per l’edificio, anche considerando diverse percentuali per ogni materiale, deve essere pari ad almeno il 15% in peso valutato sul totale di tutti i materiali utilizzati. Di tale percentuale, almeno il 5% deve essere costituita da materiali non strutturali.*”

Per le diverse categorie di materiali e componenti edilizi valgono in sostituzione, qualora specificate, le percentuali contenute nel capitolo "Criteri specifici per i componenti edilizi". Il suddetto requisito può essere derogato nel caso in cui il componente impiegato rientri contemporaneamente nelle due casistiche sotto riportate:

- 1) abbia una specifica funzione di protezione dell'edificio da agenti esterni quali ad esempio acque meteoriche (membrane per impermeabilizzazione);*
- 2) sussistano specifici obblighi di legge a garanzie minime di durabilità legate alla suddetta funzione'.*

Dalla suddetta disciplina complessiva emerge, quindi, che la Romanelli ben poteva, in sede di offerta, indicare per la lavorazione in discorso l'uso, anche esclusivo, di materiali riciclati o recuperati, nel perseguimento delle esigenze ambientali previste dal capitolato, e non certo escluse *a priori* dalla nota della Soprintendenza, salvo comunque, in fase di concreta esecuzione dell'appalto, il vaglio di qualità e provenienza del materiale da parte della competente Direzione lavori.

Ne consegue che, a differenza di quanto sostenuto dalla controinteressata, non risulta in alcun modo provato che il dichiarato impiego da parte della Romanelli di materiale riciclato per le operazioni di riempimento avrebbe giustificato la conseguenza della sua automatica esclusione dalla gara.

In conclusione, l'eccezione di inammissibilità in esame per difetto d'interesse del Romanelli al ricorso risulta, oltre che inammissibile, anche infondata.

7. Superato il vaglio delle predette eccezioni di inammissibilità, il Collegio deve ora entrare nel merito della controversia.

8. Il ricorso originario e i motivi aggiunti sono fondati per le ragioni di cui si darà contezza nel prosieguo.

Si anticipa sin d'ora che devono essere accolti i motivi del ricorso originario nn. 1, 2, 3 e 4, nonché, con limitato riferimento al vizio dell'illegittimità derivata, la prima doglianza dei motivi aggiunti, in quanto la stazione appaltante, in estrema sintesi:

- anziché attenersi a una valutazione rigorosamente parametrata sulla verifica del costo della manodopera della Romanelli, ai sensi del combinato disposto degli artt. 95, comma 10, 97, comma 5, lett. d), e 23, comma 16 del Codice, ha espresso nell'occasione anche non poche valutazioni attinenti al diverso tema della generale congruità della sua offerta economica;
- non ha dato alcuna dimostrazione della effettiva sussistenza di un contratto di subappalto tra la Romanelli e un terzo imprenditore, poggiando il proprio assunto, sul punto, su affermazioni solo laconiche e apodittiche, senza tener nemmeno conto delle giustificazioni fornite in merito dalla ricorrente;
- non ha nemmeno valutato correttamente i costi della manodopera quantificati dalla Romanelli nelle proprie giustificazioni, dei quali non si è affatto dimostrata l'incompatibilità con i minimi salariali imposti dalle tabelle ministeriali; né si è tenuto conto della legittima quantificazione delle voci di costo della manodopera in rapporto alle differenziate tipologie delle prestazioni in appalto (non solo OG8, ma anche OG3).

9. La complessità delle questioni giuridiche sollevate dalla presente impugnativa richiede una breve disamina normativa e giurisprudenziale sul potere amministrativo di verifica del costo della manodopera nelle procedure di evidenza pubblica.

L'articolo 95, comma 10 del Codice degli appalti prescrive 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)'.

Il richiamato articolo, 97, comma 5 dello stesso Codice prevede poi che la stazione appaltante richieda *“per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni. Essa esclude l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4 o se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa in quanto: (...) d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16”.*

Da siffatto quadro normativo si ricava, dunque, la regola che, prima di disporre l'aggiudicazione definitiva della gara all'operatore posizionatosi utilmente nella graduatoria, la stazione appaltante debba accertare l'adeguatezza dei costi della manodopera da questo indicati nell'offerta economica, in rapporto ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle elaborate dal Ministero del Lavoro sulla base dell'art. 23, comma 16 del Codice.

Anche i decreti ministeriali attuativi delle prescrizioni appena ricordate confermano questa modalità di esercizio del potere di verifica in analisi.

In attuazione dell'art. 8, comma 10 *bis* del d.l. n. 76/2020 - che recepiva quanto definito dalle Parti sociali del settore edile con l'Accordo collettivo del 10 settembre 2020- il Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali n.143 del 25 giugno 2021 prescrive, all'art. 3, comma 1, che *“la verifica della congruità della manodopera impiegata è effettuata in relazione agli indici minimi di congruità riferiti alle singole categorie di lavori, riportati nella tabella allegata al citato Accordo collettivo del 10 settembre 2020, sottoscritto dalle organizzazioni più rappresentative per il settore edile”.*

L'esegesi giurisprudenziale delle suddette norme conferma questa ricostruzione del potere di verifica dei costi della manodopera. Si osserva, infatti, con un costante orientamento cui questo Tribunale aderisce, che la verifica ex art. 95, comma 10 cit. *“ottiene esclusivamente al rispetto dei minimi salariali retributivi, così come indicati nelle apposite tabelle ministeriali di cui all'art. 23, comma 16, del decreto legislativo n. 50 del 2016, per cui essa non dà luogo ad un sub procedimento di verifica di anomalia dell'offerta che tende a indagare la serietà e affidabilità dell'offerta nel suo complesso (cfr. tra le molte, Cons. Stato, sez. IV, 18 dicembre 2023, n. 10886).*

Il punto nodale della valutazione suscettibile di condurre all'esclusione dell'offerta, quindi, *“non è il contenuto della dichiarazione in sé considerata, quanto, piuttosto, la verifica circa l'eventuale violazione degli obblighi retributivi minimi, indipendentemente dalla congruità dell'offerta valutata nel suo complesso”*: sicché assume rilievo centrale e decisivo *“la circostanza se i costi indicati risultino congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori o dei servizi, per la cui valutazione si utilizzano i valori riportati nelle tabelle ministeriali”* (cfr. T.A.R. Lazio – Roma, sez. IV, 18 luglio 2023, n. 12118).

10. Così ricostruito il *proprium* del potere in analisi della stazione appaltante, il Collegio deve osservare che l'Amministrazione nel caso di specie non ha compiuto una semplice verifica dei costi della manodopera, bensì ha dato ambigualmente luogo, almeno in parte, a una più ampia valutazione sulla congruità dell'offerta nel suo complesso, violando in tal modo la stessa norma attributiva del potere amministrativo azionato ai sensi dell'art. 95, comma 10 del Codice.

11. Sono, invero, riconducibili solo a una valutazione sulla generale congruità dell'offerta/giudizio di anomalia le osservazioni dell'Amministrazione che riguardano:

a) il forte ribasso d'asta praticato dalla Romanelli nell'offerta economica, pari all'8,99 %, il quale, a detta della Commissione giudicatrice, avrebbe “*assorbito, in pratica, quasi totalmente il canonico 10% universalmente accertato come misura di valutazione dell'utile di impresa*” (cfr. verbale n. 5 pag. 4);

b) il punto della previsione in sede di offerta economica di un costo della manodopera, pari a euro 53.000,00, tale che l'impresa non avrebbe avuto alcun'altra voce su cui reperire margini di guadagno (cfr. verbale n. 5 pag. 4);

c) la tematica del *know-how* aziendale in ordine alle modalità di esecuzione dei lavori, in relazione alla quale l'Amministrazione deduce, invece, la circostanza per cui la ricorrente si sarebbe avvalsa di un altro soggetto per la SOA.

Questi argomenti, infatti, afferiscono non già a un giudizio sul costo della manodopera, basato sulla stretta verifica del costo dichiarato nell'offerta in rapporto ai valori indicati nelle tabelle ministeriali, bensì solo a una ipotetica valutazione sulla generale congruità dell'offerta economica del concorrente.

Donde l'illegittimità del provvedimento di esclusione per la parte in cui così motivato.

12. Ma anche le considerazioni più pertinenti alla verifica del costo della manodopera sono, ad avviso del Collegio, illegittime.

Esse presentano, invero, molteplici elementi sintomatici dello sviamento del potere amministrativo esercitato in concreto nei confronti della Romanelli; e ognuno di essi, peraltro, evidenzia anche autonome ragioni di illegittimità.

13. In primo luogo, alcuna omissione dei costi della manodopera può essere correttamente inferita dall'assunta esistenza di un contratto di subappalto non dichiarato tra la Romanelli e un terzo, avente a oggetto le prestazioni di consegna e montaggio in cantiere dei gabbioni e dei materassi Reno.

Nello specifico, nel verbale della Commissione n. 5 del 23 agosto 2023 si legge che *“l’impresa, nel passaggio in cui evidenzia che i gabbioni e i materassi saranno montati e forniti da un soggetto terzo, in base a un contratto che costituisce subappalto ai sensi dell’art. 105, comma 2 del D.Lgs. n.50/216, ha implicitamente ammesso di non aver indicato tutti i costi della manodopera necessaria per l’esecuzione dell’intero contratto e di aver, pertanto, contravvenuto a un preciso obbligo su di essa incombente”*.

Nondimeno, questa affermazione non è idonea a dimostrare la sussistenza di un contratto di subappalto, e perciò quella di un conseguente occultamento dei costi del personale della ricorrente.

La Romanelli, invero, nella propria “offerta tecnica” non aveva mai prospettato all’Amministrazione che si sarebbe avvalsa, per l’esecuzione di una parte dei lavori, delle prestazioni di una ditta subappaltatrice. Né, come si avrà modo di precisare in prosieguo, l’Amministrazione avrebbe potuto automaticamente desumere la sussistenza di un’ipotesi di subappalto dalla mera indicazione fatta dalla ricorrente nel DGUE ai sensi dell’art 85 del Codice dei contratti pubblici.

Tanto premesso, la configurabilità della presenza, nella vicenda, di una ipotesi di ricorso al subappalto non può reputarsi affatto congruamente argomentata.

13.1. La Stazione appaltante non si è minimamente rappresentata, in particolare, la possibilità che lo schema operativo prefigurato dalla Romanelli avrebbe potuto costituire, in realtà, solo un contratto di vendita, pur con clausole eventualmente anche atipiche, o un contratto di fornitura: un contratto cioè caratterizzato da un profilo di *dare* prevalente sul *facere*.

Il Collegio ricorda, in merito, che i contratti di subappalto e di fornitura, pur se in qualche caso vicini tra loro, si differenziano comunque nei loro elementi essenziali.

La fornitura, disciplinata nell’ambito dello schema legale del contratto di

somministrazione di cui all'art. 1159 e ss. del codice civile per le prestazioni di beni, consiste in una forma contrattuale ove una parte si obbliga a eseguire nei confronti di un'altra parte delle prestazioni periodiche o continuative di beni, verso il pagamento di un corrispettivo. Diversamente, il contratto di subappalto di cui all'art. 105 del Codice dei contratti pubblici descrive quella forma contrattuale in cui un terzo affida l'esecuzione di una parte dell'opera, nella sede di cantiere, a proprio rischio e mediante una propria organizzazione di mezzi e personale (l'art. 105 precisa che *“Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto”*).

Orbene, la distinzione tra le due forme contrattuali ricade sull'assunzione del rischio finale d'impresa: con il subappalto, il subappaltatore si sostituisce all'affidatario della commessa nei confronti dell'Amministrazione, mentre con la vendita o fornitura la prestazione di base, seppur effettuata da altri, è acquisita nella stessa organizzazione aziendale del cliente acquirente o somministrato, il quale si accolla al riguardo il rischio d'impresa discendente da un eventuale difetto o difformità della prestazione. Come ben precisato dal Consiglio di Stato sul punto, *“la distinzione tra le figure contrattuali si fonda non solo sulla specificità delle prestazioni, ma anche sulla diversità degli effetti giuridici dei tipi di contratto. Le prestazioni sono infatti dirette a destinatari diversi: nel caso del subappalto, il contratto è stipulato con l'amministrazione, sostituendosi all'affidatario; nell'altro caso, le prestazioni sono rese in favore dell'aggiudicatario che le riceve, inserendole nell'organizzazione di impresa necessaria per adempiere alle obbligazioni contrattuali e le riutilizza inglobandole nella prestazione resa all'amministrazione appaltante. Nel subappalto vi è un'alterità anche sul piano organizzativo, tra appaltatore e subappaltatore, poiché la parte di prestazione contrattuale è affidata dall'appaltatore a un terzo che la realizza direttamente attraverso la propria organizzazione; diverso è il caso in cui la prestazione resa è inserita all'interno dell'organizzazione*

imprenditoriale dell'appaltatore. Ne deriva che la disciplina in tema di subappalto non è estendibile, se non si dimostri che il contratto costituisca solo uno schermo per il contratto di subappalto” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 31 maggio 2021, n. 4150).

L'Amministrazione avrebbe dovuto pertanto dimostrare, tanto sul piano probatorio quanto su quello logico- argomentativo, la sussistenza nel caso di specie di un contratto di subappalto: ma di questa dimostrazione non vi è traccia.

13.2. L'Amministrazione sembra desumere la configurabilità del subappalto dalla sola dichiarazione della Romanelli, resa nelle proprie giustificazioni, che, a seguito di un vantaggioso accordo concluso con la ditta fornitrice, i gabbioni e i materassi Reno sarebbero stati consegnati, in cantiere, già montati. La stazione appaltante è ancora quindi la ritenuta esistenza di un contratto di subappalto essenzialmente all'attività di montaggio in sito dei gabbioni e dei materassi Reno che il terzo avrebbe dovuto comunque fornire.

13.3. Sennonché, ad avviso del Collegio, la documentazione versata in atti non supporta una simile qualificazione dello schema operativo delineato dal concorrente. La *lex specialis*, invero, non qualifica il montaggio delle gabbionate e dei materassi Reno quale prestazione essenziale in capo all'appaltatore, sì dà potersi ritenere che, ove questa fosse stata affidata dal medesimo a terzi, si verserebbe in un'ipotesi di subappalto.

Il Capitolato speciale d'appalto, al riguardo, chiarisce che la detta prestazione di montaggio si pone quale attività meramente eventuale dell'appaltatore rispetto alla posa in opera. Questo, in particolare, nel già citato paragrafo 4.12.2., relativo alla “*Gabbionata in rete metallica zincata rinverdita*”, dove si prevede che gli scatolari, “*una volta assemblati*”, devono essere poi riempiti in loco, lasciando così, in sostanza, libero

l'appaltatore di decidere che la fase di assemblaggio degli scatolari possa non avvenire in cantiere (come invece necessario per il loro riempimento).

E anche il computo metrico estimativo depone per l'esclusione della prestazione del montaggio da quelle necessarie dell'appaltatore.

Nelle sue voci nn.16 e 19, relative alle gabbionate e ai materassi Reno, il computo si esprime infatti con il solo riferimento alla "posa in opera", senza includere la prestazione del montaggio tra quelle dell'appaltatore oggetto di considerazione.

Le due voci si sostanziano nei seguenti termini:

- *"VOCE N. 16 - F.T.003 - Gabbioni a scatola di forma rettangolare diaframmato, in rete metallica a doppia torsione con maglia esagonale tipo 8 x 10 in accordo con le "Linee Guida" emesse dalla Presidenza del Consiglio Superiore LL.PP. il 12/05/06, tessuta con trafilato di ferro, avente un diametro pari a 2,70 mm, galvanizzato con lega eutettica di zinco-alluminio (5%) - cerio - lantanio conforme alle EN 10244 - classe A con un quantitativo non inferiore a 245 g/mq. Posta in opera compresa la fornitura del ciottolame, il riempimento e la sistemazione meccanica e manuale dello stesso: 2 x 1 x 1 m";*

- *"VOCE N. 19 - F.T.004 - Materassi metallici a tasche, diaframmati, in rete metallica a doppia torsione e maglia esagonale da 6 x 8 in accordo con le "Linee Guida" emesse dalla Presidenza del Consiglio Superiore LL.PP. il 12/05/06, tessuta con trafilato di ferro, avente diametro 2,2 ÷ 3,2 mm, rivestito in lega eutettica di zincoalluminio (5%)-cerio-lantanio, conforme alle norme EN 10244 - classe Ac ASTM 856 con un quantitativo ? 215 g/mq, compreso di riempimento e sistemazione meccanica e manuale del ciottolame: 3 x 2 x 0,23 m".*

13.4. Il Collegio non può poi esimersi dal rilevare la tipicità socio-economica di un contratto di vendita o fornitura di beni altamente specializzati che comprenda anche la prestazione ancillare del loro montaggio da parte del medesimo fornitore.

13.5. Né può ritenersi indice dell'effettiva esistenza di un subappalto la mera circostanza che la Romanelli, nel DGUE, avesse dichiarato la propria -non meglio precisata- intenzione di subappaltare.

Come ben osservato dalla ricorrente, la sola dichiarazione riportata nel DGUE ai sensi dell'art 85 del codice non determina *ex se* l'impiego del subappalto, che necessita di ulteriori riscontri costitutivi negli atti di gara.

Occorre evidenziare sul punto che nel caso di specie il subappalto appartenerebbe alla categoria del c.d. subappalto facoltativo. Ai sensi dell'art. 105 del Codice dei contratti pubblici, tale forma di subappalto si distingue: a) per essere rimessa alla libera scelta dell'appaltatore; b) per non avere attinenza ai requisiti di partecipazione alla procedura (ai quali si riferisce, invece, il subappalto c.d. obbligatorio); c) per essere afferente alla sola fase della mera esecuzione dei lavori.

Ora, nel caso di specie il Romanelli non ha dichiarato la volontà di avvalersi del subappalto ai fini della integrazione dei requisiti di partecipazione specialistici, con riguardo ai quali ha, invece, optato per la diversa soluzione dell'avvalimento con una società terza, la Fusco Pasquale Costruzioni s.r.l.

In tale circostanza, allora, la sua -oltretutto assai generica- manifestazione di volontà di avvalersi del subappalto entro i limiti di legge si pone alla stregua di una mera dichiarazione di intenti, senza che dalla stessa possa desumersi alcun effetto automatico di qualificazione giuridica delle modalità di realizzazione dell'appalto proposte dalla ditta.

Questa considerazione trova supporto nella giurisprudenza amministrativa in materia, la quale distingue l'efficacia delle manifestazioni di volontà di avvalersi del subappalto rese nel DGUE a seconda dei casi di subappalto c.d. necessario o solo facoltativo.

Nello specifico, *“nella dichiarazione di subappalto “necessario” viene in rilievo non una mera esternazione di volontà dell’operatore economico quale è la dichiarazione di subappalto “facoltativo”, bensì una delle modalità di attestazione del possesso di un requisito di partecipazione, che non tollera di suo il ricorso a formule generiche o comunque predisposte ad altri fini, pena la violazione dei principi di par condicio e di trasparenza che permeano le gare pubbliche”* (cfr. tra le molte, Cons. Stato, sez. V, 1° luglio 2022, n. 5491).

La stessa sentenza, nel ripercorrere l’orientamento giurisprudenziale in illustrazione, chiarisce ulteriormente quanto segue: *“con la dichiarazione di subappalto “necessario” “il concorrente non si limita [...] a far riserva della possibilità di eseguire una parte dei lavori tramite subappaltatore, ma vuol far valere i requisiti di quest’ultimo al fine di soddisfare le previsioni partecipative contenute nella lex specialis, su cui la stazione appaltante è chiamata a svolgere tutte le verifiche funzionali (anzitutto) alla gara”. Ne deriva che in tal caso l’indicazione del ricorso al subappalto ai fini dell’integrazione dei requisiti di gara “configura una vera e propria manifestazione di volontà da parte dell’operatore, che incide sulla stessa conformazione funzionale del concorrente e sulla correlata modulazione dei requisiti, anche ai fini della corrispondente verifica da parte dell’amministrazione. Il che si pone del resto in coerenza con i principi in base ai quali - in particolare, ai fini dell’integrazione dei requisiti nell’ambito dei Rti - non è l’astratto possesso del requisito ad assumere rilievo in sé, bensì la concreta spendita di questo da parte del concorrente, non passibile di modifiche successivamente alla presentazione delle domande (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 27 marzo 2019, n. 6, cit; cfr. anche V, 23 aprile 2020, n. 2591; 31 luglio 2019, n. 5427)”. Con la conseguenza che “la mera dichiarazione di voler far ricorso al subappalto non può determinare di per sé l’impiego e la spendita di detto subappalto al fine d’integrare i requisiti di gara” (così, Cons. Stato, V, 13 agosto 2020, n. 5030)”* (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 5491/2022 cit.).

Alla luce dell'impostazione appena ricordata, dunque, non sussistono dubbi sul fatto che la generica riserva di subappalto facoltativo formulata dalla Romanelli nel proprio DGUE sia inidonea a sostenere le argomentazioni a base del provvedimento impugnato: *in primis* sotto il profilo che tale indicazione, oltre a essere non impegnativa, lasciava del tutto impregiudicata la questione della corretta qualificazione giuridica del contratto che l'operatore avrebbe concluso con i terzi.

13.6. Concludendo sul punto, consegue da quanto esposto che, essendo rimasto indimostrato il fatto del ricorso al subappalto da parte della ditta Romanelli, il richiamo a quest'ultimo schema non vale in alcun modo a supportare la conclusione raggiunta dall'Amministrazione nell'esercizio del proprio potere di verifica del costo della manodopera della concorrente.

14. L'assunta violazione del costo della manodopera non può però trovare fondamento nemmeno nella circostanza della riduzione delle giornate lavorative indicate dalla ricorrente, dalle 188 dichiarate in sede di offerta temporale alle 59 addotte in sede di giustificazioni.

Nel verbale n. 5 la Commissione afferma che tale riduzione sarebbe stata operata unicamente allo scopo di far "quadrare i conti".

14.1. Tuttavia tale asserto, per quanto capace di facile suggestione, non tiene in debito conto la possibilità per l'offerente di rimodulare al ribasso, nella sede procedimentale di cui si discute, la previsione di durata dei lavori pur già formulata nella sua offerta temporale, occorrendo ricordare che quest'ultima era sul punto sostanzialmente vincolata dalla *lex specialis*.

Il disciplinare di gara ha stimato l'importo complessivo di gara (IVA inclusa) in euro 469.978,78, di cui ben euro 183.103,81 quale costo stimato per la manodopera. E indicato altresì, quale durata naturale e consecutiva dell'appalto, quella complessiva

di 235 giorni. Sicché, ai fini dell'ammissibilità dell'offerta temporale, il suo capo 4, paragrafo 4.1.a. (pag. 16) ha indicato proprio in 188 giorni il tempo di esecuzione minimo dell'appalto che avrebbe potuto essere offerto.

Ebbene, questo vincolo preliminare per l'ammissione delle offerte temporali ha inevitabilmente condizionato gli operatori economici nella formulazione dei contenuti delle loro rispettive offerte, impedendo in radice la prospettazione di un'offerta temporale di ulteriore ribasso, che potesse meglio sfruttare le capacità organizzative della singola impresa.

La presentazione da parte della ricorrente di un'offerta temporale di 188 giorni rifletteva, pertanto, una soglia al di sotto della quale la sua offerta di gara non sarebbe potuta andare.

Va poi rimarcato l'ulteriore punto che il costo stimato dall'Amministrazione per la manodopera in ben euro 183.103,81 corrispondeva a un dato decisamente sovrabbondante.

La stessa controinteressata ha difatti riconosciuto, come si sta per vedere, che i costi della manodopera, così come emergenti dal computo metrico, secondo i parametri minimi di cui al d.m. n. 143/2021 sarebbero stati, in realtà, di poco superiori ai 60mila euro (precisamente, € 63.652,62).

Come precisato dall'Europa 2002 nella memoria per l'udienza di merito alle pagine 8 e 9, per le lavorazioni OG8 e altre opere minori i costi della manodopera, così come emergenti dal computo metrico, sempre secondo i parametri minimi di cui al d.m. n.143/2021 ammonterebbero ad euro 63.652,62, in ragione del seguente calcolo:

A) per le lavorazioni OG8:

- "demolizioni, rimozioni e scavi" per € 36.848,23;

- “opere di consolidamento” per €216.561,67;
- “opere di sistemazione idraulica”, per € 155.145,80;
- “opere provvisionali” per € 2.994,22;
- “costi sicurezza covid” per € 4.500,00;

l’incidenza dei costi della manodopera si attesterebbe a per € 55.376, 25;

B) per quelle ancillari:

- “ingegneria naturalistica”, ctg. OG13, per l’importo di € 17.651,70, con una incidenza

dei costi della manodopera per € 2.907, 23;

- “rispristino e finitura conglomerato bituminoso”, ctg. OG6, per l’importo di € 15.180,48, con una incidenza dei costi della manodopera per € 1.894,52;

- “opere accessorie staccionate in legno”, ctg. OG13, per l’importo di € 21.096,66, con una

incidenza dei costi della manodopera per € 3.474,62.

14.2. In questo contesto, sembra quindi ampiamente ragionevole ritenere che, nella successiva sede di definizione del costo della manodopera, la ditta Romanelli potesse ben presentare un’indicazione al ribasso del dato di durata dei lavori indicato nella propria offerta temporale: rimodulazione che l’Amministrazione non poteva allora disattendere a priori, com’è avvenuto, sol perché divergente dal numero di giornate indicato con l’offerta temporale, ma avrebbe dovuto vagliare e verificare, nella sua concreta sostenibilità, con diligente attenzione.

E questo avendo riguardo: - al predetto vincolo posto dalla *lex specialis* ai fini dell’ammissione delle offerte temporali; - alla allegazione, da parte della ditta Romanelli, del possesso di un’organizzazione aziendale che poteva in concreto far raggiungere il medesimo risultato anche in minor tempo, con l’ausilio di una

strumentazione meccanica il ricorso alla quale non era dalla *lex specialis* escluso; - alla indicazione della rimodulazione della forza lavoro di 4 operai con doppi turni; - alla conclusione di un contratto di fornitura comprensivo delle operazioni di montaggio, che sarebbero state quindi svolte dallo stesso fornitore e non dall'appaltatore; - all'invarianza, infine, del costo della manodopera da ultimo indicato rispetto a quello già rappresentato in sede di offerta economica.

14.3. Non avendo l'Amministrazione operato una simile obiettiva valutazione, il Tribunale è quindi dell'avviso che la sua decisione non possa rinvenire valido fondamento neppure nella riduzione delle giornate lavorative indicate dalla ricorrente rispetto alla propria offerta temporale di gara.

15. Né può valere l'ulteriore argomento che la somma indicata dalla ricorrente quale costo della manodopera per euro 53.000,00 non sarebbe stata rispettosa della percentuale minima inderogabile di incidenza della manodopera sul valore complessivo dell'opera, pari al 13,31% sui lavori afferenti alla categoria OG8.

15.1. La soc. Europa 2002 rappresenta che per la verifica di congruità dei costi della manodopera, con riferimento ai lavori pubblici, occorre tener presente la percentuale d'incidenza della manodopera fissata nella Tabella allegata all'Accordo collettivo del 10 settembre 2020 e confluita nel Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali n.143 del 25 giugno 2021. E aggiunge che per i lavori a base di gara, afferenti alla categoria OG8, la percentuale d'incidenza minima inderogabile della manodopera sul valore dell'opera è pari al 13,31%.

Secondo la controinteressata, nel caso di specie la somma minima inderogabile dei costi della manodopera dovrebbe difatti essere quantificata nei seguenti termini: a) in relazione al valore complessivo dell'appalto pari ad € 469.978,56, l'importo minimo dei costi della manodopera dovrebbe ammontare ad € 62.554,15; b) in

relazione, invece, al valore ribassato pari ad € 447.175,26, l'importo minimo risulterebbe pari ad € 59.519,03 (cfr. pag. 4 della memoria del 3 ottobre 2023).

Alla stregua di questi dati, allora, la stima di euro 53.000,00 indicata dalla Romanelli in sede di offerta sarebbe inferiore alla suddetta percentuale minima di incidenza: stante il valore ribassato dalla ditta Romanelli pari ad € 429.777,66, l'importo indicato di 53.000 euro rappresenterebbe solo il 12,33%, ossia una percentuale inferiore al limite inderogabile del 13,31% posto dal Dm.

15.2. Sennonché, questa ricostruzione non è condivisibile.

Come evidenziato dalla ricorrente nelle proprie puntuali difese, il calcolo proposto dalla controinteressata risulta errato già per il fatto che all'interno del valore ribassato di €. 429.777,66 la resistente ricomprende anche la voce degli oneri per la sicurezza (che non erano però soggetti a ribasso, né, soprattutto, concorrono a esprimere l'entità delle opere da eseguire).

L'importo da considerare non è, dunque, di €. 429.777,66, bensì di €. 406.974,00: sicché il valore della manodopera (senza considerare nessuna altra voce di cui al comma 4 dell'art. 97 del codice) risulterebbe, ove tutte le lavorazioni in appalto rientrassero nella categoria OG8, pari a €. 54.168,00. Occorre però poi aggiungere che il computo metrico estimativo del progetto esecutivo posto a base di gara compendia anche lavorazioni in OG3, identificabili nel complesso di voci che vanno dalla n. 27/9 alla n. 31/13 (inclusi i lavori di bitumatura). E che per i lavori di bitumatura l'incidenza minima dei costi della manodopera è, invece, limitata al 6%.

15.3. Il Collegio osserva che il Dm indica nella tabella allegata per i lavori in OG3 l'indice di incidenza pari a 13,77%. Al contempo, l'articolo 3, comma 5 prevede che *“con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, sentite le Parti sociali, sono*

periodicamente aggiornati gli indici di congruità riferiti all'incidenza della manodopera impiegata nella realizzazione di lavori edili”.

Senonché, nelle more della predisposizione di un nuovo decreto aggiornato, con il nuovo Accordo collettivo nazionale del 24 giugno 2022 le parti sociali hanno determinato, ai fini del calcolo della congruità della manodopera di cui al DM n. 143/2021, una sottocategoria della categoria generale OG3 (Opere stradali, ponti, età...), per i lavori di bitumatura, stabilendo un indice di congruità pari al 6%.

Ebbene, pur nel silenzio dell'attuale formulazione del decreto, ad avviso del Collegio tale indice di congruità dei lavori di bitumatura può trovare applicazione al caso di specie.

L'articolo 23, comma 16 del Codice dei contratti pubblici, richiamato appunto dai citati articoli 95 e 97, specifica al comma 1 che *“Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali”.*

Il decreto ministeriale ha, pertanto, una valenza ricognitiva del calcolo di incidenza determinato in sede sindacale, sicché, anche ai fini di coerenza con il settore privato, dove trova piena applicazione, il nuovo indice di congruità del 6% non può trovare ostacoli ai fini del calcolo globale del costo della manodopera.

Di conseguenza, il calcolo di scorporo, e separata valorizzazione, delle singole tipologie di lavorazioni porta a un valore complessivo minimo inderogabile della manodopera pari a euro 52.915,27.

15.4. Il Collegio ritiene difatti corretto il calcolo effettuato dalla Romanelli nella relazione tecnica esplicativa allegata alla sua memoria del 20 ottobre 2023, che giunge alla cifra testé citata con le seguenti modalità:

“*IMPORTO TOTALE LAVORI 406.974,20 -*

IMPORTO TOTALE LAVORI BITUMATURA 17.140,78 =

389.833,42

Sull'importo di € 389.833,42 va applicata la percentuale del 13,31 %, mentre sull'importo di € 17.140,78 va applicata l'altra percentuale del 6% quindi:

a) Importo in categoria OG8 (opere fluviali) € 389.833,42 × 13,31% (percentuale di incidenza) = Importo manodopera € 51.886,82;

b) Importo categoria OG3 (lavori di bitumatura) € 17.140,78 × 6 % (percentuale di incidenza) = Importo manodopera € 1.028,45;

- Sommando i 2 importi della manodopera 51.886,82 + 1.028,45 = IMPORTO TOTALE MANODOPERA 52.915,27” (pagg. 4 e 5 della relazione allegata alla memoria del 20 ottobre 2023).

15.5. Rispetto a quest'ultima cifra, pertanto, la somma indicata dalla ditta Romanelli in €. 53.000,00 si rivela legittima, essendo superiore al minimo inderogabile d'incidenza invocato dalle resistenti per fondare l'esclusione della ricorrente.

Si deve dunque concludere che tale esclusione non riceve giustificazione nemmeno dal richiamo alle percentuali d'incidenza della manodopera fissate nella Tabella allegata all'Accordo collettivo del 10 settembre 2020 nel Decreto ministeriale n.143 del 25 giugno 2021 e dall'Accordo collettivo nazionale del 24 giugno 2022.

16. Infondata, poi, è anche l'eccezione della controinteressata per cui i motivi aggiunti non avrebbero specificamente contestato il sopravvenuto verbale n. 7 nella

parte in cui questo indicava, ad integrazione della testuale motivazione di esclusione della Romanelli, la circostanza del succitato requisito minimo inderogabile del 13,31% .

Invero la determina dirigenziale n. 108 del 3 ottobre 2023, impugnata con i motivi aggiunti, non recepiva il verbale n. 7 sul punto, sicché non ci sarebbe stato sotto questo profilo un onere di formale estensione dell'impugnativa.

Senza dire, poi, che il detto verbale n. 7 non sollevava *ex se* la circostanza del requisito minimo inderogabile del 13,31%, ma si limitava ad ascrivere a un verbale precedente, il n. 5, la individuazione di tale ulteriore criticità, che però nulla disponeva al riguardo.

Sicché l'eccezione è priva di pregio sotto ogni profilo.

17. Il complesso delle argomentazioni fin qui svolte comporta infine il rigetto del rilievo di inammissibilità del ricorso per cui questo avrebbe sottoposto all'attenzione del G.A. degli aspetti valutativi delle singole voci di costo che sarebbero stati riservati alla discrezionalità dell'Amministrazione, e pertanto non sindacabili. Ad avviso del Collegio non sussiste, infatti, alcuna "riserva di Amministrazione" con riguardo agli elementi costituenti il *thema decidendum* del ricorso, legittimamente sindacabili in forza dei vizi di legittimità prospettati nei motivi di ricorso che sono stati qui analizzati.

18. In conclusione, il ricorso originario deve dunque essere accolto per le ragioni fin qui indicate, potendo i suoi restanti motivi nn. 5 e 6 rimanere assorbiti. E i motivi aggiunti possono trovare accoglimento sotto il già decisivo profilo di illegittimità derivata dedotto con la loro prima censura, con il conseguente assorbimento anche delle loro restanti doglianze.

19. La complessiva fondatezza della presente impugnativa comporta l'annullamento degli atti impugnati, con il conseguente obbligo dell'Amministrazione comunale di assegnare l'aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente.

20. Sussistono, nondimeno, eccezionali e gravi ragioni, avuto riguardo alla complessità delle questioni sottese al gravame, per compensare integralmente fra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sui motivi aggiunti in epigrafe, li accoglie, e per l'effetto annulla gli atti che ne hanno formato oggetto con le conseguenze di cui in motivazione.

Compensa le spese di lite tra le parti in causa.

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

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Gaviano, Presidente

Roberto Ferrari, Referendario

Federico Giuseppe Russo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Federico Giuseppe Russo

IL PRESIDENTE
Nicola Gaviano

IL SEGRETARIO