

I contratti dello Stato e degli Enti pubblici

Rivista trimestrale
di dottrina
e giurisprudenza **2/2024**

- **Le categorie scorporabili nel nuovo Codice**
- **Cumulo alla rinfusa e appalti sui beni culturali**
- **Principio di rotazione**

SOMMARIO

Contratti dello Stato e degli Enti pubblici • 2/2024

Editoriale

- Il “nuovo” Codice al tagliando dei sei mesi..... 7
Antonio Vespignani

Dottrina

- Il principio di equivalenza negli appalti pubblici: equivalenza
non sempre equivalente? Spunti per una riflessione..... 17
Stefano Bonatti

Giurisprudenza

- Sulle clausole immediatamente escludenti e sul contrasto fra
la legge di gara e le norme preposte all'esecuzione del contratto..... 23
• T.A.R. SARDEGNA, sez. I, 12 febbraio 2024, n. 100
Pierfrancesco Della Porta

- Le categorie scorporabili possono essere a qualificazione non
obbligatoria anche in vigenza del nuovo Codice dei contratti..... 37
• T.A.R. TRENTO ALTO ADIGE, Bolzano, 6 marzo 2024, n. 62
Raffaella Boscolo

- Le prime applicazioni interpretative dei principi del risultato
e della fiducia: “aumento” della discrezionalità amministrativa
e “contenimento” della concorrenza..... 59
• CONSIGLIO DI STATO, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924
Federico Damini

- La rotazione non si applica dal terzo affidamento: i “due
consecutivi affidamenti” fanno riferimento a quello da
aggiudicare ed a quello “immediatamente precedente” 71
• T.A.R. SICILIA, Catania, sez. I, 19 marzo 2024, n. 1099
Sebastiano Tonon

- La rilevanza dell'iscrizione nel Casellario ANAC ai fini
dell'esclusione dell'operatore economico e la portata
delle cause di esclusione *ex artt. 95 e 98 d.lgs. n. 36/2023*
alla luce del nuovo principio di fiducia 87
• T.A.R. SARDEGNA, Cagliari, sez. I, 11 marzo 2024, n. 204
Maria Gabriella Marrone e Antonio Papi Rossi

Sulla modifica degli oneri aziendali della sicurezza in sede di valutazione della congruità dell'offerta: un'interpretazione sostanzialistica alla luce dei principi del d.lgs. n. 36/2023 95

- T.A.R. CAMPANIA, Napoli, sez. I, 21 marzo 2024, n. 1838

Marco Interdonato

L'accesso difensivo e l'oscuramento dell'offerta a tutela dei segreti tecnici e commerciali nel nuovo codice dei contratti pubblici 109

- T.A.R. CALABRIA, Catanzaro, sez. II, ordinanza 18 marzo 2023, n. 416

Emanuela Rizzi

È subappalto l'attività priva di un connotato personale espletata da parte di un soggetto avente veste di società di capitali 117

- T.A.R. CAMPANIA, Napoli, sez. I, 7 marzo 2024, n. 1538

Claudio Santarelli

Formulario

Tirocini-stage formativi nella PA, con schema 123

di Maurizio Maria Lucca

Quesiti

Risposte ai lettori 129

Antonio Vespignani, Stefano Sacchetto e Arianna Fuser

Rassegna normativa

Rassegna normativa 133

a cura di Antonio Vespignani

Sulla modifica degli oneri aziendali della sicurezza in sede di valutazione della congruità dell'offerta: un'interpretazione sostanzialistica alla luce dei principi del d.lgs. n. 36/2023

di *Marco Interdonato*

T.A.R. CAMPANIA, Napoli, sez. I, 21 marzo 2024, n. 1838 – Pres. Palliggiano; Est. Santise – S. S. s.r.l. (Avv. Buffardi) c. Città Metropolitana di Napoli (Avv.ti Marsico e Urciuolo), Presidenza del Consiglio dei Ministri (Avv. Distr. Stato), R.C.S. s.c.a.r.l. (Avv. Caliendo) e Ministero dell'Istruzione (n.c.)

Contratti della p.a. – Appalti pubblici – Accordi quadro – Gara – Congruità dell'offerta – Oneri aziendali della sicurezza – Modifica delle singole voci di costo – Articolo 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 – Principi di buona fede e di leale collaborazione

È legittimo l'operato della stazione appaltante che consente, in sede di valutazione della congruità dell'offerta, la sensibile riduzione degli oneri aziendali della sicurezza da parte dell'aggiudicatario originariamente dichiarati, qualora l'offerta economica rechi una quantificazione dei medesimi ictu oculi abnormemente elevata e palesemente incongrua e sempre che l'entità originaria dell'offerta economica e il ribasso sul prezzo posto a base di gara rimangano sostanzialmente invariati.

FATTO E DIRITTO

Omissis

2. Tanto premesso in punto di fatto, il ricorso deve essere rigettato per i motivi di seguito illustrati.

In via preliminare, va chiarito che i costi di sicurezza aziendali, sui quali si incentra il presente giudizio, vanno tenuti distinti dai costi della manodopera, come da tempo evidenzia la giurisprudenza, secondo la quale “in sede di gara pubblica, a differenza dei c.d. costi da «interferenza» che vengono calcolati dalla stazione appaltante e che non sono soggetti a ribasso, gli «oneri aziendali» della sicurezza sono, invece, rimessi alla esclusiva sfera di valutazione del singolo partecipante in quanto gli stessi variano da un'impresa all'altra e sono influenzati nel loro ammontare dall'organizzazione produttiva e dal tipo di offerta; tali oneri rientrano nell'offerta economica che l'operatore presenta alla stazione appaltante come costo variabile da sostenere per l'esecuzione dell'appalto; ne è imposta la necessaria indicazione dall'art. 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici perché la stazione appaltante possa verificare in che modo l'ope-

ratore economico sia giunto a formulare il prezzo del servizio offerto e se non abbia, per rendere maggiormente conveniente la sua offerta, eccessivamente sacrificato proprio detta voce di costo; la necessaria indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale risponde, pertanto, all'esigenza di tutela del lavoro sotto il profilo della salute e della sicurezza dei lavoratori (art. 31 Cost.), così come l'altrettanto necessaria indicazione dei costi della manodopera tutela il lavoro per il profilo relativo alla giusta retribuzione (art. 36 Cost.) (cfr., Cons. Stato, sez. IV, 26.4.2022, n. 3169).

Ciò premesso, la ricorrente ritiene che sia stato consentito alla controinteressata di modificare l'offerta economica. In particolare, è emerso che R. C. S. s.c.a.r.l. ha offerto un ribasso del 24,88300% sull'importo posto a base di gara e, quindi, un corrispettivo pari ad € 11.267.550,00 (24,88300% di € 15.000.000,00) ed ha indicato l'importo di € 4.510.000,00 quale proprio costo della manodopera per l'esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto e l'importo di € 1.020.000,00 per gli oneri aziendali della sicurezza.

Senonché nei giustificativi trasmessi alla stazione appaltante al fine di dimostrare la congruità dell'importo offerto pari ad € 11.267.550,00, la controinteressata ha modificato, abbassandoli da € 1.020.000,00 ad € 35.000,00, la voce "costi aziendali della sicurezza" riportata nel prospetto delle Spese Generali.

Tale precisazione avrebbe, dunque, comportato una inammissibile modifica dell'offerta economica che avrebbe imposto alla stazione appaltante l'immediata esclusione dell'operatore economico.

Preliminarmente, deve richiamarsi il consolidato orientamento giurisprudenziale, applicabile anche agli oneri di sicurezza, cui questo giudice intende dare seguito, per il quale: "la attendibilità del costo della manodopera previsto nell'offerta deve essere, in ogni caso, accertata nella sede propria del procedimento di verifica della congruità dell'offerta. L'art. 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici non prevede, infatti, per l'ipotesi di errata o incongrua indicazione del costo della manodopera, l'immediata esclusione dell'offerta (prevedendo tale grave conseguenza unicamente per il caso della omessa indicazione: in termini Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2020, n. 4140), ma impone la verifica della congruità ai sensi dell'art. 97, comma 5, lettera d); e solo se la verifica risultasse negativa l'offerta potrebbe essere esclusa" (Cons. Stato, sez. V, n. 7141 del 2022).

Nel caso di specie, il RUP, coerentemente con l'orientamento suesposto, chiedeva alla controinteressata giustificazioni in ordine alla congruità dell'offerta presentata: l'indicazione degli oneri aziendali di sicurezza, difatti, risultava manifestamente elevata ed incongrua.

In sede di giustificiche, la controinteressata chiariva che l'iniziale indicazione dei costi della sicurezza interna - pari ad euro 1.020.000,00 - era l'importo complessivo delle spese generali, nel quale venivano ricompresi anche gli oneri aziendali, per un importo pari ad euro 35.000,00. La differenza di prezzo, contestata dalla ricorrente, allora, era la conseguenza dell'indicazione dei costi per oneri aziendali di sicurezza all'interno delle spese generali.

La stazione appaltante ha ritenuto *ictu oculi* abnormemente elevata e palesemente incongrua l'indicazione degli oneri aziendali di sicurezza indicata nell'offerta economica, non solo in assoluto (in relazione al tipo di gara e al prezzo complessivo offerto), ma anche rispetto alla comparazione con i costi indicati da tutti gli altri aggiudicatari del medesimo bando per i vari lotti, nonché con riferimento alle incidenze rilevate in tale settore economico.

Non si è, peraltro, proceduto ad alcuna modifica dell'offerta: l'entità originaria dell'offerta economica è rimasta sostanzialmente invariata, così come il ribasso offerto sul prezzo posto a base di gara (24,883%).

Questo T.A.R. ha, peraltro, già chiarito, in linea con la giurisprudenza amministrativa consolidata, che “in sede di verifica dell’anomalia, è consentita la modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo, rispetto alle giustificazioni già fornite, come pure l’aggiustamento delle singole voci di costo per sopravvenienze di fatto o normative ovvero al fine di porre rimedio a originari e comprovati errori di calcolo, sempre che resti ferma l’entità dell’offerta economica in ossequio alla regola della immodificabilità dell’offerta stessa” (da ultimo, T.A.R. Napoli, sez. I, n. 1166 del 2023).

Nel caso di specie, l’indicazione abnorme e sproporzionata degli oneri aziendali da parte della controinteressata ha indotto l’amministrazione, in omaggio ai principi di buona fede e leale collaborazione (art. 1, comma 2-*bis*, l. 241 del 1990 e, in via interpretativa, art. 5 d.lgs. n. 36 del 2023), che devono ispirare tutta la gara pubblica, oltre che la fase esecutiva del contratto, di chiarire tale dato e di correggerlo, fermo restando l’immodificabilità dell’offerta economica e del relativo ribasso offerto.

Ne consegue, pertanto, che l’amministrazione, con valutazione non censurabile da questo giudice, ha ritenuto congrua e attendibile l’offerta economica formulata dall’aggiudicataria all’esito delle giustificazioni fornite.

3. Del resto, rimane attuale il consolidato orientamento giurisprudenziale, in ragione del quale: “La verifica dell’anomalia dell’offerta è finalizzata ad accertare la complessiva attendibilità e serietà della stessa, sulla base di una valutazione che ha natura globale e sintetica e che costituisce, in quanto tale, espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato all’Amministrazione, in via di principio insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che per ragioni legate alla eventuale (e dimostrata) manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell’operato dell’Amministrazione, tale da rendere palese l’inattendibilità complessiva dell’offerta; trattandosi, quindi, di valutare l’offerta nel suo complesso, il giudizio di anomalia non ha a oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze, mirando piuttosto ad accertare se essa in concreto sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell’appalto; pertanto, la valutazione di congruità, globale e sintetica, non deve concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo; con la conseguenza che, se anche singole voci di prezzo o singoli costi non abbiano trovato immediata e diretta giustificazione, non per questo l’offerta va ritenuta inattendibile, dovendosi, invece, tener conto della loro incidenza sul costo complessivo del servizio per poter arrivare ad affermare che tali carenze siano in grado di rendere dubbia la corrispettività proposta dall’offerente e validata dalla stazione appaltante” (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. III, 17.10.2022, n.8790). Il giudizio sull’anomalia dell’offerta ha, quindi, carattere sintetico e globale, ai fini dell’apprezzamento complessivo della serietà della proposta contrattuale e sostenibilità dell’esecuzione del servizio o del lavoro. Quando tale giudizio abbia esito positivo, l’amministrazione che ritiene attendibili le giustificazioni addotte dall’impresa, non è gravata da un obbligo di puntuale motivazione, ma può limitarsi a richiamare le giustificazioni stesse (Cons. Stato, n. 6206/2019; Cons. Stato, n. 1518/2019; Cons. Stato, n. 7128/2018).

La ricorrente non ha dedotto, però, profili di assoluta irragionevolezza e illogicità della valutazione dell’amministrazione, ma si è limitata solo ad affermare, in maniera generica, che l’importo di €. 985.000,00, risultante dalla differenza tra gli oneri aziendali della sicurezza nella propria offerta economica (1.020.000,00) e quelli indicati nei ridetti giustificativi (35.000,00), eroderebbe tutto l’utile di € 401.266,03 indicato a pagina 6 delle giustificative e non troverebbe copertura neppure nelle spese generali. La controinteressata ha, peraltro, replicato in maniera convincente che, anche a voler ritenere il valore di € 1.020.000,00 non modificabile, i costi andrebbero aumentati di circa 150 mila euro ma l’offerta resterebbe in ogni caso, in utile per circa 250 mila euro.

4. Non può, inoltre, essere sottaciuto che rileva, nel caso di specie, la natura di accordo quadro del lotto aggiudicato, che rende solo prognostica la quantificazione delle singole voci di costo, da definire nei progetti a base dei futuri contratti attuativi. Recentemente, proprio il Consiglio di Stato ha precisato la natura solo programmatica dell'accordo quadro e ha evidenziato che: "avendo la gara ad oggetto un accordo quadro, di natura meramente programmatoria, ed essendo, quindi, impossibile l'esatta quantificazione *ex ante* delle singole voci di costo che si riveleranno necessarie per l'esecuzione dei contratti di volta in volta conclusi, è sufficiente l'indicazione di un costo approssimativo della manodopera, che verrà in seguito specificato nei contratti applicativi". (Cons. Stato, sez. V, n. 909 del 2023).

Per i motivi su esposti il ricorso va respinto.

Omissis

Commento

1. I fatti di causa

Con la sentenza in commento, la sezione I del Tribunale Amministrativo Regionale per la Regione Campania, sede di Napoli, affronta nuovamente la questione relativa al giudizio di congruità dell'offerta, con particolare riferimento agli oneri della sicurezza aziendale e alla loro modificabilità nell'ambito del predetto giudizio.

In particolare, la *quaestio iuris* affrontata dal Collegio può essere riassunta nei seguenti termini: è ammissibile, in sede di valutazione di congruità dell'offerta, la correzione da parte dell'operatore economico del valore degli oneri aziendali di sicurezza che appaiono, *ictu oculi*, manifestamente elevati e incongrui?

Per una migliore comprensione delle conclusioni raggiunte dal T.A.R., è opportuno ripercorrere brevemente i principali fatti di causa.

Nell'ambito degli interventi finanziati dal Piano Nazionale per la Ripresa e la Resilienza (PNRR) relativi alla messa in sicurezza e riqualificazione dell'edilizia scolastica⁽¹⁾, la Città Metropolitana di Napoli avviava una procedura telematica aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, per l'affidamento di n. 20 accordi quadro relativi ai lavori di nuova costruzione, ampliamento, adeguamento e ristrutturazione di edifici pubblici, adibiti ad uso scolastico, di competenza del predetto ente locale; in particolare, il lotto n. 14, oggetto della controversia, concerneva le attività relative ai lavori di ristrutturazione e di adeguamento di detti edifici scolastici.

.....

(1) Missione 4: Istruzione e Ricerca - Componente 1: Potenziamento dell'offerta dei servizi di istruzione: dagli asili nido alle Università - Investimenti 1.3 e 3.3.

A seguito delle operazioni di valutazione delle offerte, il RUP avviava il procedimento di verifica della congruità dell'offerta presentata da R.C.S. s.c.a.r.l., prima in graduatoria. In particolare, l'offerta economica di R.C.S. s.c.a.r.l. era così composta: € 11.267.550,00 (corrispondente al 24,883% di ribasso rispetto alla base d'asta), di cui € 4.510.000,00 per i costi della manodopera e € 1.020.000,00 per gli oneri aziendali della sicurezza.

Ebbene, nei giustificativi trasmessi alla stazione appaltante, per quanto rileva nei fatti di causa, R.C.S. s.c.a.r.l. modificava l'indicazione degli oneri aziendali della sicurezza, riportati nel prospetto delle spese generali, da € 1.020.000,00 a soli € 35.000,00, allegando come motivazione il fatto che l'iniziale indicazione degli oneri aziendali della sicurezza (pari, appunto, a oltre un milione di euro) coincideva, in realtà, con l'importo complessivo delle spese generali (di cui una voce erano gli oneri aziendali della sicurezza).

La stazione appaltante, sulla scorta dei giustificativi trasmessi, ritenendo *ictu oculi* manifestamente elevati e incongrui i costi originariamente indicati – sia in assoluto (in relazione al tipo di gara e al prezzo offerto) sia attraverso la comparazione con i costi indicati da tutti gli altri aggiudicatari degli altri lotti – riteneva soddisfacenti i chiarimenti e dichiarava congrua l'offerta della R.C.S. s.c.a.r.l. procedendo pertanto all'aggiudicazione del lotto a favore di quest'ultima.

Ciò premesso, la S.S. s.r.l., seconda in graduatoria, impugnava il provvedimento di aggiudicazione, affidando il proprio ricorso ad un'unica doglianza; in particolare, la ricorrente contestava l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore della R.C.S. s.c.a.r.l. in ragione del fatto che la "precisazione" in ordine agli oneri aziendali della sicurezza avrebbe in realtà comportato un'inammissibile modifica dell'offerta economica, di talché la stazione appaltante sarebbe stata obbligata all'immediata esclusione della controinteressata.

Rigettata l'istanza di sospensione cautelare *ex art. 55* del d.lgs. n. 104/2010 in ragione dell'assenza del *fumus boni iuris*, il Collegio adito ha confermato nel merito il corretto operato della Città Metropolitana di Napoli, per le motivazioni che seguono.

2. Il giudizio di congruità dell'offerta tra "vecchio" e "nuovo" Codice dei contratti pubblici

Al fine di esaminare compiutamente le conclusioni cui giunge il Collegio, è opportuno soffermarsi brevemente sull'istituto del giudizio di congruità e sulla valutazione di anomalia dell'offerta, che trova la sua disciplina, per quanto applicabile *ratione temporis* al contenzioso qui in commento, nell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016.

Come noto, tale norma consente alla stazione appaltante di verificare la serietà della proposta contrattuale e la sostenibilità e realizzabilità dell'offerta e consiste in un subprocedimento, talvolta obbligatorio e talaltra facoltativo, caratterizzato da un contraddittorio con l'operatore economico, il quale è chiamato a fornire spiegazioni sui prezzi e sui costi proposti nella propria offerta. L'esito di tale subprocedimento può consistere in un giudizio di congruità dell'offerta, con conseguente aggiudicazione, oppure in una valutazione di anomalia dell'offerta, che impone alla stazione appaltante di escludere l'offerta ritenuta anormalmente bassa.

Senza volersi addentrare nella copiosa giurisprudenza formatosi sull'istituto, è in questa sede sufficiente ricordare che *“la verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzata ad accertare la complessiva attendibilità e serietà della stessa, sulla base di una valutazione che ha natura globale e sintetica e che costituisce, in quanto tale, espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato all'Amministrazione”*⁽²⁾, in quanto tale sindacabile dal giudice amministrativo solo nell'ipotesi di manifesta o macroscopica erroneità o irragionevolezza.

Posta questa premessa generale, è opportuno ricordare che già il d.lgs. n. 50/2016 richiedeva una particolare attenzione da parte delle stazioni appaltanti sulla congruità dei costi della manodopera e degli oneri aziendali di sicurezza, trattandosi di voci di costo che non debbono essere sottostimate, a tutela del lavoro sotto il profilo della giusta retribuzione e della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro, che trovano specifica copertura costituzionale negli artt. 31 e 36 della Costituzione. In particolare, l'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 prevedeva uno specifico onere di indicazione dei costi della manodopera e degli oneri aziendali di sicurezza⁽³⁾, mentre l'art. 97, comma 5, disponeva la sanzione espulsiva a carico di quegli operatori economici che indicavano oneri aziendali per la sicurezza incongrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori e costi della manodopera inferiori ai minimi salariali individuati dalle relative tabelle predisposte dal Ministero del Lavoro.

Coerentemente con tale obbligo, la Città Metropolitana di Napoli aveva avviato il procedimento di verifica di congruità dell'offerta

.....

(2) Così, *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 17 ottobre 2022, n. 8790. Corollario di tale principio è il c.d. divieto della “caccia all'errore” nel giudizio di anomalia, atteso che *“il giudizio di anomalia deve tendere ad accertare in concreto che l'offerta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla concreta esecuzione dell'appalto, non potendo risolversi in una parcellizzazione delle singole voci di costo”* (Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2023, n. 9181).

(3) Ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti di importo inferiore a 40.000,00 euro.

presentata dall'aggiudicatario, in ragione del fatto che *ictu oculi* gli oneri aziendali della sicurezza risultavano manifestamente elevati ed incongrui e pertanto era necessario appurare la serietà dell'offerta. Anzi, a ben vedere, qualora la stazione appaltante non avesse proceduto a verificare la congruità degli oneri aziendali della sicurezza applicando direttamente la sanzione espulsiva, in quel caso avrebbe potuto essere censurata per aver tenuto un comportamento macroscopicamente irragionevole, atteso che il principio di leale collaborazione imponeva un contraddittorio diretto a dirimere un valore economico evidentemente controverso e che necessitava di un opportuno approfondimento istruttorio.

Analoghe disposizioni a quelle poc'anzi analizzate sono previste oggi dal nuovo Codice, con qualche specificazione: fermo restando l'obbligo di indicare nella propria offerta i costi della manodopera e gli oneri aziendali della sicurezza, l'art. 108, comma 9, del d.lgs. n. 36/2023, chiarisce, nel solco della giurisprudenza formatasi nella vigenza del d.lgs. n. 50/2016, che la mancata esplicitazione di detti valori è sanzionata con l'esclusione dalla procedura⁽⁴⁾. Inoltre, con una disposizione sovrapponibile all'art. 97, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, l'attuale art. 110, comma 5 conferma la sanzione espulsiva nei casi in cui la stazione appaltante ravvisi un'incongruità degli oneri aziendali della sicurezza o una violazione dei minimi salariali.

Su questa tematica, la vera novità del nuovo Codice sembrerebbe invece essere il superamento dell'onere di verifica obbligatorio, anche in assenza di indici di anomalia dell'offerta, del rispetto dei minimi salariali, come ha sottolineato recentemente il T.A.R. Toscana, deducendone quale conseguenza che *“nessun onere di esplicita o formale valutazione della congruità dei costi della manodopera e degli oneri della sicurezza può essere imputato alla stazione appaltante, laddove il concorrente abbia formulato una offerta nel pieno rispetto dei valori indicati nel disciplinare di gara, ai sensi dell'art. 41 del d.lgs. n. 36/2023 e non emergano elementi che possano mettere in dubbio la congruità dei valori offerti”*⁽⁵⁾.

D'altronde, tale esegesi appare coerente con l'innovativa scelta legislativa di cui all'art. 41, comma 14, secondo periodo, del d.lgs. n. 36/2023, che recita testualmente *“I costi della manodopera e della*

.....

(4) Sul punto, così precisa la Relazione Illustrativa al d.lgs. n. 36/2023: *“La disposizione è presente anche nel decreto legislativo n. 50 del 2016 ed è ormai oggetto di un consolidato orientamento giurisprudenziale diretto a descrivere l'omissione in questione quale causa di esclusione. A tali fini, è stato espressamente inserito l'inciso “a pena di esclusione” per dare maggiore certezza agli operatori giuridici derivanti dalla citata omissione dichiarativa”*.

(5) T.A.R. Toscana, sez. II, 23 aprile 2024, n. 493.

sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso."⁽⁶⁾, ferma restando la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale.

In altri termini, parrebbe che il legislatore abbia inteso "superare" l'obbligo di verifica dei costi della manodopera per qualsiasi affidamento proprio in ragione del fatto che tale voce di costo non potrà più essere assoggettata a ribasso dagli operatori economici⁽⁷⁾ e, pertanto, una sua eventuale riduzione imporrà necessariamente l'apertura del sub-procedimento di verifica dell'anomalia, così come ha chiarito il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti con il parere n. 2154 del 19 luglio 2023, in cui ha specificato che *"Se l'operatore economico riporta in offerta un costo della manodopera diverso da quello stimato dalla stazione appaltante, l'offerta è sottoposta al procedimento di verifica dell'anomalia ai sensi dell'art. 110, d.lgs. 36/2023.*

In vero, occorre dare conto di una diversa interpretazione avanzata dalla Quinta Sezione del T.A.R. Campania, Napoli, che si pone nel solco della continuità col precedente Codice, secondo cui *"la stazione appaltante ha l'obbligo di procedere, prima dell'aggiudicazione, sempre e comunque, a prescindere dalla valutazione di anomalia dell'offerta, alla verifica della congruità del costo della manodopera rispetto ai minimi salariali retributivi"*, trattandosi *"di una autonoma condicio causam dans del provvedimento di aggiudicazione, come indefettibilmente condizionato all'esito positivo di tale attività di certazione"*⁽⁸⁾.

3. Il principio di immodificabilità dell'offerta economica

Il principio richiamato dal ricorrente per scalfire la legittimità dell'operato della stazione appaltante è quello dell'immodificabilità

.....

(6) Tale scelta consegue a una precisa indicazione proveniente dal legislatore che, all'interno della l. 21 giugno 2022, n. 78, recante *Delega al Governo in materia di contratti pubblici*, ha individuato il seguente criterio direttivo: *"(...) prevenendo in ogni caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso"* (cfr. art. 1, comma 2, lett. t)).

(7) La questione è invero decisamente controversa tra i commentatori e in giurisprudenza, atteso anche il difetto di coordinamento tra l'art. 41, comma 14, e l'art. 108, comma 9 del d.lgs. n. 36/2023, in quanto la prima disposizione afferma che i costi della manodopera sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso, mentre la seconda richiede in ogni caso l'indicazione di tali costi nell'offerta economica, aprendo a una diversa lettura ai sensi della quale i costi della manodopera sarebbero comunque da includere nell'importo assoggettato a ribasso. A supporto di questa lettura, cfr. T.A.R. Toscana, sez. IV, 29 gennaio 2023, n. 120; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 19 dicembre 2023, n. 3787; Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2023, n. 5665; e ancora MIT, 17 aprile 2024, parere n. 2505; ANAC, 15 novembre 2023, parere di precontenzioso n. 528; MIT, 19 luglio 2023, parere n. 2154. A sostegno della tesi dello scorporo, v. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 8 febbraio 2024, n. 119; e T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 11 gennaio 2024, n. 147.

(8) T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 7 novembre 2023, n. 6128.

dell'offerta economica nell'ambito del subprocedimento di verifica di congruità. La base giuridica del richiamato principio è individuabile nell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale è ammesso il ricorso al soccorso istruttorio per emendare mancanze, incompletezze o irregolarità della documentazione presentata dall'operatore economico, salvo quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica.

La *ratio* dell'istituto consiste nell'impedire all'operatore economico di modificare o anche solo emendare gli elementi tecnico-economici dell'offerta una volta conosciute le altre offerte in gara, al fine di conseguire un vantaggio competitivo; il divieto di modificabilità dell'offerta economica costituisce un corollario dei principi di imparzialità, buon andamento dell'amministrazione e parità di trattamento di tutti i concorrenti a una procedura di evidenza pubblica e consente a tutti gli operatori economici interessati a una determinata commessa pubblica di competere ad armi pari.

I principali campi di applicazione di tale principio sono la richiesta di chiarimenti rispetto ai contenuti dell'offerta tecnica o economica da parte della stazione appaltante⁽⁹⁾ e, appunto, il subprocedimento di verifica di congruità dell'offerta. La ragione è evidente: si tratta di segmenti procedurali in cui l'operatore economico, in ragione dell'attivazione di un canale di contraddittorio con la stazione appaltante, potrebbe integrare il contenuto di quanto precedentemente offerto e, pertanto, avvantaggiarsi rispetto agli altri concorrenti. Nel rispetto della *par condicio* tra tutti gli operatori economici in gara, è dunque onere delle stazioni appaltanti garantire che i concorrenti, in tali circostanze, si limitino a chiarire i contenuti delle proprie offerte senza in alcun modo integrarle o modificarle.

Nel caso di specie, ad avviso del T.A.R., l'aggiudicatario non avrebbe proceduto ad alcuna modifica dell'offerta, in quanto *"l'entità originaria dell'offerta economica è rimasta sostanzialmente invariata, così come il ribasso offerto sul prezzo posto a base di gara"*. Aderendo a un proprio precedente orientamento, il Collegio ha ritenuto possibile la (forte) riduzione degli oneri aziendali della sicurezza valorizzati nell'offerta economica, in ragione del fatto che, in sede di verifica della congruità dell'offerta, sarebbe consentito l'aggiustamento delle singole voci di costo al fine di porre rimedio a originari e comprovati errori di calcolo, sempre che resti ferma l'entità dell'offerta economica⁽¹⁰⁾.

.....
(9) Su cui si v., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870; Cons. Stato, sez. III, 13 dicembre 2022, n. 10930; Cons. Stato, sez. V, 22 agosto 2022, n. 7353. E ancora, v. anche ANAC, 3 maggio 2023, parere n. 183.

(10) T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 23 febbraio 2023, n. 1166 che, a sua volta, richiama Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2020, n. 1873; e Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 2020, n. 7943.

Al fine di corroborare la propria tesi, il Collegio ha altresì sostenuto la decisione soffermandosi sulla natura di accordo quadro, oggetto dell'affidamento controverso: in particolare, richiamando un recente orientamento del Consiglio di Stato, la modifica sarebbe ammessa in ragione del fatto che, in ogni caso, la quantificazione delle voci di costo nell'ambito di tale tipologia di contratto sarebbe meramente prognostica, in quanto sarebbe impossibile l'esatta quantificazione *ex ante* di ogni singolo elemento dell'offerta economica, giustificando così un'indicazione approssimativa, da specificare nei singoli contratti applicativi⁽¹¹⁾.

In conclusione, il Collegio ha confermato la legittimità dell'operato della stazione appaltante, muovendo dall'assunto che la R.C.S. s.c.a.r.l., chiarendo l'errore in cui era incorsa nell'indicazione degli oneri aziendali della sicurezza, abbia emendato la propria offerta economica senza modificarne in maniera sostanziale il contenuto, nel pieno rispetto della *par condicio* con tutti gli altri concorrenti.

Seppur suggestiva, l'interpretazione offerta dal T.A.R. rispetto al caso di specie non va totalmente esente da qualche rilievo critico.

Il Collegio ha fondato la propria decisione sull'assunto che l'offerta economica sarebbe rimasta sostanzialmente invariata, così come il ribasso percentuale. Senonché, se è vero che la giurisprudenza ammette l'aggiustamento di singole voci per porre rimedio a errori di calcolo, occorre altresì considerare che nel caso di specie la voce economica relativa ai costi aziendali della sicurezza è manipolata in maniera peculiare, essendo stata ridotta di quasi un milione di euro, su un appalto del valore di quindici milioni di euro.

A tal proposito, si rileva che un'accorta giurisprudenza ha distinto le ipotesi di errori materiali e meri refusi (in cui sarebbe ammessa un'*emendatio* postuma) da quelle in cui vi sia una radicale modificazione della composizione dell'offerta economica, ancorché a saldi invariati⁽¹²⁾.

La possibilità di aggiustamenti e spostamenti di costi tra le varie componenti del prezzo, pacificamente ammessa dalla giurisprudenza amministrativa, dovrebbe essere interpretata non solo nel senso di

.....

(11) Cons. Stato, sez. V, 26 gennaio 2023, n. 909; in particolare, la pronuncia, soffermandosi sulla quantificazione dei costi della manodopera, cui il Collegio nella sentenza qui in esame assimila *in toto* gli oneri della sicurezza aziendali, ha affermato che "*avendo la gara ad oggetto un accordo quadro, di natura meramente programmatoria, ed essendo, quindi, impossibile l'esatta quantificazione ex ante delle singole voci di costo che si riveleranno necessarie per l'esecuzione dei contratti di volta in volta conclusi, è sufficiente l'indicazione di un costo approssimativo della manodopera, che verrà in seguito specificato nei contratti applicativi*".

(12) Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2023, n. 1652; nei medesimi termini, Cons. Stato, sez. III, 10 marzo 2016, n. 962.

impedire la variazione dei saldi dell'offerta economica, ma soprattutto dovrebbe comportare il divieto di procedere a una complessiva riallocazione di spese⁽¹³⁾.

Diversamente opinando, il rischio sarebbe quello di snaturare completamente la funzione e i caratteri del subprocedimento di verifica della congruità (il cui scopo è dimostrare la serietà dell'offerta) consentendo una libera rimodulazione dell'offerta presentata tramite la scomposizione e la diversa ricomposizione delle sue voci di costo, con la conseguenza di "sconfinare" in una violazione della *par condicio* con gli altri concorrenti.

Seppur è vero che nel caso oggetto del presente commento l'aggiudicatario non ha proceduto a una complessiva rimodulazione dell'offerta, è altrettanto da considerare che la riduzione della voce relativa ai costi aziendali della sicurezza è stata particolarmente corposa, se raffrontata con il valore complessivo dell'appalto: circostanza che avrebbe potuto indurre il Collegio a un supplemento motivazionale non limitato alla sola analisi dei saldi economici, ma esteso ad accertare in concreto se tale rettifica non avesse effettivamente le caratteristiche di una rimodulazione del complessivo quadro economico dell'offerta.

4. I principi del nuovo Codice dei contratti pubblici e la loro "pan-validità" interpretativa

La pronuncia del T.A.R. Napoli consente altresì di svolgere alcuni ragionamenti sistematici in ordine al ruolo che i principi, codificati nei primi dodici articoli del d.lgs. n. 36/2023, stanno assumendo nelle pronunce dei giudici amministrativi, anche nell'ambito dell'interpretazione di questioni giuridiche afferenti ai precedenti *corpus* normativi in materia di contrattualistica pubblica.

Nel caso di specie, in cui la procedura di gara era disciplinata dal d.lgs. n. 50/2016, il Collegio ha confermato la legittimità dell'operato della stazione appaltante richiamando espressamente i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento codificati nell'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023, ai sensi del quale "*Nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento.*"⁽¹⁴⁾. Ciò in

.....
(13) Sul punto, v. la controversia tendenzialmente sovrapponibile analizzata da T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 12 ottobre 2018, n. 2281, in cui il Collegio ha ritenuto illegittimo l'operato della Stazione appaltante, la quale aveva permesso, nell'ambito del procedimento di verifica della congruità dell'offerta, una riduzione a un terzo dei costi aziendali della sicurezza dichiarati dall'aggiudicatario nella propria offerta.

(14) Inoltre, il Collegio ha richiamato il principio generale che oggi trova espresso riconoscimento nell'art. 1, comma 2-bis, della l. n. 241/1990, secondo cui "*I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede.*"

quanto l'amministrazione, invece di procedere *de plano* all'esclusione di R.C.S. s.c.a.r.l. ravvisando l'indicazione abnorme e sproporzionata degli oneri aziendali da parte dell'aggiudicatario, avrebbe correttamente consentito a quest'ultimo di chiarire tale dato e di correggerlo.

Il ricorso ai principi di cui al nuovo Codice nell'ambito di controversie soggette all'applicazione del d.lgs. n. 50/2016 è individuabile nella *ratio* stessa che è all'origine della codificazione dei principi che ha ispirato il legislatore delegato del 2023.

Nella Relazione Illustrativa al d.lgs. n. 36/2023 si legge infatti che *“il nuovo progetto mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica) in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze”*. Non a caso, il legislatore delegato ha altresì affermato che lo scopo di tali principi è proprio quello di *“soppiantare la struttura normativa rigida, dettagliata, a volte contraddittoria, attraverso la quale detti principi hanno finora trovato spazio angusto, nel tessuto normativo”*.

Coerentemente con gli obiettivi del legislatore di attribuire una maggior auto-responsabilità discrezionale alle stazioni appaltanti e di superare la rigidità del precedente impianto del d.lgs. n. 50/2016, si ravvisa una tendenza giurisprudenziale volta ad interpretare le norme sostanziali del “vecchio” Codice facendo applicazione dei principi del nuovo Codice, conferendo loro una sorta di “pan-validità” che trascende il *corpus* normativo in cui sono codificati e che assume una valenza interpretativa generale.

A tal proposito, una particolare attenzione dei giudici amministrativi è individuabile nei “nuovi” principi⁽¹⁵⁾ codificati nei primi tre articoli del d.lgs. n. 36/2023: si tratta, in particolare, dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato. Come rilevato dalla dottrina, i nuovi principi spostano il baricentro delle procedure di gara dal rigido formalismo del sistema previgente alle valutazioni che le stazioni appaltanti adottano rispetto alle peculiarità del caso concreto: ciò assume certamente un rilievo significativo nell'ambito dell'esegesi normativa applicata alle singole controversie e in ragione di ciò si spiega l'influenza di tali principi anche nella definizione di giudizi soggetti all'applicazione del d.lgs. n. 50/2016.

Con una pronuncia adottata pochi giorni dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del nuovo Codice, il Consiglio di Stato ha fatto

.....
(15) V'è chi, anche tenendo conto del criterio interpretativo di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 36/2023 (ai sensi del quale tutte le disposizioni del Codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli artt. 1, 2 e 3), li ha definiti come “super-principi”.

