



DELIBERA N. 526

7 luglio 2021.

Oggetto

Istanza singola di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Fulmine Group Srl – Affidamento dei servizi di stampa, imbustamento e recapito con rendicontazione esiti avvisi bonari TARI 2021 – Criterio di aggiudicazione: minor prezzo – Importo a base di gara: euro 200.000,00 – S.A.: Comune di Napoli.

PREC 129/2021/S

Riferimenti normativi

Artt. 50, 95 e 113-bis, comma 4 del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Recapito avvisi bonari TARI – Importo a base di gara incapiante – Costo della manodopera – Valutazione capacità presunta di consegna giornaliera degli avvisi – Scelta del corretto criterio di aggiudicazione – Omessa previsione di penali per ritardato recapito

Massima

Non massimabile

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 7 luglio 2021

DELIBERA



VISTA l'istanza acquisita al prot. ANAC n. 0039025 del 13.5.2021, con la quale la società Fulmine Group Srl lamenta di non aver avuto la possibilità di partecipare alla procedura di gara in oggetto stante l'inadeguatezza dell'importo a base d'asta, che non le avrebbe consentito di presentare una offerta remunerativa, *«perché troppo gravosa sul piano economico»*;

CONSIDERATO, più specificamente, che la società istante chiede all'Autorità di esprimersi circa la legittimità della *lex specialis* in considerazione:

- dell'incapienza della base d'asta;
- dell'errata quantificazione dei costi della manodopera e della loro individuazione solo formale;
- dell'utilizzo del criterio del minor prezzo a fronte di un servizio ad alta intensità di manodopera;
- della omessa indicazione delle penali per il recapito;

CONSIDERATO che la Stazione appaltante sostiene che:

- in merito all'asserita sottostima dell'importo posto a base di gara, la valutazione effettuata *«non è né arbitraria, né fuori mercato. La gara in questione è, infatti, un affidamento ricorrente per questa stazione appaltante, e l'aggiudicazione, negli ultimi anni, è sempre avvenuta ad un prezzo unitario inferiore rispetto al prezzo di € 0,25 posto a base d'asta per la procedura in oggetto: € 0,22 nel 2018 e nel 2019, € 0,20 per l'acconto e € 0,196 per il saldo nel 2020. Per la gara espletata nel 2020, oltre all'offerta che si è aggiudicata la gara a € 0,20, ci sono state altre due offerte valide a € 0,22, a dimostrazione che l'appalto è stato ritenuto remunerativo da una molteplicità di operatori economici. Il soggetto affidatario della gara 2020 è diverso da quello che si era aggiudicato le gare precedenti»*;
- relativamente alla contestazione circa l'utilizzo del criterio di aggiudicazione del minor prezzo in luogo di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, *«questa stazione appaltante ha formulato, nell'ambito del disciplinare di gara, una tabella analitica contenente la valutazione dei costi di personale, dalla quale emerge che detti costi sono inferiori al 50% del valore dell'importo complessivo a base d'asta. È quindi pienamente legittima la scelta del criterio di aggiudicazione al minor prezzo, effettuata tenendo conto delle caratteristiche standardizzate del servizio richiesto, ai sensi dell'art. 95 comma 4 del Codice dei Contratti»*;
- in ordine all'omessa indicazione delle penali per il recapito, *«rientra sicuramente tra le valutazioni discrezionali dell'Amministrazione committente la scelta dei parametri sui quali applicare penali in caso di mancato raggiungimento di un determinato livello delle prestazioni. Per il servizio in questione, il recapito non ha valore di notifica e non è essenziale ai fini del procedimento tributario; pertanto, pur disponendo di strumenti diretti ed indiretti per verificare che la prestazione venga regolarmente resa, questa stazione appaltante ha ritenuto di non dover individuare penali per il ritardato recapito»*;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 26.5.2021 e la richiesta di integrazione del 18.6.2021;

VISTA la documentazione in atti e le memorie delle parti;

CONSIDERATO che la Stazione Appaltante ha quantificato il costo della manodopera in misura pari a **€99.004,32** e che secondo la società istante, sulla base di un calcolo che viene riprodotto in un apposito foglio allegato alle memorie, *«Il costo della manodopera indicato, tuttavia, è decisamente inferiore rispetto a quello che dovrebbe essere il costo reale, che ... per i soli portalettere, è pari ad €197.888,00, commisurato alla capacità di recapito annuale del singolo portalettere, pari a 120.000 invii (come previsto*



dalle "Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali" di cui alla Determinazione n. 3 del 9 dicembre 2014 ANAC);»;

CONSIDERATO che – sempre a giudizio dell'impresa istante – «L'erronea quantificazione dei costi della manodopera per il recapito, peraltro, trova conferma anche nella conseguente – ed erronea – suddivisione tra la prestazione principale e secondaria. Invero, è pacifico che, per gare analoghe, la prestazione principale si identifica sempre nel recapito (che prevede, appunto, un consistente utilizzo – e dunque costo – di manodopera) e non nella stampa che, unitamente alle altre prestazioni ad essa accorpate (imbustamento, consegna e rendicontazione degli esiti) rappresentano mere prestazioni accessorie. La base d'asta, dunque, pari ad €200.000,00 è appena sufficiente al fine di coprire il costo della manodopera dei portalettere. Peraltro, anche nell'astratta e non praticabile ipotesi in cui si raddoppiassero i valori indicati dall'ANAC relativamente alle capacità di recapito del singolo addetto (quod non), il costo dei soli portalettere risulterebbe pari a €123.680,00, comunque più alto del costo del personale complessivo previsto dal bando di gara €99.004,32. In ogni caso, difatti, al costo dei portalettere vanno aggiunti anche i costi del personale ulteriore indicato nel bando di gara, ovvero il personale amministrativo (quadri e impiegati) e gli addetti alla stampa, nonché i costi per le risorse materiali da impiegare nella stampa e nell'imbustamento»;

CONSIDERATO che secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale – già ampiamente richiamato dall'istante – la base d'asta, seppure non debba corrispondere necessariamente al prezzo di mercato, tuttavia non può essere arbitraria perché manifestamente sproporzionata, con conseguente alterazione della concorrenza (Cons. Stato, III, 10 maggio 2017, n. 2168; Cons. Stato, sez. V, sentenza 28 agosto 2017 n. 4081); che in particolare, si è osservato come la misura del prezzo a base d'asta non implichi una mera scelta di convenienza e opportunità, ma una valutazione alla stregua di cognizioni tecniche, sulla quale è possibile il solo sindacato estrinseco, ovvero limitato ai casi di complessiva inattendibilità delle operazioni e valutazioni tecniche operate dall'Amministrazione, alla illogicità manifesta, alla disparità di trattamento, non potendo, tuttavia, il giudice (o l'Autorità) giungere alla determinazione del prezzo congruo (v. parere reso con delibera n. 1017 del 25 novembre 2020) e che la S.A. tuttavia deve garantire la qualità delle prestazioni, non solo in fase di scelta (art. 97 d.lgs. 50/2016) ma anche nella fase di predisposizione degli atti di gara (art. 30 d.lgs. 50/2016);

RILEVATO, ai fini della valutazione pur limitata all'ambito del summenzionato "sindacato estrinseco", che:

- la gara in esame ha registrato una partecipazione estremamente esigua (sono state presentate, infatti, due sole offerte ed una di queste è stata esclusa, a seguito di soccorso istruttorio esperito con esito negativo, per mancata dimostrazione dei requisiti tecnico-professionali e dei requisiti di integrità o affidabilità richiesti dal bando, nonché per mancata esibizione del versamento del contributo ANAC, ciò dimostrando, tra l'altro, la scarsa serietà dell'offerta e l'inaffidabilità dell'operatore economico in questione, ovvero di uno dei due *competitor* partecipanti);
- nessuno dei maggiori operatori economici del settore ha presentato domanda di partecipazione, nonostante l'importanza dell'Amministrazione committente e quindi l'indubbio "valore curriculare", prima ancora che economico, che conseguirebbe all'aggiudicazione dell'appalto;
- il prezzo unitario a base di gara di euro 0,25 (per avviso bonario stampato, imbustato, recapitato e rendicontato) è significativamente al di sotto del prezzo medio a base di gara di procedure selettive aventi analogo oggetto ed esperite negli ultimi due anni da altre amministrazioni locali;
- lo stesso Comune di Napoli, per la riscossione della TARI annualità 2018 aveva predisposto una gara (lotto 1: stampa, imbustamento, attività di recapito e rendicontazione esiti di circa 410.000 avvisi



- bonari) con costo unitario a base di appalto di € 0,52 e furono presentate 5 domande di partecipazione e acquisite 4 offerte (causa esclusione di un operatore economico);
- per la medesima gara per l'annualità 2020 è stato previsto un costo unitario a base di gara di € 0,40 e hanno presentato domanda di partecipazione 6 operatori economici;
 - appare evidente la stretta correlazione tra l'importo a base di gara e il numero degli operatori economici partecipanti;
 - il calcolo presuntivo del numero di lettere al giorno che ogni dipendente addetto al recapito dovrebbe consegnare (tra 1426 e 2000 a seconda dei calcoli effettuati dalla stessa Stazione appaltante) è considerevolmente superiore alla soglia individuata nelle Linee Guida Anac per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali (circa 480 invii giornalieri);
 - le motivazioni che, a giudizio della Stazione appaltante, giustificerebbero in ogni caso un numero di consegne giornaliera così elevato (ovvero: «1) l'elevata concentrazione abitativa delle zone in cui il servizio deve essere effettuato, con la conseguente ottimizzazione dei tempi di spostamento; 2) le sinergie con altre campagne di recapito massivo realizzate nel medesimo territorio (economie di scala); 3) l'utilizzazione di tecniche avanzate di normalizzazione degli indirizzi e di organizzazione della logistica»), appaiono piuttosto generiche e comunque non supportate dalla produzione di alcuna documentazione probante;
 - la Stazione appaltante, nella gara in questione ha fissato una base d'asta pressoché dimezzata rispetto alle gare precedenti basandosi, verosimilmente, solo sull'esito di tali procedure pregresse in cui i ribassi sono stati molto elevati (talvolta ben superiori al 50%), desumendone che il prezzo reale di mercato di tali servizi fosse notevolmente inferiore ai calcoli e alle previsioni dell'Amministrazione; tuttavia il prezzo praticato dagli operatori economici non sempre è indice di sostenibilità economica del servizio, perché è piuttosto comune che l'obiettivo di assicurarsi la commessa passi attraverso la formulazione di offerte particolarmente aggressive rese possibili anche grazie ad un utilizzo intensivo della manodopera e/o al taglio drastico del suo costo, che può emergere solo a seguito di una approfondita verifica della congruità dell'offerta;

RITENUTO, alla luce di quanto sopra, che appaiono fondate le doglianze della società istante relativamente all'asserita incapienza dell'importo a base di gara, la cui incongruità e sproporzione emerge con particolare riferimento al calcolo del numero presunto di avvisi che ogni addetto al recapito dovrebbe consegnare per rispettare i termini previsti dal bando di gara e, in ultima analisi, in relazione al calcolo del costo complessivo della manodopera;

CONSIDERATO, in merito alla contestazione circa l'errato utilizzo del criterio di aggiudicazione del minor prezzo in luogo di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che l'art. 95, comma 3, lett. a) del Codice dispone che sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo: «a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, comma 1, fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a» e che a norma dell'art. 50, comma 1 «I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto»;

CONSIDERATO che l'art. 95, comma 4, lett. b), come modificato dall'art. 1, comma 20, lettera t), della legge n. 55 del 2019 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, recante "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici"), ha recepito un orientamento interpretativo ormai consolidato in giurisprudenza secondo il quale «gli appalti



di servizi ad alta intensità di manodopera – ai sensi degli articoli 50, comma 1, e 95, comma 3, lettera a), del codice dei contratti pubblici – sono comunque aggiudicati con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, quand’anche gli stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate» (v. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 21 maggio 2019 n. 8);

RILEVATO che la Stazione appaltante – come visto – ritiene pienamente legittima la scelta del criterio di aggiudicazione al minor prezzo poiché i costi della manodopera risulterebbero inferiori al 50% del valore dell’importo complessivo a base d’asta;

RILEVATO che le già menzionate Linee Guida per l’affidamento dei servizi postali precisano che *«Si ritiene che il criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa debba costituire la modalità privilegiata per l’aggiudicazione degli appalti di servizi postali. L’offerta economicamente più vantaggiosa è, infatti, l’unico criterio di selezione idoneo a valorizzare le soluzioni sia dal punto di vista operativo che da quello economico, con il massimo vantaggio per la stazione appaltante»* e che sebbene si possa concordare con la Stazione appaltante sul fatto che tali Linee guida abbiano ad oggetto più propriamente i *«servizi postali prestati dal fornitore del servizio universale, in generale realizzati su territori molto ampi e senza caratteristiche particolari di concentrazione urbana»*, nondimeno sono espressi molti principi generali e orientamenti interpretativi che possono considerarsi comuni ed estensibili ad ogni servizio di recapito postale;

RITENUTO, tuttavia, che il costo della manodopera è un dato soggetto a rilevanti oscillazioni quantitative a seconda delle valutazioni che effettuano di volta in volta le Stazioni appaltanti, di talché, nel caso di specie, è evidente che il costo della manodopera inferiore al 50% del valore dell’importo a base d’asta discende direttamente dalla sovrastima della capacità di distribuzione/recapito degli avvisi e quindi da un calcolo al ribasso del numero di addetti necessari per effettuare il servizio nei termini previsti dalla *lex specialis*, con l’evidente ulteriore conseguenza che laddove tale valutazione fosse stata compiuta correttamente il costo della manodopera sarebbe risultato senza dubbio superiore al 50% del valore complessivo dell’importo a base di gara, con l’effetto di rendere obbligatoria l’adozione del criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa;

CONSIDERATO, in relazione alla mancata previsione di penali per il ritardato recapito degli avvisi, che l’art. 113-bis, comma 4 del Codice prevede che *«I contratti di appalto prevedono penali per il ritardo nell’esecuzione delle prestazioni contrattuali da parte dell’appaltatore commisurate ai giorni di ritardo e proporzionali rispetto all’importo del contratto o alle prestazioni del contratto»* e che secondo la giurisprudenza la clausola penale è un mezzo rafforzativo del vincolo contrattuale che si risolve in una concordata liquidazione del danno derivato dall’omesso o inesatto adempimento non richiedente la prova della sua esatta consistenza. La clausola penale risponde ad una funzione di determinazione forfettaria e preventiva dei danni risarcibili, che, pur non prescindendo dalla necessaria dimostrazione della imputabilità al debitore dell’inadempimento (Cass. civ., Sez. I, sent. n. 6716 del 2 giugno 1992), consente alle parti di sfuggire all’alea della prova del quantum del danno, acquisendo sin dall’inizio la certezza delle conseguenze economiche che derivano dagli inadempimenti o dai ritardi negli adempimenti (T.A.R. Lazio, sez. II, sent. n. 11860 del 26 novembre 2009);

RITENUTO che in materia di disciplina delle penali il potere discrezionale della Stazione appaltante, a fronte di specifiche prestazioni contrattuali oggetto di affidamento, è esercitabile solo in relazione al *“quantum”* (pur nei limiti di cui al comma 4 dell’art. 113-bis sopra citato) e non all’ *“an”*, configurandosi,



infatti, un vero e proprio obbligo legale per l'Amministrazione committente la loro previsione nella *lex specialis* e il conseguente inserimento nel contratto d'appalto;

CONSIDERATO che la penale da ritardo prescinde dall'essenzialità del termine (il già citato comma 4, infatti, disciplina la graduazione della penale senza fare alcun riferimento a tale essenzialità), purché tale termine risulti comunque rilevante nell'economia del contratto;

CONSIDERATO, altresì, che l'art. 27, comma 1 del Regolamento TARI del Comune di Napoli prevede che *«Il contribuente versa in autoliquidazione le somme dovute per tributo comunale e tributo provinciale ai sensi dell'art. 13 comma 15 ter del D.L. 201/2011 e ss.mm.ii.»* e il successivo comma 3 che *«Il Comune, almeno 10 giorni prima della scadenza invia a ciascun contribuente, per posta ordinaria o via mail o pec, un avviso sulla base dell'ultima dichiarazione presentata o dei dati in possesso dell'ufficio contenente tutti gli elementi utilizzati per il calcolo del tributo dovuto. L'avviso deve contenere altresì tutti gli elementi previsti dall'art. 7 della L.212/2000 e dalla deliberazione ARERA n. 444/2019. Il mancato ricevimento dell'avviso non giustifica il mancato o tardivo versamento del tributo dovuto. Il Comune assicura l'assistenza on line o allo sportello per il calcolo del tributo dovuto»*; e che tale previsione ha il chiaro intento di rendere il più agevole possibile per il cittadino l'adempimento tributario in questione e che in ragione di tale disposizione regolamentare viene bandita annualmente la gara *de qua*;

RITENUTO, pertanto, che se è vero che per l'avviso bonario, come sostiene la Stazione appaltante, *«il recapito non ha valore di notifica e non è essenziale ai fini del procedimento tributario»*, con la conseguenza che l'eventuale ritardo nella consegna degli avvisi non comporta alcun danno per l'Amministrazione committente e ciò giustificherebbe l'assenza di una specifica penale, è altrettanto vero che se il fine ultimo dell'invio degli avvisi bonari di pagamento è, da un lato, quello di agevolare la esatta e puntuale contribuzione degli utenti, i quali dovrebbero provvedere in autonomia alla (auto)liquidazione del dovuto secondo i termini previsti dal pertinente Regolamento comunale e, dall'altro, quello di agevolare l'esazione da parte dell'amministrazione comunale, la quale, in caso di mancato o inesatto versamento del tributo, dovrebbe azionare tutti gli strumenti di tutela giuridica previsti dalle norme in materia, con evidente aggravio di oneri, costi e tempi complessivi [appare in tal senso significativo che la stessa Amministrazione procedente, nella propria memoria controdeduttiva, precisi che *«Per evitare danni patrimoniali gravi e certi all'Ente (derivanti da possibili ritardi nella riscossione di entrate proprie di notevole ammontare), tenuto conto dei tempi per la realizzazione del servizio previsti dal Capitolato di gara, l'Amministrazione dovrà procedere all'aggiudicazione della gara in oggetto e alla richiesta di esecuzione anticipata delle prestazioni entro il termine massimo del 08/06/2021»*]; e se la legge di gara prevede espressamente un termine specifico di 15 giorni (successivi alla fine della fase precedente, costituita dalla stampa e dall'imbustamento) per il recapito mediante posta ordinaria degli avvisi bonari, appare del tutto irrilevante, allo scopo di demolire la contestazione in esame, che il tardivo recapito degli avvisi non produca effetti sull'obbligo di versamento da parte dell'utenza, in quanto esso comunque costituisce parte integrante (e necessaria) delle prestazioni contrattuali ricomprese nel servizio in oggetto e pertanto non può non prevedersi una specifica penale;

RITENUTO, altresì, che – prescindendo da tutte le ulteriori e indirette finalità che la Stazione appaltante dichiara di perseguire mediante l'affidamento del servizio *de quo* (*«gli avvisi bonari sono anche uno strumento per "manutenere" il database degli utenti e per misurare gli effetti delle operazioni di bonifica effettuate su di esso»*) – il recapito costituisca la prestazione funzionalmente principale e più rilevante rispetto a tutte le altre che la precedono e seguono, atteso che il suo tardivo (o addirittura mancato) adempimento rende, di fatto, non idoneo allo scopo il servizio medesimo (la stessa S.A. dichiara che la



principale motivazione che la induce ad inviare un atto non indispensabile ai fini del procedimento tributario è da individuare nella preoccupazione che *«il mancato invio degli avvisi bonari possa comportare una riduzione della riscossione volontaria o, nella migliore delle ipotesi, un sensibile ritardo nei pagamenti spontanei, soprattutto per le fasce di utenza "storicamente" abituate a ricevere la "bolletta della spazzatura"»*; che perciò la verifica del rispetto delle tempistiche di consegna degli avvisi costituisce un elemento indispensabile per valutare la qualità dell'esecuzione e che proprio la discussa assenza di penale per il ritardo, messa in correlazione con la previsione di una base d'asta non congrua, finisca per agevolare, in concreto, la presentazione di (poche) offerte particolarmente aggressive sul lato economico, ma al tempo stesso potenzialmente poco serie e affidabili;

RITENUTO, infine, che il giudizio positivo espresso dalla S.A. in ordine all'esecuzione del servizio in contestazione nelle pregresse annualità si basa su criteri valutativi, quali la comparazione con un servizio analogo più oneroso per l'Amministrazione e tuttavia meno efficiente ed efficace (ovvero la notifica degli avvisi di accertamento, effettuata a mezzo raccomandata A/R tramite Poste Italiane SpA in qualità di fornitore del servizio postale universale), un eventuale incremento del numero di segnalazioni di mancato recapito o l'andamento generale della riscossione volontaria, errati in quanto aleatori ed estrinseci rispetto al servizio in gara, cosicché siffatta valutazione finisce per essere condizionata dall'andamento di indicatori incerti e non direttamente riferibili alle prestazioni dedotte in contratto.

il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono, che:

- l'importo complessivo a base di gara sia incongruo, con particolare riferimento alla valutazione del costo della manodopera;
- la scelta del criterio del minor prezzo, formalmente corretta ai sensi delle disposizioni attuali di legge, risulti tuttavia viziata, *ab origine*, dall'erroneo calcolo del costo della manodopera, che se correttamente valutato sarebbe risultato ben superiore al 50% dell'importo totale del contratto;
- l'omessa previsione di una penale per il ritardato recapito degli avvisi bonari non sia conforme alle disposizioni di legge in materia di penali contrattuali.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 luglio 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente