



DELIBERA N. 188

3 Marzo 2021

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Caliciotti Bus S.r.l. – Affidamento del servizio di trasporto pubblico locale nel Comune di Cori - Importo a base della procedura: euro 182.828,65 - Criterio di aggiudicazione: minor prezzo - S.A.: Comune di Cori

PREC 40/2021/L

Riferimenti normativi

Articolo 36, comma 9-bis, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 95, commi 3 e 4, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 50 d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Trasporto pubblico locale – Alta intensità manodopera – Offerta economicamente più vantaggiosa

Massima

Trasporto pubblico locale – Sotto soglia - Alta intensità manodopera – Criterio di aggiudicazione - Offerta economicamente più vantaggiosa - Costo del lavoro

Il servizio di trasporto pubblico locale, benché abbia caratteristiche standardizzate, qualora abbia i requisiti per essere qualificato ad alta intensità di manodopera secondo l'art. 50 d.lgs. n. 50/2016, deve inderogabilmente essere aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi del combinato disposto del comma 3, lettera a) e del comma 4, lettera b) dell'art. 95 d.lgs. n. 50/2016, anche se di valore inferiore alla soglia di rilievo comunitario;

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 3 marzo 2021

Vista l'istanza di parere acquisita al prot. n. 2168 del 12 gennaio 2021, con la quale l'operatore economico Caliciotti Bus S.r.l., affidatario uscente del servizio, ha censurato il bando per l'affidamento del servizio di organizzazione e gestione della rete dei servizi di trasporto pubblico locale su gomma nel territorio del Comune di Cori per dieci mesi, pubblicato in data 29 dicembre 2020, eccependo le seguenti criticità:



- 1) la previsione del criterio di aggiudicazione del minor prezzo, in luogo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che, ai sensi dell'art. 95, comma 3, d.lgs. n. 50/2016, avrebbe dovuto essere applicato inderogabilmente, trattandosi di un affidamento di servizi che, benché ripetitivi, sono ad alta intensità di manodopera;
- 2) la mancata determinazione del costo standard, come definito dal D.M. n. 157/2018, ai fini del calcolo della base d'asta;
- 3) la mancata redazione della Relazione tecnica di cui all'art. 34, comma 20, d.l. n. 179/2012, convertito con l. n. 221/2012, e all'art. 23, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016;
- 4) il difetto di istruttoria, per non avere la stazione appaltante tenuto conto degli effetti del Covid-19 sugli elementi costitutivi della gara e sui relativi costi;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 3 febbraio 2021 con nota prot. n. 9848;

Vista la documentazione allegata all'istanza di parere e alla successiva memoria dell'operatore economico istante acquisita al prot. n. 11110 dell'8 febbraio 2021, nonché la memoria e la relativa documentazione fatta pervenire dalla stazione appaltante con nota acquisita al prot. n. 11342 dell'8 febbraio 2021;

Visto che, con riferimento al punto 1), la stazione appaltante ha rappresentato che la scelta del criterio del prezzo più basso è stata determinata da due circostanze concorrenti, ovvero il valore sotto soglia del contratto, che determinerebbe, ai sensi dell'art. 36, comma 9-bis, d.lgs. n. 50/2016, la facoltà di scegliere indifferentemente tra i due criteri di aggiudicazione, e l'incidenza del costo della manodopera sull'ammontare complessivo del contratto inferiore al 50%;

Considerato, che, in forza dell'art. 18, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 50/2016, le concessioni di trasporto pubblico di passeggeri sono annoverate tra i contratti esclusi dall'ambito di applicazione del Codice, ovvero, tra i contratti che, sebbene posti in essere da soggetti contemplati dal Codice (e dunque riconducibili nell'ambito di applicazione soggettiva del Codice) e rientranti in astratto nell'ambito di applicazione delle direttive e del Codice, ne sono specificamente "esentati" con norme di esclusione, e sono vincolati al rispetto dei principi generali indicati nell'art. 4 del Codice (*cf.* Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 1 agosto 2011 n. 16). L'art. 5 del Reg. (CE) n. 1370/2007, nel disciplinare le modalità di affidamento delle concessioni di trasporto passeggeri, prevede, oltre a ipotesi di affidamento a operatori "interni", anche l'affidamento a terzi tramite procedure di gara (comma 3). Non v'è dubbio che un soggetto rientrante nell'ambito soggettivo di applicazione del Codice (e quindi tenuto alla sua osservanza in forza di un vincolo "eteronomo"), come nel caso in esame il Comune, possa vincolarsi, nell'espletamento di una gara per l'affidamento a terzi di una concessione di trasporto pubblico di passeggeri (esentata dall'ambito oggettivo di applicazione del Codice), al rispetto di norme del Codice che si rivelino neutre rispetto all'oggetto del contratto e, al contempo, strumentali al rispetto dei principi generali di cui al comma 4 del d.lgs. n. 50/2016. Nel caso di specie, la stazione appaltante ha provveduto in questo senso, autovincolandosi al rispetto del Codice, e, in particolare, alla disciplina ivi contenuta dei criteri di aggiudicazione, laddove, nell'art. 1 del Disciplinare di gara, ha indicato come tipologia di affidamento la procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016, e soprattutto, nell'art. 11 ha specificato che «*l'aggiudicazione sarà effettuata con il criterio del prezzo più basso, ai sensi dell'art. 36, comma 9-bis, del d.lgs. n. 50/2016*»;

Visto l'art. 36, comma 9-bis, del d.lgs. n. 50/2016 che, nel prevedere, per gli appalti di valore inferiore alle soglie di rilievo comunitario, l'equiparazione dei due criteri di aggiudicazione, fa tuttavia salvo quanto disposto dall'art. 95, comma 3, d.lgs. 50/2016, il quale, a sua volta, prescrive che sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (tra gli altri) i servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'art. 50, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 (art. 95, comma 3, lett. a), d.lgs. n. 50/2016). Ciò comporta l'estensione agli affidamenti sotto soglia dell'obbligo di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nei casi previsti dal comma 3 dell'art. 95 (tra i quali sono annoverati i contratti relativi ai servizi ad alta intensità di manodopera);



Considerato che, come rappresentato dall'operatore economico istante, il problema del rapporto tra il comma 3 e il comma 4 dell'articolo 95, che consente l'utilizzo del criterio del minor prezzo per i servizi con caratteristiche standardizzate, è stato risolto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza del 21 maggio 2019 n. 8, statuendo che «*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*». La pronuncia, dirimendo la questione concernente l'ipotesi che l'affidamento del servizio abbia al contempo le caratteristiche di alta intensità di manodopera e standardizzazione, ha dunque ritenuto che il rapporto tra la prima e la seconda norma non può essere intesa nel senso di specialità, per cui la norma generale (quella sugli appalti ad alta intensità di manodopera) viene derogata da quella speciale (sugli appalti standardizzati), ma, al contrario, è proprio la regola dell'offerta economicamente più vantaggiosa a prevalere, in presenza di servizi con entrambe le caratteristiche. Tale approdo ermeneutico è stato fatto proprio dal legislatore che, con la legge n. 55/2019, ha modificato l'art. 95, comma 4, aggiungendo, alla fattispecie di cui alla lettera b), relativa ai servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono indicate dal mercato, la precisazione «*fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera di cui al comma 3 lettera a)*»;

Considerato, conseguentemente, che il servizio di trasporto pubblico locale, benché abbia caratteristiche standardizzate, qualora abbia i requisiti per essere qualificato ad alta intensità di manodopera secondo l'art. 50 d.lgs. n. 50/2016, deve inderogabilmente essere aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi del combinato disposto del comma 3, lettera a) e del comma 4, lettera b) dell'art. 95 d.lgs. n. 50/2016 (cfr. Consiglio di Stato, 20 dicembre 2019, n. 8659), anche se di valore inferiore alla soglia di rilievo comunitario;

Considerato che, nel caso in esame, nella determina a contrarre del 29 dicembre 2020, la stazione appaltante ha dato atto che «*il criterio di aggiudicazione sarà quello del prezzo più basso ai sensi dell'art. 36, comma 9-bis, del d.lgs. n. 50/2016 trattandosi di affidamento sotto soglia comunitaria*» ma non ha fornito indicazioni circa l'ammontare del costo della manodopera;

Ritenuto che la motivazione (errata) alla base della scelta del criterio di aggiudicazione del minor prezzo è sintomatica del difetto di istruttoria in cui è incorsa la stazione appaltante, la quale non ha dato conto di avere provveduto a stimare, in fase di progettazione del servizio, il costo della manodopera, né al fine della determinazione dell'importo a base di gara, come previsto dall'art. 23, comma 16, d.lgs. n. 50/2016, che dispone anche che tale costo sia individuato nei documenti posti a base di gara, né per valutare, alla luce dei parametri fissati dall'art. 50, se i servizi fossero ad alta intensità di manodopera ai fini della scelta del criterio di aggiudicazione (ex art. 50 sono servizi ad alta intensità di manodopera quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell'importo totale). Le operazioni di stima di tale valore, rendicontate dalla stazione appaltante nella memoria di replica prodotta nel presente procedimento, oltre ad apparire, per le motivazioni sopra indicate, un adempimento "tardivo", si palesano anche viziate sotto il profilo dei parametri utilizzati per il calcolo. Il valore di euro 65.263,95, pari al 35,70% dell'importo del contratto, è stato ottenuto dalla stazione appaltante considerando esclusivamente la retribuzione mensile, desunta da un contratto qualificato come contratto di riferimento (contratto autoferrotranvieri), spettante a ciascun addetto ricompreso nella clausola sociale (tre operatori di servizio e una impiegata di concetto). Come noto, il costo del lavoro, quando non è indicato dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali nelle apposite tabelle previste dal citato art. 23, comma 16, va determinato facendo riferimento, oltre che al contratto collettivo applicabile, anche alle norme in materia previdenziale e assistenziale. Esso si compone, infatti, oltre che della retribuzione contrattuale lorda, con tutte le sue componenti (paga base, indennità, ecc), anche degli oneri sociali a carico del datore di lavoro (contributi INPS e premi INAIL) e del trattamento di fine rapporto. Non v'è dubbio, pertanto, che il costo della manodopera, così come calcolato dalla stazione appaltante in sede di precontenzioso, sia sottostimato. Tale conclusione appare confermata dalla non trascurabile differenza, per difetto, tra la stima della stazione appaltante e il costo del personale sostenuto dal gestore uscente nel corso del 2019, come



rappresentato da Caliciotti Bus S.r.l., che, parametrato a 10 mesi (la durata del contratto in discussione), risulta essere di euro 99.729,75, pari al 54,55% dell'importo totale dell'appalto;

Visto, con riferimento al punto 2), che la stazione appaltante ha eccepito che la determinazione del costo standard ex D.M. n.157/2018 è un'attività che non compete all'ente che procede all'affidamento ma alla Regione che lo pone a fondamento del finanziamento riconosciuto annualmente agli enti locali in forza della percorrenza annua minima correlata;

Visto il D.M. n.157/2018 che, in attuazione di quanto disposto dall'art. 1, comma 84, l.n. 147/2013, ha dettato i criteri per la determinazione dei costi standard e, in conformità al quadro normativo di riferimento – art. 17 del d.lgs. n. 422/1997 e art. 27, comma 8 bis, del d.l. n. 50/2017 - nell'art. 1, comma 5, ha stabilito che i costi standard *“sono utilizzati dagli enti che affidano i servizi di trasporto pubblico locale e regionale come elemento di riferimento per la quantificazione delle compensazioni economiche e dei corrispettivi da porre a base d'asta, determinati ai sensi dell'art. 17 del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, e delle normative europee sugli obblighi di servizio pubblico, con le eventuali integrazioni che tengano conto della specificità del servizio e degli obiettivi degli enti locali in termini di programmazione dei servizi e di promozione dell'efficienza del settore”*;

Considerato che il dettato normativo, dal tenore letterale invero privo di ambiguità, pone a carico dell'ente che procede all'affidamento del servizio l'utilizzo dei costi standard ai fini del calcolo dei corrispettivi da porre a base d'asta. Ciò trova conferma negli atti regolatori dell'autorità di settore (Autorità di Regolazione dei Trasporti), che, nell'Atto di regolazione recante la *“Revisione della delibera n. 49/2015 - Misure per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri svolti su strada e per ferrovia (...)”*, con riferimento agli affidamenti con gara, nella Misura n. 14, ha previsto che il PEF simulato, che l'ente affidante predispone ai fini della determinazione del corrispettivo a base d'asta (nonché della verifica dell'equilibrio economico-finanziario del contratto di servizio per l'intera durata dell'affidamento e del confronto con le offerte presentate da ciascun partecipante), *«è elaborato assumendo come elemento di riferimento il costo standard di cui al decreto ministeriale n. 157 del 28 marzo 2018 (di seguito: d.m. 157/2018)»*. Conferma nel medesimo senso è data anche dalla giurisprudenza, che ha ritenuto che *«Dal quadro normativo vigente in materia emerge un dato molto significativo: nelle gare per l'affidamento di servizi di trasporto pubblico locale la stazione appaltante deve fare esclusivo riferimento ai costi standard per definire le compensazioni economiche ed i corrispettivi da porre a base d'asta»* (TAR Lazio Roma 1° marzo 2019 n. 2732);

Visto, con riferimento ai punti 3 e 4, che la stazione appaltante ha obiettato che l'assenza della relazione tecnica di cui all'art. 34, comma 20, d.l. n. 179/2012, non sarebbe rilevante, perché i termini e i fondamentali dell'appalto sono perfettamente espliciti nei documenti di progetto e di gara, tenuto anche conto che si tratta di un affidamento ponte di limitatissima durata (10 mesi) atto a consentire il traghettamento delle competenze ad una società partecipata della Regione Lazio a partire dal 1° gennaio 2022, e che l'incidenza sui costi della sicurezza determinata dal Covid-19 rientra nel rischio di impresa posto a carico degli operatori economici mentre la riduzione del 50% della capienza dei mezzi di trasporto, imposta con ordinanza regionale, è stata compensata da un chilometraggio aggiuntivo e dunque da corse supplementari;

Considerato, con riferimento alla progettazione del servizio, che l'art. 23, comma 15, d.lgs. n. 50/2016, detta una disciplina generale in materia di progettazione di appalti di servizi (con la previsione dei documenti che devono comporre il progetto), mentre l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale è soggetto a una disciplina speciale che ha demandato all'Autorità di Regolazione dei Trasporti la definizione degli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare (37 d.l. n. 201/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 214/2011). L'Autorità di settore (di seguito ART), nel già citato Atto di regolazione, approvato con delibera n. 154/2019, di revisione della delibera n. 49/2015, ha definito il contenuto minimo obbligatorio del contratto di servizio. In particolare, l'ART ha previsto che l'ente affidante rediga un'apposita relazione di affidamento, che costituisce



parte integrante della documentazione che disciplina la procedura di affidamento, pubblicata sul sito web istituzionale dell'ente, e contestualmente trasmessa all'ART ai fini di vigilanza, volta a garantire adeguate condizioni di trasparenza e la valutazione della legittimità delle scelte effettuate. In questo documento l'ente descrive gli esiti della procedura di consultazione dei portatori di interessi, che dovrebbe essere esperita prima di procedere all'affidamento, i criteri adottati per definire il Piano Economico-Finanziario simulato, le motivazioni poste a sostegno dell'introduzione di ogni requisito di partecipazione aggiuntivo nonché eventuali altri aspetti della procedura di affidamento ritenuti opportuni. L'ART precisa che è facoltà dell'ente appaltante redigere la relazione di affidamento congiuntamente alla relazione prevista ai sensi dell'art. 34, comma 20, del d. l. n. 179/2012, predisponendo un unico documento. Inoltre, come sopra accennato, l'ART prevede che l'ente procedente rediga un documento di programmazione della gestione, che contiene lo sviluppo temporale di dati e indicatori economici, patrimoniali e finanziari nel periodo di vigenza contrattuale, ovvero un PEF simulato, distinto dal PEF redatto e presentato in sede di gara dai partecipanti, che presuppone l'identificazione e la valutazione degli specifici rischi connessi all'esercizio del servizio oggetto di affidamento, e, in caso di concessione, la definizione e l'allocatione dei rischi tra ciascuna delle parti contrattuali. In relazione alla natura e all'intensità delle diverse tipologie di rischio individuate, nonché alla relativa allocatione in capo a ciascuna delle parti contrattuali, l'ART prevede che l'ente specifichi nella documentazione che disciplina la procedura di affidamento, e descriva nella matrice dei rischi (che costituisce parte integrante della documentazione), eventuali misure di mitigazione dei rischi allocati;

Ritenuto che, nel caso esame, dalla documentazione prodotta, emerge che la progettazione del servizio è stata limitata alla definizione del capitolato speciale di appalto e dei relativi allegati, senza che il Comune abbia esperito un'analisi del contesto né dei rischi, ivi compresi quelli derivanti dal Covid-19, allocati a carico del gestore, o che abbia provveduto all'individuazione delle misure di mitigazione degli stessi;

Il Consiglio

ritiene, sulla base delle motivazioni che precedono,

- con riferimento al d.lgs. n. 50/2016, carente l'istruttoria che ha condotto alla scelta del criterio di aggiudicazione del minor prezzo;
- con riferimento alla disciplina speciale in materia trasporto pubblico locale ivi inclusi gli atti regolatori dell'Autorità di settore, carente la progettazione del servizio per quanto concerne il calcolo della base d'asta, l'analisi del contesto e l'identificazione e la valutazione degli specifici rischi connessi all'esercizio del servizio oggetto di affidamento, ivi compresi quelli derivanti dal Covid-19.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 12 marzo 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente