



N. 00032/2015REG.PROV.COLL.

N. 02512/2012 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2512 del 2012, proposto da: Monteco S.r.l., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, quale mandatario del raggruppamento temporaneo di imprese da essa costituito con la Axa S.r.l. e la Monticavastrade S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Rodolfo Barsi, con domicilio eletto in Roma presso lo studio Marco Gardin, via Laura Mantegazza, 24;

contro

Comune di San Pancrazio Salentino (Br), costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv. Adriano Tolomeo, con domicilio eletto in Roma presso lo studio dell'avv. Andrea Abbamonte, via degli Avignonesi, 5; Serveco S.r.l., Ati Pellicano Verde S.p.A. La Carpia Domenico S.r.l., Sir S.r.l.;

per la riforma

della sentenza breve T.A.R. per la Puglia, Sede di Lecce, Sez. III, n. 140 dd. 25 gennaio 2012, resa a' sensi dell'art. 60 cod. proc. amm. e concernente aggiudicazione servizio di rimozione rifiuti. Ris. danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di San Pancrazio Salentino;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 luglio 2014 il Cons. Fulvio Rocco e uditi per l'appellante Monteco S.r.l. l'avv. Rodolfo Barsi e per l'appellato Comune di San Pancrazio Salentino l'avv. Adriano Tolomeo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Con ricorso proposto sub R.G. 1864 del 2011 innanzi al T.A.R. per la Puglia, Sede di Lecce, la Monteco S.r.l., quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese da essa costituito con la Axa S.r.l. e la Monticavastrade S.r.l., ha chiesto l'annullamento del provvedimento n. 871 del 14 novembre 2011, con la quale il Comune di San Pancrazio Salentino ha aggiudicato alla Serveco S.r.l. il servizio di rimozione rifiuti ubicati nel territorio comunale all'interno delle cave site in località Sant'Antonio, nonché di ogni altro atto comunque collegato, connesso, presupposto e consequenziale e del contratto eventualmente stipulato.

Monteco ha pure chiesto il risarcimento dei danni discendenti dagli atti impugnati.

La medesima Monteco, risultata quarta nella graduatoria conclusiva del procedimento di scelta del contraente, ha dedotto in tale primo grado di giudizio le seguenti censure:

I) violazione, mancata e parziale applicazione dell'art. 81 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163;

II) eccesso di potere per ingiustizia manifesta, difetto di motivazione e contraddittorietà.

1.2. Si sono costituiti in tale primo grado di giudizio il Comune di San Pancrazio Salentino e la Serveco S.r.l., concludendo per la reiezione del ricorso.

La difesa del Comune ha pure eccepito, in via preliminare, la tardività dell'impugnativa avversaria.

1.3. Con sentenza n. 140 dd. 25 gennaio 2012, resa a' sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., la Sez. III dell'adito T.A.R., prescindendo dall'eccezione di tardività sollevata dal Comune, ha respinto il ricorso, compensando integralmente tra le parti le spese e gli onorari di tale primo grado di giudizio.

2.1. Con l'appello in epigrafe la Monteco S.r.l. chiede ora la riforma di tale sentenza, deducendo al riguardo l'avvenuta violazione dell'art. 81, comma 3-bis, del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 introdotto per effetto dell'art. 4, comma 2, lett. i-bis) del D.L. 13 maggio 2011 n. 70 convertito con L. 12 luglio 2011 n. 106, vigente all'epoca dei fatti di causa e susseguentemente abrogato per effetto dell'art. 44, comma 2, del D.L. 6 dicembre 2011 n. 201 convertito, a sua volta, con L. 22 dicembre 2011 n. 214.

L'appellante ha riproposto – altresì – la domanda di risarcimento dei danni discendenti dagli atti impugnati.

2.2. Si è costituito nel presente grado di giudizio il solo Comune di San pancrazio Salentino, concludendo per la reiezione dell'appello e riproponendo inoltre la propria eccezione di irricevibilità del ricorso in primo grado, rimasta assorbita nella sentenza impugnata.

Il Comune, inoltre, ha pure preliminarmente eccepito l'inammissibilità dell'appello in quanto non proposto anche sull'assunto del giudice di primo grado secondo il quale “per i prezzi della manodopera si è tenuto conto del prospetto dei costi della manodopera al 2011 e pubblicato dalla Confindustria di Brindisi – Costruttori edili ed imprenditori affini”, con conseguente verifica del “rispetto dei minimi salariali contrattualmente previsti” (cfr. pag. 7 della sentenza impugnata) senza contestazione di sorta al riguardo in sede giudiziale da parte di Monteco avverso tale giudicato interno formatosi sul punto sopradescritto.

Il Comune ha anche eccepito – sempre in via preliminare – l'improcedibilità dell'appello in epigrafe in quanto è stato medio tempore stipulato il contratto d'appalto tra il Comune medesimo e Serveco, non impugnato dall'attuale appellante.

3. Alla pubblica udienza del 29 luglio 2014 la causa è stata trattenuta per la decisione.

4.1. Tutto ciò premesso, l'appello in epigrafe va respinto, prescindendo al riguardo dalle anzidette eccezioni preliminari dedotte dall'appellato Comune.

4.2. Come dianzi rilevato, la questione si incentra sull'asserita violazione, da parte della stazione appaltante, dell'art. 81, comma 3-bis, del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 introdotto per effetto dell'art. 4, comma 2, lett. i-bis) del D.L. 13 maggio 2011 n. 70 convertito con L. 12 luglio 2011 n. 106, vigente all'epoca dei fatti di causa e susseguentemente abrogato per effetto dell'art. 44, comma 2, del D.L. 6 dicembre 2011 n. 201 convertito, a sua volta, con L. 22 dicembre 2011 n. 214.

La disciplina in questione, con riferimento ai “criteri per la scelta dell'offerta migliore”, disponeva che “l'offerta migliore è altresì determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro”.

In dipendenza di ciò, Monteco ha formulato la propria offerta con un ribasso percentuale del 51,11 % sull'importo del servizio, al netto, oltre che dell'importo per gli oneri della sicurezza, anche delle spese di cui al surriportato comma 3 bis dell'art. 81 relative al costo del personale.

Viceversa, le altre concorrenti non hanno effettuato lo scorporo di tale voce di costo dal ribasso offerto; né la stazione appaltante ha applicato tale disposizione in sede di valutazione dell'offerta economica, con ciò omettendo di escluderle dalla gara per tale omessa deduzione.

In tal modo, secondo la prospettazione dell'appellante, la stazione appaltante avrebbe apertamente violato una disciplina di indubbio carattere imperativo e, in quanto tale, direttamente applicabile ed etero-integrante la *lex specialis* della gara, in effetti priva di tale indicazione.

A tale riguardo va evidenziato che nella sentenza impugnata si legge che “sulle modalità di applicazione concreta dell'abrogato comma 3 bis dell'art. 81 del codice dei contratti, per il tempo di vigenza, sono possibili diverse interpretazioni. ... Ove si ritenga, secondo un approccio formale, che la norma avrebbe imposto alla stazione appaltante l'obbligo d'indicazione dell'importo del costo del lavoro non soggetto al ribasso immediatamente nel bando di gara, sicché l'importo a base di gara avrebbe dovuto essere “ex ante” ripartito in tre componenti (una relativa al costo del lavoro, una pari al costo degli oneri di sicurezza e la rimanente parte imputabile agli altri costi e all'utile d'impresa), il ricorso dovrebbe essere dichiarato inammissibile, per mancata impugnativa del bando contenente una clausola illegittima della “*lex specialis*” recante un immediato *vulnus* per le posizioni soggettive dei partecipanti in quanto incidente direttamente sulle modalità di formulazione dell'offerta economica. Secondo giurisprudenza costante, infatti, i bandi di concorso recanti clausole “ex se” immediatamente lesive dell'interesse degli aspiranti concorrenti, quali la previsione di specifici requisiti di partecipazione o di modalità di presentazione dell'offerta comportanti a carico del partecipante medio un'oggettiva e rilevante difficoltà operativa con sostanziale impossibilità di partecipare adeguatamente e razionalmente alla gara, devono essere immediatamente ed autonomamente impugnati. Ne consegue l'inammissibilità del ricorso proposto avverso il solo provvedimento applicativo, atto meramente consequenziale e totalmente

vincolato nel contenuto, stante l'impossibilità per la Commissione giudicatrice di disapplicare, ove illegittimo, il regolamento di gara (Consiglio Stato, sez. V, 24 marzo 2011, n. 1785; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 01 aprile 2011, n. 646; Consiglio Stato, sez. VI, 13 gennaio 2011, n. 177). ... Qualora si prediliga, come ritiene opportuno il Collegio, una lettura sostanziale della norma, la stessa deve considerarsi meramente impositiva dell'obbligo, per le stazioni appaltanti, di accertare la congruità delle offerte sulla base della verifica della compatibilità delle scelte organizzative effettuate dal concorrente con la normativa concernente i minimi salariali contrattuali della manodopera. Conseguentemente il ribasso offerto può essere giustificato, in fase di verifica dell'anomalia dell'offerta, da una organizzazione imprenditoriale più efficiente e dall'impiego di attrezzature che rendano il lavoro della manodopera più produttivo ma tutelando al contempo il costo del personale. Del resto in linea con questa interpretazione, di natura sistematica, sia l'art. 86, comma 3 bis, che l'art. 87, comma 3, rispettivamente, in sede di individuazione e di verifica delle offerte anormalmente basse, da un lato, stabiliscono che il costo del lavoro è quello determinato periodicamente in apposite tabelle del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, così riferendosi ai minimi salariali e, dall'altro, escludono giustificazioni in relazione ai trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge medesima. A comprova di tale ricostruzione della portata normativa della disposizione invocata non può non rilevarsi che lo stesso art. 87, al comma 4, espressamente dispone che "devono essere specificamente indicati nell'offerta" solo i costi relativi alla sicurezza senza nulla aggiungere in ordine al costo del personale. ... Nel caso di specie, non solo la Commissione giudicatrice ha sottoposto a verifica di congruità, con richiesta di giustificazioni, l'offerta della Serveco s.r.l., aggiudicataria, ma quest'ultima ha espressamente chiarito che "per i prezzi della manodopera si è tenuto conto del prospetto dei costi della manodopera edile aggiornato al 2011 e pubblicato dalla Confindustria di Brindisi – Costruttori edili ed imprenditori affini", allegando, per le singole componenti dell'offerta, 18 schede di analisi dei prezzi unitari ed una scheda riepilogativa dei prezzi offerti. Alla stregua di quanto precede, la gara si è svolta in modo da assicurare il rispetto sostanziale dell'art. 81, comma 3 bis, del d.lgs. n.163 del 2006, avendo la stazione appaltante verificato il rispetto dei minimi salariali contrattualmente previsti. Né, ritenute soddisfacenti dalla stazione appaltante le giustificazioni rese dall'aggiudicataria, la ricorrente ha sottoposto a specifiche censure la verifica di anomalia positivamente effettuata dal seggio di gara nella seduta dell'8 novembre 2011 (verbale n. 3). ...Sulla base delle sovra esposte considerazioni, il ricorso non è meritevole di accoglimento" (cfr. sentenza impugnata, pag.3 e ss.).

4.3. L'appellante contesta recisamente la surriportata motivazione della sentenza emessa in primo grado, rilevando a sua volta che l'interpretazione resa dal T.A.R. "è evidentemente errata perché l'obbligo di accertare la congruità dell'offerta anche con riferimento al costo del lavoro esisteva già prima della novella, e anzi quest'ultima ha, al contrario, eliminato l'obbligo, ponendo il costo del lavoro al di fuori della negoziazione. Infatti, il legislatore della riforma ha inteso escludere che il costo del lavoro potesse essere soggetto a giustificazione e lo ha fatto con due operazioni: in primo luogo ha abrogato la lettera g) dell'art. 87 disponendo che il costo dle lavoro non va sottoposto a giustificazioni; in secondo luogo ha disposto lo scorporo dello stesso costo dall'importo dell'appalto. E' evidente che ritenendo ammissibili le giustificazioni del costo del lavoro la sentenza ha fatto applicazione di una norma abrogata disattendendo la ratio della novella. Per altro verso è evidente che il costo del lavoro, nelle offerte dell'aggiudicataria e delle altre partecipanti, è sottoposto a ribasso poiché il ribasso è offerto sulla cifra comprendente anche il costo del lavoro. Esattamente ciò che la novella vietava. ... E'di tutta evidenza, inoltre, che il procedimento di gara seguito dal Comune conduce a un risultato diverso da quello che si sarebbe ottenuto applicando la legge vigente al momento. In primo luogo perché il costo del lavoro non è prefissato dal bando, sicché costituisce un dato non uguale per tutti i partecipanti, In conseguenza di ciò, l'importo su cui applicare il ribasso, secondo le previsioni della norma (una volta scorporato il costo del lavoro) può

essere diverso per ciascun partecipante” (cfr. pag. 9 e ss. dell’atto introduttivo del presente grado di giudizio).

Secondo la prospettazione dell’appellante, pertanto, per effetto della novella vigente all’epoca dei fatti di causa tutta la problematica del costo del lavoro era stata estrapolata dalla fase dell’anomalia e stralciata, al pari degli oneri per la sicurezza, dalla quota del costo che deve andare a mercato, nell’ambito del gioco concorrenziale della gara (offerta a ribasso).

E se, dunque, la sentenza impugnata risulta per l’appellante condivisibile nella parte in cui subordina la determinazione del costo del personale al rispetto dei trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge medesima, dall’altro – a suo avviso - essa travalicherebbe il contenuto letterale ed il dato testuale del comma 3 bis dell’art. 81 del D.L.vo 163 del 2006 laddove omette di considerare che il ribasso deve essere applicato sull’importo a base di gara depurato dal costo per la sicurezza e dal costo del personale.

Ad avviso dell’appellante, pertanto, la ratio del predetto comma 3-bis si identificava, inequivocabilmente, nel rendere il costo della manodopera come costo “vivo” e, perciò, “non negoziabile” e tutelato in quanto comprensivo degli oneri sociali e contributivi, e come tale - quindi - da intendersi al netto delle spese generali e degli utili d’impresa, essi sì – al contrario – rappresentativi della quota di costo che deve andare al mercato nell’ambito del gioco concorrenziale.

Inoltre, l’equiparazione del costo del personale al regime già previsto per il costo della sicurezza si ricaverebbe - sempre secondo la tesi dell’appellante - proprio dal testuale richiamo contenuto nella parte finale del comma 3 bis alle “misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro”: richiamo ragionevolmente da intendersi come rinvio a quanto già previsto dal tessuto normativo “di settore” (in particolare dal D.L.vo 9 aprile 2008 n. 81, dallo stesso D.L.vo 163 del 2006 e dal D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207), ossia per la componente da sottrarre dal ribasso, ai soli costi per la sicurezza derivanti dagli elaborati specifici.

Né rileverebbe, inoltre, la circostanza dell’omessa precisazione nella disciplina legislativa che il costo del personale non può essere comunque soggetto a ribasso d’asta, così come prevista nel comma 3-ter dell’art. 86 del D.L.vo 163 del 2006, in quanto tale precisazione sarebbe quanto mai ultronea e ripetitiva di quanto prescritto nel più volte richiamato comma 3 bis dell’art. 81 del D.L.vo, pro tempore vigente.

Da ultimo, l’appellante sostiene con apposito calcolo che la propria offerta sarebbe comunque preferibile rispetto a quella dell’aggiudicataria.

4.4.1. Il Collegio, per parte propria, evidenzia che l’interpretazione del comma 3-bis anzidetto data dal giudice di primo grado risulta identica nella sostanza a quella fornita dall’Autorità di vigilanza dei contratti pubblici (AVCP) nel proprio Documento di Consultazione “Prime indicazioni: tassatività delle clausole di esclusione e costo del lavoro”, laddove segnatamente si legge quanto segue; ossia che il comma 3-bis surriferito deve essere interpretato nel senso di “sancire l’obbligo di effettuare la verifica di congruità del costo del lavoro su due piani: una prima fase consistente nella verifica della produttività presentata dal ricorrente; una seconda fase consistente nella verifica del livello e del numero del personale necessario per garantire la produttività presentata e nella verifica dei corrispondenti minimi salariali previsti nella giustificazione. Tale verifica andrebbe fatta sempre sull’aggiudicatario anche nel caso la gara si sia svolta con la procedura dell’esclusione automatica”.

Secondo la stessa Autorità, tale interpretazione “trova il proprio fondamento nella stessa disposizione, dal momento che affermare che l’offerta migliore (l’offerta aggiudicataria) è determinata al “netto delle spese relative al costo del personale valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale” sembra significare che le offerte dei concorrenti (ed in particolare quella del concorrente risultato aggiudicatario) non possono essere giustificate sulla base di un mancato rispetto dei livelli e dei minimi contrattuali del personale necessario, come del resto prevede l’articolo 87, comma 3 del Codice, non modificato; di conseguenza, il ribasso offerto può essere giustificato da un’organizzazione imprenditoriale più efficiente e dall’impiego di attrezzature che rendano il lavoro della manodopera più produttivo, tutelando al contempo il costo del personale. Questa interpretazione trova fondamento anche alla normativa comunitaria (articolo 55 della direttiva 2004/18/CE) secondo cui “se per un determinato appalto, talune offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l’amministrazione aggiudicatrice, prima di poter respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell’offerta in questione”. Tale disposizione è stata recepita negli articoli 87 e 88 del Codice”.

4.4.2. Il Collegio, nel reputare del tutto persuasiva l’interpretazione dell’Autorità, rileva a sua volta che non è condivisibile la tesi dell’appellante laddove assume che il giudice di primo grado avrebbe disatteso la stessa ratio della novella: e ciò in quanto tale tesi non considera – per l’appunto – che la novella medesima non ha modificato la disciplina contenuta nell’art. 87, comma 4, dello stesso D.L.vo 163 del 2006, la quale, solo con riferimento ai costi relativi alla sicurezza, espressamente dispone che gli stessi “devono essere specificamente indicati nell’offerta”.

E, sempre in tal senso, a ragione l’amministrazione resistente ha denotato, a sua volta, che l’assenza di una consimile previsione di tal tipo anche con riferimento ai costi del lavoro è circostanza che non può essere pretermessa nello scrutinio di legittimità degli atti impugnati, posto che “ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit” e che nella specie il legislatore ha - per l’appunto - taciuto.

4.4.3. Neppure risulta fondato l’assunto dell’appellante secondo il quale il costo del personale dell’impresa resasi aggiudicataria della gara sia stato effettivamente assoggettato a ribasso dopo che le giustificazioni fornite in esito alla richiesta formulata dalla stazione appaltante (inoltrata, si badi, con l’esplicito chiarimento che le giustificazioni medesime avrebbero dovuto tener conto della medio tempore avvenuta abrogazione della lett g) del comma 2 dell’art. 87 del D.L.vo 163 del 2006) hanno confermato che “per i prezzi della manodopera si è tenuto conto del prospetto dei costi della manodopera edile aggiornato al 2011 e pubblicato dalla Confindustria di Brindisi - Costruttori edili ed imprenditori affini” e hanno comprovato la congruità delle altre componenti dell’offerta presentata dall’aggiudicataria.

4.4.4. Né – ancora – l’appellante può sostenere che la propria offerta sarebbe preferibile rispetto a quella dell’aggiudicataria, poiché tale sua tesi si fonda su di un presupposto non corretto, non essendo concettualmente praticabile il confronto tra due offerte formulate su presupposti differenti: infatti, il ribasso offerto dall’aggiudicataria è stato formulato nella logica di una base d’asta onnicomprensiva e non può pertanto essere confrontato con un ribasso formulato su di una base d’asta calcolata in modo del tutto diverso.

5. Le spese e gli onorari del presente grado di giudizio seguono la soccombenza di lite, e sono liquidati nel dispositivo.

Va – altresì – dichiarato irripetibile la somma corrisposta a titolo di contributo unificato per il presente grado di giudizio, a' sensi dell'art. 9 e ss. del T.U. approvato con D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante Monteco S.r.l. al pagamento delle spese e degli onorari del presente grado di giudizio, complessivamente liquidati nella misura di € 4.000,00.- (quattromila/00).

Dichiara – altresì - irripetibile la somma corrisposta a titolo di contributo unificato per il presente grado di giudizio, a' sensi dell'art. 9 e ss. del T.U. approvato con D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 luglio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA Il 12/01/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)