

Publicato il 30/10/2017

N. 00299/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00162/2017 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa

Sezione Autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 162 del 2017, proposto da:
CN Costruzioni Generali S.r.l., in persona del legale rappresentante
p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giacomo Olivieri, con
domicilio eletto presso il suo studio in Bari, viale Papa Pio XII 60;

contro

Provincia Autonoma di Bolzano - ACP “Agenzia per i procedimenti
e la vigilanza in materia di Contratti Pubblici di lavori, servizi e
forniture”, in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentati e
difesi dagli avvocati Renate von Guggenberg, Alexandra Roilo,
Patrizia Pignatta e Walter Menghin, con domicilio eletto presso
l'Avvocatura della Provincia, in Bolzano, piazza Silvius Magnago 1;

nei confronti di

Consorzio Integra Soc. Coop. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione prot. n. 3783 dd. 31.05.2017 dalla gara AOV/SUA-SF 053/2016 per il servizio di conduzione e manutenzione degli impianti elettrici relativi al complesso ospedaliero San Maurizio di Bolzano, per il periodo 2017 - 2018, pronunciata dal seggio di gara nella seduta del 30.5.2017, verbale di seduta riservata dd. 30.05.2017, prot. n. 3757, nonché della relazione del RUP datata 16.5.2017;

- della nota del 19.6.2017 prot. n. 4334 SUABZ del 20.06.2017 con cui veniva rigettata l'istanza di annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione dalla gara;

- di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresa -ove occorra- l'aggiudicazione in favore di altro operatore economico ed il relativo contratto ove già intervenuti;

nonché per la condanna

della Stazione appaltante al risarcimento del danno in favore della società ricorrente anzitutto mediante reintegrazione in forma specifica e, in subordine, per equivalente, con ristoro dei danni patiti e patendi conseguenti alla illegittimità dei provvedimenti gravati, anche per perdita di chance.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia Autonoma di Bolzano e dell'ACP - Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 settembre 2017 il Cons. Terenzio Del Gaudio e uditi per le parti i difensori: avv. C. Lippolis, in sostituzione dell'avv. G. Olivieri, per la parte ricorrente; avv. W. Menghin per la Provincia autonoma di Bolzano e per l'ACP "Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture";

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente CN Costruzioni Generali S.r.l. impugna il provvedimento prot. n. 3783 dd. 31.05.2017 con il quale è stata esclusa dalla procedura aperta (gara AOV/SUA-SF 053/2016) per la conclusione della convenzione – quadro avente ad oggetto il "Servizio di conduzione e manutenzione degli impianti elettrici relativi al complesso ospedaliero San Maurizio di Bolzano", per il periodo 2017 – 2018, con possibilità di prolungamento per un ulteriore biennio.

Si tratta di gara disciplinata dal d.lgs. 50/2016 e s.m.i., dagli artt. 6 e 23bis della L.P. 17/1993 e dalla L.P. 16/2015. Il disciplinare di gara prevede un "importo massimo spendibile a base d'asta" di Euro 1.542.443,19, di cui oneri di sicurezza da interferenza non soggetti a ribasso pari a Euro 3.440,00 (al netto di IVA), un importo stimato per l'esercizio della proroga pari a Euro 1.519.003,19 (al netto di IVA), e specifica, inoltre, che, includendo le opzioni e proroghe, l'importo complessivo della gara ammonta a Euro 4.592.169,57 (al netto di IVA).

Il criterio di aggiudicazione è stabilito in quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base dell'elemento prezzo, ai sensi dell'art. 33 L.P. 16/2015 e dell'art. 95 D.lgs. 50/2016.

A sostegno del ricorso viene dedotto il seguente motivo d'impugnazione:

“Violazione dei principi di concorrenza, del favor participationis, dell'art. 41 Cost. e di libera iniziativa economica. Violazione ed erronea applicazione artt. 30, co. 4, e 97 d.lgs. 19 aprile 2016 n.50. Eccesso di potere per carente ed erronea motivazione, carente ed erronea istruttoria. Erronea presupposizione. Travisamento. Ingiustizia manifesta”.

Si sono costituiti in giudizio la Provincia autonoma di Bolzano e l'ACP “Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture”, chiedendo il rigetto del ricorso, previa reiezione dell'istanza di sospensiva, siccome infondato.

All'udienza in camera di consiglio del 18.7.2017 parte ricorrente ha rinunciato all'istanza cautelare perché parte resistente si è impegnata a non stipulare il contratto fino alla decisione nel merito, precisando che il servizio è coperto fino alla fine dell'anno.

In tale frangente le parti hanno chiesto, ai sensi dell'art. 120, comma 6bis c.p.a., che il ricorso venga definito in udienza pubblica, sicché, concordi le parti, la trattazione di merito è stata fissata per il 27.9.2017.

Alla pubblica udienza del 27.9.2017 il ricorso è stato infine trattenuto in decisione.

DIRITTO

Si premette che, in base alla graduatoria provvisoria stilata in seguito alle operazioni di apertura delle offerte, la ricorrente CN Costruzioni Generali S.r.l. si classificava al primo posto, su undici ditte concorrenti, con l'importo offerto di Euro 726.648,38 (IVA esclusa). Al secondo posto si classificava il Consorzio Integra Soc. Cooperativa, con l'offerta economica di Euro 933.795,72 (IVA esclusa).

Veniva dunque avviato nei confronti della CN Costruzioni Generali S.r.l. il procedimento di verifica della congruità dell'offerta potenzialmente anomala (art. 97 d.lgs. 19.4.2016, n. 50 e art. 301, L. P. 17.12.2015, n. 16).

Con relazione dd. 20.3.2017, corredata di allegati vari, l'interessata dava risposta alla richiesta della stazione appaltante di fornire "tutte le spiegazioni che ritenga utili, con particolare riguardo alle voci di prezzo offerto ed agli altri elementi di valutazione dell'offerta".

Al termine delle operazioni di verifica la ricorrente veniva esclusa dalla gara, giusta l'impugnato provvedimento prot. 3783 dd. 31.5.2017 della stazione appaltante, essenzialmente basato sulla proposta di esclusione per asserita non congruità dell'offerta economica, resa dal RUP, ing. Marco Bernardo, con propria relazione prot. 3751 dd. 16.5.2017, controfirmata dal direttore dell'Ispettorato del Lavoro di Bolzano, dott. Sieghart Flader.

Il parere di non congruità espresso dal RUP si basa sulle seguenti considerazioni: a) mancato rispetto degli obblighi in materia sociale e del lavoro previsti dal C.C.N.L. di riferimento (ritenuto essere il C.C.N.L. dei Metalmeccanici); b) non congruità degli oneri aziendali della sicurezza di cui all'art. 95, co. 9 del D.lgs. n. 50/2016; c) costo

del personale inferiore ai minimi salariali retributivi indicati dal C.C.N.L., previsti dall'art. 23, co. 16 del D.lgs. n. 50/2018.

Risulta evidente che, sostanzialmente, il motivo principale di esclusione dalla gara della ricorrente CN Costruzioni Generali S.r.l. sia da ricondursi - come del resto esplicitato dal RUP nella propria relazione dd. 16.5.2017 - al fatto che l'offerta della CN Costruzioni Generali S.r.l. applica il "C.C.N.L. per le imprese esercenti servizi integrati/multiservizi", pur garantendo "la qualifica del personale richiesto"; prosegue poi il RUP "Sentito a tal riguardo il dott. Flader dell'Ispettorato del Lavoro della Provincia autonoma di Bolzano, per le prestazioni richieste dal capitolato, espressamente connesse alla manutenzione degli impianti elettrici, deve essere ritenuto applicabile il contratto maggiormente rappresentativo, quindi il C.C.N.L. del settore metalmeccanico (Federmeccanica, Cisl, Uil del 2013). Tale contratto è stato pertanto assunto quale riferimento per la determinazione del corrispettivo, per poi procedere al raffronto con l'offerta prodotta".

Aggiunge inoltre il RUP che "Ai sensi dell'art. 36 della Legge n. 300/1970 (Statuto dei Lavoratori), le Stazioni appaltanti Pubbliche sono tenute a chiedere l'applicazione di condizioni economiche e normative non inferiori a quelle risultanti dai Contratti Collettivi maggiormente rappresentativi per la categoria e per la zona, e quindi sotto questo profilo si indica come maggiormente rappresentativo il C.C.N.L. Metalmeccanico, da cui il prestatore deve integrare le condizioni economiche e normative per arrivare almeno ad eguagliare quelle del Contratto Metalmeccanici citato" (cfr. doc. n. 4 del ricorrente).

Un tanto viene decisamente contestato dalla ricorrente, che, nel documentare di aver applicato il C.C.N.L. per le imprese esercenti servizi integrati / multiservizi in altre gare di appalto (Iren Servizi e Innovazione S.p.a.; Invitalia – Agenzia Nazionale per l’Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo d’impresa; Infrastrutture Lombarde S.p.a.; Grandi Stazioni Rail – Gruppo Ferrovie dello Stato; Fondazione IRCCS Cà Granda Ospedale Maggiore Policlinico Milano) senza che in tali contesti nulla sia stato eccepito, deduce come, in ogni caso, non sia consentito imporre alle ditte concorrenti l’applicazione di un determinato contratto collettivo nazionale di lavoro.

La contestazione è fondata.

Non sfugge di certo al Collegio che il giudizio sull’anomalia sia un giudizio ampiamente discrezionale, espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile dal giudice amministrativo soltanto in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza.

Ma è proprio sotto questo aspetto che il giudizio di non congruità espresso dal RUP, e fatto proprio dalla stazione appaltante, si appalesa viziato.

L’art. 36 della legge 20.5.1970, n. 300 “Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell’attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento”, stabilisce che “...nei capitolati di appalto attinenti all’esecuzione di opere pubbliche, deve essere inserita la clausola esplicita determinante l’obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona”, e l’art. 30, comma 4 del D.lgs. 18.4.2016, n.

50 prevede che “Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente”.

La normativa vigente consente, pertanto, che possa essere applicata più di una tipologia di C.C.N.L. esistente, a condizione che il tipo di contratto scelto sia connesso e compatibile con l'effettiva attività da espletare.

Sulla questione la giurisprudenza ha già avuto modo di affermare che:

- è rimessa alla stazione appaltante la scelta dei requisiti da richiedere e tra questi non può esservi l'applicazione di un determinato contratto collettivo nazionale di lavoro, qualora una o più tipologie di questi si possano adattare alle prestazioni da affidare all'aggiudicatario (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 5597/2015);
- l'applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta dalla lex specialis alle imprese concorrenti quale requisito di partecipazione né la mancata applicazione di questo può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione, sicché deve negarsi in radice che l'applicazione di un determinato contratto collettivo anziché di un altro possa determinare, in sé, l'invalidità dell'offerta (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 5597/2015);

- la scelta del contratto collettivo da applicare rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, col solo limite che esso risulti coerente con l'oggetto dell'appalto (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 1.3.2017, n. 932 e 12.5.2016, n. 1901; Sez. III, 10.2.2016, n. 589);
- l'imposizione univoca di un determinato contratto di lavoro costituisce una violazione del principio di libera iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. e del derivato principio di libera contrattazione delle condizioni di lavoro previsto nel nostro ordinamento (cfr. TAR Toscana, Sez. I, 11.7.2013, n. 1160; TAR Parma, 1.2.2017, n. 33).

Invero, per completezza, va detto che è stato anche affermato che l'indicazione dell'applicazione di uno specifico contratto può eventualmente essere indicata nella legge di gara e ciò anche a pena di esclusione, ma certo è che tale clausola deve rispondere ad una ferrea logica di correlazione tra requisiti da indicare e prestazioni da appaltare, purché in caso contrario il principio del favor participationis ne risulterebbe gravemente sminuito ed in conclusione la legge di gara sarebbe stata emanata in assoluta violazione del principio di concorrenza (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5.10.2016, n. 4109).

Quest'ultima previsione non riguarda, tuttavia, il caso di specie, atteso che è pacifico che la stazione appaltante non ha imposto nella lex specialis l'applicazione di alcun contratto collettivo.

La previsione dell'applicazione del C.C.N.L. per le imprese esercenti servizi integrati / multiservizi contenuta nell'offerta della ricorrente non può, di per sé, sortire dunque l'effetto dell'esclusione dalla gara, né appare sufficiente, per giustificare la disposta esclusione, uno scostamento retributivo rispetto al C.C.N.L. dei Metalmeccanici,

assunto dalla stazione appaltante quale parametro di riferimento in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Occorre, piuttosto, verificare se, avuto riguardo alle prestazioni in concreto richieste per lo svolgimento del servizio in appalto, possa o meno applicarsi il C.C.N.L. per le imprese esercenti Servizi integrati / Multiservizi.

Come premesso nel vigente C.C.N.L. per le imprese esercenti Servizi integrati / Multiservizi, “il mercato dei servizi di pulizia e dei servizi integrati in ambito pubblico e privato si va evolvendo nella prospettiva di attività caratterizzate dalla co – presenza di professionalità eterogenee e diversificate”, sicché “le attività svolte per la committenza pubblica e privata, così come delineate nei commi successivi, possono essere gestite nell'ambito di imprese tradizionali di pulizia e/o imprese di Servizi integrati / Multiservizi / Global service con l'utilizzo del presente C.C.N.L.”, atteso che “il progressivo ampliamento dei contratti di global service, basati sui risultati e comprendenti anche attività di progettazione e di governo della produzione dei vari servizi, di facility management e di servizi integrati o multiservizi giunge infatti a coprire una pluralità di attività di servizio”.

Coerentemente con tali premesse, il C.C.N.L. in argomento specifica che “nella sfera di applicazione del presente contratto sono ricomprese, a titolo esemplificativo e non esaustivo, le seguenti attività: ... – servizi di conduzione e gestione impianti (termici, climatizzazione, elettrici, idraulici, etc.) ...”.

Va altresì osservato che, per quanto riguarda “l'organigramma minimo con i relativi profili professionali” di cui al punto 2.2 del capitolato speciale, le previsioni in esso contenute non risultano

poste a pena di esclusione. Ed un tanto appare del resto giustificato dalla impraticabilità dell'imposizione di uno specifico C.C.N.L.

Ciò che effettivamente rileva è che vi sia corrispondenza nelle varie posizioni tra le funzioni indicate nel capitolato speciale e quelle offerte (ad esempio, l'inquadramento nel IV livello del C.C.N.L. per le imprese esercenti servizi integrati/multiservizi garantisce l'impiego di lavoratori specializzati)".

Va peraltro osservato che l'art. 10 del C.C.N.L. per le imprese esercenti Servizi integrati /Multiservizi – Inquadramento del personale prevede che “Qualora per esercitare determinate attività siano richieste specifiche autorizzazioni e/o abilitazioni, è convenuto che l'esercizio di tali attività e l'inquadramento nel livello corrispondente avverrà a condizione che il lavoratore sia in possesso dei requisiti previsti”.

A tal riguardo, la Relazione tecnica di parte fornisce sufficienti plausibili spiegazioni, anche in riferimento al possesso dei titoli, certificati e attestati d'esperienza del personale da impiegare.

Ad ogni modo, in caso di perplessità l'art. 83, co. 9 del D.lgs. n. 50/2016 ben consente alla stazione appaltante di fare ricorso, in caso di carenza di qualsiasi elemento formale, all'istituto del soccorso istruttorio.

Per quanto attiene, infine, al costo del personale, che la stazione appaltante deduce essere inferiore ai minimi salariali retributivi indicati, va osservato che il citato art. 23, co 16, d.lgs. 50/2016 prevede che “Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le

organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali ...”.

Dalle suddette tabelle ministeriali non è tuttavia possibile ottenere il livello salariale minimo di cui all'art. 97, co. 5, lett. d), poiché dalle stesse è possibile ricavare esclusivamente il differente dato del “costo medio orario del lavoro”.

Come affermato dalla giurisprudenza, “in tema di valutazione della anomalia dell'offerta anche nella vigenza del nuovo Codice dei contratti pubblici vige il principio secondo cui i costi medi della manodopera, indicati nelle tabelle ministeriali, non assumono valore di parametro assoluto ed inderogabile, ma svolgono una funzione indicativa, suscettibile di scostamento in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali evidenziando una particolare organizzazione in grado di giustificare la sostenibilità di costi inferiori; esprimendo solo una funzione di parametro di riferimento è allora possibile discostarsi da tali costi, in sede di giustificazioni dell'anomalia, sulla scorta di una dimostrazione puntuale e rigorosa” (cfr. Tar Lazio, Sez. I ter, 30.12.2016, n. 12873).

Alla luce di quanto sopra illustrato il Collegio ritiene che l'offerta della ricorrente CN Costruzioni Generali S.r.l. non si appalesi, nel suo complesso, non congrua e tale da determinare l'esclusione della stessa dalla gara.

In conclusione, il ricorso è fondato e, come tale va accolto con conseguente annullamento degli impugnati provvedimenti.

L'annullamento dei provvedimenti di esclusione dalla gara concretizza la richiesta reintegrazione in forma specifica.

Alla soccombenza consegue la condanna alle spese di lite che vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli impugnati provvedimenti di esclusione della ricorrente dalla procedura aperta (gara AOV/SUA-SF 053/2016) per la conclusione della convenzione – quadro avente ad oggetto il “Servizio di conduzione e manutenzione degli impianti elettrici relativi al complesso ospedaliero San Maurizio di Bolzano”.

Condanna parte resistente alla rifusione delle spese di lite a favore della ricorrente nell'importo che si liquida in Euro 3.000,00 (tremila/00) oltre IVA, CNPA ed oneri accessori di legge.

Compensa le spese con il controinteressato Consorzio Integra Soc. Coop. non costituito in giudizio.

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

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 27 settembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Edith Engl, Presidente

Terenzio Del Gaudio, Consigliere, Estensore

Alda Dellantonio, Consigliere

Michele Menestrina, Consigliere

L'ESTENSORE
Terenzio Del Gaudio

IL PRESIDENTE
Edith Engl

IL SEGRETARIO