



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1492 del 2010, proposto da:

Olicar S.p.A. in proprio e quale Capogruppo Rti con Impresa Devi Impianti S.r.l. ed Enenso S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Ernesto Papponetti, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale

*contro*

S.E.A. S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto il suo studio in Milano, Via Mose' Bianchi, 71

*nei confronti di*

Gemmo S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giancarlo Tanzarella ed Elena Tanzarella, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, Piazza Velasca, 5

*per l'annullamento*

- dell'aggiudicazione definitiva disposta in favore di Gemmo S.p.A. e resa nota alla stessa con nota prot. 17025 del 3 giugno 2010, comunicata al costituendo R.t.i. con capogruppo Olicar con nota prot. 17031 del 3 giugno 2010;
  - del verbale di riunione della commissione giudicatrice n. 9 del 27 aprile 2010, nella parte in cui, a seguito delle giustificazioni presentate da Gemmo in relazione alla richiesta inoltrata dalla stazione appaltante con nota prot. 11634 del 15 aprile 2010, la commissione giudicatrice ha richiesto alla concorrente di giustificare l'importo previsto nel documento 4 relativamente ai costi generali;
  - dei verbali di riunione della commissione giudicatrice n. 10 del 6, 13 e 17 maggio 2010, nella parte in cui la commissione ha ritenuto che Gemmo S.p.A. avesse dimostrato la remuneratività dell'offerta;
  - del verbale di riunione della commissione giudicatrice n. 11 del 27 maggio 2010, con cui la stessa ha proposto all'unanimità di affidare il servizio a Gemmo S.p.A.;
  - del provvedimento di non luogo a provvedere opposto dalla p.a. sull'informativa ex art. 243-bis del d.lgs. 163/2006, trasmessa dal costituendo R.t.i. con capogruppo Olicar;
  - di ogni altro atto presupposto, preparatorio, connesso e consequenziale a quelli espressamente impugnati, atti impugnati con il ricorso principale;
- nonché per la declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto di appalto intercorso tra la stazione appaltante e la società controinteressata e per la consequenziale declaratoria del diritto del Rti costituendo con capogruppo Olicar a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto in luogo di Gemmo S.p.A. e a subentrare nel contratto per cui è causa ovvero in subordine per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente;

per l'annullamento

dei verbali delle operazioni della commissione giudicatrice n. 3 dell'1 marzo 2010, n. 4 dell'11 marzo 2010, relativi alla valutazione di ammissibilità delle domande, nelle parti in cui hanno comportato l'ammissione della offerta di Olicar, atti impugnati con il ricorso incidentale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di S.E.A. Spa e di Gemmo Spa;

Visti l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da Gemmo Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2012 il dott. Roberto Lombardi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con ricorso tempestivamente notificato e depositato in data 5 luglio 2010, la ricorrente impugnava, chiedendone la sospensione in via incidentale, il provvedimento con il quale l'amministrazione resistente aveva aggiudicato in via definitiva l'appalto del servizio di esercizio, conduzione e manutenzione degli impianti di termo-condizionamento, idrico-sanitari, antincendio e fognari presso gli Aeroporti di Milano Linate e Milano Malpensa. Chiedeva altresì il risarcimento, in forma specifica o per equivalente, del danno subito.

Nello specifico, la ricorrente contestava l'aggiudicazione in favore della controinteressata in quanto l'offerta di quest'ultima avrebbe dovuto essere considerata inaffidabile in relazione al costo della manodopera proposto.

Le censure di Olicar S.p.A. si appuntavano in due direzioni, una, di natura generale, afferente alla violazione della normativa in materia di impiego di apprendisti durante l'orario notturno e della normativa del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e le norme sulla condizione dello straniero; una seconda, più specifica, relativa alla violazione dei trattamenti salariali minimi inderogabili fissati dalla legge e dalla contrattazione collettiva, specie con riferimento al costo della manodopera offerto dalla società romana con la quale la Gemmo aveva stipulato un contratto di subappalto.

Si costituivano la S.E.A., la quale resisteva all'introdotta impugnazione, e Gemmo S.p.A., che proponeva altresì ricorso incidentale, evidenziando l'illegittimità dell'operato della commissione giudicatrice nella parte in cui non aveva escluso Olicar S.p.A. per violazione dell'obbligo di attestazione di cui alla lettera di invito con riferimento ai contratti dimostrativi dei requisiti di capacità economica e tecnica.

Questa Sezione respingeva l'istanza di sospensione incidentale proposta, mentre in appello il Consiglio di Stato l'accoglieva, ai fini di una sollecita trattazione del merito.

In sede di discussione del ricorso venivano, quindi, disposte prima una verifica e poi una consulenza tecnica sullo stesso oggetto, ovvero ai fini di stabilire "se l'offerta di Gemmo S.p.A. potesse ritenersi complessivamente affidabile, avuto riguardo, in particolare, al rispetto delle percentuali relative al subappalto a RO Software, nonché al costo del personale romano in subappalto e alla sua compatibilità con i minimi tabellari nazionali, tenuto presente l'ambito di operatività di tale impresa, all'effettività dell'impiego di lavoratori apprendisti e di turnazioni notturne senza la presenza di lavoratori minorenni e relativi costi, con facoltà di richiedere, se necessario, integrazioni documentali alla S.E.A. S.p.A".

Depositata la relazione peritale del c.t.u. rag. Di Nunzio, la causa veniva infine trattenuta in decisione all'udienza pubblica dell'11 luglio 2012.

## DIRITTO

Va preliminarmente esaminato il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata, al fine di verificare la sussistenza della legittimazione ad agire della ricorrente.

Tale ricorso appare destituito di fondamento.

L'integrazione dei documenti presentati dalla ricorrente in ordine ai contratti dimostrativi dei requisiti di capacità economica e tecnica non ha violato la "par condicio", potendo tranquillamente essere ricondotta nell'alveo di una normale attività di precisazione dei requisiti *de quibus*, cui era riconnesso l'obbligo dell'amministrazione di "soccorrere" il concorrente lacunoso.

Principi di ragionevolezza, proporzionalità e "favor participationis" hanno correttamente spinto l'Amministrazione ad applicare al caso di specie la norma di cui all'art. 46 del codice dei contratti pubblici, in quanto l'insieme dei documenti già forniti forniva ragionevoli indizi circa il possesso del requisito di partecipazione non espressamente documentato.

Se è vero infatti che ai sensi dell'art. 6 della L. n. 241 del 1990 e dell'art. 46 del codice degli appalti - che prevedono la possibilità di chiedere la regolarizzazione delle dichiarazioni lacunose e della documentazione incompleta (c.d. soccorso istruttorio) -, non è previsto un obbligo assoluto e incondizionato in tal senso, dovendo comunque essere rispettati alcuni limiti quali quello della par condicio (che ne esclude l'utilizzazione suppletiva nel caso dell'inosservanza di adempimenti procedurali significativi) ed il c.d. limite degli elementi essenziali (nel senso che la regolarizzazione non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda), è anche vero che tali norme vanno necessariamente applicate dall'Amministrazione qualora gli atti tempestivamente prodotti contribuiscano a fornire ragionevoli indizi circa il possesso del requisito di partecipazione non espressamente documentato, come nel caso di specie.

D'altra parte, la ricorrente ha dimostrato di possedere i requisiti richiesti dal bando di gara.

Non occorre peraltro diffondersi ulteriormente sugli aspetti di criticità sollevati dal ricorso incidentale, in quanto anche il ricorso principale è destituito di fondamento, per le ragioni che seguono.

Innanzitutto, per ciò che concerne la presunta violazione della normativa in materia di impiego di apprendisti durante l'orario notturno e della normativa del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e le norme sulla condizione dello straniero, appare sufficiente confermare quanto già esposto in sede cautelare dalla Sezione.

In particolare, la violazione del testo unico sull'immigrazione non è invocabile nella fattispecie in esame in considerazione del fatto che il personale della ditta subappaltatrice cui si riferisce, di nazionalità romena, non è extracomunitario, mentre il divieto di adibire i dipendenti al lavoro notturno riguarda, per qualunque tipologia di impiego, ivi compreso l'apprendistato, soltanto i lavoratori minorenni che, nel caso di specie, non risultano impiegati.

Con riferimento invece all'incongruità dell'offerta in relazione al costo del lavoro esposto, occorre innanzitutto richiamare, ai fini del decidere, il consolidato principio giurisprudenziale, ribadito di recente dal TAR Toscana, sez. I, sent. n. 351/2012, "secondo cui nelle gare per l'affidamento dei contratti pubblici un'offerta non può ritenersi senz'altro anomala ed essere assoggettata ad esclusione, per il solo fatto che il costo del lavoro è stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi. L'esclusione deve infatti essere comminata solo se la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata" (così anche T.A.R. Piemonte I, 26 febbraio 2011 n. 214).

Occorre ricordare altresì che “è stato anche affermato che i dati risultanti dalle tabelle ministeriali non costituiscono parametri assoluti e inderogabili ma, precipuamente nella sezione relativa alle ore medie annue non lavorate, sono indici del giudizio di adeguatezza dell'offerta e pertanto suscettibili di scostamento in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali svolte dall'offerente, la cui congruità deve essere ragionevolmente valutata dalla stazione appaltante” (T.A.R. Campania Napoli VIII, 2 luglio 2010 n. 16568).

Ciò premesso, e con riferimento al confronto tra costo della manodopera esposto e trattamenti salariali minimi inderogabili, il consulente tecnico ha rassegnato le sue conclusioni su due ambiti diversi, uno afferente al costo di lavoro esposto per i dipendenti della Gemmo S.p.A. e l'altro afferente al costo di lavoro esposto per i dipendenti della società romena operante in subappalto.

Con riguardo al primo profilo, il rag. Di Nunzio ha evidenziato che il confronto dei costi medi per ogni singolo livello retributivo con le tabelle ministeriali di riferimento ha confermato la correttezza dei dati rappresentati da Gemmo S.p.A.; con riguardo invece al secondo profilo, il perito ha concluso sostenendo che il costo del lavoro ribassato, riferibile alla società romena operante in subappalto, non rispetta quello previsto dalle tabelle ministeriali *de quibus*.

Occorre precisare, a tale riguardo, che l'art. 118, comma 4 del d.lgs. n. 163/2006 fa riferimento ai prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, mentre il successivo comma 6 non fa altro che ribadire quanto già esplicitato dall'art. 87 del codice dei contratti pubblici. Invero, stabilendo che l'affidatario subappaltante è responsabile in solido dell'osservanza da parte dei subappaltatori - nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto - delle norme relative al trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni, l'art. 118 citato si correla strettamente alla disposizione secondo la quale “non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge” (art. 87, comma 3 del d.lgs. n. 163/2006).

In pratica, è necessario valutare, in sede di esame di affidabilità dell'offerta presentata, se siano stati rispettati i trattamenti salariali minimi anche con riferimento all'esecuzione dei lavori ceduti in subappalto, ovvero se l'eventuale discordanza rispetto alle tabelle ministeriali esistenti in materia sia “considerevole e palesemente ingiustificata”.

Nel caso di specie, il consulente tecnico di ufficio, pur non avendo fornito una risposta univoca al quesito demandatogli - e avendo anzi inserito in sede valutativa alcune argomentazioni non pertinenti -, ha certamente offerto a questo Collegio tutti i dati necessari e sufficienti per la soluzione della controversia esaminata.

In particolare, è emerso con certezza come vi sia stato il rispetto del 30% nel rapporto tra il numero annuale di ore lavorative complessivamente offerte e il numero annuale di ore effettivamente subappaltate, e che il raffronto tra il totale del valore dell'appalto e il totale valore del subappalto evidenzia il rispetto anche del limite di legge del 20% massimo di ribasso.

Con riferimento invece al raffronto tra costo del lavoro della società subappaltataria e costo medio stabilito dalle tabelle ministeriali utilizzabili al caso di specie è stata individuata una sottostima quantificabile, in valore medio, in una percentuale del 21,5% circa (si veda a tale riguardo la tabella d) dell'elaborato peritale).

Tale sottostima non è di per sé indicativa, peraltro, della violazione dei minimi tabellari nazionali, ed è stata congruamente giustificata con riferimento all'ambito di operatività dell'impresa RO Software.

In particolare, risultano persuasive le deduzioni operate dai consulenti tecnici di parte di Gemmo S.p.A. in considerazione della normativa applicabile ai lavoratori romeni coinvolti nel subappalto.

Tali lavoratori operano infatti in regime di “distacco comunitario” e, secondo quanto stabilito dalla direttiva CE n.

96/71/1996 regolante la suddetta materia, gli Stati membri hanno l'obbligo di applicare alle imprese estere distaccanti lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi le tariffe minime salariali definite dalla legislazione e/o dalle prassi nazionali dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato.

Ne deriva che il valore orario medio del subappalto, pari ad € 13,90, si collochi significativamente al di sopra del valore orario medio del minimo tabellare previsto nel CCNL di categoria (€ 7,99), con un margine relativamente ampio ai fini del rispetto degli obblighi previdenziali gravanti su RO Software secondo le regole impartite dal regime previdenziale del Paese di provenienza.

L'offerta di Gemmo S.p.A. deve dunque ritenersi complessivamente affidabile, con la conseguenza che il ricorso principale va respinto perché infondato.

Il compenso del verificatore va liquidato nei limiti della richiesta presentata, ed è dunque pari ad € 1.289,50 lordi, mentre l'onorario dovuto al consulente tecnico di ufficio, trattandosi di perizia in materia amministrativa, va liquidato - tenuto conto della difficoltà e della completezza della prestazione fornita - con riferimento ai minimi tabellari di cui all'art. 2 del d.m. 30 maggio 2002, e nei limiti dell'importo massimo dell'ultimo scaglione previsto da tale normativa; il predetto compenso può dunque essere determinato in una somma complessiva lorda pari ad € 5.200,00.

Entrambi i compensi indicati sono da porsi a carico della parte ricorrente.

Sussistono gravi ragioni, con riferimento alla complessità tecnica della questione esaminata e all'andamento della fase cautelare, per compensare integralmente tra le parti tutte le rimanenti spese del giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I)

definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposti, li respinge.

Liquida in favore del verificatore la somma complessiva lorda di € 1.289,50, e in favore del consulente tecnico di ufficio la somma complessiva lorda di € 5.200,00, importi che pone entrambi a carico della ricorrente.

Compensa le restanti spese del giudizio tra le parti.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario

Roberto Lombardi, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/08/2012

IL SEGRETARIO

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

