

TAR Campania, Sezione Quinta, Sentenza n. 6128 del 7 novembre 2023

Appalti di servizi – Costi manodopera – Obbligo di verificarne la congruità in ogni caso – A prescindere da verifica anomalia offerta

Publicato il 07/11/2023

N. 06128/2023 REG.PROV.COLL.

N. 04398/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 4398 del 2023, proposto da (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...), non costituita in giudizio;

per l'annullamento,

in via principale, della determina dirigenziale n. 3194 del 17.8.2023 emessa dall'(...) ed avente ad oggetto: "affidamento alla società (...) del servizio biennale di manutenzione degli arredi del P.O. (...) annesso, a seguito

di richiesta di offerta (RdO 3672178) sul portale Acquistinretepa (MEPA) – Importo complessivo €. 19.900,00 oltre IVA. Esecuzione immediata” e di tutti gli atti e verbali di gara nella parte in cui ammettono, anziché escludere dalla procedura di gara recante cig. (...), l'O.E. (...);

in subordine, se ed in quanto lesivo, del bando di gara nella parte in cui omette, contravvenendo alle disposizioni sancite dall'art. 11, comma 2 del d.lgs. 36/2023, di menzionare il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto, unitamente a tutti gli atti indittivi della richiesta di offerta (RdO 3672178) sul MEPA, istruita dall'(Omissis) in data 20.7.2023, per l'affidamento del servizio biennale di manutenzione arredi del P.O. (Omissis);

di ogni altro atto presupposto e/o connesso e conseguente, nonché di tutti gli eventuali atti e verbali della procedura di gara, sin da ora da intendersi impugnati per illegittimità derivata dai vizi in Questa Sede denunciati.

NONCHÉ

per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, con conseguente risarcimento in forma specifica del danno causato alla ricorrente mediante subentro nello stesso o, in alternativa e meramente subordinata, per equivalente monetario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2023 il dott. Fabio Maffei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1.- L'odierna ricorrente ha descritto la vicenda procedimentale, il cui esito finale è stato oggetto di impugnazione, nei termini di seguito sinteticamente riportati:

con richiesta di offerta pubblicata sul MEPA in data 20 luglio 2023, (...) aveva indetto una procedura aperta, ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. b, del D. Lgs. 36/2023, avente ad oggetto l'affidamento del “Servizio biennale di manutenzione arredi del P.O. (...)”, con un importo a base di gara stimato in €. 22.566,00 più IVA, prevedendosi

altresì l'eventuale proroga di sei mesi per un importo aggiuntivo di € 5.641,00 più IVA;

la legge di gara aveva prescelto il criterio di aggiudicazione del minor prezzo ex art. 108, co. 3, lett. a), del D. Lgs. 36/2023, fissando, quali obblighi imprescindibili gravanti sull'aggiudicatario, le prestazioni aventi ad oggetto la manutenzione preventiva dei beni e la cd. manutenzione a guasto relativa alla riparazione presso i locali della ditta affidataria;

all'indetta procedura selettiva avevano preso parte l'odierna ricorrente, operatore uscente del servizio, e la controinteressata, (...);

quest'ultima, all'esito dell'esame delle offerte presentate, era risultata prima classificata, avendo praticato un ribasso dell'11,814 % e, dunque, proposto un'offerta complessiva di €. 19.900,00, oltre IVA (di cui €. 1.990,00 per costo del personale ed €. 298,50 a titolo di oneri per la sicurezza).

Avverso la disposta aggiudicazione, dopo aver visionato i dettagli dell'offerta economica della controinteressata a seguito di istanza di accesso agli atti gara, è insorta l'odierna ricorrente.

In primo luogo, l'interessata ha censurato l'illegittimità, per violazione degli artt. 11, 41, 108 e 110 del D.lgs. n. 36/2023, nonché dell'art. 2 del Capitolato tecnico, dell'offerta economica dell'aggiudicataria relativamente alla voce del costo del lavoro, avendo l'impresa controinteressata indicato un costo della manodopera pari ad €. 1.990,00 relativo al biennio in cui il servizio doveva svolgersi, così contravvenendo all'obbligo del rispetto dei minimi salariali fissati dal CCNL di riferimento.

Secondariamente, in forza della declinata prospettazione ricorsuale, violando il combinato dell'art. 101 del D.lgs. 36/06, nonché degli artt. 10 e 11 della lex specialis, la stazione appaltante aveva illegittimamente consentito all'aggiudicataria di produrre l'offerta economica successivamente al termine di scadenza fissato dal disciplinare di gara, reputando ammissibile l'inoltro dell'offerta sul sistema informatico del MEPA oltre le ore 12:00 del giorno 31/07/2023.

L'impugnata aggiudicazione, inoltre, doveva ritenersi illegittima in quanto disposta in aperta violazione dell'allegato II.5 del D. Lgs. n. 36/2023, non potendosi ritenere l'impresa controinteressata materialmente in grado di eseguire alcune delle prestazioni relative al servizio messo a gara, in specie quelle aventi ad oggetto gli interventi di riparazione e manutenzione dei letti di degenza, se non contravvenendo ai divieti esplicitati nella lex specialis, in particolare a quello di avvalersi di prodotti di ricambio equivalenti in luogo di quelli originali.

Invero, la ricorrente prospettava di essere l'unica impresa detentrica del servizio di distribuzione e di manutenzione in via esclusiva dei pezzi di ricambio prodotti dalla (...), fornitrice e produttrice dei letti di degenza di "tipo Kedos", presenti nella struttura ospedaliera.

Infine, l'offerta della contro-interessata avrebbe dovuto essere esclusa in applicazione dell'art. 11, comma 2 del d.lgs. n. 36/2023 in quanto, alla luce dell'effettivo ammontare del costo della manodopera necessaria per il corretto espletamento del servizio, aveva completamente omesso di menzionare il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto.

Si è costituita in giudizio (...) depositando memoria e documentazione, onde chiedere il rigetto del ricorso perché infondato oltreché inammissibile.

Alla camera di consiglio del 24 ottobre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione, previo avviso alle parti di una sua possibile definizione in forma semplificata.

2.- Il ricorso è fondato e merita accoglimento, assumendo portata decisiva ed assorbente il primo ordine di censure con cui la ricorrente ha dedotto la violazione, da parte della stazione appaltante, degli artt. 11, 41, 108 e 110 del d.lgs. 36/2023, non avendo quest'ultima sottoposto l'offerta dell'aggiudicataria al necessario controllo finalizzato a verificare il rispetto dei minimi salariali alla luce dell'indicato costo della manodopera.

Occorre rammentare che, in forza del combinato disposto degli artt. 108 comma 9 e 110 comma 5 lett. d) del d.lgs. n. 36/2023, al pari di quanto stabilivano gli artt. 95, comma 10, e 97, comma 5, lett. d) del d.lgs. n. 50/2016, prima dell'aggiudicazione le stazioni appaltanti devono verificare che il costo del personale non sia inferiore ai minimi salariali retributivi.

Tale accertamento (che non dà luogo a un sub-procedimento di verifica di anomalia dell'intera offerta, ma mira esclusivamente a controllare il rispetto del salario minimo: cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 11 novembre 2022, n. 14776) è sempre obbligatorio, anche nei casi, quale quello in esame, di gara al massimo ribasso. Diversamente, infatti, potrebbe essere compromesso il diritto dei lavoratori alla retribuzione minima, tutelato dall'art. 36 Cost. (in argomento cfr., ex multis, T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 21 dicembre 2020, n. 1994; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 1° giugno 2020, n. 978; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 16 marzo 2020, n. 329; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 26 marzo 2018, n. 608).

In altri termini, la Stazione appaltante ha l'obbligo di procedere, prima dell'aggiudicazione, sempre e comunque, a

prescindere dalla valutazione di anomalia dell'offerta, alla verifica della congruità del costo della manodopera rispetto ai minimi salariali retributivi. In altre parole, si tratta di una autonoma condicio causam dans del provvedimento di aggiudicazione, come indefettibilmente condizionato all'esito positivo di tale attività di certazione.

Inoltre, al fine di consentire alla stazione appaltante tale doverosa attività di controllo, occorre distinguere i “costi indiretti della commessa”, ovvero i costi relativi al personale di supporto all'esecuzione dell'appalto o adibito a servizi esterni, dai “costi diretti della commessa”, comprensivi di tutti i dipendenti impiegati per l'esecuzione della specifica commessa. L'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in offerta – e la correlativa verifica della loro congruità imposta alla Stazione appaltante – si impone solo per i dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell'offerta per la specifica commessa; non è così, invece, per le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente, ovvero in modo trasversale a vari contratti, il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all'offerta da presentare per il singolo appalto (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 12/07/2021, n.8261).

Applicando i menzionati principi all'odierna fattispecie, emerge con evidenza come la stazione appaltante abbia disposto l'aggiudicazione del contratto omettendo l'indefettibile verifica sopra indicata, sebbene la stessa s'imponesse in ragione sia della lacunosa formulazione dell'offerta dell'aggiudicataria, avendo quest'ultima genericamente quantificato il costo del lavoro per il biennio di durata del contratto nella somma di €. 1.990,00, a fronte di un'offerta complessiva di €. 19.900,00 oltre IVA, sia delle caratteristiche del servizio "ad alta intensità di manodopera”.

Ricorrendo una simile ipotesi, l'indicazione del costo della manodopera, anche ai fini della verifica del rispetto dei minimi salariali, doveva essere rapportato al c.d. « costo reale » (o costo ore lavorate effettive) comprensivo dei costi delle sostituzioni cui il datore di lavoro deve provvedere per ferie, malattie e tutte le altre cause di legittima assenza dal servizio; la mancata considerazione del costo effettivo determina «l'esposizione di un costo orario per ciascun profilo professionale da presumersi non congruo, perché computato sulla base di un divisore che non tiene conto delle fisiologiche assenze dal lavoro e dei costi aggiuntivi sopportati dal datore per sostituire il personale assente».

Si ritiene dunque che in assenza di giustificazioni specifiche e documentate, il numero di ore non lavorate per

malattia, infortunio e gravidanza non può essere diminuito artificialmente dalla ditta, ma va conteggiato nella quantità indicata dalle tabelle. In caso contrario, si andrebbe a ridurre illegittimamente (per effetto dell'innalzamento del divisore), il costo orario e complessivo della manodopera, omettendo di considerare i costi per sostituzione cui la ditta deve invece necessariamente far fronte al fine di eseguire esattamente il servizio appaltato, il tutto, con effetti distorsivi della concorrenza, potenzialmente idonei a compromettere l'equilibrio interno e complessivo dell'offerta, oltre che a pregiudicare l'interesse pubblico alla puntuale erogazione del servizio (ex multis: Cons. St., sez. III, 2 marzo 2015, n. 1020; 13 dicembre 2013, n. 5984; Cons. St., sez. III, 2 marzo 2017 n. 974; Tar Lombardia - Milano, sez. IV, 12 agosto 2020, n. 1563).

Nella specie, a fronte delle puntuali argomentazioni censorie sollevate dalla ricorrente onde dimostrare la sostenuta violazione dei minimi salariali, la resistente azienda sanitaria si è limitata a riportare il tenore della nota di riscontro inoltrata dall'aggiudicataria, secondo cui l'importo "di € 1.900, è da intendersi come relativa non già al totale delle spettanze corrisposte al personale impiegato nello specifico appalto eseguito presso (Omissis), ma è la quantizzazione della quota del prezzo dello stesso che l'azienda ha destinato al monte retributivo lordo dei propri dipendenti".

Tale precisazione, all'evidenza, non è idonea a precisare il costo reale del lavoro destinato ad essere impiegato nella commessa, realizzando una non chiara ed approssimativa sovrapposizione tra costi indiretti e costi diretti della manodopera, impedendo così di determinare il monte orario dedicato, in via esclusiva, all'esecuzione della commessa nonché il trattamento salariale dei lavoratori ad essa destinati dall'impresa. Ne consegue che, sul punto, deve trovare applicazione il costante orientamento giurisprudenziale secondo cui la mancata formalizzazione della verifica sul costo della manodopera, sebbene non sia di per sé solo elemento tale da inficiare irrimediabilmente il provvedimento di aggiudicazione, assume una simile portata invalidante dell'aggiudicazione, allorché la corrispondente censura, sollevata da parte del ricorrente, sia supportata dal corrispondente rilievo sostanziale dell'effettiva insufficienza di tali costi, senza che l'amministrazione abbia offerta una valida dimostrazione della congruenza del costo dichiarato (TAR Lazio, Latina, sez. I, 6 giugno 2022 n. 526; sez. I, 23 luglio 2020 n. 287; TAR Campania, Napoli, sez. I, 1° luglio 2020 n. 2793).

Nel caso all'esame, come comprovato dalla lettura dei verbali di gara e del provvedimento di aggiudicazione, la verifica dell'adeguatezza del costo del personale alla luce dei minimi retributivi applicabili non è stata effettuata;

né nel corso del giudizio, l'Amministrazione intimata o la controinteressata hanno provato che tale adempimento sia stato specificamente esperito pervenendo ad una positiva valutazione idonea a confutare la sostenuta impostazione censoria (TAR Lazio, Latina, sez. I, 6 giugno 2022 n. 526; sez. I, 23 luglio 2020 n. 287).

Sotto altro profilo, l'importo esiguo indicato dalla controinteressata, pur a fronte di un appalto dichiaratamente ad alta intensità di manodopera e del ben diverso importo indicato dall'altra concorrente, avrebbe dovuto ex se indurre la Stazione appaltante a più approfondito esame della questione.

In definitiva, la censura scrutinata è fondata con la conseguenza che, assorbiti tutti i restanti motivi ricorso, l'impugnata aggiudicazione dev'essere annullata, dovendo l'azienda sanitaria rideterminarsi all'esito di una verifica circa il rispetto dei minimi salariali retributivi da parte dell'offerta presentata dalla controinteressata, con specifico riferimento al costo reale e diretto del personale destinato all'esecuzione della commessa, da condurre alla luce dei criteri sopra indicati.

4.- Le spese di giudizio, nei rapporti tra la ricorrente e l'azienda sanitaria resistente, seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo, potendo viceversa essere dichiarate non ripetibili nei confronti della controinteressata contumace.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania - NAPOLI (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini e nei limiti indicati in motivazione; condanna (Omissis) al pagamento delle spese di lite in favore della ricorrente, liquidate in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge;

spese non ripetibili con riguardo alla controinteressata.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Maria Grazia D'Alterio, Consigliere

Fabio Maffei, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Fabio Maffei

IL PRESIDENTE
Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO