

Tar Toscana, sezione seconda, sentenza n. 165 del 1° febbraio 2019

Esclusione – Costo della manodopera e rispetto dei minimi salariali – Elemento inderogabile – No necessario contraddittorio

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1516 del 2018, proposto da s.r.l. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

..... s.p.a. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocatinuscio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso la Sede del Coordinamento Territoriale Centro – Area Compartimentale Toscana in Firenze,

nei confronti

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

per l'annullamento

1. della lettera d'invito e del disciplinare di gara n. FILAV007-18, avente ad oggetto “lavori di manutenzione straordinaria per il miglioramento delle condizioni della sicurezza stradale mediante il ripristino dei giunti di dilatazione delle opere d'arte sulla S.S. 674 “Tangenziale Ovest di Siena”, se in quanto lesivi degli interessi della ricorrente;

2. del provvedimento di esclusione disposto dall'..... dell'offerta della ricorrente Prot. n.0554512 del 19.10.2018, in relazione alla gara n. FILAV007-18, ed avente ad

oggetto “lavori di manutenzione straordinaria per il miglioramento delle condizioni della sicurezza stradale mediante il ripristino dei giunti di dilatazione delle opere d'arte sulla S.S. 674 “Tangenziale Ovest di Siena”;

3. del provvedimento di aggiudicazione della gara n. FILAV007-18 prot. n. 574282 del 29.10.2018, avente ad oggetto “lavori di manutenzione straordinaria per il miglioramento delle condizioni della sicurezza stradale mediante il ripristino dei giunti di dilatazione delle opere d'arte sulla S.S. 674 “Tangenziale Ovest di Siena” a favore dell'Impresa s.r.l, attuale controinteressata;

4. del verbale di verifica dell'offerta anomala redatto dalla Commissione di Gara nella parte in cui dispone l'esclusione dalla gara di appalto della ricorrente senza neanche disporre un contraddittorio e/o i chiarimenti in ordine alle offerte economiche presentate, in special modo, rispetto all'indicazione dei costi della manodopera che risultano essere congrui e non in violazione ai minimi salariali tabellari;

5. delle valutazioni conclusive del Responsabile del Procedimento in merito alla verifica di congruità di cui all'art. 97 del codice di cui si ignorano estremi e contenuto e di ogni altro atto, provvedimento, determina, delibera propedeutica, connessa o consequenziale degli atti impugnati e se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente, nonché del provvedimento di diniego alla istanza di riammissione presentata dalla ricorrente;

e per la declaratoria

- di inefficacia del contratto di appalto, ai sensi degli artt. 121 e ss. D.lgs. 104/10, ove medio tempore stipulato tra l'Amministrazione Appaltante e l'eventuale ulteriore aggiudicataria in via definitiva alla gara e con espressa richiesta della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione della gara, per essere in possesso dei requisiti tecnico/organizzativi e per essere subito disponibile e all'immediata stipula del contratto – subentrando, quindi, in luogo dell'aggiudicataria – e all'immediato avvio di lavori messi a gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di s.p.a. e di s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 gennaio 2019 il dott. Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società s.p.a. ha indetto un appalto per lavori di manutenzione straordinaria della tangenziale ovest di Siena, a procedura negoziata e con il criterio del minor prezzo, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. c) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. La societàs.r.l. ha partecipato offrendo un ribasso del 31,778% ed è risultata prima in graduatoria. Con verbale in data 9 maggio 2018 la Commissione giudicatrice ha rimesso al Responsabile Unico del Procedimento l'offerta al fine di procedere alla verifica di cui all'articolo 97, comma 5, lett. d) del medesimo d.lgs. n. 50/2016.

Nella seduta tenuta il 18 ottobre 2018 la Commissione ha preso atto degli accertamenti effettuati dal R.U.P. in ordine alla non congruità del costo della manodopera rispetto ai minimi salariali retributivi stabiliti delle "tabelle ministeriali" di cui all'art. 23, comma 16, d.lgs. n. 50/2016 e quindi, con nota 19 ottobre 2018 prot. 554512, ha comunicato as.r.l. l'esclusione della gara. Il contratto pubblico è stato quindi aggiudicato alla s.r.l. con un ribasso pari al 31.286%.

L'esclusione, in uno con gli atti di gara, è stata impugnata das.r.l. con il presente ricorso, notificato il 2 novembre 2018 e depositato il 14 novembre 2018.

La ricorrente lamenta, con primo motivo, che illegittimamente sarebbe stata esclusa dalla procedura senza alcun contraddittorio quando la sua offerta non era risultata

anomala, collocandosi al di sotto della relativa soglia fissata nella percentuale di 34,503% dalla stessa stazione appaltante.

Con secondo e terzo motivo si duole, in specifico, che la stazione appaltante avrebbe dovuto attivare il procedimento di verifica prima di disporre la sua esclusione, nel corso del quale essa avrebbe potuto rappresentare le soluzioni tecniche di cui dispone per eseguire i lavori riducendo i costi della manodopera, come la produttività di ogni singola squadra in ragione dell'esperienza acquisita e le agevolazioni di cui fruisce per l'assunzione di alcuni lavoratori. La decisione della stazione appaltante, fondata solo ed esclusivamente in relazione ai valori medi delle tabelle ministeriali, sarebbe a suo dire abnorme, illogica ed irrazionale.

Si sono costituite s.p.a. e la controinteressata s.r.l. replicando alle deduzioni della ricorrente e chiedendo la reiezione del ricorso. La controinteressata in particolare ne eccepisce l'inammissibilità poiché la ricorrente non fornisce prova di resistenza.

Con ordinanza 28 novembre 2018, n. 732, è stata respinta la domanda cautelare.

All'udienza del 22 gennaio 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è infondato, e si prescinde perciò dalla trattazione dell'eccezione preliminare formulata dalla controinteressata.

In punto di fatto è incontestato che l'offerta della ricorrente presentasse valori della manodopera inferiori a quelli stabiliti dalle "tabelle ministeriali". La lettura della nota di 19 ottobre 2018 prot. 554512 evidenzia che la sua esclusione è stata disposta sulla base del combinato disposto degli artt. 95, comma 10, e 97, comma 5, lett. d), del d.lgs. n. 50/2016, e non si è trattato dell'esclusione automatica di un'offerta anomala. Il verbale della Commissione di gara 9 maggio 2018 evidenzia infatti che alcuna delle offerte presentate nella procedura è risultata anomala.

La stazione appaltante ha quindi inteso esercitare un potere diverso da quello di verifica (ed esclusione) delle offerte anomale.

Questo potere trova fondamento nel citato articolo 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 come modificato dall'art. 60, comma 1, lett. e) del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, cosiddetto "decreto correttivo": esso, al secondo periodo, prevede che "le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lett. d)" del medesimo d.lgs. n. 50/2016. Quest'ultima disposizione fa riferimento al costo del personale come indicato nelle tabelle ministeriali di cui all'articolo 23, comma 16, dello stesso decreto; è contenuta nell'articolo dedicato alla valutazione dell'anomalia delle offerte e il comma in cui è inserito prevede che l'offerta debba essere esclusa, alternativamente, se non viene giustificato il basso livello di prezzi proposti oppure se la stazione appaltante ha accertato che l'offerta stessa non rispetta gli elementi indicati alle successive lettere a), b), c) e appunto d). La disposizione cui rimanda l'articolo 95, comma 10, secondo periodo del d.lgs. n. 50/2016 evidenzia quindi che (anche) i minimi salariali retributivi indicati nelle "tabelle ministeriali" costituiscono un elemento inderogabile delle offerte presentate nelle gare per l'aggiudicazione dei contratti pubblici e, pertanto, in sede di verifica dell'anomalia non possono essere accettate giustificazioni fondate su una riduzione del trattamento salariale dei dipendenti a livelli inferiori a tale parametro. La disposizione, attraverso il richiamo operato dalla norma di cui al citato articolo 95, comma 10, secondo periodo del d.lgs. n. 50/2016 trova operatività anche laddove la stazione appaltante eserciti il diverso potere previsto da quest'ultima norma. Detto potere è finalizzato a controllare, prima dell'aggiudicazione, che l'offerente vincitore rispetti il medesimo parametro, ovvero che il costo del personale non sia inferiore ai minimi salariali retributivi indicati dalle "tabelle ministeriali".

Il dettato normativo, così ricostruito in base ai rimandi contenuti nel testo di legge, appare sufficientemente chiaro e non richiede quindi un ulteriore approfondimento ermeneutico, in base al criterio secondo cui *in claris non fit interpretatio*.

Le stazioni appaltanti, ai sensi dell'articolo 95, comma 10, secondo periodo del d.lgs. n. 50/2016, prima dell'aggiudicazione hanno obbligo di controllare che i costi della manodopera rappresentati nell'offerta vincitrice non siano inferiori ai minimi salariali retributivi indicati nelle "tabelle ministeriali. Per tale verifica la disposizione non richiede alcun contraddittorio né, men che meno, che venga attivato il procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse. La norma di rinvio è contenuta nell'articolo 97 del d.lgs. n. 50/2016 che disciplina detto procedimento; il rinvio però è limitato al disposto di cui al comma 5, lett. d), di tale articolo e, pertanto, non può essere interpretato nel senso che occorre attivare comunque il procedimento citato. Detto rinvio va invece interpretato nel senso che prima dell'aggiudicazione le stazioni appaltanti devono verificare il rispetto, da parte dell'offerta vincitrice, dei minimi salariali indicati nelle tabelle ministeriali. Laddove la verifica dia esito negativo, la disposizione di cui all'articolo 96, comma 10, richiamata non prevede l'istituzione di alcun contraddittorio e deve quindi ritenersi che l'offerta vada irrimediabilmente esclusa, come previsto dall'articolo 97, comma 5 (cui rinvia l'art. 96, comma 10) a norma del quale l'accertamento che l'anomalia dell'offerta deriva da un costo del personale inferiore ai minimi tabellari ne determina senz'altro l'esclusione.

La sentenza del Consiglio di Stato, Sezione terza, 29 agosto 2018 n. 5084 depositata dalla ricorrente a sostegno delle proprie ragioni non è applicabile al caso di specie. Essa infatti aveva ad oggetto l'appello avverso la sentenza del T.A.R. Puglia - Lecce Sezione III, 3 agosto 2017 n. 1358, la quale è stata resa nell'ambito di un contenzioso riguardante una procedura indetta con determinazione dirigenziale della ASL di Lecce n. 1429 del 3 novembre 2016. A questa procedura era quindi applicabile la normativa sull'affidamento dei contratti pubblici nella versione antecedente la modifica operata dall'art. 60, comma 1, lett. e) del d.lgs. n. 56/2017. Nella versione originaria il comma 10 dell'articolo 95 stabiliva che "nell'offerta economica

l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro” senza prevedere la verifica preventiva, da parte della stazione appaltante, del rispetto da parte dell’offerta vincitrice dei trattamenti retributivi stabiliti dalle “tabelle ministeriali”.

Tanto è sufficiente alla reiezione del ricorso; per scrupolo di completezza si rileva che, comunque, il divario dalle “tabelle ministeriali” dei costi della manodopera presente nell’offerta della ricorrente non appare comunque giustificabile nemmeno ove venissero presi in considerazione gli elementi da essa proposti a tal fine. Il mancato obbligo di corrispondere oneri quali l’indennità di trasporto, le trasferte, la previdenza complementare e l’indennità di disagio nonché tredicesima e quattordicesima mensilità viene solo affermato nella dichiarazione resa dal suo legale rappresentante in data 28 dicembre 2018; la relazione in data 24 dicembre 2018 ad opera della DS Consulting s.a.s. di Francesco Dello Stritto & C. non è convincente poiché da un lato, si fonda genericamente sull’esperienza maturata dall’impresa ricorrente in lavori simili e il fatto che abbia offerto ribassi anche superiori a quello odierno in alcuni di essi non vale a creare un precedente vincolante, come correttamente replica la difesa della stazione appaltante; d’altro lato, le condizioni di maggior favore e le agevolazioni contributive che giustificerebbero il divario del costo del lavoro contenuto nell’offerta odierna sono affermate, ma non dimostrate come correttamente replica la difesa dell’impresa controinteressata.

Per questi motivi, il ricorso deve essere respinto.

Le spese processuali vengono tuttavia compensate in ragione della novità della questione affrontata.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 22 gennaio 2019 con
l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Riccardo Giani, Consigliere

Alessandro Cacciari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Alessandro Cacciari

IL PRESIDENTE
Rosaria Trizzino

IL SEGRETARIO