

N. 00164/2013 REG.PROV.COLL.
N. 00420/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 420 del 2012, proposto da:

CO.SAR.SE. - Coop. Sarda Servizi a r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Gianfranco Meazza del foro di Sassari, con domicilio eletto in Cagliari, presso lo studio dell'avv. Carlo Castelli, in via Farina n. 44;

contro

Comune di Sorso, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituitosi in giudizio;

nei confronti di

Consorzio Stabile Servizi Generali e Manutenzioni – S.G.M., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avv. Corrado Diaco, ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Silvio Pinna, in Cagliari, via San Lucifero n. 65;

per l'annullamento

- della determinazione n.161 del 15.5.2012, emessa dal Comune di Sorso, avente ad oggetto l'aggiudicazione dell'appalto relativo all'espletamento del

Servizio di pulizia dei locali comunali alla controinteressata;

- dei verbali n. 6 del 22.3.2012, n.8 del 2.4.2012, n. 9 del 19.4.2012, n.10 del 9.5.2012;

- di tutti gli atti da essi presupposti o ad essi successivi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio Stabile Servizi Generali e Manutenzioni Sgm;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 febbraio 2013 il dott. Giorgio Manca e uditi l'avv. Gianfranco Meazza per la parte ricorrente e l'avv. Silvio Pinna, su delega dell'avv. Corrado Diaco, per il controinteressato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determinazione n. 450 del 6 dicembre 2011, il Comune di Sorso disponeva l'indizione di una gara d'appalto per l'affidamento, per trenta mesi, mediante cottimo fiduciario, del servizio di pulizia delle sedi comunali, con importo a base di gara pari a €. 180.000,00, oltre €. 4.950,00 per il costo della sicurezza (derivante da rischi di natura interferenziale).

Al termine della procedura, con determinazione n. 161, del 15 maggio 2012, la gara veniva aggiudicata definitivamente al Consorzio Stabile Servizi Generali e Manutenzioni – S.G.M. (d'ora in avanti "Consorzio SGM"), che dichiarava di agire per la consorziata esecutrice Massimo Milone S.p.A., con un ribasso percentuale pari all'11,28 % sull'importo a base d'asta.

La Società Cooperativa Sarda Servizi CO.SAR.SE., società cooperativa a responsabilità limitata (d'ora in avanti CO.SAR.SE.), si classificava al secondo posto, con un ribasso offerto pari all'8,50%.

2. Con ricorso, regolarmente notificato e depositato, la CO.SAR.SE. ha

chiesto l'annullamento dei provvedimenti in epigrafe, per i seguenti motivi:

- violazione del disciplinare di gara e del capitolato speciale d'appalto, in punto di offerta tecnica, violazione dell'art. 87, comma 3, del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n° 163/2006), eccesso di potere nella forma sintomatica della violazione della *par condicio* e della discriminazione, carenza di istruttoria, difetto di motivazione, e violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità;

- violazione degli articoli 86, 87, 88 del codice dei contratti pubblici, T.U. 81/2008 in materia di sicurezza, violazione e falsa applicazione dei principi di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, eccesso di potere in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta tecnica ed economica dell'aggiudicataria per mancata valutazione del costo del lavoro in ordine ai trattamenti salariali, errata o mancata valutazione dei presupposti, carenza e insufficiente istruttoria del procedimento di verifica, difetto di motivazione, violazione della *par condicio*, discriminazione, violazione del buon andamento ed efficienza, imparzialità dell'azione amministrativa.

3. Con atto depositato in data 3 luglio 2012, si è costituito in giudizio il controinteressato Consorzio SGM, deducendo l'infondatezza del ricorso e concludendo per il rigetto dello stesso.

4. Con ordinanza cautelare n. 240, del 18 luglio 2012, questo Collegio ha respinto l'istanza cautelare proposta dalla CO.SAR.SE, sulla considerazione che le censure prospettate non sembrassero inficiare la legittimità degli atti impugnati, in quanto: *“la disposizione del bando che stabiliva, a pena di esclusione, che le offerenti non potessero indicare la fruizione di agevolazioni fiscali e contributive, appare in contrasto con il principio di tassatività contemplato dall'art. 46, comma 1-bis del codice dei contratti pubblici (nullità rilevabile d'ufficio); - il riferimento ad inadeguati livelli del costo del lavoro determinato sulla base delle tabelle FISE non comporta, secondo la prevalente giurisprudenza, l'inammissibilità dell'offerta ma esclusivamente la necessità di fornire giustificazioni”*.

5. Alla pubblica udienza del 6 febbraio 2013 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo, la ricorrente ritiene che l'operato della stazione appaltante sia illegittimo per violazione degli articoli 86 e 87 del codice dei contratti pubblici, nonché per eccesso di potere sotto vari profili. A suo dire, la commissione giudicatrice avrebbe illegittimamente ammesso al giudizio di anomalia l'offerta del Consorzio SGM, che avrebbe dovuto essere, invece, esclusa, in ragione dell'indicazione di costi del lavoro inferiori agli importi indicati nelle tabelle del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

In particolare, l'Amministrazione avrebbe, secondo la Co.Sar.Se., «autolimitato» la propria discrezionalità tecnica, prescrivendo, nella *lex specialis* di gara (punto 9, a), nonché nelle note con cui ha fornito chiarimenti sul disciplinare (prot. n° 2352 del 14 febbraio 2012 e n° 2612 del 20 febbraio 2012), l'inderogabilità, da parte dei concorrenti, dei costi del lavoro indicati nelle tabelle del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 2011.

Alla luce di tale precetto, secondo la prospettazione della ricorrente, la Commissione avrebbe dovuto automaticamente escludere le offerte che avessero indicato valori inferiori a quelli ivi riportati, senza possibilità per i concorrenti di presentare giustificazioni al riguardo.

L'offerta del Consorzio SGM avrebbe, quindi, dovuto essere esclusa, giacché essa indica un costo orario del lavoro inferiore a quello riportato nelle tabelle ministeriali.

2. La censura è infondata.

2.1. Preliminarmente, pare opportuno ricordare che le tabelle redatte dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali danno indicazione dei costi medi del lavoro, formulati sulla base dei valori economici risultanti dal

Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro di settore e di altre variabili attinenti alla natura e all'organizzazione dell'impresa.

Secondo la giurisprudenza maggioritaria, condivisa da questo Collegio, tali tabelle offrono alla stazione appaltante un parametro in base al quale valutare la congruità dell'offerta. Pertanto, lo scostamento dai costi medi orari del lavoro ivi indicati non determina l'inammissibilità dell'offerta stessa, bensì esclusivamente la necessità che l'impresa fornisca adeguate giustificazioni al riguardo (cfr. Tar Sardegna, sez. I, sentenza 9 gennaio 2013, n. 6 e Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 28 maggio 2012, n. 3134).

2.2. Ciò premesso, la stazione appaltante non può, nella *lex specialis* di gara, stabilire l'inderogabilità di tali costi medi a pena di esclusione, stante il principio di tassatività delle cause di esclusione, sancito dall'art. 46, comma 1-bis del codice dei contratti pubblici.

Alla luce di siffatto principio, la stazione appaltante può escludere i concorrenti soltanto in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice, dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché in ipotesi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o per altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte. Ma i bandi e le lettere di invito, come espressamente chiarisce la norma, *“non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*.

2.3. Nel caso di specie, il Consorzio SGM ha formulato un'offerta indicante un costo orario del lavoro inferiore rispetto ai costi medi stabiliti, per il personale dipendente da imprese esercenti servizi di pulizia ed operanti nel Sud e nelle Isole, dalle tabelle del 2011 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (v. doc. n° 6, produzione documentale

ricorrente).

Nell'aggiudicare provvisoriamente la gara al Consorzio SGM, la stazione appaltante ha richiesto, alle prime tre imprese classificate, di presentare giustificazione scritta dell'offerta, ai sensi dell'art. 88 del codice dei contratti pubblici (v. verbale n° 9, del 19.04.2012, in doc. n° 10, produzione documentale ricorrente). La commissione di gara ha, poi, valutato positivamente le giustificazioni fornite dal Consorzio SGM, ritenendo l'offerta da esso formulata *"non anomala, valida e congrua"* (v. verbale n° 10 della seduta del 9 maggio 2012, doc. n° 10, produzione documentale ricorrente.).

2.4. L'operato dell'Amministrazione è legittimo, avendo la stessa correttamente ammesso l'aggiudicataria provvisoria a fornire giustificazioni in merito alla propria offerta economica, attesa la rilevata derogabilità dei costi medi del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali.

2.5. Sempre nell'ambito del primo motivo di ricorso, la Co.Sar.Se. lamenta la violazione, nella proposta del Consorzio, del divieto di indicare, nell'analisi relativa al costo del lavoro, la fruizione di agevolazioni fiscali e contributive, invero prescritto dal disciplinare di gara (pag. 15), con la precisazione che *"tale indicazione non sarà consentita nemmeno in sede di eventuale verifica di anomalia dell'offerta"*.

In particolare, l'Amministrazione avrebbe illegittimamente operato nel non censurare l'indicazione, contenuta nell'offerta del Consorzio SGM, di avvalersi delle agevolazioni fiscali previste dalla legge 29 dicembre 1990, n. 407 per l'assunzione di determinate categorie di lavoratori.

2.6. La censura è infondata, in quanto la disposizione del disciplinare di gara richiamata dalla ricorrente è nulla, in quanto contrastante con il già citato principio di tassatività delle cause di esclusione, previsto dall'art. 46, comma 1-bis del codice dei contratti pubblici, alla luce del quale non è concesso alla stazione appaltante di introdurre, nella *lex specialis*, ipotesi di

esclusione ulteriori rispetto a quelle stabilite dalla legge.

3. La ricorrente deduce, sempre nell'ambito del primo motivo, la violazione delle norme in materia di sicurezza sul lavoro, nonché l'eccesso di potere sotto vari profili, rilevando l'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione, laddove non ha censurato l'offerta dell'aggiudicataria che, nell'aumentare, in sede di giustificazioni, il numero di lavoratori (indicandone 9 in più rispetto a quanto originariamente previsto nell'offerta), ha lasciato invariato l'importo relativo ai costi per la sicurezza.

3.1. La censura non coglie nel segno.

3.2. L'art. 4, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (T.U. in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro) dispone, infatti, che *“ai fini della determinazione del numero di lavoratori dal quale il presente decreto legislativo fa discendere particolari obblighi non sono computati: (...) d) i lavoratori assunti con contratto di lavoro a tempo determinato, ai sensi dell'articolo 1 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, in sostituzione di altri prestatori di lavoro assenti con diritto alla conservazione del posto di lavoro; e) i lavoratori che svolgono prestazioni occasionali di tipo accessorio ai sensi degli articoli 70, e seguenti, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, nonché prestazioni che esulano dal mercato del lavoro ai sensi dell'articolo 74 del medesimo decreto”*.

Da tale disposizione si evince che gli oneri a carico dell'impresa relativi alla sicurezza dei lavoratori debbono essere computati con riferimento ai soli lavoratori che operino stabilmente alle dipendenze dell'impresa, non anche con riguardo a coloro i quali siano deputati saltuariamente ad effettuare sostituzioni dei lavoratori assenti.

3.3. Alla luce di tale norma, non devono, dunque, essere computati tra i lavoratori, ai fini del calcolo degli oneri di sicurezza, coloro i quali svolgono attività lavorativa soltanto in sostituzione dei lavoratori assenti.

Pertanto, nel caso di specie, correttamente il Consorzio SGM ha computato gli oneri di sicurezza per rischi specifici con riguardo soltanto agli 11

lavoratori da impiegare stabilmente nel servizio oggetto dell'appalto.

3.4. A tal riguardo, occorre rilevare, altresì, l'infondatezza della censura, formulata in maniera generica dalla ricorrente in sede di ricorso (pag. 16 dell'atto introduttivo), e poi riproposta nella memoria del 16 gennaio 2013, relativa all'asserita modifica in corso di gara dell'offerta del Consorzio SGM, che avrebbe dapprima dichiarato di avvalersi di 11 lavoratori, poi - in sede di giustificazione - avrebbe rettificato la propria proposta, indicando di utilizzare ulteriori 9 lavoratori per le sostituzioni.

A dire della ricorrente, da tale modifica *«deriva l'inammissibilità delle giustificazioni atteso che con la rimodulazione SGM apporta elementi nuovi che equivalgono ad un vero e proprio quid nuovo e diverso rispetto alla originaria offerta economica presentata»* (memoria del 16.01.2013, pag. 5).

3.5. Tuttavia, il principio di immodificabilità dell'offerta, teso a garantire, da un lato, la *par condicio* fra i concorrenti, e dall'altro, l'affidabilità del contraente, attiene non ad ogni aspetto della stessa, bensì ai profili economici e tecnici essenziali della medesima. In altri termini, è precluso all'impresa alla quale sia stato richiesto di giustificare l'offerta "anormalmente bassa", ex art. 88 del codice dei contratti pubblici, di modificare l'offerta economica, non anche quella tecnica, salvo per quegli aspetti che si riverberino, ovviamente, sui profili economici ovvero sui contenuti tecnici essenziali posti a base di gara dalla stazione appaltante. In tal senso si muove anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che, nel confermare il principio di immodificabilità dell'offerta, anche in sede di giustificazioni, rileva come *«obiettivo della verifica di anomalia è quello di stabilire se l'offerta sia, nel suo complesso, e nel suo importo originario, affidabile o meno, il giudizio di anomalia deve essere complessivo e deve tenere conto di tutti gli elementi, sia quelli che militano a favore, sia quelli che militano contro l'attendibilità dell'offerta nel suo insieme: deve di conseguenza ritenersi possibile che, a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse e dunque inattendibili, l'impresa dimostri che per*

converso altre voci di prezzo sono state inizialmente sopravvalutate, e che in relazione alle stesse è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio, che compensa il maggior costo di altre voci (nella specie, si era riconosciuto che il maggior importo di alcune voci del costo della manodopera rispetto a quello indicato dall'impresa potesse essere compensato dal maggior risparmio conseguito sul prezzo dei contratti di fornitura) [Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2009 n. 3146; Cons. St., sez. VI, 19 maggio 2000 n. 2908]. Dalla citata giurisprudenza si desume che ciò che si può consentire è:

- a) o una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo (rispetto alle giustificazioni già fornite), lasciando le voci di costo invariate;*
- b) oppure un aggiustamento di singole voci di costo, che trovi il suo fondamento o in sopravvenienze di fatto o normative che comportino una riduzione dei costi, o in originari e comprovati errori di calcolo, o in altre ragioni plausibili.*

La giurisprudenza ha infatti precisato che il subprocedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta per così dire in itinere ma mira, al contrario, a verificare la serietà di una offerta consapevolmente già formulata ed immutabile [Cons. St., sez. V, 12 marzo 2009 n. 1451]» (così, di recente, Cons. St., VI, 7 febbraio 2012, n. 636).

3.6. Nel caso di specie, l'indicazione dei lavoratori che saranno impiegati nell'appalto per sostituire quei lavoratori stabilmente previsti, non inficia l'offerta economica nel suo complesso e nemmeno modifica la singola voce dell'offerta relativa ai costi del lavoro; voce che rimane invariata, ammontando a €. 153.635,98. Il Consorzio SGM, difatti, si è limitato, in sede di giustificazione dell'offerta, a meglio specificare le singole voci di costo del lavoro relative alle unità di lavoro da impiegare nell'appalto, nel rispetto dell'importo indicato in sede di offerta.

Né si può affermare che tale indicazione, fornita dall'impresa in sede di giustificazioni, incida su aspetti tecnici essenziali dell'appalto, atteso che il Capitolato Speciale d'Appalto si limita ad indicare, quali elementi

dell'offerta, le superfici, le modalità e la frequenza del servizio (cfr. art. 1 del Capitolato Speciale d'Appalto, doc. n° 2, produzione documentale ricorrente).

4. Con il secondo motivo di ricorso, la ricorrente deduce la violazione dell'art. 88 del codice dei contratti pubblici, nonché l'eccesso di potere in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta tecnica ed economica dell'aggiudicataria, censurando la valutazione di congruità dell'offerta del Consorzio SGM, effettuata dalla Stazione Appaltante.

4.1. Anche tali censure non colgono nel segno, essenzialmente per la loro genericità.

4.2. La ricorrente, difatti, si limita ad evidenziare ulteriormente il divario sussistente tra i costi medi del lavoro indicati nelle tabelle ministeriali ed i costi del lavoro riportati nell'offerta del Consorzio SGM, nonché a richiamare le ulteriori censure già svolte sotto il primo motivo di ricorso (della cui infondatezza si è già detto), senza dimostrare, però, sotto quali profili l'offerta economica dell'aggiudicataria possa considerarsi *"nel suo complesso inaffidabile"*, come richiesto dall'art. 88, comma 7, del codice dei contratti pubblici.

5. Infine, è inammissibile anche il motivo con il quale il Consorzio ricorrente lamenta la mancata allegazione di copia del documento di identità alla dichiarazione sostitutiva del direttore tecnico e del vicepresidente del Consorzio SGM, stante la formulazione in via meramente ipotetica della censura.

6. Il ricorso deve essere, in definitiva, rigettato.

7. La disciplina delle spese di giudizio, per quanto concerne la posizione del Consorzio SGM, segue la regola della soccombenza e sono liquidate come in dispositivo. Nulla spese per il Comune, non essendosi costituito in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese giudiziali a favore del Consorzio Stabile Servizi Generali e Manutenzioni – S.G.M., liquidate in euro 2.500,00 (duemilacinquecento).

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 6 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/02/2013

IL SEGRETARIO

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