

Pubblicato il 09/08/2019

N. 00044/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00021/2019 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 Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 21 del 2019, proposto da

- Euroservice Group S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Carmelo Barreca e domiciliata ai sensi dell'art. 25 cod. proc. amm.;

contro

- In.Va. S.p.A. – Centrale Unica di Committenza Regione Autonoma Valle d'Aosta, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Rosario Scalise, Maria Paola Roulet e Alessandra Favre e domiciliata ai sensi dell'art. 25 cod. proc. amm.;

- il Comune di Pont-Saint-Martin, in persona del Sindaco pro-tempore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione, adottato in data 10 giugno 2019 e comunicato il successivo 11 giugno con nota di In.Va. S.p.A. – Centrale Unica di Committenza n. 5662/2019, dalla procedura telematica aperta per l'affidamento del servizio di pulizia delle pertinenze e degli stabili comunali di Pont-Saint-Martin relativamente al triennio 2019/2022 – CIG 7821567147;
- della nota della C.U.C. di conferma dell'esclusione datata 17 giugno 2019, prot. n. 5880/2019 e comunicata in pari data a mezzo p.e.c.;
- del Bando di gara, del Disciplinare di gara e dell'intera Lex specialis, laddove preclude qualunque ribasso o giustificazione dell'offerta inerente al costo del lavoro, prevedendo l'esclusione automatica di qualsiasi offerta che contenga un ribasso sul costo del lavoro indicato dalla Stazione appaltante;
- in subordine, del Bando di gara, del Capitolato speciale d'appalto, del Disciplinare di gara e dell'intera Lex specialis, laddove ha previsto quale criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso, anziché quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- e, di conseguenza, per il riconoscimento del diritto della ricorrente al risarcimento in forma specifica, attraverso la sua riammissione in gara;
- nonché, per il risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati, con la condanna, previa determinazione dei criteri che il Tribunale vorrà individuare, al pagamento delle relative somme che verranno quantificate in corso di causa ovvero liquidate in via equitativa ex articolo 1226 c.c., con interessi legali e rivalutazione monetaria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di In.Va. S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore il consigliere Antonio De Vita;

Nessun difensore presente alla camera di consiglio del 7 agosto 2019, come specificato nel verbale;

Visto l'art. 60 cod. proc. amm., che consente al giudice amministrativo, chiamato a pronunciarsi sulla domanda cautelare, di decidere la controversia con sentenza succintamente motivata, ove la stessa sia di agevole definizione in rito o nel merito;

Ritenuto di potere adottare tale tipologia di sentenza, stante la superfluità di ulteriore istruzione;

Accertata la completezza del contraddittorio;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 20 giugno 2019 e depositato il 21 giugno successivo, la società ricorrente ha impugnato il provvedimento di esclusione, adottato in data 10 giugno 2019 da In.Va. S.p.A. – Centrale Unica di Committenza, dalla procedura telematica aperta per l'affidamento del servizio di pulizia delle pertinenze e degli stabili comunali di Pont-Saint-Martin per il triennio 2019/2022.

Con Bando del 9 aprile 2019, la Centrale Unica di Committenza Regionale ha indetto una gara, da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, per l'affidamento del servizio di pulizia delle pertinenze e degli stabili comunali di Pont-Saint-Martin nel triennio 2019/2022, con importo a base d'asta di € 336.072,61.

Tra le altre prescrizioni, il disciplinare di gara stabiliva che il costo del lavoro non fosse soggetto a ribasso (art. 10) e tale regola veniva ribadita anche nelle istruzioni per la compilazione del form on line (art. 18.5). Tuttavia, la ricorrente ha formulato un'offerta contenente un ribasso in relazione al costo del lavoro, cui ha fatto seguito il provvedimento del 10 giugno 2019, con cui la Stazione appaltante l'ha esclusa dalla gara, sul presupposto dell'inderogabilità della clausola con cui si è stabilita la non ribassabilità del costo del lavoro. La ricorrente ha interloquuto con la Centrale di committenza, segnalando l'illegittimità della determinazione adottata, ma quest'ultima, in data 17 giugno 2019, ha confermato l'esclusione di Euroservice, in ragione della necessità di tutelare efficacemente i diritti dei lavoratori (trattandosi di un appalto ad alta intensità di manodopera).

Assumendo l'illegittimità della predetta esclusione, la ricorrente ne ha chiesto l'annullamento, in via principale, per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97, comma 5, del D. Lgs. n. 50 del 2016, per violazione della lex specialis, laddove indica come assolutamente non ribassabile il costo del lavoro, per illegittimità dell'esclusione automatica dell'offerta, per eccesso di potere, per difetto di motivazione, per difetto di istruttoria, per violazione dei principi di ragionevolezza, di logicità e di proporzionalità, per ingiustizia manifesta, per mancato contraddittorio, per violazione e/o falsa applicazione dei canoni di cui all'art. 97 della Costituzione e per violazione dell'art. 69 della Direttiva 2014/24/UE.

In via subordinata, sono stati eccepiti la violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del D. Lgs. n. 50 del 2016, per illegittima applicazione del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, e il

difetto di motivazione ex art. 95, comma 5, del citato D. Lgs. n. 50 del 2016.

Si è costituita in giudizio In.Va. S.p.A. – Centrale Unica di Committenza Regionale per servizi e forniture – Regione Autonoma Valle d’Aosta, che ha chiesto il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 10 luglio 2019, i difensori delle parti hanno formulato una domanda di rinvio ad una successiva udienza camerale, in cui adottare, ove possibile, una decisione in forma semplificata, previa integrazione delle rispettive difese.

Con memorie e documentazione depositate in prossimità della camera di consiglio di discussione dell’istanza cautelare oggetto di rinvio, i difensori delle parti hanno chiesto l’accoglimento delle rispettive conclusioni; in particolare, la difesa di In.Va. S.p.A. – che si è impegnata a non aggiudicare in via definitiva l’appalto fino alla definizione del contenzioso – ha eccepito in via preliminare l’inammissibilità del ricorso per mancata notifica dello stesso al controinteressato “aggiudicatario provvisorio”, oltre che, con riguardo al primo motivo, per mancata impugnazione della clausola sociale di cui all’art. 23 del Disciplinare, e per assenza di interesse, con riferimento al secondo motivo; ha replicato la difesa della ricorrente, che ha chiesto il rigetto delle eccezioni e l’accoglimento del ricorso nel merito.

Alla camera di consiglio del 7 agosto 2019, fissata per la discussione dell’istanza cautelare di sospensione del provvedimento impugnato, nessun difensore comparso, il Collegio ha ritenuto di potere definire il giudizio con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell’art. 60 cod. proc. amm.

DIRITTO

1. In via preliminare, va scrutinata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per mancata notifica dello stesso al soggetto individuato come "aggiudicatario provvisorio", formulata dalla difesa di In.Va. S.p.A.

1.1. L'eccezione è infondata.

La ricorrente ha impugnato l'atto con cui la Stazione appaltante l'ha esclusa dalla procedura quando, tra l'altro, non era stata ancora resa nota la proposta di aggiudicazione (il cui inserimento sul portale dell'Amministrazione è avvenuto il 21 giugno 2019), ad oggi non ancora divenuta definitiva.

Come statuito da condivisibile giurisprudenza, sino al momento dell'aggiudicazione definitiva non sono individuabili dei controinteressati e ciò sia per l'insussistenza di un interesse protetto attuale in capo agli altri partecipanti alla gara, sia per la mancata individuazione degli stessi nell'atto impugnato (cfr. Consiglio di Stato, V, 19 marzo 2018, n. 1745; IV, 6 agosto 2013, n. 4162; T.A.R. Campania, Napoli, IV, 5 gennaio 2018, n. 99; T.A.R. Umbria, I, 31 maggio 2017, n. 429; T.A.R. Lombardia, Brescia, II, 9 settembre 2015, n. 1196).

1.2. Ciò determina il rigetto della scrutinata eccezione.

2. Passando al merito del ricorso, lo stesso è fondato nei sensi di seguito specificati.

3. Con la prima censura di ricorso, proposta in via principale, Euroservice assume l'illegittimità della sua esclusione dalla gara, avendo la stessa offerto un ribasso sul costo del lavoro stabilito dalla Stazione appaltante nella lex specialis, pur non essendo possibile escludere in via automatica un'offerta in assenza di un procedimento di verifica della sua congruità.

3.1. La doglianza è fondata.

La Stazione appaltante all'art. 10 del Disciplinare della gara oggetto del presente contenzioso ha stabilito che il "costo del lavoro non [è] soggetto a ribasso"; tale prescrizione è stata altresì ribadita nel successivo art. 18.5, riguardante le modalità di compilazione del form on line.

Avendo la ricorrente offerto un costo del lavoro in misura inferiore rispetto a quanto stabilito negli atti di gara, è stata esclusa dalla procedura da parte della Stazione appaltante.

In prima battuta, va evidenziato che le richiamate clausole non appaiono di significato univoco, stante l'assenza di una espressa comminatoria di esclusione in caso di loro violazione (sulla tassatività delle cause di esclusione dalle gare, cfr. Consiglio di Stato, III, 26 luglio 2019, n. 5295) e considerando altresì che la disposizione di cui all'art. 18.5 riveste un carattere meramente procedurale, essendo finalizzata a regolamentare le modalità di compilazione della domanda di partecipazione alla procedura. In presenza di prescrizioni ambigue, è consolidato l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale la necessità di garantire la massima partecipazione alle gare impone una interpretazione estensiva delle predette clausole, da applicare a fortiori nel caso in cui le stesse si presentino di dubbia compatibilità con i principi costituzionali e del diritto dell'Unione europea (Consiglio di Stato, V, 31 maggio 2018, n. 3262; 14 maggio 2018, n. 2852).

Tanto premesso, deve sottolinearsi come l'esclusione della ricorrente dalla gara non appaia legittima, in considerazione della impossibilità di ritenere ex se anomala un'offerta che indichi un costo della manodopera inferiore a quello indicato dalla Stazione appaltante

(con dati ricavati dalle Tabelle Ministeriali: cfr. all. 4 e 5 di In.Va. e 8 di Euroservice), dovendo necessariamente lo stesso essere valutato nell'ambito della verifica di congruità, tenuto conto che di regola siffatte tabelle – redatte dal Ministero competente – esprimono un costo del lavoro medio, ricostruito su basi statistiche, per cui esse non rappresentano un limite inderogabile per gli operatori economici partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici, ma solo un parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che lo scostamento da esse, specie se di lieve entità, non legittima di per sé un giudizio di anomalia (Consiglio di Stato, V, 6 febbraio 2017, n. 501; altresì, III, 13 marzo 2018, n. 1609; III, 21 luglio 2017 n. 3623; 25 novembre 2016, n. 4989).

I costi medi della manodopera, indicati nelle tabelle (ministeriali), del resto, svolgono una funzione indicativa, suscettibile di scostamento in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali, laddove si riesca, in relazione alle peculiarità dell'organizzazione produttiva, a giustificare la sostenibilità di costi inferiori, fungendo gli stessi da esclusivo parametro di riferimento da cui è possibile discostarsi, in sede di giustificazioni dell'anomalia, sulla scorta di una dimostrazione puntuale e rigorosa (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, II bis, 19 giugno 2018, n. 6869). Ciò che invece non può essere derogato in peius – e non risulta essersi verificato nella specie – sono i minimi salariali della contrattazione collettiva nazionale, sui quali non sono ammesse giustificazioni (T.A.R. Veneto, I, 19 luglio 2018, n. 774).

3.2. Non appare rilevante, in senso contrario, l'eccezione formulata dalla difesa di In.Va. in ordine alla stretta connessione tra la prescrizione relativa all'inderogabilità del costo del lavoro e la clausola sociale di cui all'art. 23 del Disciplinare, che avrebbe

imposto l'immediata impugnazione di quest'ultima in seguito alla pubblicazione del Bando, non potendo procedersi alla sua disapplicazione in fase di gara.

Dalla lettura della richiamata disposizione – che recita “al fine di promuovere la stabilità occupazionale nel rispetto dei principi dell'Unione Europea, e ferma restando la necessaria armonizzazione con l'organizzazione dell'operatore economico subentrante e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto, l'aggiudicatario del contratto di appalto è tenuto ad assorbire prioritariamente nel proprio organico il personale già operante alle dipendenze dell'aggiudicatario uscente, come previsto dall'articolo 50 del D. Lgs. 50/2016 e s.m.i., garantendo l'applicazione dei CCNL di settore, di cui all'art. 51 del D. Lgs. 15 giugno 2015, n. 81” – non emerge affatto un vincolo assoluto in capo al partecipante alla gara (e futuro aggiudicatario) di dover assorbire necessariamente il personale attualmente impiegato presso l'Amministrazione procedente, essendo un tale impegno da conciliare con le esigenze produttive e la libertà di impresa del concorrente (come emerge pure dall'esame dell'art. 8 del Capitolato d'appalto: all. 2 di In.Va.). Inoltre, l'eventuale assorbimento non risulta essere subordinato al rispetto di specifiche condizioni (se non il rispetto di quanto previsto dai contratti collettivi per i dipendenti delle imprese del settore, genericamente indicate: cfr. art. 8 del Capitolato).

La cd. clausola sociale, difatti, deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e dell'Unione europea in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti lesiva dei richiamati principi nel senso di

scoraggiare la partecipazione alla gara e di limitare eccessivamente la platea dei partecipanti.

Pertanto, siffatta clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente.

Ne consegue che l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante (Consiglio di Stato, III, 5 maggio 2017, n. 2078).

Ciò è stato confermato dal Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere n. 2703/2018, del 21 novembre 2018, reso sulle Linee guida recanti la disciplina delle clausole sociali (Art. 50 del D. Lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal D. Lgs. n. 56 del 2017), che ha precisato che la prescrizione delle clausole sociali non può che avvenire che nel «rispetto della libertà di iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Cost., ma anche dall'art. 16 della Carta di Nizza, che riconosce “la libertà di impresa”, conformemente alle legislazioni nazionali. E' in base al necessario rispetto di tale principio che secondo costante giurisprudenza di questo Consiglio, per tutte C.d.S. sez. III 27 settembre 2018 n. 5551 e sez. V 28 agosto 2017 n. 4079, l'obbligo di riassorbimento del personale imposto dalla clausola in questione deve essere inteso in modo compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante» (Consiglio di Stato, III, 30 gennaio 2019, n. 750).

3.3. Quindi, a fronte della non univocità delle disposizioni riguardanti sia la non ribassabilità del costo del lavoro sia la clausola

sociale, non poteva pretendersi una immediata impugnazione del Bando da parte della ricorrente, trattandosi di clausole non univoche o imponenti obblighi chiari e specifici non proporzionati o abnormi (cfr. Consiglio di Stato, III, 8 giugno 2018, n. 3471; cfr. anche Consiglio di Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4, secondo la quale “il rapporto tra impugnabilità immediata e non impugnabilità immediata del bando è traducibile nel giudizio di relazione esistente tra eccezione e regola”; con riguardo all’illegittimità di un bando contenente una clausola di non ribassabilità del costo del lavoro, T.A.R. Sicilia, Palermo, III, 16 luglio 2014, n. 1882; più di recente, II, 12 aprile 2019, n. 1023).

3.4. Da quanto rilevato in precedenza emergono, dunque, sia la tempestività dell’impugnazione dell’esclusione dalla procedura, sia la sua fondatezza, non essendo ammissibile una esclusione automatica per violazione delle tabelle sul costo del lavoro predisposte dalla Stazione appaltante e ricavate dai dati ministeriali (cfr. Consiglio di Stato, III, 8 giugno 2018, n. 3471).

3.5. Pertanto, il primo motivo di ricorso deve essere accolto.

4. La fondatezza del primo motivo di ricorso, proposto in via principale, esonera il Collegio dall’esame del secondo motivo, proposto in via meramente subordinata, e determina l’accoglimento del ricorso con il conseguente annullamento dell’atto di esclusione della ricorrente, impugnato attraverso il presente giudizio; in tal senso, va evidenziato che la riammissione della ricorrente alla gara soddisfa pienamente l’interesse azionato dalla stessa attraverso il presente giudizio.

5. In relazione alla peculiarità delle questioni trattate, le spese di giudizio possono essere compensate tra le parti, fatta salva la

rifusione del contributo unificato in favore della parte ricorrente da porre a carico di In.Va. S.p.A.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta (Sezione Unica), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso indicato in epigrafe e, per l'effetto, annulla l'atto di esclusione della ricorrente dalla procedura di gara oggetto di controversia.

Spese compensate, fatta salva la rifusione del contributo unificato in favore della parte ricorrente da porre a carico di In.Va. S.p.A.

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del 7 agosto 2019 con l'intervento dei magistrati:

Andrea Migliozi, Presidente

Antonio De Vita, Consigliere, Estensore

Laura Patelli, Referendario

L'ESTENSORE
Antonio De Vita

IL PRESIDENTE
Andrea Migliozi

IL SEGRETARIO