

Pubblicato il 20/06/2023

N. 06070/2023REG.PROV.COLL.
N. 07939/2022 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7939 del 2022, proposto da Westinghouse Electric Spain s.a.u. in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con le mandanti Fucina Italia s.r.l., Fincantieri SI s.p.a., A.C.R. di Reggiani Albertino s.p.a., S.R.S. Servizi di Ricerche e Sviluppo s.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Michele Damiani e Pieremilio Sammarco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

contro

SO.G.I.N. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Barberis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

GD Energy Services s.a.u., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Federico Tedeschini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Gd Energy Services s.a.u. (GDS) in proprio e quale mandataria del costituendo RTI, 3TI Progetti Italia Ingegneria Integrata s.p.a. in proprio e quale mandataria del costituendo RTI, I.R.I.D.E. s.r.l. in proprio e quale mandante del costituendo RTI, non costituiti in giudizio;

C.M.S. s.r.l., Emis s.r.l., AST s.r.l., Burlandi Franco s.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Federico Tedeschini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima) n. 00526/2022, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di SO.G.I.N. s.p.a. e di C.M.S. s.r.l. e di Emis s.r.l. e di AST s.r.l. e di Burlandi Franco s.r.l. e di GD Energy Services s.a.u.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 marzo 2023 il Cons. Annamaria Fasano e uditi per le parti gli avvocati Damiani, Sammarco, Pellegrino e Barberis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determina a contrarre del 12 maggio 2021, la società Sogin s.p.a. indiceva una procedura negoziata da sistema di qualificazione, ai sensi dell'art. 134, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, avente ad oggetto l'affidamento dell'appalto relativo alla progettazione esecutiva ed alla realizzazione dei lavori di rimozione dei generatori di vapore del circuito primario dell'impianto della centrale nucleare di Latina (CIG 87567212CS). Il metodo di aggiudicazione prescelto era il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa,

individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, e l'importo complessivo dell'appalto ammontava ad euro 20.313.995, 18.

Alla procedura partecipavano il costituendo RTI tra Westinghouse Electric Spain s.a.u., Fucina Italia s.r.l., Fincantieri s.p.a., ACR di Reggiani Albertino s.p.a e SRS s.r.l. e il costituendo RTI tra GD Energy Service s.a.u., CMS s.r.l., AST s.r.l., Burlandi Franco s.r.l.

All'esito delle operazioni di gara, il RTI GD Energy Service s.p.a. si graduava alla prima posizione con 96,385 punti, mentre il RTI Westinghouse Electric Spain s.a.u. otteneva 93,215 punti.

Il RTI Westinghouse Electric Spain s.a.u., dopo aver ricevuto, in data 22 novembre 2021, la comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione della gara al RTI GD Energy Service, esercitava il diritto di accesso, al fine di prendere visione ed estrarre copia sia dei documenti amministrativi acquisiti o formati nella procedura concorsuale, sia della documentazione amministrativa relativa al procedimento di iscrizione di GD Energy Service al Sistema di Qualificazione della Sogin s.p.a.

Sogin s.p.a. consentiva l'accesso solo ad una parte della documentazione richiesta, con esclusione, in particolare, dei documenti relativi alla fase di iscrizione al Sistema di Qualificazione della GD Energy Service.

2. Dopo aver acquisito la documentazione, il RTI Westinghouse Electric Spain s.a.u. impugnava gli esiti della procedura concorsuale dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, lamentando che l'aggiudicataria aveva reso una dichiarazione non veritiera in ordine al possesso dei requisiti di ammissione alla gara, non avendo segnalato di essere incorsa, nel triennio precedente, in una risoluzione contrattuale per grave inadempimento delle obbligazioni assunte nei confronti della stessa Sogin s.p.a. in relazione a taluni lavori da eseguire proprio nella centrale nucleare di Trino. La ricorrente denunciava, inoltre, che la Stazione appaltante aveva ommesso di espletare, prima dell'aggiudicazione della gara, gli accertamenti sul costo della

manodopera prescritti dall'art. 95, comma 10 del d.lgs. n. 50 del 2016, atteso che il RTI controinteressato aveva quantificato in euro 4.803.000,00 il proprio costo della manodopera, a fronte di un'offerta complessiva di euro 17.464.555, 86.

3. Dopo la notificazione del ricorso, in data 3 gennaio 2022, Sogin s.p.a. provvedeva ad espletare, in autotutela, le attività di controllo del costo della manodopera prescritte dall'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, esprimendo un giudizio positivo.

Il ricorrente denunciava, a tale riguardo, che la Stazione appaltante non aveva effettuato una verifica in concreto del costo del personale, e con atto di motivi aggiunti impugnava il predetto giudizio favorevole, lamentando che il controllo del costo della manodopera doveva precedere il provvedimento di aggiudicazione, oltre al fatto che, a fronte della palese inadeguatezza del costo della manodopera dichiarato dall'aggiudicataria, l'Amministrazione si era limitata ad affermare genericamente che gli oneri in parola erano congrui, all'esito di una istruttoria soltanto apparente.

4. Il T.A.R. per il Lazio, con ordinanza cautelare 10 marzo 2022 n. 119, respingeva la richiesta di sospensione degli atti impugnati per carenza del requisito del *fumus boni iuris* e, con la medesima ordinanza, accoglieva le richieste istruttorie formulate dalla aggiudicataria e dalla controinteressata, a cui Sogin s.p.a. ottemperava, provvedendo al deposito dei documenti richiesti dal Collegio.

5. All'esito del deposito della documentazione, il RTI Westinghouse Electric Spain s.a.u. proponeva un secondo atto di motivi aggiunti, approfondendo le criticità evidenziate con il primo motivo enunciato nell'atto introduttivo del giudizio, e assumendo che l'aggiudicataria, nel presentare la domanda di partecipazione, aveva reso una dichiarazione non veritiera in ordine al possesso dei requisiti di ammissione alla procedura.

6. Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, con sentenza n. 526 del 2022, respingeva il ricorso, dichiarando l'improcedibilità del secondo ordine di

censure formulate con l'atto introduttivo del giudizio, per sopravvenuta carenza di interesse.

7. Con atto di appello, notificato nei termini e nelle forme di rito, Westinghouse Electric Spain s.a.u., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo RTI, ha impugnato la suddetta pronuncia, chiedendone l'integrale riforma, e denunciando: "1) *Violazione di Legge: violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; violazione e/o falsa applicazione della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi; violazione e/o falsa applicazione del d.lgs. 17 luglio 2016, n. 136; violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, disparità di trattamento ed ingiustizia manifesta; 2) Violazione di Legge: violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; violazione e/o falsa applicazione della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi; violazione e/o falsa applicazione del d.lgs. 17 luglio 2016, n. 136; violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici, sotto un diverso profilo. Eccesso di potere per travisamento dei fatti ed erroneità della motivazione; 3) Violazione di Legge: violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; violazione e/o falsa applicazione della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi; violazione e/o falsa applicazione del d.lgs. 17 luglio 2016, n. 136; violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, disparità di trattamento ed ingiustizia manifesta; 4) Violazione di Legge: violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; violazione e/o falsa applicazione della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi; violazione e/o falsa applicazione del d.lgs. 17 luglio 2016, n. 136;*

violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici, sotto un diverso profilo. Eccesso di potere per travisamento dei fatti ed erroneità della motivazione; 5) Violazione di Legge: violazione e/o falsa applicazione della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi; violazione e/o falsa applicazione del d.lgs. 17 luglio 2016, n. 136; violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici, sotto un diverso ed ulteriore profilo. Eccesso di potere per travisamento dei fatti ed erroneità della motivazione”.

8. La GD Energy Service s.a.u. (in seguito anche GDES), C.M.S. s.r.l., Emis s.r.l., AST s.r.l. e Burlandi Franco s.r.l. si sono costituite in resistenza, chiedendo il rigetto dell'appello e riproponendo, ai sensi dell'art. 101 c.p.a., le domande introdotte nel giudizio di primo grado rimaste assorbite.

9. Sogin – Società Gestione Impianti Nucleari s.p.a. si è difesa, concludendo per il rigetto del gravame.

10. All'udienza del 16 marzo 2023, la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

11. Con il primo motivo, si denuncia l'illegittimità dell'aggiudicazione, perché l'aggiudicataria avrebbe illegittimamente applicato ai propri dipendenti un contratto collettivo di diritto spagnolo '*Convenio colectivo de trabajo del sector de Limpieza de edificios y locales*', che prevederebbe delle condizioni di trattamento economico e normativo più convenienti per il datore di lavoro, rispetto ai contratti collettivi applicati in Italia. Secondo l'appellante, il giudice di merito, ritenendo valido il suddetto contratto, sarebbe incorso nel vizio di violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 3, della Direttiva n. 96/71, disposizione che mira a garantire una leale concorrenza tra le imprese nazionali e quelle che svolgono una prestazione di servizi transnazionale, imponendo a queste ultime sia di riconoscere ai loro dipendenti le condizioni di lavoro e di occupazione stabilite nello Stato membro ospitante, sia di assicurare ai lavoratori distaccati l'applicazione delle norme di protezione minima dello Stato membro ospitante, per quanto riguarda le condizioni di lavoro e di

occupazione nel periodo in cui gli stessi svolgono temporaneamente un'attività lavorativa sul territorio di tale Stato.

12. Con il secondo mezzo, l'appellante denuncia che il T.A.R. avrebbe motivato la decisione di rigetto del primo motivo di ricorso affermando: *”Per quanto attiene al contratto collettivo di lavoro applicabile ai dipendenti addetti all'esecuzione del contratto, si premette che, in materia di appalti pubblici, la relativa scelta rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale della parti, col solo limite che l'accordo collettivo prescelto sia coerente con l'oggetto dell'appalto (Cons. Stato, sez. V, 1 marzo 2017, n. 932; sez. V, 12 maggio 2016, n. 1901; sez. III, 10 febbraio 2016, n. 589). Né, d'altro canto, l'applicazione di condizioni di lavoro stabilite da un contratto collettivo straniero è vietata dalla legge, essendo anzi una soluzione diversa incompatibile con il diritto europeo (cfr. Corte UE, sez. II, 3 aprile 2008, n. C-346/06)”*. Secondo il ricorrente, la sentenza della Corte UE richiamata in motivazione sarebbe stata citata in modo fuorviante, in quanto il giudice di prima istanza avrebbe ommesso di copiare l'inciso *‘in circostanze come quelle della causa principale’*, posto che la questione pregiudiziale risolta dalla Corte di Giustizia con la sentenza C346-06 farebbe riferimento ad un contratto collettivo non avente efficacia vincolante *erga omnes* e privo, dunque, dei caratteri propri dei contratti collettivi di lavoro presi in considerazione dalla Direttiva 96/71.

13. Con la terza censura, si lamenta che la Sogin s.p.a., avvedutasi della rilevanza dell'omissione procedimentale censurata dalla ricorrente, ha provveduto in data 3 gennaio 2022, ad espletare, in autotutela, le attività di controllo del costo del personale prescritte dall'articolo 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, esprimendo illegittimamente, secondo una valutazione resa esclusivamente in astratto, un giudizio positivo, ossia calcolando il costo di tutte le unità di personale in base ai diversi contratti CCNL applicati ai dipendenti e, dopo aver sommato il costo di tutte le unità di personale, ha confrontato il dato ottenuto (circa 2 milioni di euro) con l'importo dichiarato nell'offerta, ai sensi dell'articolo 95, comma 10, primo periodo dlgs. cit..

L'appellante riferisce che nessuna verifica in concreto sarebbe stata effettuata, calcolando ad esempio le indennità di trasferta per lavoro transfrontaliero ovvero il costo del vitto ed alloggio, o altre indennità pattuite con il proprio personale dipendente, né l'attività di formazione prescritta per il lavoro in ambiente nucleare. Anche nell'ipotesi in cui non si dovesse ravvisare la violazione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, sussisterebbe comunque il vizio di eccesso di potere per difetto di istruttoria, perché la Stazione appaltante, avvedutasi della discrasia tra il costo minimo del personale e il costo del personale quantificato nell'offerta economica (circa cinque milioni di euro), avrebbe dovuto effettuare un'apposita indagine per accertarne le ragioni.

14. Con il quarto motivo, l'appellante denuncia che il giudice di prime cure sarebbe incorso nel vizio di legittimità per violazione dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi e dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, per aver ritenuto compatibile con l'oggetto dell'appalto l'applicazione del contratto collettivo spagnolo per i servizi di pulizia. Sarebbe illogica e irrazionale la pretesa del Collegio di prima istanza di scorporare le prestazioni lavorative necessarie alla corretta esecuzione dell'appalto, affidando soltanto taluni compiti ai dipendenti assunti con il contratto collettivo spagnolo per i servizi di pulizia. Inoltre, non sarebbe stata attribuita alcuna rilevanza alla circostanza che l'appalto aggiudicato riguarda interventi da eseguire in una centrale nucleare dismessa, in cui è necessaria la presenza di personale altamente qualificato per operare in condizioni di particolare complessità anche sotto il profilo della sicurezza. L'esponente precisa che l'accordo collettivo spagnolo non contemplerebbe neppure le attività di raccolta dei 'materiali di risulta' dalla demolizione di edifici e di smontaggio di impianti industriali.

15. Con il quinto mezzo, si denuncia che il T.A.R. avrebbe erroneamente ritenuto conforme il costo del lavoro calcolato dall'aggiudicatario ai parametri salariali di riferimento indicati nelle tabelle ministeriali di cui all'art. 23, comma 16, del d.lgs. n. 50 del 2016, ritenendo che il costo del lavoro è stato quantificato dalla controinteressato GD Energy Service “*sulla base delle caratteristiche specifiche delle imprese interessate e dell'offerta presentata, considerando in concreto il numero di lavoratori impiegati per l'esecuzione delle opere previste in contratto, distinti per inquadramento e ore di utilizzo, avendo il concorrente giustificato il costo orario delle maestranze destinate all'esecuzione dell'appalto nel rispetto dei parametri salariali di riferimento indicati nelle tabelle ministeriali*”. L'appellante deduce che la Stazione appaltante avrebbe dovuto, invece, calcolare il salario minimo computando ad esempio le indennità di trasferta per lavoro transfrontaliero, il costo del vitto ed alloggio, nonché altre indennità connesse al lavoro in ambiente nucleare e/o pattuite con il proprio personale dipendente, l'attività di formazione prescritta per il lavoro in tali ambienti.

16. Con il sesto mezzo, la società lamenta che l'ATI aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis, d.lgs. 50 del 2016, per non aver dichiarato una pregressa risoluzione contrattuale subita dalla mandataria GD Energy Service s.a.u. in altro contratto con la committente Sogin s.p.a. Il T.A.R., nel rigettare la critica proposta nel primo grado di giudizio, sarebbe incorso in errore sia in sede di individuazione del *dies ad quem*, sia del *dies a quo*. Secondo l'appellante il *dies ad quem* dovrebbe essere computato sino alla data di pubblicazione del Bando di gara, come precisato dalla giurisprudenza prevalente. Il calcolo effettuato dai giudici di primo grado sarebbe errato anche con riferimento alla determinazione del *dies a quo*, in quanto a differenza da quanto sostenuto nella sentenza impugnata l'invio della raccomandata ai sensi dell'art. 1456 c.c. non è immediatamente produttivo dell'effetto risolutorio.

17. Con il settimo motivo, si contesta quanto sostenuto nella sentenza appellata circa il fatto che lo scioglimento del vincolo negoziale è stato

disposto il 2 agosto 2018 non direttamente nei confronti di GD Energy Service s.a.u. ma dal RTI di cui essa faceva parte e che, nel quadro dell'appalto per cui venne adottata la prefata risoluzione, la progettazione era affidata non a GD Energy Service ma ad una impresa diversa. Secondo l'appellante, queste considerazioni svolte dal giudice di prime cure non potrebbero essere condivise, in quanto sussisterebbe sempre la responsabilità solidale dell'impresa mandataria nei confronti della Stazione appaltante.

18. I primi cinque motivi di ricorso vanno esaminati congiuntamente, in quanto inerenti a circostanze di fatto e profili di diritto connessi.

Il Collegio ritiene di soprassedere dallo scrutinio delle plurime eccezioni di inammissibilità delle censure prospettate dalle resistenti, in ragione dell'infondatezza delle critiche nel merito.

18.1. Con il primo mezzo, l'appellante deduce che la possibilità di avvalersi di un contratto straniero, nella specie, il contratto di diritto spagnolo '*Convegno colectivo de trabajo del sector de Limpieza de edificios y locales*' da parte della mandataria GDES troverebbe ostacolo nella normativa e nella giurisprudenza euro unitaria.

L'assunto non è corretto.

18.2. L'appellante eccepisce, in particolare, che il giudice di appello sarebbe incorso nella violazione dell'art. 3 della Direttiva n. 96/71, la quale avrebbe l'obiettivo di garantire la leale concorrenza tra le imprese nazionali e quelle che svolgono una prestazione di servizi transnazionale, imponendo a queste ultime di riconoscere ai loro dipendenti le condizioni di lavoro e di occupazione stabilite nello Stato membro ospitante. Inoltre, secondo l'esponente, la medesima disposizione avrebbe lo scopo di garantire ai lavoratori distaccati l'applicazione delle norme di protezione minima dello Stato membro ospitante, per quanto riguarda le condizioni di lavoro e di occupazione, nel periodo in cui gli stessi svolgono temporaneamente una attività lavorativa sul territorio di tale Stato membro.

Le critiche sono sostanzialmente finalizzate a sostenere l'illegittimità dell'applicazione del contratto collettivo di diritto spagnolo, atteso che tale contratto consentirebbe il riconoscimento, ai lavoratori dipendenti, di condizioni di trattamento economico e normativo più convenienti per il datore di lavoro, assicurando all'attuale aggiudicataria la formulazione di una offerta economica migliore, rispetto all'appellante, che invece ha applicato il vigente contratto collettivo nazionale di settore.

18.3. Dallo sviluppo argomentativo delle critiche, emerge che l'appellante non contesta che il contratto collettivo di diritto spagnolo non sia idoneo a garantire il riconoscimento di condizioni di trattamento economico e normativo convenienti per i lavoratori rispetto al contratto collettivo nazionale di settore italiano, ma piuttosto che tale contratto sarebbe più conveniente per il datore di lavoro, consentendo al RTI aggiudicatario di formulare un'offerta economica migliore.

Tale precisazione è importante al fine di orientare correttamente l'analisi della questione alla luce dei principi di derivazione comunitaria.

18.4. Va premesso che secondo l'indirizzo consolidato della giurisprudenza di questo Consiglio, la scelta del contratto collettivo da applicare rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, con il limite però che esso risulti coerente con l'oggetto dell'appalto (in termini, Cons. Stato, sez. V, 1 marzo 2017, n. 932; sez. V, 12 maggio 2016, n. 1901; sez. III, 10 febbraio 2016, n. 589).

In più occasioni, è stato chiarito dalla giurisprudenza amministrativa che i principi di derivazione eurounitaria, che tutelano la libertà di impresa e della concorrenza, escludono che si possa imporre agli operatori economici l'applicazione di un determinato contratto collettivo (Cons. Stato, n. 4109 del 2016).

Invero, ai sensi dell'art. 49 del d.lgs. 50 del 2016, *“nella misura in cui sono contemplati dagli allegati 1, 2, 4 e 5 e dalle note generali dell'appendice 1 dell'Unione europea dell'AAP e dagli altri accorsi internazionali a cui l'Unione è vincolata, le*

amministrazioni aggiudicatrici applicano ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei Paesi terzi, firmatari di tali accordi, un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai sensi del presente codice”.

La scelta della legge applicabile ad opera delle parti non vale a privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle norme imperative di legge che regolerebbero il contratto.

Tali garanzie sono previste dalle norme sovranazionali, in mancanza della scelta della legge applicabile.

Ai sensi dell’art. 7 della Convenzione di Roma, non possono essere derogati i principi fondamentali dell’ordinamento nazionale, considerati norme imperative. Solo ‘in mancanza di scelta della legge’ è applicabile, ai sensi dell’art. 6, comma 2, lett. a), la *lex loci fori*, vale a dire la legge del paese in cui il lavoratore, in esecuzione del contratto, compie abitualmente il suo lavoro, anche se è inviato temporaneamente in un altro paese, oppure, ai sensi della lett. b), nel caso in cui il lavoro venga svolto in Stati diversi, il contratto è regolato dalla legge del paese dove si trova la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore. E’ ammesso, tuttavia, che possa essere applicata la legge con quale il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto.

Il Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), efficace per i contratti conclusi a partire dal 17 dicembre 2009, dispone, all’art. 8, lo stesso regime statuito dalla Convenzione di Roma, rinviando, ‘in mancanza della legge scelta dalle parti’, in virtù del principio di autonomia privata statuito nell’art. 3, alla *lex loci laboris*, e affermando che la legge del paese in cui il lavoratore svolge abitualmente il suo lavoro in esecuzione del contratto di lavoro non si reputa cambiata quando il lavoratore svolge il suo lavoro in un altro paese in modo temporaneo.

Analogamente all’art. 6 della Convenzione di Roma del 1980, è anche ammessa nell’art. 8 del Regolamento Roma I la possibilità che il lavoratore svolga il lavoro in un altro paese temporaneamente, diverso dal paese in cui il

lavoro è svolto abitualmente, e che il contratto di lavoro presenti un collegamento più stretto con un paese diverso da quello indicato ai commi 2 e 3.

Pertanto, alla luce delle regole dell'art. 6, comma 2, lett. a) della Convenzione di Roma del 1980 e, successivamente, dell'art. 8, comma 2, del Regolamento Roma I, si può affermare che il distacco dei lavoratori non influisce sulla legge applicabile al contratto di lavoro.

Ciò è confermato anche dall'applicazione della legislazione in materia di sicurezza sociale del paese di origine, con riferimento a un distacco non superiore a 24 mesi, ai sensi del Regolamento (CE) n. 883/2004.

18.5. Da siffatti rilievi consegue che le parti possono concordare la legge applicabile, e che il distacco dei lavoratori non influisce sulla legge applicabile. La questione è se, nella specie, condizioni normative più favorevoli al datore di lavoro possano aver determinato una distorsione della concorrenza e, quindi, la violazione la Direttiva 96/71/CE che disciplina il distacco dei lavoratori.

Risulta espressamente dai considerando che la Direttiva ha lo scopo di conciliare opposte esigenze; da una parte garantire il principio della libera prestazione dei servizi, sancito dall'art. 56 TFUE, e dall'altra assicurare la concorrenza leale, tutelando i diritti dei lavoratori.

Ai sensi della predetta Direttiva, si intende 'distacco' la prestazione dell'attività del lavoratore, per un periodo limitato, nel territorio di uno stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora abitualmente.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha evidenziato che, in una certa misura, il quadro giuridico derivante dalla Direttiva 96/71/CE può collidere con il diritto alla libera prestazione di servizi (Corte giust. 23.11.1999, *Jean-Claude Arblade e Arblade & Fils SARL* (C-369/96) e *Bernard Leloup, Serge Leloup e Sofrage SARL* (C-376/96), Cause riunite C- 369/96 e C-376/96).

Secondo la giurisprudenza euro unitaria, la libera prestazione di servizi, come principio fondamentale del Trattato, può essere limitata solo da norme

giustificate da ragioni imperative d'interesse generale e applicabili a tutte le persone o imprese che esercitano un'attività nel territorio dello stato membro ospitante, qualora tale interesse non sia tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello stato membro in cui è stabilito. Tra le ragioni imperative di interesse generale già riconosciute dalla Corte di Giustizia vi è la tutela dei lavoratori, che nel caso in esame non risulta essere stata in contestazione.

Pertanto, sotto tale profilo non vi è alcuna violazione della Direttiva invocata. Né si può predicare che il diritto euro unitario osta, in via generale, all'applicazione di una legge che non crei pregiudizio alla libera prestazione di servizi e garantisca la tutela dei lavoratori.

La Corte di Giustizia ha anche chiarito che l'art. 3 della Direttiva 96/71 non può essere interpretato nel senso che consenta allo Stato membro ospitante di subordinare l'effettuazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima (Corte Giust., 4.3.2008, *Dirk Ruffert contro Land Niedersachsen*, Causa C-346/06, in Racc. 2008, I-01989).

In sostanza, secondo la giurisprudenza euro unitaria, è vero che uno degli obiettivi della Direttiva, riconosciuti dalla Corte, è preservare la leale concorrenza, evitando le distorsioni derivanti da condizioni meno favorevoli che prevalgono nei paesi di origine dei lavoratori, ma è anche vero che in alcune situazioni l'applicazione della legislazione del paese ospitante ha chiaramente lo scopo di proteggere le imprese nazionali, rendendo il distacco eccessivamente oneroso e burocratico per le imprese di altri stati membri, scoraggiando in tal modo la libera prestazione dei servizi.

Questa Sezione ritiene che la necessità di garantire la libertà di mercato e la libera circolazione dei servizi, nella vicenda in esame, non può essere pregiudicata, atteso che l'applicazione del contratto di lavoro di diritto spagnolo ha comunque assicurato il rispetto delle condizioni minime di tutela ai lavoratori impiegati nell'esecuzione dell'appalto pubblico, pur consentendo all'operatore economico di scegliere un regime giuridico che è risultato

maggiormente vantaggioso, senza che ciò possa aver determinato una distorsione della concorrenza, rilevato che, come verrà di seguito chiarito, l'importo della manodopera risultante dai contratti collettivi applicati è stato di euro 4.803.000,00, mentre il minimo nelle tabelle dei minimi salariali di riferimento è pari ad euro 2.216.165, 97.

A sostegno dell'assunto va richiamato quell'indirizzo della giurisprudenza della Corte di Giustizia secondo cui l'abuso di diritto non si può prefigurare quando è in gioco l'esercizio di un diritto fondamentale quale è la libertà di prestare servizi, garantita dal Trattato, con la conseguenza che non appare così scontato che si possa ritenere illegittima la condotta di quell'impresa che, nell'ambito di un appalto pubblico, sfrutti a proprio favore i differenziali del costo del lavoro esistenti fra i due Paesi, se ciò non crea un pregiudizio ai diritti dei lavoratori (Corte Giust. 9 marzo 1999 C-212/97 *Centros Ltd* ; Corte Giust. 10 luglio 1986, C-79/85, *D.H.M. Sergers*; cfr. anche Corte giust. 17.11.2015, causa C-115i/14 *Regiopost*, in tema di standard di limiti salariali).

Va, pertanto, condiviso l'approdo argomentativo sostenuto dal giudice di prima istanza, secondo cui non è vietato dalla legge l'applicazione di condizioni di lavoro stabilite da un contratto collettivo straniero, né è incompatibile con il diritto europeo.

Nella fattispecie, inoltre, le emergenze processuali hanno consentito di accertare che il RTI GD Energy Service s.a.u. ha indicato quale contratto collettivo applicabile quello relativo ai servizi di smaltimento e pulizia non per tutte le maestranze destinate a prendere parte ai lavori dell'appalto, ma soltanto per le unità addette a prestazioni di smaltimento e pulizia, essendo le altre ascritte al contratto collettivo edilizia e metalmeccanica.

18.6. I suddetti rilievi consentono di superare le obiezioni prospettate dall'appellante con il secondo mezzo, con cui si è denunciata l'inconferenza della decisione della Corte UE, sez. II, 3 aprile 2008, n. C346/06, richiamata dal giudice di prima istanza a sostegno dell'assunto dell'inesistenza di un

principio di diritto europeo che introduce il divieto di regolare le prestazioni lavorative transnazionali con il contratto di lavoro del paese di provenienza.

18.7. Il Collegio respinge anche il terzo motivo di appello con il quale si è contestato la decisione di primo grado, nella parte in cui ha valutato come legittima una verifica ex art. 95, comma 10 del d.lgs. n. 50 del 2016, condotta dalla Stazione appaltante mediante raffronto tra il costo dichiarato in offerta e quello risultante dai valori minimi salariali ricavabili da ciascun contratto collettivo applicato dai componenti del raggruppamento, e non mediante un'indagine effettuata in concreto.

A tale riguardo, va evidenziato che l'appellante omette di considerare la differenza tra la verifica di anomalia ex art. 97 d.lgs. n. 50 del 2016 e la verifica del costo della manodopera ex art. 95, comma 10 del d.lgs. cit.. Il ricorrente, invero, svolge censure attinenti al merito del costo del personale, mentre la procedura di verifica del costo della manodopera ex art. 95, comma 10, d.lgs. 50 del 2016 attiene al solo controllo del rispetto dei minimi salariali, regolarmente effettuato da Sogin s.p.a.

Nel caso di sola verifica dell'offerta, la Stazione appaltante non deve verificare tutti gli aspetti che di norma si valutano nell'ambito di una verifica completa dell'anomalia dell'offerta, ma solo ciò che concerne l'art. 97, comma 5, lett. d) del d.lgs. n. 50 del 2016, e cioè che il costo del personale dichiarato dall'operatore non sia inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16, del d.lgs. cit.. La valutazione di congruità del costo della manodopera, per il profilo della garanzia del salario minimo oggetto di contrattazione collettiva, costituisce adempimento necessario al fine della garanzia dell'equa retribuzione del personale ivi impiegato, trattandosi di un diritto costituzionalmente garantito (Cons. Stato, sez. V, n. 1818 del 2020).

Di tale principio si è fatto carico il giudice di prima istanza il quale ha correttamente chiarito che lo scopo della verifica ex art. 95, comma 10, d.lgs. 50 del 2016, è stato solo quello di controllare il rispetto dei minimi salariali

risultanti dalle tabelle ministeriali, che nel caso di specie ammontano ad euro 2.216.165, 97, come da quadro riassuntivo allegato alla nota della controinteressata del 7 gennaio 2022, a fronte di un importo per oneri di manodopera indicato in gara pari ad euro 4.803.000,00.

Il T.A.R. inoltre ha, condivisibilmente, evidenziato che nessuna obiezione può essere prospettata in ordine a *“qualsivoglia modifica dell’offerta economica, dato che GD Energy Service sau si è limitata a calcolare e indicare il minimo retributivo in base ai contratti collettivi applicabili, indicando per ogni lavoratore il CCNL di inquadramento e confermando, quindi, che il costo della manodopera stimata come necessaria per l’esecuzione del contratto nell’offerta economica, cioè euro 4.803.000,00, è rispettoso dei minimi salariali inderogabili?”*.

Né può essere predicato un difetto di istruttoria da parte della Stazione appaltante, la quale ha verificato, anche se in autotutela, il rispetto dei minimi salariali, atteso che l’ATI aggiudicataria ha trasmesso, in data 7.1.2022, l’allegato n. 1 ossia la *“Tabella di verifica del rispetto dei parametri salariali di riferimento indicati nelle tabelle ministeriali di cui all’art. 23, comma 16, del d.lgs. n. 50 del 2016”*. Nella tabella è stato effettuato il calcolo dei minimi salariali delle tabelle ministeriali riferite ai CCNL edili e metalmeccanici che è pari ad euro 2.216.165,97 e si è dichiarato *‘importo inferiore al costo complessivo della manodopera indicato nell’offerta, pertanto largamente sufficiente per il rispetto dei parametri salariali indicati nelle tabelle ministeriali di cui all’art. 23, comma 16, del d.lgs. n. 50 del 2016’*. Dalla tabella dimostrativa di sintesi si evince per ogni categoria di lavorazione il rispetto dei salari minimi previsti dai CCNL, per i livelli di inquadramento applicabili.

18.7. Tenuto conto del perimetro di controllo consentito dall’art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 cit., non possono trovare accoglimento le doglianze, diffusamente argomentate da Westinghouse Electric Spain s.a.u. anche con il quinto mezzo, circa l’omessa valutazione in concreto del costo della manodopera, anche con riferimento alle ore di lavoro, atteso che simili considerazioni sono superate da un importo per oneri di manodopera

indicato in gara pari ad euro 4.803.000,00. Invero, stante il divario tra il valore complessivo del costo della manodopera dichiarato in sede di offerta e quello ricavabile dai minimi salariali calcolati sui singoli contratti applicati da ciascun componente del RTI, anche un eventuale accertamento delle ulteriori voci (quali indennità di trasferta, costo vitto e alloggio ecc.) non avrebbe potuto portare a conclusioni di segno contrario.

Prive di rilievo sono le ulteriori critiche riguardanti l'incidenza del costo della manodopera per la categoria OS23 sul totale delle prestazioni incluse nell'offerta, essendo *“palesamente inconferenti rispetto al tema in discussione, che è esclusivamente quello della verifica del rispetto dei minimi retributivi, essendo del tutto irrilevante la ripartizione percentuale dei lavori all'interno del contratto e dello stesso RTI aggiudicatario”*.

Inoltre, a tale riguardo, è utile ribadire, per una completa comprensione della vicenda processuale, il fatto che il RTI aggiudicatario ha indicato quale contratto collettivo applicabile quello relativo ai servizi di smaltimento e pulizia non per tutte le maestranze destinate a prendere parte ai lavori di appalto, ma solo per i prestatori d'opera che avrebbero svolto servizi di tale genere, mentre gli altri lavoratori sono stati ascritti al contratto collettivo edilizia e metalmeccanica.

Tale circostanza è stata valorizzata da Sogin s.p.a. nei propri scritti difensivi, la quale ha evidenziato che il RTI aggiudicatario ha indicato il contratto collettivo relativo ai servizi di smaltimento e pulizia unicamente per una limitata e minima parte di lavoratori di pertinenza della capogruppo GD Service.

Le indicazioni del CCNL per la limitata parte di maestranze adibite alla OS23 appare conforme alle attività da eseguire come risulta dal Capitolato e dal Computo metrico, che indicano le attività da svolgere in materia di servizi di pulizia.

Questa Sezione, concordemente a quanto sostenuto dal T.A.R., rileva la coerenza di tale scelta atteso che la categoria OS23 comprende una rilevante

parte di lavori di smontaggio di impianti industriali e di demolizione completa di edifici con attrezzature speciali, sia la raccolta di materiali di risulta, la loro separazione e l'eventuale riciclaggio, tutte attività compatibili con l'applicazione del contratto collettivo. L'applicazione per una limitata parte di lavoratori occupati nei servizi di raccolta, pulizia, smaltimento e riciclaggio rifiuti e materiali del CCNL dei servizi di pulizia va ritenuta una scelta aziendale perfettamente legittima in relazione all'oggetto delle lavorazioni, trattandosi di appalto che comprende prestazioni diversificate, consistenti anche nella rimozione, nella raccolta e nello smaltimento dei rifiuti.

Da siffatti rilievi consegue il rigetto del primo, secondo, terzo, quarto e quinto motivo di appello.

19. Il Collegio ritiene infondati anche il sesto e il settimo motivo, da esaminarsi congiuntamente in quanto inerenti alla medesima questione, relativa alla violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis) d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto il RTI aggiudicatario non avrebbe dichiarato la pregressa risoluzione contrattuale subita dalla mandataria GD Energy Service s.a.u. in un altro contratto con la stessa committente Sogin s.p.a..

19.1. Anche in questo caso si può soprassedere dallo scrutinio delle eccezioni di inammissibilità delle censure sollevate dalle resistenti, stante il rigetto delle doglianze nel merito.

Risulta dai fatti di causa che la risoluzione contrattuale per i lavori nella centrale nucleare di Trino non rientra nel triennio di rilevanza indicato dalla legge ai fini dell'obbligo dichiarativo, in sede di presentazione della domanda di partecipazione alla procedura di affidamento. Il provvedimento di risoluzione, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, deve essere temporalmente ricondotto alla data del 2 agosto 2018, momento in cui è stata inviata la nota prot. n. 49676 con cui è stato azionato il punto 8.1.3 delle condizioni generali di appalto predisposte da Sogin s.p.a., che consentivano di risolvere di diritto, ai sensi dell'art. 1456 c.c., mediante semplice raccomandata a./r. con preavviso di trenta giorni. Ai sensi dell'art. 1456 c.c., gli effetti

risolutivi del contratto discendono in modo automatico e si verificano di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende avvalersi della clausola risolutiva. Quindi il meccanismo risolutorio opera con la sola comunicazione unilaterale (Cass. civ., sez. II, ordinanza n. 23879 del 2021).

Il giudice di prima istanza ha, infatti, correttamente inquadrato la fattispecie risolutoria, sicchè la successiva nota prot. n. 54384 dell'11 settembre 2018, che l'appellante invoca per differire il *dies ad quem* della vicenda, ha finalità meramente confermativa di un accordo contrattuale ormai estinto.

Ne consegue che tale risoluzione non poteva assumere rilievo nella procedura per cui si procede, avuto riguardo al fatto che l'istanza di partecipazione alla gara della GD Energy Service s.a.u. è stata sottoscritta il 13.8.2021, quanto erano già scaduti i tre anni dalla risoluzione verificatasi in data 2.8.2018.

Le altre critiche prospettate dall'appellante non colgono nel segno, atteso che la risoluzione contrattuale ha avuto effetti nei confronti del RTI di cui la GD Energy Service s.a.u. faceva parte e non nei confronti di quest'ultima direttamente, e comunque Sogin s.p.a. ha ritenuto irrilevante tale risoluzione ai fini della procedura di gara, in quanto riferibile alla progettazione dell'appalto, attività non rimessa al predetto operatore economico che, nella specie, partecipava alla gara solo per i lavori nella OS23. Invero, la suddetta risoluzione risulta comunque essere stata valutata da Sogin s.p.a., come si evince dalla scheda di valutazione di *Vendor Rating* in cui sono indicati gli atti esaminati dal committente, sicchè ha riguardato un fatto attestato dai documenti già in possesso della Stazione appaltante ed alla stessa resi noti. Né può essere chiamata in causa la responsabilità solidale dalla mandante nei confronti della Stazione appaltante, questione che attiene al profilo risarcitorio per inadempimento degli obblighi contrattuali e non alla fase della ammissione alla gara.

L'appellante omette di rammentare, inoltre, che, secondo l'indirizzo consolidato della giurisprudenza amministrativa (cfr. Adunanza Plenaria, 28 agosto 2020, n. 16) in relazione all'interpretazione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50

del 2016, è rimessa alla discrezionalità della Stazione appaltante ogni valutazione sull'illecito professionale dell'operatore economico e sulla sua relativa gravità, dovendo l'Amministrazione stabilire se la pregressa condotta del partecipante possa minarne irrimediabilmente l'affidabilità e l'integrità, così da compromettere il necessario rapporto fiduciario che deve intercorrere con il suo contraente.

20. In definitiva, l'appello va respinto ed ogni altra censura deve ritenersi assorbita, tenuto conto che l'eventuale esame della stessa non consentirebbe di raggiungere una soluzione di segno contrario.

21. Le spese del presente grado di giudizio seguono il criterio della soccombenza e vanno liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la parte soccombente alla rifusione delle spese di lite che si liquidano nella misura di euro 4.000,00 (quattromila/00) a favore di ciascuna delle parti costituite, oltre accessori di legge se dovuti. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 16 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Annamaria Fasano

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO