

Publicato il 24/08/2022

N. 07449/2022REG.PROV.COLL.
N. 01545/2022 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 1545 del 2022, proposto da Cn Costruzioni Generali S.p.A. in proprio e quale mandataria costituendo Rti con Penta System s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giacomo Sgobba, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Agenzia delle Entrate, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Nicma Facility S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonella Borsero, Carlo Merani, Salvatore Dettori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

C.S.A. S.R.L, Elettrosud di Ezio Scavelli e Saverio Altimari S.r.l., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 01694/2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Agenzia delle Entrate e di Nicma Facility S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2022 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti gli avvocati Sgobba, Dettori e l'Avvocato dello Stato Guizzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Venivano impugnati, dinanzi al TAR Lazio, gli esiti della gara per “l'affidamento dei servizi di conduzione, presidio e manutenzione ordinaria programmata e non programmata per gli impianti tecnologici in uso presso gli immobili dell'Agenzia delle Entrate e dell'Agenzia delle Entrate - riscossione, oltre minuto mantenimento edile”. In particolare il LOTTO 4 (Lazio – Direzioni Centrali).

Il ricorso veniva rigettato sulla base delle seguenti considerazioni:

- a) il CCNL Multiservizi applicato dalla prima classificata Nicma Facility era coerente con l'oggetto dell'appalto;
- b) il giudizio di congruità, con riguardo ai costi della manodopera, era stato sufficientemente svolto sulla base delle sole attività programmate (non essendoci riferimenti più puntuali in merito a quelle “non programmate”).

La sentenza di primo grado veniva impugnata per i motivi di appello di seguito sintetizzati:

1. Erroneità ed insufficiente motivazione nella parte in cui il giudice di primo grado non si sarebbe avveduto della mancanza di connessione tra CCNL Multiservizi, applicato ai dipendenti della prima classificata, ed oggetto

dell'appalto, e ciò con particolare riguardo ai c.d. "lavori impiantistici". Venivano citate a tal fine le sentenze n. 426 del 2016 e n. 199 del 2022 di queste stessa sezione;

2. Erroneità ed insufficiente motivazione per violazione del principio dell'autovincolo nella parte in cui la stazione appaltante non avrebbe applicato, come previsto al punto 5.13 del capitolato, il CCNL Edilizia;

3. Erroneità ed insufficiente motivazione nella parte in cui, ai fini del giudizio di congruità sui costi della manodopera, non sarebbero state contemplate, nei giustificativi della prima classificata, le attività non programmate.

Si costituivano in giudizio la stazione appaltante e la prima classificata per chiedere il rigetto del gravame. Quest'ultima sollevava in particolare appello incidentale, riproponendo nella sostanza il ricorso incidentale di primo grado, avverso la clausola 5.13 del capitolato ove interpretata nel senso di imporre il CCNL Edilizia per lo svolgimento dell'appalto in questione.

Alla pubblica udienza del 7 luglio 2022 le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso in appello veniva infine trattenuto in decisione.

DIRITTO

01. Tutto ciò premesso l'appello è infondato sulla base delle ragioni di seguito indicate.

1. Relativamente alla questione del CCNL applicabile ai lavoratori impiegati nell'esecuzione dell'appalto, le seguenti riflessioni sono consolidate in giurisprudenza:

- in linea generale, nell'ambito di una procedura di gara ad evidenza pubblica la scelta del contratto collettivo da applicare al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalto rientra nelle prerogative di organizzazione dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti (*ex multis*, Cons. Stato, V, 6 agosto 2019, n. 5574; V, 1° marzo 2017, n. 932).

- più in particolare è stato affermato che: "l'applicazione di un determinato contratto collettivo non può essere imposta dalla *lex specialis* alle imprese

concorrenti quale requisito di partecipazione né la mancata applicazione di questo può essere a priori sanzionata dalla stazione appaltante con l'esclusione, sicché deve negarsi in radice che l'applicazione di un determinato contratto collettivo anziché di un altro possa determinare, in sé, l'inaammissibilità dell'offerta" (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975; 9 dicembre 2015, n. 5597);

- ed ancora che: non rientra nella discrezionalità dell'amministrazione appaltante quella di imporre o di esigere un determinato contratto collettivo nazionale di lavoro, tanto più qualora una o più tipologie di contratti collettivi possano anche solo astrattamente adattarsi alle prestazioni oggetto del servizio da affidare (Consiglio di Stato sez. V, 23 luglio 2018, n. 4443; Consiglio di Stato, Sez. V, 5 ottobre 2016, n. 4109);

- resta fermo che la libertà imprenditoriale non è assoluta, ma incontra il limite logico, ancor prima che giuridico in senso stretto, della necessaria coerenza tra il contratto che in concreto si intende applicare (e in riferimento al quale si formula l'offerta di gara) e l'oggetto dell'appalto; la scelta del contratto collettivo di lavoro applicabile al personale dipendente, che diverge insanabilmente, per coerenza e adeguatezza, da quanto richiesto dalla stazione appaltante in relazione ai profili professionali ritenuti necessari, è idonea di per sé a determinare una ipotesi di anomalia, riflettendosi sulla possibilità di formulare adeguate offerte sotto il profilo economico incoerenti o incompatibili essendo i profili professionali di riferimento (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2020, n. 6336).

Il suddetto principio della libertà negoziale incontra dunque il solo limite della coerenza con l'oggetto dell'appalto: va allora in primo luogo verificato se, nel caso in esame, tale coerenza di fondo sussista o meno. Più in particolare:

1.1. Va innanzitutto chiarita l'inconferenza dei due precedenti di questa sezione rispetto al caso di specie:

- nella sentenza n. 426 del 2016 manca infatti una specificazione circa l'effettiva consistenza quali-quantitativa della parte dedicata ai lavori, e

soprattutto del rapporto tra questi ed i servizi da espletare;

- nella sentenza n. 199 del 2022 è invece chiara la preponderanza del fattore lavori, pari al 78% della commessa. Tanto che veniva richiesto il requisito della Categoria OG1 (qualificazione per edifici civili e industriali) ai fini della partecipazione alla gara stessa. Decisiva, poi, si rivela a tal fine la mera lettura dell'oggetto dell'appalto, espressamente dedicato a "lavori di manutenzione degli edifici scolastici";

- diverso è il caso di specie, ove la prevalenza è chiaramente attribuita alla parte servizi (55%) e laddove la parte dedicata agli interventi non programmata riguarda, come più avanti si avrà modo di vedere, soltanto riparazioni di guasti agli impianti oppure sostituzione parziale dei medesimi con opere murarie meramente accessorie ed opere edili di minuto mantenimento.

1.2. A questo punto, procedendo ad un raffronto in concreto tra oggetto dell'appalto in questione, come evincibile dalla lettura del capitolato speciale di appalto, e CCNL Multiservizi si osserva che:

a) il 55% è come detto dedicata alla prevalente parte di servizi di manutenzione programmata degli immobili e dei relativi impianti. Qui la compatibilità con il suddetto CCNL Multiservizi è pacifica (tanto che la stessa parte appellante lo applicherebbe ai propri dipendenti per tali tipologie di attività);

b) il restante 45% di manutenzione non programmata è così suddivisa: 31,5% interventi sugli impianti (riparazione guasti e sostituzione per degrado di parte dei medesimi impianti. Non la sostituzione di interi impianti); 13,5% minuto mantenimento edile (opere di c.d. "assistenza muraria" relative agli interventi sugli impianti da riparare o da sostituire parzialmente. Inoltre: tinteggiatura pareti e piastrellatura pavimenti, sostituzione e riparazione di maniglie e serrature di porte e infissi, installazione tende da sole, etc.). Quindi interventi edili di minima complessità, atteso che quelli più elaborati e articolati restano riservati al Manutentore Unico della suddetta Agenzia.

1.3. Nella prospettiva di parte appellante gli interventi del primo tipo (impianti e connesse opere murarie) dovrebbero essere di appannaggio di lavoratori cui applicare il CCNL Metalmeccanici; gli interventi edili minori da riservare a lavoratori cui applicare invece il CCNL Edilizia.

1.4. Ritiene al contrario il collegio che anche simili interventi (riparazione e sostituzione di singole componenti di impianti nonché opere edili “a bassa complessità”) possano essere ben svolte da lavoratori soggetti al CCNL Multiservizi. Ed infatti:

a) la sfera di applicazione del CCNL Multiservizi è riconducibile sia a servizi di conduzione e gestione impianti (termici, climatizzazione, elettrici, idraulici, etc.), sia a servizi di manutenzione non solo su impianti ma anche su immobili più in generale;

b) gran parte dei livelli di inquadramento del personale prevedono mansioni specifiche in tema di manutenzione e di installazione di impianti nonché di interventi edili senz'altro annoverabili, per grado di complessità, alle peculiari attività oggetto di appalto (cfr. VI Livello, responsabile di gruppi operativi autonomi di manutenzione e installazione; V Livello, responsabile di gruppi operativi di manutenzione e installazione; IV Livello, che contempla la figura dell'Operaio specializzato manutentore, meccanico, idraulico, elettrico, edile nonché dell'Operaio specializzato installatore di impianti e saldatore; III Livello, in cui rientra la figura dell'Operaio qualificato manutentore meccanico – idraulico – elettrico – edile nonché dell'Operaio qualificato installatore di impianti e saldatore; II Livello, che annovera la figura dell'Operaio comune manutentore, meccanico, idraulico, elettrico, edile, nonché dell'Operaio comune manutentore e montatore).

1.5. Le considerazioni operate dalla stazione appaltante sono state senz'altro impresse nella direzione sopra indicata, ossia che anche le suddette attività non programmate (interventi su impianti mediante riparazioni o sostituzioni parziali nonché interventi edili sia di assistenza muraria alle predette operazioni di riparazione/sostituzione parziale, sia di basso livello di

complessità) ben possano essere svolte da lavoratori cui si applichi il CCNL Multiservizi (si vedano le declinatorie mansionistiche sopra partitamente evidenziate). Ciò attraverso valutazioni rientranti nella discrezionalità tecnica che non hanno tuttavia formato oggetto di specifica contestazione, sotto il profilo della palese irragionevolezza o della manifesta erroneità, ad opera della difesa di parte appellante. Quest'ultima si è infatti limitata ad affermare che si tratterebbe di lavori impiantistici e che dunque non sussisterebbe il prescritto “vincolo di coerenza tra il CCNL impiegato e l'oggetto dell'appalto” (cfr. pag. 8 atto di appello), senza tuttavia mai dimostrare l'inidoneità delle figure professionali previste dal CCNL Multiservizi, e sopra partitamente evidenziate, nel poter svolgere e ricoprire simili mansioni lavorative.

Per tali ragioni il primo motivo di ricorso deve dunque essere rigettato.

2. Con il secondo motivo di appello si lamenta erroneità ed insufficiente motivazione per violazione del principio dell'autovincolo nella parte in cui la stazione appaltante non avrebbe applicato, come previsto al punto 5.13 del capitolato, il CCNL Edilizia.

Osserva preliminarmente il collegio come la suddetta disposizione del capitolato tecnico (parte II) preveda che: “Il Fornitore si obbliga ad applicare integralmente tutte le norme contenute nel contratto collettivo nazionale di lavoro per gli operai dipendenti dalle aziende industriali edili ed affini e negli accordi locali integrativi dello stesso, in vigore per il tempo e nella località in cui si svolgono i lavori anzidetti”.

Trattasi di una clausola che va innanzitutto letta alla luce del principio sopra evidenziato che vieta, pena la violazione della libertà negoziale, l'imposizione di determinati contratti collettivi: di qui la sua automatica ampiezza (si veda la formula “edili ed affini”) e dunque il riferimento non ad un CCNL specifico (quello Edilizia, come vorrebbe far intendere parte appellante) ma, piuttosto, a tutti quei contratti collettivi che in qualche misura possano contemplare, alla stessa stregua del CCNL Multiservizi di cui si è appena offerta una concreta

ricostruzione, determinate funzioni idonee a consentire la corretta esecuzione dell'appalto.

Da quanto detto consegue l'assenza di un autovincolo, da parte della stazione appaltante, nel senso ossia di avere previamente imposto il CCNL Edilizia (almeno per certe tipologie di mansioni), e dunque il conseguente rigetto della relativa censura.

Il rigetto di tale censura comporta tra l'altro, parallelamente, il superamento dell'appello incidentale.

3. Con la terza indicata censura si lamenta erroneità ed insufficiente motivazione nella parte in cui, ai fini del giudizio di congruità sui costi della manodopera, non sarebbero state contemplate, nei giustificativi della prima classificata, le attività non programmate.

La sentenza di primo grado giustifica la assenza di tali stime in base al "fatto che nessun progetto risultava ... preventivamente posto a base di gara". E ciò proprio per la "natura non programmata degli interventi".

L'impostazione del giudice di prime cure si rivela corretta sulla base delle seguenti considerazioni:

a) la stazione appaltante ha omesso di fornire non solo progetti o interventi su cui operare calcoli di questo genere ma anche dati storici o altri parametri/indici di riferimento utile (es. monte orario indicativo) cui potersi agganciare al fine di operare stime orarie ed economiche quali quelle fornite per i servizi programmati, i quali si fondavano al contrario su attività puntualmente individuate negli atti di gara;

b) del resto, la giurisprudenza di questa stessa sezione (Cons. Stato, sez. V, 3 novembre 2020, n. 6786, come correttamente richiamata dalla difesa della intimata NICMA) è nel senso di contemplare nel suddetto giudizio di congruità i soli "costi diretti della commessa", quelli ossia di tutti i dipendenti effettivamente e "stabilmente" impiegati nella esecuzione dello specifico appalto (qui riconducibili alle attività programmate di manutenzione ordinaria) e dunque di cui si ha certezza, con esclusione di quelli solo

“occasionalmente” impiegati e dunque di incerta natura in quanto riconducibili, proprio come nella specie con riguardo ai descritti interventi non programmati, ad attività del tutto eventuali e comunque insuscettibili di prognosi più puntuale;

c) pertanto, atteso che le attività non programmate si sarebbero unicamente fondate su flussi non prevedibili, la stazione appaltante ha deciso di non tenerne conto, in occasione della suddetta valutazione di anomalia, e ha ritenuto a tal fine sufficiente, proprio al fine di vagliare la sostenibilità dell’offerta anche sotto tale profilo, il ribasso percentuale offerto su simili attività non programmate (41%);

d) con ciò facendo leva, tra l’altro, sui propri poteri di discrezionalità tecnica che non hanno in ogni caso formato oggetto di puntuale contestazione, in termini di palese incongruità o di manifesta erroneità, e tanto dal momento che la difesa di parte appellante si è al riguardo limitata a rilevare che: “i giustificativi, diversamente da quanto asserito dal giudice di prime cure, dovessero tener conto anche del costo della manodopera per l’attività straordinaria”.

Da quanto detto consegue la genericità della censura, atteso che la parte appellante si è piuttosto limitata a registrare un proprio giudizio di non condivisibilità rispetto alle valutazioni espresse dalla stazione appaltante, e dunque il suo integrale rigetto.

4. In conclusione l’appello è infondato e deve essere rigettato. L’appello incidentale va di conseguenza dichiarato improcedibile.

5. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto:

a) rigetta l’appello principale;

b) dichiara improcedibile l’appello incidentale.

Condanna la parte appellante alla rifusione delle spese di lite, da quantificare nella somma di euro 4.000 /quattromila/00), oltre IVA e CPA e da corrispondere in favore di ciascuno dei soggetti costituiti (Agenzia delle Entrate e Nicma Facility).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Federico Di Matteo, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Massimo Santini

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO