



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 per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 566 del 2019, proposto da
Consorzio Parts & Services, rappresentato e difeso dall'avvocato Barbara
Bari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Genova, rappresentato e difeso dagli avvocati Aurelio
Domenico Masuelli e Luca De Paoli, con domicilio digitale come da PEC
da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso gli uffici della civica
Avvocatura in Genova, via Garibaldi 9;

nei confronti

Sogea di Ambra Francesco & C. s.n.c., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

degli atti della procedura di gara indetta ai sensi dell'art. 36, comma 2,
lettera b) del D.Lgs. 50/2016 e pubblicata sul mercato elettronico della
pubblica amministrazione di Consip, avente ad oggetto il "servizio di
riparazioni meccaniche urgenti su mezzi di civica proprietà o comunque in
uso al comune di Genova" dall'1.6.2019 al 31.10.2019, e, segnatamente,

della determinazione dirigenziale n. 2019-152.4.0.-169 del 25.6.2019, di aggiudicazione dell'appalto alla società controinteressata Sogea di Ambra Francesco & C. s.n.c..

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Genova;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 giugno 2020 il dott. Angelo Vitali;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 29.7.2019 e depositato il successivo 1.8.2019 il Consorzio Parts & Services ha impugnato gli atti della procedura di gara indetta ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera b) del D.Lgs. 50/2016 e pubblicata sul MEPA (mercato elettronico della pubblica amministrazione, n.d.r.) di Consip, avente ad oggetto il "servizio di riparazioni meccaniche urgenti su mezzi di civica proprietà o comunque in uso al comune di Genova" dall'1.6.2019 al 31.10.2019, e, segnatamente, la determinazione dirigenziale n. 2019-152.4.0.-169 del 25.6.2019, di aggiudicazione dell'appalto alla società controinteressata Sogea di Ambra Francesco & C. s.n.c..

Esponde: - che la gara era su un lotto unico, da aggiudicare "ai sensi dell'art. 95 comma 4 lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016, ovvero utilizzando il criterio del minor prezzo", con base d'asta in complessivi 60.000,00 (IVA esclusa); - di aver depositato la propria offerta sul MEPA, espressamente indicando i costi della manodopera ai sensi dell'art. 95 comma 10 D.Lgs 50/2016, pari ad € 15.345,22; - che la graduatoria finale è stata composta sulla base della percentuale di sconto offerta, come segue: 1) Sogea di Ambra Francesco & C. s.n.c. 39,89%; 2) Consorzio Parts & Services 1,00%; - che, dall'esame degli atti ostesi, è emerso che nell'allegato "dettaglio economico" della

propria offerta, la controinteressata non ha indicato espressamente i costi della manodopera; - che la circostanza è stata rilevata dal Comune, che, con comunicazione prot. n. 206507 del 7.6.2019, ha esplicitamente invitato la Sogea ad indicare espressamente tali costi, all'interno del costo orario offerto di 18,86 (27,00 – 30,15%); - che, in sede di giustificazione, la Sogea ha riscontrato la richiesta della stazione appaltante con nota del 11.6.2019, esplicitando che “all'interno del costo complessivo di € 18,86, l'incidenza media del costo della manodopera è di € 13,15”; - che la Sogea ha dichiarato di impiegare due operai di quinto livello inquadrati con il CCNL “metalmeccanici artigiani”; - che il CCNL richiamato dalla controinteressata prevede un costo medio dell'operaio di 5° livello pari ad € 23,23; - che lo stesso R.U.P., in occasione di analoga gara con un costo medio di gara identico di € 27,00 (per il distinto servizio di riparazione "carrozzeria" del parco veicoli del Comune), il 15.4.2019 aveva escluso la stessa Sogea dalla gara in ragione del costo della manodopera offerto, risultato non congruo rispetto alle stime della S.A..

A sostegno del gravame ha dedotto tre motivi di ricorso, come segue.

1. Violazione di legge con riferimento all'art. 95 comma 10, del codice degli appalti – mancata esplicitazione dei costi della manodopera – precisazione non soggetta a soccorso istruttorio – violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83, comma 9, D.Lgs. 50/16 e art. 2 Cost..

Pacificamente la mancata indicazione dei costi della manodopera ex art. 95, comma 10, del D.Lgs. n. 50/2016, la stazione appaltante, preso atto dell'insanabile lacuna dell'offerta, avrebbe dovuto escludere la Sogea, invece che invitarla a sanare l'irregolarità mediante il soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 (cita a conforto Cons. di St., Ad.Plen., 27.7.2016, n. 19).

2. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, erroneità nella valutazione della congruità dell'offerta – violazione e/o falsa applicazione dell'art. 89 D.lgs. 50/16 art. 97 Costituzione.

Il giudizio di congruità dell'offerta aggiudicataria sarebbe illegittimo, in quanto frutto di valutazioni illogiche, contraddittorie, superficiali ed affette da errori di fatto che ne inficiano l'attendibilità.

In particolare, la controinteressata non avrebbe giustificato il sensibile scostamento tra il costo orario offerto (€ 13,15) e quello risultante dalle tabelle ministeriali (23,23).

3. Eccesso di potere per contraddittorietà rispetto a determinazioni assunte dalla P.A in fattispecie del tutto analoga.

Evidenza come in una contestuale gara indetta dalla stessa S.A. per il servizio di carrozzeria, con riferimento ad offerta depositata da Sogea sempre indicando un costo orario medio scontato di € 18,00 rispetto a quello di € 27,00 posto a base di gara, il Comune di Genova lo scorso aprile 2019 ha escluso la controinteressata per anomalia insanabile dell'offerta.

Alla domanda di annullamento dell'aggiudicazione accede domanda di risarcimento del danno in forma specifica mediante aggiudicazione o, in via di estremo subordine, per equivalente economico.

Si è costituito in giudizio il comune di Genova, controdeducendo ed instando per la reiezione del ricorso.

Il 26.9.2019 il Consorzio ha rinunciato alla domanda cautelare, e, alla pubblica udienza del 9 giugno 2020, il ricorso è stato trattenuto dal collegio per la decisione.

Il ricorso è infondato, per le motivazioni che seguono (seguendo l'ordine dei motivi di ricorso).

1. La questione sottesa al primo motivo di ricorso concerne la dedotta violazione dell'art. 95 comma 10 del codice dei contratti pubblici, a mente del quale *“Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura*

intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)”.

E' noto che, su rinvio pregiudiziale del T.A.R. del Lazio, la Corte di Giustizia U.E., Sez. IX, con sentenza 2.5.2019, n. 309/18, ha statuito che *“I principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice”.*

La sentenza ha avuto cura di precisare: - che, nella fattispecie concreta sottostante, benché il bando non richiamasse espressamente l'obbligo incombente ai potenziali offerenti, previsto all'articolo 95, comma 10, del

codice dei contratti pubblici, di indicare, nell'offerta economica, i loro costi della manodopera, nondimeno esso conteneva una specifica norma di rinvio, del seguente tenore “[p]er quanto non espressamente previsto nel presente bando, nel capitolato e nel disciplinare di gara si applicano le norme del [codice dei contratti pubblici]” (§ 26); - che, in relazione all’esistenza di una siffatta norma di rinvio, “qualsiasi offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente era, in linea di principio, in grado di prendere conoscenza delle norme pertinenti applicabili alla procedura di gara di cui al procedimento principale, incluso l’obbligo di indicare nell’offerta economica i costi della manodopera” (§ 27); - che “il modulo predisposto che gli offerenti della gara d’appalto di cui al procedimento principale dovevano obbligatoriamente utilizzare non lasciava loro alcuno spazio fisico per l’indicazione separata dei costi della manodopera” (§ 29); - che, conclusivamente, “Spetta al giudice del rinvio, che è il solo competente a statuire sui fatti della controversia principale e sulla documentazione relativa al bando di gara in questione, verificare se per gli offerenti fosse in effetti materialmente impossibile indicare i costi della manodopera conformemente all’articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici e valutare se, di conseguenza, tale documentazione generasse confusione in capo agli offerenti, nonostante il rinvio esplicito alle chiare disposizioni del succitato codice” (§ 30).

Tali conclusioni sono state integralmente recepite dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che, nel decidere la relativa questione rimessagli ai sensi dell’art. 99, comma 1 c.p.a., ha impiegato la pronuncia della Corte di Giustizia U.E. come canone interpretativo per la soluzione della vicenda sottoposta al suo scrutinio.

Orbene, sulla base delle coordinate fornite dalla citata sentenza della C.G.U.E., deve rilevarsi come, nel caso di specie: - la documentazione di gara rinviasse genericamente, “per quanto non esplicitamente previsto”,

“alle leggi e regolamenti in vigore” (art. 16 delle condizioni particolari del servizio), e non contenesse una “espressa” norma di rinvio al D. Lgs. n. 50/2016, che è dunque applicabile alla fattispecie soltanto mercé il meccanismo di così detta eterointegrazione *“diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti”* nei documenti di gara (cfr. la sentenza 2.5.2019, n. 309/18, § 20); - il modulo predisposto che gli offerenti della gara d'appalto di cui al procedimento principale dovevano obbligatoriamente utilizzare non lasciava loro alcuno spazio fisico per l'indicazione separata dei costi della manodopera (cfr. doc. 2 delle produzioni 8.8.2019 di parte comunale, p. 61/62); - in relazione alle peculiarità della gara (in cui il servizio era predefinito nei suoi contenuti, ma indeterminato nella definizione delle concrete prestazioni da rendere in corso di esecuzione, dipendendo dai singoli interventi di riparazione che si sarebbero resi necessari nel periodo di durata del contratto, tanto ciò è vero che per un verso non era previsto alcun numero di ore di riferimento, per altro verso l'assegnazione sarebbe durata fino ad esaurimento della somma stanziata), fosse in effetti materialmente impossibile indicare – anche soltanto con un'attendibile approssimazione - i costi complessivi della manodopera conformemente all'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici.

Secondo l'impostazione della procedura, il costo orario risultava essere l'unico dato significativo di riferimento, non potendosi determinare preventivamente il costo complessivo effettivo del lavoro (e dei ricambi), a fronte di interventi non predeterminati e non predeterminabili.

Donde l'inapplicabilità dell'espulsione automatica, e la possibilità di ovviare alla mancata indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera mediante il soccorso istruttorio.

2. Giova premettere come una costante giurisprudenza rimetta all'autonomia organizzativa dell'imprenditore la scelta dell'applicazione del contratto collettivo di lavoro di riferimento, purché lo stesso risulti

coerente con l'oggetto dell'appalto (cfr. Cons. di St., III, 25.2.2020, n. 1406; id., V, 6.8.2019, n. 5574).

Nel caso di specie, la società Sogea, conformemente all'iscrizione camerale come impresa artigiana (doc. 13 delle produzioni 8.8.2019 di parte comunale, pag. 2, riquadro 2), ha dichiarato di applicare il C.C.N.L. per i lavoratori dipendenti dalle imprese artigiane metalmeccaniche, il quale, per un operaio qualificato di 5° livello, prevede un costo orario (€ 7,75, docc. 14-16 delle produzioni 8.8.2019 di parte comunale) perfettamente in linea con quello indicato da Sogea di € 8,18 (cfr. la nota 12.6.2019, doc. 7 delle produzioni 8.8.2019 di parte comunale).

Donde l'infondatezza delle originarie censure proposte dalla ricorrente, che muovono dall'errato presupposto dell'applicabilità del diverso e maggiore costo orario previsto dal C.C.N.L. per l'industria metalmeccanica non artigiana.

3. Infondato è anche l'ultimo motivo di ricorso.

Difatti, la deduzione del vizio di eccesso di potere per contraddittorietà rispetto a determinazioni assunte dalla P.A in fattispecie analoga postula – per l'appunto – l'assoluta identità delle situazioni di fatto in cui l'amministrazione si sarebbe determinata diversamente, e l'assoluta irragionevole diversità del trattamento riservato (cfr. T.A.R. Umbria, I, 24.8.2010, n. 431).

Nel caso di specie, però, il comune ha provato che, nella diversa procedura per i servizi di riparazione e ripristino di carrozzeria, la ditta Sogea aveva indicato € 18,00 come costo orario della manodopera, al netto di una serie di costi (costi fissi, affitto/mutuo dei locali, ammortamento /manutenzioni attrezzature, etc.), ciò che comportava la complessiva incapacienza dell'offerta economica presentata (doc. 20 delle produzioni 8.8.2019 di parte comunale).

Nel caso di specie, invece, Sogea ha però indicato il costo orario complessivo in € 18,86, ed il costo della manodopera in € 13,15, al netto

degli altri costi fissi, che trovano dunque capienza.

Donde l'infondatezza del motivo, essendo improponibile il confronto tra due fattispecie diverse.

Le spese seguono come di regola la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

Lo rigetta.

Condanna la società ricorrente al pagamento, nei confronti del comune di Genova, delle spese di giudizio, che liquida in complessivi € 3.000,00 (tremila).

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2020, mediante collegamento da remoto, con l'intervento dei magistrati:

Paolo Peruggia, Presidente FF

Angelo Vitali, Consigliere, Estensore

Alessandro Enrico Basilico, Referendario

L'ESTENSORE

Angelo Vitali

IL PRESIDENTE

Paolo Peruggia

IL SEGRETARIO