Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, sez. I, 22 luglio 2009, n. 2209

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto
(Sezione Prima)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 994 del 2008, proposto da:
Alfa Scarl, rappresentato e difeso dagli avv. G.P., R.R., con domicilio eletto presso R.R. in V., S. C., 468/B;

contro

Comune di Beta - (R.), rappresentato e difeso dagli avv. M.B., A.C., con domicilio eletto presso F.C. in V., Piazzale R., 468/B;

nei confronti di

Gamma Scarl, rappresentato e difeso dall'avv. G.M., con domicilio eletto presso P.R. in V., S. F., 1902;

per l'annullamento

del provvedimento 22.4.2008 n. 2393 di aggiudicazione alla ditta Gamma scarl dell'appalto di pulizia per il periodo dal 1.1.2008 al 31.12.2010, nonché di tutti gli altri atti comunque connessi;
Visto il ricorso con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Beta - (R.);
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Gamma Scarl;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16/07/2009 il dott. C.R. e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con determinazione 18.10.2007 n. 601 il Comune di Beta approvava un bando di gara a procedura aperta di rilievo comunitario per l'affidamento del servizio di pulizia degli immobili e dei locali ad uso pubblico del Comune stesso per il periodo dall'1.1.2008 al 31.12.2010 e per una spesa a base d'asta pari ad € 340.500,00, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.
All'esito della valutazione delle offerte economiche risultava prima graduata, con punti 88,42, la ditta Gamma s.c.a.r.l. (in prosieguo: Gamma), alla quale veniva pertanto aggiudicato l'appalto in via provvisoria: l'odierna ricorrente si collocava al terzo posto con punti 86,09.
Instaurato nei confronti delle prime graduate il sub procedimento di verifica dell'anomalia, venivano escluse dalla gara, per aver

applicato la tabella ministeriale del costo medio orario degli artigiani del 2004, superata da quella entrata in vigore l'1.1.2005, le ditte C., seconda classificata (con conseguente avanzamento al secondo posto dell'odierna ricorrente) e L.
Quanto a Gamma, che, contrariamente alla prescrizione contenuta nella "lex specialis" della gara, aveva indicato un costo medio orario della manodopera inferiore a quello stabilito dalle vigenti tabelle ministeriali (€ 13,20 a fronte del costo medio tabellare pari a € 14,01, oltre ad I.V.C.), la Commissione riteneva l'importo esposto dall'aggiudicataria provvisoria giustificato dall'abbattimento del valore statistico aziendale di malattie, infortuni e maternità individuato dalle stesse tabelle ministeriali (28, anziché 136).
Conseguentemente, previa ridefinizione della classifica finale per quanto riguarda le posizioni intermedie, l'appalto veniva definitivamente aggiudicato a Gamma con decorrenza 1.6.2008 e fino al 31.5.2011, stante la proroga dell'appalto in corso.
Avversava tale aggiudicazione l'odierna ricorrente osservando che, poichè l'Amministrazione aveva espressamente affermato l'inammissibilità delle offerte che avessero indicato un costo del lavoro inferiore a quello stabilito dalle tabelle ministeriali, l'offerta della ricorrente, che esponeva appunto un costo ridotto rispetto a quello previsto dalle cennate tabelle, doveva essere automaticamente esclusa dalla gara.
Resistevano in giudizio il Comune di Beta e la controinteressata Gamma eccependo, il primo l'inammissibilità del proposto gravame, ed entrambi la sua infondatezza e chiedendone, conseguentemente, la reiezione.
La causa è passata in decisione all'udienza del 16 luglio 2009.

DIRITTO

1.- Va anzitutto esaminata la censura con cui il Comune di Beta eccepisce l'inammissibilità del ricorso per mancata, tempestiva impugnazione - per violazione del diritto comunitario in materia di tutela e promozione della concorrenza - della clausola del bando che, prevedendo l'inderogabilità dei costi medi stabiliti dalle tabelle ministeriali, avrebbe impedito alla ricorrente di presentare un'offerta che, collocando il costo del lavoro al di sotto dei predetti limiti, avrebbe potuto risultare vincente.
L'eccezione è chiaramente infondata, atteso che è vero esattamente il contrario: non è la ricorrente, infatti, che in virtù della prescrizione limitativa del bando non ha potuto presentare un'offerta congrua, ma, invece, proprio Gamma, la quale per produrre un'offerta competitiva ha ritenuto di dover contrastare la predetta prescrizione autovincolante. È quest'ultima ditta, pertanto, che avrebbe dovuto impugnare la prescrizione stessa (quanto meno a seguito della sua doverosa esclusione dalla gara per violazione di una norma inderogabile: ovvero in questa sede, mediante proposizione di ricorso incidentale).

È quanto, del resto, afferma espressamente la sentenza CdS, V, 17.7.2004 n. 5140 richiamata dalla stessa difesa del Comune: ivi si legge, infatti, che "Sono invece pienamente condivisibili e coerenti con il più recente orientamento di questo Consiglio (Cons. St., sez. V, 10.1.2003, n. 35) in tema di disapplicazione degli atti amministrativi nazionali contrastanti con il diritto comunitario le considerazioni svolte dal Tribunale sul punto della mancata impugnazione incidentale della lex specialis.
L'inderogabilità dei minimi retributivi era esplicitamente prescritta dal bando di gara; dalla natura amministrativa di tale atto discendeva l'onere della C. [originaria aggiudicataria, in violazione della prescrizione del bando che, appunto, vietava l'indicazione di un costo orario del lavoro inferiore a quello minimo previsto dai contratti collettivi: ndr] di farne rilevare l'eventuale contrasto con il diritto comunitario nelle forme e nei termini stabiliti dal rito vigente nell'ordinamento territoriale (nel caso italiano attraverso una tempestiva impugnativa da proporsi avanti all'a.g.a.). Nella fattispecie tuttavia lo specifico profilo di contrasto non ha costituito oggetto di ricorso; segue da ciò che l'amministrazione civica di O. non avrebbe potuto disattendere l'autovincolo rappresentato dalla lex specialis, ove pure illegittima".
2.- Nel merito, il ricorso è fondato.
L'art. 12, lett. C), punto 2) del bando di gara prevede che l'offerta economica sia accompagnata da una "scheda di scomposizione dell'offerta indicante gli elementi costitutivi della medesima, redatta preferibilmente in conformità al modello allegato C) al presente bando, comprensivi dell'indicazione delle spese generali e degli utili…".
Il richiamato allegato C) al bando impone, a sua volta, di indicare, tra l'altro, (Voce 2) il "costo orario della manodopera (allegare tabella di riferimento e indicare tipologia contratto collettivo applicato)" e rinvia, mediante un asterisco, alla nota a pie' di pagina ove si precisa che "saranno ritenute non ammissibili e quindi escluse dalle procedure di gara le offerte economiche il cui costo del lavoro sia inferiore al costo stabilito dal CCNL di categoria e dalle norme previdenziali ed assistenziali, risultanti da atti ufficiali, quali le Tabelle predisposte dal Ministero del Lavoro (totale costo medio orario)".
Né, a tal proposito, può condividersi l'assunto delle parti resistenti secondo cui la clausola di esclusione contenuta nell'allegato "C" al bando sarebbe inefficace in quanto tale allegato sarebbe da intendersi quale modello "preferibile", ma non vincolante: se è vero, infatti, che la scheda di scomposizione dell'offerta va redatta "preferibilmente" in conformità al modello allegato sub C) al bando – talchè non è pregiudizialmente inibito redigerla in maniera parzialmente diversa, purchè sia rispettata l'articolazione ivi prevista –, è comunque innegabile che, giusta la clausola apposta in

calce allo stesso modello "C" (che afferma testualmente che "la presente scheda dovrà a pena di esclusione essere inserita nel plico contenente l'offerta economica"), tale modello costituisce documento che andava sottoscritto ed inserito, a pena di esclusione dalla gara, nella busta contenente l'offerta economica: da qui la necessità di rispettare tutte le prescrizioni ivi contenute, a cui si è inequivocabilmente prestato acquiescenza con la sottoscrizione del modello e con la sua allegazione all'offerta economica.
Orbene, la tabella emanata con DM 16.5.2005, applicabile al caso di specie, stabilisce in € 14,01 (escluso I.V.C.) il costo medio orario del personale di II livello dipendente da imprese esercenti servizi di pulizia e servizi integrati: ivi si specifica, fra l'altro, che a fronte di un monte ore lavorative annuo teorico pari a 2088, le ore mediamente non lavorate ammontano a 507, di cui 136 per malattia, infortunio e maternità.
Tale dato statistico influisce in misura del 6,5% sul monte ore teorico di lavoro, aumentando in maniera corrispondente il relativo costo unitario. Esso, peraltro, è un dato medio che, ovviamente, può variare da azienda ad azienda, sicchè, di regola, l'appaltatore è ammesso a dimostrare il minor costo dimostrando una minor incidenza di assenteismo (cfr. il combinato disposto dagli artt. 86, V comma e 87, II comma, lett. "g" del DLgs n. 163/06).
Ammissione, questa, che è però esclusa ogni qual volta il bando stabilisca espressamente – come nel caso in esame - l'inammissibilità e la conseguente esclusione dalla procedura concorsuale delle offerte economiche che indichino un costo del lavoro inferiore al costo medio individuato dalle vigenti tabelle ministeriali, avendo in tal modo l'Amministrazione autolimitato i propri poteri di verifica dell'anomalia dell'offerta (nel senso dell'insindacabilità di un'offerta non rispettosa del predetto parametro).
A fronte, come si è detto, di un costo medio dell'ora lavorativa quantificato nelle tabelle ministeriali pari ad € 14,01, ASG ha indicato un costo medio di € 13,20, ed ha giustificato tale sensibile differenza affermando un'incidenza di assenteismo di solo l'1,38%: dato, quest'ultimo, comprovato attraverso un'autocertificazione e, comunque, riferito al precedente triennio.
Orbene, anche in disparte la considerazione – che peraltro, come si è detto, è dirimente della controversia – che nel caso di specie l'Amministrazione si era autovincolata ad escludere automaticamente, senza doverne o poterne verificare la congruità, qualsiasi offerta che, come quella della ditta controinteressata, avesse evidenziato un costo medio del lavoro inferiore a quello esposto nelle corrispondenti tabelle ministeriali, l'illegittimità dell'aggiudicazione (per difetto di istruttoria) conseguirebbe comunque dalla circostanza che l'incidenza dell'assenteismo rilevata nel precedente triennio può costituire tutt'al più – in quanto relativa ad un periodo temporale eccessivamente esiguo – un dato probabilistico a valere per il futuro

dell’azienda, non già un’oggettiva dimostrazione della fisiologicità di tale valore all’azienda stessa: così come l’autocertificazione non può costituire idoneo elemento probatorio del dato riscontrato.
3.- Per le considerazioni che precedono, dunque, il ricorso dev’essere accolto, con conseguente annullamento dell’aggiudicazione alla Gamma, che va esclusa dalla gara: l’appalto di cui è causa andrà, pertanto, aggiudicato all’odierna ricorrente, seconda graduata.
Le spese possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima sezione, definitivamente pronunziando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie come in motivazione e, per l’effetto, annulla gli atti impugnati.
Compensa le spese e competenze del giudizio tra le parti.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 16/07/2009 con l'intervento dei Magistrati:
Claudio Rovis, Presidente FF, Estensore
Riccardo Savoia, Consigliere
Marco Morgantini, Primo Referendario
DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 22/07/2009
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)
IL SEGRETARIO