

Pubblicato il 15/12/2020

N. 06132/2020 REG.PROV.COLL.
N. 04811/2020 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 Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt.60 e 120 cod. proc. ammin. sul ricorso numero di registro 4811 del 2020 proposto dalla Società Coop. di produzione e lavoro Tre Fiammelle e dalla Elettrogresuele S.r.l. in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dall'avv. Emanuele D'Alterio e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di **Marcianise** in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Sabatino Rainone e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Asmel Consortile S.C.A R.L. non costituita in giudizio;

nei confronti

GI.ONE S.p.A. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Ferdinando Pinto e Donato Lettieri e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento previa sospensiva:

a) della nota del RUP prot. n. 47306 del 16.10.2020 recante comunicazione di esclusione dell'ATI ricorrente dalla gara per l'affidamento del “Servizio integrato di manutenzione e gestione del patrimonio immobiliare (Edifici e aree pertinenziali)” CIG 7904869841;

b) della proposta di aggiudicazione della gara alla GI.ONE s.p.a. e del relativo verbale di gara n. 10 del 14.10.2020;

c) dei verbali di gara N. 6 del 30.7.2020 e n. del 14.10.2020, con i quali il RUP ha ritenuto non affidabile e non congrua l'offerta dell'ATI ricorrente;

d) di ogni altro atto preordinato, collegato, connesso e conseguente,

nonché per la condanna dell'Amministrazione intimata al ristoro dei danni subiti patiti e patendi conseguenti all'illegittimità dei provvedimenti impugnati:

-in forma specifica, ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a., attraverso l'aggiudicazione della procedura di gara in favore della ricorrente, con eventuale annullamento e/o caducazione ovvero declaratoria di inefficacia del contratto stipulato, per il quale quest'ultima sin d'ora manifesta l'interesse al subentro ex art. 122 c.p.a.;

- in subordine, per equivalente economico, a titolo di danno emergente e lucro cessante, quest'ultimo nella misura del 10% dell'importo a base d'asta, decurtato del ribasso offerto, ovvero minore o maggiore importo a

determinarsi in sede giudiziaria, nonché il danno da perdita di chances da terminarsi in via equitativa, oltre spese per la partecipazione alla gara, interessi ed accessori di legge.

Visti il ricorso e i relativi allegati in cui si espone che:

- per la procedura di affidamento del Servizio integrato di manutenzione e gestione del patrimonio immobiliare, il Comune di **Marcianise** si è affidato ad ASMEL Consortile;
- venivano ammesse due ditte tra cui la ricorrente;
- interveniva proposta di aggiudicazione in favore della ricorrente, ma il RUP decideva comunque di procedere alla verifica della congruità del prezzo ai sensi dell'art.97, co.6 D. Lgs. n.50/2016;
- a seguito di richiesta di documentazione a parte ricorrente e del successivo riscontro, interveniva dopo un'unica seduta di gara la conclusione della non affidabilità dell'offerta e della non congruità del prezzo; viceversa, in esito a tre sedute di gara, è stata ritenuta congrua ed affidabile l'offerta della controinteressata GI.ONE Spa. Anche a seguito di accesso agli atti, si deducono la violazione dell'art.97 del D. Lgs. n.50/2016 e dell'art.22 del Disciplinare di gara, nonché l'eccesso di potere, formulandosi richiesta di risarcimento danni;

Vista la memoria di GI.ONE Spa che ha dedotto circa il dovere di contraddittorio in sede di contestazione dell'anomalia ed insistito per il rigetto del ricorso;

Viste le note di udienza di parte ricorrente;

Vista la memoria del Comune di **Marcianise** che ha argomentato quanto alla irricevibilità del ricorso ed alla infondatezza dei singoli motivi di ricorso;

Viste le note di GI.ONE Spa circa la riduzione di ore prospettata da parte ricorrente e l'incongruità dei chiarimenti forniti dalla stessa;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nella Camera di Consiglio del 14 dicembre 2020, celebrata nelle forme di cui all'art.25 del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, la relazione del consigliere Gabriele Nunziata, e trattenuta la causa in decisione sulla base degli atti;

Visto l'art.25, comma 2, del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, ed in particolare la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'art.60 cod. proc. ammin., omissis ogni avviso;

Viste le circostanze di fatto e le ragioni di diritto come spiegate dalle parti negli atti processuali;

Considerato:

che il Collegio ritiene il ricorso manifestamente fondato, con la conseguenza che esso può essere deciso ai sensi dell'art. 60 cod. proc. ammin. con sentenza in forma semplificata sin dalla presente fase cautelare, essendo ciò consentito dall'oggetto della causa, dall'integrità del contraddittorio e dalla completezza dell'istruttoria;

che, quanto all'eccezione di irricevibilità del ricorso come formulata dalla difesa del Comune, essa non può essere condivisa, dal momento che l'art.29 D. Lgs. n.50 del 2016 - sia nella versione originaria che in quella recata dal Decreto integrativo e correttivo n.56 del 2017 - è stato interpretato (Cons. Stato, V, 5.3.2020, n.1604) nel senso di escludere l'applicabilità del rito super-accelerato in difetto della pubblicazione degli atti di ammissione od esclusione nelle forme previste dall'art.29, sola formalità atta a fare decorrere quel breve termine decadenziale, non potendo tale conoscenza essere supplita dalla conoscenza *aliunde* degli stessi provvedimenti (Cons. Stato, V, 22.10.2019, n. 7187; III, 17.6.2019, n. 4025; V, 15.5.2019, n. 3151; 22.3.2019, n.1923; III, 25.2.2019, n. 1312; V, 11.2.2019, n. 985; V, 21.11.2018, n. 6574).

Costituiscono corollari di tale principio:

a) l'esclusione della possibilità, precedentemente non pacifica in giurisprudenza, di ritenere equipollente alla pubblicazione la presenza di un rappresentante dell'impresa concorrente alla seduta di gara in cui l'ammissione è

stata disposta (Cons. Stato, III, 17.6.2019, n. 4025; 25.2.2019, n.1312; V, 15.5.2019, n.3151; 5.4.2019, n.2243; 11.2.2019, n. 985; 27.12.2018, n. 7256; 7.11.2018, n. 6292; 22.10.2018, n. 6005);

b) la necessità che i provvedimenti emessi nella fase delle ammissioni siano accompagnati dall'esposizione dei motivi pertinenti, così da garantire la conoscenza da parte degli interessati dei vizi di legittimità eventualmente verificatisi nella stessa fase (per tutte, Corte di Giustizia, ordinanza 14.2.2019 resa nella causa C-54/18);

che, dunque, nella fattispecie il termine ai fini dell'impugnazione decorreva per parte ricorrente soltanto dal momento in cui, mediante la nota del 16/10/2020, essa è stata in grado di comprendere le ragioni dell'illegittimità dell'ammissione;

che, circa il merito della questione, il Collegio ha ben chiara la necessità di partire da alcune acquisizioni giurisprudenziali: a) la discrezionalità tecnica, caratterizzante il giudizio di anomalia e l'esame delle giustificazioni, può essere sindacata dal Giudice amministrativo solo se le valutazioni ad essa sottese siano abnormi, manifestamente irragionevoli, illogiche o affette da errori di fatto; b) il Giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, ma non può procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, in quanto ciò costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera propria della pubblica amministrazione (cfr., ex multis, Cons. Stato, V, 2.12.2015, n.5450; IV, 26.2.2015, n. 963); c) sul fronte dell'Amministrazione, l'obbligo di motivazione analitica sussiste solo in ipotesi di giudizio di anomalia negativo, che faccia venir meno l'aggiudicazione;

che il Giudice di appello ha invero avuto modo di precisare che il giudizio conclusivo sull'anomalia dell'offerta ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme e che l'obbligo di motivare in modo completo e approfondito sussiste solo nel caso in cui la Stazione Appaltante esprima un giudizio negativo che

faccia venir meno l'aggiudicazione, non richiedendosi, per contro, una motivazione analitica nel caso di esito positivo della verifica di anomalia; in quest'ultima circostanza, la positiva valutazione di congruità della presunta offerta anomala è sufficientemente espressa anche con motivazione *per relationem* alle giustificazioni rese dall'impresa offerente (ex multis, Cons. Stato, IV, 26.2.2015, n.963 che richiama Cons. Stato, V, 12.2.2010, n.741) e "Un sindacato nel dettaglio sui singoli aspetti è, dunque, precluso al giudice amministrativo, cui non è consentito procedere ad una autonoma valutazione della congruità o meno di singole voci, non potendosi esso sostituire ad una attività valutativa rimessa, quanto alla sua

intrinseca manifestazione, unicamente all'Amministrazione procedente" (Cons. Stato, III, 22.1.2016, n.211 che richiama Cons. Stato, VI, 14.8.2015, n.3935; Cons. Stato, V, 22.12.2014, n.6231; T.A.R. Lazio, Roma, II, 31.7.2017, n. 9119);

che, con tali premesse, avuto riguardo alla fattispecie per cui è controversia, il Collegio ritiene di aderire alla tesi (cfr. Cons. Stato, V, 18.12.2017, n. 5939) secondo la quale "in sostanza devono considerarsi anormalmente basse solo le offerte che si discostino in modo evidente dai costi medi del lavoro indicati nelle tabelle predisposte dal Ministero del lavoro in base ai valori previsti dalla contrattazione collettiva" e dunque "perché possa dubitarsi della (...) congruità" di un'offerta "occorre che le discordanze siano considerevoli e palesemente ingiustificate" (Cons. Stato, V, 7.5.2018, n.2691; III, 13.3.2018, n. 1609);

che la giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali costituiscono un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che l'eventuale scostamento delle voci di costo da quelle riassunte nelle tabelle ministeriali non legittima di per sé un giudizio di anomalia o di incongruità, occorrendo, perché possa dubitarsi della sua congruità, che la discordanza sia considerevole e palesemente ingiustificata (v., inter multas, Cons. Stato, III,

27.4.2018, n.2580; 9.12.2015, n. 5597; V, 31.3.2017, n. 1495). La stessa Delibera ANAC 19/12/2018, n.1182, conferma che l'art.97, comma 5 lett. d) del D. Lgs. n.50/2016 impone alla Stazione Appaltante solo di verificare la congruità delle offerte in cui il costo del personale sia inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle tabelle ministeriali;

che, pertanto, eventuali scostamenti in difetto rispetto al costo della manodopera quale risulta dalla Tabelle Ministeriali non comportano mai un giudizio immediato di anomalia dell'offerta, mentre il mancato rispetto dei minimi salariali comporta sempre l'esclusione (T.A.R. Piemonte, I, 4.8.2020, n.510). Ancora di recente (T.A.R. Calabria, Catanzaro, I, 12.9.2020, n.1448) si è chiarito che occorre distinguere il concetto di "minimi salariali", indicati nelle apposite tabelle ministeriali (cd. trattamento retributivo minimo), da quello di "costo orario medio del lavoro" risultante dalle tabelle ministeriali. Soltanto per il primo, in caso di sua violazione, vale la sanzione dell'esclusione dell'offerta stabilita dall'art. 97, comma 5, del D. Lgs. n. 50/2016, in quanto l'offerta che non rispetti i suddetti minimi salariali è considerata *ex lege* anormalmente bassa. La diversità dei due concetti si coglie nel fatto che quello di trattamento retributivo minimo ha carattere "originario", in quanto viene desunto direttamente dal pertinente contratto collettivo nazionale e non abbisogna, per la sua enucleazione, di alcuna operazione di carattere statistico-elaborativo, mentre il concetto di "costo medio orario del lavoro" è il frutto dell'attività di elaborazione del Ministero, che lo desume dall'analisi e dall'aggregazione di dati molteplici e inerenti a molteplici istituti contrattuali (cfr. Cons. Stato, III, 21.9.2018, n. 5492; T.A.R. Veneto, I, 4.12.2018, n. 1115);

che secondo il Consiglio di Stato "...nelle gare pubbliche i valori del costo del lavoro indicati nelle tabelle ministeriali costituiscono un semplice parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che l'eventuale scostamento delle voci di costo da detti valori non legittima di per sé un giudizio di anomalia

dell'offerta. In applicazione di tali principi, questa Sezione ha di recente affermato (con riguardo ad una procedura disciplinata dal d.lgs. n. 163 del 2006) che "in relazione all'esatta quantificazione del costo orario del personale, deve rilevarsi come nelle pubbliche gare un'offerta non può ritenersi anomala per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi, occorrendo invece che sussistano discordanze considerevoli e ingiustificate rispetto a tali valori (Cons. Stato, V, 12.9.2018, n.5332)" (Cons. Stato, V, 18.2.2019, n. 1099; in termini, Cons. Stato, V, 25.10.2017, n. 4912; III, 14.5.2018, n. 2867);

che lo scostamento del costo del lavoro rispetto ai valori ricavabili dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi non può comportare, di regola e di per sé, un automatico giudizio di inattendibilità (cfr. Cons. Stato, V, 25.10.2017, n. 4912; III, 14.5.2018, n. 2867), costituendo un elemento variabile in funzione di fattori dipendenti dall'organizzazione aziendale dell'appaltatore e di valori medi quali il calcolo dell'incidenza della malattia, dei permessi sindacali, delle assenze per infortunio, delle ferie, ovvero di istituti contrattuali che possono essere programmati dall'azienda nel corso dell'anno;

che, come peraltro confermato dal Comune con memoria, parte ricorrente ha previsto un costo orario medio più o meno simile a quello di progetto – per V livello € 18,95 a fronte di € 18,49 e per III livello € 17,06 a fronte di € 16,61 – ragion per cui la complessiva riduzione del costo del personale è dipesa semmai dal monte di ore impiegate nel biennio, quale contenuto in limiti circoscritti anche a seguito dell'affidamento a ditte specializzate delle attività di manutenzione relative agli impianti elevatori ed agli impianti antincendio, contrazione che è stata ritenuta non congrua né giustificata sebbene fosse stata operata in ragione della quantità di manodopera necessaria allo svolgimento dei lavori oggetto dell'appalto;

che con tali premesse, ai fini dell'accoglimento in maniera assorbente del motivo formulato al riguardo, il Collegio ritiene di censurare l'operato del Comune prendendo le mosse dalle pertinenti prescrizioni della legge di gara quali non contengono alcun riferimento alla determinazione del monte-ore, dal momento che l'art. 3 si limitava a quantificare il costo presunto della manodopera in € 366.685,44 sulla falsariga del personale – n.2 unità di V livello e n.3 unità di III livello - precedentemente impiegato per il medesimo servizio;

che del tutto erroneamente la Stazione Appaltante ha poi ritenuto di ricondurre l'affidamento della manutenzione degli impianti antincendio nello schema giuridico del subappalto, laddove si tratta di servizio che rientra nelle prestazioni rese da soggetti con cui la mandante, odierna ricorrente, ha in essere contratti continuativi di cooperazione, risultando così complessivamente carente quella motivazione che deve essere tanto più approfondita laddove l'Amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall'impresa, in tal modo disponendone l'esclusione (sul punto, Cons. Stato, V, 2.12.2015, n. 5450);

che, viceversa, non merita accoglimento l'istanza risarcitoria come formulata, anche in via subordinata, nell'epigrafe del ricorso, in primo luogo perché le richieste formulate da parte ricorrente hanno ricevuto tutela adeguata sin dalla fase cautelare; eppoi la relativa istanza è stata genericamente indicata senza che neanche fosse assolto l'onere probatorio gravante, ai sensi degli artt.2697 c.c. e 64 c.p.a., oltre che in relazione all'an del danno, anche con riguardo al quantum;

che, pertanto, il ricorso merita accoglimento nei termini dianzi indicati, mentre per la particolarità delle questioni sussistono gli estremi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava) definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti oggetto di impugnazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella Camera di Consiglio del giorno 14 dicembre 2020, tenutasi con collegamento da remoto in videoconferenza tramite Microsoft Teams (piattaforma in uso presso la Giustizia amministrativa giusto l'art 3, comma 2, dell'Allegato 3 al Decreto Presidente del Consiglio di Stato n.134 del 22 maggio 2020), ai sensi dell'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente

Gabriele Nunziata, Consigliere, Estensore

Viviana Lenzi, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Gabriele Nunziata

IL PRESIDENTE
Francesco Gaudieri

IL SEGRETARIO