

Le novità del nuovo codice sulla valutazione di incongruità dell'offerta, in relazione ai costi del lavoro: la speciale rilevanza dei profili sociali, ambientali e del lavoro

di Marco Gentile

Data di pubblicazione: 23-12-2016

“Il rinvio operato dall'art. 97 comma 5 lett. a) all'art. 30 comma 3 implica che, nella esecuzione degli appalti pubblici, gli operatori economici sono obbligati a rispettare le norme poste a tutela dei diritti sociali, ambientali e del lavoro, essendo preciso obbligo della stazione appaltante chiedere i necessari giustificativi in sede di verifica sull'anomalia dell'offerta. Con il vincolato esito della dovuta esclusione dell'offerta proposta in spregio degli obblighi retributivi minimi, e ciò, si badi bene, anche indipendentemente dalla congruità dell'offerta valutata nel suo complesso; in ciò sostanziandosi il novum rispetto alla pregressa disciplina”.

Guida alla lettura

La sentenza in commento affronta l'istituto dell'anomalia, per come disciplinato dal nuovo codice (cfr. l'art. 97, D.Lgs. n. 50/2016), sottolineandone gli aspetti più innovativi.

La norma appena citata si occupa, in particolare, di disciplinare i criteri d'individuazione delle offerte “sospette” di anomalia e i casi in cui, in esito al relativo subprocedimento, l'amministrazione sia tenuta a procedere all'esclusione.

Nel caso affrontato dal TAR reggino la ricorrente aveva sostenuto che, ai sensi dell'art. 97 cit., non è più necessario, ai fini del giudizio d'incongruità, che la stazione appaltante accerti che l'offerta è “*nel suo complesso, inaffidabile*” (così, invece, l'art. 88, comma 7, del D.Lgs. n. 163/2006).

L'esclusione è infatti prevista dal nuovo codice: sia (i) nel caso in cui la stazione appaltante abbia accertato che le giustificazioni fornite non spieghino a sufficienza il basso livello dei prezzi o dei costi proposti; sia (ii) qualora sia stato accertato che l'offerta non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 (ovverosia gli obblighi in materia sociale, ambientale e del lavoro). Altre ipotesi di esclusione sono poi previste per il caso in cui sia stato accertato che l'offerta non rispetti la nuova disciplina sul subappalto (ove il riferimento sembra essere al comma 14, dell'articolo 105); qualora siano incongrui gli oneri della sicurezza aziendale; o, infine, qualora venga accertato che il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi stabiliti dalle tabelle ministeriali di cui all'articolo 23, comma 16 (che ricalca il testo

dell'art. 86, comma 3 bis del D.Lgs. n. 163/2006).

La sentenza si occupa dell'ipotesi sub *ii*), anche se, in *obiter dictum*, il TAR reggino non ha mancato di evidenziare l'inammissibilità del ribasso del costo della manodopera stabilito dalle tabelle ministeriali di cui all'art. 23, comma 16, cit.

Per quale che più rileva, in relazione al caso specifico sottoposto all'esame del TAR, la sentenza afferma per la prima volta che la violazione degli oneri della manodopera, accertata in sede di verifica di congruità delle offerte, incide in termini escludenti – a prescindere, cioè, da ogni indagine circa la complessiva affidabilità dell'offerta – al pari delle violazioni degli altri aspetti sociali e ambientali [cfr. l'art. 97, comma 5, lett. a), in combinata lettura con l'art. 30, comma 3].

Il principio, pur parecchio innovativo, trova solide basi normative nella prima parte dell'art. 97, comma 5, ove l'esclusione per il basso livello dei prezzi e dei costi proposti è prevista in termini di alternatività rispetto alla violazione degli specifici obblighi elencati nelle lettere da a) a d) della medesima disposizione.

Sul punto, la disciplina del nuovo codice, così come interpretata dal TAR Calabria, si pone peraltro in perfetta linea con i nuovi principi eurounitari, che pongono quale obiettivo prioritario e strategico quello di “*una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*” (cfr. il considerando n. 2 della direttiva 24/2014/UE).

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 668 del 2016, proposto da: Istituto di Vigilanza Europol Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Adriano Cavina e Domenico Gentile, con domicilio eletto in Reggio Calabria, via dei Bianchi 3;

Contro

Regione Calabria, in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Antonio Ferraro, con domicilio eletto in Reggio Calabria, via C. Portanova Palazzo Campanella c/o gli uffici dell'Avvocatura Regionale; Regione Calabria - Dipartimento Ambiente e Territorio - Unità Progetto Rifiuti non costituito in giudizio;

nei confronti di

Sicurpiana Srl non costituito in giudizio;

per l'annullamento

A- del decreto dirigenziale n.10190 del 17 agosto 2016, comunicato via pec in data 19 agosto 2016, con cui la Regione Calabria, Dipartimento n.10 Ambiente e Territorio - Unità di Progetto Rifiuti ha aggiudicato definitivamente la procedura negoziata indetta ai sensi dell'art.36, comma 2, lett. b) del D.lgs. n.50 del 2016 per l'affidamento del servizio di vigilanza armata presso l'impianto denominato TEC2 del polo tecnologico di Gioia Tauro alla Sicurpiana srl nonché di tutti i provvedimenti connessi e consequenziali a quello impugnato e precisamente:

B - del verbale di seduta riservata del 1 agosto 2016 con cui sono state esaminate le giustificazioni sull'anomalia dell'offerta di Sicurpiana srl e ritenute le stesse sufficienti a riconoscere la congruità dell'offerta del raggruppamento;

C - del verbale della seduta pubblica n.3 del 1 agosto 2016 con la quale la Commissione ha concluso per la congruità dell'offerta di Sicurpiana srl e confermato la graduatoria , unitamente ad ogni altro atto ulteriore e successivo, ad oggi non conosciuto dalla ricorrente, con cui la determinazione della commissione dovesse esser stata approvata dal competente organo della stazione appaltante;

nonché in via specificamente gradata e subordinata, per l'annullamento:

D - della determina a contrarre assunta con decreto n. 6164 del 30 maggio 2016 con cui è stata indetta la procedura negoziata ai sensi dell'art.36, comma 2, lett. b) del D.lgs. n.50 del 2016 per l'affidamento del servizio di vigilanza armata presso l'impianto denominato TEC2 del polo tecnologico di Gioia Tauro, nella parte in cui la Stazione appaltante ha ritenuto di individuare il criterio di aggiudicazione in quello del prezzo più basso;

E - della relativa lettera d'invito, nella parte in cui è ivi previsto che la gara sarebbe stata aggiudicata con il criterio del prezzo più basso, motivando detta scelta sulla base della natura standardizzata del servizio ;

di ogni altro atto presupposto, connesso, collegato e/o conseguente a quelli impugnati;

nonché per la condanna della stazione appaltante alla reintegrazione in forma specifica mediante affidamento del servizio della ricorrente previa dichiarazione di inefficacia del contratto ove nelle more stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Calabria;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2016 il dott. Filippo Maria Tropiano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società esponente (di seguito anche Europol) ha impugnato gli atti di gara meglio specificati in epigrafe, lamentandone l'illegittimità sulla base di due motivi di diritto, appositamente e volontariamente graduati nei seguenti termini:

1. Incongruità dell'offerta dell'aggiudicataria e controinteressata. Violazione degli artt. 97 in combinato disposto con gli artt. 2e e 30 D.Lgs n. 50/2016; Violazione dell'art. 8 D.L. n. 138/2011; Violazione dell'art. 1 comma 1 D.L. 338/1989; Violazione del D.M. 21 marzo 2016 (determinazione costo medio orario del lavoro per il personale dipendente da istituti ed imprese di vigilanza privata e servizi fiduciari, a decorrere dai mesi di febbraio 2013, febbraio 2014, febbraio 2015 e marzo 2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, manifesta contraddittorietà e irragionevolezza del giudizio di congruità. Eccesso di potere per motivazione falsa e/o apparente. Violazione del principio di par condicio competitorum e di buon andamento. Violazione degli artt. 36 e 97 della Costituzione;

2. In via subordinata, illegittimità del criterio di aggiudicazione. Violazione dell'art. 95 comma 3, lettera a) e comma 4 lettera b) D.Lgs n. 50/2016. Violazione del considerando n. 90 e dell'art. 67 nella Direttiva 2014/24/UE. Violazione falsa applicazione della L. n. 11/2016. Eccesso di potere per erronea presupposizione, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento, irragionevolezza manifesta.

La Europol ha concluso per l'annullamento degli atti, previa sospensione cautelare, nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto ove nelle more stipulato e la condanna dell'Amministrazione al risarcimento in forma specifica mediante affidamento del servizio alla ricorrente.

Si è costituita la Regione Calabria, a mezzo di controricorso depositato il 2 novembre 2016; l'Ente ha contestato ogni lagnanza di parte istante, assumendo la piena regolarità dell'operato dell'Amministrazione.

Con ordinanza n. 179/2016, resa alla camera di consiglio del 12 ottobre 2016, il Collegio ha accolto la domanda cautelare e ha fissato l'udienza pubblica del 23 novembre 2016 per la

trattazione del merito del ricorso.

2. Il ricorso merita di essere accolto, attesa la fondatezza del primo e assorbente motivo di gravame.

3. Al riguardo, deve osservarsi che, in ossequio al principio dispositivo nonché a quello che riserva alla parte la disponibilità della domanda sotto il profilo della scelta consapevole di graduazione dei motivi di ricorso, va esaminato primieramente ed in via assorbente il primo motivo di diritto, come articolato in ricorso (punto B.2. dell'atto).

L'esponente ha infatti contestato la apparente incongruità dell'offerta della controinteressata nonché aggiudicataria Sicurpiana srl, nella parte in cui quest'ultima società ha ribassato il costo del lavoro risultante dalle tabelle ufficiali del Ministero del Lavoro, giustificando lo scostamento per mezzo della stipula di un "contratto di prossimità", asseritamente redatto in violazione della normativa di settore; ribasso esitato nella offerta vincente, che tuttavia presenterebbe evidenti profili di inattendibilità.

Invero, rileva il Collegio che l'aggiudicataria ha indicato in offerta l'utilizzo di quattro guardie giurate del IV livello contrattuale, dichiarando di dover sopportare un costo orario pari ad €. 16,77, a fronte di un costo pari ad €. 18,63 per il lavoro diurno ed €. 19,55 per il lavoro notturno, come da tabelle del Ministero del Lavoro, allegate in atti.

Ciò posto l'art. 97 del d.lgs 50/2016 prevede che la Stazione Appaltante debba escludere il concorrente la cui offerta sia stata sottoposta a verifica se il concorrente non giustifica il basso livello dei prezzi e dei costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4 ovvero se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo della norma, che l'offerta era normalmente bassa, in quanto:

non rispetta gli obblighi di cui all'art. 30 comma 3 (lettera a art. 97) ovvero il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi nelle apposite tabelle di cui all'art. 23 comma 16 (lettera d del detto articolo).

Posto che il ribasso dei costi del lavoro stabiliti dalle tabelle ministeriali deve essere ritenuto inderogabile, si rileva che la Sicurpiana ha giustificato il ribasso del costo del lavoro rispetto alle tabelle, invocando l'applicazione di un "contratto di prossimità" ai sensi dell'art. 8 D.L. 138/2011.

Tuttavia, osserva il Collegio la correttezza di quanto contestato da parte ricorrente in ordine all'utilizzo di tale strumento contrattuale, come introdotto dall' art. 8 D.L. n.138/2011.

In disparte la considerazione che, come dedotto da parte ricorrente, il contratto di prossimità (sostanzandosi in un accordo di II livello che ha la funzione di integrare il CCN di categoria ovvero di derogare alla disciplina legale e a quella prevista dalla contrattazione collettiva, per la finalità del raggiungimento di specifici obiettivi, quali la salvaguardia dell'occupazione, l'avvio di nuove attività, l'emersione del lavoro irregolare) non risulta esser stato stipulato da un sindacato legittimato (il che potrebbe ridondare in termini di irregolarità dell'accordo)

nonché il rilievo che per il principio di vicinanza della prova, l'onere della dimostrazione della sufficiente rappresentatività avrebbe dovuto essere assolto dalla parte controinteressata (che ha mancato di costituirsi in giudizio) ovvero dall'Amministrazione resistente (cosa che non è avvenuta), si osserva che l'oggetto dell'appalto de quo non sembra avere attinenza con le attività tassativamente previste dal comma 2 dell'art. 8 D.L. n. 138/2011 convertito con modificazioni dalla legge n. 148/2011.

Il citato comma 2 invero contempla infatti l'operatività del cd. "contratto di prossimità" solo ed inderogabilmente al fine di regolare le materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento:

- a) agli impianti audiovisivi e alla introduzione di nuove tecnologie;
- b) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale;
- c) ai contratti a termine, ai contratti ad orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti e ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro;
- d) alla disciplina dell'orario di lavoro;
- e) alle modalità di disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni continuative e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione od affidamento.

La conferma della tassatività dell'elenco è stata peraltro ribadita dalla sentenza n. 221 della Corte Costituzionale resa il 4 ottobre 2012, citata pure da parte istante, ed intervenuta a dirimere una vertenza in ordine ad una asserita incostituzionalità della norma per violazione del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni.

Ma ancora più assorbente, ed anzi decisiva, appare la doglianza proposta dalla società ricorrente, laddove ha contestato l'inammissibilità delle giustificazioni offerte dall'aggiudicataria, nella parte in cui comportano e si fondano su di una inammissibile lesione del diritto alla giusta retribuzione spettante ai lavoratori coinvolti nell'accordo de quo.

Ed infatti esso contempla un trattamento retributivo deteriore rispetto ai minimi stabiliti dal CCNL di settore, laddove il costo del lavoro è connesso alla eliminazione della quattordicesima mensilità nonché di tutte le indennità ivi previste.

Critica questa, ancora una volta, non specificamente contestato dalle parti interessate.

Risulta altresì che nelle giustificazioni offerte da Sicurpiana, in occasione del controllo di

anomalia, gli stessi contributi previdenziali e assistenziali sono stati conseguentemente computati sulla minore retribuzione annuale come risultante dal CCNL di settore (in violazione dell'art. 1 comma 1 D.L. 338/1989 nonché della circolare n. 7/2016 del Ministero del Lavoro).

Plausibili sono le asserzioni di Europol nella parte in cui ricordano che la stazione appaltante, alla luce della nuova cornice ordinamentale costituita dal d.lgs. n. 50/2016 (nuovo Codice de Contratti Pubblici), è obbligata ad escludere il concorrente, quando sia stato accertato che l'offerta è anormalmente bassa, in quanto, tra l'altro, non rispetta gli obblighi di cui all'art. 30 comma 3 lett. a) ovvero il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'art. 23 comma 16 del Codice medesimo.

Tale ultima previsione, in conformità all'art. 86 comma 3 bis del vecchio codice dei contratti, contempla il costo del lavoro *“determinato annualmente in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle Politiche Sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali”*.

In buona sostanza il rinvio operato dall'art. 97 comma 5 lett. a) all'art. 30 comma 3 implica che, nella esecuzione degli appalti pubblici, gli operatori economici sono obbligati a rispettare le norme poste a tutela dei diritti sociali, ambientali e del lavoro, essendo preciso obbligo della stazione appaltante chiedere i necessari giustificativi in sede di verifica sull'anomalia dell'offerta.

Con il vincolato esito della dovuta esclusione dell'offerta proposta in spregio degli obblighi retributivi minimi, e ciò, si badi bene, anche indipendentemente dalla congruità dell'offerta valutata nel suo complesso; in ciò sostanziandosi il *novum* rispetto alla pregressa disciplina.

Invero, la linea ermeneutica del nuovo sistema di tutela, come illuminata in ricorso, deve essere condivisa proprio all'esito della lettura della stessa direttiva 24/2014 UE (art. 69); da un esame testuale e sistematico emerge invero che la ratio del nuovo codice è chiaramente orientata per il rigoroso rispetto dei diritti minimi laddove involgano i primari interessi ambientali, sociali e, come nel caso di specie, lavoristici.

Da tutto quanto sopra esposto deriva:

la apparente incongruità dell'offerta avanzata dall'aggiudicataria e l'inammissibilità dei giustificativi offerti;

la difettosità delle determinazioni conseguenti prese dall'Amministrazione, la quale ha recepito acriticamente le giustificazioni fornite da Sicurpiana srl;

la ricorrenza dei vizi lamentati dalla ricorrente con il primo motivo di gravame.

Stante l'espressa graduazione dei motivi di diritto, è precluso lo scrutinio della seconda doglianza articolata in ricorso, che pure involgerebbe la regolarità della gara medesima.

Ne consegue l'annullamento degli atti impugnati ai punti A), B) e C) dell'epigrafe con obbligo dell'Amministrazione di rideterminarsi alla stregua degli effetti conformativi che derivano dalla presente pronuncia.

La novità della questione, il mutato quadro ordinamentale e la sussistenza dei presupposti di legge impongono di compensare le spese di lite tra la parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate tra le parti.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Filippo Maria Tropiano, Referendario, Estensore

Donatella Testini, Referendario