

N. 03143/2014 REG.PROV.COLL.
N. 01886/2014 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 per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1886 del 2014, proposto da:
Impresa Sangalli Giancarlo & c. S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv.
Maurizio Boifava, con domicilio eletto in Milano, presso la Segreteria
del Tribunale;

contro

Brianzacque S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Maria Cristina
Colombo e Mattia Casati, con domicilio eletto presso il loro studio in
Milano, Via Durini, 24;

nei confronti di

Ecologia Piemontese S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti
Alessandro Sciolla, Sergio Viale e Aldo Russo, con domicilio eletto
presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Piazza Duse, 1;

Tomasoni Giosuè Spurghi S.a.s. di Frapporti Alessandro & C.,
Spurgo Service S.r.l., F.lli Zappettini S.r.l., R.T.I. tra M.P.M.
Ambiente S.r.l. ed Impresa Edile Stradale Artifoni S.p.a.; non

costituiti in giudizio

per l'annullamento

del bando, del disciplinare, del capitolato speciale, comprensivi dei relativi allegati tutti (da "A" ad "N"), e comunque ed in ogni caso, di tutti gli atti costituenti la *lex specialis* della procedura aperta, suddivisa in numero cinque lotti (A-E), indetta dalla stazione appaltante per l'affidamento del servizio di spurgo fognature, manufatti reti fognarie e impianti di depurazione - anno 2014-2015, delle risposte rese dalla stazione appaltante a seguito delle richieste di chiarimenti pervenute, ed in particolare, ma non esclusivamente, di quelle rubricate sub chiarimento n. 8, ad evasione dei quesiti nn. 3 e 4, di tutti i verbali di gara redatti in occasione dell'espletamento della procedura de qua, ivi compresi quelli afferenti il sub procedimento di verifica delle offerte anomale, delle aggiudicazioni definitive in favore delle controinteressate, e di ogni altro atto e/o provvedimento connesso, comunque risalente alla stazione appaltante.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Brianzacque S.r.l. e di Ecologia Piemontese S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 novembre 2014 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato in data 20.12.2013 la stazione appaltante ha indetto una procedura aperta, con il metodo del prezzo più basso, articolata in cinque lotti, per l'affidamento del servizio di spurgo fognature, manufatti reti fognarie e impianti di depurazione, per gli anni 2014 e 2015.

Con ricorso ritualmente notificato e depositato, l'istante contesta, in via principale, la legittimità della stessa *lex specialis*, ed in via subordinata, la mancata esclusione delle altre concorrenti.

La stazione appaltante e la controinteressata Ecologica Piemontese S.r.l. si sono costituite in giudizio, insistendo per il rigetto del ricorso, in rito e nel merito.

Con ordinanza n. 900 del 26.6.2014 il Tribunale ha respinto la domanda cautelare.

All'udienza pubblica del 12.11.2014 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

I primi due motivi di ricorso sono infondati nel merito, potendosi così prescindere dallo scrutinio delle eccezioni preliminari di inammissibilità sollevate dalla difesa della stazione appaltante e della controinteressata.

I) Con il primo motivo la ricorrente contesta la legittimità del bando di gara, in particolare, per violazione dell'art. 82 c. 3 bis del D.Lgs. n.

163/2006, che imporrebbe alla stazione appaltante di indicare, nell'ambito della base d'asta, l'entità della stessa riconducibile al costo del personale necessario ad eseguire le prestazioni oggetto dell'appalto.

I.1) Osserva il Collegio che, in conformità a quanto evidenziato in sede cautelare, se è pur vero, come argomentato dalla difesa della ricorrente, che nelle gare da aggiudicarsi con il metodo del prezzo più basso, la stazione appaltante è tenuta a predeterminare ogni elemento dell'appalto, dovendo i concorrenti unicamente indicare il prezzo, tale regola può tuttavia valere solo con riferimento agli elementi che sono nella disponibilità della stessa, come avviene, ad esempio, rispetto ai costi per la sicurezza da interferenze, da evidenziarsi nella *lex specialis*, e non soggetti a ribasso. Il “costo del personale” cui fa invece riferimento l'art. 82 c. 3 bis del D.Lgs. n. 163/06 non è invece un valore conoscibile *ex ante*, e dunque predeterminabile dalla stazione appaltante, essendo infatti variabile in relazione ad una molteplicità di fattori soggettivi del singolo concorrente, e dipendenti, in primis, dalla sua diversa organizzazione imprenditoriale. In relazione a quanto disposto dal citato art. 82 c. 3 bis la stazione appaltante deve invece valutare, *ex post*, che detto costo, come indicato dall'aggiudicataria, ed eventualmente alla luce delle giustificazioni fornite dalla stessa, sia in concreto rispettoso “dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore”, nei termini indicati dalla stessa norma.

I.2) Né, in contrario, depone la giurisprudenza citata dalla ricorrente a supporto delle proprie ragioni, in realtà non pertinente rispetto alla fattispecie di che trattasi.

T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 23.5.2014 n. 213, ha infatti accolto un ricorso in considerazione del fatto che la procedura di gara impugnata, oltre a non indicare, nella determinazione dell'importo a base d'asta, il costo del personale, risultava indetta in carenza della relazione tecnico-illustrativa, dei documenti inerenti alla sicurezza, ed in particolare, del DUVRI, oggetto dell'obbligo di cui all'art. 26 c. 3, D.Lgs. n. 81/2008, e del prospetto economico. Parimenti, la sentenza T.A.R. Lazio, Roma, 2.7.2012 n. 6015, in essa citata, si riferiva ad un caso in cui il ricorso era stato accolto, in considerazione della mancata messa a disposizione, da parte della stazione appaltante, di informazioni essenziali ai fini della formulazione dell'offerta.

In conclusione, il motivo va dunque respinto poiché, come evidenziato in giurisprudenza, è obbligo della stazione appaltante, più che imporre la "nettizzazione" dei costi del personale in sede di redazione dell'offerta, comparare i ribassi lordi offerti e, nello stesso tempo, verificare la congruità del costo del lavoro, partendo dal criterio di produttività esposto dall'impresa partecipante, per poi verificare la sufficienza del personale in concreto impiegato nell'esecuzione a garantire tale produttività ed i corrispondenti salari minimi indicati (C.S., Sez. III, 14.1.2013 n. 148).

II) Con il secondo motivo, proposto in via subordinata, la ricorrente chiede l'esclusione di Ecologica Piemontese e dell'A.T.I. con capogruppo M.P.M. Ambiente, le quali non applicherebbero ai propri dipendenti un C.C.N.L. "inerente al settore oggetto dell'appalto", come invece richiesto dalla *lex specialis*. In particolare, la prima, aggiudicataria, del Lotto C, applica il contratto del commercio, mentre la seconda, aggiudicataria del Lotto E, quello dei trasporti, entrambi disciplinanti mansioni non riconducibili a quelle di igiene ambientale, oggetto della procedura impugnata nel presente giudizio.

II.1) In via preliminare, come già evidenziato in sede cautelare, il Collegio sottolinea che la *lex specialis* non solo non affermava che l'appaltatore avrebbe dovuto applicare il C.C.N.L. dell'igiene ambientale, ma al contrario, imponeva ai concorrenti di dichiarare "di rispettare ed applicare, al momento della presentazione dell'offerta, e per tutta la durata del contratto, i contratti collettivi nazionali di lavoro" (punto n. 33 della domanda di partecipazione), consentendo pertanto ai concorrenti, implicitamente, di applicare una pluralità di contratti collettivi, pur nell'ambito di quelli relativi al settore oggetto dell'appalto.

II.2) Più in generale, la giurisprudenza consolidata afferma sul punto che, venuto meno l'ordinamento corporativo, la scelta circa il contratto collettivo da applicare al personale dipendente di un determinato datore di lavoro, è rimessa all'autonomia privata, sicché

saranno le parti stesse, nello stipulare il singolo contratto individuale di lavoro, ad indicare a quale contratto collettivo nazionale intendono far riferimento (Cass. Civ., SS.UU, 26.3.1997 n. 2665; Cass. Civ., Sez. Lav., 25.10.1997 n. 10523. T.A.R. Sardegna, Sez. I, 19.5.2009 n. 794); ne consegue che la stazione appaltante non può richiedere ai concorrenti l'applicazione di un unico contratto collettivo nazionale (T.A.R. Lombardia, Sez. III, 22.12.2009 n. 5936), dovendosi pertanto rigettare il presente motivo.

III) Con il terzo ed il quarto motivo, la ricorrente chiede l'esclusione, rispettivamente, della Ditta Zappettini, aggiudicataria del lotto D, e nuovamente della Ecologica Piemontese, come detto, aggiudicataria del Lotto C.

Al fine di giustificare il proprio interesse allo scrutinio delle censure, la ricorrente richiama quanto previsto nel punto 4.2. della *lex specialis*, secondo cui ogni concorrente poteva divenire aggiudicatario di un solo lotto, dovendo indicare la relativa preferenza nella domanda di partecipazione. Conseguentemente, malgrado la stessa si sia classificata al settimo posto nel lotto A, al sesto nel Lotto B, al settimo nel Lotto C, al sesto nel Lotto D, ed al sesto nel Lotto E, applicando detta clausola, ed escludendo le concorrenti Zappettini ed Ecologica Piemontese, in accoglimento delle presenti doglianze, la ricorrente diverrebbe aggiudicataria del Lotto A.

III.1) Ritiene tuttavia il Collegio che, nonostante l'applicazione delle regole di cui al predetto punto 4.2, la ricorrente non ha interesse allo

scrutinio della censura, che è pertanto inammissibile.

Secondo la sua stessa prospettazione (pag. 3 della memoria del 27.10.2014), la ricorrente potrebbe infatti divenire aggiudicataria del Lotto A, tra l'altro, solo grazie all'esclusione della Stucchi Service, la cui ammissione non è stata tuttavia oggetto di alcuna censura nell'ambito del presente giudizio, avendo pertanto consolidato i propri effetti.

Ritiene il Collegio che, del tutto arbitrariamente, la ricorrente sostiene che la predetta Stucchi Service dovrebbe essere esclusa dalla procedura impugnata, in conseguenza dell'accoglimento di un ricorso incidentale, presentato da Ecologica Piemontese, in altro ed autonomo giudizio, intentato dalla predetta Stucchi Service.

Sul punto, il Collegio dà atto che la predetta Stucchi Service, con ricorso R.G. 1871/2014, ha impugnato l'aggiudicazione definitiva dei lotti A e C della medesima procedura impugnata nel presente giudizio, presentando una domanda cautelare, che è stata tuttavia respinta con l'ordinanza n. 974 del 10.7.2014, la quale ha ritenuto assistito da *fumus boni iuris* il ricorso incidentale paralizzante presentato da Ecologica Piemontese. In particolare, con tale gravame, la ricorrente incidentale ha chiesto una declaratoria di inammissibilità del ricorso principale, sostenendo che la detta Stucchi Service avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di che trattasi, per mancata dimostrazione dei requisiti di partecipazione (illegittimo ricorso all'avvalimento, ex art. 49 D.Lgs. n. 163/06).

Tuttavia, quanto statuito *inter alios* nella predetta ordinanza, peraltro potenzialmente riformabile in sede di merito, non può avere alcun effetto nell'ambito del presente giudizio, in cui invece, come detto, la ricorrente non ha contestato la partecipazione della predetta Stucchi Service. L'Amministrazione non ha pertanto alcun obbligo di escludere detta concorrente, ciò neppure in caso di accoglimento del predetto ricorso incidentale, volto ad ottenere una mera declaratoria di inammissibilità del ricorso principale, con effetti che si esauriscono nell'ambito processuale, senza invece estendersi anche a quello sostanziale, da cui consegue l'inammissibilità della censura.

In conclusione, il ricorso va pertanto respinto.

Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore della stazione appaltante e della controinteressata, equitativamente e complessivamente liquidate in euro 4.000,00, e dunque nella misura di Euro 2.000,00 per ogni parte, oltre agli oneri di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 12

novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Mauro Gatti, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/12/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)