

Pubblicato il 21/12/2020

N. 00903/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00343/2020 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 per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 343 del 2020, proposto da
Multi Manutenzione S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Roberta Bertolani, Mario Gorlani,
Alberto Ponti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Brescia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Gisella Donati, Magda Poli, Raffaella
Rizzardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Provincia di Brescia - Settore della Stazione Appaltante – Centrale Unica di
Committenza di Area Vasta non costituito in giudizio;

nei confronti

CN Costruzioni Generali S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro
tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefania Morgigno, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione,

- della Determinazione Dirigenziale n° 615/2020 del 27. 05. 2020 del Settore dell'edilizia scolastica e Direzione della Provincia di Brescia di aggiudicazione definitiva dell'appalto per l'affidamento lavori di manutenzione immobili scolastici e fabbricati provinciali 2019/2020 in favore della C.N. Costruzioni Generali S.p.a., pubblicata in data 28.05.2020 e comunicata in pari data;
- della nota a firma del R.U.P. prot. n. 58557/2020 del 20-04-2020 di valutazione sulle giustificazioni dell'operatore economico C.N. Costruzioni Generali S.p.A. (Doc. 5);
- di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso a quelli di cui sopra, ivi compresi la Determinazione Dirigenziale n° 568/2020 del 13.05.2020 del Settore della Stazione Appaltante – Centrale Unica di Committenza di Area Vasta di approvazione dei verbali di gara e proposta di aggiudicazione (Doc. 6) nonché tutti i verbali di gara, con particolare ma non esclusivo riferimento a quelli delle sedute del 10, 16, 21 e 30 ottobre 2019 (Docc. 7, 8) e del verbale di gara della seduta del 30 settembre 2019 (Doc. 9) – nella parte in cui hanno ritenuto l'ammissibilità e la congruità dell'offerta prima classificata - e della relativa Determinazione Dirigenziale n° 1423/2019 di approvazione dell'elenco degli ammessi e degli esclusi (non comunicata) (Doc. 10)

e per l'accertamento

del diritto della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione della procedura e, per l'effetto, di stipulare il contratto, anche a mezzo di subentro, per l'intera durata dell'affidamento, con declaratoria di inefficacia, anche retroattiva e anche in sede cautelare, del contratto, qualora stipulato con il controinteressato.

e per la condanna

della amministrazione resistente al risarcimento del danno, in forma specifica, stante la disponibilità della ricorrente, che qui si dichiara, ad eseguire ovvero a subentrare nella esecuzione del contratto, ovvero, in subordine, per equivalente, nella misura che sarà quantificata e comprovata in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Brescia e di CN Costruzioni Generali S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Dato atto che la controversia è stata trattenuta in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati e delle note d'udienza da ultimo depositate, ai sensi del combinato disposto dell'art. 25 del D.L n. 137/2020 e del primo comma dell'art. 4 del D.L. n. 28/2020;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 novembre 2020 il dott. Bernardo Massari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione dirigenziale n. 976/2019 la Provincia di Brescia, Settore Edilizia scolastica, dava avvio alla procedura aperta per l'affidamento dei lavori di manutenzione di immobili scolastici e fabbricati provinciali per il quadriennio 2019/2022, finalizzata alla conclusione di un accordo quadro con unico operatore economico, da aggiudicarsi a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con base d'asta pari ad € 18.000.000,00 oltre Iva, di cui € 17.730.000,00 per lavori ed € 270.000,00 per oneri sicurezza. Il bando di gara qualificava l'appalto in questione come un appalto di lavori precisando, nel Capitolato Speciale di appalto, che *“Si esplicheranno nell'esecuzione, anche in condizioni di somma urgenza, di lavori di manutenzione di qualsiasi tipo...”*, e al successivo comma 7 che, *“Gli interventi potranno interessare qualsiasi tipologia di lavoro presente nell'elenco prezzi unitari ...”* costituito dal Prezzario Regionale delle Opere pubbliche 2019, parte integrante del contratto ai sensi dell'art. 7 comma 1.

Il Prezzario e, dunque, l'oggetto del contratto si riferiva ad interventi edilizi, tanto di manutenzione ordinaria che straordinaria, così che, ai fini dell'indicazione del costo delle manodopera, erano prese a riferimento le tabelle del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali pubblicate in data 3 aprile 2017 con D.D n. 23/2017 per le opere edili.

Il disciplinare di gara (nella sua versione rettificata) individuava quale categoria prevalente la OG1, classe VI, relativa agli Edifici Civili ed Industriali e, segnatamente, gli interventi di costruzione, la manutenzione o la ristrutturazione e, quali categorie scorporabili, un articolato sistema di qualificazione comprendente OG2, OG3, OS 8, OS 7, OS 6, tale da connotare il 78% del valore complessivo dell'appalto come riconducibile ad interventi di natura strettamente edilizia.

Coerentemente con l'oggetto del contratto e con il sistema di qualificazione, l'art. 52 del CSA, stabiliva che le imprese avrebbero dovuto formulare la propria offerta tenendo conto che *“l'appaltatore si obbliga ad applicare integralmente il contratto nazionale di lavoro per gli operai dipendenti dalle aziende industriali edili e affini e gli accordi locali e aziendali integrativi dello stesso, in vigore per il tempo e nella località in cui si svolgono i lavori”*, con la precisazione che *“i suddetti obblighi vincolano l'appaltatore anche se non è aderente alle associazioni stipulanti o receda da esse e indipendentemente dalla natura industriale o artigiana, dalla struttura o dalle dimensioni dell'impresa stessa e da ogni altra sua qualificazione giuridica”*.

Nelle sedute riservate del 10, 16 e 21 ottobre 2019 la commissione di gara procedeva alla valutazione delle offerte tecniche dei concorrenti, all'esito della quale alla ricorrente era attribuito il miglior punteggio di 65,20, mentre alla controinteressata era assegnato il punteggio di 62,07.

Nella successiva seduta del 30.10.2019 venivano aperte le buste relative alle offerte economiche risultando che la ricorrente aveva offerto un ribasso del 41,270% mentre la controinteressata un ribasso del 53,728% cui erano attribuiti i punteggi riparametrati, rispettivamente, di 23,044 e 30.

Per l'effetto veniva stilata la graduatoria finale provvisoria che vedeva prima classificata C.N. Costruzioni Generali S.p.A. con il punteggio complessivo di 92,07 e seconda la società ricorrente con punti complessivi 88,244.

L'offerta economica di C.N., risultando anormalmente bassa ai sensi dell'art. 97, co. 3, del d.lgs. 50/2016, veniva sottoposta a verifica all'esito della quale, con determinazione dirigenziale del 27 maggio 2020, veniva disposta

l'aggiudicazione definitiva in favore della C.N. Costruzioni Generale S.p.a. che aveva giustificato il ribasso offerto dichiarando di applicare al proprio personale il CCNL multiservizi.

Avverso tale provvedimento si gravava la società ricorrente chiedendone l'annullamento, previa sospensione, e deducendo:

1. Violazione degli artt. 30, co. 3 e 4, 97, 83, 59, 94, 95, 100 e 105, co. 9, del d.lgs. n. 50/2016. Violazione degli artt. 8 e 52 del Capitolato speciale. Eccesso di potere per violazione della circolare del Ministero del lavoro n. 10565/2015. Violazione dei principi di parità di trattamento e libera concorrenza. Travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, contraddittorietà. Violazione del principio dell'autovincolo.

2. Violazione degli artt. 95, 97 e 30, co.1, 3 e 4, d.lgs. 50/2016. Difetto di istruttoria e di motivazione. Travisamento dei presupposti di fatto e di diritto. Violazione dei principi di parità di trattamento e libera concorrenza.

Si costituivano in resistenza la Provincia di Brescia e C.N. Costruzioni Generali S.p.A. instando per la reiezione del ricorso.

Con ordinanza n. 228 del 9 luglio 2020 veniva respinta la domanda incidentale di sospensione dell'atto impugnato.

Alla pubblica udienza del 12 novembre 2020 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. La ricorrente, con una pluralità di argomentazioni, lamenta in primo luogo che, in spregio alla natura dell'appalto oggetto della gara e delle stesse prescrizioni dettate dalla stazione appaltante nel capitolato speciale, la controinteressata abbia dichiarato di applicare al proprio personale il CCNL multiservizi, circostanza che le ha consentito di presentare un'offerta economica di gran lunga più vantaggiosa di quelle delle altre imprese concorrenti. Ne seguirebbe che C.N. Costruzioni Generali S.p.A. avrebbe dovuto essere estromessa dal procedimento per avere violato una prescrizione essenziale della legge di gara.

1.1. La tesi non può essere seguita.

Per un verso, infatti, occorre richiamare l'attenzione sul principio di tassatività delle cause di esclusione che non consente l'aggiunta di ulteriori fattispecie in aggiunta a quelle di legge a carico degli operatori economici partecipanti alle procedure di affidamento di contratti pubblici (Cons. Stato, III, 7 luglio 2017, n. 3352; id., sez. V, 23 agosto 2019, n. 5828).

Per altro verso, non può non rilevarsi che la prescrizione recata dal capitolato speciale, non era assistita dalla sanzione dell'esclusione nei confronti dell'operatore che ne avesse pretermesso il rispetto, rilevando, piuttosto (come di seguito illustrato), come indice di affidabilità e coerenza dell'offerta rispetto all'oggetto dell'appalto.

Come rilevato dalla difesa della Provincia, l'adesione al contratto collettivo edilizia, peraltro, non era richiesta neppure nella legge di gara, né era indicata tra i requisiti di valutazione delle offerte, non avendo neppure la ricorrente, nella propria offerta, espressamente dichiarato di aderire a tale contratto.

2. La società ricorrente lamenta, ulteriormente, che in violazione dei principi di derivazione euro unitaria, fatti propri dal nostro ordinamento (art. 4 del Codice dei contratti pubblici), di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione, oltre al principio di proporzionalità, sia stata valutata come ammissibile, coerente con l'oggetto del contratto e non anomala l'offerta economica dell'aggiudicataria che ha dichiarato di applicare per l'esecuzione dei lavori il CCNL multiservizi a tutto il proprio personale; e ciò anche in violazione dell'art. 52 del CSA che, per contro, richiedeva di applicare integralmente il CCNL per l'edilizia.

Violato risulterebbe anche l'art. 30, co. 4 del d.lgs. n. 50/2016 secondo cui *“Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e*

quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente".

Nello stesso senso l'art. 105, co.9, del Codice dei contratti ribadisce che *"L'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni"*.

L'assunto merita condivisione.

3. Va preliminarmente rilevato che la citata disposizione del capitolato speciale, non impugnata da alcun partecipante, né annullata in autotutela dall'amministrazione, vincola oltre che i concorrenti, anche la stazione appaltante in virtù del principio generale del c.d. autovincolo (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 22/01/2020, n. 524; id., sez. V, 10/10/2017, n. 4683; id., sez. VI, 20/09/2013, n. 4676).

D'altro canto, la scelta dell'amministrazione si palesa ragionevole e giustificata giacché imposta in coerenza con la natura edile della quasi totalità delle opere da realizzarsi che, come desunto dagli atti di gara, ne rappresenta il 78.33%.

E' la stessa amministrazione a ribadire che *"lo scopo della disposizione, contenuta nel capitolato di gara in questione, che fa riferimento all'applicazione del CCNL edilizia ed affini, fosse quello di garantire la partecipazione alla gara di imprese operanti nel settore, ai fini di una puntuale esecuzione del servizio richiesto"*.

3.1. Fermo restando che l'applicazione di un determinato contratto collettivo rientra nella libertà negoziale delle parti (Cons. Stato Sez. V, n. 5575/2019), per altro verso va rilevato che i concorrenti sono tenuti a rispettare la coerenza del contratto nazionale di categoria applicato con l'oggetto dell'appalto posto in gara. Ne segue che, del tutto legittima ed in linea con l'insegnamento giurisprudenziale, si palesa l'indicazione dell'applicazione di uno specifico contratto nella legge di gara purché – come nel caso di specie – tale clausola risponda ad una logica di correlazione tra requisiti da indicare – es. le attestazione di qualificazione SOA con riferimento a tutte le lavorazioni

oggetto d'appalto - e prestazioni da appaltare - in misura prevalente, come visto, di natura edile (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5.10.2016, n. 4109).

Compete, perciò, alla stazione appaltante, nella fase di verifica della congruità delle offerte, valutare che, in relazione alle prestazioni richieste dal bando e dal capitolato, il contratto applicato e la declaratoria delle mansioni da quest'ultimo individuate trovino corrispondenza nella natura delle prestazioni da svolgere.

4. Come stabilito dall'art. 1 del capitolato speciale *"...I lavori consistono sostanzialmente nell'esecuzione di tutte le opere e provviste occorrenti per la manutenzione, finalizzata anche alla messa in sicurezza e conservazione, riparazione degli immobili scolastici e uffici provinciali di proprietà o gestiti dalla Provincia di Brescia..."*.

Viene altresì precisato che *"Gli interventi manutentivi commissionabili sono caratterizzati da lavorazioni ordinarie e ripetitive, di non particolare complessità e articolazione progettuale tale da comportare significative interferenze tra i componenti edilizi, strutturali e impiantistici"*.

In particolare le opere edili prevedono la *"Demolizione e ricostruzione di pareti divisorie atte ...; Modifica, riparazione, adeguamento di servizi igienici; Eventuale risanamento dell'umidità da infiltrazioni nelle murature; Riparazione dei manti di copertura; Riparazione, sostituzione serramenti; Ripresa di intonaci interni ed esterni deteriorati ed intonacature sulle pareti di nuova costruzione; Apertura e chiusura tracce nelle murature per il passaggio dell'impiantistica; Scavi, rinterrì, sistemazione pavimentazioni esterne; Modifica, rifacimento, rinnovamento tratti di fognature nelle aree pertinenziali dei fabbricati; Modifica, riparazione di recinzioni, cancellate, porte, cancelli manuali ed automatizzati"*

Le "Opere impiantistiche" consistono in: *"Piccole modifiche e riparazioni di impianti elettrici; Verifica ed integrazione delle messe a terra degli edifici; Rinnovo, riparazione dei quadri salvavita di controllo, dei contatori, ...; Adeguamento degli impianti elettrici e di rete alle esigenze degli istituti; Adeguamento, rinnovo, impianti di illuminazione; Rinnovo, rifacimento, riparazione degli impianti idraulici, di riscaldamento e*

raffrescamento, compreso la riparazione e/o sostituzione di caloriferi, termoconvettori, fan-coil, splits, ecc.”.

Secondo l'Amministrazione non si tratterebbe *“di lavori edili tali da comportare significative interferenze tra i componenti edilizi, strutturali e impiantistici?”*, che perciò non richiederebbero specializzazioni e qualifiche particolari.

Inoltre, la qualificazione della complessiva organizzazione d'impresa e del personale sarebbe garantita dall'attestazione SOA richiesta alle offerenti che la controinteressata ha attestato di possedere nella domanda di partecipazione.

4.1. La tesi non appare convincente.

Invero, la stazione appaltante pare sovrapporre e confondere due profili differenti e le conseguenze che derivano dalla pretermissione delle relative disposizioni della legge di gara.

La titolarità dell'attestazione SOA che è il frutto di una valutazione complessiva degli elementi dell'organizzazione aziendale con valore di atto pubblico certifica che l'impresa possiede i requisiti di carattere tecnico e organizzativo necessari a qualificarla all'esecuzione del contratto e, se prevista dalla legge di gara, la sua assenza comporta necessariamente l'esclusione dell'impresa concorrente.

Peraltro, la stazione appaltante, pur in presenza di tale certificazione, conserva sempre il potere di verificare in concreto l'idoneità dell'offerta a soddisfare le esigenze connesse all'esecuzione delle opere o allo svolgimento del servizio.

Per contro, l'ossequio ad una prescrizione della legge di gara (nella specie il CSA) non dettata a pena di esclusione va necessariamente valutata dall'amministrazione al fine di verificare la complessiva idoneità o dell'anomalia dell'offerta in concreto. Nella specie riscontrare che la prescrizione del capitolato secondo cui *“nell'esecuzione dei lavori che formano oggetto del presente appalto, l'appaltatore si obbliga ad applicare integralmente il contratto nazionale di lavoro per gli operai dipendenti dalle aziende industriali edili ...”* ed accertare che l'applicazione di un assai diverso contratto collettivo di lavoro

non comporti che la tipologia di contratto applicato non si adatti in concreto alle prestazioni oggetto del servizio da affidare.

E' solo nel caso in cui la previsione della *lex specialis* non faccia testualmente riferimento ad un particolare CCNL, bensì, in termini più ampi, al "settore" di riferimento, che possono ritenersi ammissibili delle offerte che abbiano fatto applicazione di altri CCNL, purché coerenti con l'attività oggetto dell'appalto da affidare (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 dicembre 2020 n. 7909).

Viceversa, nel silenzio della legge di gara "*rimane pur sempre, predicabile il vincolo cogente di coerenza tra CCNL applicato ed oggetto dell'appalto direttamente posto nel precetto mutuabile dall'articolo 30 comma 4 del D.lgs. n. 50 del 2016*" (Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2020, n. 1406; idem sez. V, 1 marzo 2017, n. 932;).

Nel caso all'esame la stessa stazione appaltante si era vincolata a richiedere al soggetto aggiudicatario l'applicazione del contratto nazionale di lavoro per gli operai dipendenti dalle aziende industriali edili, né risulta un'adeguata istruttoria che, superando tale vincolo (ammesso che sia possibile), abbia consentito di verificare che le mansioni e la qualificazione del personale assunto e retribuito dall'aggiudicataria con il CCNL multiservizi fossero coerenti con l'oggetto dell'appalto e idonei a svolgere i lavori oggetto del contratto.

Si è già visto sopra che le lavorazioni indicate nel capitolato comportano il possesso di una specifica qualificazione, non potendosi convenire con le controparti in ordine alla surrogabilità delle abilità e delle specializzazioni necessarie, e non rilevando a tal fine che CN Costruzioni generali abbia stipulato contratti di oggetto simile con altri contraenti, non risultando la prova dell'equivalenza del CCNL applicato e quello previsto dall'art. 52 del capitolato, come pure la coerenza con l'oggetto del contratto di appalto.

L'oggetto del contratto comprendeva infatti tutti i prezzi e le lavorazioni di cui all'elenco prezzi unitari costituito dal Prezzario Regionale delle Opere pubbliche di Regione Lombardia, confermando per altra via la natura sostanziale delle prestazioni richieste.

E ciò a prescindere dalla condivisibile affermazione che “*la corretta applicazione dei contratti collettivi secondo i propri naturali ambiti di applicazione è condizione indefettibile per il corretto funzionamento del mercato del lavoro e per il dispiegarsi di una leale concorrenza tra imprese*” (T.A.R. Piemonte, sez. I, 25 maggio 2020 n. 316; nello stesso senso Cons. Stato, sez. V, 04/05/2020, n. 2829).

Ne segue che, in fase di verifica della congruità dell’offerta presentata, per certo economicamente più conveniente per l’amministrazione, ma non rispettosa dei principi di libera concorrenza, non discriminazione e proporzionalità di cui all’art. 30, co. 1, d.lgs. n. 50/2016, l’aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa proprio per non avere dimostrato l’equivalenza delle qualifiche possedute dalle proprie maestranze con quelle indicate nel CCNL del settore edile corrispondenti all’effettivo oggetto dell’appalto.

E ciò anche perché la coerenza del contratto applicato con l’oggetto dell’appalto è necessaria sia per garantire che il personale impiegato venga adeguatamente tutelato per la parte giuridica e percepisca una retribuzione proporzionata all’attività in concreto svolta, sia per assicurare la correttezza dell’esecuzione delle prestazioni oggetto della commessa attraverso una vincolante connessione funzionale delle stesse con i profili professionali più appropriati (Cons. Stato, sez. III, 25/02/2020, n.1406).

Consegue da quanto esposto che il ricorso va accolto, per l’effetto annullando gli atti di gara nella parte in cui hanno determinato l’aggiudicazione in favore di C.N. Costruzioni Generali S.p.A. con declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza come in dispositivo liquidate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto:

- annulla l’atto di aggiudicazione in favore della controinteressata;

- dichiara l'inefficacia del contratto stipulato, nelle more del processo, dalla Provincia di Brescia.

Condanna la Provincia di Brescia e CN Costruzioni Generali S.p.A. al pagamento delle spese processuali che si liquidano in € 3.000,00 per ciascuna, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in video conferenza da remoto nella camera di consiglio del giorno 12 novembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Bernardo Massari, Presidente, Estensore

Mauro Pedron, Consigliere

Mara Bertagnolli, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Bernardo Massari

IL SEGRETARIO