

Pubblicato il 16/12/2024

N. 04116/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01612/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1612 del 2024, proposto da Siram spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Massimiliano Mangano, Maria Beatrice Miceli, e Lucia Interlandi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

l'AO – Azienda ospedaliera “Papardo” di Messina, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonino Comunale e Vincenza Maccora, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento,

previa misura cautelare,

- del bando di gara / disciplinare della procedura di affidamento dell'appalto misto servizi-lavori avente ad oggetto “il multiservizio tecnologico integrato con fornitura di energia ed esecuzione di interventi di riqualificazione energetica”, CIG: B2618ACA74, indetta dall'Azienda ospedaliera “Papardo” di Messina, quindi tutta la documentazione di gara e tra questa il Capitolato tecnico con relativi allegati ed il Quadro economico;

- ove occorrer possa, i chiarimenti della stazione appaltante n. 1, 2, 3 e 21.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'AO Papardo;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2024 il dott. Diego Spampinato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente, sul presupposto di essere interessata a partecipare alla procedura in epigrafe, e di non aver potuto formulare un'offerta a causa della «...*abnorme e macroscopica sottostima del costo della manodopera da parte della Stazione appaltante, tale da non garantire ragionevolmente la possibilità di presentare un'offerta congrua, in quanto tale sottostima viola il trattamento normativo e retributivo previsto dalla contrattazione collettiva nei confronti del lavoratore...*» (ricorso, pag. 2), con ricorso notificato via PEC il 9 settembre 2024 e depositato il giorno 11 settembre 2024, impugna il bando di gara telematica (pubblicato il giorno 11 luglio 2024) della procedura di affidamento dell'appalto misto servizi - lavori avente ad oggetto "il multiservizio tecnologico integrato con fornitura di energia ed esecuzione di interventi di riqualificazione energetica" (CIG B2618ACA74).

Affida il ricorso al seguente motivo.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 41 e 110 d. lgs. 36/2023; violazione e falsa applicazione dell'art. 1 del d. lgs. 36/2023; difetto di istruttoria. L'art. 41, commi 13 e 14, del d.lgs. 36/2023 (in cui è mantenuta la disciplina vigente di cui all'art. 23, comma 16, del d.lgs. 50/2016) rinvierebbe, per la determinazione del costo del lavoro nei contratti relativi a lavori, servizi e forniture, ad apposite tabelle formulate dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali altresì prevedendo che tali costi, unitamente a quelli della sicurezza, siano scorporati dall'importo assoggettato al ribasso, restando ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo derivi da una più efficiente organizzazione aziendale; l'art. 110, comma 4, del d.lgs. 36/2023 (come già l'art. 97, comma 6, del d.lgs. 50/2016) prevedrebbe altresì che non siano ammesse giustificazioni "in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge"; tanto premesso, nel caso di specie la base d'asta sarebbe stata elaborata dalla Stazione appaltante senza tener in considerazione il costo della manodopera determinato nelle tabelle ministeriali, ciò denotando carenza istruttoria ed impedendo la formulazione di un'offerta; a tal fine, parte ricorrente precisa:

a) nel chiarimento n. 1 del 31 luglio 2024 (risposta a domanda n. 2) la Stazione Appaltante avrebbe confermato di avere predeterminato il costo della manodopera sulla base delle "RAL" delle maestranze utilizzate dall'operatore uscente (escludendo pertanto tutti i costi aggiuntivi relativi ad es. alle aliquote TFR, INPS, INAIL, ecc);

b) nel chiarimento n. 21 del 27 agosto 2024 la Stazione appaltante avrebbe precisato di aver fatto riferimento – ai fini della valutazione del costo della manodopera – al «*dato reale, formalmente confermato dall'operatore economico uscente, trattandosi di un servizio sovrapponibile a quello in scadenza*», mentre nelle delibere ANAC (parere di precontenzioso n. 745 del 30/09/2020 rif. prec 137/20/s e parere di precontenzioso n. 143 del 4 aprile 2023) l'Autorità avrebbe chiarito che «...*non*

appare plausibile che la stazione appaltante, nella definizione dell'importo a base di gara, indichi relativamente ai costi della manodopera, degli importi inferiori rispetto alle tabelle ministeriali...»;

c) nel quadro economico di spesa riportato all'articolo 3.5 del bando di gara risulterebbe che il valore posto a base d'asta soggetto a ribasso sarebbe di € 12.759.077,13 oltre IVA, di cui € 9.789.077,13 (pari a 3.263.025,71 €/anno) per i servizi a canone, ed € 2.970.000,00 per i lavori, mentre l'importo della manodopera sui servizi a canone non soggetta a ribasso sarebbe di € 3.817.367,61 (pari a 1.272.445,87 €/anno);

d) l'art. 6.5 del Capitolato tecnico, rubricato "Struttura minima del personale dedicata alle attività di gestione, conduzione e manutenzione ordinaria" e l'allegato 1 al Capitolato Tecnico titolato "Determinazione del corrispettivo del servizio" (cfr. pag. 18), individuerebbero il numero di addetti effettivi per l'esecuzione dei servizi in 42,72 (precisando che per operatore si intenderebbe l'equivalente di 1750 ore lavorative); conseguentemente, il monte ore minimo del personale operativo sarebbe pari a 74.760 ad anno (42,72 x 1750), per un totale di 224.280 ore per i tre anni della commessa;

e) nel documento analisi dei costi e del quadro economico di spesa il costo complessivo della manodopera per i servizi a canone sarebbe pari a € 3.817.367,61 (euro 1.272.445,87 ad anno); dividendo il costo annuale (determinato in € 1.272.445,87 ad anno) per il monte ore minimo del personale operativo da garantire (determinato in 74.760 ad anno), si otterrebbe un costo orario medio di 17,02 €/h, inferiore a qualsiasi valore desumibile dalla tabelle del Ministero del lavoro e delle politiche sociali per il settore metalmeccanico, indipendentemente dal livello di inquadramento supposto;

f) tale sottostima sarebbe stata evidenziata dalla società ricorrente, ma la stazione appaltante avrebbe confermato (chiarimento n. 21 del 27 agosto 2024) la stima dei costi della manodopera di cui alla legge di gara.

L'AO intimata si è costituita spiegando difese in rito e nel merito; in particolare:

a) ha eccepito che non si sarebbe proceduto alla notifica del ricorso a nemmeno uno dei controinteressati, uno dei quali sarebbe identificabile nella ditta che attualmente sosterebbe lo stesso analogo appalto;

b) le tabelle costituirebbero solo un criterio comparativo e non un limite di soglia minima invalicabile, esistendo un *range* di variabilità con spazi di oscillazione dei connessi valori economici, in relazione al singolo oggetto negoziale, o meglio alla migliore capacità organizzativa dell'impresa in grado di far emergere positivamente i relativi fattori produttivi; la giurisprudenza consolidata avrebbe infatti da tempo rimosso l'idea dell'incomprimibilità sistematica del costo della manodopera, ferma restando la soluzione finale della verifica dell'anomalia dell'offerta della stazione appaltante sempre e comunque; l'art. 41, comma 14, del D. lgs. 36/2023, andrebbe letto con il combinato disposto dell'art. 108, comma 9, con l'art. 110, comma 1, del citato decreto, da ciò potendo desumersi che il legislatore non avrebbe ritenuto i costi della manodopera del tutto incomprimibili e anche la loro valorizzazione non potrebbe ritenersi "matematica", salvo che non si voglia comprimere la libertà di impresa; inoltre, con riferimento alla sentenza del TAR Toscana 9 aprile 2024, n. 389, richiamata da parte ricorrente, nel caso in esame, in relazione alla discrasia tra il costo indicato e quello legittimabile nell'appalto, non potrebbe comunque parlarsi di scostamento macroscopico in quanto alla relativa selezione pubblica avrebbero aderito 5 operatori economici, proponendo la propria rispettiva offerta, da ciò potendosi evincere che il mercato di riferimento

avrebbe risposto brillantemente alla proposta dell'amministrazione, non giudicando il costo del personale negli stessi termini posti dalla società ricorrente.

All'udienza camerale del 3 ottobre 2024 parte ricorrente ha rinunciato all'istanza cautelare.

A conforto delle censure formulate in ricorso, comunque già puntuali, parte ricorrente ha depositato apposita consulenza tecnica in data 14 novembre 2024, alla quale l'AO non ha replicato.

All'udienza pubblica del 5 dicembre 2024 la causa è stata trattata e trattenuta per la decisione nel merito.

Preliminarmente, in rito, il ricorso è ammissibile, pur non avendo la società ricorrente presentato offerta per la partecipazione alla gara di cui si tratta, richiamata la condivisibile giurisprudenza secondo cui «...*l'ambito d'immediata impugnabilità di un bando di gara non è circoscritto alle sole sue clausole stricto sensu escludenti, ma ricomprende anche altre evenienze particolari, tra le quali quella che la lex specialis del caso concreto non sia tale da consentire la formulazione di una seria e ponderata offerta...*» (TAR Sicilia – Catania, Sez. III, 7 febbraio 2019, n. 183, l'appello avverso la quale è stato respinto con sentenza CGARS 10 gennaio 2020, n. 23).

Sempre preliminarmente, l'eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata dall'AO resistente, per non essere stato notificato ad alcun controinteressato, può essere superata, richiamato il condivisibile orientamento giurisprudenziale secondo cui allorquando l'impugnazione riguardi un atto generale, come il bando di gara, non vi sono (ancora) controinteressati cui il ricorso debba essere notificato a pena di inammissibilità, atteso che la qualifica di controinteressato, quale soggetto titolare di un interesse giuridicamente rilevante, non si configura in capo al mero partecipante laddove sia ancora in corso lo svolgimento della gara e, dunque, la stazione appaltante non abbia fatto luogo all'aggiudicazione dell'appalto (*ex plurimis*, anche per richiami di giurisprudenza, TAR Emilia-Romagna – Bologna, Sez. I, 23 agosto 2022, n. 655); nel caso di specie, infatti, è stato impugnato il bando di gara, e le parti non hanno comunicato essere stato aggiudicato il relativo appalto.

Nel merito, giova anzitutto precisare in punto di fatto, che:

- l'art. 6.5 del Capitolato tecnico (allegato al ricorso *sub* 2), rubricato *Struttura operativa minima del personale dedicata alle attività di gestione, conduzione e manutenzione ordinaria* e l'Allegato 1 al Capitolato tecnico (allegato al ricorso *sub* 4) intitolato *Determinazione del corrispettivo del servizio* (pag. 20), indicano, in apposito specchietto, il personale minimo richiesto per l'esecuzione dei servizi, indicato complessivamente in 42,72 addetti per ciascuno dei tre anni di durata dell'appalto;

- l'art. 6.5 del Capitolato tecnico precisa altresì che «...*per operatore si intende l'equivalente di 1750 ore lavorative ...*»;

- il chiarimento n. 2 del 31 luglio 2024 (allegato al ricorso *sub* 6), nella risposta n. 1, precisa che «*Non è ammessa alcuna soluzione differente rispetto alle maestranze minime richieste dalla documentazione di gara...*»;

- l'art. 3.5 del bando di gara (allegato al ricorso *sub* 1) ed il documento *Analisi dei costi e quadro economico di spesa* (allegato al ricorso *sub* 3) indicano il costo complessivo della manodopera in complessivi euro 3.817.367,61 per l'intera durata dell'appalto (pari ad euro 1.272.455,87 per anno);

- il chiarimento n. 1 del 31 luglio 2024 (allegato al ricorso *sub* 5), nella risposta 2, indica il numero e l'inquadramento degli operatori in servizio presso il gestore attuale, precisando altresì che «...diventa premiante procedere al riassorbimento di tutto il personale attualmente operante nel servizio di appalto come previsto nella tabella che attribuisce apposito punteggio...»

- l'art. 7 del bando di gara prevede: «L'aggiudicatario è tenuto a garantire l'applicazione del contratto collettivo nazionale e territoriale Metalmeccanico (o dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore), oppure di un altro contratto che garantisca le stesse tutele economiche e normative per i propri lavoratori e per quelli in subappalto»;

- il chiarimento n. 3 del 31 luglio 2024 (allegato al ricorso *sub* 7), nella risposta n. 3, precisa che «Sì: il contratto di riferimento per la presentazione dell'offerta è il contratto Metalmeccanico»;

Sì: in via alternativa, come previsto dall'art. 11 del d.lgs. n. 36/2023, nell'ipotesi di riassorbimento del personale del gestore uscente, l'operatore economico ha la facoltà di applicare un CCNL diverso da quello applicato dal precedente datore di lavoro, con garanzia delle medesime tutele previste dal CCNL precedentemente applicato...».

A seguire, giova richiamare il disposto:

- dell'art. 41, comma 14, del d.lgs. 36/2023, secondo cui: «Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13. I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale»;

- dell'art. 41, comma 13, del d.lgs. 36/2023, per quanto di interesse, secondo cui: «Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo del lavoro è 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 rappresentative, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali...»;

- dell'art. 110, comma 4, del d.lgs. 36/2023, per quanto di interesse, prevede che in fase di valutazione della congruità dell'offerta «Non sono ammesse giustificazioni: a) in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge...».

Tanto premesso, la questione giuridica dirimente la controversia verte sulla circostanza se la *lex specialis* di gara possa prevedere un importo del costo della manodopera inferiore a quello risultante dalle tabelle ministeriali di riferimento indicate nel precedente comma 13.

Tale questione è diversa da quella spesa nelle difese dell'AO resistente, che invece si risolve nella possibilità per i partecipanti alla procedura di gara – ammessa dalla giurisprudenza sulla base del periodo del citato comma 13 secondo cui «...Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale...» – di indicare un importo inferiore ai costi della manodopera stimati dalla stazione appaltante nel bando di gara, sul presupposto che, a causa di una diversa organizzazione di impresa, il partecipante possa giustificare, in sede di valutazione della congruità dell'offerta, lo scostamento al ribasso dai costi della manodopera (*ex plurimis*, TAR Lazio – Roma, 6 agosto 2024, n. 15720, punti da 6.8 a 6.10 compresi), fermo restando che «...la ditta che si avvalga di tale facoltà dovrà

tuttavia fornire adeguate giustificazioni (vagliate dalla stazione appaltante in sede di verifica di anomalia dell'offerta) circa la sostenibilità degli importi proposti, e la piena osservanza dei diritti dei lavoratori impiegati, come sanciti dai CCNL di settore, da ritenersi (questi ultimi si) inderogabili...» (TAR Lombardia – Milano, Sez. IV, 24 giugno 2021, n. 1546).

La questione giuridica dirimente il presente giudizio può così essere risolta alla luce del condivisibile orientamento giurisprudenziale, da cui il Collegio non ravvisa motivo di discostarsi, secondo cui non possono essere ammessi nella *lex specialis* di gara ribassi che integrino un «...*disallineamento evidente e significativo tra il valore [...] assunto a base d'asta, e i livelli retributivi orari indicati nelle tabelle ministeriali...*» (CGARS, Sezione giurisdizionale, 13 dicembre 2019, n. 1058, richiamata dalla citata 1546/2021), oppure una deroga “in termini macroscopici”: «...*una base d'asta che si fondi su un costo della manodopera più basso rispetto a quello che emerge dalle Tabelle ministeriali non è di per sé causa di illegittimità della legge di gara; lo diventa allorquando vi deroga in termini macroscopici, quando non garantisce ragionevolmente la possibilità di presentare offerte congrue, e quando viola il trattamento normativo e retributivo previsto dalla contrattazione collettiva nei confronti del lavoratore...*» (citata 1546/2021).

Il CGA, nella sentenza richiamata 1058/2019 ha avuto al riguardo modo di precisare come fosse corretto il rilievo, contenuto nella sentenza appellata di questo TAR Sicilia – Catania n. 389/2018, secondo cui «...*la congruità della base d'asta è un presidio per l'interesse pubblico e l'esecuzione dei contratti pubblici non dev'essere essere compromessa da dinamiche ribassiste a detrimento della retribuzione dei lavoratori e della sicurezza nell'ambito dei contratti pubblici...*».

Applicando tale ricostruzione dogmatica al caso di specie, ne discende la fondatezza del ricorso.

Mediante semplici operazioni matematiche in ordine ai dati ricavati dagli atti di gara, come sopra indicati, si perviene alla conclusione che il costo medio orario per ciascun addetto è di euro 17,02 (42,72 addetti per ciascuno dei tre anni di durata dell'appalto, equivalenti a 1.750 ore lavorative annue per ciascuno di essi, per un totale di 74.760 ore complessive annue; dividendo il costo della manodopera annuo indicato nella *lex specialis* di gara – euro 1.272.455,87 – per tale monte ore complessivo, si ottiene un valore medio appunto di euro 17,02).

La tabella di cui al DM del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 13 novembre 2023, n. 60 (peraltro poi modificata in aumento con il successivo DM 22 novembre 2024, n. 73), indica un costo medio orario – relativamente ai livelli presi in considerazione nella relazione tecnica depositata da parte ricorrente in data 14 novembre 2024, non avversata dall'AO resistente – corrente da euro 20,48 (per il livello D1), fino ad euro 29,11 (per il livello B2).

Dall'esame della citata tabella ministeriale si evince quindi un marcato scostamento tra il citato valore medio di euro 17,02 ed il costo medio orario tabellare, anche rispetto al livello più basso (D1).

Tale scostamento consente di per sé di affermare che non occorre quindi alcuna analisi dettagliata della retribuzione in concreto ripartita per singoli livelli (peraltro effettuata nel corpo della citata relazione tecnica) per pervenire alla conclusione che nel caso di specie sussista quel disallineamento evidente e significativo richiesto dall'insegnamento del Giudice d'appello tra il valore assunto a base d'asta e i livelli retributivi orari indicati nelle tabelle ministeriali, tale da determinare la fondatezza del ricorso.

Peraltro, parte ricorrente ha cura di indicare lo scostamento, nella citata relazione tecnica, con valutazione non avversata dall'AO resistente, come oscillante, a seconda dei livelli contrattuali del personale, tra un minimo del 34% ed un massimo del 48%.

Né a diversa decisione potrebbe indurre l'argomentazione dell'AO resistente secondo cui la presentazione di offerte di altri operatori economici nella procedura di gara costituirebbe indice dell'assenza di uno scostamento macroscopico, atteso che: a) tale eventualità di per sé non costituisce indice univoco circa l'assenza di tale scostamento; b) comunque – ciò essendo ragione di per sé decisiva al riguardo – l'AO non ha preso puntuale posizione in ordine ai precisi conteggi operati da parte ricorrente sia in sede di ricorso, che nella relazione tecnica successivamente depositata.

Il ricorso, assorbiti ogni motivo o censura non espressamente delibati, va quindi accolto, con annullamento degli atti impugnati.

Le spese seguono la soccombenza, venendo liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania (Sezione IV), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto: a) lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati; b) condanna l'Azienda ospedaliera resistente al pagamento, nei confronti di parte ricorrente, delle spese processuali del presente grado di giudizio, che liquida, in via equitativa, in euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge, nonché alla rifusione del contributo unificato corrisposto da parte ricorrente.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppa Leggio, Presidente

Diego Spampinato, Consigliere, Estensore

Manuela Bucca, Referendario

L'ESTENSORE
Diego Spampinato

IL PRESIDENTE
Giuseppa Leggio

IL SEGRETARIO