

**Consiglio di Stato - Non si può subappaltare alle imprese che non applicano il contratto collettivo di lavoro del settore edile.**

## **Sentenza 27/09/2004 n. 6320**

REPUBBLICA ITALIANA N. 6320/04 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 6679/03 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Quinta Sezione N. 6753/03 REG.RIC.

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello:

1) - n. 6679 del 2003 proposto da ASTER ASSOCIATE TERMOIMPIANTI s.p.a., in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea d'impresе con le società ASTRIM s.p.a. e BRULLI s.p.a., in persona del suo legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Zoppolato, presso lo studio del quale è elettivamente domiciliata in Roma, via del Mascherino n. 72, contro

la Gemmo Impianti s.p.a., in proprio e quale mandataria della costituenda associazione temporanea d'impresе con la società Mattioli s.p.a., in persona del suo legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. Alberto Romano e Giancarlo Tanzarella, con domicilio eletto in Roma Lungotevere Raffaello Sanzio n. 1, presso lo studio del primo;

e nei confronti di

Metropolitana Milanese s.p.a., in persona del suo legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. Filippo Satta e Giorgio Roderi, con domicilio eletto in Roma, Via Pierluigi da Palestrina n. 47, presso lo studio del primo;

e

2) - n. 6753 del 2003 proposto da METROPOLITANA MILANESE s.p.a., come sopra rappresentata, difesa e domiciliata, contro

Gemmo Impianti s.p.a. e Mattioli s.p.a., come sopra rappresentate, difese e domiciliati,

e nei confronti di

Aerimpianti s.p.a.; Aster s.p.a.; Brulli s.p.a. Astrim s.p.a., non costituitesi in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza n. 3547 in data 26 giugno 2003, pronunciata tra le parti dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Sezione III;

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione e quello di appello incidentale della Gemmo Impianti s.p.a. in entrambi i giudizi, nonché l'atto di costituzione della Metropolitana Milanese s.p.a. nel giudizio di cui all'appello n. 6679 del 2003;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti delle cause;

Viste le ordinanze n. 3323 e 3347 in data 30 luglio 2003, con le quali è stata accolta la domanda di sospensione della sentenza appellata, avanzata contestualmente ad entrambi i ricorsi;

Relatore il cons. Corrado Allegretta;

Uditi alla pubblica udienza del 27 gennaio 2004 gli avvocati M. Zoppolato, G. Tanzarella, F. Lattanzi per delega dell'avv. F. Satta;

Visto il dispositivo di sentenza n. 52 pubblicato in data 29 gennaio 2004;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorsi n. 434 e 542 del 2003, rispettivamente, la Gemmo Impianti s.p.a., in proprio e quale mandataria della costituenda associazione temporanea d'impresе con la società Mattioli s.p.a., e la Aerimpianti s.p.a. chiedevano al Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, l'annullamento della deliberazione 18 dicembre 2002 del Consiglio di Amministrazione della Metropolitana Milanese s.p.a., con cui era stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della Aster Associate Termoimpianti s.p.a., in proprio e quale mandataria della costituenda a.t.i. con Astrim S.r.l. e Brulli s.p.a., dell'appalto dei lavori di "realizzazione degli impianti tecnologici, delle opere di finitura, del completamento delle opere al rustico e delle sistemazioni superficiali della stazione Porta Vittoria del Collegamento Ferroviario Passante di Milano, di cui al bando in data 7 febbraio 2002" e di ogni altro atto o provvedimento alla stessa preordinato, conseguente o connesso.

La Gemmo Impianti chiedeva, altresì, la condanna della Società appaltante al risarcimento dei danni.

A fronte delle impugnative, la controinteressata Aster proponeva due ricorsi incidentali, diretti a far valere l'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione sotto il diverso profilo della mancata esclusione delle due ricorrenti principali per anomalia delle relative offerte.

Con sentenza n. 3547 in data 26 giugno 2003 la Sezione III del TAR Lombardia, dopo aver riunito i due gravami principali, ha accolto quello proposto dalla Gemmo Impianti, di cui ha respinto la domanda di risarcimento del danno, ed ha respinto il corrispondente ricorso incidentale della Aster. Ha, inoltre, dichiarato improcedibile per difetto di interesse il ricorso n. 542/2003 ed inammissibile il relativo ricorso incidentale.

Il Giudice di prime cure ha ritenuto che il provvedimento di aggiudicazione ed il conseguente contratto fossero viziati in quanto dalle giustificazioni date dalla Aster in sede di verifica dell'anomalia della sua offerta risultava che questa era stata formulata in violazione dell'articolo 18, comma 7, della legge n. 55/1990.

Contro questa sentenza hanno proposto appello sia la Aster Associate Termoimpianti s.p.a. (n. 6679 del 2003) che la Metropolitana Milanese s.p.a. (n. 6753 del 2003). In entrambi i giudizi si è costituita la Gemmo Impianti, la quale ha controdedotto agli appelli, chiedendone la reiezione siccome infondati, e con appelli incidentali ha impugnato la sentenza appellata nella parte in cui ha respinto la sua domanda risarcitoria.

Le cause sono state trattate congiuntamente e, sentiti i difensori presenti, riservate per la decisione all'udienza pubblica del 27 gennaio 2004.

DIRITTO

1. Gli appelli sono rivolti contro la stessa sentenza e, pertanto, se ne dispone la riunione a norma dell'art. 335 cod. proc. civ..

2. Occorre premettere che le società appellante ed appellata, nella qualità in epigrafe indicata, hanno partecipato alla gara bandita dalla Metropolitana Milanese s.p.a. per l'aggiudicazione, al prezzo più basso, dell'insieme delle opere relative alla realizzazione degli impianti tecnologici, delle opere di finitura, del completamento delle opere al rustico e delle sistemazioni superficiali della stazione Porta Vittoria del Collegamento Ferroviario Passante di Milano.

Poiché le loro offerte, classificate in graduatoria al primo ed al terzo posto, risultavano inferiori alla soglia di anomalia, la società appaltante avviava la fase di verifica, mediante la richiesta di elementi di valutazione ai fini della giustificazione delle singole voci di costo indicate nelle offerte.

L'Aster Associate Termoimpianti s.p.a., prima classificata, giustificava il proprio ribasso complessivo anche con il subappalto delle opere di finitura (incidenti per il 39% sull'importo totale) ad imprese operanti nel settore della manutenzione, commisurando di conseguenza il costo del lavoro a quello del personale di imprese esercenti servizi di pulizia e servizi integrati - multiservizi in base all'accordo provinciale integrativo del contratto collettivo nazionale di lavoro; e questo le consentiva di praticare un ribasso del 42% (superiore da 5 a 17 punti rispetto alle altre offerte) su tali opere. Ad essa veniva aggiudicata la gara, suscitando, per quanto qui interessa, l'impugnazione della costituenda associazione temporanea d'impresе con mandataria l'attuale appellata Gemmo Impianti s.p.a..

La controinteressata risultata aggiudicataria si costituiva in giudizio e proponeva ricorso incidentale, col quale sosteneva l'illegittimità della mancata esclusione dell'a.t.i. ricorrente, la quale per l'anomalia della relativa offerta sarebbe stata priva di interesse e quindi di legittimazione a ricorrere, non potendo comunque conseguire l'aggiudicazione dell'appalto; con la conseguente inammissibilità del suo ricorso.

La sentenza appellata ha accolto il ricorso proposto dalla Gemmo Impianti quanto all'azione impugnatoria ed ha respinto la domanda risarcitoria.

3. Gli appelli in esame, dell'aggiudicataria e della stazione appaltante, recano argomentazioni comuni, salvo quello della prima, la quale nel primo motivo di censura lamenta che erroneamente il Tribunale ha respinto il ricorso incidentale da essa avanzato nei confronti della Gemmo Impianti e ne ripropone, sostanzialmente, il contenuto. Contesta, per altro, l'assunto del Giudice di prime cure che nei confronti dell'odierna appellata una verifica di congruità non sia stata nemmeno avviata, adducendo due circostanze di cui il T.A.R. non avrebbe tenuto conto, vale a dire: a) che tutte le concorrenti risultate sospette di anomalia all'esito dell'apertura delle offerte sono state invitate a presentare le loro giustificazioni e b) che per ciascuna di esse (inclusa la Gemmo Impianti) il responsabile del procedimento ha espresso valutazioni circa la congruità dell'offerta; il che sarebbe stato del tutto superfluo (se non illogico) laddove la stazione appaltante non avesse inteso estendere la verifica di congruità anche all'odierna appellata. Precisa, inoltre, la portata della censura rappresentando che non rileva tanto il mancato completamento del procedimento di verifica nei confronti della originaria ricorrente, quanto la circostanza che, nonostante l'intervenuta individuazione di profili di incongruità dell'offerta di questa, la stazione appaltante abbia ommesso di trarne le dovute conclusioni e, dunque, non l'abbia esclusa dalla gara.

La doglianza non ha pregio.

In sostanza, non si nega che, come risulta in atti, una vera e propria verifica dell'anomalia è stata eseguita solo con riguardo all'offerta risultata vincitrice e con riserva di procedere alla verifica delle altre solo in caso di sua esclusione. Ma, una volta ammesso questo, deve convenirsi con quanto il Tribunale afferma nel respingere il menzionato ricorso incidentale e cioè che, in realtà, la stazione appaltante non ha fatto una valutazione dell'offerta Gemmo Impianti, in contraddittorio e comunque tale da ingenerare un ragionevole dubbio circa l'anomalia. Pertanto, non potevano ricevere favorevole apprezzamento - e non possono riceverlo neppure in questa sede, in cui sono rinnovate - le censure dedotte, esclusivamente fondate sull'assunto che l'offerta in questione fosse anomala.

4. Nel merito, la questione nodale della controversia si risolve nel quesito se sia legittima l'aggiudicazione di un appalto di lavori pubblici, con il criterio del massimo ribasso sull'importo a base d'asta, ad un concorrente che giustifichi il ribasso offerto dichiarando di volersi avvalere in subappalto di imprese con personale inquadrato in un contratto diverso da quello di settore.

La risposta non può che essere negativa.

A norma dell'art. 18, comma 7, della L. 19 marzo 1990 n. 55, recante nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale, "l'appaltatore di opere pubbliche 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 svolgono i lavori; è, altresì, responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto".

Si tratta di norma di carattere imperativo, il cui contenuto non appare derogabile in relazione alla finalità generale di interesse pubblico perseguita, di assicurare l'uniforme trattamento delle maestranze impiegate dall'appaltatore nell'esecuzione dei lavori oggetto del contratto rispetto a quelle che normalmente operano nella zona per lo stesso tipo di lavorazione. Ad essa, per altro, anche se ne è evidente l'attinenza alla fase di esecuzione del contratto, deve riconoscersi rilevanza, in accordo con la pronuncia appellata, come elemento essenziale ai fini del corretto svolgimento della procedura di gara, quando vi faccia espresso richiamo la disciplina speciale di questa risultante dal bando. È di immediata percezione che il rispetto della clausola relativa assume importanza decisiva sotto il profilo della parità di trattamento fra i concorrenti ed ai fini dell'affidamento dell'appalto a soggetti presuntivamente idonei alla sua corretta esecuzione, anche con riguardo alle opere scorporabili e, come tale, è suscettibile di rivelarsi ed incidere anche nel diverso momento della verifica dell'anomalia delle offerte.

Come si dimostra nel caso di specie, in cui l'aggiudicataria, a giustificazione del ribasso offerto, caduto nella fascia di anomalia, ha addotto anche la previsione di avvalersi, nell'esecuzione delle opere scorporabili di finitura, di imprese esercenti servizi di pulizia e servizi integrati - multiservizi e che, pertanto, il costo orario della manodopera, di cui la stazione appaltante aveva chiesto specifica ragione, era stato commisurato a quello previsto dall'accordo provinciale integrativo del contratto collettivo nazionale di lavoro cui dette imprese erano soggette (in luogo di quello degli edili). Questo aveva consentito di praticare un ribasso del 42% (superiore da 5 a 17 punti rispetto alle altre offerte) su tali opere, con l'ulteriore riflesso sul ribasso generale.

L'appellante Aster si duole, per altro, in via preliminare, del travisamento dei presupposti che inficerebbe la decisione gravata. In primo luogo, perché materia del contendere era la legittimità della fase di verifica dell'anomalia, onde era precluso al Giudice ravvisare motivi di esclusione diversi da quelli attinenti alla congruità dell'offerta. In secondo luogo, perché la ritenuta violazione dell'articolo 18 L. n. 55 del 1990 non risultava dall'offerta presentata, bensì solo dalle giustificazioni fornite in sede di verifica; non era, quindi, né certa né attuale, ma solo dichiarata quale intenzione e destinata al più a concretizzarsi in futuro, cioè in fase di esecuzione.

La censura è infondata sotto entrambi gli aspetti. Sotto il primo, perché l'originaria ricorrente ha testualmente dedotto, quale oggetto del contendere, l'illegittima mancata esclusione delle offerte dell'a.t.i. capeggiata dalla Aster e dell'altra concorrente rimasta in gara, in conseguenza dell'inammissibile quantificazione del costo della manodopera mediante applicazione di contratti diversi da quello edile, come prescritto dal bando con il richiamo all'art. 18 citato. Sotto il secondo profilo, in quanto le giustificazioni fornite in sede di verifica non hanno fatto altro che esplicitare un meccanismo di determinazione dell'offerta già attuato.

Per questa stessa ragione va considerata inattendibile anche l'argomentazione con la quale la società Aster afferma doversi escludere che l'articolo 18, comma 7, della legge n. 55/1990 possa trovare applicazione nel corso del procedimento di gara, dato che esso nel disciplinare il ricorso al subappalto prevede soltanto l'indicazione in allegato all'offerta dell'intenzione di subappaltare una parte delle opere; cosicché tutte le altre condizioni in esso contemplate devono sussistere ed essere verificate al momento della richiesta di subappalto.

Al riguardo, invero, si rileva in fatto che nella specie la richiesta di giustificazioni faceva espresso riferimento alle voci costituenti i costi orari della manodopera ed ai contratti nazionali o locali di cui si prevedeva l'applicazione da parte del concorrente e dei suoi subappaltatori. In linea di principio, comunque, non v'è dubbio che la valutazione della congruità dell'offerta non possa prescindere dall'analisi della previsione di spesa assunta a base, anche per il caso di ricorso al subappalto. Questa forma di esecuzione del contratto, infatti, non può essere addotta a giustificazione dell'anomalia, dato che, risolvendosi ciò nel sottrarre al giudizio di anomalia una parte eventualmente anche considerevole dell'offerta, essa costituirebbe un facile modo di eludere tutta la normativa che vuole assicurare, attraverso questo tipo di controllo, l'accertamento dell'affidabilità della proposta contrattuale e, in sostanza, della reale possibilità dell'impresa concorrente di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni economiche proposte. Per di più, in aperta violazione del principio di parità di condizioni tra i concorrenti.

Del pari infondato è l'argomento con il quale l'appellante attribuisce al giudice di primo grado la tesi secondo cui il citato art. 18, comma 7, da un lato, precluderebbe all'impresa subappaltatrice l'applicazione del c.c.n.l. che le è proprio e, dall'altro lato, assoggetterebbe detta impresa al contratto collettivo "tipico" delle prestazioni effettivamente subappaltate.

Il Tribunale, invero, ha affermato che il bando, nel condizionare il ricorso al subappalto all'osservanza delle condizioni di cui all'art. 18, ha imposto a tutti i concorrenti l'obbligo di garantire anche ai dipendenti preposti alla realizzazione delle opere subappaltate il trattamento economico proprio della manodopera utilizzata nella lavorazione costituente l'oggetto dell'appalto. Ne ha coerentemente dedotto l'illegittimità di un'offerta calcolata sulla base di un trattamento economico peggiore, vigente per un settore diverso, in quanto determinato in evidente violazione di una norma di legge di carattere imperativo espressamente richiamata dal bando di gara e, come tale, essenziale ai fini del corretto svolgimento della procedura di gara nel rispetto del principio di parità di trattamento fra i concorrenti, nonché ai fini dell'affidamento dell'appalto a soggetti presuntivamente idonei alla sua corretta esecuzione. Deduzione che fonda, evidentemente, sulla concorrente considerazione, da un canto, della necessaria formulazione dell'offerta economica in ragione dell'oggetto del contratto e delle modalità di espletamento dell'appalto e, dall'altro, della anelasticità del costo della manodopera da impiegare, il quale, proprio in virtù dell'obbligo sancito dal citato art. 18, non può scendere in nessun caso al di sotto del minimo stabilito dal contratto relativo al singolo "settore" rilevante alla stregua dell'oggetto dell'appalto.

E, nella specie, come si evince dal bando di gara e dallo schema di contratto, la quasi totalità delle opere, diverse da quelle comprese nella categoria prevalente, ha natura edile; di tal che non era consentito, ai fini della quantificazione dell'offerta (per di più, al massimo ribasso), di avvalersi in subappalto di personale inquadrato nel contratto per imprese esercenti servizi di pulizia e servizi integrati/multiservizi.

Così chiarite le ragioni della decisione gravata, appare altresì irrilevante ogni argomento volto a far valere la modesta incidenza della riscontrata inosservanza sulla complessiva economia dell'appalto e la sua inidoneità a compromettere l'attendibilità dell'offerta.

5. Per le considerazioni fin qui esposte, entrambi gli appelli principali - deducendosi con quello avanzato dalla Metropolitane Milanese s.p.a. censure sostanzialmente uguali a quelle sopra esaminate e disattese - vanno respinti.

La sentenza gravata resta, pertanto, confermata. E tanto, anche nella parte in cui afferma che l'accoglimento del ricorso originario per la parte impugnatoria comporta la caducazione di tutti gli atti pregiudizievoli adottati dalla stazione appaltante successivamente alla mancata esclusione dell'impresa poi risultata aggiudicataria, con il conseguente obbligo di rinnovare tutte le successive fasi della gara e procedere ai conseguenti adempimenti nei confronti dell'a.t.i. capeggiata dalla Gemmo Impianti, che risulterà aggiudicataria dopo aver superato la verifica di anomalia, consentendo quindi l'integrale soddisfacimento dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio.

Ciò consente di dichiarare improcedibili per sopravvenuto difetto d'interesse gli appelli incidentali, con i quali l'originaria ricorrente si duole che l'impugnata sentenza abbia operato il rigetto della sua domanda risarcitoria senza puntualizzare che esso deve intendersi "allo stato", vale a dire nella contingente carenza dell'ulteriore fase procedimentale diretta alla verifica della congruità della sua offerta.

6. Attesa la complessità e peculiarità della controversia, si ritiene di compensare tra le parti spese e competenze del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, previa loro riunione, respinge gli appelli principali e dichiara improcedibili gli appelli incidentali.

Compensa spese e competenze del secondo grado di giudizio.

Ordina che la decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 27 gennaio 2004 con l'intervento dei Signori:

Agostino Elefante - Presidente

Rosalina M. P. Bellavia - Consigliere

Corrado Allegretta - Consigliere Est.

Goffredo Zaccardi - Consigliere

Marzio Branca - Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

F.to Corrado Allegretta F.to Agostino Elefante

IL SEGRETARIO

F.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27 settembre 2004

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

F.to Antonio Natale