

Pubblicato il 08/04/2021

N. 00867/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00143/2021 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 143 del 2021, proposto da Società Chianese s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Capasso, Achille Buffardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Salerno, domiciliataria *ex lege* in Salerno, c.so Vittorio Emanuele, 58;

Comune di Scafati, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Raffaele Marciano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata, non costituito in giudizio;

nei confronti

Franco Costruzioni Generali s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Bifulco, Alfredo Cincotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa adozione di idonee misure cautelari:

1) del provvedimento prot. n. 0023874 del 10.12.2020, pubblicato sul profilo della Stazione appaltante in data 11.12.2020, a firma del Provveditore, del Responsabile del procedimento di gara e del coordinatore SUA SA, con il quale il Provveditorato interregionale per la Campania, Molise, Puglia e Basilicata - Stazione unica appaltante Salerno – ente delegato dal Comune di Scafati (SA)

– ha approvato i verbali di gara e disposto l’aggiudicazione definitiva ed efficace in favore della società Franco Costruzioni Generali s.r.l. – CF e PIVA 01856130651 con sede in via Rione Europa n. 36 Sarno (SA) della gara a procedura aperta, espletata in modalità telematica, per l’affidamento dei lavori di adeguamento della scuola media “S. Falco” in corso Trieste a Scafati (SA) – CIG: 80756805F4”;

2) della nota con cui è stato comunicato il provvedimento sub 1);

3) di tutti i verbali di gara e relativi allegati, ed in particolare dei verbali Rep. n. 296 del 4.12.2019 e Rep. n. 300 del 9.3.2020, laddove la commissione di gara non ha disposto l’esclusione della società Franco Costruzioni Generali s.r.l. e ha formulato la proposta di aggiudicazione in favore della stessa;

4) della nota a firma del RUP/Responsabile del Settore VI del Comune di Scafati prot. n. 0057740 del 17.11.2020 indirizzato al Provveditorato interregionale per la Campania, Molise, Puglia e Basilicata - Stazione unica appaltante Salerno e conosciuto all’esito dell’accesso agli atti di gara, con cui è stato attestato che “per la ditta Franco costruzioni srl è stata effettuata la verifica ai sensi dell’art. 95 comma 10 del d.lgs. 50/2016 che la stessa ha avuto esito positivo”;

5) della nota a firma del RUP/Responsabile del Settore VI del Comune di Scafati prot. n. 0057703 dell’11.11.2020 indirizzato al Provveditorato interregionale per la Campania, Molise, Puglia e Basilicata - Stazione unica appaltante Salerno e conosciuto all’esito dell’accesso agli atti di gara, con cui è stato attestato che “la ditta Franco Costruzioni s.r.l. è in regola con tutte le verifiche effettuate sulle dichiarazioni sostitutive presentate in sede di gara”;

6) di tutti gli atti presupposti, preparatori, conseguenti e comunque connessi, con particolare riguardo, ove necessario e per quanto di ragione, agli avvisi di trasparenza relativi alle sedute di gara, al bando di gara, al disciplinare di gara e relativi allegati, al capitolato tecnico, allo schema di contratto e a tutti gli allegati ai predetti atti di gara, oltre che ai chiarimenti resi dalla stazione appaltante;

7) ove adottato, del verbale di consegna in via di urgenza in favore della Società Franco Costruzioni Generali s.r.l.;

nonché

a) per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, qualora già stipulato o in corso di stipulazione, e per l’accertamento del diritto dell’ATI con mandataria la ricorrente società Chianese s.r.l. a conseguire l’aggiudicazione della commessa, subentrando, ove del caso, nell’esecuzione della stessa;

b) in subordine, per il risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi dalla società Chianese s.r.l. per effetto dell’esecuzione degli atti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, del Comune di Scafati e della Franco Costruzioni Generali s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2021 il dott. Raffaele Esposito e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara pubblicato sulla G.U.R.I. n. 130 del 6 novembre 2019, sulla base della convenzione n. 8151 del 15 febbraio 2018 con il Comune di Scafati, il Ministero della Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche Campania – Molise – Puglia – Basilicata – Stazione Unica Appaltante di Salerno ha avviato la procedura aperta per l'affidamento dei lavori di adeguamento sismico della scuola media "S. Falco" sita in corso Trieste a Scafati.

Tale procedura, affidata sulla base del criterio del minor prezzo, prevedeva:

- un importo complessivo di euro 1.677.637,24;
- una base d'asta pari a euro 1.650.482,69 per lavori a misura;
- oneri di sicurezza non soggetti a ribasso pari a euro 27.154,55;
- costi della manodopera stimati dalla stazione appaltante in euro 511.417,86.

All'esito della apertura delle buste economiche e della lettura dei ribassi formulati, calcolata la soglia di anomalia, l'impresa odierna controinteressata è risultata al vertice della classifica di gara con la prima offerta non anomala e un ribasso del 35,565 per cento, seguita dalla odierna ricorrente con un ribasso del 35,556 per cento.

La controinteressata è stata inizialmente esclusa in quanto non in possesso del requisito della attestazione SOA, categoria OG11 - classifica II, in quanto titolare della sola classifica I. Tale esclusione è stata dapprima impugnata dinanzi a questo Tribunale con ricorso n. 85/2020, poi sospesa con ordinanza n. 80/2020 e infine annullata con sentenza n. 1099/2020; l'impresa è stata pertanto riammessa alla procedura e, con provvedimento n. 23874 del 10 dicembre 2020 (pubblicato l'11 dicembre 2020), è risultata altresì aggiudicataria.

La ricorrente ha così presentato istanza di accesso alla documentazione prodotta dall'aggiudicataria, in particolare a quella finalizzata a dimostrare la sostenibilità del costo da manodopera indicato nell'offerta economica nonché a quella relativa all'istruttoria svolta dalla Stazione appaltante circa la congruità di tale costo; la Stazione appaltante ha quindi trasmesso le giustificazioni presentate ma non i documenti relativi all'istruttoria condotta (pur avendo il RUP attestato, con la nota n. 57740 del 17 novembre 2020, lo svolgimento della verifica del costo della manodopera e il suo esito positivo) né la tabella richiamata nelle giustificazioni prodotte. Sul punto è stata sollecitata la Stazione appaltante che ha ritenuto la richiesta già soddisfatta con la precedente trasmissione.

2. Con ricorso notificato l'11 gennaio 2021 e depositato il 23 gennaio 2021, la ricorrente impugna l'aggiudicazione nonché gli ulteriori atti indicati in epigrafe lamentando:

- con il primo motivo di ricorso “Violazione degli articoli 95, 97 e 23, comma 16, del d.lgs. n. 50/2016 – Violazione dei punti 19 e 20 del disciplinare di gara – Eccesso di potere per istruttoria carente ed errata - difetto di motivazione - illogicità manifesta”.

La controinteressata ha offerto un ribasso del 35,565 per cento, a cui corrisponde un importo offerto di euro 1.063.488,52, oltre oneri della sicurezza e IVA, indicando un costo della manodopera pari a euro 412.620,67. La relazione della controinteressata tuttavia si è limitata ad affermazioni di carattere generale in merito alle procedure utilizzate per l'esecuzione dei lavori, semplicemente dichiarando il rispetto del “Contratto Nazionale di Lavoro applicato ai propri operai in riferimento alle condizioni di lavoro offerte, secondo quanto previsto dall'ultima pubblicazione del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Regione Campania (Settembre – Ottobre 2019)”, indicando il costo orario delle singole figure professionali, il costo della manodopera medio calcolato su tutte le categorie oggetto dell'appalto e richiamando l'avviso comune sottoscritto presso l'A.N.C.E. in relazione alle percentuali minime di incidenza del costo della manodopera per le singole categorie di opere.

Nelle giustificazioni prodotte non sono riportate le modalità con cui la controinteressata è giunta a determinare il costo da manodopera, mentre avrebbe dovuto rappresentare il numero di lavoratori impiegati, il livello di inquadramento, il tempo di utilizzo, il costo orario nonché il monte ore stimato per l'esecuzione dell'appalto, al fine di determinare il costo complessivo del lavoro, per unità di misura e per ogni tipologia di lavorazione.

Tali dati non risultano esplicitati né sono state prodotte le analisi prezzi delle singole lavorazioni recanti altresì l'incidenza della manodopera, con la conseguenza che la controinteressata non ha fornito alla Stazione appaltante elementi idonei a giustificare il costo della manodopera; non è pertanto possibile ricostruire il percorso logico che ha indotto l'Amministrazione a ritenere giustificato il costo da manodopera indicato in sede di offerta.

Ciò risulta ancora più evidente se si considera che la citata impresa ha proposto un tempo di esecuzione pari a quello indicato dalla Stazione appaltante, indicando peraltro un costo orario superiore rispetto a quello considerato dalla Stazione appaltante nella propria stima; solo un tempo di esecuzione inferiore avrebbe potuto astrattamente giustificare una riduzione del costo della manodopera.

La valutazione condotta sulla base di una relazione che non fornisce tutte le informazioni necessarie a consentire la verifica concreta del costo da manodopera dichiarato si rivela quindi puramente apparente mentre gli artt. 95, comma 10, 97, comma 5, lett. d), 23, comma 16, del d.lgs. n. 50/2016 impongono alla stazione appaltante una verifica in concreto della congruità del costo della manodopera dichiarato;

- con il secondo motivo di ricorso, “Violazione ed errata applicazione dell'articolo 53, comma 5, lettera a), e comma 6, del d.lgs. n. 50/2016” nonché mancato deposito della documentazione istruttoria.

Nonostante l'istanza di accesso avanzata dalla ricorrente, la stessa non ha avuto accesso:

a) alla nota del Comune di Scafati prot. n. 0053646 del 22.10.2022 con la quale ha chiesto alla società Franco Costruzioni Generali s.r.l. chiarimenti sul costo del personale indicato nell'offerta economica; b) a tutta la documentazione relativa all'istruttoria svolta dal Comune di Scafati nel procedimento di cui all'art. 95, comma 10, del d.lgs. 50/2010 e, quindi, ai verbali e/o alla

documentazione con cui il Comune di Scafati ha esplicitato le ragioni del positivo esito della predetta verifica;

c) alla tabella richiamata dalla società Franco Costruzioni Generali s.r.l. a pagina 2 della relazione prot. n. 0053994 del 26.10.2020, necessaria per verificare la concretezza della verifica svolta e le motivazioni poste a sostegno del giudizio di congruità del costo della manodopera.

Si chiede quindi di ordinare al Comune di Scafati e al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata di produrre la citata documentazione. In subordine si chiede, ai sensi dell'art. 116 c.p.a., di consentire alla ricorrente di estrarre copia di detta documentazione.

Si chiede altresì, unitamente alla caducazione degli atti impugnati, la declaratoria dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato nonché la declaratoria del diritto della ricorrente a conseguire l'appalto anche mediante subentro nel contratto; in via subordinata si chiede la condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni.

3. Si sono costituiti il Comune di Scafati e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, chiedendo il rigetto del ricorso.

4. Con ordinanza n. 45/2021 è stata accolta la domanda cautelare e disposta l'acquisizione dei documenti istruttori relativi alla fase di verifica del costo della manodopera, depositati poi dall'Amministrazione.

5. All'udienza pubblica del 23 marzo 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Occorre preliminarmente disattendere le eccezioni di inammissibilità del ricorso, sollevate dalla difesa del Comune di Scafati, per carenza di interesse (in quanto l'accoglimento della censura prospettata non potrebbe condurre all'adozione di un provvedimento di aggiudicazione nei confronti della ricorrente ma alla sola rinnovazione dell'attività amministrativa) e per abuso dello strumento processuale (in quanto la stessa ricorrente ha indicato un costo da manodopera inferiore rispetto a quello della controinteressata).

L'interesse della ricorrente alla decisione del ricorso si radica nella concreta possibilità che una più approfondita valutazione del costo della manodopera relativo all'offerta della controinteressata conduca all'esclusione di questa per l'incongruità di tale costo.

Allo stesso modo, occorre rilevare che le censure prospettate riguardano non l'incongruità del costo della manodopera bensì le valutazioni della Stazione appaltante, sotto il profilo del difetto di istruttoria e di motivazione, con la conseguenza che non è possibile riscontrare l'abuso dello strumento processuale in termini di imputazione alla posizione avversaria di un vizio che inficia anche la posizione della stessa ricorrente. Peraltro i costi della manodopera indicati dalle due imprese non risultano comparabili in quanto costituenti quantificazione complessiva, avulsa da ogni riferimento all'inquadramento del personale impiegato, al costo orario, al numero delle ore lavorate e alla specifica organizzazione propri di ciascuna impresa.

7. Ciò posto, il ricorso si rivela fondato.

Sussiste infatti il difetto di istruttoria e di motivazione nell'attività di valutazione del costo della manodopera relativa all'offerta della Franco Costruzioni Generali.

Tale costo è stato stimato dalla Stazione appaltante nella misura di euro 511.417,86 e quantificato dall'impresa controinteressata nel minor importo di euro 412.620,67, con la riduzione di euro 98.797,19.

Le giustificazioni prodotte si limitano ad affermare “il rispetto del Contratto Nazionale di Lavoro applicato ai propri operai in riferimento alle condizioni di lavoro offerte secondo quanto previsto dall'ultima pubblicazione del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Regione Campania (settembre – ottobre 2019)”, riportando poi i costi orari della manodopera secondo il livello di inquadramento, effettivamente coincidenti con i costi orari riscontrabili nell'ambito delle citate tabelle pubblicate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato interregionale per le opere pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata, relative al periodo di settembre-ottobre 2019 e alla provincia di Salerno.

Le giustificazioni riportano poi in termini percentuali il costo della manodopera all'importo complessivo offerto e all'importo posto a base di gara, evidenziando che l'incidenza percentuale media del costo della manodopera, in relazione alle diverse categorie di lavorazioni, risulta superiore alla percentuale minima individuata dall'ANCE nell'“avviso comune” del 28 ottobre 2010.

Il RUP ha ritenuto congruo il costo del lavoro sulla base delle argomentazioni formulate dall'impresa, senza ulteriori approfondimenti né considerazioni.

La verifica condotta non consente però di apprezzare in concreto il costo da manodopera indicato, al fine di verificare, come previsto dall'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, il rispetto dei parametri retributivi minimi indicati dall'art. 23, comma 16, del medesimo decreto.

Non sono infatti indicati né il numero di operai impiegati né il relativo inquadramento né il monte ore complessivamente previsto per l'esecuzione delle lavorazioni né quello relativo a ciascuna categoria, al fine di ricostruire la struttura del costo da manodopera indicato e, all'esito, verificare il rispetto dei trattamenti minimi salariali previsti.

La verifica del costo della manodopera, infatti, mira ad accertare la congruità dello stesso sulla base non dell'affermato rispetto delle garanzie retributive dei lavoratori ma delle caratteristiche specifiche dell'impresa e dell'offerta, considerando in concreto il numero di lavoratori impiegati per l'esecuzione delle opere previste in contratto, distinti per inquadramento e ore di utilizzo, al fine di determinare il costo orario delle maestranze destinate all'esecuzione dell'appalto e verificare così il rispetto dei parametri salariali di riferimento indicati nelle tabelle ministeriali di cui all'art. 23, comma 16, del d.lgs. n. 50/2016, richiamato dall'art. 97, comma 5, lett. d, del medesimo decreto, disposizione questa a cui fa rinvio l'art. 95, comma 10, ai fini della verifica del costo della manodopera condotta contestualmente o separatamente da una verifica di congruità complessiva dell'offerta.

Come nella verifica di anomalia, devono essere forniti alla Stazione appaltante tutti gli elementi necessari alla ricostruzione del costo della manodopera sopportato dall'impresa per l'esecuzione di quanto proposto con l'offerta prodotta in gara, eventualmente anche non strettamente relativi a tale costo ma utili alla ricostruzione dello stesso.

Tale analisi non può limitarsi semplicemente alla verifica dell'incidenza percentuale del costo complessivo della manodopera sulle singole lavorazioni, confrontandola con quella riscontrabile nell'ambito del mercato di riferimento, ma deve andare a considerare anche le particolarità della singola impresa e della singola offerta al fine di accertare che il costo complessivamente indicato

inglobi effettivamente trattamenti salariali non inferiori ai minimi previsti per i singoli lavoratori impiegati.

Non può pertanto assumere rilevanza il parametro ANCE che, se può costituire un utile riferimento per corroborare le valutazioni di congruità del costo del lavoro, quale canone riferito a dati generali e aggregati (percentuale generale del costo del lavoro per singola tipologia di lavorazione) non può costituire unico fondamento dell'analisi condotta dalla Stazione appaltante. Tale analisi deve riguardare non la congruità complessiva del costo da manodopera e quindi della percentuale di incidenza di tale costo rispetto all'importo delle opere da eseguire ma, più nel dettaglio, il rispetto dei minimi retributivi nei confronti dei lavoratori impiegati.

Il documento ANCE è infatti legato alla finalità di contrastare il lavoro sommerso e irregolare e reca indici meramente convenzionali per una verifica *ex post* della incidenza del costo del lavoro sul valore dell'opera, indici che non possono essere "utilizzati ad altri fini o comunque quali indicatori per i prezzi degli appalti".

8. In conclusione il ricorso è fondato e va accolto con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati e rivalutazione della congruità del costo da manodopera da parte della Stazione appaltante.

Non risulta allo stato sottoscritto il contratto, stante anche l'ordinanza di accoglimento della domanda cautelare proposta.

Non può trovare accoglimento, invece, la domanda volta a ottenere la declaratoria del diritto della ricorrente all'aggiudicazione della procedura, considerato che gli elementi addotti non consentono di accertare l'incongruità del costo della manodopera indicato dalla controinteressata (che andrà verificata dall'Amministrazione in sede di riesercizio del potere) e che ai fini dell'aggiudicazione analoghe valutazioni dovranno essere condotte nei confronti della stessa ricorrente.

In ragione della novità delle questioni trattate, è possibile procedere alla compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti e nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2021 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Referendario

Raffaele Esposito, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Raffaele Esposito

IL PRESIDENTE
Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO