

REPUBBLICA ITALIANA

N. 4847/08 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 485 REG:RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

ANNO 2007

decisione

sul ricorso n. 485/2007 R.G. proposto da Ariete Soc. Coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Enzo Augusto, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del difensore, in Roma, Via San Damaso, n. 15;

CONTRO

- Comune di Olbia, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. Andrea Manzi, ed elettivamente domiciliato presso lo studio del difensore, in Roma, Via Federico Confalonieri, n. 5;
- Dirigente del Settore Sviluppo, Pianificazione, Provveditorato, Sportello Unico del Comune di Olbia, non costituito;

e nei confronti di

- Margherita & C. s.a.s. di Tolu Maria Rosaria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di capogruppo dell'A.T.I. con la Stocchi Giampiero & C. s.a.s., non costituita;
- Stocchi Giampiero & C. s.a.s. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di partecipante all'A.T.I. con la Margherita & C. s.a.s. di Tolu Maria Rosaria;

PER LA RIFORMA

della sentenza resa dal T.A.R. per la Sardegna, sezione I, n. 1601/2006, pubblicata in data 11 agosto 2006.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Olbia;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art.23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n.205;

Nominato relatore il Consigliere Michele Corradino;

Uditi alla pubblica udienza dell'11 marzo 2008 gli avvocati Paccione per delega di Augusto e Manzi, come da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Con sentenza n. 1601 dell'11 agosto 2006, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, sezione I, rigettava il ricorso con cui la Ariete Soc. Coop. chiedeva l'annullamento della aggiudicazione definitiva della gara d'appalto indetta dal Comune di Olbia per l'affidamento del servizio di pulizia dei locali adibiti ad uffici comunali del palazzo di giustizia e del giudice di pace, disposto in favore della costituenda ATI Margherita & C. Sas e Stocchi Giampiero & C. Sas, nonché di ogni altro atto comunque connesso, ivi compresi, *in parte qua*, i verbali di gara n. 24 del 10 ottobre 2005, n. 25 del 21 ottobre 2005 e n. 26 del 21 ottobre 2005.

L'appellante Ariete Soc. Coop. contrasta le argomentazioni del giudice di primo grado.

Si è costituito il Comune di Olbia per resistere all'appello;

Non si sono costituiti il Dirigente del Settore Sviluppo, Pianificazione, Provveditorato, Sportello Unico del Comune di Olbia, la Margherita & C. s.a.s. di Tolu Maria Rosaria e la Stocchi Giampiero & C. s.a.s.

Con memorie depositate in vista dell'udienza la parti hanno insistito nelle proprie conclusioni.

Alla pubblica udienza dell'11 marzo 2008 la causa è stata chiamata e trattenuta per la decisione, come da verbale.

DIRITTO

1. L'appello è infondato.

Con il primo motivo di ricorso la ricorrente lamenta l'erroneità della sentenza appellata, sostenendo che il T.A.R. avrebbe dovuto censurare il comportamento della Commissione di gara, la quale, invece di escludere automaticamente l'offerta dell'aggiudicataria perchè il costo del lavoro ivi indicato risultava inferiore a quello minimo stabilito dal CCNL di categoria, riteneva ammissibili le giustificazioni addotte.

Il motivo non merita accoglimento.

Secondo l'indirizzo che oggi appare maggioritario, al quale il Collegio intende aderire, l'art. 25 del D.Lgs. n. 157 del 1995, nella parte in cui considera estranee all'area della verifica dell'anomalia la valutazione di "elementi i cui valori minimi

sono stabiliti da disposizioni legislative regolamentari o amministrative, ovvero i cui valori sono rilevabili da atti ufficiali” si pone in contrasto con il principio inteso a sviluppare la libera concorrenza tra i concorrenti alle gare di appalto. Ne discende che il mancato rispetto dei minimi tabellari, o, in mancanza, dei valori indicati dalla contrattazione collettiva, non determina l’automatica esclusione dalla gara, ma costituisce un importante indice di anomalia dell’offerta, che dovrà essere poi verificata attraverso un giudizio complessivo di remuneratività.

Come giustamente ritenuto dal TAR, non è condivisibile, pertanto, la pretesa dell’odierna appellante di ritenere inammissibile a priori qualsiasi tipo di giustificazione relativa ai minimi tabellari del costo del lavoro, mentre è legittimo il comportamento tenuto nella fattispecie dalla Commissione di gara, che ha ammesso le giustificazioni relative al costo del personale presentate dall’aggiudicataria senza procedere all’esclusione automatica della stessa dalla gara, in ossequio ai principi di diritto comunitario in materia di libera concorrenza. In altri termini, è sempre necessario che venga consentito all’impresa di fornire le proprie giustificazioni, anche in riferimento al superamento di detti limiti minimi, e che tale insopprimibile esigenza di contraddittorio, che costituisce specifica espressione del più generale principio di partecipazione scolpito nella legge 7.8.1990 n. 241, trovi

corrispondenza nel dovere dell'Amministrazione di motivare in ordine alla ritenuta incongruità dell'offerta (cfr. Corte di Giustizia delle Comunità Europee 27.11.2001 n C- 285/99 e C-286-99; Cons. St., sez. V, 29.1.2003, n. 461).

Del resto, ammettere una sorta di automatica incongruità dell'offerta costituirebbe un'ingiustificata tutela rafforzata di quegli interessi che l'art. 25 del d.lgs. n. 157 del 1995 tende a proteggere, ben potendo questi ultimi comunque risultare tutelati in virtù di particolari condizioni operative dell'azienda o di benefici premiali che consentano aliunde la conservazione di equivalenti livelli di loro salvaguardia; per converso, solo attraverso un contraddittorio tra amministrazione ed impresa è possibile attuare quella funzione di partecipazione piena e costruttiva al procedimento che consente alla seconda di esercitare in modo pieno il proprio diritto di iniziativa economica privata armonizzandolo con il perseguimento del pubblico interesse, sia in termini della migliore offerta sotto il profilo economico, che dal punto di vista della sua compatibilità con altri interessi pubblici da valutare comunque nell'ambito dell'iter procedimentale. (cfr. Cons. St., sez. VI, 11 dicembre 2001, n. 6217; Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2006, n. 4949).

Né merita accoglimento l'ulteriore doglianza, di cui il giudice di primo grado ha comunque rilevato la tardività e genericità, relativa alla diversa tematica della inderogabilità

in sé del minimo salariale, che non potrebbe essere compromessa neanche in nome della tutela della concorrenza. Infatti, ferma restando la tardività della censura, formulata in primo grado non con il ricorso introduttivo ma con memoria successiva, il Collegio osserva che in ogni caso l'offerta della aggiudicataria non contiene la lamentata violazione, atteso che la Commissione ha verificato in concreto che, a corredo delle giustificazioni fornite, è stata prodotta la tabella dei costi analitici dei lavoratori, categoria per categoria, vidimata dalla Direzione Provinciale del Lavoro di Nuoro.

Con il secondo motivo di ricorso l'appellante lamenta che il giudice di primo grado non avrebbe rilevato l'incompletezza della verifica operata dalla Commissione di gara, essendosi limitate le giustificazioni sull'anomalia dell'offerta fornite dall'aggiudicataria al costo orario offerto, senza riguardare le altre voci richiamate dall'art. 25 del d.lgs. 157/95.

Il motivo è infondato.

Sul punto, basta osservare, al di là della circostanza che l'elencazione fornita dall'art. 25 del d.lgs. 157/95 è soltanto esemplificativa, dato confermato dall'art. 87 del Codice dei contratti, come in realtà l'aggiudicataria, oltre alle giustificazioni relative al costo della manodopera, ha risposto all'amministrazione anche sulle altre voci, come quelle riguardanti i costi dei prodotti e degli articoli sanitari, della sede, ecc.

Parimenti infondata risulta anche la censura con cui la società ricorrente lamenta l'erroneità della decisione gravata nella parte in cui non ha ravvisato l'inattendibilità delle giustificazioni sull'anomalia dell'offerta fornite dall'aggiudicataria, che avrebbe dovuto, pertanto, essere esclusa dalla gara, con particolare riguardo ad alcuni valori illegittimamente computati.

Rileva il Collegio come le giustificazioni fornite dall'aggiudicataria sono state correttamente accolte dall'amministrazione, attesa l'analiticità nella descrizione dei costi, compreso il costo del lavoro, corredato, come già evidenziato, della nota di convalida della competente Direzione del Lavoro.

D'altra parte, in materia di valutazione del giudizio di anomalia delle offerte, la giurisprudenza amministrativa rileva costantemente che se deve ritenersi ammesso il sindacato anche intrinseco del giudice amministrativo, per la materia de qua tale intervento è ancora più limitato dalla considerazione che la normativa comunitaria ha voluto rafforzare il contraddittorio in fase procedimentale e pre-processuale, ritenendolo non solo una alternativa alla risoluzione giurisdizionale della controversia, ma anche una più appropriata modalità di risoluzione. Ne consegue che la possibilità del sindacato giurisdizionale, seppure non esclusa, deve, di regola, limitarsi alla mera legittimità e controllo

dell'atto adottato dalla amministrazione all'esito del procedimento relativo alla valutazione delle giustificazioni delle offerte anomale e che la adeguatezza delle giustificazioni addotte dall'impresa costituisce oggetto di discrezionalità tecnica della commissione di gara sindacabile solo ove possa desumersi in maniera indubitabile la illogicità o incoerenza della valutazione dell'amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 5 agosto 2005, n. 4196; C. Stato, VI, 3 maggio 2002, n.2334).

Né, infine, merita condivisione la censura relativa al mancato calcolo dell'indennità di vacanza contrattuale all'interno del costo medio orario offerto.

L'impresa aggiudicatrice, infatti, ha effettuato i conteggi in questione sulla base delle tabelle aventi decorrenza dall'1.5.2005, mentre detta indennità doveva essere computata se venivano applicati i parametri retributivi delle tabelle del costo del lavoro non aggiornate.

Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso in appello va rigettato. Sussistono, comunque, giusti motivi, in considerazione della complessità delle questioni trattate, per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione V, rigetta l'appello.

Compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma, palazzo Spada, sede del Consiglio di Stato, nella camera di consiglio dell'11 marzo 2008 con l'intervento dei sigg.ri

Sergio Santoro	presidente,
Claudio Marchitello	consigliere,
Marco Lipari	consigliere,
Marzio Branca	consigliere,
Michele Corradino	consigliere estensore,

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to Michele Corradino

F.to Sergio Santoro

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 7-10-2008

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

IL DIRIGENTE

F.to Antonio Natale