

**N. 01813/2010 REG.DEC.
N. 09360/2009 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso r.g.n. 9360/2009, proposto da:

Abbanoa s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Contu, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Massimi, 154;

contro

Sea s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Flavio Maria Bonazza, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Guido Francesco Romanelli, in Roma, via Cosseria, 5;

nei confronti di

A.t.i. fra Idrotecnica s.r.l. e Ligeam s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Colaci, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maria Giuseppina Lo Iudice, in Roma, via Federico Cesi, 21; Ibi Idroimpianti s.p.a. ed Acciona Agua s.a., in persona dei rispettivi

rappresentanti legali in carica, entrambe n.c.;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Sardegna, Cagliari, sezione I, n. 01543/2009, resa tra le parti e concernente *un appalto di servizi di conduzione e controllo d'impianti fognari di depurazione e sollevamento.*

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Sea s.r.l. e dell'A.t.i. fra Idrotecnica s.r.l. e Ligeam s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 23 febbraio 2010, il Consigliere di Stato Aldo SCOLA ed uditi, per le parti, gli avvocati Arru, per delega di Giovanni Contu e Domenico Colaci, e Guido Francesco Romanelli, per delega di Flavio Maria Bonazza;

Ritenuto e considerato, in fatto e diritto, quanto segue.

FATTO

1. – La società originaria ricorrente aveva partecipato alla procedura di gara indetta dalla società Abbanoa s.p.a., avente ad oggetto l'affidamento del servizio di conduzione, sorveglianza, manutenzione e controllo di vari impianti di depurazione, (servizio suddiviso in 16 lotti).

L'aggiudicazione di ciascun lotto era disciplinata dal criterio del prezzo più basso, determinato mediante ribasso sull'importo posto a base di gara; all'esito delle operazioni di gara, l'offerta presentata

dall'originaria ricorrente era risultata la migliore per i lotti nn. 1, 2, 4, 12, 13, 14, per cui la Sea s.r.l. era stata dichiarata *aggiudicataria provvisoria* dei predetti lotti.

Con nota del 17 dicembre 2008, prot. n. 90497, il responsabile del procedimento aveva chiesto alla Sea “alcune precisazioni in merito agli elementi costitutivi dell'offerta”, con particolare riguardo al costo del personale ed al contratto nazionale di lavoro applicato ai lavoratori impiegati nello svolgimento dei servizi oggetto dell'appalto.

Con nota del 9 gennaio 2009 la Sea s.r.l. aveva comunicato che sarebbe stato applicato il contratto del settore metalmeccanico.

Con determinazione del 29 gennaio 2009 n. 38, il Direttore generale di Abbanoa s.p.a. aveva disposto l'esclusione dalla gara della Sea s.r.l., facendo proprie le valutazioni contenute nella “relazione sulla verifica delle offerte anormalmente basse”, resa dal responsabile del procedimento, secondo cui l'indicazione del c.c.n.l. del settore metalmeccanico, quale contratto applicabile al personale occupato nella gestione dei servizi oggetto dell'appalto in questione, non era conforme all'art. 11, comma 6, capitolato d'onere (ai sensi del quale la ditta appaltatrice aveva “l'obbligo di applicare al personale dipendente addetto alla conduzione ed al controllo degli impianti il c.c.n.l. vigente per le specifiche attività attinenti l'oggetto dell'appalto”).

2. - Con il ricorso introduttivo, la Sea s.r.l. aveva *impugnato* la determinazione del direttore di gara 29 gennaio 2009 n. 38, con la quale era stata disposta, in sede di esame dell'anomalia delle offerte sui soli due lotti n. 13 e n. 14, l'esclusione dell'originaria ricorrente

dalla procedura ad evidenza pubblica, bandita da Abbanoa s.p.a., per l'appalto di servizi inerenti alla conduzione, sorveglianza, verifica, manutenzione e controllo d'impianti fognari di depurazione e sollevamento, già affidati in gestione alla medesima Abbanoa s.p.a. e dislocati in vari luoghi del territorio sardo, ed erano stati aggiudicati i lotti – già anteriormente assegnati, in via provvisoria, alla stessa Sea s.r.l. – n. 1 e n. 4 ad Ibi s.p.a.; n. 2 e n. 14 ad Acciona Agua s.a.; n. 12 e n. 13 all'A.t.i. fra Idrotecnica s.r.l. e Ligeam s.r.l.; nonché ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale, compresa la nota di comunicazione dell'esclusione 2 febbraio 2009 n. 8798, sulla base dei seguenti motivi:

- a) *violazione degli artt. 86, 87 e 88, d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità manifesta, lesione delle prerogative partecipative della ricorrente e difetto assoluto di motivazione;*
- b) *violazione degli artt. 86, 87 e 88, d.lgs. n. 163/2006, nonché dell'art. 6 del disciplinare, eccesso di potere per carenza istruttoria e difetto assoluto di motivazione;*
- c) *errata applicazione dell'art. 11 del capitolato d'onere, violazione degli artt. 86, 87 e 88, d.lgs. n. 163/2006, eccesso di potere per difetto di istruttoria, sviamento, travisamento della realtà, illogicità manifesta e carenza di motivazione;*
- d) *violazione dell'art. 88, codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163/2006, errata applicazione di legge (legge reg. Sardegna n. 5/2007, dichiarata peraltro incostituzionale con sentenza della Corte cost. n. 411/2008), eccesso di potere per difetto di istruttoria, contraddittorietà, errata valutazione dei presupposti, illogicità e difetto assoluto di motivazione;*

e) illegittimità del provvedimento di aggiudicazione definitiva dei lotti nn. 1, 2, 4, 12, 13 e 14, a società diverse da Sea s.r.l., derivata dai vizi sopra dedotti nei confronti dell'esclusione della ricorrente.

Con il primo motivo, la società ricorrente deduceva la circostanza per la quale i chiarimenti e le giustificazioni in vista della verifica della congruità dell'offerta sarebbero state richieste dalla stazione appaltante solo in riferimento ai lotti n. 13 e n. 14 e non anche per i lotti nn. 1, 2, 4 e 12: donde l'illegittima esclusione anche delle offerte presentate dalla Sea per questi ultimi lotti, in particolare, per la violazione delle garanzie partecipative e del principio del contraddittorio, governante il procedimento di verifica della congruità delle offerte anomale.

Con il secondo motivo, la ricorrente si lamentava della mancanza di un'adeguata motivazione in ordine alle ragioni dell'esclusione delle sue offerte per l'asserita inaffidabilità delle stesse.

Con il terzo mezzo di gravame, il raggruppamento ricorrente deduceva come nessuna disposizione della *lex specialis* di gara contemplasse l'obbligo di applicare un determinato c.c.n.l., ritenendo infondata l'affermazione contenuta nella relazione del responsabile del procedimento, secondo cui l'applicabilità del contratto dei metalmeccanici non sarebbe stata conforme alla prescrizione dell'art. 11, capitolato d'onori, e dolendosi della mancata dimostrazione, in esito alla verifica dell'anomalia, della misura in cui la proposta applicazione del citato contratto avrebbe potuto riflettersi sull'affidabilità delle proprie offerte.

Con il quarto motivo, la stessa parte ricorrente contestava l'applicazione della legge regionale sarda n. 5/2007 alla verifica dell'anomalia dell'offerta, legge dichiarata incostituzionale con sentenza Corte cost. n. 411/2008.

Con il quinto motivo la medesima deduceva l'illegittimità derivata dall'*aggiudicazione definitiva* disposta a seguito della propria esclusione.

3. – Si costituiva in giudizio la società Abbanoa s.p.a., che resisteva al ricorso, come facevano anche le controinteressate Ibi - Idrobioimpianti s.p.a., Idrotecnica s.r.l. ed Acciona Agua s.a., la quale ultima proponeva pure *ricorso incidentale*, impugnando gli stessi atti gravati con il ricorso principale, nella parte in cui non avevano disposto l'esclusione della Sea s.r.l., e deducendo:

A. *violazione degli artt. 86, comma 3-bis, ed 87, comma 2, lettera g), d.lgs n. 163/2006, nonché del d.m. 28 ottobre 2008, con il quale era stata approvata la tabella ministeriale sul costo orario del lavoro dei dipendenti d'impresa e società esercenti servizi ambientali.*

B. *violazione dell'art. 118, comma 6, d.lgs. n. 163/2006;*

C. *violazione dell'art. 2070, c.c., e dell'art. 36, Cost..*

Impugnava, inoltre, la risposta di Abbanoa al quesito relativo al contratto applicato ai lavoratori attualmente impiegati negli impianti, la determinazione n. 88 del 9 ottobre 2008, il bando di gara, il disciplinare e il capitolato d'oneri, nella parte in cui tali atti potessero interpretarsi nel senso di ammettere alla gara anche offerte in contrasto con le norme sopra indicate e con gli artt. 86 e 87, dlgs. n. 163/2006.

4. – Con ordinanza n. 197 del 13 maggio 2009, il T.a.r. Sardegna accoglieva la domanda cautelare incidentalmente proposta dalla ricorrente, conseguentemente sospendendo l'efficacia del provvedimento di esclusione impugnato, per poi *accogliere il ricorso principale*, annullando la gravata aggiudicazione definitiva e *respingendo quello incidentale*.

Detta sentenza veniva, quindi, *impugnata* dall'Abbanoa soccombente in prime cure, che deduceva:

- i. *l'erroneità dell'impugnata pronuncia, secondo cui l'art. 11, capitolato d'oneri, non avrebbe previsto l'applicazione di uno specifico contratto né sanzionato con l'esclusione le offerte proponenti un contratto non corrispondente all'attività appaltata (v. artt. 11 n. 6 e 12, comma 4, cit. capitolato, ed art. 118, comma 6, d.lgs. n. 163/2006), esclusione implicita ma, comunque, operativa in rapporto ad interessi pubblici connessi ad un corretto espletamento del servizio;*
- ii. *l'ulteriore erroneità dell'impugnata pronuncia, essendosi l'Abbanoa appellante accorta del proposto ma non pertinente contratto dei metalmeccanici solo in occasione della verifica dell'anomalia dell'offerta, non avendo la Sea (titolare di un'offerta ritenuta "inaffidabile") indicato tale circostanza nella sua domanda di partecipazione alla gara;*
- iii. *l'inapplicabilità del contratto dei metalmeccanici (riguardante un'attività produttiva) ad un impegno relativo al funzionamento ed alla manutenzione di un impianto fognario (concernente un'attività di servizio), con la correlativamente inevitabile esclusione della Sea dalla gara in questione;*
- iv. *l'esistenza di una pregressa giurisprudenza cautelare di questa sezione, asseritamente favorevole alle sue tesi (cfr. ordinanze n. 3268/2009 e n. 4452/2009).*

L'appellata Sea si costituiva in giudizio ed *eccepiva*:

- a. come nessuna pertinente disposizione indicasse il contratto applicabile alla fattispecie, trattandosi di una scelta lasciata al singolo offerente;
- b. come l'Abbanoa appellante avesse, in un primo tempo, ritenuto applicabili tutti i tipi contrattuali, censurando poi quello dei metalmeccanici solo all'atto del profilarsi di una possibile aggiudicazione alla Sea appellata;
- c. come apparisse incongruo l'atipico *jus poenitendi* della stazione appaltante;
- d. come il sub-procedimento di verifica di una possibile offerta anomala riguardasse solo i lotti n. 13 e n. 14 e non tutti gli altri;
- e. come si fosse ingenerato un legittimo *affidamento* circa le determinazioni originariamente assunte dalla stazione appaltante;
- f. come l'articolato contenuto della tipologia delle prestazioni da rendere non potesse consentire un richiamo perentorio ad un solo tipo di contratto (come quello del settore *ambiente*);
- g. come le numerose attività strumentali previste in rapporto alla discussa gara inducessero a preferire un riferimento al contratto dei metalmeccanici, sia per attività produttive che di servizio;
- h. come dovesse favorirsi, nei casi dubbi, un'interpretazione utile per la più ampia partecipazione dei soggetti interessati alla gara da espletare (cfr. C.S., sezione V, dec. n. 3384/2007);
- i. come l'inesistenza di univoci divieti di applicazione del contratto dei metalmeccanici dovesse, comunque, giovare all'appellata Sea, di

fronte al rifiuto del responsabile del procedimento di gara di fornire qualsiasi utile chiarimento, rimettendo ogni determinazione alle parti offerenti.

Anche l'Idrotecnica s.r.l. si costituiva in giudizio, affiancandosi alle richieste dell'appellante Abbanoa e ponendo in luce come il contratto dei metalmeccanici (documentalmente residuale) fosse il meno vantaggioso (nella misura del 30%) per i lavoratori interessati; come dovesse, invece, applicarsi il contratto FISE, più specifico e confacente ad un'attività a sicura prevalenza di servizio, secondo le indicazioni fornite anche dalle tre confederazioni sindacali più rappresentative (v. nota comune 4 febbraio 2009).

All'esito della pubblica udienza di discussione la vertenza passava in decisione, dopo *l'accoglimento di un'istanza cautelare* con ordinanza n. 6421/2009 di questa stessa sezione ed il deposito di una memoria conclusiva sia da parte dell'Abbanoa s.p.a. che da parte della Sea s.r.l..

DIRITTO

L'appello è *fondato* e va *accolto*, per le ragioni che seguono.

I) - Nell'esaminare le censure sopra riassunte, deve preliminarmente osservarsi che i motivi dedotti presentano profili comuni o strettamente connessi che permettono la loro definizione sulla base di uno sviluppo argomentativo sostanzialmente unitario.

La parte originariamente ricorrente proponeva due ordini di questioni giuridiche fondamentali: in primo luogo, l'eventuale conformità al regolamento della gara dell'applicazione del contratto dei metalmeccanici; in secondo luogo, in quali termini rilevasse

l'applicazione di uno specifico contratto (ovvero se dovesse considerarsi quale causa di esclusione dalla gara o quale elemento da valutarsi nell'ambito della procedura di verifica delle offerte sospettate di anomalia).

In tale prospettiva, non possono condividersi le argomentazioni dei primi giudici, poiché è vero che l'art. 11 del capitolato d'onori non prevedeva l'applicazione di un determinato contratto né sanzionava espressamente con l'esclusione le offerte che ne proponessero uno non conforme all'effettiva attività oggetto dell'appalto, ma tale soluzione interpretativa discendeva solo da un *esame letterale* della disposizione della *lex specialis* ("La ditta appaltatrice è tenuta ... 6) ad applicare al personale dipendente addetto alla conduzione e al controllo degli impianti il contratto collettivo nazionale di lavoro vigente per le specifiche attività attinenti l'oggetto dell'appalto"), peraltro, mancando un'indicazione testuale *inequivoca* circa la volontà dell'amministrazione appaltante di vincolarsi in tal senso, comunque ricavabile dal contesto.

Di conseguenza, la ragione dell'esclusione non poteva trarsi da un'asserita pura e semplice violazione della *lex specialis* di gara, dato che la determinazione dirigenziale impugnata motivava l'esclusione con riguardo alla complessiva inaffidabilità dell'offerta della Sea ricorrente, facendo un non condivisibile rinvio alla relazione del responsabile del procedimento, quanto alla verifica di congruità delle offerte sospettate di anomalia (avviata con la richiesta di chiarimenti ed integrazioni, di cui alla nota Abbanoa del 17 dicembre

2008, prot. n. 90497), in cui si ritrovava il rilievo concernente l'inapplicabilità del contratto dei metalmeccanici, per un solo asserito contrasto con l'art. 11 del capitolato d'onori.

Così ricostruita la motivazione dell'esclusione, *non avrebbero dovuto essere accolte* le doglianze riferite all'illegittimità di una esclusione dalla procedura di gara, motivata con l'asserito contrasto tra la clausola del capitolato ed il contratto di settore proposto della Sea, posto che l'invocata disposizione del capitolato d'onori non prevedeva un'esplicita sanzione espulsiva, ma la rendeva, in ogni caso, enucleabile dal contesto, tanto più che, in sede di verifica dell'anomalia, la stazione appaltante avrebbe dovuto provare come l'adozione dell'uno o dell'altro tipo contrattuale potesse rendere *inaffidabile* l'offerta presentata dall'originaria ricorrente.

II) - L'appello va, dunque, *accolto*, fermo restando il capo dell'impugnata sentenza concernente *il rigetto del ricorso incidentale* dell'Acciona Agua s.a..

Proprio con riguardo all'interpretazione dell'art. 2070, c.c., onde procedere all'applicazione diretta dell'art. 36, Cost., la Cassazione ha delineato un orientamento ormai costante (cfr. Sez. un. civ., sent. 26 marzo 1997 n. 2665; Cass. civ., sez. lav., sent. 13 luglio 2009 n. 16340), secondo cui nell'ordinamento attuale, venuto meno il contenuto normativo dell'art. 2070, c.c., vige il principio per il quale, se il datore di lavoro non aderisce al sindacato imprenditoriale firmatario dell'accordo collettivo della cui applicazione si tratti, non vi è un obbligo giuridico per l'imprenditore stesso di applicare il

contratto corrispondente all'effettiva attività economica esercitata.

Anche l'art. 118, comma 6, d.lgs. n. 163/2006, quando pone il problema d'individuare quale sia il contratto collettivo di lavoro "in vigore nel settore", va interpretato nel quadro dei principi derivanti dall'orientamento ormai costante della Cassazione: il che comporta, impregiudicata ogni questione circa la compatibilità, con il principio costituzionale tutelante l'iniziativa economica privata (art. 41, Cost.) e con i principi comunitari in materia di concorrenza tra le imprese, di una clausola del bando che dovesse imporre ai concorrenti l'applicazione al personale, impiegato nei servizi oggetto dell'appalto, di uno specifico contratto collettivo di lavoro, che l'esame dell'incidenza del contratto dei metalmeccanici sulla congruità e affidabilità dell'offerta presentata dalla società, originaria ricorrente, avrebbe dovuto essere svolto dimostrando come il trattamento economico previsto in detto contratto fosse o meno conforme al precetto dell'art. 36, Cost. (tenuto conto anche di quanto ora previsto, in tema di verifica delle offerte anomale, dall'art 87, comma 3, codice dei contratti pubblici, con la conseguenza che l'offerta economica non rispettosa dei concordati minimi salariali dev'essere, in tali casi, automaticamente *esclusa* dalla gara).

III) – Conclusivamente, deve *accogliersi* l'appello, con *riforma* dell'impugnata sentenza e *rigetto* del ricorso di prima istanza, nonché *salvezza* degli atti ivi impugnati, a spese del doppio grado di giudizio *integralmente compensate* per giusti motivi tra le parti in causa, tenuto anche conto delle alterne vicende processuali.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione V, *accoglie l'appello e, in riforma dell'impugnata sentenza, respinge il ricorso di I grado, a spese del doppio grado di giudizio integralmente compensate*, per giusti motivi, tra le parti ivi costituite.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2010, con l'intervento dei signori giudici:

Cesare Lamberti, Presidente FF

Marco Lipari, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere, Estensore

Aniello Cerreto, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

L'ESTENSORE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/03/2010

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

Il Dirigente della Sezione