

Consiglio di Stato, sez. V, 24 marzo 2020, n. 2056

di Stefano Taddeucci

Data di pubblicazione: 7-4-2020

1. In tale prospettiva deve comunque osservarsi che le tabelle introdotte dal sopravvenuto contratto

collettivo potevano essere considerate nel sub – procedimento di valutazione dell’offerta per stimarne

l’affidabilità. Bene strano sarebbe stato il contrario, non solo considerando che il contratto

sopravvenuto era in parte applicabile (...), ma anche in ragione del fatto che è il nuovo contratto

collettivo a trovare applicazione in sede di esecuzione del contratto.

Guida alla lettura

Il CDS ritiene legittimo l’operato della stazione appaltante la quale, al fine di poter valutare la congruità del costo della manodopera indicato nell’offerta, applichi le tabelle ministeriali sopravvenute alla data di presentazione dell’offerta stessa.

La questione è quella relativa alla rilevanza o meno, nel caso di specie, dello ius superveniens.

Nell’ambito del D.lgs. 50/2016 (di seguito “Codice”) un riferimento utile è costituito dall’art. 106 comma 1 lett. C), a norma del quale il contratto può essere modificato senza ricorrere ad una nuova procedura nel caso di circostanze imprevedibili, tra cui rientra anche “*la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti*”.

L’eventuale emanazione di nuove norme in corso di contratto non determina la cessazione anticipata di quest’ultimo e quindi non comporta l’obbligo della stazione appaltante di attivare una nuova procedura basata su tali norme. Semplicemente, il contratto viene modificato mediante il meccanismo dell’art. 1339 c.c., che così dispone: “*Le clausole, i prezzi di beni o di*

servizi, imposti dalla legge sono di diritto inseriti nel contratto”.

Pertanto, l’emanazione di nuove norme non viene vista dal legislatore come un ostacolo all’attuazione dei principi di concorrenza e trasparenza, e ciò appunto perché si tratta di circostanze imprevedibili, ossia assolutamente non dipendenti dalla stazione appaltante.

Si potrebbe replicare quanto segue: l’art. 106 comma 1 lett. C) ha una sua ragion d’essere perché ci si trova nella fase negoziale, e quindi, siccome in base all’art. 30 comma 8 al contratto si applicano le disposizioni del codice civile, è del tutto normale che in tale fase si applichi il meccanismo dell’inserzione automatica delle clausole imposte dalla nuova normativa (*ius siveprveniens*).

Invece, nel caso delle tabelle ministeriali, ci si trova ancora nella fase del procedimento amministrativo, ossia nella fase della valutazione della congruità del costo del lavoro indicato nell’offerta, e quindi si dovrebbe verificare come lo *ius superveniens* è disciplinato dalla legge 241/90, e ciò appunto proprio in omaggio alla ripartizione prevista dal sopra citato art. 30 comma 8, il quale vuole che, quando ci si trova ancora nella fase procedimentale, si applichino le disposizioni contenute nella suddetta Legge.

In quest’ultima vi sono vari casi nei quali viene fatta espressamente salva una eventuale (e quindi successiva) diversa disposizione di legge, ossia appunto lo *ius superveniens*, il quale quindi prevale sulla disciplina della stessa legge, e sono i seguenti:

- termine di conclusione del procedimento (art. 2 comma 2);
- stipula degli accordi per atto scritto, sotto pena di nullità (art. 11 comma 2);
- termine oltre il quale matura il silenzio assenso tra PPAA (art. 17 bis comma 3);
- deroghe all’immediata efficacia e/o esecutività del provvedimento (art. 21 quater comma 1);

Ebbene, sembra di poter dire che nessuno dei 4 casi sopra elencati (casi in cui si applica sempre e comunque lo *ius superveniens*) possa essere assimilato, in via di interpretazione sistematica, al caso dell’emanazione di nuove tabelle ministeriali recanti una disciplina del costo del lavoro diversa da quella esistente al tempo in cui l’offerta è stata presentata.

In realtà, per sapere se l’applicazione delle tabelle ministeriali sopravvenute debba essere considerata legittima o meno, occorre fare riferimento a come l’indicazione del costo del lavoro è disciplinata nell’ambito del Codice.

L’art. 95 comma 10 del Codice prevede che *“Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell’aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all’[articolo 97, comma 5, lettera d\)](#).”*

A sua volta l’art. 97 comma 5 lett. D) rimanda ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all’articolo 23 comma 16 dello stesso Codice: tale norma prevede

espressamente che tali tabelle sono “annuali”, e lo stesso vale per i prezzari regionali.

Di conseguenza, è del tutto fisiologico che alla data di presentazione delle offerte fossero in vigore determinate tabelle e che poi queste ultime, alla data della valutazione delle offerte, siano state sostituite da altre.

Quindi, alla stregua dell’art. 23 comma 16 del Codice, è del tutto legittimo che la stazione appaltante applichi le tabelle ministeriali che sono entrate in vigore successivamente alla data di presentazione dell’offerta.

L’unico modo per negare la fondatezza di tale tesi potrebbe essere quello di dire: l’impresa, nel momento in cui decide di partecipare ad una procedura di gara, lo fa anche perché in quel momento il costo del lavoro previsto dalla tabella ministeriale in vigore è relativamente contenuto, e quindi minore è il costo del lavoro da sostenere e maggiore potrà essere l’utile d’impresa ricavabile dall’appalto. Se, al momento in cui l’offerta deve essere valutata, la tabella è cambiata e prevede un costo del lavoro superiore a quello indicato nella tabella precedente, tale costo diverrà maggiore e quindi diminuirà l’utile conseguibile, al punto tale che l’impresa stessa, se avesse saputo che per aggiudicarsi l’appalto avrebbe dovuto sostenere dei costi del lavoro più elevati, probabilmente non avrebbe neanche avuto interesse a partecipare.

E’ proprio l’interesse a partecipare l’elemento che dovrebbe segnare il confine oltre il quale lo *ius superveniens* rappresentato dalle nuove tabelle ministeriali non dovrebbe mai andare: se le norme vengono cambiate in corsa, tale interesse potrebbe anche venir meno, ed invece deve comunque essere tutelata la posizione dell’impresa la quale, soppesando attentamente costi (tra cui quello del lavoro) e benefici, abbia deciso di partecipare.

A questo punto, quindi, si tratta di vedere se nel Codice sia rinvenibile qualche norma dalla quale si possa desumere che lo *ius superveniens* non può, suo malgrado, ledere l’interesse dei concorrenti a partecipare, e che quindi debbano continuare ad applicarsi le norme che erano in vigore al tempo in cui l’offerta era stata presentata.

Ebbene, sembra che una tale ricerca sia destinata a dare un esito negativo: p. es. nel contratto di disponibilità l’affidatario può si introdurre varianti ai progetti definitivo ed esecutivo, ma nel rispetto “delle norme e provvedimenti di pubbliche autorità vigenti e *sopravvenuti*” (art. 188 comma 5).

Di conseguenza il principio affermato dal CDS non può che essere considerato fondato.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6958 del 2019, proposto da Pizzamiglio Andrea s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Sonzogni e Giovanni Corbyons, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone, 44;

contro

Comune di Zinasco, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Cristina Colombo, Giovanni Crisostomo Sciacca e Mattia Casati, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Giovanni Crisostomo Sciacca in Roma, via di Porta Pinciana, 6;

Comune di Zinasco in qualità di ente capo convenzione della Centrale di Committenza di Zinasco, Comune di Carbonara al Ticino, Comune di Villanova D'Ardenghi, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Teknoservice s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Giuseppe Orofino, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 00930/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Zinasco e della Teknoservice s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2020 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Sonzogni, Corbyons, Arbib su delega di Sciacca, Alterio su delega di Orofino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La Pizzamiglio Andrea s.r.l. ha interposto appello nei confronti della sentenza 24 aprile 2019, n. 930 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. IV, che ha respinto il suo ricorso avverso la determinazione in data 15 ottobre 2018 della Centrale di committenza di Zinasco, recante aggiudicazione definitiva, in favore della Teknoservice s.r.l., della *“gara di appalto del servizio di raccolta, trasporto dei rifiuti solidi urbani, della raccolta differenziata e dei servizi complementari nel territorio di Zinasco, Carbonara al Ticino e Villanova D’Ardenghi e di custodia e gestione dell’area ecologica comunale (Zinasco)”*.

Si tratta della procedura aperta indetta il 10 febbraio 2017 dal Comune di Zinasco, quale ente capo convenzione dell’omonima centrale di committenza, per l’affidamento dei servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani e gestione della piazzola ecologica e dei servizi connessi, della durata di cinque anni.

All’esito della procedura è risultata aggiudicataria la Teknoservice s.r.l. con punti 89,786 e seconda graduata l’appellante con punti 55,190.

Sottoposta a verifica di anomalia dell’offerta, Teknoservice ha prodotto, in data 4 maggio 2017, la propria relazione di giustificazione concernente principalmente il costo del lavoro; l’offerta è stata ritenuta congrua ed è dunque stata confermata l’aggiudicazione.

La società Pizzamiglio ha proposto un primo ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia denunciando la sottostima dei costi in cui era incorsa Teknoservice, senza considerare i costi della fornitura annua dei contenitori da 300 litri per la raccolta porta a porta, dei bidoni da 110 litri e dei mastelli (per la raccolta porta a porta della frazione umida) dei cassoni per la raccolta del “verde”, dei costi di personale ed automezzi riferiti alla raccolta domiciliare ed al trasporto ai siti di conferimento, degli analoghi costi per lo svuotamento delle campane adibite al conferimento della carta e della plastica, contestando altresì l’inadeguatezza dei tempi di effettuazione di alcuni segmenti del servizio. Con sentenza 6 aprile 2018, n. 928 il predetto Tribunale amministrativo ha accolto il ricorso e, per l’effetto, annullato l’aggiudicazione con conseguenziale rinnovazione della fase di verifica di congruità dell’offerta della prima classificata.

Ne è conseguita l’attività di rinnovazione, con invito a Teknoservice a rendere le giustificazioni, prestando particolare attenzione alla determinazione del costo del personale; tali giustificazioni sono state espresse con nota del 24 maggio 2018, la quale si è discostata dall’originaria relazione di congruità nonché dall’offerta tecnica. In particolare, le nuove tabelle giustificative non recavano più l’indicazione dell’operatore di livello 4 per la raccolta di carta, cartone e plastica, in quanto reputato non necessario alla luce del nuovo C.C.N.L. di categoria.

A seguito di ulteriori chiarimenti, intervenuti in data 11 settembre 2018, la Centrale di committenza di Zinasco ha ritenuto congrua l’offerta.

Con il ricorso in primo grado la Pizzamiglio Andrea s.r.l. ha impugnato l’aggiudicazione

deducendone l'illegittimità anzitutto per violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) ed *f-bis*), nonché comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, nell'assunto che Teknoservice doveva essere esclusa per avere fornito informazioni false e fuorvianti e comunque (per avere) trasmesso documentazione non veritiera diretta ad influenzare la decisione sulla congruità, in speciale modo con riguardo al costo del conducente di quarto livello per i servizi di raccolta e trasporto della carta e della plastica, non dichiarato in attesa di conoscere le nuove tabelle ministeriali, ciò integrando una fattispecie di illecito professionale endoprocedurale e censurando altresì la permanenza di sottostime dei costi.

2. - La sentenza appellata ha respinto il ricorso nell'assunto della tardività del primo motivo concernente la falsità della dichiarazione, resa in sede di giustificazioni, in ordine al costo dell'operatore di quarto livello, che, se del caso, doveva essere fatto valere con il primo ricorso del 2017, e comunque della sua infondatezza, al pari degli altri motivi, dovendosi ritenere consentiti, in sede di giustificazioni, aggiustamenti e spostamenti dei costi fra le varie componenti del prezzo, a condizione che non vi sia uno stravolgimento dell'offerta, ed assumendo rilievo la sopravvenuta entrata in vigore di una nuova contrattazione collettiva al fine di giustificare la complessiva affidabilità e congruità dell'offerta presentata alla stazione appaltante.

3.- Con l'appello la Pizzamiglio s.r.l. ha dedotto l'erroneità della sentenza di prime cure, reiterando, alla stregua di motivi di critica della medesima, le censure di primo grado.

4. - Si sono costituiti in resistenza la Teknoservice s.r.l ed il Comune di Zinasco, anche in qualità di ente capofila della Centrale di committenza, controdeducendo ai motivi di appello e chiedendone la reiezione.

5. - All'udienza pubblica del 16 gennaio 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Il primo motivo di appello censura la statuizione di irricevibilità del primo motivo concernente la conoscenza, sin dal corso della procedura, del fatto che Teknoservice aveva dichiarato di non impiegare più l'operatore di quarto livello, pur indicato nell'offerta tecnica, nell'assunto che Teknoservice non aveva chiarito, nel corso della prima verifica di anomalia, di voler fare a meno dell'operatore/meccanico di livello 4, ma semplicemente non aveva inserito i relativi costi nella parte inferiore delle tabelle, sì da non essere stati computati (per un importo di circa euro 13.000); ciò costituisce un illecito professionale endoprocedurale che ne giustificava di per sé l'esclusione dalla gara.

Il motivo non è fondato.

A prescindere dalla tardività, che è comunque ravvisabile (in quanto se la Pizzamiglio, come dalla stessa dedotto, ha acquisito contezza del comportamento "fuorviante" di Teknoservice nel corso del primo giudizio ed in particolare dalla memoria avversaria del marzo 2018, in quella sede avrebbe dovuto dedurre il vizio, verosimilmente mediante la proposizione di motivi aggiunti), occorre considerare che la mancata prospettazione di tale vizio nel precedente

giudizio la preclude in una successiva sede in quanto coperto dal giudicato. In ogni caso, il motivo è infondato nel merito, in quanto la condotta denunciata dall'appellante quale illecito professionale endoprocedurale non integra il grave illecito professionale di cui all'art. 80, comma 5, lett.c), che riguarda i requisiti di ordine generale, cioè di accesso alla gara, e tanto meno una dichiarazione non veritiera da parte di Teknoservice, in quanto, nel procedimento di rinnovazione, la presenza di un operatore di quarta categoria è stata comunque indicata.

2. - Il secondo mezzo deduce poi l'indebita mancata applicazione, in sede di verifica dell'anomalia, delle tabelle ministeriali del costo del lavoro vigenti al momento della scadenza (24 marzo 2017) del termine per la presentazione dell'offerta (e cioè quelle aggiornate al febbraio 2015).

Il motivo è infondato, in quanto, essendo il giudizio di anomalia dell'offerta volto a verificare l'attendibilità e/o sostenibilità dell'offerta, ha condivisibilmente affermato la sentenza appellata che sono consentiti aggiustamenti e spostamenti di costi tra le varie componenti del prezzo, potendosi tenere conto anche delle sopravvenienze (normative o meno), a condizione che ciò non comporti una modificazione dell'offerta stessa (in termini Cons. Stato, III, 2 marzo 2017, n. 974). In tale prospettiva deve comunque osservarsi che le tabelle introdotte dal sopravvenuto contratto collettivo Fise Assoambiente (stipulato il 5 giugno 2017, ma il cui accordo generale era stato raggiunto già il 6 dicembre 2016) potevano essere considerate nel sub-procedimento di valutazione dell'offerta per stimarne l'affidabilità. Bene strano sarebbe stato il contrario, non solo considerando che il contratto sopravvenuto era in parte applicabile sin dal 6 dicembre 2016, ma anche in ragione del fatto che è il nuovo contratto collettivo a trovare applicazione in sede di esecuzione del contratto.

3. - Con il terzo motivo l'appellante critica la pronuncia di primo grado per non avere rilevato la persistente insostenibilità dell'offerta di Teknoservice anche alla luce delle nuove giustificazioni, in quanto i maggiori costi sarebbero tali da azzerare l'utile di impresa indicato su base annua in euro 3.719,55. Il riferimento è, in particolare, ai costi relativi ai contenitori, bidoni e mastelli evidenziando un maggiore onere di euro 778,95 annui, ai costi relativi alla raccolta del vetro nel territorio di Zinasco, pari ad euro 2.620,55 annui, ai costi di svuotamento della carta, cartone e plastica nelle campane a servizio del territorio di Carbonara al Ticino, pari ad euro 3.816,44, ai costi di fornitura dei cassoni per la raccolta del verde, pari ad euro 2.010,00, ai maggiori costi per la raccolta dei rifiuti ingombranti e RAEE per circa euro 11.700,00; egualmente viene criticata la sentenza in merito alle tempistiche di effettuazione di taluni servizi (raccolta rifiuti indifferenziati, vetro, alluminio, etc.).

Il motivo è infondato.

Va premesso che non può condividersi, almeno nella sua integralità, pur trattandosi di questione dibattuta, l'eccezione di inammissibilità da giudicato svolta dal Comune di Zinasco, in quanto lo stesso si forma solo con riferimento ai capi di sentenza che si pronunciano sui motivi, e non anche sulle questioni oggetto di motivi assorbiti (Cons. Stato, III, 2 dicembre 2016, n. 5055). A tale riguardo nella sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, IV, 6 aprile 2018, n. 928 risulta trattato solo il motivo dei costi del personale e dei mezzi necessari per la raccolta dei rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE),

dei rifiuti ingombranti e degli ingombranti a domicilio. Per tali elementi vi è una preclusione da giudicato, atteso che l'azione è stata esercitata (in base ai fatti costitutivi allegati); per gli altri elementi non vi è inammissibilità del motivo, ma lo stesso è infondato od inammissibile per altre ragioni.

Ed invero, va anzitutto ricordato che, essendo la verifica di anomalia finalizzata a verificare la sostenibilità e serietà dell'offerta presentata in gara, la stessa si conclude con un giudizio sintetico e globale, senza concentrarsi sulle singole voci di prezzo, mentre nel caso di specie vi è una deduzione atomistica dei motivi.

Procedendo comunque alla disamina degli argomenti di critica svolti dall'appellante, occorre rappresentare che la censura sul costo dei bidoni e mastelli su base annua, per quanto assai poco significativa, è comunque inammissibile in quanto per la prima volta proposta in appello.

Lo stesso dicasi per i costi relativi alla raccolta del vetro e dell'alluminio nel territorio di Zinasco, per il quale sarebbe, al più, evincibile un numero settimanale di lavoro e di impiego di mezzi inferiore di poche ore rispetto a quanto riportato nell'offerta tecnica, non incidente sulla congruità dell'offerta, con un valore dunque bene diverso da quello dedotto dalla ricorrente.

Per quanto concerne i costi di svuotamento della carta, cartone e plastica nelle campagne a servizio del territorio di Carbonara al Ticino, come già rilevato dalla sentenza, si tratta di costi allegati già in sede di prima verifica dell'anomalia.

I costi dei cassoni per la raccolta degli sfalci e delle potature a Zinasco e Villanova d'Ardenghi sono riportati nelle voci di costo inserite nelle giustificazioni.

Per la raccolta dei RAEE e dei rifiuti ingombranti, profilo, come detto, coperto da giudicato, va comunque ricordato che la stazione appaltante ha valutato una modalità di raccolta separata sul mezzo (bivasca), che ne consente poi un conferimento differenziato, incidente anche sul costo.

Con riguardo, infine, alla tempistica dei servizi, il motivo, oltre ad essere generico, è infondato, basandosi unicamente su di una consulenza tecnica di parte, che, proprio in quanto non idonea a manifestare la manifesta illogicità od irragionevolezza del giudizio di anomalia, sfugge al sindacato giurisdizionale.

4. - Alla stregua di quanto esposto, l'appello va respinto.

Le spese di giudizio seguono, come per regola, la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

