

Sentenza 17 gennaio 2018, n. 276

Data udienza 19 dicembre 2017

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale

Sezione Quinta

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 2424 del 2017, proposto da:

Sa. Se. S.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Be. Ba. e Ni. Me., con domicilio eletto presso An. De. An. in Roma, via (...);

contro

Regione Autonoma della Sardegna, in persona del Presidente pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Ma. Pa. e Al. Ca., con domicilio eletto presso l'avvocato Ma. Pa. in Roma, via (...);

Assessorato Ee.Ll. Fin. Urb. Direz. Gen. Le – Serv. Centrale Regionale di Committenza, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Consorzio Pr. Mu.-Consorzio Stabile, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Do. De. Li., domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria della V Sezione del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Sardegna, Sez. I n. 171/2017, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di facchinaggio per la Regione Autonoma della Sardegna;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Autonoma della Sardegna e del Consorzio Pr. Mu.-Consorzio Stabile;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2017 il Cons. Raffaele Proserpi e uditi per le parti gli avvocati Ni. Me., Ma. Pa. e Do. De. Li.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, sez. I, con la sentenza n. 171 del 9 marzo 2017, nella resistenza della Regione Sardegna e del Consorzio Pr. Mu. Consorzio Stabile, ha respinto il ricorso proposto dalla società Sa. Se. S.c.a.r.l. per l'annullamento della determinazione 30168/I 4.3. rep. 1720 del 22 luglio 2016 dell'amministrazione regionale della Sardegna di aggiudicazione definitiva in favore del Consorzio Pr. Mu. del servizio di facchinaggio della durata di sessanta mesi per un unico lotto.

Sono stati infatti ritenute infondate le censure sollevate di: violazione e falsa applicazione di legge (artt. 87 ss. D. lgs. 163/06), violazione della lex specialis, eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto di istruttoria e di motivazione [primo motivo]; violazione della par condicio tra i concorrenti, illegittimo omesso accertamento della complessiva non congruità dell'offerta aggiudicataria, risultante da numerose elisioni di voce di costo, illogicità del giudizio positivo di congruità con riferimento alla mancata, violazione e falsa applicazione di legge (art. 86 ss. D. lgs. 163/2006), violazione della lex specialis, difetto di istruttoria e di motivazione, eccesso di potere per illogicità manifesta, violazione dell'art. 36 della Costituzione [secondo motivo]; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 75 d.lgs. 163/2006 e dell'art. 8 del disciplinare di gara [terzo motivo]; violazione della L. 23 dicembre 1997 n. 454 ed in particolare dell'art. 1, comma 6, nonché dell'ulteriore normativa sia interna che comunitaria in merito ai requisiti per l'esercizio dell'attività di trasporto per conto terzi ed in particolare regolamento europeo UE1071/1999 decreto prot. rd/921 del 25 novembre 2011 nonché della direttiva 96/26/CE del Consiglio del 29 aprile 2006 [quarto motivo].

2. Con atto di appello ritualmente notificato il 31 marzo 2017 la predetta Società Sa. Se. ha chiesto la riforma della di tale sentenza, riproponendo sostanzialmente i motivi di censura sollevati in primo grado di cui ha lamentato l'erroneo apprezzamento, il superficiale esame e l'ingiusto rigetto con motivazione affatto condivisibile.

Hanno resistito al gravame il Consorzio Pr. Mu. e la Regione Sardegna, che hanno insistito per il suo rigetto.

Alla pubblica udienza del 19 dicembre 2017 la causa è passata in decisione.

3. All'esame proprio della fase di merito e nella pienezza del contraddittorio la Sezione è dell'avviso che l'appello deve essere accolto alla stregua delle osservazioni che seguono.

3.1. Non è meritevole di favorevole considerazione il primo motivo di gravame con cui, sostanzialmente reiterando le censure sollevato con il corrispondente motivo del ricorso principale, la società appellante ha sostenuto l'invalidità per incompletezza e indeterminatezza dell'offerta economica dell'aggiudicataria che non aveva indicato per

ognuno dei presidi in cui doveva svolgersi il servizio di facchinaggio la singola percentuale di sconto operato.

Al riguardo la sentenza impugnata ha correttamente evidenziato, sulla base peraltro delle puntuali disposizioni della *lex specialis*, non smentite e non smentibili (ma solo inammissibilmente interpretate in modo soggettivo dall'appellante), che la procedura di gara non era articolata in lotti, che il servizio di facchinaggio doveva essere svolto su tutto il territorio regionale e soprattutto che l'offerta economica doveva essere formulata con riguardo all'intero servizio oggetto dell'appalto, indicando – come imposto dalle previsioni del disciplinare di gara – nel modello predisposto nel campo denominato "prezzo unitario" il valore totale dell'offerta (espresso in cifre ed in lettere), quale risultante della somma dei prezzi offerti per le tre principali oggetto della gara (facchinaggio, mezzi a presidio fisso, mezzi a chiamata), indicazioni che nel caso di specie erano state puntualmente rispettate; non era invece richiesto, tanto meno a pena di esclusione, l'indicazione dello sconto o della percentuale di ribasso, che pertanto non era elemento costitutivo dell'offerta o quanto meno necessario o idoneo a consentire la valutabilità dell'offerta. E' appena il caso di aggiungere che in ogni caso, proprio perché l'indicazione della percentuale di ribasso o di sconto non era prevista a pena di esclusione, la sua mancanza o la sua erronea individuazione, non avrebbe mai potuto comportare la esclusione dell'offerta.

3.2. E' da respingere anche il terzo di gravame.

A tal fine occorre premettere che non è contestato che l'aggiudicatario, il Consorzio Pr. Mu., sia un consorzio stabile: quest'ultimo, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, è caratterizzato dal c.d. elemento teleologico che gli consente di operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni previste nel contratto, contratto che il predetto consorzio ordinario stipula in nome proprio e per conto delle consorziate, con la conseguenza che a lui direttamente ed esclusivamente si imputa l'attività compiuta (Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2015, n. 4703; sez. V, 2 maggio 2017, n. 1984; 22 gennaio 2015, n. 244).

Ciò rende infondato il rilievo circa la mancata indicazione della natura collettiva del consorzio nella cauzione prodotta, essendo sufficiente che sia stato indicato il Consorzio garantito, fermo restando la correttezza della motivazione dei primi giudici che sul punto ha evidenziato in ogni caso che si sarebbe trattato di un vizio regolarizzabile che giammai avrebbe potuto determinare l'esclusione dalla gara; ugualmente è a dirsi per la dedotta mancanza della firma del Consorzio contraente sulla cauzione, tanto più che tale sottoscrizione non è necessaria, non essendo il soggetto garantito parte necessaria del contratto di fideiussione (A.P. 4 ottobre 2005, n. 8).

3.3. Non merita favorevole considerazione neppure il quarto motivo di gravame.

E' sufficiente al riguardo rilevare che in realtà l'appellante non contesta che l'affermazione dei primi giudici secondo cui dalla documentazione in atti emerge con chiarezza che il Consorzio è autorizzato all'attività di trasporto per conto terzi, evidenziando piuttosto che la società Pu. & Ce. 2, facente parte del Consorzio, non sarebbe abilitata all'autotrasporto (e neppure al facchinaggio) e non possiederebbe neanche le relative iscrizioni, in violazione dell'art. 3 del disciplinare.

Senonché, come dedotto dalle parti appellate, quest'ultima è però una censura nuova non formulata e non presente nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado e come tale inammissibile; né può condividersi la tesi dell'appellante che nega la novità della censura sul presupposto che si tratterebbe di una mera specificazione della censura sollevata in primo grado, dal momento che non può essere considerato senza rilievo – ai fini dell'esercizio del diritto di difesa – il fatto che la censura di primo grado fosse stata rivolta a constatare la mancanza delle necessarie iscrizioni e autorizzazioni in capo al solo Consorzio Pr. Mu. e non anche in capo ad una delle consorziate.

3.4. E' invece fondato il secondo motivo nella parte in cui la Sa. Se. sostiene che il Consorzio Pr. Mu. abbia proposto nella sua offerta l'applicazione al personale dipendente del CCNL Safi non appropriato e non pertinente alle prestazioni oggetto del servizio da affidare.

Sebbene non si ignorano i principi di una giurisprudenza ormai consolidata della quale ha fatto uso anche il giudice di prime cure, secondo cui l'applicazione di un determinato contratto collettivo rientra nelle prerogative dell'imprenditore e nella libertà negoziale delle parti, così che la legge di gara non può imporre ai concorrenti l'applicazione di un CCNL determinato, per il quale deve essere solamente rispettata la coerenza del contratto nazionale di con l'oggetto dell'appalto posto in gara, nondimeno non può non rilevarsi che è proprio quest'ultimo punto che rende non conforme alla procedura l'offerta del Consorzio aggiudicatario definitivo.

E' pacifico infatti che il Consorzio Pr. Mu. abbia specificato che prestatori d'opera sarebbero stati regolamentati e retribuiti secondo le regole stabilite dal contratto collettivo di lavoro Safi, più specificamente del contratto per i Servizi ausiliari e fiduciari, il cui ambito di applicazione è stabilito dall'art. 1 dell'articolato contrattuale medesimo.

Tale ambito è indubbiamente molto vasto, anche data la genericità di esplorazione dei servizi, disciplinando ad esempio i servizi di portierato, i servizi di accoglienza e di indirizzo della clientela in uffici pubblici e privati, i servizi di controllo dell'attività di spettacolo e intrattenimento, le attività di prevenzione di primo intervento antincendio, le attività di controllo e verifica fiduciaria di incassi per conto terzi, di attività di ricevimento, di controllo degli accessi e regolazione del flusso di persone e merci, attività eseguibili da agenzie di investigazione, ricerche e raccolta di informazioni: si contano complessivamente 17 tipi di prestazioni, ognuna ampiamente comprensiva di mansioni varie, tra cui al penultimo punto, denominato p), vi è anche l'attività di facchinaggio, trasporto, trasloco di beni mobili, ausiliarie alle sopra indicate attività.

Il servizio posto in gara dalla Regione Sardegna riguarda il facchinaggio senza altra specificazione e di conseguenza l'applicazione del contratto collettivo di lavoro per i Servizi ausiliari e fiduciari si rileva incoerente con l'oggetto della prestazione posta in gara, in quanto per un verso le attività disciplinate da detto contratto collettivo dimostrano di non avere alcun collegamento con il servizio da appaltare, mentre per altro verso il richiamato punto p) indica che le attività di facchinaggio trasporto ivi previste hanno carattere ausiliario (e di completamento) delle altre sopra indicate.

Proprio detto espresso carattere di ausiliarità e di completamento delle attività di facchinaggio previsto nel CCNL SAFI rende quest'ultimo inappropriate alla gara in

questione, trattandosi di attività non principali, né prevalenti, ma assolutamente residuali rispetto a queste.

Ciò non consente di fare richiamo ai principi sulla libertà negoziale delle parti ed all'autonomia dell'imprenditore per giustificare l'applicazione di una disciplina che non ha alcuna pertinenza con il rapporto da regolare e determina necessariamente anche squilibri nell'offerta economica.

4. Alla stregua delle osservazioni svolte l'appello deve essere accolto e, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto nei sensi di cui in motivazione il ricorso di primo grado, col conseguente subentro della Sa. Se. s.c.a.r.l. nel contratto oggetto della gara, non essendo stato al riguardo sollevato alcuna ragione ostativa, così come domandato nel ricorso introduttivo, fermo restando l'obbligo dell'amministrazione appaltante delle verifiche di legge.

Le spese di giudizio possono essere compensate da entrambi gradi, vista la peculiarità della vicenda.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale

Sezione Quinta,

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi in cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso introduttivo nei sensi pure indicati in motivazione.

Spese compensate.

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