

Publicato il 24/07/2024

N. 04362/2024 REG.PROV.COLL.
N. 01188/2024 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1188 del 2024, proposto da Soul Health Solution s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG ZF13BF93CA, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Asl 106 - Napoli 1, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Gelsomina D'Antonio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Gentile Salvatore & C. sas;

per l'annullamento:

- della Determina Dirigenziale n. 401 del 2 febbraio 2024 emessa dall'ASL Napoli 1 Centro, Direzione Amministrativa P.O. Ospedale Del Mare e S.O. Barra, avente ad oggetto: "affidamento alla società Gentile Salvatore & C.

s.a.s. del servizio di manutenzione degli arredi a seguito della verifica del rispetto dei minimi salariali retributivi RdO MePa n. 3672178”;

- di ogni altro atto presupposto e/o connesso e conseguente;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, con conseguente risarcimento in forma specifica del danno causato alla ricorrente mediante subentro nello stesso o, in alternativa e in via meramente subordinata, per equivalente monetario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Asl 106 - Napoli 1;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore la dott.ssa Maria Grazia D'Alterio e uditi nell'udienza pubblica del giorno 18 giugno 2024 per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso ritualmente proposto, la ricorrente ha contestato la legittimità della epigrafata determinazione dell'ASL Napoli 1 Centro, con cui, all'esito della riedizione del potere conseguente all'annullamento giurisdizionale della precedente aggiudicazione, si è proceduto all'affidamento alla società Gentile Salvatore & C. s.a.s. del servizio biennale di manutenzione degli arredi del P.O. Ospedale del Mare e annesso residence.

Nel ripercorrere lo svolgimento della articolata vicenda procedimentale, la ricorrente ha premesso in fatto che:

- con richiesta di offerta pubblicata sul MEPA in data 20 luglio 2023, la resistente amministrazione aveva indetto una procedura aperta, ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. b, del D. Lgs. 36/2023, avente ad oggetto l'affidamento del predetto servizio di manutenzione arredi, con un importo a base di gara stimato in €. 22.566,00, oltre IVA, prevedendosi altresì

l'eventuale proroga di sei mesi per un importo aggiuntivo di € 5.641,00, oltre IVA;

- la legge di gara aveva prescelto il criterio di aggiudicazione del minor prezzo ex art. 108, co. 3, lett. a), del D. Lgs. 36/2023, fissando, quali obblighi imprescindibili gravanti sull'aggiudicatario, le prestazioni aventi ad oggetto la manutenzione preventiva dei beni e la cd. manutenzione a guasto relativa alla riparazione presso i locali della ditta affidataria;
- all'indetta procedura selettiva avevano preso parte l'odierna ricorrente, operatore uscente del servizio, e la controinteressata, Gentile Salvatore & c. sas;
- quest'ultima, all'esito dell'esame delle offerte presentate, era risultata prima classificata, avendo praticato un ribasso dell'11,814 % e, dunque, proposto un'offerta complessiva di €. 19.900,00, oltre IVA (di cui €. 1.990,00 per costo del personale ed €. 298,50 a titolo di oneri per la sicurezza), per cui risultava aggiudicataria del servizio;
- tuttavia, con sentenza n. 6128/2023, resa da questo Tribunale sul ricorso (r.g. 4398/2023) proposto dalla soc. Soul Health Solution avverso la predetta aggiudicazione, veniva accolto il primo motivo di censura con cui si denunciava l'omessa verifica del costo della manodopera, in violazione degli artt. 11, 41, 108 e 110 del d.lgs. 36/2023 - assorbendone gli ulteriori motivi - e, per l'effetto, se ne disponeva l'annullamento;
- dunque, a seguito di plurimi solleciti della ricorrente, in conformità con la sentenza di questo Tribunale, veniva attivato il subprocedimento di verifica del costo della manodopera, all'esito del quale, con determina dirigenziale n. 401 del 2 febbraio 2024, oggetto dell'odierna impugnativa, il servizio veniva nuovamente riaffidato alla controinteressata Gentile Salvatore & C., avendo l'Amministrazione resistente considerato congruo il costo della manodopera proposto.

2. Avverso tale determinazione è nuovamente insorta Soul Health Solution s.r.l., la quale ha posto a fondamento del ricorso tre articolati motivi, deducendo censure così riassumibili:

- violazione e falsa applicazione degli artt. 11, 41, comma 14, 108 e 110 del d.lgs. 36/2023, in quanto la controinteressata avrebbe sottostimato il costo della manodopera per il biennio in cui il servizio doveva essere espletato, indicando un costo di €. 1.990,00, che non garantirebbe il rispetto dei minimi salariali stabiliti dal CCNL di riferimento; i costi effettivi da sostenere, infatti, sarebbero significativamente superiori a quelli dichiarati, costituendo la principale voce di spesa per l'esecuzione del servizio appaltato, caratterizzato da un'alta intensità di manodopera (l'impresa aggiudicataria è obbligata a fornire personale specializzato per almeno 5 giorni al mese, dalle ore 08:30 alle 17:30, dedicati interamente alle attività oggetto dell'appalto, sia per lo svolgimento di attività di "manutenzione preventiva" che per la "manutenzione a guasto");

- violazione dei principi di tutela della concorrenza, trasparenza, parità di trattamento, proporzionalità e ragionevolezza, in quanto nel subprocedimento di verifica del costo della manodopera, successivo alla precitata sentenza n. 6128/2024, la controinteressata avrebbe radicalmente modificato il contenuto dei primi giustificativi e, in tal modo, alterato significativamente la propria offerta economica, in violazione delle norme del Codice degli Appalti. Tali conclusioni scaturirebbero dall'aver indicato per la prima volta l'impiego solo part-time di personale tecnico, per un costo di €.1.153,44, nettamente inferiore rispetto a quello inizialmente dichiarato dall'impresa, nonché dall'aver sostenuto che il titolare, Salvatore Gentile, sarebbe stato impiegato nelle attività dell'appalto per circa il 90% del tempo totale, a titolo gratuito. In tal modo, in particolare, sarebbero state violate le regole della par condicio e della concorrenza, in quanto l'impiego nell'esecuzione dell'appalto di soggetti non retribuiti, come nella fattispecie in

esame, provoca distorsioni nel mercato per cui non sarebbe possibile escludere i costi dei titolari e dei soci lavoratori dell'impresa;

- violazione del giusto procedimento, in quanto la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa automaticamente, avendo presentato giustificativi richiesti oltre i 15 giorni previsti dall'art. 110 del d.lgs. 36/23.

In aggiunta alle rappresentate censure, la ricorrente ha inoltre reiterato i motivi già prospettati con il precedente ricorso, ritenuti assorbiti con la più volte citata sentenza di questo Tribunale, vale a dire:

- in primo luogo, violazione del combinato dell'art. 101 del D.lgs. 36/06, nonché degli artt. 10 e 11 della lex specialis, in quanto la stazione appaltante avrebbe illegittimamente consentito all'aggiudicataria di produrre l'offerta economica successivamente al termine di scadenza fissato dal disciplinare di gara, reputando ammissibile l'inoltro dell'offerta sul sistema informatico del MEPA oltre le ore 12:00 del giorno 31/07/2023;

- secondariamente, violazione della disciplina di gara e, segnatamente, dell'allegato II.5 del D. Lgs. n. 36/2023, non potendosi ritenere l'impresa controinteressata materialmente in grado di eseguire alcune delle prestazioni relative al servizio messo a gara, in specie quelle aventi ad oggetto gli interventi di riparazione e manutenzione dei letti di degenza, se non contravvenendo ai divieti esplicitati nella lex specialis, in particolare a quello di avvalersi di prodotti di ricambio equivalenti in luogo di quelli originali. Invero, la ricorrente ha sul punto rimarcato di essere l'unica impresa detentrica del servizio di distribuzione e di manutenzione in via esclusiva dei pezzi di ricambio prodotti dalla Missaglia 84 srl, fornitrice e produttrice dei letti di degenza di "tipo Kedos", presenti nella struttura ospedaliera.

3. Si è costituita in giudizio l'ASL Napoli 1, difendendo la legittimità dei propri atti, rimarcando che l'obiezione sollevata dalla ricorrente, riguardante l'impiego di soggetti non retribuiti nell'esecuzione dell'appalto, non inciderebbe sull'offerta presentata dalla ditta Gentile in quanto tale offerta

non è caratterizzata da un eccessivo ribasso e, inoltre, non sarebbe ravvisabile alcuna distorsione delle regole di mercato né contrasto con i principi della par condicio e della concorrenza.

4. Accolta l'istanza cautelare ai fini della sollecita definizione del merito della controversia, in assenza di deduzioni in ordine alla stipula del contratto con l'aggiudicataria, all'udienza pubblica del 18 giugno 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

5. Il ricorso è fondato e va accolto, cogliendo nel segno, con valore assorbente, la prospettazione di parte in ordine alla violazione del principio di immodificabilità dell'offerta in sede di verifica del costo del lavoro oltre che del principio di parità di trattamento tra operatori economici, sottese ad un'istruttoria affatto carente e superficiale condotta dalla S.A.

5.1 A tale riguardo, va rilevato che il d.lgs. n. 36 del 2023 si allinea pienamente al d.lgs. n. 50 del 2016 nell'assicurare una tutela rafforzata degli interessi dei lavoratori, richiedendo agli operatori economici di indicare separatamente il costo della manodopera e gli oneri di sicurezza, sulla base di una seria valutazione preventiva di tali costi, da svolgere previamente alla formulazione del proprio ribasso complessivo. In particolare, l'articolo 11 del d.lgs. n. 36/2023, inserito nel Titolo I del Codice dedicato ai "Principi generali", ribadisce l'importanza di una piena promozione delle tutele normative ed economiche dei lavoratori, che si declina, nella sua attuazione pratica, nella necessità di assicurare trasparenza e chiarezza nella indicazione dei costi del lavoro, al fine di evitare la presentazione di offerte anormalmente basse che potrebbero compromettere, al contempo, la qualità del servizio e la tutela dei diritti dei lavoratori.

Dal canto loro, le stazioni appaltanti, in forza del combinato disposto degli artt. 108, comma 9, e 110, comma 5, lett. d), del d.lgs. n. 36/2023 (al pari di quanto stabilivano gli artt. 95, comma 10, e 97, comma 5, lett. d), del d.lgs. n.

50/2016), prima dell'aggiudicazione sono tenute a verificare, in ogni caso, che il costo del personale non sia inferiore ai minimi salariali retributivi.

L'analisi sui costi per la manodopera indicati in gara, invero, è strumentale non solo all'accertamento circa la capacità dell'impresa di stimare correttamente la presumibile spesa per questo specifico fattore di produzione, ma anche la sua capacità di assolvere agli obblighi retributivi e contributivi durante il rapporto contrattuale. Ed infatti, un importo incongruo può essere l'indice di un'analisi errata, ma anche il segnale di un potenziale rischio di non correttezza in fase esecutiva (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 23 agosto 2022, n. 5476).

Di qui il precetto di immodificabilità del costo del lavoro indicato in sede di offerta, la cui indicazione separata, prescritta a pena di esclusione dall'art. 108, comma 9, d.lgs. n. 36 del 2023, è volta al precipuo scopo della verifica preliminare del rispetto delle condizioni di lavoro, oltre che costituire elemento da cui desumere eventualmente la serietà e sostenibilità dell'offerta ai sensi dell'art. 110, comma 1 del Codice appalti.

Difatti, tale accertamento (che non dà luogo a un sub-procedimento di verifica di anomalia dell'intera offerta, ma mira esclusivamente a controllare il rispetto del salario minimo: cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 11 novembre 2022, n. 14776) è sempre obbligatorio, anche nei casi, quale quello in esame, di gara al massimo ribasso. Diversamente, infatti, potrebbe essere compromesso il diritto dei lavoratori alla retribuzione minima, tutelato dall'art. 36 Cost. (in argomento cfr., ex multis, T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 21 dicembre 2020, n. 1994; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 1° giugno 2020, n. 978; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 16 marzo 2020, n. 329; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 26 marzo 2018, n. 608).

Ciò implica che le spiegazioni fornite dall'operatore economico alla stazione appaltante devono essere in grado di giustificare in maniera chiara ed esaustiva il livello dei costi del lavoro alla base della formulata proposta

progettuale, a garanzia della sua congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità, sotto pena, in mancanza, dell'esclusione dell'offerta che non sia, o non dimostri di essere, in grado di assicurare il rispetto di tali garanzie minime, costituendo la certazione della congruità del costo della manodopera rispetto ai minimi salariali retributivi una condizione indefettibile del provvedimento di aggiudicazione (*cf.*, da ultimo, Tar Campania, Napoli, Sez. V, n. 6128/23, cit.).

Inoltre, va anche rilevato, con riferimento al connesso tema della realizzazione delle commesse con l'utilizzo del lavoro svolto dai soci lavoratori, che rileva nel caso di specie, che la giurisprudenza è ferma nel ritenere che la Stazione appaltante, nell'ambito delle preliminari verifiche svolte in vista dell'aggiudicazione, deve verificare in maniera puntuale e approfondita la plausibilità e verosimiglianza delle giustificazioni addotte in merito al dichiarato apporto del socio d'opera, onde scongiurare che tale elemento non costituisca piuttosto una modalità elusiva delle norme che impongono il rispetto dei diritti dei lavoratori, nonché delle regole concorrenziali e dei principi di sostenibilità e attendibilità dell'offerta resa in sede di gara pubblica (*cf.* TAR Lombardia – Milano, Sentenza n. 2567/2022; T.A.R. Lazio, Roma, II, 24 maggio 2022, n. 6688; anche T.A.R. Campania, Salerno, I, 20 novembre 2019, n. 2040).

Difatti, laddove i costi del lavoro dei titolari e dei soci lavoratori non siano adeguatamente riflessi fin dalla proposta economica ab origine formulata, ne possono derivare distorsioni nella concorrenza, con compromissione dell'integrità delle procedure di gara, sicché le Stazioni appaltanti sono in tal caso tenute a verificare in maniera puntuale se l'utilizzo delle prestazioni del socio d'opera nell'esecuzione dell'appalto non rappresenti piuttosto una modalità elusiva delle norme che impongono il rispetto dei minimi salariali nonché delle regole concorrenziali e i principi di sostenibilità e attendibilità dell'offerta.

Al riguardo, si è in particolare affermato che “La riduzione del costo del lavoro che taluni soggetti, come nella specie, possono procurarsi, anche mediante la rinuncia al trattamento economico che loro spetterebbe in base alla contrattazione collettiva, non può e non deve essere tenuta in considerazione ai fini della valutazione della congruità dell’offerta economica presentata da tali soggetti e/o del costo del lavoro: ciò in ragione del fatto che si determina a favore di essi un vantaggio che deve considerarsi lesivo della parità di trattamento tra operatori economici nella misura in cui non è espressione di uno ‘sforzo imprenditoriale’ e, quindi, di una ‘sana competizione’. Ne consegue che le Stazioni appaltanti devono determinare il costo del lavoro esposto dall’operatore economico, per l’attività prestata dai soci lavoratori, in applicazione integrale dei diritti riconosciuti dalla contrattazione collettiva di riferimento, e ciò al fine di ristabilire il corretto confronto concorrenziale rispetto agli altri operatori partecipanti alla gara, e quindi valutare l’effettivo costo del lavoro che si deve sostenere per far fronte all’esecuzione del contratto” (Cons. Stato, Sez. V, n. 6424 del 3 luglio 2023; in termini cfr. anche Cons. Stato n. 84/2015; T.A.R. Lombardia, Sez. IV, 18 novembre 2022, n. 2567; Tar Piemonte, sez. I, 20 marzo 2018, n. 327).

5.2 Applicando le superiori coordinate ermeneutiche al caso in esame, ritiene il Collegio che la modifica, contenuta nelle giustificazioni, dei costi della manodopera al fine di fornire una spiegazione alla indicazione di un costo del lavoro enormemente più basso di quello necessario, sulla base delle ore di lavoro richieste in capitolato, comporta un’inammissibile rettifica del costo del lavoro originariamente indicato, effettuata in corso di gara ed in sede di verifica da parte della S.A., non adeguatamente e congruamente giustificato.

Tale modifica, a ben vedere, stravolge un elemento costitutivo essenziale dell’offerta economica, sebbene per la pacifica giurisprudenza non suscettivo di essere immutato nell’importo, al pari degli oneri aziendali per la sicurezza,

pena l'incisione degli interessi pubblici, posti a presidio delle esigenze di tutela delle condizioni di lavoro e di parità di trattamento dei concorrenti, sottesi alla specifica individuazione di tali voci di costo, come imposta dagli artt. 108, comma 9, e art. 110 del d.lgs. n. 36/2023.

Peraltro, va rilevato come già nel precedente giudizio innanzi a questo T.A.R., la controinteressata, su richiesta della resistente amministrazione, aveva fornito “giustificativi” al costo della manodopera indicato, affermando che avrebbe impiegato nella commessa due operai specializzati, inquadrati secondo il CCNL Terziario Confcommercio - Operaio livello 4, con una retribuzione lorda mensile individuale di circa € 1.100,00.

Nel rinnovato subprocedimento di verifica del costo della manodopera, la controinteressata, con la nota Prot. 0294164/u, ha inammissibilmente stravolto il contenuto dei primi giustificativi prodotti, affermando che la maggior parte del lavoro necessario, per assicurare il rispetto dei minimi salariali, sarebbe stato svolto dal titolare, Salvatore Gentile, in quanto direttamente impiegato nelle attività oggetto di appalto per circa il 90% del monte orario totale, mentre solo il restante 10% sarebbe stato coperto da due operai part-time, per un totale di € 1.153,44, ossia una somma ancora diversa rispetto all'importo di € 1.900,00 di cui all'offerta economica originaria e con una riduzione di circa il 40 per cento dell'importo indicato.

Sennonché l'aggiudicataria, precedentemente, non aveva mai menzionato l'apporto lavorativo del titolare quale socio d'opera, tantomeno nella rilevante misura del 90% del monte orario richiesto, né aveva mai specificato che i due dipendenti impiegati nell'appalto sarebbero stati assunti con contratto part-time (limitandosi ad indicare, nei primi giustificativi, per ciascuno di questi dipendenti, una retribuzione mensile lorda di € 1.100,00).

Alle superiori considerazioni va anche aggiunto che, da quanto incontestatamente emerge dagli atti di causa, la controinteressata non ha fornito adeguate giustificazioni idonee a superare il denunciato intento

elusivo della disciplina di tutela dei lavoratori, che secondo la prospettazione ricorsuale sarebbe sotteso al mutato quadro, relativo sia ai soggetti tenuti a rendere le prestazioni oggetto della commessa che ai conseguenti costi del lavoro connessi all'esecuzione. Difatti, solo a fronte della richiesta di ulteriori giustificativi richiesti dalla SA, essendo risultati di per sé non congrui i costi indicati per le prestazioni dedotte in contratto, la controinteressata ha precisato che si sarebbe avvalsa dell'attività lavorativa dello stesso titolare, in aggiunta ai costi del personale indicato, senza aver effettuato alcuno scorporo dei costi del lavoro prestato allo stesso, né aver dimostrato che il titolare sarebbe stato in grado di assicurare con puntualità l'adempimento della quasi totalità delle richieste di intervento, anche in relazione a tutte le commesse in corso (di cui non è fornita evidenza) e al volume di attività della società e alla necessità di garantire in ogni caso la reperibilità per tutti i possibili casi di "Manutenzione a guasto", come ben rimarcato dalla difesa ricorrente.

I principi enucleati, come dedotto dalla ricorrente con il primo motivo di ricorso, non sono stati rispettati nella fattispecie in esame ove invece l'amministrazione resistente ha in maniera alquanto superficiale e automatica ritenuto congruo il costo del lavoro indicato, senza operare il doveroso supplemento istruttorio e di verifica, che si rendeva necessario alla stregua delle coordinate normative e giurisprudenziali innanzi richiamate, tenuto conto della formulazione quantomeno ambigua dell'offerta dell'aggiudicataria e delle particolari caratteristiche del servizio, che richiede un'intensa manodopera.

5.3 In definitiva il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento dell'impugnata delibera di aggiudicazione, nei sensi sopra precisati e con assorbimento di tutte le restanti censure.

6. In applicazione della regola della soccombenza le spese del presente giudizio debbono essere poste a carico dell'amministrazione resistente, nella

misura indicata nel dispositivo, con attribuzione al procuratore dichiaratosi antistatario.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania - Napoli (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Condanna l'azienda sanitaria al pagamento delle spese di lite in favore della ricorrente che liquida in complessivi €. 2.000,00, oltre accessori come per legge, da attribuirsi al procuratore dichiaratosi antistatario.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 18 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Gianluca Di Vita, Consigliere

Maria Grazia D'Alterio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Maria Grazia D'Alterio

IL PRESIDENTE
Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO