

T.A.R. Campania Salerno, Sez. I, Sent., (data ud. 26/10/2022) 02/11/2022, n. 2900

AMMINISTRAZIONE PUBBLICA › Contratti

ATTI AMMINISTRATIVI › In genere

Intestazione

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 951 del 2022, proposto da D.G. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Maria Caianiello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Salerno, c.so Garibaldi 181 c/o Avv. Vitolo;

contro

I. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Geremia Biancardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

A. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Vitale e Gabriele Vitale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento:

a) del Decreto n. 72 del 7.4.2022 con cui la I. s.p.a. ha aggiudicato il servizio di ricezione, selezione e valorizzazione multimateriale leggero (plastica e lattine) da raccolta differenziata della Provincia di Avellino C.E.R. 15 01 06 - CIG: (...); b) del verbale di gara n. 3 del 16.3.2022; c) della nota pec prot. n. (...) del 31.3.2022, conosciuta soltanto in data 26.4.2022 a seguito di accesso agli atti amministrativi; d) della nota prot. n. (...) del 16.3.2022 con cui la S.A. ha richiesto giustificazioni inerenti il costo della manodopera alla A. s.p.a.; e) del parere istruttorio prot. n. (...) del 1.4.2022, di contenuto sconosciuto; f) di ogni altro atto, provvedimento, verbale di gara, non notificati né altrimenti comunicati alla ricorrente di cui si ignorano gli estremi ed il contenuto, e comunque lesivi degli interessi della ricorrente; nonché

per la dichiarazione dell'inefficacia

del contratto che sia stato o dovesse essere stipulato nelle more del giudizio; ovvero

con la domanda di subentro

dell'odierna ricorrente, seconda classificata in graduatoria, nell'aggiudicazione e nel contratto ai sensi dell'art. 121 c.p.a.; e, in via subordinata,

per il risarcimento del danno

nell'ipotesi in cui non fosse possibile il subentro, per il ristoro di tutti i danni gravi subiti dalla

ricorrente in ragione dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati con il ricorso, ovvero per il risarcimento del lucro cessante, danno emergente e danno curriculare e con riserva di ogni opportuna quantificazione nel corso del giudizio

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A. S.p.A. e di I. S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2022 il dott. Fabio Di Lorenzo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. D.G. S.p.A. ha impugnato, unitamente agli atti connessi e presupposti, il Decreto n. 72 del 7.4.2022 con cui la I. s.p.a. ha aggiudicato a A. S.p.A. il servizio di ricezione, selezione e valorizzazione multimateriale leggero da raccolta differenziata della Provincia di Avellino C.E.R. 15 01 06 - CIG: (...).

Si è costituita A. S.p.A., eccependo la tardività del ricorso, e deducendone l'infondatezza nel merito.

Si è costituita altresì I. S.p.A. per resistere al ricorso.

Con ordinanza n. 2022/267 depositata in data 10/6/2022 il Collegio ha respinto la domanda cautelare, ritenendo insussistente il fumus boni juris.

Dopo lo scambio di memorie tra le parti, la causa è stata infine introitata in decisione all'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2022.

2. In via preliminare occorre valutare la ricevibilità del ricorso, a fronte dell'eccezione di tardività formulata da A. S.p.A.

L'aggiudicazione è datata 7.4.2022, ed in pari data è stata comunicata.

L'istanza di accesso formulata da D.G. S.p.A. per chiedere l'ostensione dei documenti di gara, della documentazione amministrativa e dell'offerta della A. spa, è stata dapprima formulata in data 1.4.2022 venendo però dichiarata inammissibile dalla stazione appaltante in ragione della pendenza della procedura di gara, e poi è stata nuovamente formulata in data 11.4.2022. In data 19 aprile 2022 I. S.p.A. ha invitato D.G. S.p.A. a recarsi presso i propri uffici al fine di prendere visione e di estrarre copia della documentazione richiesta, ma in risposta D.G. S.p.A., con nota pec 20 aprile 2022, ha richiesto di visionare la documentazione mediante invio telematico ai sensi dell'[art. 5-bis del CAD](#); a fronte di tale richiesta di D.G. S.p.A., I. S.p.A. in data 26.4.2022 ha inviato in via telematica i documenti richiesti, in allegato alla mail. Il Collegio ritiene pertanto che D.G. S.p.A. si sia tempestivamente attivata nella richiesta ostensiva, la quale è stata tuttavia riscontrata in modo completo e corretto solo in data 26.4.2022, da tale data decorrendo così il termine per l'impugnazione. Ne consegue che il ricorso, notificato in data 23.5.2022, è tempestivo.

3. Con il primo e il secondo motivo, che possono essere esaminati congiuntamente, D.G. S.p.A. ha lamentato la violazione della lex specialis di gara, la quale prevede che l'offerta economica delle partecipanti debba essere redatta in conformità al documento denominato "Allegato 1 - Domanda e autodichiarazione" che, al punto n. 3) della dichiarazione n. 14) prescrive l'indicazione del CCNL applicato. D.G. S.p.A. si duole che: nell'offerta A. S.p.A. ha dichiarato l'applicazione del CCNL di "Nettezza urbana igiene ambientale servizi di pulizia"; rispetto a tale CCNL originariamente indicato in sede di dichiarazione dell'offerta economica, poi A. S.p.A. avrebbe utilizzato un contratto diverso, e cioè quello "Pulizia industrie"; in sede di giustificazioni in ordine al contratto applicato, rese nella nota prot. (...) del 31.3.2022, A. S.p.A. ha chiarito che avrebbero applicato il CCNL di "igiene ambientale" dichiarato in sede di offerta, per il personale qualificato di "impiegato Tecnico", mentre sarebbe stato applicato il

CCNL di "Pulizia industria" per il personale operaio; tale indicazione del CCNL di pulizia industria soltanto successivamente alla presentazione della propria offerta economica, inficerebbe l'offerta economica di A. S.p.A.; tale aggiunta di un CCNL non dichiarato ab origine violerebbe la *lex specialis* e il principio di immodificabilità dell'offerta in corso di gara.

Il motivo è infondato.

L'aggiudicataria A. s.p.a. in sede di offerta ha dichiarato l'applicazione del CCNL di "Igiene Ambientale"; tale indicazione non è stata mutata in sede di gara, in quanto tale contratto è in concreto applicato al personale qualificato di "Impiegato Tecnico"; in sede di giustificazione è stata operata non una modifica dell'offerta ma una mera specificazione, indicandosi in tale sede l'applicazione anche del CCNL di "Pulizia Industria" per il personale operaio, in aggiunta al contratto di "Igiene Ambientale", il quale appunto continua ad applicarsi al personale qualificato di "Impiegato Tecnico".

Inoltre, ad *abundantiam* occorre anche considerare che la *lex specialis* di gara non ha imposto (tantomeno a pena di esclusione) l'applicazione di uno specifico e individuato CCNL. Sul punto la giurisprudenza ha evidenziato che non rientra nella discrezionalità della stazione appaltante imporre o esigere dai partecipanti alla gara l'applicazione di un determinato contratto collettivo nazionale di lavoro tanto più quanto una o più tipologie di contratto possono anche solo astrattamente adattarsi alle prestazioni oggetto del servizio da affidare (Consiglio di Stato, sez. V., 15 marzo 2021 n. 2198; id. 23 luglio 2018 n. 443; id. 5 ottobre 2016 n. 4109); ne consegue, che l'applicazione di un contratto collettivo di lavoro diverso anche da quello indicato nella *lex specialis* di gara non può essere sanzionato a priori con l'esclusione dalla gara per inammissibilità dell'offerta ([Consiglio di Stato, III sezione, 2 marzo 2017, n. 975](#); 9 dicembre 2015 n. 5597), e tale assunto vale anche in relazione alla valutazione dell'anomalia dell'offerta, legata al costo della mano d'opera in relazione al c.c.n.l. di riferimento (Consiglio di Stato, sez. V, 15 marzo 2021 n. 2198; 1 marzo 2017 n. 932; 12 maggio 2016 n. 1901). Inoltre, "la discrezionalità dell'imprenditore di applicare il c.c.n.l. che più preferisce è limitata soltanto dalla necessità che vi sia stretta connessione con l'oggetto dell'appalto e con la salvaguardia dei livelli retributivi dei lavoratori impegnati, senza che sia possibile imporre l'applicazione di una tipologia di c.c.n.l." ([TAR Liguria, sezione I, 1 ottobre 2020, n. 676](#))

Per questi motivi la citata specificazione in sede di chiarimenti non ha violato il principio di immodificabilità dell'offerta, ne ha reso quest'ultima indeterminata.

Il primo motivo di ricorso è pertanto infondato.

4. Con il terzo motivo D.G. S.p.A. ha lamentato la violazione del disciplinare di gara nel punto in cui prevede che nell'offerta debba essere indicato il numero dei lavoratori da impiegare nell'esecuzione dell'appalto, in quanto, nell'offerta, sebbene il costo della manodopera fosse compiutamente indicato, non era indicato il numero di lavoratori, poi indicato solo in sede di giustificazioni.

Il motivo è infondato.

Il Collegio osserva che la controinteressata in sede di chiarimenti si è limitata ad illustrare il numero dei lavoratori da impiegare, e tale specificazione, specie considerando che nell'offerta era già compiutamente indicato il costo della manodopera, non ha modificato l'offerta e il costo complessivo della manodopera, limitandosi a chiarire le voci dei costi sopportati per la manodopera impiegata.

5. È infondato anche il quarto motivo di ricorso in quanto, non essendovi stata alcuna modifica dell'offerta in corso di gara per i motivi già illustrati, non si è realizzata alcuna violazione del principio della *par condicio* dei concorrenti.

6. Il ricorso è pertanto respinto.

7. Le spese di lite seguono la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

- 1) Respinge il ricorso;
- 2) Condanna D.G. S.p.A. al pagamento delle spese di lite in favore di A. S.p.A., liquidandole nella complessiva somma di euro 2.000,00 (duemila/00), oltre spese generali nella misura del 15%, oltre Iva e Cpa come per legge, con distrazione in favore degli avv.ti Domenico Vitale e Gabriele Vitale;
- 3) Condanna D.G. S.p.A. al pagamento delle spese di lite in favore di I. S.p.A., liquidandole nella complessiva somma di euro 2.000,00 (duemila/00), oltre spese generali nella misura del 15%, oltre Iva e Cpa come per legge.

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

Conclusione

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Referendario

Fabio Di Lorenzo, Referendario, Estensore