Parere n.189 del 20/10/2011

PREC 199/10/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Impresa BRILLANTE srl - servizio di pulizia dei locali sede di uffici pubblici comunali - Importo a base d'asta € 96.400,00 1° lotto - 95.900,00 2° lotto - S.A.: Comune di Cava de' Tirreni

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 28 luglio 2010, è pervenuta all'Autorità l'istanza in epigrafe con la quale la Brillante S.r.l. nel contestare la propria esclusione dalla gara in oggetto chiede un parere sulla legittimità della procedura indetta dal Comune di Cava de' Tirreni rispetto alla quale la commissione giudicatrice, richiamando l'art. 8 del Capitolato che sanciva l'inammissibilità delle offerte nelle quali il costo del lavoro fosse risultato inferiore al costo stabilito dal CCNL di categoria, ha escluso automaticamente tutte le offerte in cui il costo del lavoro risultava inferiore ad euro 15.05, senza avviare il sub procedimento di verifica di anomalia delle offerte ai sensi degli artt. 86 e 87 del D.lgs.163/2006.

In particolare, la società istante lamenta di essere stata esclusa, per il secondo lotto, in quanto il costo del lavoro indicato nella propria offerta era pari ad euro 14.99 (solo 6 centesimi in meno del minimo indicato) pur avendo offerto un ribasso (7,58%) più favorevole di quello della ditta risultata aggiudicataria(6,98%) e senza che la Stazione Appaltante avesse richiesto le giustificazioni al fine di valutare la congruità o meno dell'offerta stessa.

L'istante sostiene pertanto che tale esclusione sia da ritenersi illegittima in quanto " *la semplice indicazione in sede di offerta di un costo della manodopera inferiore alle tabelle ministeriali non può essere motivo di esclusione automatica, e, soprattutto, deve essere sempre fatto salvo il diritto di giustificazione in contraddittorio da parte dei concorrenti stessi*".

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata da questa Autorità nell'istruttoria procedimentale, il Comune di Cava de' Tirreni ha precisato di aver escluso tutte le imprese che avevano applicato un costo orario della manodopera inferiore a quello stabilito dalle tabelle ministeriali aggiornate per le imprese di pulizia (€ 15.05) in ossequio a quanto previsto nell'art. 8 del Capitolato, ritenendo che non si sarebbe potuto procedere alla verifica dell'anomalia di dette offerte in quanto ciò avrebbe presupposto l'ammissibilità delle stesse contrariamente a quanto stabilito nel citato art.8.

La Stazione Appaltante, inoltre, nel confermare il provvedimento di esclusione nei confronti della società istante, osserva che la riammissione dell'impresa comporterebbe una " *violazione della regola della par condicio, a discapito dei concorrenti che si sono pedissequamente attenuti alle prescrizioni di gara*".

Anche la SACITALIA S.r.l., alla quale è stato provvisoriamente aggiudicato il primo lotto del servizio di pulizia, ha fornito riscontro alla richiesta di informazioni, affermando che tutte le offerte che hanno indicato un costo orario più basso di quello previsto dal CCNL di categoria sono state legittimamente escluse in applicazione dell'art. 8 del Capitolato.

Ritenuto in diritto

La questione sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto concerne la legittimità o meno dell'esclusione disposta nei confronti dell'istante investendo in maniera più ampia la correttezza dell'operato della Commissione giudicatrice che ha escluso automaticamente le offerte in cui il costo del lavoro espresso fosse inferiore a quello stabilito dalle tabelle ministeriali senza procedere alla verifica di congruità.

La *lex specialis*, all'art. 8 del Capitolato, ha previsto espressamente che " *Ai sensi del D.P.C.M. 13/03/99 n.117, art.2, l'ente appaltante riterrà inammissibili le offerte nelle quali il costo del lavoro o gli oneri per la sicurezza siano inferiori al costo stabilito dal CCNL di categoria, contratto Multiservizi, pubblicato nella G.U. n.72 del 27/03/09, suppl. ord. N.38 (ultimo aggiornamento)*", ed è in applicazione di tale previsione che la Commissione di gara ha proceduto ad escludere tutte le offerte in cui il costo della manodopera non fosse almeno pari alla soglia di euro 15.05, compresa l'offerta della società istante.

Tanto premesso, appare opportuna una ricostruzione del quadro normativo e dei principi regolatori della materia.

Il citato D.P.C.M. (abrogato dal DPR.n.207/2010) all'art. 2 nell'indicare gli elementi di valutazione che le amministrazioni aggiudicatrici prendono in considerazione per determinare l'offerta più vantaggiosa (da un lato caratteristiche qualitative, metodologiche e tecniche, e dall'altro il prezzo), con riferimento all'elemento prezzo, specifica che " *deve essere previsto che l'offerta ne specifichi la composizione con riferimento al numero degli addetti impiegati, alle ore di lavoro e ai costi per macchinari, attrezzature e prodotti. Le amministrazioni aggiudicatrici considerano inammissibili offerte nelle quali il costo del lavoro sia inferiore al costo stabilito dal CCNL di categoria e dalle leggi previdenziali ed assistenziali, risultante da atti ufficiali*".

In tema di criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse, l'art. 86, comma 3- bis del D.lgs. 163/2006 prevede espressamente che le stazioni appaltanti in sede di predisposizione della gara e poi in sede di verifica dell'anomalia delle offerte debbano valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza e richiama a tal fine le tabelle del Ministero del lavoro e delle previdenza sociale in cui periodicamente viene determinato il costo del lavoro sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva per i diversi settori merceologici.

Il costo del lavoro così determinato rappresenta dunque uno degli elementi dell'offerta economica in relazione al quale tra l'altro gli operatori economici possono presentare giustificazioni in sede di verifica delle offerte anormalmente basse, così come previsto dall'art.87, comma 2, lett. g) del D.lgs. 163/2006 nella versione vigente all'epoca della procedura di gara in questione (la lettera g è stata abrogata dall'art.4, comma 2, lettera i-ter, legge 106/2011).

Dalle disposizioni richiamate emerge dunque che il costo del lavoro individuato dalle Tabelle ministeriali è un elemento dell'offerta rispetto al quale deve essere consentito agli operatori economici di presentare giustificazioni, fermo restando però il trattamento salariale minimo inderogabile di cui al comma 3, del citato art. 87 rispetto al quale non sono ammesse giustificazioni.

Sul valore da attribuire alle citate Tabelle ministeriali relative al costo del lavoro, questa Autorità si è più volte espressa, peraltro in sintonia con l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, affermando che tali Tabelle hanno " *un valore meramente ricognitivo del costo del lavoro formatosi in un certo settore merceologico sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva, non potendo peraltro, mediante l'imposizione di determinati parametri nella formulazione delle offerte, eventualmente pregiudicare la partecipazione alle procedure di gara di operatori economici che, per particolari ragioni giuridico-economiche, valutate dalla stazione appaltante in sede di accertamento della congruità dell'offerta, possano presentare offerte più vantaggiose*". (In tal senso cfr. *ex multis* Pareri Aut. Vigilanza nn.178/2008, 259/2008, 172/2010, 87/2011)

Anche la giurisprudenza amministrativa si è in proposito consolidata nel senso che " *il mancato rispetto dei minimi tabellari, o, in mancanza, dei valori indicati dalla contrattazione collettiva non determina l'automatica esclusione dalla gara, ma costituisce un importante indice di anomalia dell'offerta che dovrà essere poi verificata attraverso un giudizio complessivo di remuneratività*", ben potendo la Stazione Appaltante dichiarare la congruità di un'offerta che indichi uno scostamento rispetto ai parametri indicati nelle dette Tabelle, purchè tale scostamento non sia eccessivo e risulti debitamente motivato (Cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 21.7.2010 n.4783; sez.V, 7.10.2008, n.4847; sez. VI, 3.5.2002, n.2334; 5.8.2005, n. 4196).

La mancata osservanza dei minimi tabellari non è quindi sufficiente, di per sé, a determinare una esclusione a priori della ditta partecipante ad una gara giacché " *è sempre necessario che venga consentito all'impresa di fornire le proprie giustificazioni, anche in riferimento al superamento di detti limiti minimi, e che tale insopprimibile esigenza di contraddittorio, che costituisce specifica espressione del più generale principio di partecipazione scolpito nella legge 7.8.1990 n. 241, trovi corrispondenza nel dovere dell'Amministrazione di motivare in ordine alla ritenuta incongruità dell'offerta* (cfr., Corte di giustizia 27.11.2001, cause C-285/99 e C-286/99; Cons. Stato, sez. V, 7.10.2008, n. 4847; id., sez. V, 29.1.2003, n. 461)".

Alla luce del quadro normativo richiamato e dell'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale in materia, pare potersi addivenire alla conclusione secondo cui l'art.2, comma 3, del DPCM n.117/99, richiamato nella *lex specialis*, recante il regolamento per la determinazione degli elementi di valutazione e dei parametri di ponderazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'aggiudicazione degli appalti di pulizia, deve essere interpretato alla luce del più generale principio del *favor participationis*, al fine di consentire una valutazione caso per caso dell'incidenza degli scostamenti dai parametri di costo individuati nelle Tabelle ministeriali sulla congruità dell'offerta, in contraddittorio con l'operatore economico. (TAR Sardegna, Cagliari, sez.I, 11.08.2009, n.1439)

Nel caso di specie, invece, non solo è stata disposta un'esclusione automatica senza alcuna possibilità per l'impresa istante di addurre le giustificazioni del caso ma lo scostamento della voce relativa al costo medio orario rispetto alle tabelle ministeriali è davvero minimo (di 6 centesimi). Del resto l'art. 1, comma 4, della n. 327 del 2000, poi trasfuso nell'art. 87 del D.Lgs.163/2006, considerava anormalmente basse le offerte "che si discostino in modo evidente" dai parametri determinati dalle tabelle ministeriali o dalla contrattazione collettiva. Se ne deduce, dunque, quale imprescindibile

corollario, che, con riferimento al costo del lavoro, lo scostamento dai valori economici riportati nelle tabelle ministeriali è consentito nei limiti in cui lo scarto non risulti evidente, giacché, in caso contrario, anche una minima differenza condurrebbe a valutare anomala un'offerta che non riproducesse fedelmente il costo del lavoro come definito nelle tabelle in questione (Cons Stato, sez. V, 9.6.2008, n. 2835).

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, non conforme alla normativa e alla giurisprudenza nazionale e comunitaria di settore la clausola di un Bando che preveda l'esclusione automatica di offerte nelle quali il costo del lavoro sia inferiore al parametro stabilito nelle tabelle ministeriali o nel CCNL di categoria.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente supplente: Piero Calandra

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 28 ottobre 2011

Il Segretario: Maria Esposito