

Publicato il 28/04/2020

N. 02720/2020REG.PROV.COLL.  
N. 09451/2019 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 9451 del 2019, proposto da Labconsulenze s.r.l. (già Beta Professional Consulting s.r.l.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Saverio Sticchi Damiani e Walter Perrotta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Athena s.r.l., in proprio e quale mandataria del R.T.I. con Tre Esse Italia s.r.l., mandante, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Aristide Police, Alessandro Carlo Licci Marini e Massimo Occhiena, con domicilio eletto presso lo studio Aristide Police in Roma, via di Villa Sacchetti, 11;

***nei confronti***

Comune di Tarsia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Spataro, con domicilio

digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Spezzano Albanese, Terranova da Sibari, San Lorenzo del Vallo, Torano Castello, Tarsia e Santa Caterina Albanese, non costituita in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria – sede di Catanzaro (sezione prima) n. 1571 del 2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Athena s.r.l. e del Comune di Tarsia;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2020, tenuta con le modalità di cui all'art. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020 come da verbale, il Cons. Elena Quadri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Athena s.r.l., in proprio e quale mandataria del R.T.I. con Tre Esse Italia s.r.l., proponeva ricorso per l'annullamento della determinazione 6 agosto 2018, n. 23, reg. gen. 280, a firma del Responsabile del Servizio Finanziario e Tributi del Comune di Tarsia, di aggiudicazione nei confronti della controinteressata Beta Professional Consulting s.r.l. del “*servizio di gestione di tutte le infrazioni al Codice della Strada, elevate dal Comando di Polizia Locale, tramite il noleggio, l'installazione, la manutenzione ordinaria e straordinaria di postazioni*

*fisse approvate per il controllo della velocità media, con sistema di rilevamento automatico delle infrazioni, nonché servizio di riscossione coattiva delle sanzioni amministrative derivanti da violazioni alle norme del Codice della Strada (CIG 6873250)”, in esito alla gara indetta, per conto del Comune di Tarsia, dalla Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Spezzano Albanese, Terranova da Sibari, San Lorenzo del Vallo, Torano Castello, Tarsia e Santa Caterina Albanese. Unitamente alla domanda di annullamento la Athena chiedeva la dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato *medio tempore* tra il Comune di Tarsia e la Beta Professional Consulting s.r.l., in relazione al quale la ricorrente formulava espressamente domanda di subentro, e la condanna della stazione appaltante alla tutela in forma specifica, mediante l'adozione del provvedimento di aggiudicazione e dei consequenziali atti; in subordine, instava per la condanna della stazione appaltante al risarcimento per equivalente dei danni, con espressa riserva di quantificarli in corso di causa.*

Il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria accoglieva il ricorso con sentenza n. 1571 del 2019, dichiarando l'inefficacia del contratto, ove stipulato, e disponendo il subentro della società ricorrente nel servizio per una durata pari a quella contrattuale prevista nel bando di gara.

Labconsulenze s.r.l. (già Beta Professional Consulting s.r.l.) ha proposto appello contro la sentenza succitata, deducendo il seguente motivo di diritto:

erroneità della sentenza appellata nella parte in cui ha accolto le censure di Athena in ordine alla omessa indicazione nell'offerta economica di Labconsulenze del costo della manodopera, violazione, falsa ed erronea applicazione ed interpretazione dell'art. 95, comma

10, del d.lgs. n. 50 del 2016, della *lex specialis* di gara e dei principi espressi dalla Corte di giustizia UE nella sentenza n. 302 del 2 maggio 2019 in causa C-309/2018.

Si sono costituiti in giudizio Athena, per resistere all'appello e per riproporre i motivi del ricorso di prime cure assorbiti dalla sentenza appellata, e il Comune di Tarsia, in adesione all'appello.

Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle proprie conclusioni.

All'udienza pubblica del 21 aprile 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020, l'appello è stato trattenuto in decisione.

#### DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da Labconsulenze contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria n. 1571 del 2019, che ha accolto il ricorso di Athena per l'annullamento dell'aggiudicazione all'odierna appellante della procedura aperta per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di gestione di tutte le infrazioni al Codice della strada elevate dal Comando di Polizia locale tramite il noleggio, l'installazione, la manutenzione ordinaria e straordinaria di postazioni fisse approvate per il controllo della velocità media, con sistema di rilevamento automatico delle infrazioni, nonché del servizio di riscossione coattiva delle sanzioni amministrative derivanti da violazioni alle norme del Codice della strada, con importo a base d'asta di € 716.000,00 oltre IVA e per la durata di anni cinque.

L'appellante, con un unico motivo di diritto, ha dedotto l'erroneità della sentenza, che avrebbe accolto la censura del ricorso di prime cure relativa alla mancata esclusione dell'odierna appellante nonostante l'omessa indicazione nella sua offerta degli oneri per il

costo della manodopera, ai sensi dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, applicando la sentenza della Corte di Giustizia del 2 maggio 2019 nonostante ricorressero proprio le eccezioni richiamate espressamente nella motivazione della medesima decisione della Corte di giustizia.

Invero, secondo l'appellante, nonostante non sia controverso che la suddetta sentenza abbia sancito, in via astratta e di principio, l'automatismo escludente correlato alla mancata separata indicazione dei costi della manodopera nell'offerta economica, la stessa avrebbe anche fatto salva la verifica, in concreto, da parte del giudice nazionale, della sussistenza dell'ipotesi nella quale *“per gli offerenti fosse in effetti materialmente impossibile indicare i costi della manodopera conformemente all'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici e valutare se, di conseguenza, tale documentazione generasse confusione in capo agli offerenti”*, giungendo alla conclusione che *“Nell'ipotesi in cui lo stesso giudice accertasse che effettivamente ciò è avvenuto, occorre altresì aggiungere che, in tal caso, in considerazione dei principi della certezza del diritto, di trasparenza e di proporzionalità, l'amministrazione aggiudicatrice può accordare a un simile offerente la possibilità di sanare la sua situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla legislazione nazionale in materia entro un termine stabilito dalla stessa amministrazione aggiudicatrice”*.

E proprio tale ipotesi, sempre per l'appellante, si sarebbe verificata nel caso di specie, in relazione alle specifiche peculiarità della vicenda controversa, ove:

- la *lex specialis* non recava alcun obbligo di indicare i costi della manodopera, né alcuna sanzione espulsiva in caso di mancata indicazione degli stessi nell'offerta economica;

- *la lex specialis* prevedeva l'utilizzo in via "preferibile" del modello allegato agli atti di gara e predisposto dalla stazione appaltante;
- il modello di offerta economica allegato agli atti di gara non recava alcun campo destinato alla separata indicazione dei costi della manodopera;
- uno dei concorrenti (Athena) aveva assunto l'iniziativa di integrare il modello di offerta economica, inserendo l'indicazione del costo della manodopera;
- la disciplina di gara sanzionava con l'esclusione le offerte "non compilate correttamente".

L'appello va respinto.

Deve, innanzitutto, richiamarsi la recente decisione di questo Consiglio resa in Adunanza Plenaria, che, richiamando la suddetta sentenza della Corte di Giustizia, ha statuito che: *«I principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempre che tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione*

*nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice» (Cons. Stato, Ad. Plen, 2 aprile 2020, n. 7).*

Come risulta dall'esame della documentazione versata in atti la sentenza appellata ha fornito pedissequa applicazione della sentenza della Corte di Giustizia più volte citata, atteso che nella fattispecie in questione non vi era affatto l'impossibilità di indicare i costi nella manodopera, come invece sostenuto dall'appellante, in quanto il modulo lo permetteva e non vi erano preclusioni.

Ciò risulta dimostrato dal fatto che l'appellante ha indicato gli oneri di sicurezza aziendale mediante l'espressa aggiunta della menzione degli stessi, nonostante non fossero contemplati dal modulo, ed avrebbe potuto farlo anche per quelli della manodopera, come ha fatto, invece, Athena.

Inoltre, la *lex specialis* di gara richiamava il codice degli appalti, come nella fattispecie esaminata dalla Corte di giustizia (cfr. art. 17 del disciplinare di gara che così disponeva: "*Per quanto non previsto dal presente disciplinare di gara, si applicano le disposizioni di cui al D.Lgs. 50/2016 e s.m.i.*") e non obbligava ad utilizzare il modello specifico allegato dalla stazione appaltante alla documentazione di gara, limitandosi a sanzionare con l'esclusione le offerte "*non compilate correttamente*".

Come condivisibilmente statuito dalla sentenza appellata, non sussistevano, dunque, i presupposti enucleati dalla Corte di giustizia per ritenere che l'amministrazione aggiudicatrice dovesse accordare all'offerente la possibilità di sanare la sua situazione e di ottemperare

agli obblighi previsti dalla legislazione nazionale in materia entro un termine stabilito dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, e, cioè, la “confusione” ingenerata nell’offerente dalla documentazione di gara.

In proposito, può richiamarsi un recente precedente della Sezione, per il quale: *“deve considerarsi definitivamente chiarito (da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2020, n. 604) che l’automatismo espulsivo correlato al mancato scorporo nell’offerta economica dei costi inerenti alla manodopera ed alla sicurezza interna derivante dal combinato disposto degli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici è conforme al diritto europeo.*

*Né rileva che, nel caso di specie, il bando non prevedesse espressamente l’obbligo di sperata evidenziazione dei costi in questione, essendo a tal fine sufficiente, in virtù del principio di eterointegrazione della lex specialis ad opera della lex generalis, che nella documentazione di gara fosse riportata una dicitura per cui per quanto non espressamente previsto nel bando, nel capitolato e nel disciplinare di gara dovesse farsi applicazione delle norme del Codice dei contratti pubblici (e quindi anche dell’art. 95, comma 10).... Sotto distinto profilo, nella fattispecie in esame non è dato ravvisare alcuna oggettiva impossibilità d’includere i predetti costi in offerta, dal momento che la modulistica di gara consentiva certamente una loro puntuale indicazione (come, del resto, è dimostrato dalla circostanza che l’appellante – che si duole della omissione del proprio competitore – ha puntualmente adempiuto all’obbligo nella predisposizione della propria offerta). Deve, per tal via, escludersi, in conformità ai principi richiamati, la possibilità di recuperare l’omissione attraverso l’attivazione del soccorso istruttorio” (Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2020, n. 1008).*

Alla luce delle suesposte considerazioni l’appello va respinto.

Sussistono, tuttavia, in considerazione delle oscillazioni giurisprudenziali sul tema, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Elena Quadri**

**IL PRESIDENTE**  
**Fabio Franconiero**

IL SEGRETARIO