

Publicato il 14/02/2020

N. 01994/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00726/2018 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 per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 726 del 2018, proposto dalla società Lavorgna S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Verdicchio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gianni Emilio Iacobelli in Roma, via Panama n. 74 e domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di Montelanico, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Lilli, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Val Fiorita, n. 90 e domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia;

la Centrale Unica di Committenza, denominata "Lepinia" tra i Comuni di Montelanico, Supino, Sgurgola, Trivigliano, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, non costituita in giudizio;

nei confronti

Gea S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Emilio Potena, con domicilio digitale come da p.e.c. da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della Determinazione n. 432 del 22.12.2017 del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Montelanico (Roma), con la quale vengono approvati i verbali di gara per il servizio di raccolta differenziata, trasporto, recupero e smaltimento dei rifiuti solidi urbani, ed aggiudicato l'affidamento del servizio medesimo alla GEA s.r.l.;

dei verbali delle operazioni di gara della CUC Lepinia n. 6 e 7 dell'11.12.2017, per quanto di interesse, nella parte in cui la commissione non procede all'esclusione delle ditte partecipanti, e segnatamente dell'aggiudicataria Gea s.r.l., che non hanno indicato nell'offerta economica il costo della manodopera, consentendole il ricorso al soccorso istruttorio;

del verbale di gara n. 8 del 20.12.2017, per quanto di interesse, nella parte in cui la commissione di gara dà apoditticamente atto che è pervenuta la nota, prot. 5650 del 18.12.2017, della Ditta Gea s.r.l. di soccorso istruttorio, e conferma i risultati di cui sub b), senza operare alcuna verifica sul costo del personale ex art. 95, comma 10, Dlgs 50/2016;

di ogni e qualsiasi atto presupposto, connesso e/o conseguente o comunque lesivo dei diritti della società ricorrente;

nonché, per l'esclusione dalla procedura di gara della Gea S.r.l. e per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto nelle more, per l'accoglimento della domanda della ricorrente di

conseguire l'aggiudicazione della gara e, in via di subordine, per il risarcimento del danno in forma specifica ovvero per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Montelanico e della Gea S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti il decreto cautelare 312 del 2018 e le ordinanze di questa Sezione n. 623 del 2018 e n. 4562 del 2018;

Vista la sentenza della Corte di Giustizia UE, sez. IX, del 2 maggio 2019, causa C-309/18;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 gennaio 2020 la dott.ssa Brunella Bruno e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con provvedimento pubblicato in data 29 settembre 2017, il Comune di Montelanico ha bandito una procedura aperta per l'affidamento del servizio di raccolta differenziata, trasporto dei rifiuti solidi urbani e assimilati e altri servizi d'igiene urbana per la durata di anni nove ("gennaio 2018/dicembre 2016"), con indicazione di un importo a base d'asta pari a € 2.044.617,10, I.V.A. esclusa, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016.

In relazione a tale gara, la società Lavorgna – in qualità di concorrente, posizionatasi al secondo posto della graduatoria all'uopo stilata – ha proposto azione di annullamento avverso la

determinazione del Comune di Montelanico n. 432 del 22 dicembre 2017, di approvazione dei verbali di gara e della relativa classifica, con aggiudicazione definitiva del servizio alla GEA s.r.l., e dei relativi atti presupposti, formulando, altresì, le ulteriori domande in epigrafe indicate.

A tali fini la società Lavorgna ha dedotto l'illegittimità dei provvedimenti e degli atti gravati, sostenendo che - contrariamente alla decisione assunta dalla commissione di gara di fare ricorso al "soccorso istruttorio" - tutte le offerte economiche non riportanti la specifica indicazione del "costo della manodopera", tra cui anche quella della controinteressata GEA, avrebbero dovute essere escluse "ai sensi dell'art. 95, comma 10," del già indicato D.Lgs. n. 50 del 2016. Ad avviso della ricorrente, la previsione in esame è, infatti, chiara ed inequivoca nello statuire l'obbligo per l'operatore economico di indicare specificamente, tra gli altri, i costi della manodopera, in quanto elemento essenziale dell'offerta economica, necessario per verificare se il costo del personale computato ai fini della formulazione dell'offerta sia o meno rispondente ai minimi salari retributivi indicati nelle apposite tabelle del Ministero del Lavoro, sicché - indipendentemente da quanto previsto nella lex specialis di gara e, ancora, dal richiamo da parte delle partecipanti alla gara, nelle proprie offerte, del rispetto dell'art. 95, comma 10" in esame - la mancata indicazione di tali costi non può che comportare l'esclusione della concorrente per "indeterminatezza assoluta sul contenuto dell'offerta", senza possibilità alcuna di ammettere il "soccorso istruttorio" (costituente - appunto - un istituto che, oltre ad operare solo nella fase "preliminare di valutazione della documentazione amministrativa delle imprese", non si presta in

alcun modo ad essere utilizzato per supplire a carenze dell'offerta, ossia per consentire forme di integrazione di quest'ultima). La difesa della ricorrente ha, inoltre, articolato ulteriori deduzioni in relazione alla omessa indicazione, nel verbale n. 8 del 20 dicembre 2017, del costo del personale, nella misura indicata dalla GEA in esito al soccorso istruttorio, ed alla verifica della relativa congruità.

Il Comune di Montelanico si è costituito in giudizio per resistere al gravame, concludendo, con articolate argomentazioni, per il rigetto del ricorso in quanto infondato.

Si è costituita in giudizio anche la controinteressata GEA S.r.l., la quale ha sollevato preliminare eccezione di irricevibilità per tardività del primo motivo di ricorso, concludendo, comunque, con ampie deduzioni, supportate da pertinente documentazione, per il rigetto del gravame nel merito.

Con decreto n. 312 del 2018, adottato ai sensi dell'art. 56 c.p.a., è stata rigettata la domanda cautelare monocratica, stante l'insussistenza dei relativi presupposti, tenuto conto, in specie, della previsione, recata dall'art. 32, comma 11, del D.Lgs. n. 50 del 2016.

Con ordinanza n. 623 del 2018, questa Sezione ha valutato insussistenti i presupposti per l'accoglimento della domanda cautelare, anche in considerazione della consegna anticipata del servizio alla controinteressata.

In esito all'udienza pubblica del 20 marzo 2018, con ordinanza collegiale n. 4562 del 2018, è stata disposta la sospensione del giudizio, al fine di sollevare questione pregiudiziale di interpretazione del diritto comunitario, volta ad accertare se quest'ultimo osti a regole nazionali imponenti, in termini netti e assoluti, l'esclusione dalla procedura di gara per la sola inosservanza dell'obbligo di

indicare separatamente nell'offerta economica i costi della manodopera, anche qualora una indicazione di tale genere non sia espressamente richiesta dal disciplinare di gara.

Successivamente alla pubblicazione della sentenza della Corte di Giustizia UE, sez. IX, del 2 maggio 2019, causa C-309/18, con la quale è stato fornito riscontro alla questione sollevata con la predetta ordinanza, le parti hanno prodotto ulteriori atti e documenti, insistendo per l'accoglimento delle rispettive deduzioni.

All'udienza pubblica del 29 gennaio 2020 la causa è stata, dunque, trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio ritiene di prescindere dall'eccezione sollevata dalla difesa della controinteressata, stante l'infondatezza del ricorso nel merito.

2. Sulla questione che ha dato luogo alla sospensione del presente giudizio, con la citata sentenza del 2 maggio 2019, C-309/18, la Corte di giustizia ha affermato il principio di diritto secondo cui non contrasta con i principi di certezza del diritto, parità di trattamento e trasparenza enunciati dalla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, la causa di esclusione dalle procedure di affidamento prevista dall'art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici, a mente del quale l'operatore economico che ad esse partecipi «deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro» (così la disposizione ora richiamata).

2.1. La Corte di giustizia ha tuttavia fatto salvo il caso in cui «le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di

indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche» (così la sentenza del 2 maggio 2019, C-309/18), per il quale, secondo il citato principio di trasparenza e quello di proporzionalità, deve ritenersi consentita la regolarizzazione dell'offerta mediante il potere di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante.

2.2. All'affermazione dei principi ora richiamati la Corte di giustizia è giunta sulla base del duplice rilievo che: l'obbligo di indicare separatamente gli oneri per la sicurezza aziendale in sede di offerta «discende chiaramente dal combinato disposto dell'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici e dell'articolo 83, comma 9, del medesimo», il quale non consente la regolarizzazione di carenze concernenti l'offerta tecnica o economica (§ 25 della sentenza); che pertanto qualsiasi operatore economico «ragionevolmente informato e normalmente diligente» si presume a conoscenza dell'obbligo in questione (§ 27).

2.3. Con specifico riferimento alla presente controversia, oggetto del rinvio pregiudiziale, la Corte di giustizia ha peraltro precisato, da un lato, che il bando di gara conteneva un espresso rinvio alle norme del codice dei contratti pubblici (§ 26), ma che dall'altro lato il modello predisposto dalla stazione appaltante che i concorrenti dovevano obbligatoriamente utilizzare «non lasciava loro alcuno spazio fisico per l'indicazione separata dei costi della manodopera. In più, il capitolato d'oneri relativo alla medesima gara d'appalto precisava che gli offerenti non potevano presentare alcun documento che non fosse stato specificamente richiesto dall'amministrazione aggiudicatrice» (§ 29). In ragione di tali circostanze la Corte di giustizia ha demandato al giudice del rinvio di verificare se nel caso di specie «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, nonostante il rinvio esplicito alle chiare disposizioni del succitato codice» (§ 30), al fine di fare eventualmente applicazione del soccorso istruttorio.

3. Come chiarito dalla più recente giurisprudenza del Giudice d'Appello (Cons. St., sez. V, 24 gennaio 2020, n. 604), a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia, può ritenersi definitivamente chiarito (cfr. anche A.P., ord. n. 13 del 2019, con la quale in relazione alla medesima questione è stata ritenuta “*non più rilevante (....) la pronuncia pregiudiziale richiesta*” proprio in considerazione della decisione della Corte di Giustizia), che l'automatismo espulsivo correlato al mancato scorporo nell'offerta economica dei costi inerenti 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, con la specificazione, però, di una eccezione a tale regola, correlata all'ammissibilità del soccorso istruttorio malgrado l'offerta non rechi la separata indicazione dei costi relativi alla sicurezza interna, la quale deve ritenersi circoscritta alle ipotesi di materiale impedimento nell'assolvere ad un obbligo di legge che sulla base della diligenza professionale ciascun operatore economico è tenuto a conoscere.

4. Nella fattispecie tale impossibilità materiale deve ritenersi sussistente, tenuto conto dell'espresso obbligo di utilizzazione del modulo predisposto dall'amministrazione, il quale non reca spazi per inserire i costi per la manodopera, risultando, dunque, del tutto erronee le argomentazioni della ricorrente in ordine alla assenza di

vincolatività dei modelli nella procedura de qua, dovendosi anche considerare che, come peraltro rilevato dalla stessa Corte di Giustizia nella sopra indicata pronuncia, era finanche precluso agli offerenti la presentazione di documenti che non fossero stati espressamente richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice.

4.1. Le sopra indicate evidenze, emergenti per *tabulas* dalla documentazione prodotta in giudizio, consentono di escludere la possibilità per la controinteressata, anche alla stregua del particolare canone di diligenza a lei richiesto quale operatore professionale qualificato, di provvedere materialmente all'assolvimento dell'obbligo di legge, ricorrendo, dunque, le circostanze particolari che in base alla medesima sentenza della Corte di giustizia consentono di sanare la carenza dell'offerta mediante il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante, il quale, dunque, è stato legittimamente esercitato, senza configurabilità di una violazione della par condicio, essendo documentato in atti che la controinteressata ha riscontrato la richiesta dell'amministrazione entro un arco temporale ristretto di appena cinque giorni (segnatamente il 18 dicembre 2017, a fronte alla richiesta del 12 dicembre 2017), del tutto ragionevole, in conformità al principio del favor participationis, tenuto conto della circostanza che tutti gli altri operatori economici, esclusa solo la ricorrente, hanno osservato la *lex specialis* utilizzando i moduli prescritti .

5. Contrariamente a quanto dedotto dalla ricorrente con il secondo motivo di ricorso, inoltre, non emergono lacune nell'operato della commissione, essendo stato esplicitato nel verbale di gara n. 8 l'esito del procedimento di soccorso istruttorio, con indicazione degli operatori economici che vi hanno partecipato e degli elementi identificativi delle note ricevute, tra cui quella della controinteressata,

nella quale risulta l'importo per costi della manodopera pari ad € 148.943,11, dovendosi anche sottolineare che per espressa previsione dell'art. 95, comma 10, ultimo periodo, relativamente ai costi della manodopera, le stazioni appaltanti procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d) e, quindi, al ricorrere delle circostanze previste da tale ultima disposizione, prima dell'aggiudicazione, non costando né avendo la ricorrente dedotto la sussistenza di anomalie.

6. In conclusione, per le ragioni sopra esposte, il ricorso va rigettato.

7. Il Collegio valuta nondimeno sussistenti i presupposti per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti, tenuto conto delle incertezze interpretative alla base dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, nonché dei contrasti giurisprudenziali sussistenti all'epoca di proposizione del presente giudizio, tali, peraltro, da determinare finanche la rimessione della questione controversa costituente il nucleo centrale della presente decisione all'Adunanza Plenaria.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe indicato, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Elena Stanizzi, Presidente

Dauno Trebastoni, Consigliere

Brunella Bruno, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Brunella Bruno

IL PRESIDENTE
Elena Stanizzi

IL SEGRETARIO