

Publicato il 22/11/2018

N. 01074/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00546/2018 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 Veneto

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 546 del 2018, proposto da [REDACTED] Cooperativa Sociale, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicola [REDACTED] e Nicola [REDACTED], con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del secondo in Padova, via San Marco 11/C;

***contro***

Autostrada [REDACTED] S.P.A, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio [REDACTED], con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Emanuela [REDACTED] in Venezia, [REDACTED] 2420;

***nei confronti***

Gruppo [REDACTED] S.r.l., rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Ausiello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Casalnuovo Di Napoli, via Arcora, 110/Palazzo Gecos; La [REDACTED] S.r.l. non costituitasi in giudizio;

***per l'annullamento***

- del provvedimento con il quale la società Autostrada [REDACTED] s.p.a. ha aggiudicato alla società Gruppo [REDACTED] s.r.l. la procedura aperta per l'affidamento dei “Servizi per la conservazione, il completamento ed il rinnovo delle piantagioni e degli spazi verdi pertinenti le autostrade A4 ed A31”, Lotto 9 denominato “Autostrade A4 e A31 - aree particolari 2^ zona” - CIG 7311440727, nonché della comunicazione dell'aggiudicazione a mezzo pec in data 27.3.2018;

- di tutti i verbali e di tutti gli atti di gara, nella parte in cui hanno comunque ammesso e non escluso la società Gruppo [REDACTED] s.r.l. dalla gara ovvero hanno proceduto all'aggiudicazione in via provvisoria in favore della medesima società;

- per quanto mai di ragione, nei soli limiti degli interessi della ricorrente, del bando e del disciplinare di gara e della disciplina di gara tutta, nonché, per quanto mai di ragione, dei moduli predisposti dalla Stazione appaltante, nella parte in cui detti atti di gara tutti siano mai intesi nel senso di consentire in qualunque modo l'ammissione di offerte che non contengano l'indicazione dei costi della manodopera, ovvero di consentire in qualunque modo la contemporanea partecipazione alla gara, anche per lotti diversi ma interdipendenti, sia dell'impresa ausiliaria che dell'impresa ausiliata;

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

nonché per l'accertamento

del diritto della odierna ricorrente di conseguire l'aggiudicazione della gara in epigrafe indicata e, per l'effetto, di stipulare il contratto, eventualmente anche a mezzo di subentro, per l'intera durata dell'affidamento posta in gara, con declaratoria di inefficacia, anche retroattiva, del contratto, qualora stipulato con la controinteressata;

e per la condanna

dell'Amministrazione aggiudicatrice al risarcimento in forma specifica.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autostrada

S.P.A e di Gruppo S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 ottobre 2018 il dott. Stefano Mielli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

La Società Autostrada Spa ha indetto un procedura negoziata per l'affidamento dei servizi di conservazione, completamento e rinnovo delle piantagioni e degli spazi verdi delle autostrade A4 e A31 da aggiudicare con il criterio dell'offerta più vantaggiosa.

La procedura era divisa in 9 lotti e la ricorrente si è classificata al secondo posto del nono lotto denominato "Autostrade A4 e A31 – aree particolari 2<sup>a</sup> zona".

Con il ricorso in epigrafe impugna il provvedimento di aggiudicazione in favore della controinteressata Gruppo Srl per i seguenti motivi:

I) violazione degli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, del Dlgs. 18 aprile 2016, n. 50, della premessa e del punto 15.1 del disciplinare di gara, inadeguatezza dell'istruttoria, difetto di motivazione, erroneità del presupposto e violazione del principio di par condicio competitorum, perché la controinteressata avrebbe dovuto essere automaticamente esclusa in quanto non ha indicato separatamente i costi della manodopera;

II) violazione dell'art. 89, comma 7, del Dlgs. 18 aprile 2016, n. 50, nonché dell'art. 80, comma 5, lettera m, dei punti 10.6 e da 19.1.15 a 19.1.18 del disciplinare di gara nonché del punto 13.4, inadeguatezza dell'istruttoria, difetto di motivazione ed

erroneità del presupposto, perché la controinteressata Gruppo [REDACTED] Srl avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura in quanto ha partecipato alla gara per i lotti nn. 4, 5, 6 e 9, mentre l'impresa la [REDACTED] Srl ha partecipato ai lotti 1, 2, 3 e 8 nonostante siano reciprocamente legate da un rapporto di avvalimento ed i lotti siano tra loro collegati ed interdipendenti, con la conseguenza che avrebbe dovuto trovare applicazione il citato art. 89, comma 7, che vieta la presentazione di offerte che non siano state formulate autonomamente o che siano imputabili ad un unico centro decisionale; nell'ambito di questo motivo in via subordinata la ricorrente impugna altresì i moduli predisposti per la gara anche per i diversi ma interdipendenti lotti in quanto in contrasto con la norma richiamata.

Si sono costituiti in giudizio la stazione appaltante e la controinteressata replicando puntualmente alle censure proposte e concludendo per la reiezione del ricorso.

La controinteressata ha altresì eccepito l'inammissibilità del ricorso per l'omessa impugnazione degli artt. 18 e 19.4 del disciplinare che prescrivevano le ipotesi di esclusione dell'offerta economica, tra le quali non figura l'omessa indicazione separata dei costi della manodopera, nonché l'inammissibilità del primo motivo per l'omessa impugnazione del giudizio di congruità dell'offerta economica nel corso della quale è stata accertata la congruità dei costi della manodopera contenuti nell'offerta ancorché non specificati separatamente.

Con ordinanza n. 194 del 24 maggio 2018, è stata respinta la domanda cautelare, e tale ordinanza è stata confermata in appello con ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, 28 giugno 2018, n. 2972.

Alla pubblica udienza del 25 ottobre 2018, in prossimità della quale le parti hanno depositato memorie a sostegno delle proprie difese, la causa è stata trattenuta in decisione.

Il Collegio ritiene di poter prescindere dall'esaminare le eccezioni in rito, perché il ricorso è infondato nel merito e deve essere respinto.

Con il primo motivo la ricorrente sostiene che l'aggiudicataria controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per non aver indicato nell'offerta in modo separato i costi della manodopera ma solo quelli per la sicurezza.

Va precisato che nel caso in esame la lex specialis non aveva esplicitamente indicato l'obbligo di indicazione separata dei costi della manodopera ed anzi il modulo da compilare non contemplava questa voce ma solo quella relativa agli oneri in materia di salute e sicurezza.

Infatti la tesi propugnata dalla ricorrente secondo la quale il rinvio contenuto nel bando all'art. 95 del Dlgs. 18 aprile 2016, n. 50, sarebbe sufficiente a ritenere richiamato anche l'obbligo da questo previsto di indicare separatamente il costo della manodopera non è condivisibile per due ordini di ragioni.

In primo luogo perché la disposizione è espressamente richiamata ai soli fini dell'indicazione del criterio di aggiudicazione.

Infatti il punto 1, a pag. 7, del disciplinare si limita ad affermare che "l'affidamento in oggetto avverrà mediante procedura aperta e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (...) ai sensi dell'art. 95 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50", ed ancora che "l'aggiudicazione del contratto avverrà con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95 del Codice e s.m".

Per cui non c'è alcun riferimento esplicito alla regola di cui all'art. 95, comma 10.

In secondo luogo perché neppure il codice degli appalti sancisce un tale obbligo nei termini puntuali ed univoci indicati dal ricorrente, posto che afferma che i costi della manodopera e gli oneri di sicurezza devono essere indicati nell'offerta, senza specificare che debbano essere indicati in modo separato.

Infatti l'art. 95, comma 10, dispone che "nell'offerta economica l'operatore 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 ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura

intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d) mentre l'art. 97, comma 5, lett. d), da ultimo citato, prevede – in conformità dell'art. 69, par. 2, lett. d), della Direttiva 2014/24/UE – che la stazione appaltante escluda il concorrente solo laddove, in sede di chiarimenti richiesti, i predetti oneri risultino incongrui, il che può condurre l'interprete, secondo il canone *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*, a ritenere che l'obbligo di indicazione separata non sussista.

La questione sottoposta a giudizio è pertanto esattamente quella largamente dibattuta in giurisprudenza dell'obbligo o meno di esclusione nel caso di mancata indicazione separata dei costi di sicurezza per l'ipotesi in cui la *lex specialis* nulla abbia detto sul punto.

Come è noto su tale questione si sono formati due diversi orientamenti, uno di carattere formalistico secondo il quale vi è sempre l'obbligo di esclusione automatica per il principio della eterointegrazione della *lex specialis* di gara (accolto, tra le molte sentenze, ad es. da Tar Calabria, Catanzaro, Sez. I, 6 febbraio 2018, n. 332; Tar Umbria 17 maggio 2017, n. 390), e una tesi sostanzialistica che ammette il soccorso istruttorio qualora, come nel caso di specie, risulti che l'importo degli oneri di sicurezza sia stato comunque considerato nella formulazione dell'offerta economica e salva la verifica di congruità dell'offerta (tra le molte cfr. Tar Campania, Napoli, Sez. V, 6 agosto 2018, n. 3149; Tar Lazio, Roma, Sez. II bis, 15 maggio 2018, n. 5423).

Recentemente il Tar Lazio, Roma, Sez. II bis, con ordinanza 24 aprile 2018, n. 4562, ha operato un rinvio pregiudiziale circa la compatibilità con i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, unitamente ai principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera

prestazione di servizi della norma di cui all'art. 95, comma 10, ove interpretata nel senso formalistico sopra evidenziato.

Orbene, in tale contesto il Collegio, posto che la Corte di Giustizia si è già espressa in merito affermando principi utili anche nella fattispecie in esame in cui rilevano problematiche fondamentalmente analoghe, a fronte della possibilità sopra ricordata di interpretare la normativa nazionale in modo conforme ai principi e alla normativa comunitari, ritiene di doverne dare un'interpretazione di carattere sostanzialistico (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 27 aprile 2018, n. 2554).

Infatti la citata sentenza della Corte di Giustizia ha affermato che “i principi di trasparenza e della parità di trattamento richiedono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione a un appalto siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché quest'ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati dal fatto che gli stessi vincoli valgono per tutti i concorrenti” e, dunque, ha precisato che “nell'ipotesi in cui, come nella controversia principale, una condizione per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione, pena l'esclusione di quest'ultima, non sia espressamente prevista dai documenti dell'appalto e possa essere identificata solo con un'interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale, l'amministrazione aggiudicatrice può accordare all'offerente escluso un termine sufficiente per regolarizzare la sua omissione”.

In sintesi, la Corte di Giustizia ha posto in evidenza che i su indicati principi “devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito dell'inosservanza, da parte di detto offerente, dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro” e ciò anche sulla base del rilievo che la sussistenza di una tale condizione – “derivante dall'interpretazione del diritto nazionale e dalla prassi di un'autorità” - “sarebbe particolarmente sfavorevole per

gli offerenti stabiliti in altri Stati membri, il cui grado di conoscenza del diritto nazionale e della sua interpretazione nonché della prassi delle autorità nazionali non può essere comparato a quello degli offerenti nazionali”.

Il primo motivo deve pertanto essere respinto anche con riguardo alla domanda, formulata in via subordinata, di annullamento della lex specialis per non aver previsto in modo espresso l'esclusione, dato che non è ravvisabile il dedotto contrasto con la normativa di rango primario.

Parimenti infondato è anche il secondo motivo.

Infatti la gara in esame è congegnata in più lotti che sono tra loro autonomi (sulla cui nozione cfr. Tar Lazio, Roma, Sez. II, 13 dicembre 2016, n. 12405) come è reso palese dalla circostanza che era ammessa la partecipazione di uno stesso soggetto a concorrere per più lotti salvo l'applicazione della regola, prevista dal paragrafo 10.6 del disciplinare in applicazione dell'art. 51 del Dlgs. 18 aprile 2016, n. 50, volta a favorire la concorrenza, che uno stesso soggetto non potesse risultare aggiudicatario di più lotti (è previsto che “l'aggiudicazione di un lotto preclude dall'aggiudicazione dei lotti successivi dell'appalto. L'apertura delle offerte avverrà secondo l'importo dei lotti, dal maggiore al minore”).

Ne discende che le regole invocate dal ricorrente avrebbero impedito, trattandosi nel caso di specie non di un'unica gara, ma di una procedura ad evidenza pubblica ad oggetto plurimo comprendente più selezioni, la partecipazione di soggetti collegati al medesimo lotto, ma non la loro partecipazione a lotti differenti.

Tali conclusioni non risultano smentite dalla circostanza riferita dal difensore del ricorrente nelle memorie depositate in prossimità dell'udienza pubblica, sulla quale ha altresì insistito anche nel corso della trattazione orale, dell'avvenuta esclusione della Società ██████████ dal lotto successivo, perché tale determinazione non è stata effettuata in applicazione del divieto di partecipazione di soggetti collegati alla medesima gara, ma in applicazione del diverso principio pro concorrenziale



previsto dalla lex specialis di escludere l'aggiudicazione di più lotti ad uno stesso soggetto, interpretato in modo estensivo dalla stazione appaltante, come riferibile anche a soggetti collegati.

Ne consegue che non risultano sussistere i presupposti dedotti per poter pretendere l'esclusione dalla procedura della controinteressata aggiudicataria.

In definitiva il ricorso deve essere respinto.

In ragione della mancanza di univocità degli orientamenti giurisprudenziali sul punto, evidenziati dalla recente ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, 26 ottobre 2018, n. 6122, di rimessione della questione di cui al primo motivo all'Adunanza Plenaria pubblicata successivamente al passaggio in decisione del ricorso in epigrafe, le spese di giudizio possono essere integralmente compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Alberto Pasi, Presidente

Stefano Mielli, Consigliere, Estensore

Mariagiovanna Amorizzo, Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Stefano Mielli**

**IL PRESIDENTE**  
**Alberto Pasi**