



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 318 del 2020, proposto da
Consorzio Stabile Energos, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avvocato Barbara Del Duca, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Napoli, via Cesario
Console, 3;

contro

Comune di Santa Maria a Vico, in persona del legale rappresentante p.t., non
costituito in giudizio;

nei confronti

Italia Impresit s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Caliendo, con domicilio digitale come
da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Napoli, via Pietro Colletta, 12

per l'annullamento

- della determina del Responsabile del Settore LL.PP. - Manutenzione - Assetto del territorio - Protezione Civile n. 1163 del 20.12.2019 con la quale il Comune di Santa Maria a Vico ha disposto l'esclusione del Consorzio Stabile Energos dalla procedura di gara aperta, indetta ai sensi dell'art. 60 del D.lgs. 50/2016, per l'affidamento *“dei lavori di adeguamento planimetrico e funzionale della via Nazionale Appia mediante un complesso di interventi finalizzati alla messa in sicurezza del tratto di competenza comunale - primo stralcio funzionale”* (CIG: 79634953F7);
- della comunicazione, pervenuta a mezzo PEC in pari data, di trasmissione della determina di esclusione prot. 1163 del 20.12.2019;
- di tutti i verbali di gara nella parte in cui è stata disposta l'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara ed aggiudicata la gara in favore di altro operato economico;
- per quanto possa occorrere del bando di gara e del disciplinare;
- dello sconosciuto provvedimento di aggiudicazione definitiva, se nel frattempo intervenuto;
- di ogni altro atto presupposto, antecedente, consequenziale o comunque connesso con quelli impugnati;
- nonché per l'accertamento del diritto della ricorrente ad essere riammessa alla procedura di gara, con consequenziale aggiudicazione della procedura di gara in suo favore, laddove non esclusa si collocava al primo posto della graduatoria finale stilata dalla commissione di gara, con un punteggio complessivo pari a 95,879; in via subordinata, per il risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi per effetto dell'esecuzione degli atti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Italia Impresit s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2020 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Premesso che:

- il Consorzio Stabile Energos s.r.l., collocatosi in prima posizione nella graduatoria della procedura indetta dal Comune di Santa Maria a Vico con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento *“dei lavori di adeguamento planimetrico e funzionale della via Nazionale Appia mediante un complesso di interventi finalizzati alla messa in sicurezza del tratto di competenza comunale - primo stralcio funzionale”*, impugna gli atti in epigrafe, ivi compreso il provvedimento di esclusione;

- tale atto è stato adottato per omessa indicazione nell'offerta economica del costo della manodopera ai sensi dell'art. 95, comma 10, del D.Lgs. n. 50/2016 (*“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'...”*);

- l'istante affida il gravame ai profili di illegittimità di seguito rubricati: violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del D.Lgs. n. 50/2016, illegittimità del provvedimento di esclusione, violazione dei principi comunitari in tema di gare d'appalto, eccesso di potere per presupposto erroneo, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, violazione dei principi di affidamento e del favor participationis, violazione dell'art. 97 della Costituzione;

- in sintesi, sostiene che l'omissione che ha dato luogo alla gravata estromissione sarebbe imputabile alla disciplina di gara che imponeva ai concorrenti l'utilizzo di un modulo prestampato per la compilazione dell'offerta economica, non

modificabile dai concorrenti, il quale non recava alcuno specifico spazio per l'indicazione del costo della manodopera;

- pertanto, invoca l'applicazione del principio espresso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con sentenza 2 maggio 2019, C-309/18 con cui, nell'affermare la compatibilità con il diritto eurounitario della disciplina italiana in materia di indefettibilità dell'indicazione del costo della manodopera e dell'impraticabilità del soccorso istruttorio, si è statuito che *“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”*;

- aggiunge che, in ogni caso, tale indicazione era superflua visto che il disciplinare di gara recava specifica quantificazione di tale voce di costo (stimata in € 304.610,65);

- conclude con le richieste di accoglimento del ricorso, di conseguente annullamento degli atti impugnati, di riammissione in gara, di aggiudicazione dell'appalto in proprio favore e, in via subordinata, di condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni per equivalente monetario;

- costituitasi in giudizio, la società controinteressata (2^a in graduatoria) replica nel merito alle censure attoree e chiede il rigetto del ricorso;

- alla camera di consiglio del 12 febbraio 2020 fissata per l'esame della domanda cautelare, il Tribunale, sussistendo i presupposti di legge, si è riservato di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata, dandone avviso alle parti presenti; infine la causa è stata trattenuta in decisione;

Ritenuto che il ricorso è fondato per le ragioni di seguito illustrate:

- la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con sentenza 2 maggio 2019, C-309/18, nel definire i dubbi di compatibilità eurounitaria della disciplina italiana, ha affermato che *“i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE (...) devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale 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, sempreché 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”*;

- quindi, sebbene non sia violativo della normativa comunitaria prevedere una ipotesi di esclusione automatica dalla procedura selettiva per mancata indicazione del costo della manodopera, è comunque necessario operare una valutazione in concreto sulle indicazioni fornite nella documentazione di gara che non devono dare adito a dubbi circa gli adempimenti richiesti a pena di esclusione (T.A.R. Lazio, Roma, n. 7324/2019);

- nella fattispecie in trattazione, l'art. 16 del disciplinare (*“contenuto dell'offerta economica”*), nella versione successivamente rettificata dall'amministrazione, disponeva che, quanto alla redazione dell'offerta economica, i partecipanti avrebbero dovuto attenersi alle prescrizioni ivi riportate, sanzionandone l'imprescindibilità a pena di esclusione (*“..il concorrente dovrà, a pena di esclusione, inviare*

e fare pervenire alla Stazione Appaltante attraverso il Sistema, un'Offerta economica secondo la procedura e le modalità che seguono...”);

- l'alinea successivo imponeva ai concorrenti di utilizzare, per l'offerta economica, lo stampato di cui all'allegato n. 11 da firmare digitalmente, precisando che *“Il modello generato dal sistema ... non deve essere modificato in alcuna sua parte in quanto la procedura al momento del caricamento del file PDF generato e firmato digitalmente controlla che lo stesso non abbia subito modifiche”;*

- il modello predisposto dalla stazione appaltante, ovvero il documento da utilizzare a pena di esclusione (cfr. art. 16 del disciplinare) per la formulazione dell'offerta economica, recava appositi spazi per l'indicazione dell'importo offerto, del ribasso percentuale e dei costi interni per la sicurezza; viceversa, non conteneva altri campi editabili dai concorrenti e, come si è visto, non era modificabile in base alla *lex specialis*;

- il caso sottoposto al vaglio di questo T.A.R. ricade dunque tra quelli presi in considerazione dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, cioè l'ipotesi in cui *“le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche”;*

- difatti, la disciplina di gara ingenerava confusione in ordine alla portata precettiva dell'indicazione del costo della manodopera, trovandosi i concorrenti nella situazione conflittuale di dover, da un lato, specificare tale importo ai sensi dell'art. 95, comma 10, del D.Lgs. n. 50/2016 e dell'art. 16 del disciplinare, senza tuttavia essere messi concretamente in condizione di assolvere tale obbligo, non potendo modificare - neppure in senso additivo - il modulo predisposto per la predisposizione dell'offerta economica che, come si è visto, non conteneva alcuno spazio apposito;

- la sanzione espulsiva comminata si pone quindi in contrasto con principi di trasparenza e proporzionalità espressi dalla Corte di Giustizia, oltre che di tutela

dell'affidamento riposto dai partecipanti nell'utilizzo della modulistica predisposta dalla stazione appaltante, confidando nella completezza degli allegati;

- sotto distinto profilo, l'operatore non può ritenersi dispensato dall'indicazione del costo della manodopera e, sul punto, non si condivide l'assunto di parte ricorrente che assume la superfluità della relativa specificazione osservando che tale onere era già noto all'amministrazione per essere stato determinato in misura fissa nel disciplinare di gara (art. 3, secondo cui *"Ai sensi dell'art. 23, comma 16, del Codice l'importo posto a base d'asta pari a d € 2.318.956,57 comprende i costi della manodopera che la stazione appaltante ha stimato in € 304.601,65"*);

- invero, l'importo riportato nella lex specialis riguarda i trattamenti salariali retributivi definiti nelle tabelle ministeriali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale; si tratta di dati non inderogabili che assolvono ad una funzione di parametro di riferimento dal quale è possibile discostarsi, in sede di verifica di anomalia delle offerte (art. 95, comma 5, lett. 'd' del Codice degli appalti pubblici), solo sulla scorta di una dimostrazione puntuale e rigorosa in ordine alle ragioni che giustificano il disallineamento (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 690/2019; n. 2540/2018; n. 1465/2017), tant'è che l'eventuale scostamento non può comportare, di regola e di per sé, un automatico giudizio di inattendibilità (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 4912/2017; Sez. III, n. 2867/2018; n. 5444/2018), occorrendo che le discordanze siano considerevoli e palesemente ingiustificate (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 5084/2018);

- poiché, come si è visto, gli operatori possono discostarsi da tali valori e tenuto conto della portata precettiva dell'art. 95, comma 10, del Codice degli appalti pubblici, non vi è dubbio che anche nella presente procedura il Consorzio ricorrente debba specificare il costo della manodopera, previo soccorso istruttorio, trattandosi di elemento essenziale dell'offerta in quanto la relativa indicazione consente di verificare il rispetto dei livelli retributivi minimi dei lavoratori;

- in conclusione, il ricorso va accolto con conseguente annullamento del provvedimento di esclusione adottato nei confronti del Consorzio Energoss e conseguente riammissione in gara del medesimo operatore al quale sarà assegnato un termine non superiore a 10 giorni ex art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016 per regolarizzare la propria offerta mediante indicazione del costo della manodopera (cfr. Corte di Giustizia, sentenza citata);
- alla luce dell'effetto conformativo che consegue alla presente decisione che, per le ragioni illustrate, comporta ulteriore attività procedimentale, non possono essere accolte le richieste avanzate dalla parte ricorrente di aggiudicazione della procedura di gara nonché, in via subordinata, di condanna dell'amministrazione appaltante al risarcimento dei danni patiti per equivalente monetario;
- la regolazione delle spese processuali segue la soccombenza e le stesse sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla il provvedimento di esclusione dalla gara in epigrafe adottato nei confronti del Consorzio Stabile Energoss.

Condanna il Comune di Santa Maria a Vico e la società Italia Impresit s.r.l. al pagamento in favore della parte ricorrente della somma complessiva di € 2.000,00 (duemila/00) oltre accessori di legge, da suddividere in parti uguali tra le parti convenute (€ 1.000,00 ciascuna).

Condanna altresì il Comune di Santa Maria a Vico al rimborso del contributo unificato versato dalla parte ricorrente.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Gianluca Di Vita, Consigliere, Estensore

Maurizio Santise, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Gianluca Di Vita

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO