

Pubblicato il 13/10/2021

N. 01216/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00433/2021 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 433 del 2021, proposto da Eco Eridania Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paola Cairoli, Riccardo Salvini, Valeria Pelà, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Università degli Studi Verona, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrett. Stato, domiciliataria *ex lege* in Venezia, piazza S. Marco, 63;

nei confronti

Wasteam S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Michele Restivo, Jennifer Drovandi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

del decreto n. 2362/2021 del 18.03.2021 di aggiudicazione dell'appalto "Servizio di gestione dei rifiuti speciali per l'Università di Verona" – CIG8566508A07 a seguito di procedura negoziata, ai sensi dell'art. 1 comma

2 lett. b) della L. 120/2020 di conversione del D.L. 76/2020 (Decreto Semplificazioni), svolta in via telematica sul “Portale Appalti” Codice gara U-Buy G00020- (App. LOG-2027)” alla Wasteram S.r.l., comunicato in data 19.03.2021, di tutti i verbali di gara, degli atti relativi alla verifica dell'anomalia e della congruità dell'offerta di Wasteam S.r.l. nonché di tutti i verbali e comunque di tutti gli atti relativi all'accertamento del possesso dei requisiti tecnico professionali ex art. 7.3 del Disciplinare di gara successivi al suddetto decreto di aggiudicazione nonché e comunque di ogni atto presupposto, connesso e conseguente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi Verona e di Wasteam S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 settembre 2021 la Dr.ssa Daria Valletta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo del giudizio la società Eco Eridiana spa ha impugnato il decreto di aggiudicazione dell'appalto avente ad oggetto l'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti speciali per l'Università di Verona, nonché gli ulteriori atti indicati in epigrafe.

Avverso gli atti gravati sono stati proposti i seguenti motivi di censura:

1) con il primo motivo si lamenta la carenza dell'istruttoria condotta per l'accertamento del possesso in capo alla Wasteam, società aggiudicataria dell'appalto, del requisito di capacità tecnico professionale di cui all'art. 7.3 punto c) del disciplinare di gara: ciò in quanto quest'ultima non avrebbe dimostrato di aver concluso prima della stipula del contratto *“convenzioni con almeno due impianti autorizzati sia al recupero/messa in riserva, che smaltimento/deposito preliminare per ogni tipologia di rifiuto oggetto dell'appalto”*;

si osserva che, in subordine, ove dovesse ritenersi integrato il possesso del requisito previsto dall'art 7.3 punto c) del disciplinare in capo all'odierno controinteressato, dovrebbero essere ritenuti illegittimi la *lex* di gara (ed in particolare il disciplinare), l'allegata domanda di ammissione e comunque tutti gli atti, compresi il capitolato d'oneri, limitatamente alla parte in cui richiamano il disposto dell'art. 7.3: ciò in quanto la norma consentirebbe agli operatori economici di acquisire la disponibilità degli impianti finali di smaltimento in un momento successivo alla formulazione dell'offerta, non assicurando alla stazione appaltante la possibilità di verificare in sede procedimentale la reale sostenibilità delle offerte presentate, e in violazione dei principi di qualità delle prestazioni, economicità, efficacia, tempestività e correttezza nell'erogazione del servizio *ex* art. 30 D.lgs. 50/2016;

2) con il secondo motivo si lamenta la violazione degli artt. 95, comma 10, e 97, comma 5, lett. c) e d) D.lgs.50/2016, nonché l'illegittimità degli atti gravati per eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti oltre che per contraddittorietà manifesta: si osserva, infatti, che i 'costi della manodopera' e gli 'oneri per la sicurezza aziendale' sono elementi essenziali dell'offerta, la cui mancanza determina una carenza dell'offerta economica non suscettibile di sanatoria né di integrazione in sede di soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83 D.lgs. 50/2016: la stazione appaltante avrebbe, invece, dato corso alla verifica della congruità dell'offerta per poi procedere all'aggiudicazione della gara in favore della controinteressata;

si aggiunge che, comunque, l'Amministrazione avrebbe dovuto rilevare l'anomalia dell'offerta in relazione ai costi della manodopera; inoltre, quanto agli oneri della sicurezza, non sarebbero stati indicati compiutamente gli importi relativi agli oneri della sicurezza per quel che concerne l'esecuzione del servizio oggetto di gara, poiché mancherebbe l'indicazione degli oneri per la sicurezza relativi al subappalto;

3) con il terzo motivo si lamenta che l'offerta della controinteressata avrebbe, in ogni caso, dovuto ritenersi incongrua e inaffidabile, poiché i costi relativi al

contratto di subappalto sarebbero stati ampliamenti sottostimati: di qui la violazione dell'art. 97 D.Lgs. 50/2016.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione resistente, eccependo preliminarmente l'irricevibilità del ricorso, non essendo stata impugnata l'aggiudicazione entro il termine di 30 giorni dalla relativa comunicazione; nel merito ha chiesto la reiezione del gravame.

Si è, altresì, costituita la controinteressata, eccependo a sua volta l'irricevibilità del ricorso e chiedendone, nel merito, il rigetto.

All'udienza in data 23.09.2021, all'esito della discussione delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il ricorso in esame la società Eco Eridiana ha impugnato l'aggiudicazione, in favore della controinteressata, della gara avviata dall'Università degli Studi di Verona con procedura negoziata e avente ad oggetto l'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti speciali in favore dell'ente: la ricorrente, in particolare, ha chiesto l'annullamento degli atti indicati in epigrafe e la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato a valle della conclusione della procedura, con subentro della seconda graduata.

Occorre, preliminarmente, esaminare l'eccezione di irricevibilità del ricorso proposta dall'ente resistente e dalla controinteressata: questi ultimi assumono, in particolare, che la notifica del ricorso sarebbe intervenuta oltre il termine decadenziale di 30 giorni di cui all'art. 120 cpa, da calcolarsi a decorrere dalla comunicazione dell'aggiudicazione avvenuta in data 19.03.2021 (*cfr.* doc. 6 della produzione dell'Università).

L'eccezione è infondata.

Giova richiamarsi sul punto alle considerazioni espresse dall'Adunanza Plenaria con la sentenza nr. 12/2020, in cui si è affermato: “*31. L'ordinanza di rimessione ha posto anche una ulteriore specifica questione (concretamente rilevante per la definizione del caso di specie), sul se il 'principio della piena conoscenza o conoscibilità' (per il quale in materia il ricorso è proponibile da quando si sia avuta conoscenza del contenuto*

concreto degli atti lesivi o da quando questi siano stati pubblicati sul 'profilo del committente') si applichi anche quando l'esigenza di proporre il ricorso emerga dopo aver conosciuto i contenuti dell'offerta dell'aggiudicatario o le sue giustificazioni rese in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Ritiene l'Adunanza Plenaria che il 'principio della piena conoscenza o conoscibilità' si applichi anche in tale caso, rilevando il tempo necessario per accedere alla documentazione presentata dall'aggiudicatario, ai sensi dell'art. 76, comma 2, del 'secondo codice' (come sopra rilevato ai punti 19 e 27).

Poiché il termine di impugnazione comincia a decorrere dalla conoscenza del contenuto degli atti, anche in tal caso non è necessaria la previa proposizione di un ricorso 'al buio' ['in abstracto', nella terminologia della Corte di Giustizia, e di per sé destinato ad essere dichiarato inammissibile, per violazione della regola sulla specificazione dei motivi di ricorso, contenuta nell'art. 40, comma 1, lettera d), del c.p.a.], cui dovrebbe seguire la proposizione di motivi aggiunti.

32. Sulla base delle considerazioni che precedono, l'Adunanza Plenaria ritiene di affermare i seguenti principi di diritto:

"a) il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016;

b) le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri, consentono la proposizione non solo dei motivi aggiunti, ma anche di un ricorso principale;

c) la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;

d) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione;

e) sono idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati (cfr. Ad. Plen., 02/07/2020, (ud. 24/06/2020, dep. 02/07/2020), n.12).

Nel caso di specie, a seguito della comunicazione dell'aggiudicazione, la ricorrente avanzava istanza di accesso agli atti di gara in data 19 marzo 2021 (cfr. doc. 15 della produzione di parte ricorrente), oggetto di sollecito il successivo 26 marzo (cfr. doc. 16): l'istanza veniva parzialmente riscontrata in data 1° aprile 2021, attraverso l'ostensione di parte della documentazione richiesta (cfr. doc. 17 a, b, c, d), e in seguito a una nuova sollecitazione dell'interessata con nota dell'8 aprile 2021 (cfr. doc. 18) aveva luogo un'ulteriore esibizione di atti in data 21 aprile 2021 (cfr. doc. 19 a, b, c, d).

Occorre dunque rilevare, in primo luogo, che non è dato riscontrare alcuna inerzia della società ricorrente nell'acquisire conoscenza degli atti di gara, avuto riguardo al fatto che la Eridiana risulta essersi attivata a tal fine, proponendo istanza di accesso, già in epoca immediatamente successiva alla comunicazione dell'aggiudicazione.

Deve ancora osservarsi che, in base all'insegnamento della Plenaria in precedenza richiamato, la conoscenza dei vizi posti alla base dei motivi di ricorso (relativi alla documentazione amministrativa ed economica presentata dalla controinteressata, anche in risposta alla richiesta di chiarimenti avanzata dalla stazione appaltante, secondo quanto evidenziato in precedenza e quanto in seguito meglio si specificherà) deve ricollegarsi all'acquisizione della disponibilità degli atti di gara, che ha avuto luogo in parte in data 1.04.2021 e in parte il successivo 8.04.2021.

In tal senso, tenuto conto che la notifica del ricorso in favore tanto dell'ente resistente quanto della controinteressata risulta aver avuto luogo in data 30.04.2021 (e non già in data 3.05.2021 come assume l'Amministrazione) il ricorso deve ritenersi tempestivo, quand'anche si voglia far decorrere il

termine per impugnare dalla data in cui ha avuto luogo la prima ostensione di documenti in favore della Eco Eridania (e cioè dal 1.04.2021).

2. Passando alla delibazione del merito del ricorso, con il primo motivo la ricorrente lamenta che l'aggiudicataria Wasteam non sarebbe in possesso dei requisiti richiesti dall'art.7.3 punto c) del disciplinare di gara, poiché prima della stipula del contratto non avrebbe concluso convenzioni con almeno due impianti autorizzati sia al recupero e alla messa in riserva che allo smaltimento e al deposito per ogni tipologia di rifiuto oggetto dell'appalto.

L'art. 7.3 punto c) del citato disciplinare prevede, in particolare, l'obbligo del partecipante alla gara di dimostrare *“la disponibilità di almeno n. 2 (due) impianti autorizzati per ogni tipologia di rifiuto oggetto dell'appalto per il recupero/messa in riserva e per lo smaltimento/deposito preliminare, ovvero di impegnarsi a sottoscrivere – prima della stipula del contratto – convenzioni con almeno due impianti autorizzati sia al recupero/messa in riserva, che smaltimento/deposito preliminare per ogni tipologia di rifiuto oggetto dell'appalto”*.

L'aggiudicataria assume di aver comprovato il possesso del requisito in oggetto a mezzo della produzione di tre distinte convenzioni con altrettanti impianti di smaltimento (Alto Vicentino Ambiente S.r.l. del 9.3.2021, Andreoni Marcello del 26.03.2021 e Fer.Ol.Met. S.r.l. del 26.03.2021), nonché impegnandosi ad accettare presso il proprio impianto di Cinisello Balsamo i rifiuti prodotti dall'Università di Verona; al contrario, secondo la ricorrente, la documentazione prodotta non dimostrerebbe la titolarità del requisito in commento con riferimento a tutte le tipologie e per tutti i quantitativi di rifiuti prodotti dall'Università di Verona, né con riferimento a tutta la durata del contratto d'appalto stipulato e delle eventuali successive proroghe.

Occorre, in proposito, rilevare quanto segue.

Quanto ai rifiuti identificati con codice CER 180103, 180202, 180203 (pacificamente ricompresi nell'oggetto dell'appalto), essi sono oggetto di due convenzioni per il relativo smaltimento: la prima stipulata con la Andreoni Marcello sas per tutta la durata dell'appalto e relative proroghe, e l'altra con la

Alto Vicentino Ambiente srl per la durata di un anno con tacito rinnovo alla scadenza.

La ricorrente lamenta che: la convenzione stipulata con la Alto Vicentino sarebbe generica in quanto difetterebbe uno specifico riferimento all'appalto in oggetto, anche per ciò che attiene alle quantità di rifiuti da smaltire; inoltre, entrambe le convenzioni avrebbero durata limitata ad un anno; infine, esse non ricomprirebbero rifiuti allo stato liquido, pur essendo questi inclusi nell'oggetto dell'appalto.

Il motivo è infondato.

Per i rifiuti della categoria in disamina, deve ritenersi esaustiva già la sola convenzione stipulata con la Andreoni Marcello, specificamente riferita ai rifiuti oggetto dell'appalto in disamina per una durata corrispondente a quella della commessa ed eventuali proroghe: lo specifico riferimento all'oggetto dell'appalto induce a interpretare l'impegno assunto dall'impianto come riferito all'intero quantitativo dei rifiuti prodotti, per ogni categoria, durante il periodo di durata dell'appalto, tanto nello stato liquido che in quello solido (*cfr.* all. 15 della produzione di parte resistente).

Deve, peraltro, osservarsi che nessuna clausola del bando contiene specifiche prescrizioni, da osservarsi a pena di esclusione dalla gara, in ordine alla durata delle convenzioni o alle relative previsioni in punto di quantitativo di rifiuti da smaltire/assumere in deposito (anzi, il capitolato tecnico all'art. 4, precisa che i quantitativi biennali stimati sono da ritenersi puramente indicativi).

La ricorrente lamenta, ancora, che nessuna delle convenzioni prodotte indicherebbe rifiuti con codice CER 130308 tra quelli che sarebbero oggetto di smaltimento.

Il Collegio ritiene che, alla luce della esatta descrizione della tipologia di rifiuti oggetto della convenzione (oli sintetici isolanti e oli termoconduttori) possa ritenersi, concordemente con quanto rilevato dalle altre parti processuali, che si tratti di un mero refuso materiale relativo all'indicazione del codice di riferimento (CER 130208 in luogo di 130308), non potendo sussistere seri

dubbi circa il fatto che la tipologia di rifiuti in commento sia effettivamente ricompresa nell'oggetto delle convenzioni stipulate.

La ricorrente deduce, altresì, che, ove dovesse ritenersi integrato il possesso del requisito previsto dall'art 7.3 punto c) del Disciplinare in capo all'odierna controinteressata, ne discenderebbe l'illegittimità degli atti di gara nella parte in cui essi richiamano la disposizione citata: si afferma, in proposito, che la norma consentirebbe agli operatori economici di acquisire la disponibilità degli impianti finali di smaltimento in un momento successivo alla formulazione dell'offerta; ciò non consentirebbe alla stazione appaltante di verificare in sede procedimentale la reale sostenibilità delle offerte presentate, e determinerebbe il rischio di compromettere il rispetto dei principi di qualità delle prestazioni, economicità, efficacia, tempestività e correttezza nell'erogazione del servizio *ex art. 30 D.lgs. 50/2016*.

Il motivo di censura non coglie nel segno anche per quanto attiene a tale profilo.

La disposizione del disciplinare di gara in commento risulta, invero, esente dalla paventata illegittimità: corrisponde, invero, a un criterio di ragionevolezza richiedere ai partecipanti alla gara, al momento della presentazione dell'offerta, l'impegno a stipulare apposite convenzioni con gli impianti di smaltimento rifiuti, riservando l'effettiva stipula solo a valle dell'aggiudicazione ma, comunque, prima della sottoscrizione del contratto di appalto; ciò consente, da un lato, di non gravare l'operatore economico dell'onere di concludere accordi convenzionali con terzi prima della conclusione della gara; d'altro canto, resta salva la possibilità per la stazione appaltante di non procedere alla stipula del contratto ove l'operatore non tenga fede a tale impegno. Non si ravvisa, di conseguenza, l'invocata lesione dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza nell'erogazione del servizio.

3. Con il secondo motivo di ricorso la Ecoeridiana lamenta la mancata indicazione dei 'costi della manodopera' e degli 'oneri per la sicurezza

aziendale' nell'offerta economica presentata dalla controinteressata, in violazione dell'art. 95 comma 10 e 97 comma 5 lett. c) e d) D.lgs.50/2016: si osserva, in particolare, che la stazione appaltante avrebbe illegittimamente dato corso al soccorso istruttorio, nonostante l'offerta presentata dalla Wasteam fosse carente di un elemento essenziale.

Inoltre, si aggiunge, l'Amministrazione avrebbe omesso di rilevare come l'offerta dell'aggiudicataria dovesse ritenersi anomala ai sensi del citato art. 97 comma 5 lett. d), risultando i costi della manodopera indicati in sede di offerta inferiori ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle ministeriali vigenti, non essendo stato tenuto conto dell'aggiornamento del CCNL del "*terziario, distribuzione, servizi*" intervenuto nell'anno 2018.

Infine, si assume che la Wasteam avrebbe omesso, ancorché espressamente richiesto dall'art. 3 del disciplinare, di dichiarare compiutamente gli importi relativi agli oneri della sicurezza.

Sul punto, il Collegio rileva quanto segue.

Dagli atti di gara emerge che, a fronte di alcune incongruenze rilevate nell'offerta economica della Wasteam, la stazione appaltante richiedeva, ai sensi dell'art.95, comma 1, D.Lgs. n.50/2016, l'analisi dei costi della manodopera e procedeva ad avviare il procedimento per la verifica dell'offerta.

In particolare, con nota in data 14.01.2021, l'Università invitava la controinteressata "*ai sensi dell'art. 95, comma 1° ultimo periodo del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., a trasmettere l'analisi dei costi della manodopera indicati nella Vs. offerta*" (cfr. all. 3 della produzione di parte controinteressata); con successiva comunicazione in data 22.01.2021 l'Amministrazione rendeva noto che: "*Dall'esame di quanto da Voi inviato (nota assunta al prot. 22083 del 20.01.2021), si prende atto che l'importo dichiarato nell'offerta risulta parziale in quanto non comprende l'incidenza dei costi del personale per l'attività di ritiro dei rifiuti sanitari poiché è Vs. intenzione subappaltare tale servizio (...)*

Si segnala, inoltre, quanto segue:

- secondo le nostre stime, calcolate in base alle distanze dalle sedi dell'Università di Verona produttrici di rifiuti speciali agli impianti indicati e alla sede della ditta Wasteam, e in base al tempo necessario alle operazioni di carico/scarico dei rifiuti e alla consegna dei contenitori (tra l'altro servizio non menzionato nella lettera), troviamo sottostimato e non congruo il numero di 91 ore totali, indicate per l'impiego di personale nei trasporti;

- poiché avete comunicato che non è stata indicata nell'offerta l'incidenza del costo del personale dell'azienda subappaltatrice dedicato ai servizi di ritiro e trasporto dei rifiuti sanitari, non si comprende a cosa faccia riferimento la voce "operaio al livello V (costo orario €. 18,32) impiegato per n. 2 ore a settimana per la movimentazione dei rifiuti in entrata e in uscita – totale di n.208 ore impiegate". Infatti l'unico servizio del capitolato che ha cadenza bisettimanale è il ritiro dei rifiuti sanitari dalle sedi universitarie (U.L. 1-2-3-4-5), e se dovessimo considerare il tempo necessario per la movimentazione di tali rifiuti, certamente non basterebbero 2 ore a settimana.

Vi invitiamo a inviare le V.s. controdeduzioni in ordine a quanto segnalato, tramite la piattaforma telematica "PortaleAppalti" al più presto e, comunque, entro quindici giorni dall'invio della presente. Decorso tale termine, qualora sia confermata la valutazione di non conformità dell'offerta, si procederà all'esclusione della V.s. ditta dalla procedura di gara (..) (cfr. all. 5 alla produzione della controinteressata).

A seguito della presentazione di controdeduzioni a iniziativa della Wasteam, l'Università convocava il legale rappresentante della controinteressata per un incontro con la commissione tecnica nominata per la verifica di congruità dell'offerta (cfr. all. 7 della produzione Wasteam).

Seguiva decreto di aggiudicazione nelle cui premesse si dava atto che: "Wasteam S.r.l. (che) è risultato il miglior offerente; la Commissione Tecnica, nominata per la verifica di congruità dell'offerta (decreto rep. n. 1075/2021 prot. 92062 del 11.02.2021), ha concluso il procedimento verificando la congruità dell'offerta e ritenendo che ci siano le condizioni tecniche per l'affidamento a tale operatore economico, giusta relazione del 10.03.2021, in atti d'ufficio" (cfr. all. 15 della produzione di parte ricorrente).

Ciò premesso in fatto, il Collegio ritiene che l'aggiudicataria si sia, effettivamente, sottratta all'obbligo di compiuta indicazione dei costi della manodopera in sede di presentazione dell'offerta, avendo indicato solo quelli legati al personale dipendente della stessa Wasteam e non il costo a sostenersi per il personale impiegato dalla ditta subappaltatrice.

Si rileva, in particolare che, sulla scorta di quanto affermato dall'Adunanza Plenaria con le decisioni nr. 7 e 8 del 2020, deve ritenersi certamente sussistente a carico dell'operatore economico l'obbligo di indicare separatamente nell'offerta proposta i costi della manodopera; nelle citate sentenze si è infatti osservato: *“Occorre sottolineare che la questione centrale della vicenda, ossia la possibilità di omettere l'indicazione separata dei costi della manodopera, è stata l'oggetto del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.*

La soluzione del quesito interpretativo è stata poi data, in altra vicenda, dalla sentenza della Nona Sezione, 2 maggio 2019, causa C-309/18, ritenuta esaustiva da questa Adunanza, con cui si è affermato:

“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, 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.”

La stessa decisione della Corte è stata peraltro già impiegata come canone interpretativo per la soluzione di analoghe vicende, sia dalle Sezioni di questo Consiglio di Stato (si veda Cons. Stato, V, 24 gennaio 2020, n. 604; id., V, 10 febbraio 2020 n. 1008) che dal giudice di prime cure (T.A.R. Lazio, 14 febbraio 2020 n. 1994, data nel giudizio che aveva originato quella rimessione alla CGUE).

In queste occasioni, affermata la dichiarata compatibilità con il diritto europeo degli automatismi espulsivi conseguenti al mancato rispetto delle previsioni di cui all'art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici, le questioni residue sono state rivolte unicamente a delineare la portata dell'eccezione alla regola dell'esclusione automatica, collegata all'accertamento in fatto della possibilità di indicare le voci stesse nei modelli predisposti dall'amministrazione”.

Occorre, dunque, domandarsi se l'obbligo di indicazione separata dei costi della manodopera debba intendersi come riferito anche ai costi legati al personale impiegato dall'eventuale azienda subappaltatrice.

Il Collegio ritiene che al quesito debba darsi, necessariamente, risposta positiva, poiché una diversa soluzione finirebbe con il consentire un'agevole elusione della norma in considerazione, e della ratio di tutela che la ispira.

In senso conforme, del resto, si è espressa in diverse occasioni la giurisprudenza che ha, sul punto, osservato: “(..) Non può opporsi che l'obbligo di indicazione del costo della manodopera sarebbe limitato a quella proprio dell'offerente con esclusione di quello sostenuto dall'eventuale subappaltatore. In quanto finalizzata a consentire la verifica del rispetto dei minimi salariali la previsione (articolo 95, comma 10, D.Lgs. n. 50/2016) non può che essere estesa a tutti i costi che l'offerente, direttamente o indirettamente, sostiene per adempiere alle obbligazioni contrattualmente assunte. La norma, invero, si presterebbe a facili elusioni, se si consentisse di scorporare dal costo totale della manodopera il costo sostenuto dai subappaltatori (cfr. TAR Milano, 06.11.2018 n. 2515); e ancora: “Il concorrente che intenda avvalersi del subappalto ha l'onere di rendere puntualmente edotta l'amministrazione dell'effettivo costo del personale fornitogli dal

subappaltatore, al fine di consentirle un effettivo controllo della sostenibilità economica dell'offerta" (cfr. Cons. St., Sez. V, 8 marzo 2018, n. 1500; Tar Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 7 ottobre 2020, nr.348).

Quanto appena osservato impone l'accoglimento del gravame, assorbendo il rilievo del terzo motivo di ricorso.

4. Conclusivamente, il ricorso deve trovare accoglimento.

Premesso quanto sopra il collegio ritiene, altresì, che ricorrano i presupposti di cui all'art. 122 c.p.a. per la dichiarazione di inefficacia del contratto d'appalto, essendo stata presentata dalla ricorrente la domanda di subentro nel contratto.

Dispone l'art. 122 c.p.a., che *"Fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta"*.

Nell'interpretare la norma, il Consiglio di Stato ha precisato che *"In caso di accoglimento del ricorso avente ad oggetto l'aggiudicazione di una gara pubblica, deve essere dichiarata, se richiesta, anche l'inefficacia del contratto stipulato con l'aggiudicatario a decorrere dalla data di pubblicazione della sentenza di annullamento, disponendo con la medesima decorrenza, il subentro nel contratto del legittimo aggiudicatario; il giudice deve valutare la sussistenza delle condizioni che possano ostacolare il subentro nel rapporto, quali la durata del contratto e la parte di esso che deve essere ancora eseguita"* (cfr., Consiglio di Stato sez. V, 26/07/2017, n. 3679).

Nel caso di specie, sussistono tutti i presupposti di cui all'art. 122 c.p.a. per dichiarare l'inefficacia del contratto d'appalto nel frattempo stipulato e disporre il richiesto subentro in quanto:

- la ricorrente ha proposto domanda di subentro;

- alla procedura hanno partecipato due soli concorrenti; qualora la controinteressata fosse stata esclusa, la ricorrente avrebbe conseguito l'aggiudicazione del contratto, a seguito di scorrimento nell'ordine di graduatoria, non essendo emerse cause ostative all'aggiudicazione in suo favore, né ragioni per rinnovare la gara nel suo complesso o alcune sue fasi;
- il contratto con l'aggiudicataria illegittima, ai sensi dell'art. 2 di esso, ha durata di 24 (ventiquattro) mesi, a decorrere dal 1° aprile 2021 al 31 marzo 2023, e dunque alla data odierna ha avuto esecuzione per un periodo di poco superiore al primo semestre del biennio di durata complessiva;
- la stazione appaltante e la controinteressata non hanno indicato peculiari ragioni, di carattere imperativo o anche solo di mera opportunità, tali da dover giustificare il mantenimento del contratto.

Ne consegue che il contratto di appalto in corso di esecuzione deve essere dichiarato inefficace a decorrere dal trentesimo giorno successivo alla data di pubblicazione della presente sentenza, con subentro della ricorrente nel contratto stesso, ai sensi dell'art. 124 del D.lgs. 104/2010, previa verifica del possesso dei prescritti requisiti.

Il regolamento delle spese di lite segue la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati; dichiara l'inefficacia del contratto di appalto stipulato e il subentro nello stesso della ricorrente a decorrere dal trentesimo giorno successivo alla data di pubblicazione della presente sentenza.

Condanna parte resistente e la controinteressata, in solido tra loro, alla refusione delle spese di lite in favore della parte ricorrente, che si liquidano complessivamente in euro 3.000,00, oltre accessori di legge, ove dovuti.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2021

con l'intervento dei magistrati:

Alberto Pasi, Presidente

Marco Rinaldi, Primo Referendario

Daria Valletta, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Daria Valletta

IL PRESIDENTE

Alberto Pasi

IL SEGRETARIO