

Pubblicato il 20/12/2019

N. 08659/2019REG.PROV.COLL.

N. 02666/2019 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 2666 del 2019, proposto da Genovarent S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Corrado Mauceri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Societa' Vicentina Trasporti S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Ferasin, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Miccolis S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Salvatore Alberto Romano, Andrea Romano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Salvatore Alberto Romano in Roma, viale XXI Aprile, 11;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) n. 180/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Societa' Vicentina Trasporti S.r.l. e di Miccolis S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2019 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Mauceri, Scafarelli su delega di Ferasin, Romano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Società Vicentina Trasporti a r.l., affidataria del servizio di trasporto pubblico urbano e suburbano di Vicenza, Bassano del Grappa, Valdagno e Recoaro Terme, nonché di altri servizi extraurbani con terminali anche nelle province di Padova e Verona, ha bandito una procedura aperta per l'assegnazione del servizio di T.P.L. su gomma, settore urbano ed extraurbano, per n. 6 lotti, in applicazione delle disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016 sui contratti dei "settori speciali".

Il criterio di aggiudicazione prescelto per tutti i lotti e, quindi, anche per il lotto 1, era quello del prezzo più basso di cui all'art. 95, comma 4, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016.

L'art. 5 del capitolato e schema di contratto, oltre ad indicare il costo medio orario del lavoro, precisava l'incidenza percentuale della manodopera sull'importo totale degli affidamenti a base di gara contratto e dei singoli lotti, come segue: lotto 1 Vicenza: 57,33%; lotto 2 Vicenza Centrobus: 75,95%; lotto 3 Bassano: 48,39%;

lotto 4 Recoaro/Valdagno: 50,52%; lotto 5 Schio: 71,71%; lotto 6 Basso Vicentino: 59,31%.

Dunque, per 5 lotti su 6, ed in ogni caso per il lotto 1, il costo della manodopera superava il 50% del costo complesso del T.P.L. oggetto di gara.

Genovarent S.r.l. presentava formale istanza di annullamento in autotutela del bando di gara, al fine dell'indizione di una nuova gara in conformità all'art. 95, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, formulando, in ogni caso, domanda di partecipazione per il lotto 1.

Con nota prot. n. F-SVT-2018-4319 del 23 maggio 2018 Società Vicentina Trasporti a r.l. rigettava tale istanza di annullamento in autotutela, ritenendo corretta l'applicazione dell'art. 95, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 alla gara in questione.

Successivamente, rilevato che l'offerta presentata dalla Miccolis S.p.a., prima classificata, risultava anormalmente bassa, con particolare riferimento al costo orario della manodopera, Società Vicentina Trasporti a r.l. avviava il procedimento di verifica della congruità dell'offerta suddetta ai sensi del combinato disposto dell'art. 95, comma 10, e dell'art. 97, comma 5, lett. d), del d.lgs. n. 50 del 2016.

A conclusione del sub-procedimento di verifica dell'offerta economica di Miccolis S.p.a., la Società Vicentina Trasporti S.r.l. aggiudicava il lotto 1 alla Società suddetta.

La ricorrente, che si era classificata al terzo posto, impugnava gli atti della procedura concorsuale, compresa l'aggiudicazione, relativamente al lotto 1.

L'adito Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto respingeva il ricorso con sentenza n. 180 del 2019, che veniva impugnata da Genovarent S.r.l.

L'appello è affidato ai seguenti motivi di diritto:

1) erroneità della sentenza per omessa rilevazione della violazione delle disposizioni della direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio,

consideranda (89), (90) e (96) delle premesse, art. 67, commi 1, 2 e 5; violazione dell'art. 1, comma 1, lett. ff), della legge 28 gennaio 2016, n. 11; violazione dell'art. 133, comma 1, dell'art. 95, comma 3, lett. a), e dell'art. 50, comma 1, del d.lgs. n. 50/16, e per quanto occorrer possa, dell'art. 95, commi 3 e 4, del d.lgs. citato;

2) erroneità della sentenza per omessa rilevazione della violazione dell'art. 95, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016; violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990; omessa rilevazione dell'eccesso di potere per travisamento del fatto, difetto di istruttoria, illogicità manifesta e difetto di motivazione;

3) erroneità della sentenza per non aver rilevato l'illegittimità dell'aggiudicazione per invalidità derivata dai vizi che inficiano il bando di gara e gli atti correlati.

Si sono costituite per resistere all'appello Societa' Vicentina Trasporti S.r.l. e Miccolis S.p.a.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive difese.

All'udienza pubblica del 24 ottobre 2019 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da Genovarent S.r.l. contro la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto n. 180 del 2019, con la quale è stato respinto il ricorso proposto dall'odierna appellante per l'annullamento degli atti della procedura aperta indetta per il sub-affidamento di servizi di trasporto pubblico locale settore urbano ed extraurbano del bacino di Vicenza, categoria "servizi", da eseguirsi in Vicenza, Valdagno, Recoaro Terme, Bassano del Grappa, provincia di Vicenza e provincia di Padova e Verona, codice NUTS ITH32, per il periodo 10.6.2018 fino al 13.6.2020, con possibilità di rinnovo per ulteriori 2 anni, relativamente al lotto 1 – Vicenza Servizio TPL (linee urbane 3-4-13-16-18-19; 51 extraurbana, corse studenti) CIG 7445829C75, importo complessivo stimato annuo euro 1.514.200,00, Iva esclusa, di cui euro 600,00 per

oneri di sicurezza non soggetti a ribasso, nonché per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione del lotto 1 alla controinteressata.

Con il primo motivo di ricorso l'odierna appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza per non avere dichiarato l'illegittimità del bando di gara, nella parte in cui la stazione appaltante ha previsto per l'aggiudicazione il criterio del prezzo più basso di cui all'art. 95, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, anziché il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui al comma 3 della stessa norma, nonostante si trattasse di servizio ad alta intensità di manodopera.

Con il secondo motivo l'appellante denuncia la pretesa illegittimità del bando nella parte impugnata in quanto la Stazione appaltante non avrebbe *“in alcun modo assolto l'onere motivazionale relativo alla scelta di ricorrere al criterio del prezzo più basso”*.

Con il terzo ed ultimo motivo Genovarent lamenta l'illegittimità degli atti di gara per invalidità derivata dai vizi che inficiano il bando di gara e gli atti correlati.

L'appello è fondato in relazione al primo motivo di gravame.

Ed invero, colgono nel segno le censure concernenti l'erroneità della sentenza per non avere accolto il motivo relativo alla dedotta illegittimità del bando di gara nella parte in cui ha previsto, quale criterio di aggiudicazione, quello del prezzo più basso, in ragione della standardizzazione del servizio oggetto di affidamento, nonostante si trattasse di servizio ad alta intensità di manodopera.

Come è stato di recente affermato dal Consiglio di Stato nella decisione n. 8 resa in Adunanza plenaria il 21 maggio 2019: *“gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera ai sensi degli artt. 50, comma 1, e 95, comma 3, lett. a), del codice dei contratti pubblici sono comunque aggiudicati con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, quand'anche gli stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate ai sensi della comma 4, lett. b), del medesimo codice”*.

Ed invero, già in precedenza la giurisprudenza amministrativa aveva statuito che il rapporto tra il comma 3 dell'art. 95 (che contempla i casi di esclusivo utilizzo del

criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali v'è quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4 della stessa disposizione normativa (che prevede i casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali v'è quello dei servizi ripetitivi), è di specie a genere (Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 605);

«Ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3 scatta, cioè, un obbligo speciale di adozione del criterio dell'o.e.p.v. che, a differenza della ordinaria preferenza per tale criterio fatta in via generale dal codice, non ammette deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4, a prescindere dall'entità dello sforzo motivazionale dell'amministrazione. La soluzione è del resto in linea con i criteri direttivi dettati dal legislatore delegante. Infatti l'art. 1, co. 1, lett. gg), per i contratti relativi (tra gli altri) ai servizi "ad alta intensità di manodopera", precisa, quale criterio direttivo, che l'aggiudicazione debba avvenire "esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come definita dalla lettera ff), escludendo in ogni caso l'applicazione del solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta"» (Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014).

Ciò, in attuazione delle disposizioni della direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio (consideranda 89, 90 e 96 delle premesse, art. 67, commi 1, 2 e 5), per le quali il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è unico ed inderogabile per l'aggiudicazione degli appalti di servizi in cui la componente della manodopera abbia rilievo preponderante.

Nell'ipotesi come quella di specie, in cui il servizio ad alta intensità di manodopera abbia contemporaneamente caratteristiche standardizzate, vi è, dunque, un conflitto di disposizioni tra loro contrastanti (che prevedono rispettivamente un diverso ed antitetico criterio di aggiudicazione per l'uno o l'altro tipo di servizio) che deve essere risolto mediante l'individuazione della norma prevalente, che, per

quanto detto, è quella che prevede il criterio di aggiudicazione del miglior rapporto qualità/prezzo previsto dal comma 3, che prevale su quello del minor prezzo.

Dalla fondatezza della prima censura consegue anche quella della terza, concernente l'illegittimità in via derivata dell'aggiudicazione alla controinteressata per i vizi che inficiano il bando di gara, potendo, invece, restare assorbito il secondo motivo, relativo alla dedotta erroneità della sentenza per non avere dichiarato l'illegittimità del bando per l'omessa assunzione dell'onere motivazionale relativo alla scelta di ricorrere al criterio del prezzo più basso.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va accolto.

Per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, deve essere accolto il ricorso di Genovarent S.r.l., ed annullati tutti gli atti con lo stesso impugnati. In particolare, l'annullamento degli atti di gara, sin dal bando, comporta la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato all'esito della stessa, stante il rapporto di presupposizione tra i primi e il secondo (circa il potere del giudice amministrativo di emettere questa statuizione anche al di fuori dei casi di subentro nel contratto medesimo ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm., cfr. Cass. Civ., SS.UU., 22 marzo 2017, n. 7295; Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2017, n. 4647).

Non si tratta, invero, nella fattispecie in questione, di valutare il complesso delle circostanze rilevanti per disporre l'inefficacia del contratto (e la decorrenza della stessa) ai fini del subentro dell'impresa ricorrente, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., atteso che il vizio dell'aggiudicazione comporta il travolgimento della procedura di gara e il conseguente obbligo di rinnovarla.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO