

Pubblicato il 14/12/2017

N. 01566/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00601/2017 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 la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 601 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Avip Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Fusco e Federico Frignani, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Paolo Barghigiani in Firenze, via Por Santa Maria 8;

contro

Piombino Patrimoniale s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Carlo Moschini e Gabriele Monarca, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Ivan Marrone in Firenze, via dei Rondinelli 2;

nei confronti di

Real Media s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Tommaso Pontello, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via degli Artisti 20;

per l'annullamento,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

dell'ammissione della Real Media s.r.l. alla gara indetta da Piombino Patrimoniale s.r.l. per l'installazione di sostegni per standardi pubblicitari sui pali della pubblica illuminazione del Comune di Piombino e per la gestione dei relativi spazi;

e, per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati il 7 giugno 2017:

dell'aggiudicazione della gara in questione alla predetta Real Media s.r.l., nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto da questa stipulato.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Piombino Patrimoniale s.r.l. e della controinteressata Real Media s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 ottobre 2017 il consigliere Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente AVIP Italia s.r.l. ha partecipato alla gara indetta dalla Piombino Patrimoniale s.r.l., società pubblica interamente partecipata dal Comune di Piombino, per l'affidamento dell'appalto (così nel bando) avente a oggetto l'installazione di strutture porta-standardi sui pali della pubblica illuminazione della città di Piombino e la gestione delle stesse a fini pubblicitari nella forma della concessione d'uso quinquennale. Il bando prevedeva la corresponsione, a carico

dell'impresa aggiudicataria, di un canone annuo stabilito nel minimo in 3.000,00 euro, soggetto a rialzo ai fini dell'aggiudicazione, da disporsi appunto in favore dell'offerta recante il canone di importo più elevato.

Alla gara, fissata per il 31 marzo 2017, ha partecipato altresì la controinteressata Real Media s.r.l., autrice della migliore offerta (canone annuo di euro 16.000,00 oltre I.V.A.). Ad avviso della società ricorrente, detta offerta sarebbe tuttavia viziata dalla mancata indicazione degli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

1.1. Con l'atto introduttivo del presente giudizio, AVIP Italia impugna l'omessa esclusione dalla gara della controinteressata e ne chiede l'annullamento sulla scorta di un unico motivo in diritto, inteso a far valere la violazione dell'art. 95 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

1.2. Dopo aver rinunciato alla domanda cautelare formulata con il ricorso, AVIP Italia ha proposto motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione definitiva della gara in favore di Real Media s.r.l. e il contratto da questa sottoscritto, della cui esistenza assume di aver avuto notizia solo a seguito della costituzione in giudizio delle controparti.

Con i motivi aggiunti è fatta valere l'invalidità che deriverebbe all'aggiudicazione dai già dedotti vizi dell'offerta vincitrice (primo motivo aggiunto), nonché l'anomalia della procedura seguita dalla Piombino Patrimoniale, la quale avrebbe stipulato il contratto in violazione del termine legale di *stand-still*, oltre che in assenza di un formale provvedimento di aggiudicazione.

1.3. Resistono al gravame le società Piombino Patrimoniale e Real Media.

1.4. La causa è stata discussa e trattenuta per la decisione nella pubblica udienza del 25 ottobre 2017, preceduta dal deposito di memorie difensive e repliche.

2. La resistente Piombino Patrimoniale s.r.l. eccepisce l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo. La procedura di gara impugnata non avrebbe per oggetto l'affidamento di un appalto pubblico, bensì la stipula di un contratto attivo di concessione d'uso equiparabile alla locazione dei pali destinati a ospitare i supporti porta-standard, come tale escluso dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici a norma dell'art. 17 co. 1 lett. a) dello stesso Codice.

L'eccezione, alla quale aderisce la controinteressata, è stata precisata nel senso che la concessione in uso degli spazi pubblicitari costituirebbe un'attività di natura commerciale svolta in ambito aperto alla concorrenza, non diretta alla soddisfazione di bisogni collettivi e gestita secondo criteri di economicità e redditività. In fattispecie analoghe, la giurisdizione del giudice ordinario sarebbe stata già riconosciuta dalla giurisprudenza, anche di questo T.A.R..

2.1. L'eccezione è infondata.

Secondo la stessa prospettazione delle parti resistenti, peraltro non condivisibile nella sua absolutezza, la procedura per cui è causa avrebbe ad oggetto la (sola) concessione in uso di beni, vale a dire i pali dell'illuminazione pubblica della città di Piombino. Si tratta, evidentemente, di beni appartenenti al patrimonio indisponibile del Comune di Piombino in virtù della loro destinazione a un servizio pubblico (art. 826 co. 2 c.c.), e dei quali deve presumersi che la società Piombino Patrimoniale disponga in virtù di apposito contratto di affidamento, ai sensi dello statuto in atti; ma la

circostanza che la resistente ne possa disporre non elide la natura dei beni in questione, che, in quanto di proprietà comunale e adibiti all'uso pubblico, possono formare oggetto di sfruttamento economico da parte di operatori privati a condizione che siano allocati con gara, nel rispetto dei principi di piena concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione (per tutte, cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2014, n. 6029; id., A.P., 25 febbraio 2013, n. 5, in materia di concessione di spazi pubblicitari).

Del resto, la società *in house* – qual è la resistente Piombino Patrimoniale – non è altro, per definizione, che una *longa manus* dell'amministrazione dalla quale dipende e con la quale si identifica, atteso che l'*in house providing* non dà luogo tanto a un rapporto intersoggettivo, quanto a un modello organizzativo qualificabile in termini di delegazione interorganica (fra le molte, cfr. Corte Cost. 20 marzo 2013, n. 46; id., 17 novembre 2010, n. 325; Cons. Stato, A.P., 3 marzo 2008, n. 1). Essa non può rappresentare, pertanto, lo schermo giuridico attraverso il quale sottrarsi all'osservanza delle regole dell'evidenza pubblica, sia che si tratti dell'affidamento di beni, sia – come si preciserà di seguito – che si tratti dell'affidamento di appalti o concessioni di lavori, forniture, servizi.

Proprio la natura pubblicistica dei beni oggetto dell'instaurando rapporto contrattuale distingue la presente controversia dal giudizio che il T.A.R. Toscana, Sezione III, ha deciso con la sentenza n. 778 dell'8 giugno 2017, invocata dalle resistenti. In quell'occasione, si discuteva infatti della procedura indetta per l'affitto di un campeggio di proprietà della stessa Piombino Patrimoniale, ciò che spiega la devoluzione della lite al giudice ordinario; mentre, nella specie, il contenzioso investe (l'affidamento di) beni di proprietà del Comune

e da esso gestiti per il tramite della Piombino Patrimoniale, vale a dire, *in parte qua*, una vicenda concessoria vera e propria, ricadente perciò nella giurisdizione esclusiva del G.A. (art. 133 co. 1 lett. b) c.p.a.).

2.2. La conferma della giurisdizione amministrativa si trae da una più puntuale messa a fuoco dell'oggetto della procedura di affidamento qui impugnata.

Secondo la descrizione contenuta nel bando, la gara riguarda l'appalto relativo all'installazione di strutture porta-stendardi sui pali dell'illuminazione pubblica di Piombino e la loro gestione a fini pubblicitari nella forma della concessione d'uso. Analogamente, si riferisce all'installazione delle strutture porta-stendardi e alla gestione degli spazi pubblicitari anche il capitolato speciale, che precisa il contenuto degli obblighi a carico dell'aggiudicatario, consistenti nella fornitura e manutenzione ordinaria e straordinaria delle strutture, ivi compresa la rimozione delle stesse per l'ipotesi di danneggiamenti tali da renderle pericolose per la sicurezza del traffico o dei pedoni (art. 2).

La legge di gara prevede, ancora, una riserva del 10% delle strutture porta-stendardi alle iniziative pubblicitarie del Comune di Piombino, titolare del diritto di avvalersene senza corrispettivo (art. 3 del capitolato); e, alla scadenza del contratto, l'acquisizione gratuita delle strutture al patrimonio del Comune, salva la facoltà discrezionale del Comune stesso di ordinarne la rimozione (par. 4 del bando, art. 4 del capitolato).

Come si vede, il rapporto affianca alla concessione d'uso dei pali dell'illuminazione pubblica la fornitura degli impianti porta-stendardi, sebbene il trasferimento dei beni al patrimonio comunale sia

destinato a operare alla scadenza della concessione e sia comunque rifiutabile dal Comune.

Alla fornitura si aggiungono la manutenzione degli impianti e la riserva in favore del Comune, a titolo gratuito, del 10% dei portastandardi, la quale integra a sua volta la prestazione di un servizio riconducibile all'affidamento delle affissioni pubbliche comunali (ai sensi dell'art. 18 del d.lgs. 15 novembre 1993, n. 507, il servizio delle pubbliche affissioni, obbligatorio nei Comuni con popolazione residente superiore ai tremila abitanti, è quello volto a garantire specificatamente l'affissione, a cura del Comune, di manifesti contenenti comunicazioni aventi finalità istituzionali, sociali o comunque prive di rilevanza economica, ma anche di messaggi diffusi nell'esercizio di attività economiche, se previsto dal regolamento comunale in materia).

Nel suo concreto atteggiarsi, la fattispecie configura dunque un contratto atipico, nel quale elementi della concessione di beni concorrono con elementi della concessione di servizi e dell'appalto di fornitura. E non è dubbio che, per quanto attiene all'affidamento di servizi e forniture, la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133 co. 1 lett. c) ed e) n. 1) c.p.a., tenuto conto che, sotto il profilo soggettivo, ogni incertezza circa la sottoposizione delle società *in house* alle regole dell'evidenza pubblica è stata risolta dall'art. 16 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, secondo cui dette società “*sono tenute all'acquisto di lavori, beni e servizi secondo la disciplina di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016*”.

3. La controinteressata Real Media eccepisce l'inammissibilità, per difetto di interesse, dell'impugnazione proposta con il ricorso

introduttivo del giudizio avverso la sua mancata esclusione dalla procedura.

Neppure tale eccezione può essere accolta.

L'onere di immediata impugnazione dell'ammissione in gara di un concorrente, ovvero della sua esclusione, oggi sancito dall'art. 120 co. 2-*bis* c.p.a., riguarda le sole ammissioni ed esclusioni disposte all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali. Laddove, invece, l'eventuale causa di esclusione attenga a un vizio dell'offerta presentata da uno dei concorrenti, l'interesse ad agire sorge in capo agli altri concorrenti solo nel momento in cui il primo dovesse rendersi aggiudicatario della procedura, secondo i canoni tradizionali.

Tanto premesso, l'impugnativa proposta da AVIP Italia con il ricorso introduttivo del giudizio è rivolta nei confronti delle determinazioni assunte dalla stazione appaltante nella seduta di gara del 31 marzo 2017, le quali non si sono limitate all'ammissione della controinteressata alla gara, ma sono sfociate nell'aggiudicazione della procedura. Per ammissione della stessa Piombino Patrimoniale, e per quel che risulta dalla documentazione in atti, al verbale del 31 marzo 2017 ha fatto seguito la stipula del contratto, di modo che quell'aggiudicazione, ancorché qualificata nel verbale come "provvisoria", rappresenta l'atto conclusivo della procedura di selezione del contraente ed è, perciò, da considerarsi immediatamente lesiva e impugnabile.

La questione non merita peraltro di essere approfondita, giacché l'impugnativa congiunta dell'altrui ammissione in gara e dell'aggiudicazione è comunque integrata dalla tempestiva

proposizione dei motivi aggiunti, con i quali sono state riprodotte le censure già svolte con il ricorso introduttivo.

4. Nel merito, con il ricorso introduttivo e con il primo motivo aggiunto, AVIP Italia deduce la violazione dell'art. 95 co. 10 del d.lgs. n. 50/2016, che, imponendo di indicare nell'offerta economica i costi della manodopera e gli oneri aziendali per la sicurezza, avrebbe introdotto un ineludibile obbligo legale, la cui violazione, configurando la carenza di un elemento essenziale dell'offerta, non sarebbe sanabile mediante l'esercizio del soccorso istruttorio e comporterebbe l'esclusione dalla procedura di affidamento.

Replicano le società resistenti che la disciplina invocata non si applicherebbe nella fattispecie, a ciò ostando il combinato disposto degli artt. 164 co. 2 e 173 dello stesso d.lgs. n. 50/2016. E anche a voler qualificare il contratto come appalto di servizi, l'art. 95 cit. varrebbe per i soli appalti di valore superiore alla soglia comunitaria.

4.1. Il motivo è fondato.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016 (di seguito, "Codice"), stabilisce all'art. 95 co. 10 che nell'offerta economica i concorrenti debbono *"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)"*.

La disposizione non si applica al rilascio di quei provvedimenti comunque denominati, con cui le amministrazioni aggiudicatrici, a richiesta di un operatore economico, autorizzano l'esercizio di un'attività economica che può svolgersi anche mediante l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici. Essa si applica, invece, alle

procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi, e tanto in forza del combinato disposto dei primi due commi dell'art. 164 del medesimo d.lgs. n. 50/2016: a rilevare è, in particolare, il rinvio fatto dal secondo comma dell'art. 164 cit., con il limite della compatibilità, alle disposizioni di cui alla I e alla II Parte del Codice dei contratti pubblici relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione.

Vero è che, come sostiene la resistente Real Media, ai sensi dell'art. 173 co. 1 del Codice le concessioni sono aggiudicate sulla base dei principi di cui al precedente art. 30. Nondimeno, gli oneri della sicurezza aziendale non costituiscono un criterio di aggiudicazione, bensì una componente dell'offerta economica che l'art. 95 co. 10 impone di scorporare, senza che tale obbligo possa considerarsi incompatibile con la disciplina specifica delle concessioni.

Quanto all'applicabilità dell'art. 95 co. 10 agli appalti di valore inferiore alla soglia eurounitaria, deve osservarsi come la norma, nel testo originario applicabile *ratione temporis* alla procedura per cui è causa, non ammettesse alcuna eccezione, dovendosi pertanto ritenere che l'obbligo di specificare nell'offerta gli oneri della sicurezza valesse anche per gli affidamenti sotto soglia. Che questa fosse l'intenzione del legislatore si ricava anche dalle modifiche oggi apportate all'art. 95 co. 10 dal decreto "correttivo" 19 aprile 2017, n.

56, a seguito del quale l'obbligo di indicare gli oneri della sicurezza è stato escluso, fra l'altro, per gli affidamenti ai sensi dell'art. 36 co. 2 lett. a): sono, questi, gli affidamenti di importo inferiore a 40.000,00 euro eseguiti mediante affidamento diretto o amministrazione diretta, che, ove non fosse stata prevista l'eccezione, avrebbero necessariamente dovuto – *a contrario* – considerarsi soggetti all'obbligo di indicazione degli oneri per la sicurezza.

La circostanza, poi, che l'eccezione introdotta dal “correttivo” riguardi solo gli affidamenti inferiori ai 40.000,00 euro implica che, per gli importi superiori, ancorché sotto soglia, l'obbligo continui ad operare come già in precedenza. D'altro canto, l'art. 36 co. 2 fa espressamente salva per le stazioni appaltanti la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie per tutti gli affidamenti sotto soglia, ivi compresi quelli inferiori ai 40.000,00 euro, nel qual caso l'obbligo si riepande anche per questi ultimi.

Se, pertanto, il testo originario dell'art. 95 co. 10 comportava un'applicazione generalizzata del dovere di indicare nell'offerta i costi per la sicurezza, la scelta discrezionale di fare luogo all'affidamento di un contratto misto non può sottrarre la resistente Piombino Patrimoniale all'osservanza di un obbligo cogente, posto a garanzia dell'affidabilità dell'impresa aggiudicataria, con riferimento a quelle prestazioni parimenti oggetto della gara e riconducibili alla disciplina dell'appalto di forniture e della concessione di servizi.

Ritenere applicabile la sola disciplina del contratto prevalente, secondo la teoria dell'assorbimento, consentirebbe infatti alla stazione appaltante di eludere indebitamente le esigenze di tutela sottese alla previsione legislativa. Né pretendere l'indicazione obbligatoria degli oneri per la sicurezza, relativamente alle prestazioni

contrattuali che vi sono soggette, pone alcun problema di compatibilità con la disciplina della concessione dei beni e con la richiesta ai concorrenti di formulare offerte in aumento, anziché al ribasso.

4.2. Alla mancata indicazione degli oneri non può che conseguire l'esclusione del concorrente dalla gara, pur in assenza di una specifica disposizione nel bando.

Il collegio non intende discostarsi dall'indirizzo interpretativo invalso, secondo cui le condizioni di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici devono essere tutte indicate nel bando di gara, e che solo in caso eccezionali ammette l'eterointegrazione della *lex specialis* con obblighi imposti da norme di legge, sul presupposto che l'enucleazione di cause di esclusione non conosciute o conoscibili dai concorrenti contrasta con i principi europei di certezza giuridica e di massima concorrenza. Al principio di tassatività delle cause di esclusione, sancito dall'art. 83 co. 8 del d.lgs. n. 50/2016, non può tuttavia attribuirsi valenza differente da quella che la giurisprudenza gli aveva assegnato nel vigore dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, stante la sovrapposibilità testuale delle due disposizioni: l'esclusione dalla gara va pertanto disposta “*sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano "adempimenti doverosi" o introducano, comunque, "norme di divieto" pur senza prevedere espressamente l'esclusione ma sempre nella logica del numerus clausus*” (così l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 25 febbraio 2014, n. 9, la quale, rinviando alle proprie precedenti sentenze 16 ottobre 2013, n. 23, e 7 giugno 2012, n. 21, ribadisce la non necessità che la sanzione della esclusione sia espressamente prevista dalla norma di legge

“allorquando sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento ai partecipanti ad una gara”). E non pare discutibile che, a differenza del passato, l’obbligo di indicare gli oneri della sicurezza nell’ambito dell’offerta economica costituisca nel vigore del d.lgs. n. 50/2016 un precetto imperativo espressamente risultante dal diritto nazionale, e non da una sua interpretazione, ciò che rende l’esclusione dalla procedura coerente con i principi di proporzionalità, trasparenza, e parità di trattamento come declinati dalla giurisprudenza eurounitaria (cfr. Corte di Giustizia UE, Sezione Sesta, 2 giugno 2016 in causa C-27/15, *“Pippo Pizzò”*).

Correlativamente, va esclusa la possibilità di emendare il vizio mediante l’esercizio del potere di soccorso istruttorio, che, a norma dell’art. 83 co. 9 del Codice dei contratti pubblici, non può riguardare gli elementi mancanti, incompleti o irregolari dell’offerta tecnica o economica.

4.3. La controinteressata Real Media eccepisce che l’indicazione dei costi relativi agli oneri per la sicurezza sarebbe stata effettuata dalla stazione appaltante nel bando di gara, che fissa in euro 175,00 il costo delle interferenze significative.

In contrario, sia sufficiente osservare che i costi cui fa riferimento l’art. 95 co. 10 del Codice attengono agli oneri per la sicurezza aziendale, i quali costituiscono una delle componenti che concorrono a determinare l’offerta economica. Essi nulla hanno a che vedere con gli oneri relativi alla c.d. interferenze, predeterminati – come, appunto, nella specie – dalla stazione appaltante e relativi ai rischi dovuti alla compresenza negli stessi luoghi del personale della stessa stazione appaltante e del personale dell’appaltatore chiamato a eseguire il contratto.

5. In forza delle considerazioni esposte, il ricorso deve essere accolto. All'annullamento dell'aggiudicazione in favore della controinteressata, la quale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, consegue la dichiarazione di inefficacia del contratto frattanto stipulato.

5.1. Le spese del giudizio possono essere compensate, attesa la peculiarità della fattispecie concreta e la novità delle questioni trattate. Resta fermo il diritto della ricorrente di ripetere dalle resistenti gli importi sostenuti per il (duplice) versamento del contributo unificato, secondo quanto previsto dall'art. 13 co. 6-*bis*.1 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso e per l'effetto annulla l'aggiudicazione impugnata, contestualmente dichiarando l'inefficacia del contratto stipulato fra Piombino Patrimoniale e la controinteressata Real Media.

Dichiara integralmente compensate le spese del giudizio, salvo l'obbligo solidale delle resistenti di rifondere ad AVIP Italia quanto versato a titolo di contributo unificato.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Manfredo Atzeni, Presidente

Gianluca Bellucci, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Pierpaolo Grauso

IL PRESIDENTE
Manfredo Atzeni

IL SEGRETARIO