

Publicato il 09/03/2017

N. 00228/2017 REG.PROV.COLL.  
N. 01126/2015 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 Puglia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1126 del 2015, proposto da:  
Consorzio Cooperative Costruzioni - C.C.C. Società Cooperativa, in proprio e nella qualità di Capogruppo mandataria in R.T.I. con CIMAR Società Coop., CEIR Società Consortile Coop, e Guastamacchia s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Leonardo Frattesi e Marco Annoni, con domicilio eletto presso l'avv. Ugo Patroni Griffi, in Bari, Piazza Luigi di Savoia, 41/A;

*contro*

Infratel Italia s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Federico Massa, con domicilio eletto presso l'avv. Pierluigi Balducci, in Bari, Via Melo, 114;

*nei confronti di*

Ericsson Telecomunicazioni s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Filippo Arturo Satta, Anna Romano e Francesco Caputi Iambrenghi, con domicilio eletto presso l'avv. Francesco Caputi Iambrenghi, in

Bari, Via Abate Eustasio, 5;

Eds Infrastrutture s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Salvatore Dettori, con domicilio eletto presso l'avv. Michele Perrone, in Bari, Via Torre Tresca, 2/A;

Alpitel s.p.a., Mazzoni Pietro s.p.a.;

*per l'annullamento*

- del provvedimento in data 29 luglio 2015 con il quale Infratel Italia s.p.a. ha disposto l'aggiudicazione definitiva in favore del R.T.I. costituito tra Ericsson s.p.a. del lotto 3 Puglia della gara d'appalto bandita per l'affidamento della progettazione esecutiva e realizzazione di infrastrutture costituite da impianti a fibra ottica per una rete a banda ultralarga, comprensiva della fornitura e posa in opera del relativo cavo in fibra ottica e della successiva manutenzione dell'infrastruttura, confermando altresì la collocazione al secondo posto della graduatoria finale di gara della EdS Infrastrutture s.p.a. ed al terzo posto del costituendo R.T.I. tra il Consorzio Cooperative Costruzioni in qualità di mandataria e le mandanti CIMAR Società Cooperativa, CEIR Società Consortile Cooperativa e Guastamacchia s.p.a.;

- di ogni altro atto a questi presupposto, connesso e conseguenti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Infratel Italia s.p.a., di Ericsson Telecomunicazioni s.p.a. e di Eds Infrastrutture s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore la dott.ssa Maria Grazia D'Alterio;

Uditi nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2017 per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

I) In via preliminare, va rammentato che, in tema di contenzioso relativo alle procedure di affidamento di pubblici servizi, la sentenza è redatta «in forma semplificata», potendo, quindi, consistere «in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo» (artt. 120 co. 10 e 74 c.p.a.).

II) In punto di fatto va osservato quanto segue.

1. Infratel, società *in-house* del Ministero dello sviluppo economico e soggetto attuatore dei Piani Banda Larga e Ultra Larga del Governo, ha indetto - con bando di gara pubblicato sulla G.U.R.I. - 5° Serie Speciale - Contratti Pubblici n. 11 del 26 gennaio 2015 - una procedura aperta - articolata in tre lotti - per l'affidamento della progettazione esecutiva e realizzazione di infrastrutture costituite da impianti in fibra ottica per una rete a banda ultralarga, comprensive della fornitura e posa in opera del relativo cavo in fibra ottica e della successiva manutenzione dell'infrastruttura, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. Alla procedura relativa al Lotto 3 - Regione Puglia, di importo pari ad €. 19.600.000,00, IVA esclusa, di cui €. 588.000,00 per oneri per la sicurezza ed €. 618.947 per spese di progettazione, hanno partecipato, tra gli altri, il RTI ricorrente, la costituenda ATI tra Ericson s.p.a. (mandataria), Apitel s.p.a. e Mazzoni Pietro s.p.a. e la EDS Infrastrutture s.p.a..

3. Espletate le formalità di gara, all'esito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche, la Commissione di gara ha determinato la graduatoria finale di gara che ha visto collocata al primo posto l'ATI Ericsson, con complessivi punti 74,547, al secondo posto la EDS con punti 73,975 ed al terzo posto il RTI CCC con punti 68,230.

4. Sulla base di tale graduatoria la stessa Commissione ha quindi aggiudicato provvisoriamente la gara in favore dell'ATI Ericsson e con successiva nota prot. n. 14436 del 30 luglio 2015 Infratel ha comunicato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 79 del D.Lgs. 163/2006, l'intervenuta decretazione dell'aggiudicazione definitiva della gara in favore dell'A.T.I. Ericsson.

5. Avverso il prefato atto è insorto il R.T.I. C.C.C., che ha articolato un comune motivo di ricorso avverso l'ammissione dell'A.T.I. Ericson e della società EDS, nonché svariati motivi di censura esclusivamente avverso la mancata esclusione della prima graduata, in ragione delle omesse e/o incomplete dichiarazioni rese ai fini della partecipazione alla gara dalle singole imprese dell'ATI con mandataria Ericson.

6. Si sono costituiti in resistenza Infratel s.p.a. e le controinteressate A.T.I. Ericsson e EDS Infrastrutture s.p.a., instando per la reiezione del ricorso in ragione della sua infondatezza.

7. L'istanza cautelare è stata respinta dalla Sezione con ordinanza n. 571 del 7 ottobre 2015, non ritenendosi sussistere evidenti profili di fondatezza delle censure (l'ordinanza risulta confermata in sede di appello cautelare dalla III sez. del Consiglio di Stato con ordinanza n. 5481/2015).

III) In diritto, il ricorso merita la reiezione, essendo infondati i motivi di censura dedotti, alla stregua delle considerazioni già sommariamente espresse in sede cautelare.

1. Prima di esaminare nel merito i motivi di ricorso principale, gioverà procedere alla preliminare perimetrazione della disciplina normativa applicabile alla fattispecie.

1.1 Sul punto è agevole rilevare che la procedura di gara, in quanto finalizzata a permettere alla P.A. la messa a disposizione di reti pubbliche di telecomunicazione ovvero la prestazione al pubblico di uno o più servizi di telecomunicazioni, rientra, *ratione temporis*, nello spazio applicativo dell'art. 22, del D.Lgs. n. 163/2006 che, nel recepisce integralmente l'art. 13 della direttiva 2004/18/CE, esclude l'applicazione integrale del D.Lgs. n. 163/2006 per il settore delle telecomunicazioni, assoggettato, a norma dell'art. 27 D.Lgs. *cit.*, alle sole norme espressive di principi generali desumibili dalla normativa nazionale e comunitaria.

1.1.1 La *ratio* dell'esclusione è chiaramente originata dalla constatazione che sussiste una situazione di concorrenza effettiva in seguito all'attuazione della normativa comunitaria volta a liberalizzare il settore, sicché si è resa superflua l'applicazione di una puntuale disciplina volta a tutelare *ab externo* la *par condicio* tra gli operatori (*cfr.* XXI *considerando* e art. 13 della Direttiva 2004/18/CE — applicabile *ratione temporis*).

1.1.2 Tale previsione trova conferma nella nuova direttiva 2014/24/UE (peraltro recepita *in parte qua* dal D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (*cfr.* in particolare artt. 15 e 4), che all'art. 8 “*Esclusioni specifiche nel settore delle comunicazioni elettroniche*”, comma primo, prevede: “*La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici e ai concorsi di*

*progettazione principalmente finalizzati a permettere alle amministrazioni aggiudicatrici la messa a disposizione o la gestione di reti pubbliche di telecomunicazioni o la prestazione al pubblico di uno o più servizi di comunicazioni elettroniche”.*

1.1.3 La fibra ottica rappresenta tecnicamente il "canale trasmissivo" — ossia la rete — che garantisce e consente le telecomunicazioni di cui all'art. 22 cit., sicché la definizione tecnica di rete coincide con la nozione adottata, a fini giuridici, dall'art. 3, co. 51, del D.lgs. 163/2006: *"Ai fini dell'art. 22 ... «rete pubblica di telecomunicazioni» è l'infrastruttura pubblica di telecomunicazioni che consente la trasmissione di segnali tra punti terminali definiti della rete per mezzo di fili, onde hertziane, mezzi ottici o altri mezzi elettromagnetici"*. Essa, a sua volta, è identica alla definizione di rete pubblica di telecomunicazioni, dettata dall'art. 1, co. 15, della Direttiva 2004/18/CE.

1.2 Nel caso di specie, il Collegio non nutre dubbi sulla circostanza che il contratto messo a gara da Infratel rientri tra quelli esclusi dall'applicazione del (vecchio) codice degli appalti ai sensi dell'art. 22 cit., atteso che il suo oggetto era costituito proprio dalla realizzazione dell'infrastruttura in fibra ottica per una rete a banda larga, al fine di consentire in ogni area dell'Italia (questa *tranche* era riferita alle zone della Toscana, Lazio e Puglia) l'accesso ad Internet veloce per implementare ogni forma di telecomunicazione.

2. Fatta tale necessaria premessa può, ora, procedersi allo scrutinio del primo motivo di ricorso con cui, come anticipato nella narrativa, l'A.T.I. C.C.C. contesta l'ammissione alla gara delle imprese classificatesi nelle prime due posizioni della graduatoria, ritenendo le relative offerte meritevoli di esclusione alla luce degli artt. 86, comma 3 *bis*, e 87, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006, per come interpretati

dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3 pubblicata in data 20 marzo 2015, in quanto prive della specifica indicazione degli oneri della sicurezza interni.

2.1 In relazione alla tematica così sinteticamente espressa, il Collegio ritiene sufficiente richiamare ai sensi dell'art. 74 c.p.a. un significativo e condiviso precedente (*cf.* Consiglio di Stato, 28 settembre 2015, n. 4537), che, *mutatis mutandi*, risulta certamente pertinente ai fini della risoluzione della controversia in esame nella parte si è precisato che:

*“... nelle gare aventi ad oggetto servizi esclusi dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici (...), la mancanza nel bando di una previsione specifica non esenta i concorrenti dal dovere di indicare gli oneri della sicurezza aziendale e dall'osservare le norme in materia di sicurezza sul lavoro, ma comporta soltanto che, ove la stazione appaltante non si sia autovincolata nella legge di gara ad osservare la disciplina di dettaglio dettata dagli artt. 86 commi 3-bis e 3-ter e 87 comma 4, del Codice dei contratti pubblici, il concorrente, che non abbia indicato i suddetti oneri della sicurezza nella propria offerta, deve essere chiamato a specificarli successivamente, nell'ambito della fase di verifica della congruità dell'offerta stessa, all'evidente scopo di consentire alla stazione appaltante di adempiere al suo onere (che sussiste anche al di fuori del procedimento di verifica delle offerte anomale) di verificare il rispetto di norme inderogabili a tutela dei fondamentali interessi dei lavoratori in relazione all'entità ed alle caratteristiche del servizio (Consiglio di Stato, sez. III, 08/07/2014, n. 3484; 21.1.2014, n. 280; 18.10.2013, n. 5070)”*.

2.2 Applicando le superiori coordinate al caso di specie, appare evidente la piena legittimità, sotto il profilo dedotto, dell'aggiudicazione definitiva in favore di Ericson.

L'omessa indicazione degli oneri di sicurezza, infatti, non costituisce causa espressa di esclusione a mente degli atti di gara, che:

- da un lato, si limitano a regolare il contenuto dell'offerta economica senza chiedere la specifica indicazione degli oneri di sicurezza interni (Disciplinare di gara, punto VII.3);
- dall'altro posticipano alla verifica dell'anomalia dell'offerta lo scrutinio sui costi della sicurezza, sulla base della loro specificazione fornita solo in tale fase dall'impresa sottoposta a verifica (*cf.* Disciplinare di gara, pag. 33), mentre non risultano affatto richiamate le puntuali disposizioni di cui al comma 3 *bis* dell'art. 86, contenente la specifica disciplina in tema di oneri della sicurezza.

Dunque, nel silenzio della *lex specialis*, non possano trovare ingresso, *sic et simpliciter*, le disposizioni di cui agli artt. 86 commi 3-*bis* e 3-*ter* e 87 c. 4 del D.lgs. 163/2006, di cui la ricorrente lamenta la violazione da parte della Stazione appaltante, atteso che, per il loro livello di dettaglio, sono intrinsecamente inidonee ad integrare un "principio" (*cf. ex multis* Cons. Stato, Sez. V, n. 4510/2012).

2.3 Peraltro, tenuto conto dell'esito positivo della valutazione di congruità dei costi per la sicurezza da parte della S.A., alla luce della successiva specificazione svolta da Ericsson, la tesi di parte ricorrente risulta smentita anche sotto un ulteriore profilo.

Infatti, come di recente chiarito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con decisione n. 19 del 27 luglio 2016, la normativa di cui si invoca l'applicazione va comunque filtrata alla luce di una verifica sostanziale e non solo formale delle disposizioni poste a presidio della sicurezza dei lavoratori, con la conseguenza che, ove *"...l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia*



*stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio”.*

2.4 Il motivo in esame va, pertanto, respinto.

3. Ne consegue l'inammissibilità delle ulteriori censure svolte avverso il R.T.I. Ericsson, atteso che dal loro ipotetico accoglimento la ricorrente non conseguirebbe comunque il bene della vita cui anela, potendo al più guadagnare la seconda posizione in graduatoria, ma non certo l'aggiudicazione, rimanendo in ogni caso postergata rispetto alla società E.D.S. Infrastrutture.

4. Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta al Collegio, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663).

Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

5. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, sez.I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte ricorrente alla refusione delle spese di lite, complessivamente liquidandole in €. 4.500,00 (€. 1.500,00 per ciascuna parte costituita) oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Desirèe Zonno, Consigliere

Maria Grazia D'Alterio, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Maria Grazia D'Alterio**

**IL PRESIDENTE**  
**Angelo Scafuri**

**IL SEGRETARIO**