

Pubblicato il 21/06/2024

N. 01560/2024 REG.PROV.COLL.
N. 00169/2024 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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 169 del 2024, proposto da
Ecoambiente s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC
da Registri di Giustizia;

contro

Viveracqua s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato
e difeso dall'avvocato Lorenzo Cuocolo, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

Acque Veronesi S.c.a r.l., non costituita in giudizio;

nei confronti

Alan s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
dall'avvocato Francesco Caliandro, con domicilio digitale come da PEC da Registri
di Giustizia;

per l'annullamento

- della nota del 2 gennaio 2024 con cui il Responsabile del Procedimento per la
fase di affidamento ha comunicato alla ricorrente l'esclusione dal lotto n. 11 della

procedura aperta, suddivisa in 12 lotti prestazionali-quantitativi, per l'affidamento del servizio di “raccolta, trasporto, recupero di fanghi disidratati” (lotto n. 11);

- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale, ivi inclusa: (i) la nota del 30 novembre 2023 con cui il suddetto Responsabile del Procedimento per la fase di affidamento ha chiesto alla ricorrente di fornire spiegazioni sui costi della manodopera da questa esposti in sede di offerta; (ii) ove occorrer possa, la *lex specialis in parte qua*, nei limiti di cui si dirà infra, con particolare riferimento alla previsione di cui all'art. 16 del disciplinare di gara;

per la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto relativo al lotto n. 11, ove stipulato, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121 e 122 cod. proc. amm.;

per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno in forma specifica mediante l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio dalla ricorrente a mezzo della sua riammissione nel lotto n. 11 della procedura di gara oggetto di gravame, nonché, in subordine, al risarcimento del danno per equivalente, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 124 cod. proc. amm..

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Alan s.r.l. e di Viveracqua s.c. a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 maggio 2024 il dott. Filippo Dallari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato in data 25 settembre 2023 Viveracqua s.c. a r.l. (in seguito, Viveracqua), quale centrale di committenza permanente per le aziende consorziate, indicava una procedura aperta per l'affidamento, mediante il criterio del minor prezzo, dell'appalto suddiviso in 12 lotti del servizio di “raccolta, trasporto, recupero di fanghi disidratati non pericolosi”, per la durata di 24 mesi, dall'1 febbraio 2024, prorogabili di ulteriori 12 mesi.

1.1. Ecoambiente s.r.l. (in seguito, Ecoambiente), quale intermediario senza detenzione dei rifiuti ai sensi dell'art. 183, comma 1, lett. l), del d.lgs. n. 152 del 2006, partecipava alla procedura per tutti i lotti, tra cui il lotto n. 11 del valore di Euro 3.219.350,00, CIG A00E9A5013, oggetto del presente giudizio.

1.2. Nella propria offerta Ecoambiente dichiarava che intendeva ricorrere all'istituto del subappalto per la prestazione di *“caricamento e trasporto”* e nell'Allegato *“Manodopera e sicurezza”* all'offerta economica indicava come costo complessivo della manodopera la somma di Euro 50.920,00, relativa a n. 1 operaio specializzato, e come costi per la sicurezza la somma di Euro 500,00.

1.3. All'esito dell'apertura delle buste economiche, Ecoambiente risultava prima in graduatoria in relazione al lotto 10.

1.4. Nell'ambito del sub-procedimento di verifica dell'anomalia, con comunicazione del 30 novembre 2023 Viveracqua evidenziava ad Ecoambiente che:

- *“avrebbe ribassato i costi della manodopera rispetto a quelli posti a base di gara;*
- *“applica contratti collettivi nazionali diversi da quelli indicati all'art. 2 del disciplinare di gara”.*

Ecoambiente veniva quindi invitata, *“ai sensi dell'art. 41, comma 14, del d.lgs. n. 36 del 2023”, “a fornire spiegazioni a dimostrazione che il ribasso complessivo offerto deriva da una più efficiente organizzazione aziendale e che il concorrente non ha ribassato il costo del lavoro; in merito alle previsioni di cui all'art. 11, comma 3, del codice, ad allegare dichiarazione di equivalenza relativamente ai contratti collettivi applicati, evidenziando, in particolare, che, ai sensi dell'art. 110, comma 4, del codice, i trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge sono rispettati”.*

1.5. Ecoambiente dava riscontro all'invito di Viveracqua con nota del 7 dicembre 2023 precisando, che *“La società scrivente è un mero intermediario commerciale che subappalta la fase di trasporto; pertanto i costi di manodopera afferenti alla ns. impresa sono limitati all'impiego, mediamente, di un addetto amministrativo per l'espletamento delle funzioni burocratiche dell'appalto (organizzazione, inserimento documentale, fatturazione ecc.). Si stimano pertanto 2000 ore annue di impiego che al costo orario di 25,46 euro portano ad un costo totale di manodopera di euro 50.920 come indicato in sede di gara”.*

1.6. Con provvedimento del 2 gennaio 2024, il RUP disponeva quindi l'esclusione di Ecoambiente dalla procedura per l'affidamento del lotto n. 11 dando atto:

- che la medesima società, *“in fase di verifica della congruità delle offerte, ha dichiarato di aver indicato i soli costi di manodopera afferenti alle attività di competenza, i quali risultano essere giustificati, omettendo, tuttavia, quelli delle attività date in subappalto;*
- che quindi l'offerta presentata, *“con riferimento ai costi della manodopera, risulta essere carente di uno degli elementi essenziali”;*
- che *“secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, non è possibile nel corso del procedimento di verifica di anomalia dell'offerta l'integrazione della dichiarazione, elemento costitutivo ed essenziale dell'offerta economica, che non può essere modificata successivamente alla presentazione”.*

2. Con il ricorso in esame Ecoambiente ha impugnato il provvedimento con cui Viveracqua l'ha esclusa dalla procedura sulla base dei seguenti motivi.

I - *Violazione dell'art. 183, comma 1, lett. l), del d.lgs. n. 152 del 2006; violazione dell'art. 2 del regolamento europeo 2006/1013 e dall'art. 3 della direttiva n. 98/2008; violazione e falsa applicazione degli artt. 41, commi 13 e 14, e 108, comma 9, del d.lgs. n. 36 del 2023; violazione della lex specialis di gara; violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza, parità di trattamento e favor participationis; eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, illogicità ed irragionevolezza manifesta, travisamento in fatto e in diritto.*

La stazione appaltante avrebbe escluso la ricorrente dalla procedura in ragione della mancata indicazione nell'offerta dei costi della manodopera dei subappaltatori, i quali sarebbero costi *“indiretti”* o *“riflessi”* che non dovevano essere indicati.

In base all'art. 108, comma 9, del d.lgs. n. 36 del 2023 e all'art. 16 del disciplinare, gli operatori economici concorrenti avrebbero dovuto indicare solo i costi *“propri”*, non quelli relativi alle prestazioni affidate in subappalto.

Anche il modello tipo predisposto dalla stazione appaltante, denominato *“Allegato manodopera e sicurezza”*, avrebbe richiesto esclusivamente l'indicazione dei *“propri”* costi del personale e non avrebbe consentito l'indicazione dei costi della manodopera del subappaltatore.

Inoltre la stazione appaltante non avrebbe considerato che Ecoambiente ha partecipato alla procedura come intermediario senza detenzione – figura espressamente prevista dall'art. 2 del Regolamento europeo 2006/1013 e dall'art. 3 della Direttiva 98/2008 - ossia come soggetto professionale che “*dispone il recupero o lo smaltimento*” dei rifiuti “*per conto di terzi*” e che sarebbe legittimato a svolgere tutte le incombenze giuridiche e tecniche necessarie per il corretto trattamento dei rifiuti e cioè il trasporto e il recupero o lo smaltimento finale.

L'intermediario per la sua stessa funzione dovrebbe affidare l'esecuzione delle prestazioni a terzi e non conoscerebbe *ex ante* i costi interni delle imprese terze che effettuano tali attività.

In subordine la ricorrente ha chiesto che venga rimessa alla Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE la questione inerente alla compatibilità euro-unitaria della disciplina nazionale sull'indicazione dei costi della manodopera.

Sempre in via subordinata la ricorrente ha chiesto l'annullamento dell'art. 16 del disciplinare laddove venisse interpretato nel senso di richiedere l'indicazione in sede di offerta anche dei costi della manodopera del subappaltatore.

II - *Violazione e falsa applicazione dell'art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023; violazione e falsa applicazione degli artt. 5, comma 2, 41, commi 13 e 14, e 108, comma 9, del d.lgs. n. 36 del 2023; eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione, sviamento- violazione dei principi di trasparenza e proporzionalità, nonché di buona fede, correttezza, legittimo affidamento e leale collaborazione; violazione del principio di buon andamento ex art. 97 Cost..*

I costi della manodopera del subappaltatore non costituirebbero costi propri dell'impresa concorrente, bensì costi “*indiretti*” o “*riflessi*” che quindi avrebbero dovuto essere considerati quale parte del prezzo complessivo.

Sotto un secondo profilo, le prescrizioni della legge di gara e il modello predisposto dalla stazione appaltante sarebbero stati ambigui e fuorvianti, richiedendo ai concorrenti di indicare i “*propri*” costi del personale, ovvero i soli costi della manodopera sostenuti dall'offerente.

Inoltre la modulistica digitale di gara inserita nella piattaforma non avrebbe consentito di inserire nell'offerta economica i costi della manodopera sostenuti dal subappaltatore, né avrebbe consentito la predisposizione di documentazione

“aggiuntiva” o “integrativa” - il modulo chiedeva di “*Allegare nell’area generica la propria tabella relativa ai costi del personale*” - né tantomeno la modifica dei documenti informatici predisposti dalla stazione appaltante.

Si rientrerebbe quindi in quelle ipotesi eccezionali previste dalla giurisprudenza, sia comunitaria (Corte Giust. UE, Sez., IX, 2 maggio 2019, C-309/18, punto 30), sia nazionale (Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 8), in cui non sarebbe stato possibile indicare i costi della manodopera e pertanto, la stazione appaltante avrebbe dovuto consentire al concorrente di sanare la sua situazione.

Anche per il principio di tutela dell’affidamento la stazione appaltante non avrebbe potuto escludere il concorrente che ha compilato i vari moduli predisposti dalla stessa, in ragione della loro incompletezza.

In subordine rispetto all’accoglimento del primo motivo, la ricorrente sostiene che la stazione appaltante avrebbe dovuto consentirle di sanare la sua situazione.

3. Viveracqua e Alan s.r.l. (in seguito, Alan) si sono costituite in giudizio rimarcando che la mancata quantificazione del costo della manodopera rende incompleta l’offerta, senza che sia possibile attivare il soccorso istruttorio. I modelli predisposti dalla stazione appaltante erano editabili da parte dei concorrenti e la ricorrente avrebbe quindi potuto indicare i costi della manodopera relativi alle prestazioni oggetto di subappalto.

4. Con ordinanza n. 86 del 23 febbraio 2024 questa Sezione ha respinto la domanda cautelare della ricorrente, sia in relazione al presupposto del *fumus boni iuris*, sia in relazione al presupposto del *periculum in mora*.

5. In vista della discussione del ricorso le parti hanno depositato memorie e repliche in cui la ricorrente ha rilevato che l’obbligo di indicazione dei costi della manodopera riguarderebbe i dipendenti impiegati stabilmente nella commessa; non, invece, le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente, ovvero lo fanno in maniera trasversale a vari contratti ed Ecoambiente avrebbe indicato ben cinque ditte subappaltatrici per le operazioni di trasporto dei rifiuti affidate in subappalto. Inoltre la tutela di tali lavoratori sarebbe comunque assicurata dall’art. 119, comma 7, del d.lgs. 36 del 2023, il quale stabilisce che “*L’affidatario è tenuto ad osservare il trattamento economico e normativo*

stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni secondo quanto previsto all'articolo 11". In via subordinata, la stazione appaltante avrebbe comunque dovuto attivare il soccorso istruttorio.

Le resistenti hanno eccepito in via preliminare l'improcedibilità del ricorso in ragione della mancata impugnazione dell'aggiudicazione in favore di Alan e dell'intervenuta stipula del contratto.

Nel merito le resistenti hanno rimarcato che il disciplinare era chiaro nel richiedere l'indicazione del costo del personale riguardante le prestazioni di trasporto e altresì che Viveracqua ha attivato il contraddittorio procedimentale, ma Ecoambiente ha rifiutato di fornire ogni chiarimento.

6. All'udienza pubblica dell'8 maggio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In applicazione dei principi di economia processuale e della ragione più liquida (Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5, capo 5.3), si può prescindere dall'esame delle eccezioni preliminari di improcedibilità-inammissibilità del ricorso, rilevate dalle resistenti, stante l'infondatezza nel merito delle censure proposte.

2. Infondato è il primo motivo di ricorso, con cui la ricorrente ha sostenuto che non era tenuta a indicare i costi della manodopera delle prestazioni oggetto di subappalto, in quanto intermediario, senza detenzione di rifiuti, e in quanto tali costi non sarebbero propri dell'impresa concorrente, bensì costi "indiretti" o "riflessi" che quindi avrebbero dovuto essere considerati quale parte del prezzo complessivo.

2.1. Sia che si ritenga l'intermediario esecutore diretto della prestazione per il tramite delle imprese terze dallo stesso individuate, sia che il rapporto tra intermediario e impresa esecutrice venga configurato come subappalto – come prospettato dalla ricorrente – il concorrente è infatti in ogni caso tenuto a indicare in sede di offerta i costi della manodopera necessaria ad eseguire le prestazioni oggetto del contratto.

2.2. In tema di indicazioni del costo della manodopera la giurisprudenza amministrativa ha chiarito (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 8; Cons. Stato, Sez. V, 17 febbraio 2022, n. 1191):

- a) che la mancata separata indicazione dei costi della manodopera (dunque anche della sicurezza) comporta l'esclusione dell'impresa dalla gara;
- b) che tale omissione non può essere sanata mediante la procedura del soccorso istruttorio (dunque neppure mediante giustificativi presentati in sede di verifica di congruità dell'offerta);
- c) che l'esclusione dalla gara va spiccata anche in assenza di specificazione ossia di espressa comminatoria, in tal senso, ad opera della legge di gara. Ciò dal momento che la normativa italiana è sufficientemente chiara in ordine a tale formale obbligo;
- d) che in questa specifica direzione, i suddetti costi della sicurezza e della manodopera non possono essere neppure ricostruiti in via postuma, sempre in sede di verifica di congruità, attraverso la eventuale dimostrazione che un tale dato era comunque compreso nell'offerta economica ... anche se non espressamente indicato (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 8, cit.). Tali costi debbono in altre parole essere espressamente “indicati” e giammai soltanto “considerati” o comunque contemplati (cfr., sul punto, la distinzione contenuta nella sentenza del TAR Sicilia, sez. III, 5 luglio 2018, n. 1553);
- e) che unica eccezione a tale regola generale (si ripete: esclusione dalla gara per omessa separata indicazione di costi sicurezza e manodopera senza soccorso istruttorio ed anche in assenza di espressa comminatoria di esclusione del bando di gara) è costituita dalla presenza di clausole e di modelli che non consentano ai concorrenti di indicare espressamente tali costi nell'ambito della propria offerta economica. Deve trattarsi in altre parole di disposizioni fortemente ambigue o fuorvianti, tali da ingenerare “*confusione*” nel concorrente, nonché di modelli predisposti dalla stazione appaltante in modo tale da rendere materialmente impossibile (es. assenza di “spazio fisico” nella domanda di partecipazione e nel relativo schema di offerta) il loro effettivo inserimento. A tutela del “*legittimo affidamento*”, dunque, in siffatte ipotesi deve essere consentita una sanatoria o meglio rettifica postuma del dato (mediante soccorso istruttorio oppure giustificativi in sede di giudizio di anomalia).

2.3. In tema di costo della manodopera delle prestazioni oggetto di subappalto, la giurisprudenza amministrativa, in relazione alla disciplina dettata dal d.l.gs. n. 50

del 2016, ha aggiunto che: *“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, n. 348). Infatti, *“la previsione (articolo 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 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, 6 novembre 2018, n. 2515)”* (TAR Veneto, Sez. II, 13 ottobre 2021, n. 1216).

Altra parte della giurisprudenza aveva distinto:

- tra costi diretti della commessa, ossia i costi della manodopera che esegue il servizio oggetto dell’appalto, che devono essere indicati in sede di offerta, e i costi indiretti, ossia i costi relativi al personale di supporto all’esecuzione dell’appalto o a servizi esterni, che non devono essere oggetto di dichiarazione (Cons. Stato, Sez. V, 24.1.2023, n. 782);
- tra i costi dei dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, i quali devono essere indicati in sede di offerta in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell’offerta, e i costi relativi alle *“figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente, ovvero lo fanno in maniera trasversale a vari contratti ... il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all’offerta da presentare per il singolo appalto”* (Cons. Stato, Sez. V, 18 agosto 2023, n. 7815).

2.4. Nella fattispecie in esame, tuttavia i costi della manodopera relativi alle prestazioni affidate a imprese terze riguardano l’intero servizio di trasporto dei rifiuti, ossia i costi del personale stabilmente preposto all’esecuzione di una delle prestazioni oggetto dell’appalto.

Non si trattava quindi di costi indiretti – riguardanti prestazioni accessorie o di supporto né di attività occasionali o temporanee – pertanto non par dubbio che tali costi dovevano essere oggetto di separata dichiarazione in sede di offerta.

2.5. Il fatto che Ecoambiente abbia affidato le operazioni di trasporto a cinque ditte subappaltatrici risulta del tutto irrilevante.

La frammentazione della prestazione in plurimi subaffidamenti non trasforma certo i costi del personale preposto all'esecuzione del contratto in costi indiretti o occasionali, ma al contrario rende ancor più evidenti le esigenze di tutela dei lavoratori coinvolti.

D'altra parte l'applicazione della disciplina pubblicistica di tutela dei lavoratori non può essere condizionata dalla scelta dell'operatore economico di suddividere la prestazione in plurimi subaffidamenti.

2.6. Le conclusioni di cui sopra risultano *a fortiori* imposte alla luce del d.lgs. n. 36 del 2023 che ha ulteriormente rafforzato il sistema di tutele dei lavoratori previsto dal precedente Codice dei contratti pubblici.

La stessa legge delega per la redazione del Codice (legge n. 78 del 21 giugno 2022) all'art. 1, comma 2, lett. m), n. 2), poneva alle stazioni appaltanti l'obiettivo di *“garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare”*.

Alla lett. t) del medesimo art. 1, comma 2, veniva altresì stabilito come principio e criterio direttivo che *“i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso”*.

In attuazione di tali disposizioni il Nuovo Codice dei contratti, oltre a prevedere all'art. 108, comma 9, che nelle offerte economiche presentate per l'aggiudicazione di pubblici appalti, l'operatore economico concorrente è tenuto ad indicare - sotto espressa comminatoria di esclusione dal procedimento selettivo - i costi della manodopera, ha altresì stabilito:

- all'art. 11, commi 4 e 5, che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti *“acquisiscono la dichiarazione con la quale l'operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo nazionale e territoriale indicato nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto per tutta la sua durata, ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele...”*;

- al comma 5, del medesimo art. 11, che *“Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano, in tutti i casi, che le medesime tutele normative ed economiche siano garantite ai lavoratori in subappalto”*;
- all’art. 102, comma 1, lett. b), che nella legge di gara le stazioni appaltanti devono richiedere agli operatori economici di assumere l’impegno di *“garantire l’applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all’oggetto dell’appalto e alle prestazioni da eseguire, anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l’attività oggetto dell’appalto o della concessione svolta dall’impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell’appaltatore e contro il lavoro irregolare”*;
- all’art. 119, comma 12, che *“Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale. Il subappaltatore è tenuto ad applicare i medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro del contraente principale, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l’oggetto dell’appalto oppure riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell’oggetto sociale del contraente principale. L’affidatario corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso”*.

Con tale complessivo assetto normativo, il Codice ha introdotto norme maggiormente pregnanti e vincolanti, garantendo maggiore certezza nell’individuazione del contratto collettivo applicabile e assicurando un più elevato livello di effettività alla tutela dei lavoratori, in una logica di equiparazione tra lavoratori del concorrente e lavoratori dell’impresa subappaltatrice.

D’altra parte la soppressione dei limiti quantitativi al subappalto, a seguito delle note sentenze della Corte di Giustizia UE (Corte giust. UE, 26 settembre 2019, in causa C-63/18; Corte giust. UE 27 novembre 2019, in causa C-402/18), impone il superamento della distinzione tra dipendenti del concorrente e dipendenti

dell'impresa subappaltatrice, pena l'elusione dell'articolato sistema di tutela dei lavoratori previsto dal Codice.

Inoltre stante l'obbligo dell'operatore economico concorrente di *“corrispondere i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso”* (art. 119, comma 12), risulta inevitabile che l'operatore economico concorrente debba indicare in sede di offerta anche il costo della manodopera dell'impresa terza che eseguirà la prestazione. Diversamente la sua offerta mancherebbe di un elemento essenziale e la stazione appaltante non sarebbe posta nelle condizioni di valutarne l'effettiva serietà.

In definitiva alla luce del d.lgs. n. 36 del 2023 deve ritenersi che il concorrente debba in ogni caso indicare in sede di offerta i costi della manodopera delle prestazioni contrattuali anche se oggetto di subappalto a terzi.

2.7. Le incertezze e ambiguità della legge di gara - lamentate dalla ricorrente - non paiono sussistere.

Invero il disciplinare risultava chiaro nel richiedere l'indicazione *“complessiva”* dei costi della manodopera e in particolare dei costi del personale addetto al trasporto.

Il disciplinare infatti stabiliva:

- all'art. 2 che *“Ai sensi dell'art. 41, commi 13 e 14, del codice, l'importo a base di gara comprende i costi della manodopera, la cui incidenza percentuale è stata stimata nel 7% dell'importo totale stimato annuo, al netto degli oneri per la sicurezza, calcolata in riferimento a ciascun trasporto per le ore lavorate dall'autista - relativamente alla parte del trasporto - e per le ore lavorate dall'operaio e dal tecnico specializzato - relativamente alla fase di gestione. I costi della manodopera non sono soggetti a ribasso”* (pag. 4);
- all'art. 16, che *“Attraverso apposito parametro della piattaforma, l'offerente allega dichiarazione, redatta su modello tipo disponibile tra i documenti, contenente la stima dei costi della manodopera e dei costi aziendali relativi alla salute ed alla sicurezza sui luoghi di lavoro di cui all'art. 41, comma 13 e 14, del codice”*.

2.8. Il modulo di offerta non prevedeva uno specifico spazio per indicare il costo della manodopera relativo alle prestazioni oggetto di subaffidamento, tuttavia la stazione ha chiarito che il concorrente aveva la possibilità di aggiungere tale ulteriore importo, senza particolari difficoltà.

L'espressione contenuta nel modulo, secondo cui il concorrente doveva “*Allegare nell'area generica la propria tabella relativa ai costi del personale*”, non pare in alcun modo escludere che il concorrente dovesse indicare il costo della manodopera relativo alle prestazioni contrattuali qualora avesse deciso di affidarne l'esecuzione a terzi.

La “*propria tabella*” era infatti quella relativa ai costi della manodopera dell'offerta del concorrente, non quella dei costi propri nel senso di esclusivi del medesimo concorrente.

Pertanto non si rientrava in alcun modo in una delle ipotesi eccezionali, individuate dalla giurisprudenza, di disposizioni fortemente ambigue o fuorvianti, tali da ingenerare “*confusione*” nel concorrente, nonché di modelli predisposti dalla stazione appaltante in modo tale da rendere materialmente impossibile l'inserimento dei costi della manodopera.

2.9. Anche il fatto che la ricorrente abbia partecipato alla gara come intermediario, ai sensi dall'art. 2 del Regolamento europeo 2006/1013 e dall'art. 3 della Direttiva 98/2008, non risulta rilevante.

Tali disposizioni consentono alla ricorrente di svolgere le attività di recupero o di smaltimento dei rifiuti “*per conto di terzi*” – anche in favore di soggetti privati – ma non la sottraggono dall'applicazione della disciplina pubblicistica di tutela dei lavoratori stabilita dal Codice, nel caso in cui decida di partecipare ad una gara per l'affidamento di un appalto pubblico.

In particolare l'obbligo imposto dall'art. 108, comma 9, del d.lgs. n. 36 del 2003 sarebbe del tutto svuotato se si consentisse ai mediatori – i quali per loro stessa natura affidano in subappalto a terzi l'esecuzione della prestazione - di scorporare dal costo totale della manodopera il costo sostenuto dalle imprese che eseguiranno la prestazione.

Invero la disciplina di tutela rafforzata dei lavoratori nell'ambito dei contratti pubblici deve ritenersi a *fortiori* applicabile agli intermediari, in quanto l'affidamento dell'esecuzione della prestazione a terzi implica maggiori rischi per gli stessi.

2.10. Il Collegio ritiene non vi siano i presupposti per la rimessione alla Corte di Giustizia *ex art. 267* TFUE della questione inerente alla compatibilità euro-unitaria

della disciplina nazionale sull'indicazione dei costi della manodopera da parte degli intermediari.

La Corte di giustizia si è infatti già pronunciata nel senso di ritenere l'obbligo di dichiarazione separata dei costi della manodopera conforme all'ordinamento unionale (Corte giust. UE, Sez. IX, 2 maggio 2019, in causa C-309/18) e dalle difese della ricorrente non emergono effettivi elementi per dubitare della legittimità "comunitaria" dell'applicazione di tale onere dichiarativo agli intermediari.

In definitiva agli intermediari non deve essere applicato un regime preferenziale: al pari degli altri concorrenti, anche gli intermediari sono tenuti a indicare in sede di offerta il costo della manodopera necessaria ad eseguire le prestazioni contrattualmente previste.

2.11. Sono altresì infondate le censure proposte avverso l'art. 16 del disciplinare, laddove interpretato nel senso di richiedere l'indicazione dei costi della manodopera relativa alle prestazioni oggetto di subappalto.

L'art. 16 del disciplinare risulta infatti del tutto conforme alle disposizioni del Codice dei contratti che, come sopra evidenziato, richiedono l'indicazione dei costi della manodopera necessaria all'esecuzione del contratto, equiparando i lavoratori del concorrente e dell'impresa subappaltatrice.

3. Infondato è il secondo motivo con cui la ricorrente lamenta la mancata attivazione del contraddittorio e la violazione del principio di affidamento.

3.1. Come si è detto, sia in base alla disciplina legislativa sia in base alla disciplina della legge di gara era richiesto ai concorrenti – e a *fortiori* agli intermediari – di indicare i costi complessivi della manodopera relativi alle prestazioni oggetto dell'appalto e quindi anche a quelli delle imprese terze che eseguiranno il contratto.

Fermo quanto sopra, nella fattispecie in esame la stazione appaltante prima di escludere Ecoambiente ha attivato il contraddittorio procedimentale.

Sennonché la ricorrente, anziché sanare la sua posizione, ha ritenuto di limitarsi a ribadire di essere un intermediario e di non dover dichiarare il costo della manodopera per le prestazioni affidate ad imprese terze.

A fronte di tale presa di posizione della ricorrente, l'offerta risultava definitivamente priva di un elemento essenziale e la stazione appaltante non era

nelle condizioni di valutarne la serietà.

L'offerta della ricorrente doveva quindi essere esclusa.

3.2. A ciò si aggiunga che in ogni caso il provvedimento assunto non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato, in quanto la stessa ricorrente in sede di ricorso ha dato atto di non essere *“identificabile in un soggetto gestore”*, in quanto non si occupa né dell'attività di raccolta, né di quella di trasporto o di recupero/smaltimento, e che *“quindi non può conoscere ex ante i costi interni delle imprese terze che effettuano tali attività, né fornire indicazioni al riguardo”*.

In definitiva la ricorrente non poteva sanare la sua posizione in quanto per sua stessa ammissione non conosceva i costi della manodopera delle imprese che avrebbero dovuto svolgere l'attività di trasporto.

4. Il ricorso deve pertanto essere respinto.

5. In ragione della novità delle questioni trattate sussistono le condizioni per compensare le spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Filippo Dallari, Referendario, Estensore

Alberto Ramon, Referendario

L'ESTENSORE
Filippo Dallari

IL PRESIDENTE
Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO

