

Publicato il 09/12/2016

N. 00513/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00267/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise
(Sezione Prima)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 267 del 2016, proposto da **** Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato **** ****, con domicilio eletto presso il suo studio in Campobasso;

contro

Comune, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato **** ****, con domicilio eletto presso il suo studio in Campobasso;

nei confronti di

**** S.a.s. in persona del legale rappresentante pro tempore non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- del capitolato speciale e del disciplinare della gara indetta dal Comune contraddistinta dal numero RDO 1268917 e dal CIG 6743356967 volta all'affidamento del "Servizio gestione dati area economico finanziaria (ragioneria, tributi, personale)", ivi compresi eventuali allegati;
- relativa richiesta di offerta formulata in data 2.07.2016;
- specifico provvedimento con il quale si dispone l'esclusione della società **** srl dalla procedura di gara;
- della Determina del Responsabile del Servizio Finanziario n. 74, datata 28.07.16, avente ad oggetto "Affidamento Servizio gestione dati area economica finanziaria (ragioneria, tributi, personale) mediante RDO sul mercato elettronico per la pubblica amministrazione (MEPA) - rdo 1268917. Aggiudicazione provvisoria" con la quale si dà atto dell'avvenuta aggiudicazione provvisoria in favore della ditta **** sas;
- nota resa dal Comune datata 18.08.2016 trasmessa alla Società ricorrente;
- di tutti i verbali di gara, anche non conosciuti, ed i rispettivi allegati;
- Determinazione del Responsabile del Servizio finanziario N. 90 del 7.09.2016 avente ad oggetto "Affidamento Servizio gestione dati area economico finanziaria (ragioneria, tributi, personale) mediante RDO sul mercato elettronico per la pubblicazione amministrazione MEPA) - rdo 1268917. cig 6743356967. Aggiudicazione definitiva alla ditta **** sas" con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara;
- nota datata 10.09.2016, contraddistinta dal prot. n. 4182, con la quale il Comune ha comunicato alla società ricorrente l'aggiudicazione definitiva in favore della società **** s.a.s.;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali anche non conosciuti dalla ricorrente ove sopraggiunti nella procedura di gara.

nonché per la inefficacia

- del contratto medio tempore stipulato tra il Comune e la società **** s.a.s.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2016 il dott. Luca Monteferrante e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente con ricorso ritualmente e tempestivamente notificato ha impugnato l'aggiudicazione alla controinteressata e gli atti connessi e conseguenti, ivi compreso il provvedimento di esclusione dalla gara indetta dal Comune, con procedura negoziata ex art. 36, comma 2 lett. b) e art. 216, comma 9, del d. lgs. n. 50/2016 mediante richiesta di offerta - RDO sul mercato elettronico della pubblica amministrazione - MEPA per l'affidamento del Servizio gestione dati area economico finanziaria (ragioneria, tributi, personale), giustificato per la omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendale nel fac simile di sistema relativo all'offerta economica.

A fondamento delle censure avverso la sua esclusione ha addotto di non essere tenuta alla predetta indicazione in quanto non richiesta né dalla lettera di invito né dal modello di offerta.

In via subordinata, a tutela dell'interesse strumentale alla riedizione della gara, ha chiesto di sollevare questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE per verificare la conformità degli artt. 95-97 del d. lgs. n. 50/2016 alle direttive sugli appalti, sulla scorta di quanto già rilevato anche da questo TAR con ordinanza n. 77/2016, lamentando al contempo la illegittimità degli atti di gara, reputati lesivi della tutela del legittimo affidamento, stante la omessa espressa previsione

dell'obbligo di indicare, già in sede di offerta, gli oneri per la sicurezza interni, poi sanzionata con la esclusione.

Ha poi articolato vizi relativi alla attribuzione del punteggio nella valutazione dell'offerta tecnica prospettando, alla luce della interpretazione del criterio seguito dalla commissione di gara, anche la possibile violazione del divieto di commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di attribuzione del punteggio; ha eccepito anche la violazione del principio di trasparenza della seduta di gara pubblica telematica per la valutazione delle offerte, lamentando di non essere riuscita a collegarsi e, da ultimo, la illegittimità dell'avviso pubblico per omessa indicazione degli oneri interferenziali, sempre al fine di conseguire la rinnovazione della gara.

Il Comune si è costituito in giudizio per resistere al ricorso contestando la fondatezza dei motivi di censura relativi alla esclusione, stante l'obbligo di immediata dichiarazione degli oneri di sicurezza aziendale previsto in modo espresso sia dall'art. 95, comma 10 del d. lgs. n. 50/2016 sia dal modulo predisposto per l'offerta economica dal sistema informatico del MEPA. Ha inoltre confutato le restanti doglianze concludendo per la reiezione complessiva del gravame.

Le doglianze della ricorrente sono infondate.

Il disciplinare di gara è stato pubblicato sull'albo pretorio del Comune il 1.7.2016 e la lettera di invito è del 2.7.2016 e quindi la gara rientra pacificamente nel campo di applicazione del d. lgs. n. 50/2016 il cui articolo 95, comma 10 così statuisce: "Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro".

Si tratta di disposizione che configura un ineludibile obbligo legale da assolvere necessariamente già in sede di predisposizione dell'offerta economica (così TAR Salerno, 6 luglio 2016, n. 1604) proprio al fine di garantire la massima trasparenza dell'offerta economica nelle sue varie componenti, evitando che la stessa possa essere modificata ex post nelle sue componenti di costo, in sede di verifica dell'anomalia, con possibile alterazione dei costi della sicurezza al fine di rendere sostenibili e quindi giustificabili le voci di costo riferite alla fornitura del servizio o del bene.

Poiché siffatta dichiarazione configura un elemento essenziale dell'offerta economica non può ritenersi integrabile ex post mediante l'istituto del soccorso istruttorio e comporta l'esclusione dalla gara anche in assenza di una espressa sanzione prevista dalla legge o dal disciplinare.

Né, in senso contrario, può invocarsi la mancata espressa menzione di tale obbligo dichiarativo nel disciplinare di gara e nella lettera di invito, come pure nel modulo di predisposizione dell'offerta, atteso che nel disciplinare di gara si faceva espressa menzione che trattavasi di procedura negoziata indetta "ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b) ...del D.Lvo 50/2016" e cioè del nuovo corpus normativo disciplinante la materia degli appalti che prevede in via generalizzata l'obbligo di immediata dichiarazione degli oneri relativi alla sicurezza già in fase di predisposizione dell'offerta economica.

Non può neppure opporsi che trattandosi di affidamento sottosoglia dovrebbero applicarsi i soli principi di cui all'art. 31, comma 1, del d. lgs. n. 50/2016, espressamente richiamato dall'art. 36, comma 1, del codice dei contratti pubblici: la richiesta di invito – RDO, predisposta dalla stazione appaltante sul MEPA, indicava espressamente che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta con il criterio della "offerta economicamente più vantaggiosa", secondo quanto espressamente indicato nella determina a contrarre n. 57 del 30.6.2016 - ove si stabilisce "che l'aggiudicazione del servizio avverrà con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95, comma 6, del D Lgs. 50/2016" - e ribadito nell'allegato disciplinare.

La *lex specialis* conteneva dunque un chiaro richiamo al criterio di aggiudicazione e allo stesso articolo 95 che, nel nuovo codice, ne compendia la disciplina anche con specifico riferimento, come si è detto, all'obbligo per l'operatore di indicare già nell'offerta economica i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

Carattere dirimente riveste comunque la circostanza che tra i documenti obbligatori richiesti dalla procedura informatica RDO v'è il fac simile precompilato e non modificabile relativo all'offerta economica che prevede espressamente un campo dedicato alla indicazione dei costi relativi alla

sicurezza che la società ricorrente ha ommesso di compilare, tant'è che nella copia di domanda estratta dal sistema informatico depositata dal Comune resistente e non contestata dalla ricorrente, figura la cifra di default pari a "Euro 0,00".

Non può pertanto dolersi la ricorrente della mancata espressa menzione di tale dichiarazione, essendo tale adempimento obbligatoriamente richiesto sia dalla normativa disciplinante la gara sia dai documenti di gara e, segnatamente, dal "fac simile di sistema" relativo alla offerta economica previsto dalla procedura RDO del MEPA sicché non si pone neppure un problema di possibile contrasto con il diritto comunitario in relazione alla parità di trattamento ed alla tutela dell'affidamento del concorrente che può assumersi lesa solo laddove la legge nulla disponga in tale senso e neppure i documenti di gara contemplino un siffatto obbligo dichiarativo.

Ed infatti la recente ordinanza della Corte di Giustizia, VI, 10 novembre 2016 ha affermato che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, come attuati dalla direttiva 2004/18, devono essere interpretati nel senso che ostano alla esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito di inosservanza, da parte di detto offerente, dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla gara e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale bensì emerge da una interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti.

Un tale conclusione muove dalle premesse che nei documenti di gara - tra cui il giudice remittente aveva espressamente ricompreso non solo il bando ed il capitolato speciale ma anche l'allegato modello di compilazione per la presentazione delle offerte - non fosse stato previsto l'obbligo di indicare separatamente, nell'offerta economica, i costi di sicurezza aziendale, obbligo che invece nel caso di specie è previsto sia dalla disciplina del criterio di aggiudicazione richiamato dalla legge di gara e disciplinato dall'art. 95, sia dal fac simile di sistema dell'offerta economica i cui diversi campi sono appunto funzionali ad acquisire tutte le informazioni necessarie non solo alla

attribuzione del punteggio ma anche alla verifica della anomalia mediante scomputo preventivo della quota del prezzo imputabile agli oneri di sicurezza, come obbligatoriamente previsto dal comma 10 dell'art. 95 (ma già anche dall'art. 87, comma 4 del d. lgs. n. 163/2006, laddove espressamente richiesto dai documenti di gara, come nel caso della procedura RDO del MEPA).

Non vale neanche opporre che siffatto modulo sarebbe equivoco stante l'errato riferimento normativo all'art. 87, comma 4, del d. lgs. n. 163/2006 ivi presente, con conseguente necessità di tutelare l'affidamento ingenerato da tale erroneo richiamo normativo poiché una tale censura non figura nel ricorso introduttivo ma solo nella memoria difensiva depositata il 24.10.2016 e come tale deve ritenersi inammissibile oltre che tardiva.

Nel merito la doglianza è anche infondata poiché in presenza di una gara espressamente indetta ai sensi della sopravvenuta normativa di cui al d. lgs. n. 50/2016, secondo quanto inequivocabilmente indicato nel disciplinare di gara, e tenuto conto che lo *ius superveniens* rende pacificamente obbligatoria l'immediata dichiarazione dei costi della sicurezza già in sede di predisposizione dell'offerta economica, il mancato aggiornamento delle schede di offerta presenti nella procedura informatica del MEPA non può giustificare un affidamento incolpevole, essendo ben riconoscibile ad un operatore medio che nella specie si trattava di mancato adeguamento formale del richiamo normativo presente nella scheda di offerta economica, come confermato dal fatto che la procedura informatica prevedeva un apposito campo ove dichiarare, per l'appunto, i costi relativi alla sicurezza.

Inoltre la previsione nel fac simile di sistema dell'obbligo dichiarativo serviva proprio a rendere obbligatoria la dichiarazione che, diversamente, ai sensi dell'art. 87, comma 4 del d. lgs. 163/2006 poteva anche essere resa successivamente in sede di verifica dell'anomalia sicché la violazione sussiste sia rispetto all'art. 95, comma 10, applicabile *ratione temporis*, che prevede un obbligo *ex lege* in tal senso, sia rispetto alla *lex specialis* tenuto conto che l'abrogato art. 87, comma 4 consentiva comunque alla stazione appaltante di prescrivere l'obbligo della dichiarazione preventiva a condizione che figurasse espressamente nei documenti di gara, come accaduto nel

caso di specie.

Il provvedimento di esclusione è dunque legittimo sicché la ricorrente va dichiarata priva di interesse alla disamina delle restanti doglianze. Come infatti di recente ribadito da Cons. Stato, IV, 20 aprile 2016, n. 1560, anche tenuto conto dei principi elaborati dalla Corte di giustizia UE nella recente sentenza della Grande Camera, 5 aprile 2016, C-689/13: *“La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha specificato che anche se di regola è sufficiente l’interesse strumentale del partecipante a una gara pubblica di appalto a ottenere la riedizione della gara stessa, deve in ogni caso ritenersi che un tale interesse (che non può e non deve essere emulativo) non sussista in capo al soggetto legittimamente escluso dato che tale soggetto, per effetto dell’esclusione, rimane privo non soltanto del titolo legittimante a partecipare alla gara ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedurali (Adunanza Plenaria 7 aprile 2011, n. 4; Cons. Stato, V, 20 febbraio 2012, n. 892; 10 settembre 2010, n. 6546; 29 dicembre 2009, n. 8969; 21 novembre 2007, n. 5925; 13 settembre 2005, n. 4692).*

Il suo interesse protetto, invero, da qualificare interesse di mero fatto, non è diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo a impugnare gli atti, pur essendo portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell’intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di riedizione della nuova gara.

Anzi, la citata sentenza dell’Adunanza Plenaria 7 aprile 2011, n. 4, ha ribadito ancora che nelle procedure pubbliche di affidamento dei contratti, la legittimazione al ricorso è correlata a una situazione differenziata, in modo certo, come risultato della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione, salvi i casi nei quali il ricorrente contesti, in radice, la scelta della stazione appaltante di indire la procedura, oppure, in qualità di operatore economico di settore, l’affidamento diretto o senza gara, oppure ancora una clausola del bando automaticamente escludente in relazione all’illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione, situazioni queste, che non ricorrono nel caso concreto.

In tale contesto, ha osservato la Plenaria, la mancata partecipazione alla gara, ostativa

all'ammissibilità del ricorso, è del tutto equiparabile alla situazione di chi ne sia stato legittimamente escluso. (si veda di recente Ad Plen. n. 9 del 2014; successivamente Cons. Stato, Sez. V, n. 2256 del 2015)."

Le predette doglianze, articolate nella prospettiva della tutela dell'interesse strumentale, sono comunque infondate nel merito.

L'erronea applicazione del criterio di valutazione dell'offerta tecnica – divenuta irrilevante nella prospettiva del conseguimento della aggiudicazione, una volta accertata la legittimità della esclusione - viene prospettata anche al fine di evidenziare la possibile violazione del divieto di commistione dei requisiti di ammissione con i criteri di valutazione dell'offerta tecnica che, a dire della ricorrente, si configurerebbe laddove si accedesse alla tesi interpretativa accolta dalla commissione di gara.

Quest'ultima infatti, con riferimento al criterio della "Documentata esperienza nell'utilizzo del software contabilità, tributi, e personale utilizzato dall'ente (Halley)", ha assegnato alla ricorrente 0 punti ritenendo che la predetta esperienza dovesse essere comprovata in capo alla società e non al personale della stessa.

Il collegio ritiene che l'interpretazione prospettata dalla ricorrente sia condivisibile nel senso che l'esperienza, ai fini dell'attribuzione del punteggio per l'offerta tecnica, può essere valutata esclusivamente se riferita al personale della società concorrente, in quanto l'offerta di quest'ultima di assicurare la prestazione oggetto dell'appalto di servizi si rende possibile proprio attraverso il personale chiamato ad eseguirla sicché il merito tecnico dell'offerta non può che essere riferito alla qualità delle risorse umane che l'offerente intende mettere a disposizione nella esecuzione dell'appalto, conformemente al criterio di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa previsto dall'art. 95, comma 6 lett. e) del d. lgs. n. 50/2016.

Accedendo a tale interpretazione viene meno la prospettata possibile commistione tra i requisiti di partecipazione, riferiti alla impresa, e criteri di selezione atteso che il criterio del bando viene in tal modo correttamente riferito ad una qualità della prestazione offerta dalla concorrente e non alla

pregressa esperienza maturata, fermo restando che nella materia degli appalti di servizi la giurisprudenza e la stessa ANAC hanno da tempo precisato che il criterio debba essere opportunamente temperato proprio in considerazione dell'oggetto dell'appalto – un *facere* - connotato da evidenti profili di carattere soggettivo riferibili all'offerente.

Ne discende che il vizio lamentato, sebbene sussistente, non giova ai fini della attribuzione del punteggio nella misura massima, come richiesto dalla ricorrente, in quanto legittimamente esclusa per altra ragione, ma consente di disattendere la connessa censura di illegittimità della *lex specialis* - nella parte in cui ha disciplinato i requisiti di partecipazione ed i criteri di selezione delle offerte – prospettata al fine di ottenere la rinnovazione della gara.

Con altra censura, proposta sempre in via subordinata, la ricorrente lamenta la violazione del principio di pubblicità della seduta di gara telematica per la valutazione delle offerte tenutasi in data 28.7.2016 alla quale non sarebbe stata in grado di collegarsi nonostante la convocazione MEPA ricevuta il 23.7.2016.

La censura è infondata in quanto con la determina n. 74 del 28.7.2016 il responsabile del procedimento ha attestato il regolare svolgimento della seduta pubblica telematica del 28.7.2016, alla presenza di due testimoni, dando atto espressamente che “attivando il percorso informatico si è proceduto ad esperire la procedura di gara attraverso l'apertura della busta amministrativa e della busta tecnica in seduta pubblica e che per entrambe le ditte l'esito della documentazione risulta positivo e viene approvato”.

Trattandosi di atto fidefacente che attesta il regolare svolgimento della seduta pubblica telematica nella data e nell'ora preventivamente comunicate, deve presumersi che si sia trattato di un problema di connessione al sistema imputabile alla ricorrente sicché nessun *vulnus* al principio di trasparenza può ritenersi sussistente.

Quanto alla omessa indicazione degli oneri di sicurezza da interferenze, deve convenirsi con il Comune resistente che, stante la natura dell'appalto – servizi – e le caratteristiche della prestazione – supporto nella gestione dati per l'area economico finanziaria – possa escludersi

l'esistenza di rischi da interferenza che pertanto legittimamente non sono stati indicati nel capitolato speciale.

Alla luce delle motivazioni che precedono il ricorso deve pertanto essere in parte respinto in parte dichiarato inammissibile.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo. Tuttavia la natura controversa della questione degli oneri di sicurezza aziendale e la necessità di una sua rilettura complessiva alla luce della recente entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, induce il collegio a ritenere sussistenti eccezionali motivi per disporre una compensazione parziale delle spese di lite in ragione del 50%.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo respinge, in parte lo dichiara inammissibile e condanna la società ricorrente alla rifusione in favore del Comune delle spese di lite che si liquidano complessivamente in euro 1500,00, così compensato, in ragione della metà, l'originario importo di euro 3000,00, il tutto oltre IVA e CAP.

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

Così nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente

Luca Monteferrante, Consigliere, Estensore

Domenico De Falco, Referendario

L'ESTENSORE
Luca Monteferrante

IL PRESIDENTE

Orazio Ciliberti

IL SEGRETARIO