

Pubblicato il 26/10/2018

N. 02159/2018 REG.PROV.COLL.

N. 01365/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 1365 del 2018, proposto da
OMISSIS R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli
avvocati Massimiliano Mangano e Giovanni Barraja, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

contro

Comune di Petrosino, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato
Francesco Bragagni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto
presso il suo studio in Bologna, Strada Maggiore, n. 31;
Ufficio della Centrale Unica di Committenza Fra i Comuni di Petrosino, Favignana e Salaparuta, in
persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

nei confronti

“OMISSIS” A R. L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso
dall'avvocato Salvatore Vittorio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determinazione n. 94 del 26.06.2018, in pari data comunicata a mezzo PEC ai sensi dell'art.
76, comma 5, lett. a) del D.lgs. n. 50/2016 s.m.i., relativa alla “Procedura negoziata per
l'affidamento in appalto della Gestione del servizio nido comunale” con la quale il Comune di
Petrosino – I Settore Sevizi Socio/Assistenziali, ha disposto l’aggiudicazione definitiva dell'appalto
in favore de “OMISSIS a r.l.

OVE OCCORRA E POSSA:

- del verbale del 26 febbraio 2018 delle ore 10.05, con il quale la Commissione di Gara, ha disposto l'integrazione dell'offerta economica dell'aggiudicataria, carente delle indicazioni relative ai costi della manodopera;
- della nota del 26.02.2018 con la quale la Centrale Unica di Committenza ha chiesto l'integrazione dell'offerta economica dell'aggiudicataria, carente delle indicazioni relative ai costi della manodopera ai sensi dell'art. 95 comma 10 del D.lgs. 50/2016.
- del verbale del 05 marzo 2018 della Commissione di gara;
- del verbale 28 maggio 2018 della Commissione di Gara;
- nota del 11 giugno 2018 della Centrale Unica di Committenza.

NONCHÈ

- per la declaratoria di inefficacia del contratto in ipotesi stipulato con la “La Garderie Cooperativa di Solidarietà Sociale a r.l.” e per il subentro nell'esecuzione del servizio ovvero per il risarcimento del danno per equivalente in misura non inferiore a 30% (pari all'utile d'impresa) dell'importo offerto dalla ricorrente, pari ad Euro 167.000,05.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Petrosino e della “OMISSIS

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2018 il dott. Calogero Commandatore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A. Con il ricorso indicato in epigrafe, notificato il 12 luglio 2018 e depositato il successivo 18 luglio, OMISSIS a r.l. ha premesso:

- che, a seguito della sentenza n. 1060/2018 emessa da questa Sezione del T.A.R. Sicilia, era stata riammessa alla procedura negoziata per l'affidamento in appalto della gestione del servizio di nido comunale bandito dal Comune di Petrosino;

- che, all'esito della fase di valutazione delle offerte, la società "OMISSIS" aveva ottenuto il punteggio complessivo di n. 73,77 punti e, pertanto, dichiarata aggiudicataria con D.D. n. 94 del 26 giugno 2018.

Tanto premesso, la società ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione definitiva e gli atti presupposti chiedendo, altresì, l'eventuale declaratoria di inefficacia del contratto in ipotesi sottoscritto con l'aggiudicataria prospettandone l'illegittimità sulla base del seguente motivo: "VIOLAZIONE E ERRATA APPLICAZIONE DELL'ART. 95, COMMA 10, DEL D.LGS. 50/2016; VIOLAZIONE ED ERRATA APPLICAZIONE DELL'ART. 83, COMMA 9, DEL D.LGS. 50/2016; VIOLAZIONE E ERRATA APPLICAZIONE DELL'ART. 97, COMMA 5, LETT D), DEL D.LGS. 50/2016; VIOLAZIONE DEL DISCIPLINARE DI GARA AGLI ART. 6 E ART. 13, LETTERA H); ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI MOTIVAZIONE; DIFETTO DI ISTRUTTORIA; INGIUSTIZIA MANIFESTA; VIOLAZIONE DELL'ART. 97 COST.".

La ricorrente ha, infatti, esposto come, in violazione della normativa soprarichiamata e delle previsioni del bando, l'offerta economica dell'aggiudicataria fosse illegittima poiché carente della specifica indicazione dei costi della manodopera con conseguente illegittimità del successivo soccorso istruttorio esercitato dalla Commissione di gara.

B. Il Comune di Petrosino e "OMISSIS" Cooperativa entrambi costituitisi in giudizio il 21 settembre 2018, ha replicato alle argomentazioni della società ricorrente chiedendo il rigetto del ricorso.

C. All'udienza camerale del 25 settembre 2018, il Collegio formulato avviso alle parti di eventuale definizione del giudizio ex art. 60 c.p.c., la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

D. Il ricorso è fondato.

E. La soluzione della presente controversia si incentra sull'esame delle conseguenze derivanti dal mancato rispetto della prescrizione contenuta all'art. 95, comma 10, del d. lgs. n. 50/2016 - così come modificato dall'art. 60, comma 1, lett. f), d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 entrato in vigore il 20 maggio 2017 e *ratione temporis* applicabile alla gara che ci occupa indetta con determina del 7 dicembre 2017 - a norma del quale "*Nell'offerta economica l'operatore deve 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). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto dall'art. 97, comma 5, lett. d)*".

Osserva, infatti, il Collegio che non può trovare accoglimento l'argomento utilizzato dall'amministrazione resistente secondo cui la norma sopra-indicata non rilevarebbe nel caso di specie poiché il disciplinare di gara non aveva previsto espressamente la sanzione dell'espulsione del partecipante per l'omessa indicazione dei costi di manodopera. Questa Sezione ha già avuto modo di chiarire nella sentenza n. 1553 del 5 luglio 2018 che, in linea con il costante orientamento giurisprudenziale, le disposizioni di legge, prescrittive di specifici oneri, devono reputarsi vincolanti per lo svolgimento della procedura di evidenza pubblica a prescindere dal loro espresso e specifico richiamo negli atti di gara.

Inoltre la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di precisare che l'omesso rispetto di tali puntuali indicazioni - ove non rimediabile all'interno degli strumenti previsti nell'ambito del procedimento volto all'aggiudicazione di appalti pubblici - determina l'esclusione dalla gara, seppur non espressamente prevista (per entrambi i principi cfr. Consiglio di Stato A.P. n. 19 del 27 luglio 2016).

E.2 Tanto premesso, come evidenziato già da questa Sezione nella già citata sentenza n. 1553 del 5 luglio 2018 che, che in questa sede si richiama testualmente «*il Collegio - pur consapevole che sulla questione, per molti aspetti analoga, della mancata evidenziazione degli oneri di sicurezza interni, la Terza Sezione del Consiglio di Stato (n. 2554/2018) e il CGA (n. 344/2018) hanno affermato che tale omissione non può comportare, di per sé, l'esclusione dell'offerta dalla gara - rileva che la omessa indicazione specifica dei costi della manodopera si pone in termini in parte diversi dalla mancata evidenziazione degli oneri di sicurezza, e che comunque il percorso motivazionale di tali decisioni non è convincente.*

E.3 Ciò premesso le indicazioni contenute al comma 10 dell'art. 95 del codice degli appalti hanno indubbiamente le caratteristiche di una norme cogenti, che prescrivono specifici oneri in ordine alla modalità di redazione della parte economica di un'offerta presentata nell'ambito di una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico; tali disposizioni in particolare prescrivono la necessità di indicare i costi di manodopera e gli oneri di sicurezza.

In primo luogo rileva il collegio che il termine "indicare" ha un inequivoco significato, diverso dal termine "considerare"; non è pertanto condivisibile la conclusione a cui giunge la sopra richiamata decisione del CGA secondo la quale la norma sarebbe rispettata ove gli oneri di sicurezza fossero stati considerati, seppur non specificati (rectius indicati); e ciò anche a prescindere dalle difficoltà concrete di evitare successive manipolazioni di comodo della parte economica dell'offerta presentata.

Per quanto riguarda poi l'indicazione dei costi per la manodopera si pone un ulteriore specifico problema in quanto, ove si ritenesse applicabile lo stesso schema interpretativo utilizzato per gli oneri di sicurezza nelle su indicate sentenze, verrebbe impedito alle stazioni appaltanti di verificare il rispetto di quanto previsto dall'art. 97 comma 5 del d. lgs. n. 50/2016, così come previsto dall'ultimo inciso del medesimo comma 10; verifica che, è bene precisare, le stazioni appaltanti sono tenute a fare in ogni caso, ancorché le offerte non rientrino tra quelle anomale.

Quand'anche si ritenesse che tale verifica deve essere svolta in contraddittorio - argomento utilizzato nella sentenza del Consiglio di Stato a supporto delle sue conclusioni - in realtà espressamente previsto dall'art. 97 solo per le offerte anomale, tale contraddittorio presuppone che a monte gli oneri di manodopera siano stati indicati (cfr. art. 97, comma 5, lett. c) e non potrebbe che avere ad oggetto esclusivamente la rispondenza degli oneri indicati per il personale ai limiti salariali applicabili.

Giunti pertanto alla conclusione che la disposizione che viene in rilievo richiede, con carattere di coerenza, la specifica indicazione dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza, e non la loro semplice considerazione nell'indistinta offerta economica presentata, ritiene altresì il collegio che l'indicazione di tali oneri non possa costituire oggetto di soccorso istruttorio, per ragioni logiche e letterali, diversamente da quanto sembra ritenere la decisione della Terza Sezione del Consiglio di Stato sopra richiamata (il CGA in realtà pone la questione in termini diversi).

Invero il comma 9 dell'art. 83 del codice degli appalti esclude espressamente che il soccorso istruttorio possa riguardare carenze relative all'offerta economica, oltre a quelle dell'offerta

tecnica, all'evidente scopo di evitare manipolazioni di comodo dell'offerta precedentemente presentata; inoltre se è vero che il comma 10 dell'art. 95 richiede espressamente che vengano autonomamente indicati taluni oneri - come ritiene il collegio sulla base delle considerazioni svolte - la loro omessa evidenziazione non è un'omissione formale, ma integra pienamente la violazione sostanziale della prescrizione di legge.

Un ultimo argomento di carattere logico - sistematico.

La norma che viene in rilievo non si inserisce, anche sistematicamente, nell'ambito della disciplina dell'anomalia, come afferma il CGA: la norma ha l'evidente scopo di perseguire l'interesse, assunto ad interesse generale, del rispetto dei diritti dei lavoratori (sia come condizioni salariali che di sicurezza degli ambienti di lavoro), che prescinde dalla serietà complessiva dell'offerta presentata, oggetto dell'eventuale sub procedimento sull'anomalia dell'offerta; e tale interesse viene perseguito imponendo a chi presenta un'offerta di evidenziare gli oneri di manodopera e di sicurezza, al fine di consentire la verifica della loro congruità (per gli oneri di manodopera espressamente prevista), perché è socialmente inaccettabile che la fisiologica dinamica concorrenziale, nell'acquisizione di appalti pubblici, induca alla violazione dei diritti dei lavoratori.

Diversamente da quanto sembra ritenere le sopra richiamata sentenza del Consiglio di Stato - correttamente interpretata la norma che viene in rilievo - non è vero che è possibile individuare una linea di continuità tra le disposizioni dettate nell'ambito del D.Lgs. n. 163/2006 e quelle del D.Lgs. n. 50/2016: l'art. 87, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006 prescrive la necessità di indicare gli oneri di sicurezza, con riferimento alle giustificazioni che possono essere fornite in caso di offerta anomala (ingenerando forti dubbi sul fatto che tale omissione potesse essere rilevata anche in caso di offerta non anomala, e comunque riconducendo la questione all'ambito logico della valutazione delle offerte anomale), mentre l'attuale disciplina pone, in termini generali ed inequivoci, l'obbligo di incorporare gli oneri di manodopera e di sicurezza, dalla restante parte dell'offerta economica, mutando completamente il quadro e la ratio stessa ad essa sottesa, riconducibile non tanto alla verifica della serietà dell'offerta nel suo complesso, ma ad una tutela preventiva e maggiormente penetrante dei diritti del lavoratore; inoltre il comma 9 dell'art. 83 esclude, con altrettanta chiarezza, la possibilità di attivare il soccorso istruttorio.

In conclusione il collegio ritiene che l'art. 95, comma 10, indichi una specifica vincolante modalità di redazione dell'offerta economica, con la necessaria indicazione separata degli oneri di manodopera e di sicurezza; che il mancato rispetto di tale vincolante prescrizione non possa essere sanato attraverso il soccorso istruttorio e che determini l'esclusione dalla gara».

E.3 Privo di rilevanza è, infine, l'assunto speso dal Comune resistente secondo cui il malfunzionamento del sistema MePA, accertato nella sentenza emessa da questo T.A.R. che ha riammesso in gara la ricorrente, legittimerebbe il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio in favore della contro-interessata.

Osserva il Collegio che l'argomento prova troppo.

E, invero, la sentenza n. 1060/2018 ha accertato e valutato uno specifico malfunzionamento del MePA in relazione al profilo prospettato dalla parte ricorrente; di contro, per quanto attiene alla questione in esame, non si rinvencono né sono stati prospettati motivi tecnici che avrebbero oggettivamente impedito alla contro-interessata di specificare sul modulo di partecipazione anche i costi della manodopera anche in mancanza di uno specifico spazio dedicato (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 12 marzo 2018, n. 1555).

F. La domanda tesa a far dichiarare l'inefficacia del contratto non può essere accolta poiché non ne è stata allegata dalle parti - né tantomeno provata - la sopravvenuta stipula.

G. In ragione del contrasto giurisprudenziale sulla questione dirimente la presente controversia, ai sensi dell'art. 26 c.p.a. e 92 c.p.c., le spese del giudizio possono compensarsi tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei sensi di cui in motivazione, e per l'effetto, annulla l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore de "OMISSIS a r.l. disposta con determinazione n. 94 del 26 giugno 2018.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente

Maria Cappellano, Consigliere

Calogero Commandatore, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Calogero Commandatore

IL PRESIDENTE
Maria Cristina Quiligotti

IL SEGRETARIO