

N. 05780/2020 REG.PROV.COLL.
N. 13211/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 13211 del 2019, proposto da Euroservice S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Roberta Lomeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Agenzia Italiana per la Cooperazione allo Sviluppo, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa *ex lege* dall'Avvocatura Generale dello Stato presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi n. 12, è elettivamente domiciliata;

nei confronti

Futura Services S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Filippo D'Angelo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Per l'annullamento

- della Determina n. 269 del 18.9.2019 di aggiudicazione dei servizi di pulizia, facchinaggio e disinfestazione della sede di Roma dell'Agenzia Italiana per la Cooperazione allo Sviluppo (CIG 7974978DB), pubblicata in data 23.9.2019, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dei detti servizi, ai sensi dell'art. 32, comma 5 del d.lgs. 50/2016, per la durata di n. 18 mesi, a decorrere dal 1.10.2019 fino al 31.3.2021, in favore della Futura Services S.r.l.;
- nonché per la declaratoria di inefficacia *ex tunc*, ex artt. 121 e 122 del d.lgs. 104/2010, del contratto che, nelle more, dovesse essere stipulato con la Futura Services S.r.l.;
- e per la condanna dell'Agenzia Italiana per la Cooperazione allo Sviluppo, ai sensi degli artt. 30 e 34 c.p.a., alla reintegrazione in forma specifica mediante subentro della ricorrente nell'esecuzione del contratto, da stipularsi secondo l'offerta dall'Euroservice stessa presentata;
- in subordine, per la condanna dell'Agenzia Italiana per la Cooperazione allo Sviluppo al risarcimento del danno per equivalente pecuniario in favore della ricorrente *ex artt. 30 e 124 d.lgs. n. 104/2010*.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Agenzia Italiana per la Cooperazione allo Sviluppo e di Futura Services S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 22 maggio 2020, tenutasi con le modalità di cui all'art. 84 comma 6 del DL 18/2020, conv. con modif. dalla L. 27/2020, la dott.ssa Emanuela Traina e trattenuto il ricorso in decisione ai sensi del comma 5 della stessa norma;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente ha preso parte alla procedura, indetta dall'Agenzia Italiana per la Cooperazione allo Sviluppo (per brevità, anche "AICS") con determinazione a contrarre n. 213 del 10.7.2019 ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b) d.lgs. 50/2016, per l'affidamento dei servizi di pulizia, facchinaggio, smaltimento rifiuti e disinfestazione della propria sede di Roma, per un importo a base d'asta di € 210.481,82 IVA esclusa, per la durata di mesi 18 (1.10.2019/31.3.2021), da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 95, comma 3, lett. a) d.lgs. 50/2016, tramite il Mercato Elettronico per la Pubblica Amministrazione ("Me.PA."), attraverso il portale CON.S.I.P., con Richiesta di Offerta ("RdO") da esperirsi previo invito di n. 5 operatori economici.

1.1. La gara è stata aggiudicata, previa verifica svolta ai sensi dell'art. 97 comma 3 d.lgs. 50/2016, all'odierna controinteressata Futura Services S.r.l., che ha ottenuto un punteggio totale di 88,43 - di cui 59/100 su un massimo di 70 per l'offerta tecnica - mentre la ricorrente si è collocata, nella graduatoria finale, al secondo posto, con punti totali 81,32 (pur avendo conseguito un maggior punteggio, pari a 66/100, per l'offerta tecnica).

2. Ritenendo tale esito procedimentale illegittimo, la Euroservice S.r.l. ne ha chiesto con il presente mezzo l'annullamento, deducendo avverso lo stesso la seguente unica ed articolata censura:

"Violazione e falsa applicazione degli artt. 95 comma 10, 97, comma 5, lett. d) e 83 comma 9 D.lgs. 50/2016. Eccesso di potere. Violazione del principio di par condicio competitorum e di buon andamento. Violazione dell'art. 97 della Costituzione."

La Futura Services S.r.l. non avrebbe indicato, nella propria offerta economica, i costi della manodopera, i quali sarebbero stati specificati soltanto successivamente, e cioè con nota del 17.9.2019, inviata in riscontro alla richiesta di giustificazioni formulata dall'AICS in data 11.9.2019.

Sebbene la *lex specialis* nulla abbia disposto sul punto - e nonostante l'assenza di un apposito spazio nel modello standard di offerta economica generato dal sistema Me.PA. - poiché l'obbligo di procedere alla indicazione separata degli oneri in questione è chiaramente sancito dall'art. 95 comma 10 d.lgs. 50/2016, non sarebbe possibile, anche alla luce della giurisprudenza europea e nazionale che ne sancisce l'operatività indipendentemente dal richiamo degli atti di gara, sanare tale carenza in una fase del procedimento successiva alla presentazione della domanda; pertanto la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere l'offerta presentata dalla controinteressata, senza consentire alla stessa alcuna integrazione.

3. Si è costituita in giudizio, con atto di mera forma, l'Agenzia Italiana per la Cooperazione Allo Sviluppo.

4. Si è altresì costituita la controinteressata Futura Services S.r.l., la quale ha eccepito di avere ritualmente computato i costi della manodopera nella formulazione della propria offerta senza, tuttavia, evidenziarli separatamente nell'ambito del modulo generato dalla procedura elettronica solo in ragione del fatto che quest'ultimo non ne consentiva l'esposizione, non recando alcuno spazio apposito; nella fase di giustificazione dell'anomalia, pertanto, essa avrebbe semplicemente provveduto a scomporre, su richiesta della stazione appaltante, voci già complessivamente indicate nell'offerta, la quale non sarebbe stata, quindi, in nessun modo modificata.

5. Con ordinanza 7755 del 27 novembre 2019 è stata respinta l'istanza cautelare formulata unitamente al ricorso e fissata per la discussione la pubblica udienza del 15 aprile 2020.

6. In vista di quest'ultima la stazione appaltante ha depositato ulteriore documentazione, tra cui una relazione esplicativa redatta dall'ufficio competente, nella quale ha fatto presente che:

- la ricorrente ha autonomamente inserito in allegato al *format* di offerta economica anche un file PDF con la quantificazione dei costi relativi alla manodopera (*ex art.* 95, comma 10, del d.lgs.50/2016) seppure ciò non fosse specificamente richiesto né dal disciplinare di gara né dallo stesso modulo per la presentazione dell'offerta economica medesima;

- in sede di chiarimenti *ex art.* 97 comma 3 d.lgs. 50/2016 il RUP ha semplicemente acquisito la quantificazione degli importi per le singole voci di spesa, con specifico riferimento a quella della manodopera, in quanto né il disciplinare di gara né il modello standard dell'offerta economica generato automaticamente dal sistema Me.PA. ne consentivano l'indicazione; tanto che nessun offerente, ad eccezione della ricorrente, ha effettuato l'indicazione in questione.

7. L'udienza è stata, poi, rinviata al 22 maggio 2020 in ragione della mancata presentazione dell'istanza congiunta di trattazione richiesta dal comma 2 dell'art. 84 DL 18/2020 sopra citato per i ricorsi chiamati in discussione nel periodo tra il 6 aprile al 15 aprile 2020.

8. In vista di quest'ultima la ricorrente ha depositato "brevi note" ai sensi del comma 5 del più volte richiamato art. 84 DL 18/2020, ivi ribadendo le proprie difese.

9. Il ricorso è stato, quindi, trattenuto in decisione con le modalità specificate in epigrafe.

10. I motivi di impugnazione sono infondati e vanno, pertanto, respinti.

10.1. Occorre premettere, in fatto, che è incontestato:

- l'omesso richiamo, da parte della *lex specialis* di gara, all'obbligo dichiarativo di cui all'art. 95 comma 10 d.lgs. 50/2106 con riferimento agli oneri della manodopera;

- la mancanza, nel modulo di offerta economica generato dal sistema Me.PA. utilizzato per la procedura di affidamento *de qua*, di uno spazio dedicato a tale indicazione;
- l'effettivo computo degli oneri in questione da parte della controinteressata nell'ambito dell'offerta economica presentata nel termine di scadenza, e il fatto che la stessa in sede di presentazione delle giustificazioni *ex art.* 97 comma 3 d.lgs. 50/2016 abbia provveduto esclusivamente a specificarne l'importo (pari a euro 166.000,00), senza tuttavia apportare alcuna modificazione alla consistenza complessiva dell'offerta.

10.2. Ciò premesso, rileva il Collegio che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affermato, nella sentenza della sez. IX del 2 maggio 2019 n. 309, che *“i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, contemplati nella direttiva 2014/24, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione.”*

10.2.1. Dunque la mancata indicazione, da parte della legge di gara, dell'onere in argomento non può, di per sé, determinare un legittimo soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante, operando sul punto il meccanismo della eterointegrazione, stante il chiaro e precettivo disposto dell'art. 95 comma 10 del d.lgs. 50/2016, a tenore 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...”, ritenuto compatibile con le disposizioni della direttiva 2014/24.

10.2.2. La Corte ha, però, nell’ambito della citata pronuncia anche precisato che *“Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice.”*

Ciò in quanto *“Spetta al giudice del rinvio, che è il solo competente a statuire sui fatti della controversia principale e sulla documentazione relativa al bando di gara in questione, verificare se per gli offerenti fosse in effetti materialmente impossibile indicare i costi della manodopera conformemente all'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici e valutare se, di conseguenza, tale documentazione generasse confusione in capo agli offerenti, nonostante il rinvio esplicito alle chiare disposizioni del succitato codice.”*

10.3. Anche l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con le recenti decisioni n. 7 e 8 del 2 aprile 2020, ha precisato che, affermata a seguito della citata giurisprudenza eurounitaria la *“dichiarata compatibilità con il diritto europeo degli automatismi espulsivi conseguenti al mancato rispetto delle previsioni di cui all’art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici, le questioni residue sono state rivolte unicamente a delineare la portata dell’eccezione alla regola dell’esclusione automatica, collegata all’accertamento in fatto della possibilità di indicare le voci stesse nei modelli predisposti dall’amministrazione”*.

10.4. Ciò premesso, reputa il Collegio che il caso di specie – alla luce delle peculiarità fattuali riportate al superiore punto 10.1. – configuri una delle *“eccezioni alla regola”* dell’automatismo espulsivo conseguente all’inadempimento dell’onere dichiarativo sancito dall’art. 95 comma 10 del Codice dei Contratti pubblici.

10.4.1. A prescindere dal mancato richiamo allo stesso da parte della *lex specialis* di gara, da ritenersi irrilevante in virtù del citato meccanismo eterointegrativo operante nella fattispecie, ciò che ad avviso della Sezione deve ritenersi dirimente è, invero, l'assenza nel modulo – di necessaria utilizzazione per la formulazione dell'offerta - di uno spazio dedicato all'assolvimento dell'onere in questione, circostanza che, da una parte, ha reso materialmente impossibile procedervi e, dall'altra, ha ingenerato certamente nei concorrenti quella situazione di “confusione” nella quale i principi di trasparenza e proporzionalità impediscono alla stazione appaltante, che ha in sostanza ingenerato l'errore nei concorrenti, di applicare una legittima sanzione espulsiva.

10.5. In proposito non può, infatti, convenirsi con parte ricorrente in merito al fatto che la spontanea, ancorché non vietata, utilizzazione di un *file* aggiuntivo allegato al modulo in cui effettuare l'indicazione in argomento, comproverebbe l'insussistenza della condizione di “materiale impossibilità” della indicazione medesima, rendendo illegittima l'illustrazione postuma degli oneri in questione.

10.5.1. Ciò in quanto, sebbene la *lex specialis* non abbia espressamente previsto il divieto di introdurre nella presentazione dell'offerta documentazione diversa ed ulteriore rispetto alla modulistica, limitandosi a prescrivere, sul punto, l'utilizzo della piattaforma Me.PA. (art. 14 del disciplinare di gara e di appalto in atti), reputa il Collegio che la pacifica mancanza nel modulo generato da quest'ultima di uno spazio nel quale effettuare l'annotazione integri proprio la fattispecie in cui le “*disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche*” nella quale, secondo le riportate coordinate ermeneutiche espresse dalla Corte di Giustizia nonché dall'Adunanza Plenaria, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono necessariamente consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale.

Si porrebbe, infatti, in insanabile contrasto con gli stessi l'adozione di una misura espulsiva derivante esclusivamente dall'utilizzazione del modulo predisposto dal sistema di gestione del procedimento, a maggior ragione in considerazione del fatto che l'offerta è rimasta pacificamente inalterata, così da confermare che l'aggiudicataria aveva senza dubbio tenuto conto, nella sua formulazione, del costo della manodopera (in tal senso, Cons. di Stato, sez. V, 9 aprile 2020 n. 2350).

11. Conclusivamente, non potendosi per quanto esposto ravvisare nel provvedimento di aggiudicazione impugnato la configurabilità dei vizi di legittimità dedotti con il ricorso all'esame, la domanda di annullamento dello stesso deve essere respinta. Di conseguenza, anche le ulteriori istanze ivi svolte - aventi ad oggetto la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato e la condanna al risarcimento dei danni asseritamente subiti dalla ricorrente - che nell'accoglimento della prima trovano il proprio presupposto, devono essere parimenti respinte.

12. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese del giudizio che liquida nella somma di euro 2.000,00 (duemila/00) oltre accessori di legge, se dovuti, in favore dell'Agenzia Italiana per la Cooperazione allo Sviluppo, nonché nella somma di euro 3.000,00 (tremila/00) oltre accessori di legge nei confronti della controinteressata Futura Services S.r.l.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giampiero Lo Presti, Presidente

Paola Anna Gemma Di Cesare, Consigliere

Emanuela Traina, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Emanuela Traina

IL PRESIDENTE
Giampiero Lo Presti

IL SEGRETARIO

WWW.LAVORIPUBBLICI.IT