

Pubblicato il 22/10/2021

N. 07094/2021REG.PROV.COLL.

N. 04838/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4838 del 2021, proposto dalla Municipia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Davide De Vivo, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Largo Leopardi, n. 12;

contro

la AMIU-Azienda Multiservizi e Igiene Urbana s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Misserini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

della Geodata s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Maria Fucci e Flavia De Bartolomeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Lecce (sezione terza), n. 307 del 19 febbraio 2021.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della AMIU-Azienda Multiservizi e Igiene Urbana s.p.a. e della Geodata s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 14 ottobre 2021, il Cons. Michele Pizzi e uditi per le parti gli avvocati Davide De Vivo e Giuseppe Misserini, anche su delega di Francesco Maria Fucci e Flavia De Bartolomeo;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso innanzi al T.a.r. per la Puglia, sezione staccata di Lecce, notificato il 14 settembre 2020 e depositato il 19 settembre 2020, la società Municipia s.p.a. ha esposto:

- che la AMIU-Azienda Multiservizi e Igiene Urbana s.p.a., in data 30 marzo 2020, ha indetto un avviso pubblico per la manifestazione di interesse a partecipare alla procedura negoziata avente ad oggetto *“l'affidamento dei servizi compresa la fornitura di software specialistico per il controllo di esecuzione delle attività previste dal contratto di servizio AMIU S.p.A./Comune di Taranto”*, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

- di aver manifestato l'interesse a partecipare alla predetta procedura di gara e di aver ricevuto, in data 17 aprile 2020, la relativa lettera di invito con pedissequo disciplinare di gara;

- che prendevano parte alla menzionata gara d'appalto quattro imprese, tra le quali la Geodata s.r.l., che si è classificata al primo posto con 79,95 punti;
- di essersi classificata al secondo posto con un totale di 74,14 punti;
- che all'esito della seduta della commissione di gara del 16 giugno 2020, su richiesta di un operatore economico partecipante alla procedura negoziata, si era accertato che la Geodata aveva omissso l'indicazione dei costi della manodopera ai sensi dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016;
- che tuttavia la stazione appaltante non procedeva all'esclusione della predetta società, evidenziando la natura intellettuale del servizio oggetto dell'appalto;
- che veniva quindi disposta l'aggiudicazione dell'appalto *de quo* alla Geodata s.r.l. con determinazione prot. n. 7530 del 14 luglio 2020.

2. La Municipia s.p.a. è quindi insorta avverso la suddetta aggiudicazione, nonché avverso gli atti della procedura di gara nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione della Geodata, chiedendo altresì l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato, e deducendo i seguenti tre motivi di ricorso:

2.1. – violazione della *lex specialis*, violazione dell'art. 59, comma 4, e dell'art. 83, comma 4, lett. b), del d. lgs. n. 50/2016, carenza del requisito economico e finanziario, difetto di istruttoria, travisamento, per aver la stazione appaltante illegittimamente aggiudicato l'appalto alla Geodata, nonostante quest'ultima non fosse in possesso del requisito di capacità economico-finanziaria ai sensi dell'art. 3.3 del disciplinare di gara, dal momento che – esaminando i bilanci della predetta società per gli anni 2017, 2018 e 2019 depositati presso la Camera di Commercio - la Geodata non soddisfaceva il requisito relativo al fatturato medio annuo – relativo all'ultimo triennio - non inferiore a 100.000,00 euro (avendo raggiunto un fatturato medio annuo pari ad euro 71.405,03);

2.2. - violazione della *lex specialis* e dell'art. 80, comma 5, lett. f-*bis*), del d.lgs. n. 50/2016, dichiarazione mendace ed incompleta nell'istanza di ammissione in ordine

alla sussistenza dei requisiti economico-finanziari, violazione dell'art. 75 del d.p.r. n. 445/2000, eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e di diritto, difetto di istruttoria, per aver la stazione appaltante illegittimamente aggiudicato l'appalto alla Geodata, nonostante quest'ultima avesse presentato una dichiarazione "*mendace*" (pag. 7 del ricorso) con riguardo al possesso del requisito di capacità economico-finanziaria, trattandosi quindi di una dichiarazione non veritiera sanzionabile anche ai sensi dell'art. 75 d.p.r. n. 445/2000, avendo oltretutto la contro interessata prodotto – a comprova di quanto dichiarato – "*il conto economico del solo esercizio finanziario 2019 e, quello, irrilevante sotto il profilo formale e sostanziale, relativo al primo trimestre del 2020*" (pag. 7 del ricorso);

2.3. – violazione della *lex specialis*, violazione dell'art. 95, comma 10, del d. lgs. n. 50/2016, violazione del principio della *par condicio*, difetto di istruttoria, travisamento, per aver la stazione appaltante illegittimamente aggiudicato l'appalto alla Geodata omettendo di procedere alla esclusione dalla gara della predetta società, nonostante quest'ultima avesse omesso di indicare, nella propria offerta economica, il costo della manodopera ai sensi dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 7.1.2, lett. c), del disciplinare di gara, considerato che il modello dell'offerta economica predisposto dalla AMIU consentiva l'inserimento dei costi della sicurezza e dei costi della manodopera, non trattandosi inoltre di un appalto di servizi di natura intellettuale, tenuto conto che l'aggiudicatario dovrà fornire alla stazione appaltante anche attività che non richiedono un patrimonio di cognizioni specialistiche per la risoluzione di problematiche non standardizzate (ad esempio le attività di *help support*, *call center*, formazione del personale e manutenzione annuale).

3. La AMIU s.p.a. si è costituita nel giudizio di primo grado chiedendo il rigetto del ricorso ed eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità del primo motivo in quanto afferente "*alla fase di verifica dei requisiti dichiarati dall'aggiudicatario e, dunque, ad*

una fase successiva al provvedimento di aggiudicazione impugnato” (pag. 8 della memoria del 10 ottobre 2020).

4. Si è altresì costituita innanzi al T.a.r. la contro interessata Geodata s.r.l., chiedendo il rigetto del ricorso ed eccependo, in via preliminare, l’inammissibilità del primo motivo per carenza di interesse, non avendo la ricorrente impugnato il punto 3.3 del disciplinare di gara – concernente il periodo temporale da prendere in esame per la verifica del requisito di capacità economico finanziaria – con la conseguenza che la ricorrente non potrebbe trarre *“nessuna utilità [...] dall’accoglimento della censura fondata sull’asserita carenza del requisito riferita agli “anni solari 2017-2018 e 2019”, continuando a spiegare efficacia la clausola della lex specialis ormai inoppugnabile che, invece, richiedeva di considerare il fatturato medio annuo nel triennio “naturale” 2017/2020 a ritroso dal 30.3.2020, rispetto al quale la Geodata possiede pacificamente il requisito*” (pag. 4 della memoria del 10 ottobre 2020).

4.1. La contro interessata ha, inoltre, eccepito l’irricevibilità per tardività del terzo motivo di ricorso, dovendo la ricorrente impugnare la mancata esclusione della Geodata nel termine di trenta giorni decorrente dal 16 giugno 2020 *“data della seduta in cui era venuta a conoscenza del contenuto dell’offerta economica di Geodata, della sua ammissione e del suo collocamento in graduatoria”* (pag. 8 della memoria del 10 ottobre 2020).

5. La ricorrente, in data 9 gennaio 2021, a fronte delle fatture depositate in giudizio da Geodata, ha depositato una memoria difensiva (non notificata), rilevando che tali fatture avevano tutte il medesimo CIG e si riferivano ad un appalto con AMIU avente un diverso oggetto (fornitura di contenitori per rifiuti), chiedendo altresì il subentro nel contratto *medio tempore* stipulato con l’aggiudicataria.

6. L’adito T.a.r., previo rigetto della domanda cautelare per difetto di *fumus boni iuris*, con la gravata sentenza n. 307 del 2021:

a) ha dichiarato inammissibili le nuove censure e domande articolate nella memoria depositata dalla ricorrente in data 9 gennaio 2021, in quanto non notificata alle controparti;

b) ha respinto tutti i motivi di ricorso;

c) ha condannato la ricorrente al pagamento delle spese di lite, complessivamente liquidate in euro 2.000,00, oltre accessori di legge.

7. Con ricorso in appello notificato il 19 maggio 2021 e depositato il 24 maggio 2021, la Municipia s.p.a. ha impugnato la predetta sentenza articolando due motivi di gravame, con i quali ha riproposto i tre motivi di ricorso dedotti in primo grado.

8. Con memoria depositata in data 11 giugno 2021 si è costituita in giudizio la Geodata s.r.l., chiedendo il rigetto dell'appello e riproponendo, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., le eccezioni dedotte in primo grado ma non esaminate.

9. Si è altresì costituita in giudizio la AMIU-Azienda Multiservizi e Igiene Urbana s.p.a. con memoria depositata il 12 giugno 2021, chiedendo il rigetto dell'appello e riproponendo, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., le eccezioni formulate in primo grado ma non esaminate.

10. L'appellante e la intimata Geodata, in data 28 settembre 2021, hanno depositato memorie difensive, illustrando compiutamente le proprie argomentazioni difensive.

11. Tutte le parti, nelle date del 1° e del 2 ottobre 2021, hanno depositato memorie di replica, insistendo ciascuna nelle rispettive difese.

12. All'udienza pubblica del 14 ottobre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

13. In via preliminare si deve rilevare che la società appellante non ha reiterato, nel presente giudizio, le domande di inefficacia del contratto stipulato dalla stazione appaltante con Geodata e di aggiudicazione dell'appalto con subentro nel contratto, con la conseguenza che tali domande devono intendersi come rinunciate.

14. Il Collegio rileva inoltre – sempre in via preliminare - che, a seguito della proposizione dell'appello principale e delle eccezioni riproposte ai sensi dell'art. 101,

comma 2, c.p.a., è riemerso l'intero *thema decidendum* del giudizio di primo grado – che perimetra necessariamente il processo di appello ex art. 104 c.p.a. – sicché, per ragioni di economia dei mezzi processuali e semplicità espositiva, secondo la logica affermata dalla decisione della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 2015, il Collegio prende direttamente in esame gli originari motivi posti a sostegno del ricorso introduttivo (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. IV, n. 1137 del 2020); sono del resto inammissibili le censure proposte nelle memorie attesa la natura illustrativa delle stesse (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. IV, n. 2319 del 2020), dovendosi prendere in esame le sole censure veicolate nel processo con atti notificati (*ex plurimis* Cons. Stato, sez. IV, n. 2716 del 2021; n. 2999 del 2018).

15. Venendo al merito della controversia, il primo ed il secondo motivo del ricorso di primo grado – riproposti con il primo motivo d'appello – sono infondati.

15.1.1. In primo luogo occorre delimitare lo spazio temporale rilevante ai fini della verifica della sussistenza del requisito di capacità economico finanziaria e, al riguardo, soccorre il chiaro tenore testuale dell'art. 3.3 del disciplinare di gara (doc. 5 della ricorrente in primo grado), che al primo comma, prescrive: “*I concorrenti, a pena di esclusione, devono aver eseguito nell'ultimo triennio: un fatturato globale per servizi medio annuo in favore di amministrazioni pubbliche od aziende pubbliche di igiene urbana, riferito agli esercizi finanziari del triennio 2017/2020 (periodo di tre anni antecedenti al 30.03.2020), non inferiore ad € 100.000,00. [...]*”.

15.1.2. Da una piana lettura della suddetta norma della *lex specialis* emerge chiaramente come il periodo triennale preso in considerazione sia quello “*del triennio 2017/2020*”, indentificato espressamente come il periodo “*di tre anni antecedenti al 30.03.2020*”, ovvero l'arco temporale triennale che va dal 30 marzo 2017 al 30 marzo 2020, senza che sia possibile ammettere soluzioni ermeneutiche alternative – come quella proposta dalla ricorrente che fa riferimento al triennio 2017/2019 – in quanto

palesamente contrastanti con la lettera della menzionata norma di gara, di cristallina chiarezza.

15.2.1. In secondo luogo occorre verificare quali fossero – in base alla *lex specialis* – i documenti idonei a comprovare il possesso del suddetto requisito di capacità economica finanziaria e, per quanto concerne tale profilo, viene in luce il secondo comma del medesimo articolo 3.3 del disciplinare di gara, ove si prevede che: *“La prova della capacità economica e finanziaria dell’operatore economico deve essere fornita mediante presentazione di bilanci o degli estratti di bilancio, qualora la pubblicazione del bilancio sia obbligatoria. Ai sensi dell’art. 86, comma 4, del Codice l’operatore economico, che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze richieste può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante”*, in tal modo riproducendo *in parte qua* quanto previsto dall’articolo 86, comma 4, secondo periodo, del d.lgs. n. 50/2016, ove si consente – in via residuale – la prova della capacità economica e finanziaria *“mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante”*.

15.2.2. Occorre, altresì, aggiungere che il primo periodo del citato comma 4 dell’art. 86 del d.lgs. n. 50/2016, nel disciplinare le regole generali sulla prova del possesso del requisito di capacità economica e finanziaria, afferma che: *“Di norma, la prova della capacità economica e finanziaria dell’operatore economico può essere fornita mediante uno o più mezzi di prova indicati nell’allegato XVII, parte I”*.

15.2.3. Il suddetto allegato XVII, parte I, al d.lgs. n. 50/2016, prevede che: *“Di regola, la capacità economica e finanziaria dell’operatore economico può essere provata mediante”* tra l’altro *“c) una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell’appalto, al massimo per gli ultimi tre esercizi disponibili [...]”*.

15.3. Non è quindi condivisibile la tesi della ricorrente, secondo la quale gli unici documenti ammissibili per la dimostrazione del possesso del requisito di capacità

economico-finanziaria sarebbero stati i soli bilanci della Geodata depositati presso la Camera di commercio.

15.4. Al contrario la Geodata, in data 9 maggio 2020 (doc. 8 della ricorrente in primo grado), ha correttamente presentato una dichiarazione circa il possesso del menzionato requisito, ai sensi dell'art. 3.3, secondo comma, del disciplinare di gara, dell'art. 86, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 e dell'Allegato XVII, parte I, al medesimo decreto legislativo.

15.5. Inoltre, a seguito della nota della AMIU prot. n. 10728 del 7 ottobre 2020 (doc. 24 della AMIU in primo grado), con la quale, in sede di verifica dei requisiti, la Geodata è stata invitata “*a fornire, a supporto della dichiarazione resa, tutte le fatture emesse nel triennio 2017/2020 in favore di amministrazioni pubbliche o aziende di igiene urbana*”, la suddetta società ha presentato le fatture richieste per il triennio considerato (doc. n. 25, n. 26, n. 27 e n. 28 di AMIU in primo grado), dimostrando il possesso del requisito in esame, avendo raggiunto un fatturato medio annuo pari ad euro 103.947,42 nel periodo dal 30 marzo 2017 al 30 marzo 2020 (doc. 29 di AMIU in primo grado); né è possibile esaminare le censure mosse dalla ricorrente avverso le suddette fatture, poiché le doglianze, in primo grado, non sono state introdotte mediante atto notificato, come correttamente affermato dal Tar.

15.6. Da quanto esposto, a differenza di quanto sostenuto dalla società appellante, non emerge inoltre alcuna falsa dichiarazione da parte di Geodata.

15.7. Pertanto il primo motivo d'appello – con il quale sono stati riproposti il primo ed il secondo motivo del ricorso di primo grado – deve essere respinto.

16. Il terzo motivo del ricorso di primo grado – riproposto con il secondo motivo d'appello – è infondato.

16.1. Infatti, ai sensi dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, l'operatore non deve indicare, nella offerta economica, i propri costi della manodopera qualora, tra l'altro, si tratti di un appalto di servizi “*di natura intellettuale*”.

16.2. Con riguardo alla interpretazione di tale locuzione, premesso che il Codice dei contratti pubblici non contiene una definizione di servizi di natura intellettuale, il Collegio rileva che la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha già avuto modo di evidenziare che: *“in coerenza alla ratio dell’art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici ciò che differenzia la natura intellettuale di un’attività è l’impossibilità di una sua standardizzazione e, dunque, l’impossibilità di calcolarne il costo orario”* e che non può essere qualificato come appalto di servizi di natura intellettuale quello che *“ricomprende anche e soprattutto attività prettamente manuali”* o che *“non richiedono un patrimonio di cognizioni specialistiche per la risoluzione di problematiche non standardizzate”*(cfr. Cons. Stato, sez. III, sent. n. 1974 del 2020); di conseguenza, per servizi di natura intellettuale si devono intendere quelli che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, costituenti ideazione di soluzioni o elaborazione di pareri, prevalenti nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all’organizzazione di mezzi e risorse; al contrario va esclusa la natura intellettuale del servizio avente ad oggetto l’esecuzione di attività ripetitive che non richiedono l’elaborazione di soluzioni personalizzate, diverse, caso per caso, per ciascun utente del servizio, ma l’esecuzione di meri compiti standardizzati (Cons. Stato, sez. V, n. 1291 del 2021; n. 4806 del 2020).

16.3. Sulla base di tali coordinate ermeneutiche, il Collegio osserva che, nel caso di specie, l’appalto di servizi in questione ha natura chiaramente intellettuale, dovendo l’aggiudicatario predisporre, all’esito di una prestazione professionale altamente qualificata, un *software* specialistico gestionale per il controllo delle attività che la medesima AMIU deve svolgere in favore del Comune di Taranto, essendo ricompresa nell’oggetto dell’appalto *de quo* anche *“l’attività di customizzazione del prodotto rispetto ai sistemi già in uso presso AMIU S.p.A., al fine di ottenere un sistema integrato ed unitario [...]”* (art. 2.1 del disciplinare di gara).

16.4. E' pur vero che l'appalto in esame prevede altresì il servizio di “*manutenzione continuativa, la gestione del database, l'help support (giornaliero), la continuità dei servizi da rendere evitando guasti bloccanti assicurando una sede di manutenzione in remoto [...]*” (art. 2.1 del disciplinare), ma è altresì vero che – a differenza di quanto sostenuto dall'appellante – non vi sono elementi per dedurre che tali prestazioni accessorie: i) si riducano a mere attività ripetitive, che non richiedono l'elaborazione di soluzioni personalizzate; ii) non siano anche esse commisurate alle peculiari esigenze della committente.

Al contrario deve ritenersi che il complessivo oggetto dell'appalto (ideazione e fornitura di un *software* personalizzato, attività manutentive, di aiuto e di supporto *a latere*, e di formazione del personale) nella sostanza preveda, in misura largamente prevalente, l'espletamento, da parte dell'aggiudicatario, di prestazioni professionali connotate da cognizioni specialistiche per la risoluzione di problematiche non standardizzate, per venire incontro, di volta in volta, alle mutevoli esigenze della AMIU nello svolgimento della complessa attività da questa svolta nei confronti del Comune di Taranto.

16.5. Viene quindi meno l'obbligo di indicazione dei costi della manodopera, stante la natura intellettuale dei servizi svolti dall'aggiudicatario dell'appalto in esame.

16.6. Pertanto il secondo motivo d'appello – con il quale è stato riproposto il terzo motivo del ricorso di primo grado – deve essere rigettato.

17. In definitiva l'appello deve essere respinto, con conseguente assorbimento dell'esame delle eccezioni riproposte dalle appellate ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a.

18. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 4838/2021, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di lite del presente giudizio, liquidate in euro 5.000,00, oltre spese generali, IVA e CPA, in favore di ciascuna delle due parti appellate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Luca Lamberti, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Alessandro Verrico, Consigliere

Michele Pizzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Michele Pizzi

IL PRESIDENTE

Vito Poli