

Publicato il 20/09/2021

N. 02838/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00999/2021 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 999 del 2021, proposto da Linera Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Ignazio Scuderi e Liliana D'Amico, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Difesa - Aeronautica Militare - 3° Reparto Genio A.M. - Ufficio Affari Amministrativi, in persona del Ministro, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catania, domiciliataria in Catania, Via Vecchia Ognina 149;

nei confronti

Pampalone S.r.l, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

a) della nota in data 19 maggio 2021 con la quale il responsabile unico del procedimento ha comunicato all'interessata l'esclusione dalla gara indetta per "P21-102 - C.E. 114320 - Sigonella - lavori di stabilizzazione e trattamento di terre con calce - importo a base di gara €. 871.745,00-RDO 2793838", CIG:

87370390AC, da espletarsi a mezzo RDO MEPA con aggiudicazione secondo il criterio del minor prezzo, per la “mancata indicazione nell’offerta economica dei costi della manodopera”; b) del provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della Pampalone S.r.l.; c) ove occorra, dei verbali di gara e dei successivi provvedimenti con cui sono state proseguite le operazioni ed è stata aggiudicata la procedura dopo l’illegittima esclusione della ricorrente; d) ove occorra, del silenzio serbato dalla stazione appaltante sul reclamo presentato dalla ricorrente avverso l’esclusione.

e per la condanna

dell’Amministrazione intimata al risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 15 settembre 2021 il dott. Daniele Burzichelli;

Viste le conclusioni scritte od orali delle parti come in atti e da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente, chiedendo anche il risarcimento del danno, ha impugnato: a) la nota in data 19 maggio 2021 con la quale il responsabile unico del procedimento ha comunicato all’interessata l’esclusione dalla gara indetta per “P21-102 - C.E. 114320 - Sigonella - lavori di stabilizzazione e trattamento di terre con calce - importo a base di gara €. 871.745,00-RDO 2793838”, CIG: 87370390AC, da espletarsi a mezzo RDO MEPA con aggiudicazione secondo il criterio del minor prezzo, per la “mancata indicazione nell’offerta economica dei costi della manodopera”; b) il provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della Pampalone S.r.l.; c) ove occorra, i verbali di gara e i successivi provvedimenti con cui sono state proseguite le operazioni ed è stata aggiudicata la procedura dopo l’illegittima

esclusione della ricorrente; d) ove occorra, il silenzio serbato dalla stazione appaltante sul reclamo presentato dalla ricorrente avverso l'esclusione.

Nel ricorso, per quanto in questa sede interessa, si rappresenta in punto di fatto quanto segue: a) la ricorrente ha compilato il format sul sito istituzionale MEPA, la cui configurazione non consentiva - apparentemente - l'inserimento dei costi della manodopera, e ha, quindi, confidato nel fatto che gli oneri di sicurezza e il costo del lavoro dovessero essere indicati in sede di eventuale verifica dell'anomalia dell'offerta; b) il manuale d'uso del sistema di e-procurement per le imprese non fornisce alcuna indicazione in merito all'inserimento dei costi della manodopera; c) la struttura appaltante, senza esaminare il reclamo proposto dall'interessata, ha comunicato alla ricorrente di aver aggiudicato la procedura in favore della società controinteressata, non trasmettendo, peraltro, il relativo provvedimento; d) qualora la ricorrente fosse stata ammessa alla procedura, avrebbe conseguito l'aggiudicazione.

Il contenuto dei motivi di gravame può sintetizzarsi come segue: a) il format non consentiva di inserire le informazioni relative ai costi della manodopera, come dimostrato dal fatto che, su sei imprese partecipanti alla selezione, ben due sono state tratte in inganno dalla circostanza appena indicata; b) dopo l'esclusione la ricorrente ha appreso che i costi in questione dovevano essere inserite nella parte relativa alla "scheda di offerta - descrizione", la quale però attiene all'inserimento della SOA; c) inoltre tale voce risulta "compilata", sicché l'interessata ha maturato il legittimo affidamento quanto alla correttezza della relativa dichiarazione; d) il manuale dell'istruzione e gli atti di gara non specificano dove e come inserire i costi della manodopera; e) appare evidente che la stazione appaltante avrebbe dovuto esercitare il soccorso istruttorio, avuto riguardo alla sussistenza di circostanze idonee a generare confusione; f) nel caso di specie ricorre, quindi, un'ipotesi che costituisce eccezione alla regola dell'automatismo espulsivo conseguente all'inadempimento dell'onore dichiarativo sancito dall'art. 95, comma 10, del decreto legislativo n. 50/2016; g) neppure può opporsi quanto previsto

dall'art. 83, comma nove, del codice dei contratti quanto all'impossibilità di regolarizzare l'offerta economica, in quanto il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono interpretarsi nel senso che essi ostano all'esclusione dell'operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito del mancato rispetto di un obbligo nel caso in cui tale obbligo possa essere agevolmente assolto.

Con memoria in data 29 luglio 2021 la ricorrente ha insistito nelle proprie conclusioni.

L'Amministrazione intimata, osservando, in sintesi, quanto segue: a) nel gravame si riferisce che il format "non consentiva apparentemente l'inserimento dei costi della manodopera", ma tale affermazione, del tutto soggettiva, è smentita in primo luogo dalla circostanza che l'indicazione dei costi della manodopera è stata correttamente eseguita da altri quattro operatori economici che hanno presentato offerta per la stessa gara; b) deve, altresì, evidenziarsi che la ricorrente non ha sollevato alcun dubbio, né ha presentato quesiti di qualsivoglia natura nella fase di gara, nonostante ritenesse "apparentemente" non possibile l'indicazione dei costi di manodopera, pure chiaramente ed inequivocabilmente richiesta dal paragrafo 28 del disciplinare di gara; c) sulla base delle affermazioni dalla giurisprudenza (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, Sezione III, n. 03699/2021) deve ritenersi ininfluenza l'affermazione della ricorrente la quale riferisce di aver confidato nel fatto che gli oneri della sicurezza e il costo del lavoro avrebbero dovuto essere indicati in sede di eventuale verifica dell'anomalia; d) come, infatti, ritenuto dalla giurisprudenza, anche tramite richiami a pronunce della Corte di Giustizia, qualsiasi operatore economico ragionevolmente informato e normalmente diligente si presume a conoscenza dell'obbligo in questione; e) l'uso della ordinaria diligenza nella formulazione dell'offerta avrebbe comportato la compilazione del campo in questione, anche tenuto conto della inequivocabile previsione del disciplinare di gara, mentre l'eventuale

sussistenza di un problema tecnico - peraltro indimostrata – avrebbe dovuto essere tempestivamente segnalata.

Con memoria in data 8 settembre 2021 la ricorrente ha eccepito la tardività della memoria dell'Amministrazione in data 25 agosto 2021, ribadendo e ulteriormente illustrando le propri difese anche alla luce della giurisprudenza menzionata in tale difesa.

Nella pubblica udienza in data odierna la causa è stata trattenuta in decisione. La presente decisione viene redatta in forma semplificata ai sensi dell'art. 120, sesto e decimo comma, c.p.a.

La Sezione ritiene che la memoria dell'Amministrazione in data 25 agosto 2021 sia tempestiva, dovendosi essa qualificarsi quale memoria di replica (avendo la ricorrente depositato memoria conclusionale per l'udienza di merito in data 29 luglio 2021).

Per quanto attiene alla memoria presentata dalla ricorrente in data 8 settembre 2021, occorre, poi, osservare quanto segue: a) il ritardo nel deposito è dipeso da un errore materiale, avendo la ricorrente versato in atti in data 3 settembre 2021 una memoria che si riferiva, in realtà, ad altro giudizio; b) la difesa erariale nulla ha eccepito quanto alla tardività del deposito in data 8 settembre 2021; c) ad ogni buon conto, il contenuto di tale memoria è stato ribadito ed illustrato oralmente dal difensore della ricorrente nell'odierna udienza.

Tanto precisato, a giudizio del Collegio il ricorso è infondato per le ragioni di seguito indicate.

Nel format, almeno stando a quanto risulta dalla produzione documentale della ricorrente, è presente una voce “costi relativi alla sicurezza” in cui si fa riferimento ai costi di sicurezza aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in tema di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro di cui all'art. 95, comma 10, del decreto legislativo n. 50/2016 e ove si precisa che la specificazione di tali costi è sempre obbligatoria, ad esclusione delle forniture che non prevedono posa in opera o che hanno ad oggetto servizi di natura intellettuale.

Il format, quindi, sembrerebbe astrattamente idoneo ad indurre in errore il concorrente, in quanto esso non fa riferimento ai costi della manodopera, ma solo a quelli relativi alla sicurezza.

Tuttavia, come eccepito dalla difesa erariale, la giurisprudenza ha costantemente affermato che il soggetto che partecipa alle procedure pubbliche di affidamento sa o deve sapere, in base ad un canone di ordinaria diligenza, che occorre l'indicazione specifica dei costi della manodopera, come d'altronde espressamente sancito dall'art. 95, comma 10, del decreto legislativo n. 50/2016 (dovendo, quindi, anche farsi applicazione del principio "ignorantia legis non excusat").

Nel caso di specie, inoltre, l'onere di tale specifica indicazione - come, peraltro, sempre avviene nelle procedure di affidamento - era espressamente contemplato e ribadito dalla legge di gara (paragrafo 28 del disciplinare).

Inoltre, le parti del rapporto giuridico amministrativo, come avviene per i rapporti disciplinati dal diritto comune, sono tenute a comportarsi secondo correttezza e buona fede.

Ne consegue che, secondo un elementare canone di leale collaborazione, la ricorrente, tenuta a conoscere l'obbligo della specifica indicazione del costo della manodopera, avrebbe dovuto, in primo luogo, tempestivamente segnalare le proprie perplessità alla stazione appaltante quanto alla presunta inidoneità del format a tale scopo.

Inoltre, non sembra potersi ritenere che nel caso di specie mancasse nel modulo un vero e proprio "spazio fisico" ove inserire i costi della manodopera, come dimostrato dal fatto che quattro concorrenti su sei hanno provveduto al riguardo.

Tale "spazio fisico" può essere stato impropriamente denominato (come "costi relativi alla sicurezza"), ma la circostanza non impediva al concorrente di specificare nella parte da compilare - anche - i costi relativi alla manodopera (come certamente avvenuto ad opera dei quattro concorrenti che hanno correttamente formulato l'offerta).

Pertanto, a giudizio della Sezione, non sussiste nel caso in esame l'ipotesi della "materiale impossibilità" per l'operatore di inserire i costi di cui si tratta (su cui si fonda la giurisprudenza menzionata dalla ricorrente nella memoria dell'8 settembre 2021).

Nell'odierna udienza, peraltro, il difensore della ricorrente ha anche evidenziato che l'indicazione del costo della manodopera costituisce, in definitiva, un adempimento di natura meramente formale, dovendo attribuirsi rilievo al dato sostanziale della effettiva considerazione di tali oneri nella formulazione dell'offerta.

Al riguardo deve, però, osservarsi che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale dal quale il Collegio non ritiene di discostarsi (cfr., ad esempio, T.A.R. Umbria, Perugia, I, n. 438/2020; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 5 novembre 2019, n. 2306; T.A.R. Campania, Napoli, II, 3 febbraio 2020, n. 520), la mancata indicazione nell'offerta dei costi della manodopera, così come prescrive l'articolo 95, comma 10, del decreto legislativo n. 50/2016, comporta l'esclusione dalla gara, in quanto: a) i costi della manodopera costituiscono elemento essenziale dell'offerta, poiché la loro indicazione consente di verificare la salvaguardia dei livelli retributivi minimi dei lavoratori; b) la mancata quantificazione del costo della manodopera rende incompleta l'offerta, senza che sia possibile attivare il soccorso istruttorio, non trattandosi della carenza di meri elementi formali della domanda di partecipazione; c) trattandosi di norma imperativa, il citato art. 95, comma 10, va ad eterointegrare la "lex specialis" di gara, rendendo vigente e cogente l'obbligo anche ove non espressamente previsto.

Per le considerazioni che precedono il ricorso deve essere rigettato.

Tenuto conto del complessivo andamento della vicenda, le spese di lite possono essere eccezionalmente compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso come in

epigrafe proposto, lo rigetta e compensa fra le parti le spese di giudizio.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 15 settembre 2021
con l'intervento dei magistrati:

Daniele Burzichelli, Presidente, Estensore

Giuseppa Leggio, Consigliere

Gustavo Giovanni Rosario Cumin, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Daniele Burzichelli

IL SEGRETARIO