

Publicato il 08/07/2022

N. 00896/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00415/2022 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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 415 del 2022, proposto da Gruppo Maurizi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Cinzia Di Marco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Ospedaliero Universitaria Careggi, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandra Pieroni, Ida Galanti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Biochemie Lab s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Grazzini, Cosimo Papini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Grazzini in Firenze, piazza Vittorio;

per l'annullamento

-della nota prot. n. 6328 del 09.03.2022, ricevuta in pari data, con la quale la Stazione Appaltante ha disposto l'esclusione del Gruppo Maurizi dalla procedura di gara per l'affidamento del “Servizio di campionamento e analisi acque reflue e potabile nell'area dell'Azienda Ospedaliera Universitaria di Careggi” (CIG 9045668161);

- della nota prot. n. 6935 del 16.03.2022 con la quale la Stazione Appaltante ha respinto la diffida dell'odierna ricorrente;

- della nota PEC del 22.03.2022 con la quale la Stazione Appaltante ha comunicato l'aggiudicazione in favore di Biochemie Lab s.r.l.;

- dell'offerta economica presentata da Biochemie Lab s.r.l., ancorchè non conosciuta;

- di tutti i verbali di gara, ancorchè non conosciuti, nella parte in cui la Stazione Appaltante ha deciso di escludere Gruppo Maurizi dalla procedura di gara ed aggiudicare a Biochemie LAB s.r.l.;

- della nota prot. n. 7441 del 22.03.2022 con la quale la Stazione Appaltante ha rigettato l'istanza di accesso agli atti presentata da Gruppo Maurizi ritenendo non ostensibili i documenti richiesti “fino all'aggiudicazione efficace”;

- dell'art. 4 del Disciplinare di gara laddove prevede che “Si procederà all'aggiudicazione anche in presenza di una sola offerta valida sempre che sia ritenuta congrua e conveniente per l'Amministrazione Appaltante”;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o comunque connesso a quelli su indicati,

e, dunque, per

- la riammissione di Gruppo Maurizi alla procedura di gara;

- per l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore di Biochemie Lab. S.r.l.

nonchè per la declaratoria

di nullità, invalidità e inefficacia ex art. 122 c.p.a. del contratto ove stipulato, e per il conseguimento dell'aggiudicazione con subentro nei medesimi;

e per l'accertamento e la condanna

- al risarcimento dei danni patiti e patienti in via prioritaria in forma specifica attraverso l'aggiudicazione della gara e la stipula del relativo contratto, con richiesta fin da ora di eventuale subentro;

- in via subordinata, nell'impossibilità di reintegrazione in forma specifica, al risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliero Universitaria Careggi e di Biochimie Lab s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 giugno 2022 il dott. Luigi Viola 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 partecipava alla procedura di gara indetta dall'Azienda Ospedaliero Universitaria "Careggi", con determinazione 28 dicembre 2021 n. 805 del Direttore dell'Area Tecnica ed avente ad oggetto, l'aggiudicazione, con il criterio del minor prezzo, del "servizio di campionamento e analisi acque reflue e potabile nell'area dell'Azienda Ospedaliera Universitaria di Careggi" (CIG 9045668161).

La procedura di gara, svoltasi in modalità telematica sul sistema "START", risultava caratterizzata dall'obbligo di rendere le dichiarazioni in ordine ai costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza di cui all'art. 95, 10° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in considerazione anche dell'espressa previsione di cui al punto 4.1 del disciplinare di gara che espressamente sanzionava con l'esclusione dalla procedura le offerte non contenenti "l'indicazione degli oneri della sicurezza afferenti all'impresa ai sensi dell'art. 95, comma 10, D. Lgs. 50/2016 ovvero l'importo indicato sia pari a zero"; non risultando però

possibile rendere tale indicazione sul modulo relativo all'offerta economica generato dal sistema "START", un concorrente indirizzava un quesito alla Stazione appaltante (quesito che espressamente rilevava l'impossibilità di inserire i dati relativi ai costi della sicurezza e della mano d'opera nel *form on line* relativo all'offerta economica e chiedeva pertanto se l'offerta dovesse sostenere "unicamente il ribasso percentuale") che era riscontrato con la rassicurazione del fatto che "l'offerta economica...(dovesse) contenere solo il ribasso percentuale" (doc. n. 6 del deposito della ricorrente).

Con nota 9 marzo 2022 prot. n. 6328, il R.U.P. comunicava alla ricorrente (che aveva articolato un'offerta non comprensiva dei costi di sicurezza e della mano d'opera, come 18 dei 19 partecipanti alla procedura) l'esclusione dalla procedura, a seguito dell'omessa indicazione dei costi di sicurezza e della mano d'opera, "considerato che, sul sistema START, il concorrente avrebbe potuto inserire sia il ribasso percentuale di sconto che ulteriore documentazione contenente l'indicazione del costo della manodopera e di quello della sicurezza".

Un'istanza di autotutela presentata dalla ricorrente in data 10 marzo 2022 era poi respinta dalla nota 16 marzo 2022 prot. n. 6935 del R.U.P. che rilevava come "il Sistema START, essendo un sistema aperto, consenti(ss) ai concorrenti di indicare separatamente i costi in questione mediante allegazione di documenti oltre al *form on line*" come effettivamente avvenuto nel caso dell'unico partecipante alla procedura che aveva caricato sul sistema un documento separato con i detti dati.

La procedura era quindi aggiudicata alla controinteressata (ovvero all'unico dei 19 concorrenti che avesse separatamente indicato i costi di sicurezza e della mano d'opera, caricando un documento aggiuntivo sul sistema "START").

Gli atti meglio specificati in epigrafe erano impugnati dalla ricorrente che articolava censure di: 1) violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del d. lgs. n. 50/2016, violazione e falsa applicazione della *lex specialis*, eccesso di potere per

irragionevolezza e manifesta ingiustizia; 2) violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost., violazione del principio di *par condicio*, violazione del principio di concorrenza, eccesso di potere per ingiustizia manifesta; con il ricorso erano altresì richiesti la riammissione in gara della società ricorrente, la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto ove *medio tempore* stipulato ed il risarcimento del danno in forma specifica o, in via subordinata, per equivalente (danno poi non quantificato in corso di giudizio in alcun modo).

Si costituivano in giudizio la Stazione appaltante e la controinteressata, controdeducendo sul merito del ricorso.

Con ordinanza 21 aprile 2022, n. 268, la Sezione accoglieva l'istanza cautelare proposta con il ricorso e sospendeva l'esecuzione della determinazione di aggiudicazione; con la già richiamata ordinanza era altresì accolta l'istanza *ex art. 116, 2° comma c.p.a.* presentata dalla ricorrente ed ordinato alla Stazione appaltante di permettere l'accesso della ricorrente alla documentazione richiesta con l'istanza di accesso del 21 marzo 2022 (in sostanza, si tratta dei verbali di gara e dell'offerta della controinteressata), entro 30 giorni dalla comunicazione o notificazione del provvedimento.

Dopo la consegna alla ricorrente di detta documentazione in data 26 aprile 2022, il ricorso era quindi trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 29 giugno 2022.

Il primo motivo di ricorso è fondato e deve pertanto essere accolto.

Già in sede cautelare (T.A.R. Toscana, sez. I, ord. 21 aprile 2022, n. 268), la Sezione ha concluso per la fondatezza della censura, secondo un percorso motivazionale che può essere richiamato anche in questa sede, sia pure con i dovuti approfondimenti propri della fase della decisione del merito del ricorso.

La previsione dell'art. 95, 10° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prevede che, nell'offerta economica, l'operatore debba "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)”).

A partire dalla sentenza 23 ottobre 2020, n. 1273, la Sezione ha già espresso la propria adesione all'indirizzo interpretativo dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (Cons. Stato, ad. plen. 2 aprile 2020, n 7 e 8) che ha ritenuto di poter concludere, anche sulla base delle precisazioni operate al riguardo da C.G.U.E. nona sez., 2 maggio 2019, in causa C-309/18, per la natura immediatamente precettiva della previsione dell'art. 95, 10° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, anche in mancanza di richiamo da parte della *lex specialis* della procedura e per la necessità di dover escludere l'applicabilità dell'effetto automatico di esclusione previsto dalla disposizione ai soli casi in cui risulti impossibile “indicare le voci stesse nei modelli predisposti dall'amministrazione”.

Nel caso di specie, l'applicabilità alla gara che ci occupa della previsione di cui all'art. 95, 10° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 appare assicurata, sia dalla natura immediatamente precettiva ed eterointegrativa delle previsioni di bando della disposizione predicata dalla giurisprudenza sopra richiamata (e da varie decisioni successive), sia dalla già citata previsione di cui al punto 4.1 del disciplinare di gara che espressamente sanzionava con l'esclusione dalla procedura le offerte non contenenti “l'indicazione degli oneri della sicurezza afferenti all'impresa ai sensi dell'art. 95, comma 10, D. Lgs. 50/2016 ovvero l'importo indicato sia pari a zero”, così sostanzialmente confermando la necessità, per i concorrenti, di rendere tale dichiarazione.

La questione da decidere si restringe pertanto alla sola verifica in ordine alla reale possibilità per la parte di rendere tali dichiarazioni in sede di partecipazione alla procedura di gara, dovendo trovare doverosa applicazione, nell'ipotesi in cui dovesse concludersi per l'impossibilità di rendere la dichiarazione, il ricorso al soccorso istruttorio prospettato da C.G.U.E. nona sez., 2 maggio 2019, in causa C-309/18, secondo una strutturazione che non è inutile riportare integralmente: “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....Nell'ipotesi in cui lo stesso giudice accertasse che effettivamente ciò è avvenuto, occorre altresì aggiungere che, in tal caso, in considerazione dei principi della certezza del diritto, di trasparenza e di proporzionalità, l'amministrazione aggiudicatrice può accordare a un simile offerente la possibilità di sanare la sua situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla legislazione nazionale in materia entro un termine stabilito dalla stessa amministrazione aggiudicatrice (v., in tal senso, sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 51, e ordinanza del 10 novembre 2016, Spinosa Costruzioni Generali e Melfi, C-162/16, non pubblicata, EU:C:2016:870, punto 32)” (C.G.U.E. nona sez., 2 maggio 2019, in causa C-309/18, punti 30 e 31 della motivazione).

Nel caso di specie, l'ordinanza emanata dalla Sezione in sede cautelare (T.A.R. Toscana, sez. I, ord. 21 aprile 2022, n. 268) ha già ravvisato nella fattispecie una di quelle ipotesi di impossibilità per il concorrente di rendere la dichiarazione di cui all'art. 95, 10° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ed implicitamente concluso per il conseguenziale obbligo per la Stazione appaltante di procedere al soccorso istruttorio nei confronti di tutti i partecipanti alla procedura che non abbiano reso tale dichiarazione, secondo un percorso motivazionale che può essere richiamato anche in questa sede: “nel caso di specie, risulta indiscusso tra le parti come il modulo per la formulazione dell'offerta economica previsto dal sistema START non prevedesse alcuna possibilità di indicare le due voci sopra richiamate e come detta impossibilità non possa essere surrogata da un generico riferimento ad un carattere “aperto” del sistema informatico che non risultava

immediatamente percepibile da tutti i partecipanti alla procedura che hanno peraltro articolato la propria offerta, in assoluta prevalenza, sulla base dell'assicurazione resa dalla stessa Stazione appaltante, in ordine alla non necessità dell'indicazione dei costi della manodopera e di sicurezza” (T.A.R. Toscana, sez. I, ord. 21 aprile 2022, n. 268).

Ed in effetti, si tratta di una conclusione che non è per nulla scalfita dal richiamo della precedente sentenza 23 ottobre 2020, n. 1273 della Sezione (ovvero della stessa sentenza che ha recepito l'orientamento di Cons. Stato, ad. plen. 2 aprile 2020, n. 7 e 8) articolato dalla difesa della Stazione appaltante; la semplice lettura della parte in fatto della detta sentenza evidenzia, infatti, come si trattasse di una fattispecie completamente diversa da quella che ci occupa, in cui la *lex specialis* della procedura prevedeva anche la possibilità di presentare un'offerta economica ulteriore rispetto al *form on line* generato dal sistema “START” ovvero una possibilità, utilizzata da tutti i partecipanti alla procedura, che permetteva di “modulare” i contenuti dell'offerta, in maniera tale da inserire anche le dovute dichiarazioni di cui all'art. 95, 10° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50: “risulta evidentemente rilevante il fatto stesso che tutte le partecipanti alla procedura abbiano presentato un'offerta economica ulteriore rispetto a quella inserita nella piattaforma START (come era, del resto, previsto dalla *lex specialis*), in alcuni casi, specificando i costi della manodopera (come nel caso della sola ricorrente) e gli oneri di sicurezza (in questo caso, con riferimento a tutte e quattro le prime classificate nella procedura), senza che la Stazione appaltante abbia rilevato alcunché in ordine alla regolarità delle relative offerte economiche ed alle conseguenze della violazione della previsione di bando che, in linea generale, non prevedeva la possibilità di modificare il modulo offerta economica” (T.A.R. Toscana, sez. I, 23 ottobre 2020, n. 1273).

Manifestamente controproducente si presenta poi il richiamo al carattere “aperto” del sistema di cui a Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2021 n. 2839; anche in questo caso, la semplice lettura della sentenza, evidenzia come si trattasse di

fattispecie completamente diversa in cui lo stesso modello relativo all'offerta economica risultava facilmente suscettibile di integrazioni "a mano", nel caso di specie, destinate anche all'inserimento di elementi ulteriori come le dichiarazioni imperativamente richieste dalla legge: "come correttamente evidenziato dal primo giudice, non era riscontrabile una materiale "impossibilità di indicazione", in quanto il modello dell'offerta economica era bensì non editabile, ma "aperto", con facoltà di inserimento di dati "ulteriori" (come quelli imposti dalla normativa di settore), come, del resto, dimostrato dalla circostanza che, nella medesima situazione, la controinteressata non aveva avuto difficoltà a compilarlo, a mezzo di integrazioni a mano" (Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2021 n. 2839).

Nel caso di specie, al contrario, non solo non era immediatamente evidente ai concorrenti la possibilità di "caricare" nel sistema ulteriori documenti relativi all'offerta economica (si trattava pertanto di una possibilità che imponeva ai concorrenti oneri ben maggiori di quelli normali per la presentazione della domanda di partecipazione), ma la necessità di procedere a tale difficile e non evidente integrazione era resa inutile dal contenuto della FAQ intervenuta a richiesta di un partecipante alla procedura che univocamente aveva escluso la necessità di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 95, 10° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e concluso per la sufficienza dell'indicazione del solo ribasso offerto.

Per di più, la previsione di cui al punto B1 del disciplinare di gara prevedeva una precisa scansione delle presentazioni dell'offerta economica ("scaricare sul proprio pc il documento "offerta economica" generato dal sistema; ... Firmare digitalmente il documento "offerta economica" generato dal sistema, senza apporre ulteriori modifiche; ... Inserire nel sistema il documento "offerta economica" firmato digitalmente nell'apposito spazio previsto") che non prevedeva per nulla la possibilità di "integrare" l'offerta economica con ulteriori documenti "caricati" nel sistema ed anzi prevedeva solo ed esclusivamente il ricorso al *form on line* generato dal sistema senza possibilità di

operarvi modifiche, sulla base di una stringente sistematica che rendeva univocamente impossibile rendere la dichiarazione in ordine agli oneri di sicurezza ed ai costi della mano d'opera.

In questa prospettiva, risulta pertanto evidente come la Stazione appaltante, abbia sostanzialmente sbagliato due volte; la prima, predisponendo una strumentazione di gara che rendeva impossibile ai partecipanti rendere la dichiarazione di cui all'art. 95, 10° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; la seconda, attribuendo considerazione ad un documento "caricato" nel sistema dalla controinteressata, in violazione della citata previsione di cui al punto B1 del disciplinare di gara (che non prevedeva alcuna possibilità di integrare il *form on line* generato dal sistema).

In definitiva, il primo motivo di ricorso deve pertanto essere accolto e deve essere disposto l'annullamento di tutti gli atti di gara annullati ed affermato l'obbligo, per la Stazione appaltante, di procedere al soccorso istruttorio con riferimento alla dichiarazione di cui all'art. 95, 10° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nei confronti di tutti i partecipanti alla procedura, compresa la controinteressata (non potendo attribuirsi alcuna considerazione al documento già illegittimamente caricato nel sistema); risulta così superato il dubbio di ammissibilità dell'impugnazione sollevato dalla difesa della Stazione appaltante, con riferimento proprio alle problematiche relative alla rinnovazione delle operazioni di aggiudicazione.

Risultano ovviamente assorbite le ulteriori domande proposte da parte ricorrente, anche in considerazione dell'omessa sottoscrizione del contratto e della possibilità che la stessa possa risultare aggiudicataria della procedura, a seguito della rinnovazione delle operazioni di aggiudicazione.

Le spese seguono la soccombenza e devono essere liquidate, come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo

accoglie, come da motivazione e, per l'effetto, dispone l'annullamento degli atti impugnati.

Condanna la Stazione appaltante alla corresponsione alla società ricorrente della somma di € 4.000,00 (quattromila//00), oltre ad IVA e CAP, a titolo di spese del giudizio.

Condanna la controinteressata costituita alla corresponsione alla società ricorrente della somma di € 4.000,00 (quattromila/00), oltre ad IVA e CAP, a titolo di spese del giudizio.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 29 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Pupilella, Presidente

Luigi Viola, Consigliere, Estensore

Raffaello Gisondi, Consigliere

L'ESTENSORE

Luigi Viola

IL PRESIDENTE

Roberto Pupilella

IL SEGRETARIO