

Pubblicato il 04/10/2021

N. 06605/2021REG.PROV.COLL.  
N. 09189/2020 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 Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello numero di registro generale 9189 del 2020, proposto da I.T.A. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Migliarotti e Francesco Valentino, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

*contro*

A.N.M. - Azienda Napoletana Mobilità s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Maffettone, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

*nei confronti*

Mama Impianti Tecnologici s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Caliendo e Paolo Cantile, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

*per la riforma*

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sezione quarta, n. 4068/2020, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di A.N.M. s.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Mama Impianti Tecnologici s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 23 settembre 2021 il Cons. Anna Bottiglieri e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

## FATTO

A.N.M. - Azienda Napoletana Mobilità s.p.a., previa indagine di mercato, indicava il 15 maggio 2020 una procedura telematica *ex art.* 36 comma 2 lett. b) del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, suddivisa in due lotti, per l'affidamento per ventiquattro mesi del "Service manutentivo impianti TVCC e telecomunicazioni relativi agli impianti fissi" da essa gestiti.

I.T.A. s.r.l., gestore uscente in proroga invitato a partecipare alla procedura, impugnava con ricorso proposto innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Campania gli atti concretanti la sua esclusione dalla gara per entrambi i lotti per cui aveva concorso, disposta per mancata indicazione degli oneri aziendali di sicurezza di cui all'art. 95 comma 10 del d.lgs. 50/2016, e i provvedimenti conseguenti. La società domandava l'annullamento degli atti gravati, l'accertamento del suo diritto a essere riammessa alla procedura e ad aggiudicarsi la gara quale concorrente collocatasi al primo posto della graduatoria di merito, e, in subordine, il risarcimento del danno, in forma specifica o per equivalente.

Con sentenza breve n. 4068/2020 l'adito Tribunale, nella resistenza di A.N.M. e Mama Impianti Tecnologici s.r.l., destinataria della proposta di aggiudicazione, respingeva il ricorso e condannava la ricorrente alle spese del giudizio.

I.T.A. ha impugnato la predetta sentenza. Esposto di aver gravato innanzi al Tar per la Campania il provvedimento di aggiudicazione definitiva nelle more adottato a favore di Mama Impianti Tecnologici, ha dedotto: 1) *Error in*

*iudicando*; 2) *Error in iudicando* sotto diverso profilo; illegittimità degli atti impugnati; violazione dei principi comunitari in tema di gare d'appalto; eccesso di potere per presupposto erroneo; abnormità e illogicità manifesta; difetto di istruttoria; violazione dei principi di affidamento e del *favor participationis*; violazione dell'art. 97 Cost.. Nel concludere per la riforma della sentenza impugnata, ha formulato istanza istruttoria e ribadito le domande demolitorie, di accertamento e risarcitorie avanzate in primo grado, instando altresì, ai sensi degli artt. 121 e 122 Cod. proc. amm., per la declaratoria dell'inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato con la controinteressata.

A.N.M. si è costituita in resistenza. Esposta l'avvenuta stipula del contratto con Mama Impianti Tecnologici e il conseguente avvio del servizio, ha sostenuto l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame, domandandone la reiezione. Parimenti costituita in giudizio, Mama Impianti Tecnologici ha eccepito questioni preliminari e concluso per la reiezione dell'appello.

Con ordinanza n. 104/2021 questa Sezione del Consiglio di Stato ha respinto la domanda cautelare di I.T.A..

Nel prosieguo, I.T.A e A.N.M. hanno depositato memorie, ribadendo le proprie argomentazioni difensive. A.N.M. ha altresì depositato la sopravvenuta sentenza del Tar Campania, Sezione quarta, n. 3398/2021, che ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto da I.T.A. avverso l'aggiudicazione della procedura a Mama Impianti Tecnologici, con condanna alle spese della ricorrente.

La causa è stata chiamata e trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 23 settembre 2021.

## DIRITTO

1. L'appello, che si profila maturo per la decisione, è infondato: l'esclusione dell'offerta dell'appellante I.T.A. s.r.l. dalla gara telematica di cui in fatto bandita da A.N.M. - Azienda Napoletana Mobilità s.p.a., come già ritenuto dal primo giudice, si rivela indenne dalle mende denunciate dall'interessata.

Non vi è quindi luogo per disporre l'istruttoria richiesta dall'appellante, mentre le questioni preliminari eccepite, anche in riferimento a tale richiesta, dalle appellate A.M.M. e Mama Impianti Tecnologici s.r.l. possono essere assorbite.

2. Prima di esaminare i motivi di appello di I.T.A. è necessario evidenziare che:

- il disciplinare della gara telematica per cui è causa, all'art. 13 (pag. 14), ha ribadito l'obbligo dei concorrenti, di cui all'art. 95 comma 10 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, di indicare nella propria offerta economica i costi della manodopera e i costi degli oneri aziendali in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, pena l'esclusione automatica;
- conseguentemente, il *form on line* dell'offerta economica editabile da parte di tutti gli interessati ha destinato una apposita cella agli "*oneri di sicurezza operatore economico*";
- l'offerta di I.T.A. è stata esclusa dalla gara perché priva dell'indicazione degli oneri di sicurezza;
- dopo aver ricevuto via PEC la relativa comunicazione, I.T.A. ha invocato il soccorso istruttorio e richiesto la riammissione in gara, addebitando la rilevata carenza a un malfunzionamento della procedura telematica utilizzata dalla stazione appaltante;
- la stazione appaltante, acquisita dal gestore del portale l'attestazione circa l'assenza di anomalie e disfunzionamenti del portale al momento della presentazione dell'offerta di I.T.A., ha respinto la richiesta, confermando l'esclusione;
- nel giudizio di primo grado promosso avverso l'esclusione, a fronte dell'affermazione di I.T.A. di non aver potuto editare la predetta cella al momento dell'inoltro della domanda, la stazione appaltante resistente ha, tra altro, riferito che gli altri partecipanti alla procedura hanno presentato offerte economiche con l'indicazione di tutte le voci richieste, ivi compresa quella relativa agli oneri di sicurezza.

3. A questo punto può rilevarsi che con il primo mezzo I.T.A. lamenta che la sentenza appellata, nel ritenere legittima la sua esclusione dalla gara, si sia basata su un ragionamento deduttivo fondato su tre circostanze inconferenti. In particolare, secondo I.T.A.:

a) non rileverebbe la riferita regolarità delle altre offerte pervenute alla stazione appaltante, in quanto nessuna di esse è stata formulata in contemporanea a quella della società;

b) non rileverebbe l'attestazione, valorizzata dal primo giudice, del gestore della piattaforma telematica in ordine all'assenza di malfunzionamenti nella data e nell'ora in cui la società ha presentato la sua offerta (che I.T.A. provvede comunque a confutare anche sotto il profilo tecnico a mezzo di una consulenza peritale versata in atti), trattandosi di indagine che avrebbe dovuto essere rimessa a una approfondita analisi dei sistemi preposti alla gestione del sistema concorsuale, e non all'avviso di un soggetto che ha un evidente interesse ad affermare il perfetto funzionamento del proprio *software*. Questo, peraltro, permettendo di concludere l'inserimento della documentazione concorsuale senza un dispositivo di segnalazione della mancata compilazione di un campo obbligatorio, avrebbe generato confusione e indotto la società a ritenere corretta la sua partecipazione alla procedura;

c) non rileverebbe infine la mancata segnalazione da parte di I.T.A. del riscontrato malfunzionamento, pure considerata dal primo giudice, atteso che la società ha presentato l'offerta "*nell'ultimo giorno e ora utile*".

3.1. Dette argomentazioni non sono persuasive.

Si osserva, in linea generale, che l'appellante I.T.A. non ha fornito alcun principio di prova, diretto o indiretto, a sostegno della sua affermazione circa l'imputabilità della rilevata carenza dichiarativa al sistema *software* prescelto dalla stazione appaltante. Il convincimento del primo giudice, pertanto, non poteva che fondare sui contestati elementi circostanziali, i quali in questa sede vanno integralmente condivisi, profilandosi idonei, sia singolarmente che nel complesso, ad attestare l'implausibilità della tesi della società circa la

riscontrata impossibilità di compilare il *form* dell'offerta economica prodotto in gara esclusivamente nella parte concernente gli oneri di sicurezza.

3.2. Più in dettaglio, alla luce della *lex specialis* di gara, la circostanza che la società non abbia in alcun modo segnalato l'asserito malfunzionamento, né prima né dopo la presentazione della domanda di partecipazione alla procedura, si profila particolarmente significativa.

Il disciplinare di gara ha invero espressamente previsto all'art. 10 che *“Per problematiche relative alla parte telematica, il gestore è contattabile ai recapiti e agli indirizzi indicati nell'Allegato 1 – Disciplinare Telematico di gara accluso al presente documento”*.

A sua volta, il disciplinare telematico ha regolato l'evenienza specifica agli artt. 1 e 8, esponendo i giorni e gli orari di reperibilità del gestore e precisando altresì che *“In caso di malfunzionamento o difetto degli strumenti hardware, software e dei servizi telematici utilizzati dalla Stazione Appaltante e dal Gestore per la gara, con conseguente accertamento di anomalie nella procedura, la gara potrà essere sospesa e/o annullata”* (art. 8).

Poste queste regole, non può sussistere alcun dubbio circa l'interesse dei partecipanti alla procedura a segnalare gli eventuali disfunzionamenti rilevati nella trasmissione telematica delle domande di partecipazione, e ciò sia al fine del loro superamento, ove possibile, entro lo spirare del relativo termine, sia, in ogni caso, ai fini dell'eventuale attivazione dei rimedi previsti dall'art. 8 del disciplinare telematico (sospensione e annullamento della procedura).

La mancata effettuazione di tale adempimento da parte di I.T.A., che pure afferma in questa sede di aver subito un malfunzionamento informatico che, a termini degli artt. 1 e 8 appena citati, il gestore della procedura telematica e la stazione appaltante si erano vincolati a prendere in considerazione, non può che ridondare, pertanto, in danno della società quanto alla mancata comprova del malfunzionamento stesso.

Vieppiù, non convincono le ragioni qui esposte dalla società per giustificare la mancata segnalazione.

In particolare, I.T.A., limitandosi a evidenziare di aver presentato l'offerta nell'ultimo momento utile, tende in sostanza a evocare la sostanziale inutilità di una eventuale segnalazione. Ma un tale approccio alla questione non è coerente con le appena citate previsioni che, proprio a garanzia della posizione degli operatori economici interessati a partecipare alla procedura, hanno contemplato vari rimedi per fronteggiare l'eventualità del malfunzionamento del sistema telematico, ivi compreso quello, di massimo grado, dell'annullamento della gara, rispetto al quale la scadenza del termine per la presentazione delle offerte è indifferente, potendo anzi l'elemento corroborare una eventuale determinazione di autotutela amministrativa.

Inoltre, anche in disparte quanto appena sopra, la stessa giustificazione si rivela anche fuorviante. Se è vero infatti che la società ha presentato la propria offerta l'ultimo giorno utile (martedì 9 giugno 2020), non è parimenti vero che l'adempimento sia stato effettuato anche nell'ultima ora possibile, atteso che, come emerge dagli atti di causa, la domanda di I.T.A. è stata inoltrata alle 12.52 a fronte di un termine scadente alle 15: quindi laddove la società avesse rappresentato tempestivamente l'impedimento esposto in giudizio, e anche tenuto conto delle fasce orarie di reperibilità del gestore indicate all'art. 1 del disciplinare telematico, residuava in astratto un margine temporale adeguato alla sua proficua presa in carico da parte del gestore medesimo.

3.3. Le conclusioni dianzi raggiunte, che consentirebbero già da sole di respingere il motivo, sono rafforzate dalle due ulteriori circostanze considerate dal primo giudice.

3.4. In particolare, è significativo, deponendo sintomaticamente per l'insussistenza dell'anomalia dedotta in ricorso, che nessun altro partecipante alla procedura, ivi compreso l'operatore economico che, come affermato dalla stazione appaltante sulla base di quanto risultante dai verbali di gara, ha trasmesso la sua offerta lo stesso giorno e nel medesimo ambito temporale di I.T.A., abbia lamentato anomalie nella funzionalità della piattaforma

informatica (per una fattispecie similare, in cui tale elemento è considerato *ex se* determinante, vedasi Cons. Stato, III, 5 marzo 2020, n. 1631).

3.5. Non vi è poi motivo di dubitare della bontà dell'attestazione prodotta in giudizio dalla stazione appaltante in ordine all'assenza di malfunzionamenti nella data e nell'ora in cui la società ha presentato la sua offerta solo perché essa proviene dal gestore della procedura telematica. Si tratta infatti di una attestazione che, come pure emerge dal fascicolo di causa, si è fondata sui dati, oggettivamente verificabili, desunti dal “*file log*”, ovvero dal sistema che ricostruisce tutte le interazioni tra offerente e sistema informatico nel periodo di interesse.

Quanto, invece, alla carenza nel software di cui trattasi di un dispositivo di segnalazione della mancata compilazione di un campo obbligatorio (“*warning*”), la doglianza, anche in disparte l'eccezione di inammissibilità sollevata dalle parti resistenti in rapporto all'art. 104 Cod. proc. amm., ha carattere confessorio, dal momento che la questione proposta si profila, all'evidenza, propria di uno scenario del tutto confliggente con quello del disfunzionamento del sistema telematico su cui I.T.A. ha fondato il suo impianto censorio. Il Collegio sul punto può quindi limitarsi a richiamare il principio di auto-responsabilità che nelle gare pubbliche grava sui concorrenti, e per il quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta (*ex multis*, Cons. Stato, V, 12 marzo 2020, n. 1780; 5 giugno 2018, n. 3384; 10 gennaio 2017, n. 39; 7 novembre 2016, n. 4645; 15 febbraio 2016, n. 627; per l'applicazione del principio nelle gare telematiche, III, 28 luglio 2020, n. 4795).

3.6. Per tutto quanto precede, il primo motivo di appello va respinto.

4. Con il secondo mezzo l'appellante si duole della mancata applicazione nella fattispecie del principio rinveniente dalla sentenza della Corte di Giustizia 2 maggio 2019, C-309/18, avente a oggetto una fattispecie relativa alla mancata indicazione dei costi della manodopera nell'offerta formulata nell'ambito di

una procedura il cui bando non ribadiva né richiamava specificamente l'obbligo di cui all'art. 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici.

Per respingere tale censura non occorrono molte parole.

4.1. In estrema sintesi, alla luce del principio in parola – che si rende applicabile anche in riferimento agli oneri aziendali per la sicurezza, atteso che anche tali costi, unitamente a quelli della manodopera, sono previsti dall'art. 95, comma 10, del d.lgs. 50/2016 (*ex multis*, di recente, Cons. Stato, V, 24 maggio 2021, n. 3996; 10 febbraio 2020, n. 1008; 24 gennaio 2020, n. 604) – la causa automatica di esclusione prevista dall'art. 95 comma 10 del Codice dei contratti pubblici non contrasta con i principi di certezza del diritto, parità di trattamento e trasparenza enunciati dalla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici. Fa peraltro eccezione il caso in cui “*le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche*”, dovendo in tale ipotesi ritenersi consentita, in applicazione dei principi di trasparenza e di proporzionalità, la regolarizzazione dell'offerta mediante il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante.

Ciò posto, I.T.A. non può giovare di tale eccezione, in quanto: non è qui in contestazione che il disciplinare imponesse, a pena di esclusione, l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza di cui all'art. 95, comma 10, del Codice dei contratti; non è in contestazione neanche la chiarezza della relativa prescrizione, non avendo I.T.A. sollevato alcun dubbio interpretativo in relazione a quanto disposto al riguardo dalla *lex specialis*; non vi è alcuna dimostrazione che il mancato soddisfacimento dell'obbligo da parte di I.T.A. sia dipeso da un impedimento non imputabile alla società, ciò che costituisce l'ineludibile presupposto dell'invocata deroga.

La pretesa qui avanzata dalla società di non subire le conseguenze negative della mancata indicazione nella sua offerta degli oneri di sicurezza è pertanto priva di qualsiasi fondamento, dovendosi di contro dare continuità al consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui “*Dopo la sentenza della*

*Corte di Giustizia del 3 maggio 2019 resa nella causa C-309/18, e dopo le ordinanze del Consiglio di Stato n. 1, 2 e 3 del 24 gennaio 2019, è ormai indubitabile che l'omessa indicazione e quantificazione degli oneri per la sicurezza costituisca causa di esclusione dalla gara per l'affidamento di servizi?* (Cons. Stato, III, n. 1631/2020, cit.).

5. L'appello deve pertanto essere respinto.

Le spese del grado, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, lo respinge.

Condanna la parte appellante alla refusione in favore delle parti resistenti delle spese del grado, liquidate nell'importo pari a € 3.000,00 (euro tremila/00) per ciascuna di esse.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 23 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Anna Bottiglieri**

**IL PRESIDENTE**

**Luciano Barra Caracciolo**

IL SEGRETARIO