

Pubblicato il 14/11/2017

N. 01161/2017 REG.PROV.COLL.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex articoli 60 e 120, comma 6-*bis*, del codice del processo amministrativo; sul ricorso numero di registro generale 1086 del 2017, proposto dalla Star Electrification S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Anna Maria Nico e Onofrio Sisto, con domicilio eletto presso lo studio della prima in Bari, via Putignani n. 168;

contro

Ferrovie Appulo Lucane S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi D'Ambrosio, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, piazza Garibaldi n. 23;

nei confronti di

Bollita Costruzioni Soc. Coop., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Perrone, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, Strada Torre Tresca;

per l'annullamento, previa sospensione,

della nota prot. n. 7026 del 21.09.2017, comunicata in pari data a mezzo PEC, con la quale è stata comunicata l'aggiudicazione definitiva in favore della ditta Bollita Costruzioni Società cooperativa della procedura di affidamento del "Servizio di manutenzione cavi telefonici, fibra ottica e segnalamento, cavidotti ed enti di campagna nell'ambito della Direzione Esercizio di Bari", nonché di ogni altro atto a questo presupposto, connesso e conseguente, ancorché non conosciuto, e, in particolare, del verbale della commissione di gara del 12.9.2017, conosciuto in data 3.10.2017 a seguito di accesso agli atti, con il quale è stata disposta l'esclusione dalla procedura negoziata della ditta Star Electrification s.r.l. e disposta l'aggiudicazione provvisoria in favore della ditta Bollita Costruzioni Soc. Coop, nonché, ove occorra, per la declaratoria d'inefficacia del contratto, qualora nelle more stipulato, e con richiesta di subentro nello stesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Ferrovie Appulo Lucane S.r.l. e della Bollita Costruzioni Soc. Coop.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2017 il consigliere Giuseppina Adamo e uditi per le parti i difensori, avv. Anna Maria Nico, avv. Elda Pastore, su delega dell'avv. Luigi D'Ambrosio, e avv. Michele Benedetto, su delega dell'avv. Michele Perrone;

Visto l'articolo 120, comma 6-*bis*, del codice del processo amministrativo, approvato con il decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104;

Comunicata alle parti in forma diretta ed esplicita la possibilità di adottare una sentenza semplificata, ricorrendone le condizioni previste;

Sentite le stesse ai sensi dell'articolo 60 del codice del processo amministrativo;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue.

1. Sono impugnati gli atti relativi alla procedura negoziata per l'aggiudicazione (con il criterio del massimo ribasso) del servizio di manutenzione cavi telefonici, FO e segnalamento, cavidotti ed enti di campagna da svolgere fino al 31 dicembre 2018, avviata dalle Ferrovie Appulo Lucane con avviso del 3 agosto 2017. L'importo a base d'asta è fissato in euro 140.000,00, comprensivo degli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso (pari a euro 2.100,00).

In particolare, viene contestata la nota 21 settembre 2017 n. 7026, comunicata lo stesso giorno ai partecipanti alla gara, e il sottostante verbale della commissione di pari data, con i quali, previa esclusione della ricorrente e dell'altra concorrente, Teleco sud, entrambe per la mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, è stata aggiudicata la gara alla cooperativa Bollita Costruzioni.

In sintesi, in primo luogo, richiamando un orientamento giurisprudenziale recentemente formatosi in ordine all'articolo 95, comma 10, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, la ricorrente sostiene, quanto alla sua esclusione, che, non sussistendo incertezza sulla congruità dell'offerta, la mancata indicazione degli oneri aziendali assumeva natura meramente formale, sicché non era inibito, *ex* articolo 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici, non trattandosi d'irregolarità essenziale dell'offerta economica, il soccorso istruttorio e, anzi, lo stesso doveva essere necessariamente disposto prima del provvedimento espulsivo.

In secondo luogo, l'interessata evidenzia l'assenza nel corpo dell'avviso di qualsiasi prescrizione in ordine all'esplicita specificazione degli oneri di sicurezza aziendali e di una previsione sanzionatoria per il caso della relativa mancata indicazione nell'offerta della concorrente.

Secondo la prospettazione attoria, gli atti inoltre sono viziati sia perché comunque non emergono dubbi sulla congruità dell'offerta (*sub* A-III) sia per difetto di motivazione (*sub* A-IV).

Dall'illegittimità dell'esclusione infine discenderebbe quella dell'aggiudicazione alla controinteressata.

Si sono costituite la stazione appaltante e l'aggiudicataria, eccependo l'inammissibilità del ricorso e contestandone nel merito i motivi.

2. Eccepisce la società ferroviaria resistente l'inammissibilità della domanda cumulativa di annullamento dell'esclusione e dell'aggiudicazione, invocando i principi espressi dal Consiglio di Stato, quinta Sezione, in specie nell'ordinanza 14 marzo 2017, n. 1059, e nella sentenza 4 luglio 2017, n. 3265.

Il rilievo è infondato.

Senza che sia necessario affrontare in sé la questione processuale, come posta dalla quinta Sezione del Consiglio di Stato, è sufficiente osservare che, nel ricorso in esame, non si verifica alcuna deviazione dal rito introdotto dal comma 2-*bis* nell'articolo 120 del decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104, né se ne vanificano le finalità.

In effetti, il Giudice d'appello si è soffermato sugli inconvenienti che possono determinarsi nell'eventualità del contemporaneo esame delle contestazioni alle ammissioni o esclusioni e all'aggiudicazione ritenendo "che un'interpretazione della vigente disciplina processuale nel senso di ammettere il cumulo e la trattazione congiunta delle domande con applicazione ad entrambe del rito "speciale" in luogo del rito "specialissimo" o "super speciale" apparirebbe in contrasto non solo con la *ratio* della disciplina dettata dai citati commi 2-*bis* e 6-*bis*, in quanto – introducendo surrettiziamente un terzo rito misto tra i due – ostacolerebbe il conseguimento sistematico delle finalità che con il rito dell'art. 120, comma 2-*bis* la nuova norma intende realizzare; ma anche con le ricordate e distinte condizioni dell'azione e struttura del rito anticipato, che – a differenza di quanto avviene per altre azioni del processo

amministrativo - non possono né essere confuse con le usuali, né esservi assorbite o assorbirle; del resto la novella all'art. 120 disegna per le gare pubbliche un nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la *res controversa* della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda" (ordinanza 14 marzo 2017, n. 1059).

L'esame dell'eccezione sollevata dalle Ferrovie Appulo Lucane conduce però, in concreto, a reputare insussistente il temuto pericolo di deviazioni.

Innanzitutto, una volta constatato che gli atti sono stati impugnati solo dalla ricorrente in ragione della propria esclusione e che la stazione appaltante e la controinteressata si sono costituite, non residua alcuna perplessità circa le condizioni dell'azione.

Per il resto, quando, come in questo caso, il tribunale si pronuncia con sentenza sia sull'azione demolitoria proposta contro l'esclusione "in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente", secondo il disposto dell'articolo 120, comma 6-*bis*, sia sulle derivate contestazioni all'aggiudicazione, avvalendosi della possibilità prevista dall'articolo 120, comma 6 ("ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti"), la vicenda processuale presenta uno sviluppo completamente diverso da quello dei ricorsi presi in esame dal Consiglio di Stato, tanto che risultano altresì conseguiti gli obiettivi della riforma del codice di rito.

Da un lato, infatti è assicurata "la raggiunta certezza preventiva circa la *res controversa* della prima" [fase che] "è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda"; dall'altro, è indubbia la coerenza con la *ratio* del rito "super accelerato". Oltre tutto, ove mai fossero stati presentati due distinti ricorsi, l'uno contro l'esclusione e l'altro contro l'aggiudicazione, ambedue fissati alla stessa camera di consiglio, essi sarebbero stati suscettibili di riunione per essere decisi con un'unica sentenza (così come è unico l'atto lesivo, costituito dal verbale, impugnato dalla Star Electrification) senza che a ciò si frapponga alcun ostacolo normativo.

3. Nel merito, il ricorso proposto per contestare l'esclusione deve essere accolto, nella parte in cui la società istante si duole della mancata attivazione del soccorso istruttorio.

È noto che la questione dell'indicazione dei costi interni di sicurezza e dell'eventuale soccorso istruttorio in caso di mancata dichiarazione era stata dibattuta nella vigenza del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 per essere definita infine dalle decisioni dell'Adunanza plenaria 27 luglio 2016, n. 19 e n. 20.

Nel frattempo veniva emanato il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, che, all'articolo 95, comma 10, contiene un'apposita previsione ("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 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 tale novità normativa si sono riferite anche le citate pronunce dell'Adunanza plenaria, ai punti 37 e 39, le quali evidenziano che essa "ora risolve la questione" della mancanza di "una norma che, in maniera chiara ed univoca, prescrivesse espressamente la doverosità della dichiarazione relativa agli oneri di sicurezza".

Anche rispetto agli effetti della previsione di cui all'articolo 95, comma 10, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, la giurisprudenza si è divisa tra chi ritiene che tale previsione espressa giustifichi l'automatica esclusione del concorrente il quale non abbia evidenziato la specifica voce di costo nell'offerta (T.A.R. Campania, Sez. III, 3 maggio 2017, n. 2358; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 25 febbraio 2017, n. 166; Consiglio di Stato, Sez. V, ord., 15 dicembre 2016, n. 5582; T.A.R. Molise, 9 dicembre 2016, n. 513; T.A.R. Campania, Salerno, 6 luglio 2016, n. 1604) e chi invece sostiene che, nell'ipotesi in cui gli atti di gara non contengano l'espressa menzione di tale obbligo e della sanzione espulsiva collegata alla sua inosservanza e in cui non siano adombrati dubbi sulla congruità

dell'offerta, neppure l'articolo 95, comma 10, serva a superare i rilievi ripetutamente sollevati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e ribaditi, da ultimo, nelle ordinanze della sezione sesta, 10 novembre 2016, C-140/16, C-697/15, C-162/16, che richiamano i principi espressi nella precedente sentenza della stessa sezione 2 giugno 2016, C-27/15, *Pippo Pizzo* (T.A.R. Campania, Sez. VIII, 3 ottobre 2017, n. 4611; T.A.R. Lazio, Sez. I-bis, 15 giugno 2017, n. 7042; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, sentenza 12 dicembre 2016, n. 3217, nonché la delibera dell'ANAC 11 gennaio 2017 n. 2). Tale divaricazione dei risultati ermeneutici ha indotto il T.A.R. Basilicata a rimettere nuovamente la questione alla Corte di giustizia con ordinanza n. 525 pubblicata il 25 luglio 2017.

Al proposito si deve ricordare che le menzionate ordinanze della Corte di giustizia hanno chiaramente delimitato l'ambito della compatibilità della legislazione nazionale con le direttive di settore. In particolare, nella ivi evocata sentenza *Pippo Pizzo*, è stato affermato, al punto 36, che l'obbligo di trasparenza, che costituisce il corollario della principio di parità di trattamento, "ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Tale obbligo implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, così da permettere, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'amministrazione aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte degli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione (v., in tal senso, sentenza del 6 novembre 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, punto 44 e giurisprudenza citata)". Di conseguenza, "nell'ipotesi in cui, come nel procedimento principale, una condizione per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione, a pena di esclusione da quest'ultima, non sia espressamente prevista dai documenti dell'appalto e possa essere identificata solo con un'interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale, l'amministrazione aggiudicatrice può accordare all'offerente escluso un termine sufficiente per regolarizzare la sua omissione".

Sotto altro aspetto, si deve rammentare che, secondo la costante giurisprudenza della Corte, nell'applicare il diritto interno, i giudici nazionali (così come tutte le altre autorità interne) sono tenuti ad interpretarlo, per quanto possibile, alla luce del testo e dello scopo della direttiva trasposta, così da conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi, pertanto, all'art. 288, terzo comma, TFUE. Tale obbligo d'interpretazione conforme, che assicura la piena efficacia del diritto dell'Unione, riguarda l'insieme delle disposizioni del diritto nazionale, sia anteriori che posteriori alla direttiva di cui trattasi (sentenze 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, e 23 aprile 2009, C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki*).

In particolare, il collegio non può sottrarsi a tale principio (peraltro corrispondente al dettato dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione) il quale "esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio nei limiti del loro potere, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima" (sentenza *Angelidaki*, cit., punto 200).

Quanto premesso già sarebbe sufficiente per dubitare che la mera introduzione all'articolo 95, comma 10, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (in assenza di una specifica clausola del bando che espliciti l'onere dichiarativo) possa rendere compatibile con il diritto dell'Unione l'automatica esclusione del concorrente, laddove, nell'offerta, manchi l'indicazione specifica degli oneri di sicurezza aziendali.

In realtà, nella fattispecie concreta, non è neppure chiara e inequivocabile la possibilità di applicare l'articolo 95, nelle parti d'interesse, direttamente alla gara in esame, ovvero senza l'intermediazione di un'interpretazione della norma nazionale che ne precisi la portata. Ciò sotto due distinti punti di vista.

Quanto al primo, si deve rimarcare che, mentre l'articolo 95 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 regola i criteri di aggiudicazione dell'appalto per i settori ordinari, a norma dell'articolo 118 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, la procedura contestata in questa sede è soggetta alla disciplina dedicata ai settori speciali.

Nello specifico, l'articolo 95 trova applicazione nei settori speciali in forza del rinvio operato dal primo comma dell'articolo 133 ("Principi generali per la selezione dei partecipanti"), per il quale "Per la selezione dei partecipanti e delle offerte nelle procedure di scelta del contraente nei settori speciali si applicano, per quanto compatibili con le norme di cui alla presente sezione, le disposizioni di cui ai seguenti articoli: 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 95, 96 e 97". A tale norma si aggiunge poi il sesto comma dello stesso articolo 133 che prevede: "Gli enti aggiudicatori verificano la conformità delle offerte presentate dagli offerenti così selezionati alle norme e ai requisiti applicabili alle stesse e aggiudicano l'appalto secondo i criteri di cui agli articoli 95 e 97".

È evidente perciò che il detto amplissimo rinvio non si presenta diretto ed immediato ma necessita di un'ulteriore verifica, come emerge dalle locuzioni "per quanto compatibili" (al primo comma dell'articolo 133) e "conformità delle offerte (...) alle norme e ai requisiti applicabili alle stesse" (al sesto comma).

Quanto al secondo punto di vista, sotto il quale non è chiara e inequivocabile la riferibilità dell'articolo 95 direttamente alla gara in esame, è opportuno considerare la relativa formulazione nel suo insieme.

Nell'ambito dell'articolato, solo il quarto e quinto comma sono dedicati espressamente al criterio di aggiudicazione del minor prezzo, mentre, per la maggioranza dei successivi, occorre verificare partitamente se si riferiscano solo agli appalti assegnabili in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero comprendano anche quelle al massimo ribasso.

In particolare, non è chiaro se il comma 10, laddove menziona l'offerta attribuendole la qualità di "economica", presupponga o meno che essa si accompagni ad un'offerta tecnica.

Di riflesso, non può neppure escludersi una lettura dell'invito alla gara controversa che spieghi l'assenza di qualsiasi accenno agli oneri di sicurezza interni come conseguenza di una ritenuta estraneità di questa procedura negoziata alla sfera di applicazione dell'articolo 95.

In conclusione, nel caso in esame, in cui ricorre una situazione di affidamento ingenerato, per molteplici ragioni già illustrate, dalla stazione appaltante, la carenza della quota di prezzo corrispondente agli oneri di sicurezza interni deve reputarsi non sostanziale, bensì solo formale, sicché il soccorso istruttorio diventa doveroso, come chiarito dalle decisioni dell'Adunanza plenaria nn. 19 e 20 del 2016. Né esso è precluso dal disposto dell'articolo 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici poiché, per quanto sopra osservato, la lacuna nelle dichiarazioni del concorrente non si presenta essenziale, non introducendo un elemento di effettiva incertezza dell'offerta.

L'esclusione della Star Electrification dalla procedura di affidamento del servizio di manutenzione quindi è illegittima e pertanto va annullata.

4. Infine, stanti i presupposti per una pronuncia immediata, ai sensi dell'articolo 60 del codice del processo amministrativo, sono da annullare altresì i successivi atti di gara, ivi compresa l'aggiudicazione disposta in favore della società Bollita Costruzioni, travolti dall'invalidità della fase valutativa illegittimamente condotta senza l'esame dell'offerta della società istante. A ciò consegue, a norma dell'articolo 122 del codice del processo amministrativo, la declaratoria d'inefficacia del contratto eventualmente stipulato, da differirsi, però, al momento dell'eventuale esito favorevole alla ricorrente della rinnovazione *in parte qua* delle operazioni di gara, cui la stazione appaltante è obbligata in quanto effetto conformativo della sentenza.

5. Ai sensi dell'articolo 34, primo comma, lettera e), del codice del processo amministrativo, inoltre, il Tribunale dispone che le operazioni relative al soccorso istruttorio e le valutazioni conseguenti sia relative all'offerta della ricorrente sia relative all'intera gara siano effettuate entro 15 giorni dalla pubblicazione della presente sentenza.

I discordi approdi giurisprudenziali sulle questioni trattate giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, come da motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppina Adamo, Presidente, Estensore

Giacinta Serlenga, Consigliere

Maria Colagrande, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Giuseppina Adamo