

Publicato il 18/03/2021

N. 00264/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00109/2021 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 Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 109 del 2021, proposto da Italcatering S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Gorlani, elettivamente domiciliata presso il suo studio in Brescia, Via Romanino, n. 16 e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Palosco, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Yvonne Messi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

S.I.R. - Sistemi Italiani Ristorazione S.r.l., *non costituita in giudizio*;

per l'annullamento

- della determinazione n. 19 del 25 gennaio 2021, pubblicata in data 3 febbraio 2020 sul sito del Comune di Palosco, con cui è stata disposta l'aggiudicazione della fornitura di pasti per la consegna al domicilio in favore

di anziani, disabili, persone in difficoltà indicate dall'amministrazione e residenti nel comune di Palosco, per il periodo dal 1.02.2021 al 31.01.2024;

- del verbale di gara n. 6 del 25 gennaio 2021, con cui la commissione giudicatrice ha dichiarato non ammessa la società Italcatering s.r.l. alla procedura di gara, *“in quanto nell'offerta economica, formulata nell'Allegato 3, l'operatore economico non ha specificato gli oneri aziendali della sicurezza ed il costo della manodopera, come invece previsto dall'art. 95, comma 10 del D. Lgs. 50/2016”* e in cui è stato attribuito il punteggio di 30/30 all'offerta economica presentata dalla società S.I.R., con predisposizione della graduatoria finale che vedeva quale unica partecipante rimasta la predetta società, con un punteggio totale di 89/100;

- di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale, ancorché non conosciuto o non espressamente richiamato;

e per la declaratoria di inefficacia del contratto, se nel frattempo stipulato, con S.I.R. S.r.l.;

e per l'accertamento e la declaratoria del diritto della società ricorrente ad essere immediatamente riammessa alla procedura di gara;

e per l'accertamento e la declaratoria del diritto della società ricorrente a risultare aggiudicataria;

in subordine, per l'accertamento e la declaratoria del diritto della società ricorrente a vedersi concesso un congruo termine dal Comune di Palosco per indicare, tramite soccorso istruttorio, i costi di manodopera nell'offerta tecnica;

nonché con riserva di agire per il risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente in caso di mancata illegittima aggiudicazione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Palosco;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore la dott.ssa Elena Garbari nell'udienza camerale del giorno 10 marzo 2021, svoltasi con discussione orale mediante collegamenti da remoto in videoconferenza, ex art. 25, I comma, del d.l. 28 ottobre 2020 n. 137, e 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito con modificazioni dalla L. 25 giugno 2020, n. 70, e così uditi i difensori delle parti, come specificato nel verbale;

Italcatering S.r.l. ha partecipato alla procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. 18/04/2016, n. 50 bandita dal Comune di Palosco (BG) per l'aggiudicazione della fornitura triennale di pasti per la consegna al domicilio in favore di anziani, disabili, persone in difficoltà residenti nel territorio comunale, da effettuare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Dei tre operatori economici partecipanti solo due, la ricorrente e l'odierna controinteressata S.I.R., sono state ammesse alla fase di apertura dell'offerta tecnica. Italcatering ha offerto un costo a pasto di 4,00 euro, mentre la concorrente 4,21 euro.

L'esponente è stata però esclusa dalla procedura perché la stazione appaltante, su segnalazione di S.I.R., le ha contestato la mancata indicazione, nel modulo 3 allegato all'offerta tecnica, degli oneri aziendali della sicurezza e del costo della manodopera, come prevede l'articolo 95, comma 10 del d.lgs. 50/2016, a norma del quale: *“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). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d).”*

La gara è stata quindi aggiudicata alla controinteressata, che ha conseguito 59/70 punti per l'offerta tecnica (contro i 58/70 punti di Italcatering) e 30/30 per l'offerta economica.

La ricorrente impugna sia l'atto finale della procedura sia il verbale di esclusione, denunciandone l'illegittimità per i seguenti motivi:

I. *Violazione dell'art. 95, comma 10 del d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per travisamento dei fatti.*

Precisa la ricorrente di aver indicato nella sua offerta gli oneri di sicurezza solo in quanto richiesti dalla pagina preimpostata e non modificabile del sistema informatico di gestione della procedura, e di non aver specificato i costi di manodopera, in quanto espressamente esclusi dall'articolo 4 del capitolato e non richiesti dal modulo preimpostato e non modificabile.

Soggiunge che l'oggetto dell'appalto è qualificabile come fornitura senza posa in opera, consistendo nella consegna giornaliera dei pasti presso la sede del comune di Palosco, direttamente fruibili dal destinatario (senza necessità di posa in opera, ovvero di ulteriori attività strumentali, secondo il criterio distintivo indicato dalla giurisprudenza), mentre le restanti attività cui è tenuto l'aggiudicatario hanno carattere meramente accessorio e marginale. Alla procedura in questione non trova -quindi- applicazione il nominato articolo 95, comma 10 del codice appalti, che esclude espressamente le forniture senza posa in opera.

II. *Violazione dell'art. 83, comma 9 del d.lgs. 50/2019. Eccesso di potere per difetto di proporzionalità.* A fronte della formulazione espressa del capitolato (articolo 4) e della documentazione di gara (modulo preimpostato), nonché della natura della fornitura (senza posa in opera) l'operatore economico era evidentemente indotto a ritenere che l'indicazione dei costi della manodopera non fosse necessaria, sicché l'esclusione così motivata risulta illegittima e sproporzionata, perché la stazione appaltante avrebbe dovuto concedere alla società un congruo termine per la regolarizzazione dell'offerta.

La ricorrente evidenzia infine che, ove riammessa alla gara, risulterebbe aggiudicataria dell'appalto in applicazione della formula matematica prevista dal disciplinare ai fini del calcolo del punteggio dell'offerta economica.

Si è costituito per resistere al ricorso il Comune di Palosco, contestando in primo luogo la qualificazione dell'appalto proposta dall'esponente, non solo a fronte dell'inclusione della fornitura di pasti tra i servizi di ristorazione indicati nell'allegato IX del codice appalti, ma altresì in ragione delle prescrizioni della legge speciale, che impongono all'aggiudicatario precise modalità di esecuzione ed una serie di servizi ulteriori rispetto alla mera produzione dei pasti.

L'amministrazione comunale afferma -inoltre- che il modulo 3 pubblicato sulla piattaforma informatica di gestione della gara era in formato Word, quindi modificabile, tanto che S.I.R. ha aggiunto al testo prestampato gli oneri della sicurezza ed i costi della manodopera, e che -quindi- non sussistono i presupposti legittimanti l'eccezione alla regola dell'esclusione automatica dell'operatore, che va limitata alle sole ipotesi di oggettiva impossibilità, per il concorrente, di indicare le voci stesse nei modelli predisposti dall'amministrazione (Cons. Stato, Ad.plen. 2 aprile 2020, n. 8).

Il ricorso è stato chiamato per l'esame dell'istanza cautelare alla camera di Consiglio del 10 marzo 2021 e ivi trattenuto in decisione, a termini degli articoli 60 e 120 c.p.a.

La difesa dell'amministrazione resistente ha confermato nel corso della discussione che il contratto non è ancora stato stipulato e che la continuità del servizio è assicurata dall'esecuzione anticipata disposta ai sensi dell'articolo 32, comma 8 del codice appalti.

Il ricorso è fondato.

L'appalto oggetto dell'odierno contenzioso non può invero essere qualificato come mera fornitura senza posa in opera.

Il capitolato di gara, all'articolo 21, nel disciplinare le modalità di "organizzazione del servizio", prevede infatti l'obbligo per la società aggiudicataria di:

- effettuare l'acquisto, lo stoccaggio e la corretta conservazione delle materie prime e di tutti gli altri prodotti, materiali e beni da utilizzare per la

produzione dei pasti e per l'esecuzione dell'appalto;

- assicurare un pasto composto nel rispetto di quanto prescritto dal bando e sulla base delle richieste degli utenti, che devono poter scegliere tra almeno tre opzioni per ciascun piatto;
- attivare i pasti a domicilio per i nuovi utenti;
- garantire, qualora alcuni degli utenti presentino particolari patologie, la preparazione di pasti dieteticamente compatibili;
- fornire, se richiesta dall'utente e/o dal servizio sociale comunale, una consulenza gratuita dietetico alimentare agli utenti;
- utilizzare per ciascun pasto vaschette monoporzione, provvedendo – dopo l'utilizzo – alle operazioni di lavaggio e sanificazione nonché alla buona tenuta e conservazione degli stessi;
- attivare, su richiesta dell'amministrazione comunale, un sistema di rilevazione del gradimento del pasto da sottoporre agli utenti del servizio, fornendo al Comune -al termine della rilevazione- copia degli strumenti di rilevazione somministrati agli utenti e un *report* complessivo di rilevazione;
- trasmettere prima dell'avvio del servizio l'elenco del personale operante, specificandone qualifica, data di assunzione, tipologia e livello contrattuale, certificato di idoneità alla mansione assegnata.

La pur sintetica descrizione delle attività richieste, anche a prescindere dall'espressa inclusione della fornitura dei pasti all'interno dei servizi di ristorazione indicati dall'allegato IX del d.lgs. 50/2016, evidenzia come il contenuto dell'appalto in questione non possa essere ridotto alla mera fornitura e, pertanto, come lo stesso rientri nel campo di applicazione del citato articolo 95, comma 10 del codice degli appalti.

Tanto premesso, occorre sottolineare come la controversia *de qua* non involga la questione dell'applicazione di tale norma nel silenzio della *lex specialis*, in quanto le disposizioni della legge di gara di cui è qui questione non hanno ommesso di indicare l'obbligo di specificare le suddette voci di costo, ma l'hanno espressamente escluso.

L'articolo 4 del capitolato (Valore economico dell'affidamento), infatti, così dispone: *“Il valore dell'appalto è stimato per ogni pasto in € 4,30 oltre Iva per un complessivo di € 156.038,40 oltre iva per l'intera durata. (...) Non sono previsti oneri per la sicurezza. Non sono previsti costi per la manodopera.”*

Tale precisa indicazione trova, inoltre, piena corrispondenza nei moduli predisposti dal comune e messi a disposizione degli operatori per la redazione dell'offerta economica, che non contengono tali voci.

Va evidenziato che la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 8/2020, richiamata dalla stazione appaltante a giustificazione dell'automatismo espulsivo, utilizza quale canone interpretativo per delineare la portata dell'eccezione alla regola dell'esclusione dell'operatore per violazione dell'articolo 95, comma 10 d.lgs. 50/2016 quello indicato dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza della Sez. I, 2 maggio 2019, causa C-309/18, ritenuto esaustivo dalla stessa Plenaria.

La Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi in merito alla compatibilità con il diritto comunitario di una normativa nazionale che preveda l'esclusione dell'offerta economica senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i costi separatamente *non sia specificato nella documentazione della gara d'appalto*, potendo conseguentemente indurre gli operatori economici in errore in relazione alla doverosità o meno dell'adempimento, ha così stabilito: *“per giurisprudenza costante della Corte, da un lato, il principio di parità di trattamento impone che gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti gli offerenti. Dall'altro lato, l'obbligo di trasparenza, che ne costituisce il corollario, ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. L'obbligo in questione 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, in modo che, da un lato, si permetta a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'autorità aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le*

offerte degli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione. (...) Questi stessi principi non possono invece, di norma, ostare all'esclusione di un operatore economico dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a causa del mancato rispetto, da parte del medesimo, di un obbligo imposto espressamente, a pena di esclusione, dai documenti relativi alla stessa procedura o dalle disposizioni del diritto nazionale in vigore. (...) 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. 31 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, S.C.G. e M., C-162/16, non pubblicata, EU:C:2016:870, punto 32)".

Ciò significa che “sebbene non sia violativo della normativa comunitaria prevedere una ipotesi di esclusione automatica dalla procedura selettiva per mancata indicazione dei costi della manodopera, è comunque necessario operare una valutazione in concreto sulle indicazioni fornite nella documentazione di gara che non devono dare adito a dubbi circa gli adempimenti richiesti a pena di esclusione” (TAR Lazio, Roma, Sez. I ter, 6 giugno 2019, n. 7324).

Ora, fermo restando che nel caso qui in esame le circostanze in fatto erano ben diverse da quelle che hanno originato le due nominate pronunce, del giudice comunitario e nazionale, nelle quali si trattava di decidere se il meccanismo espulsivo operasse anche nel caso di omesso richiamo, nella legge di gara, degli obblighi indicati dall'articolo 95, comma 10, proprio

l'applicazione del canone interpretativo così delineato all'odierna controversia impone di accogliere le censure articolate dalla società ricorrente.

In disparte la questione relativa al formato del modello 3 (e quindi la sua modificabilità da parte degli operatori), sulla quale le parti dissentono, ma che non risulta invero determinante ai fini della decisione, va evidenziato che il capitolato di gara espressamente e testualmente escludeva gli oneri di sicurezza e i costi della manodopera e che il modulo predisposto dalla stazione appaltante, coerentemente, non riportava dette voci: ciò ha certamente generato grave confusione in capo agli offerenti, secondo il criterio ermeneutico indicato dalla Corte di Giustizia, determinando un legittimo affidamento sulla non necessità di indicare i costi della manodopera. L'automatica esclusione della concorrente, senza l'invito a regolarizzare l'offerta, risulta, pertanto, illegittima.

Il ricorso va quindi accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati e obbligo per il comune resistente di riavviare l'istruttoria delle offerte tecniche, assegnando al concorrente escluso un congruo termine per indicare gli oneri per la sicurezza e i costi per la manodopera modificando, ove necessario, il modello da utilizzare in gara a tale fine.

Le spese di lite seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la determinazione nr. 19 del 25 gennaio 2021 di aggiudicazione della gara ed il verbale di gara n. 6 del 25 gennaio 2021, di esclusione della ricorrente.

Condanna il Comune resistente alla refusione a Italcatering S.r.l. delle spese di lite, che liquida in 2.500,00 (duemilacinquecento/00) euro, oltre oneri di legge; al verificarsi dei presupposti di cui all'articolo 13, comma 6 bis 1, del d.P.R. 115/2002, l'Amministrazione resistente provvederà altresì a rifondere alla ricorrente il contributo unificato effettivamente versato.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto, ex art. 25, II comma, del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Ariberto Sabino Limongelli, Consigliere

Elena Garbari, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Elena Garbari

IL PRESIDENTE

Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO