



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 il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 14896 del 2019, proposto da
Consorzio Ge.Se.av. s.c.a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Giampaolo Austa, con domicilio digitale in atti e
domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Pompeo Magno, n. 7;

contro

Roma Capitale, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentata e difesa
dall'avvocato Luigi D'Ottavi, con domicilio digitale in atti e domicilio eletto presso la
sede dell'Avvocatura dell'ente in Roma, via del Tempio di Giove, n. 21;

nei confronti

CNI s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in
giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara di cui all'“*Elenco degli offerenti ammessi ed esclusi dalle successive fasi di gara*” prot. n. RF/2019/100045 del 28 ottobre 2019;
- della comunicazione trasmessa nell'area riservata del portale telematico www.acquistinretepa.it con la quale il consorzio ricorrente è stato informato che “*In data odierna sarà pubblicato nella sezione Amministrazione Trasparente del sito istituzionale di Roma Capitale l'elenco degli offerenti ammessi ed esclusi. Si comunica che la Vs. offerta economica è stata esclusa a causa della mancata*

indicazione dei costi di manodopera così come prescritto dall'art. 95, comma 10, del codice degli appalti e dal disciplinare di gara (art. 5 "Offerta economica");

- della Determina Dirigenziale prot. n. RF/110884/2019 del 22.11.2019, pubblicata sul sito internet di Roma Capitale, sezione "Amministrazione Trasparente", il 26 novembre 2019

(https://www.comune.roma.it/resources/cms/documents/Trasloco_Archivio_Avvocatura.pdf) di aggiudicazione del servizio alla CNI s.p.a.;

- della comunicazione di aggiudicazione ex art. 76 del d.lgs. 50/2016, prot. n. 112527 del 26 novembre 2019;

per la declaratoria di inefficacia del contratto, se *medio tempore* stipulato;

per l'accertamento del diritto del ricorrente di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto e/o per il subentro nel contratto di appalto;

in subordine, per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente monetario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roma Capitale;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 aprile 2020 la dott.ssa Eleonora Monica;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il presente gravame, il consorzio ricorrente - inizialmente collocatosi al primo posto nella graduatoria stilata all'esito della procedura negoziata, indetta da Roma Capitale ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), per "*l'affidamento del servizio di trasloco, custodia e gestione dell'archivio dell'Avvocatura capitolina, da effettuarsi mediante RdO sul Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione*" mediante l'invio di una richiesta d'offerta (RdO) agli operatori economici abilitati sul Mercato Elettronico della Pubblica amministrazione ("MePA") per la categoria "*Servizi di Logistica (traslochi, facchinaggio, movimentazione merci, magazzino, gestione archivi)*" - impugna la sua esclusione dalla gara "*a causa della mancata indicazione dei costi di manodopera così come prescritto dall'art. 95, comma 10, del codice degli appalti e dal disciplinare di gara (art. 5 "Offerta economica")*", nonché la successiva aggiudicazione in favore della CNI s.p.a..

In particolare, parte ricorrente chiede l'annullamento di tali atti - e per l'effetto l'aggiudicazione in proprio favore della gara - assumendone l'illegittimità per:

1. Violazione e falsa applicazione degli artt. 83, comma 8, e 95, comma 10, del d.lgs. 50/2016, dei principi di tassatività e tipicità delle cause di esclusione nonché di proporzionalità e di ragionevolezza, sostenendo come la comminata sanzione espulsiva non sarebbe (in tesi) prevista né dalla legge né dalla *lex specialis* di gara;
2. Violazione e falsa applicazione degli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016 e dell'art. 5 del Disciplinare di gara nonché dei principi di legittimo affidamento, trasparenza e massima partecipazione, evidenziando come la circostanza - espressamente riconosciuta dalla stazione appaltante - che la "*Scheda Tecnica*" predisposta sul MePA, non prevedendo uno specifico spazio per l'indicazione dei costi della manodopera, fosse "*in qualche modo idonea a determinare perplessità o confusione*" (in tal senso la nota del 31 ottobre 2019), avrebbe dovuto, comunque, determinare la stazione appaltante ad attivare il meccanismo del soccorso istruttorio.

Roma Capitale si costituiva in giudizio, successivamente versando in atti propria nota, in cui evidenziava la legittimità della contestata esclusione, attesa la totale assenza dell'indicazione dei costi in questione e l'espressa previsione nel Disciplinare di gara dell'obbligo - a pena di esclusione - di "*indicare la stima dei costi della manodopera necessaria all'esecuzione del contratto*", vieppiù non rendendo "*la modulistica ...del tutto impossibile il rispetto dell'obbligo di legge atteso che ben quattro offerenti sono riusciti ad inserire i costi della manodopera proprio sul modello predisposto sulla piattaforma telematica*".

La Sezione con ordinanza n. 8407/2019 respingeva l'istanza di sospensione cautelare "*atteso che: (i) per le gare bandite ai sensi del decreto legislativo n. 50 del 2016, la mancata separata indicazione dei costi della manodopera comporta l'esclusione dalla procedura, a prescindere dall'indicazione nella lex specialis di gara, senza che il concorrente stesso possa essere ammesso in un secondo momento al beneficio del c.d. soccorso istruttorio (Ad. plen. n. 1 del 2019; Cons. Stato, Sez. V, 29 aprile 2019, n. 2734) e tale conseguenza è stata ritenuta compatibile con i principi e la disciplina europei, a meno che l'indicazione dei costi della manodopera non fosse materialmente impossibile (C. giust., Nona Sez., 2 maggio 2019, causa C-309/18); (ii) nel caso in esame, tale materiale impossibilità non sembra essersi verificata,*

poiché risulta che altri concorrenti nell'ambito della medesima procedura abbiano indicato separatamente i costi della manodopera”.

Seguivano ulteriori memorie difensive, in cui entrambe le parti ribadivano le loro posizioni.

All'udienza pubblica del 22 aprile 2020, la causa veniva, dunque, trattenuta in decisione.

Il ricorso è infondato, in ragione delle argomentazioni già espresse in sede cautelare. Come, infatti, già evidenziato nella citata ordinanza cautelare, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con sentenza del 2 maggio 2019, C-309/18, ha recentemente affermato il principio secondo cui non contrasta con i principi di certezza del diritto, parità di trattamento e trasparenza enunciati nella direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, la causa di esclusione dalle procedure di affidamento prevista all'art. 95, comma 10, del d.lgs. 50/2016 (per omessa esplicita indicazione dei *“propri costi della manodopera”*), fatta salva l'ipotesi in cui *“le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche”*, per la quale deve ammettersi, in ossequio ai canoni di trasparenza e di proporzionalità, la possibilità per il partecipante di regolarizzare l'offerta, mediante il ricorso al meccanismo del soccorso istruttorio.

A tale conclusione la Corte è, in particolare, giunta sulla base dei seguenti rilievi:

- a) che l'obbligo di indicare separatamente gli oneri per la sicurezza aziendale in sede di offerta *“discende chiaramente dal combinato disposto dell'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici e dell'articolo 83, comma 9, del medesimo”*, il quale non consente la regolarizzazione di carenze concernenti l'offerta tecnica o economica (§ 25 della sentenza);
- b) che, pertanto, qualsiasi operatore economico *“ragionevolmente informato e normalmente diligente”* si presume a conoscenza dell'obbligo in questione (§ 27);
- c) che la regola opera *“anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione”*;
- d) che nei casi in cui il bando di gara contenga un espresso rinvio alle norme del codice dei contratti pubblici (§ 26), ma si accompagni alla predisposizione di modelli dichiarativi ad uso obbligatorio concretamente privi di *“spazio fisico per*

l'indicazione separata dei costi della manodopera”, debba demandarsi al giudice del merito la verifica della “*materiale impossibilità*” di evidenziare, nel rispetto della prescrizione normativa, i costi in questione, legittimandosi – in presenza di circostanze idonee a “*generare confusione*” in capo agli offerenti – l’eventuale attivazione del soccorso istruttorio.

Orbene, alla luce di tali affermazioni, deve ritenersi definitivamente chiarito come l’automatismo espulsivo correlato al mancato scorporo nell’offerta economica dei costi inerenti alla manodopera sia conforme al diritto europeo e si applichi, inoltre, a prescindere dalla circostanza che il bando ribadisca espressamente o meno l’obbligo di separata evidenziazione dei costi in questione, essendo a tal fine sufficiente, in virtù del principio di eterointegrazione della *lex specialis* ad opera della *lex generalis*, che nella documentazione di gara sia riportata una dicitura per cui, per quanto non espressamente previsto nel bando, nel capitolato e nel disciplinare di gara, debba farsi applicazione delle norme del Codice dei contratti pubblici e, dunque, anche del citato art. 95, comma 10 (in tal senso, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 24 gennaio 2020, n. 604).

Ne discende, pertanto, l’infondatezza del primo motivo di ricorso formulato dal consorzio ricorrente (con cui si contesta finanche che l’art. 95, comma 10, del d.lgs. 50/2016 commini una sanzione espulsiva), vieppiù rilevando che – come dedotto dalla resistente - nel caso di specie, il Disciplinare di gara non solo contenesse un rinvio al d.lgs. n. 50/2016 (in tal senso, il paragrafo 10) bensì chiaramente specificasse che “*l’offerta dovrà indicare la stima dei costi della manodopera necessaria all’esecuzione del contratto*” (paragrafo 5, ultimo capoverso).

Ciò posto, con riferimento alla seconda doglianza, la questione sottoposta all’attenzione del Collegio concerne la portata dell’eccezione alla regola dell’esclusione automatica e, dunque, la facoltà, per la stazione appaltante, di recuperare, con il ricorso al soccorso istruttorio, l’offerta che, in violazione della prescrizione di cui all’art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, ometta la esplicita indicazione dei “*costi della manodopera*”, atteso che, come evidenziato da parte ricorrente, nel modello di offerta economica predisposto dall’amministrazione non era presente “*uno spazio apposito per l’indicazione dei costi della manodopera, ingenerando un legittimo affidamento nel concorrente che detti costi non dovessero essere indicati separatamente*”.

Ebbene, il Collegio è dell’avviso che anche tale censura debba essere disattesa.

Rileva, innanzi tutto, che - come già evidenziato - il Disciplinare di gara chiarisse la necessità di una separata indicazione dei costi in questione, atteso non solo l'espresso rinvio "*per quanto non previsto*" al codice dei contratti pubblici, bensì anche la specificazione, per quel che concerneva l'offerta economica, che essa "*dovrà indicare la stima dei costi della manodopera necessaria all'esecuzione del contratto*", con l'ulteriore precisazione che, in caso contrario, l'offerta non sarebbe stata ammessa, sicché tutti gli operatori economici partecipanti alla gara erano resi edotti dell'esistenza al riguardo di uno specifico obbligo dichiarativo, pena l'esclusione dalla procedura.

Ne discende come, nel caso di specie, la circostanza che la relativa modulistica non contenesse uno spazio specificamente dedicato all'indicazione dei costi della manodopera potesse di per sé ingenerare - a fronte di una siffatta chiara specificazione nella *lex specialis* di gara - un'obiettiva ambiguità circa la sussistenza dell'obbligo di cui si discorre, a nulla rilevando che, poi, l'amministrazione, nel confermare in sede di autotutela la contestata esclusione, si sia incidentalmente espressa in termini di possibile "*confusione*".

Né, nella fattispecie in esame, è data ravvisare un'oggettiva impossibilità d'includere i predetti costi nell'offerta economica, risultando agli di causa che il relativo modello predisposto sulla piattaforma telematica di negoziazione, pur non prevedendo una specifica e separata casella ove distintamente inserirli, ne consentisse comunque una puntuale specificazione in sede di descrizione dei "*Dati dell'offerta*", i cui riquadri - come comprovato dall'operato dei partecipanti alla stessa gara, che hanno puntualmente adempiuto a detto obbligo nella predisposizione della propria offerta (in tal senso i moduli di offerta versati in atti da Roma Capitale in allegato alla nota depositata il 13 dicembre 2019) - erano liberamente compilabili dai concorrenti, che non erano, dunque, a tal proposito vincolati al rispetto di alcuno schema rigido.

Attesa, pertanto, l'inesistenza nel caso di specie di un impedimento assoluto all'assolvimento dell'obbligo di cui si discorre, deve escludersi, in conformità ai principi richiamati, la possibilità di recuperare l'omissione attraverso l'attivazione dell'invocato meccanismo del soccorso istruttorio.

In conclusione, alla luce delle argomentazioni fin qui svolte, il ricorso proposto dal consorzio deve essere respinto, anche relativamente alla pretesa risarcitoria ivi avanzata.

Sussistono, comunque, giusti motivi - in ragione della peculiarità della situazione e dell'iniziale non univocità della giurisprudenza sulla questione - per compensare integralmente tra tutte le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 aprile 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Marina Perrelli, Consigliere

Eleonora Monica, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Eleonora Monica

IL PRESIDENTE
Francesco Riccio

IL SEGRETARIO