

Pubblicato il 22/06/2018

N. 07039/2018 REG.PROV.COLL.
N. 06303/2018 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 il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. Amm. sul ricorso numero di registro generale 6303 del 2018 proposto dalla srl Land, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni Crisostomo Sciacca, Marcello Marra Mercozzi, Valentina Di Benedetto e Fabrizio Dionisio ed elettivamente domiciliata presso lo Studio Sciacca & Associati in Roma, Via di Porta Pinciana n.6;

contro

Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Gaetano De Ruvo, Daniela Anziano e Dario Bottura ed elettivamente domiciliato presso l'Avvocatura Centrale dell'Istituto in Roma, Via Cesare Beccaria n.29;

nei confronti

Converge Spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Albanese ed Eugenio Picozza ed

elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Picozza in Roma, Via di San Basilio n.61;

per ottenere:

a) l'annullamento:

- della determinazione del 4 maggio 2018 prot. n.RS30/204/2018 con cui l'INPS ha escluso la srl Land dalla procedura ristretta di carattere comunitario, ai sensi dell'art.61 del d.lgvo n.50/2016, volta all'acquisizione della fornitura di 3000 scanner con alimentatore automatico comprensiva di 60 mesi di manutenzione, svolta mediante Sistema Dinamico di Acquisizione su piattaforma Consip, ai sensi dell'art.55 del d.lgvo n.50/2016;

- dei verbali della Commissione nn.1, 2, 3, 4 e 5 ed in particolare del verbale n.4 del 18 gennaio 2018 nella parte in cui l'INPS ha ammesso l'offerta economica della Converge spa;

- della determinazione 11 maggio 2018 prot. n.RS30/218/2018, comunicata con PEC in pari data, con cui l'INPS ha aggiudicato la fornitura de qua alla citata Converge spa;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali, così come indicati nell'epigrafe del gravame;

b) la condanna dell'INPS al risarcimento del danno in forma specifica mediante aggiudicazione alla Land con conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato medio tempore con la società aggiudicataria e subentro della società ricorrente nel suddetto contratto, ovvero, in subordine, la condanna al risarcimento del danno per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Converge S.p.A. e dell'Istituto Nazionale Previdenza Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2018 il dott. Giuseppe Sapone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il proposto gravame la società ricorrente ha impugnato la determinazione, in epigrafe indicata, con cui è stata esclusa dalla gara, pure in epigrafe descritta, in quanto non aveva quantificato nella propria offerta economica i costi relativi alla manodopera, i quali non risultavano essere stati indicati in nessun documento di gara, nonchè la successiva aggiudicazione della suddetta gara a favore della spa Converge.

Avverso le gravate determinazioni sono state formulate le seguenti doglianze:

- 1) Violazione e falsa applicazione degli artt.95, comma 10, e 83, co. 8 e 9 del d.lgvo n.50/2016 anche in relazione alla Direttiva CEE n.2014/24/UE (art.18 e 56). Difetto di istruttoria. Illogicità e sproporzione. Travisamento. Violazione del principio di affidamento e del favor participationis;
- 2) Violazione e/o falsa applicazione dell'art.6.8 del capitolato di oneri. Violazione della par condicio competitorum. Violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione, Violazione dei principi di imparzialità ed economicità dell'azione amministrativa.

Sempre con il proposto gravame la Land ha chiesto, altresì, la condanna dell'INPS al risarcimento del danno in forma specifica con l'accertamento del proprio diritto ad ottenere l'aggiudicazione della gara in questione e previa dichiarazione di inefficacia del contratto ove eventualmente stipulato tra il resistente Istituto e la società aggiudicataria, ovvero, in via subordinata, la condanna al risarcimento del danno per equivalente.

Si sono costituiti sia l'INPS che la spa Converge contestando analiticamente e con dovizia di argomentazioni la fondatezza delle dedotte

doglianze.

Il gravame – chiamato all'odierna camera di consiglio del 19.6.2018 per la deliberazione dell'istanza cautelare proposta da parte ricorrente - viene ritenuto per la decisione del merito, ai sensi dell'art. 60 del d.lgvo n.104/2010, il quale stabilisce che " In sede di decisione della domanda cautelare, purchè siano trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, il Collegio, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata, salvo che una delle parti dichiari che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza ovvero regolamento di giurisdizione"

Ricorrono, quanto alla sottoposta vicenda contenziosa, i presupposti contemplati dalla citata disposizione al fine di consentire un'immediata definizione della controversia mediante decisione da assumere "in forma semplificata".

In via preliminare il Collegio sottolinea che:

- a) la lex specialis della gara (punto 6.8 del Capitolato di oneri) prevedeva espressamente che "il concorrente dovrà inviare e far pervenire, a pena di esclusione, attraverso il Sistema alla stazione appaltante, un'offerta economica costituita da una dichiarazione generata dal Sistema in formato pdf <Offerta Economica>... Tale dichiarazione deve contenere, tra le altre, le seguenti informazioni: "I propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro";
- b) la menzionata disposizione, anche se sostanzialmente riproduttiva dell'art.95, comma 10, del d.lgvo n.50/2016, aveva tuttavia una propria autonoma valenza prescrittiva;
- c) in tale contesto, quindi, è evidente e non è seriamente contestabile, che secondo la lex specialis di gara la formale autonoma e specifica

indicazione dei costi e degli oneri de quibus costituiva un elemento essenziale dell'offerta economica.

Alla luce di tali presupposti ne discende de plano che la mancata indicazione delle suddette voci di costo risultava in palese contrasto con quanto previsto dalla menzionata disposizione di gara, con la conseguenza che la Stazione appaltante, una volta accertata la carenza de qua, era vincolata ad adottare il gravato provvedimento di esclusione non potendo in alcun modo derogare a quanto chiaramente stabilito dalla lex specialis, la quale prevedeva (paragrafo 7.2 del Capitolato di oneri) che sarebbero stati esclusi i concorrenti che avrebbero presentato "Offerte incomplete e/o parziali).

Nè ad inficiare la correttezza dell'operato della stazione appaltante risultano idonei gli ampi richiami giurisprudenziali di parte ricorrente in base ai quali l'art.95 del d.lvo n.50/2016 "non sanziona l'inosservanza dell'onere di indicazione del costo del personale con l'automatica esclusione della gara", atteso che, come diligentemente fatto presente dalla stazione appaltante (pag.10 della memoria di costituzione) la citata giurisprudenza nazionale e comunitaria richiamata dalla società ricorrente aveva affrontato la problematica delle conseguenze derivante dalla omessa indicazione dei costi de quibus nell'ipotesi in cui l'esclusione dell'operatore non era stata comminata espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale.

Ad abundantiam il Collegio sottolinea che:

I) nel nuovo testo dell'art.95 come introdotto dal d.lgvo n.56/2017, la stragrande maggioranza della giurisprudenza, richiamata certosamente nella memoria conclusionale della società controinteressata, ha assunto una linea rigorosa in ordine alla mancata specifica indicazione dei costi in questione;

II) la sentenza del CS, sez.III, n.2554/2018, la quale ha riformato la sentenza di questa Sezione n.1113/2018, che si era uniformata al suddetto

indirizzo giurisprudenziale, affermando che l'obbligo di considerare gli oneri per la sicurezza aziendale nell'offerta economica ora codificato dall'art.95, comma 10, del d.d.lgvo n.50/2016, non comporta l'automatica esclusione dell'impresa concorrente che, pur senza evidenziarli separatamente nell'offerta, li abbia comunque considerati nel prezzo complessivo dell'offerta, non è applicabile nella fattispecie in esame stante che la gravata esclusione è stata adottata in pedissequa applicazione di quanto chiaramente previsto dalla lex specialis di gara, la quale ha ritenuto, sulla base di una autonoma scelta discrezionale, immune da qualsiasi illogicità, che i costi de quibus dovevano essere distintamente indicati dell'offerta economica, prevedendo altresì che tale mancata specifica indicazione era sanzionata con l'esclusione dell'offerta.

Non suscettibile di favorevole esame è anche il profilo di doglianza, pure formulato con la censura in trattazione, con cui la società ricorrente, sul presupposto che nel modulo per la presentazione dell'offerta la stazione appaltante non aveva previsto l'indicazione dei costi de quibus, ha sostenuto che aveva legittimamente maturato l'affidamento in ordine alla non essenzialità della specificazione separata de costi in questione.

In merito il Collegio sottolinea che:

- a) la specifica indicazione dei ripetuti costi si evinceva ictu oculi dalle citate disposizioni della lex specialis;
- b) come affermato da entrambe le parti resistenti, peraltro non contestate sul punto, la modulistica predisposta e generata dal sistema consentiva agli operatori economici di caricare a sistema anche dichiarazioni aggiuntive, facoltà di cui la stessa Land si è avvalsa avendo prodotto unitamente alla documentazione amministrativa un file aggiuntivo, denominato "Specifiche modello offerto", non previsto tra i documenti da produrre nè generato in automatico dal sistema, ma creato in completa autonomia dalla suddetta società e caricato a sistema.

Da rigettare è infine il terzo ed ultimo profilo di doglianza con cui è stata denunciata la mancata attivazione del soccorso istruttorio che nella vicenda in esame doveva ritenersi doveroso atteso che non si sarebbe tradotto " in una modifica sostanziale del contenuto dell'offerta, ma solo nella specificazione formale di una voce che, pur considerata nel prezzo finale non è stata dettagliatamente indicata".

Al riguardo deve essere evidenziato che:

a) l'art. 83, comma 9, del d.lgvo n.50/2016 stabilisce che "Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa";

b) nella fattispecie in esame la carenza formale di un elemento ritenuto essenziale dalla lex specialis ai fini della corretta formulazione dell'offerta riguardava l'offerta economica e, pertanto, non poteva trovare applicazione il richiamato istituto.

Alla luce di tali argomentazioni, pertanto, la prima delle dedotte doglianze deve essere rigettata.

Con la seconda ed ultima doglianza la società ricorrente ha contestato la legittimità della mancata esclusione della società aggiudicataria la quale, in palese contrasto con la lex specialis di gara, aveva allegato alla propria

offerta economica una dichiarazione aggiuntiva non prescritta e non consentita dal capitolato di oneri.

In primis deve essere dichiarata non suscettibile di favorevole esame l'eccezione con cui la società controinteressata ha prospettato l'inammissibilità della doglianza de qua per carenza di interesse in capo a Land stante l'avvenuta esclusione della stessa.

Al riguardo il Collegio intende uniformarsi a quanto affermato dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n.9/2014, la quale ha ritenuto che nel giudizio amministrativo il concorrente escluso ha legittimazione a ricorrere contro l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, allorchè le due offerte - come è dato ravvisare nella vicenda in esame - siano affette da un vizio afferente la medesima fase procedimentale.

Nel merito, comunque, la doglianza è infondata atteso che l'art. 5 del Capitolato di oneri il quale stabilisce che " prima dell'invio tutti i file che compongono l'offerta, che non siano già in formato pdf. devono essere tutti convertiti in formato pdf" consente ai concorrenti di inserire nel sistema dichiarazioni aggiuntive, facoltà, di cui si è peraltro legittimamente avvalsa, la società ricorrente, come sopra precisato.

Il rigetto della proposta azione impugnatoria comporta, conseguentemente, il rigetto anche della connessa azione risarcitoria.

Le spese del presente giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III quater, definitivamente pronunciando sul ricorso n.6303 del 2018, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la società ricorrente al pagamento, in parti uguali, a favore del resistente Istituto e di Converge spa delle spese del presente giudizio, liquidate in complessivi Euro 10.000,00 (Euro diecimila\00).

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 giugno 2018

con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Sapone, Presidente, Estensore

Alfredo Storto, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Giuseppe Sapone

IL SEGRETARIO