

**APPALTI - OFFERTA ECONOMICA - COSTI DELLA SICUREZZA - COSTI DELLA MANODOPERA - OMESSA INDICAZIONE - ATTI DI GARA CHE NON CONSENTONO L'INDICAZIONE - SOCCORSO ISTRUTTORIO - AMMESSO**

Ai casi in cui l'impresa non può concretamente indicare i propri costi di sicurezza aziendale e i propri costi della manodopera in sede di offerta a causa di difetti tecnici presenti nell'architettura della piattaforma telematica, risultano, dunque, pienamente applicabili le statuizioni della Corte di giustizia e dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato secondo cui *“se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice”* (cfr. Corte di giustizia, Nona Sez., 2 maggio 2019, causa C-309/18).

Dunque, la Corte di giustizia ha indicato quale condizione legittimante il soccorso istruttorio proprio la materiale impossibilità dell'indicazione degli importi di cui all'articolo 95, c. 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 (Cons. Stato, Ad. plen., nn. 7 e 8 del 2020).

**Consiglio di Stato, sez. V<sup>^</sup>, sentenza n. 10633/2023**

Publicato il 07/12/2023

**N. 10633/2023REG.PROV.COLL.**

**N. 06095/2023 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 numero di registro generale 6095 del 2023, proposto da  
, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in  
relazione alla procedura CIG , rappresentata e difesa dagli avvocati  
e , con domicilio digitale come da PEC da  
Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio in  
Roma, ;

***contro***

, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in  
Roma, via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti***

, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentata e difesa dagli , con  
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo  
studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Prima)  
n. 9810 del 2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della difesa e di Dussmann  
Service S.r.l.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 novembre 2023 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Lanzaro, e Marras per delega di Martinez e Moscuza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

ha impugnato il provvedimento prot. “M\_D ARM086 0018513 – 2023” del 27 marzo 2023 nella parte in cui ha disposto l'esclusione dell'odierna appellante dalla procedura di gara: “*Id Prat. 01/2023 - Procedura di gara ex art. 36 comma 2 lettera d) del D. Lgs. 50/2016 e smi per l'individuazione di un unico operatore economico al quale affidare i lavori finalizzati al mantenimento in efficienza degli impianti di riscaldamento/raffrescamento dei compressori denominati “Palazzo A.M.” e “Caserma G. Romagnoli”, entrambi ubicati in Roma (RM), rispettivamente in viale dell'Università, 4 e via dei Frentani, 5. Importo massimo presunto € 1.229.508,20 oltre IVA al 22%. Cap. 4536/12 - E.F. 2023- 2024” (CIG 9675007459), nonché, con ricorso per motivi aggiunti, la successiva aggiudicazione della gara a*

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha respinto il ricorso e i motivi aggiunti con sentenza n. 9810 del 2023, appellata da \_\_\_\_\_ per i seguenti motivi di diritto:

I. illegittimità del primo capo della sentenza impugnata, punti 16-21, nella parte in cui ha respinto il ricorso di primo grado; epigrafe I motivo di ricorso in primo grado: “*Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83, comma 9, e 95, comma 10, del D.lgs. n. 50/2016; dell'art. 18 della Direttiva UE 2014/24; dell'art. 26 del Disciplinare di gara, nella parte in cui non prevedeva l'attivazione del soccorso istruttorio allorché fosse impossibile per il concorrente indicare i costi della sicurezza e/o della manodopera; dei principi generali di*

*proporzionalità, favor participationis e legittimo affidamento. Eccesso di potere per carenza di istruttoria”;*

II. illegittimità del capo della sentenza impugnata relativa alla condanna alle spese, nella parte in cui ha disposto una statuizione abnorme e comunque non ha provveduto alla loro compensazione.

L'appellante ha chiesto anche di dichiarare l'inefficacia, ad ogni effetto di legge, del contratto stipulato dall'Ente appaltante con la controinteressata appellata, a tal fine dichiarandosi disponibile al subentro ai sensi e per gli effetti di legge, ovvero, in subordine, la condanna dell'Ente resistente al risarcimento del danno per equivalente monetario.

L'appellante ha chiesto, infine, una verifica che appuri l'esistenza di limitazioni di natura tecnica al caricamento di file aggiuntivi al modello generato dalla Piattaforma relativo all'offerta economica.

Si sono costituiti per resistere all'appello il Ministero della difesa, che ne ha eccepito in via preliminare l'inammissibilità, e \_\_\_\_\_, che ha riproposto le eccezioni di irricevibilità del ricorso di primo grado e dei motivi aggiunti assorbite dal Tar.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 30 novembre 2023 l'appello è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da \_\_\_\_\_ per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. 9810 del 2023 che ha respinto il suo ricorso per l'annullamento del provvedimento prot. “M\_D ARM086 0018513 – 2023” del 27 marzo 2023 nella parte in cui ha disposto l'esclusione dell'odierna appellante dalla procedura di gara: “*Id Prat. 01/2023 -*

*Procedura di gara ex art. 36 comma 2 lettera d) del D. Lgs. 50/2016 e smi per l'individuazione di un unico operatore economico al quale affidare i lavori finalizzati al mantenimento in efficienza degli impianti di riscaldamento/raffrescamento dei comprensori denominati "Palazzo A.M." e "Caserma G. Romagnoli", entrambi ubicati in Roma (RM), rispettivamente in viale dell'Università, 4 e via dei Frentani, 5. Importo massimo presunto € 1.229.508,20 oltre IVA al 22%. Cap. 4536/12 - E.F. 2023- 2024" (CIG 9675007459).*

La sentenza ha anche respinto i motivi aggiunti proposti per l'annullamento della successiva aggiudicazione della gara a Dussmann.

L'esclusione dell'appellante dalla procedura è stata motivata dalla mancata indicazione da parte della stessa dei propri costi di sicurezza aziendale e dei propri costi della manodopera, ai sensi dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Per la sentenza appellata: *"la circostanza che l'offerta economica dovesse essere formulata dai concorrenti avvalendosi di un'apposita sezione del portale MEPA, la quale poi generava il "documento di offerta economica", e che tale sezione non prevedesse appositi campi per l'indicazione dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza non comportava la materiale impossibilità di indicare separatamente tali costi. La piattaforma consentiva infatti ai concorrenti di caricare, oltre al modulo di offerta, anche eventuali ulteriori documenti. Gli operatori avrebbero potuto e dovuto, pertanto, avvalersi tale possibilità per adempiere gli obblighi dichiarativi di cui all'articolo 95, comma 10, del decreto legislativo n. 50 del 2016, esplicitamente e ripetutamente richiamati dal disciplinare di gara. Tale modus operandi è stato, in effetti, seguito dalla controinteressata, e ciò costituisce concreta dimostrazione dell'insussistenza di una materiale impossibilità di indicare gli importi relativi ai costi della manodopera e agli oneri di sicurezza, secondo quanto prescritto dalla disciplina legislativa e della lex specialis di gara".*

Con il primo motivo l'appellante deduce l'erroneità della sentenza, atteso che i costi della sicurezza e della manodopera non potevano essere materialmente inseriti nel documento generato automaticamente dal portale di gara MEPA,

poiché la piattaforma non consentiva di inserire altri importi o inserire altre voci oltre allo “sconto unico percentuale”. Inoltre, la medesima piattaforma MEPA non consentiva – relativamente all’offerta economica - di caricare più di un documento oltre quello generato automaticamente dalla piattaforma medesima.

Con la seconda censura l’appellante ha lamentato che la gravata sentenza sarebbe comunque non condivisibile e meritevole di riforma nella parte in cui ha condannato l’odierna appellante *«al pagamento delle spese di lite, che si liquidano nell’importo di euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge, nei confronti del Ministero della difesa e di euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge, nei confronti della controinteressata»*.

L’appellante ha chiesto anche di dichiarare l’inefficacia, ad ogni effetto di legge, del contratto stipulato dall’Ente appaltante con la controinteressata appellata, a tal fine dichiarandosi la disponibilità al subentro nel contratto ai sensi e per gli effetti di legge, ovvero, in subordine, di disporre il risarcimento del danno per equivalente monetario attraverso la condanna dell’Ente resistente al pagamento di somma da quantificarsi in esito all’istruttoria o, in difetto, da liquidarsi equitativamente, in misura pari al danno non risarcito o non risarcibile in forma specifica ovvero pari a quanto comunque ritenuto di giustizia.

L’appellante chiede, infine, una verifica che appuri l’esistenza di limitazioni di natura tecnica al caricamento di file aggiuntivi al modello generato dalla Piattaforma relativo all’offerta economica.

Il Ministero appellato ha eccepito l’inammissibilità dell’appello, atteso che con lo stesso sarebbero state ripetute le medesime censure già esaminate e respinte dal giudice di primo grado.

Nel merito, afferma che CONSIP ha confermato che:

- il sistema ben permette di caricare un file differente da quello prodotto fornendo un messaggio di “warning” che tuttavia non è bloccante;

•il manuale a cui fa riferimento la difesa dell'appellante, in disparte ogni considerazione in merito al fatto che la tabella utilizzata non si riferisca alla maschera di caricamento del file relativo all'offerta economica, non è più in vigore dal 24 maggio 2022.

Inoltre, l'appellante non avrebbe ritenuto opportuno interessare né la stazione appaltante, né l'*helpdesk* di Consip, dovendo rispondere della propria negligenza.

Dussmann ha riproposto le assorbite eccezioni di irricevibilità per tardività della notifica del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti.

Sono, innanzitutto, da disattendere tutte le eccezioni sollevate in via preliminare sia dal Ministero che da Dussmann.

Con riferimento all'assunta inammissibilità dell'appello per avere con lo stesso dedotto censure identiche a quelle contenute nel ricorso di primo grado, deve, al contrario, darsi atto di come l'appello abbia bene posto in evidenza le censure lamentate contro la sentenza, ritenuta erronea sotto diversi profili sia per aver respinto il ricorso di primo grado e i motivi aggiunti, sia per avere disposto una abnorme condanna alle spese della ricorrente.

Con riferimento, invece, alle riproposte eccezioni di Dussmann in relazione all'assunta irricevibilità per tardività della notifica del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti, dalla documentazione versata in atti risulta che il provvedimento di esclusione è stato comunicato all'appellante a mezzo PEC il 28 marzo 2023, essendo, dunque, tempestiva la notifica del ricorso perfezionata il 27 aprile 2023, perché avvenuta il trentesimo giorno da tale comunicazione. La società ha poi regolarmente impugnato con atto di motivi aggiunti il provvedimento di aggiudicazione, conosciuto solo dopo l'instaurazione del giudizio in seguito al deposito delle difese da parte di Dussmann il 5 maggio 2023, fornendo anche la prova di resistenza in relazione ai ribassi offerti dalle due società.

Nel merito l'appello è fondato.

Ed invero, come condivisibilmente affermato dall'appellante, i costi della sicurezza e della manodopera non potevano essere materialmente inseriti nel documento generato automaticamente dal portale di gara MEPA, poiché la piattaforma non consentiva di inserire altri importi o inserire altre voci oltre allo “*sconto unico percentuale*”. Inoltre, la medesima piattaforma MEPA non consentiva – relativamente all’offerta economica - di caricare più di un documento oltre quello generato automaticamente dalla piattaforma medesima.

Dalla documentazione versata in atti è emerso, invero, che sulla piattaforma MEPA il modulo dell’offerta economica viene generato automaticamente all’esito della compilazione di un unico campo compilabile, relativo al “*ribasso percentuale*”; il documento così generato non può essere modificato in alcun modo e deve essere soltanto sottoscritto con firma digitale, per poi essere caricato nelle successive pagine del Portale MEPA; il documento così caricato viene accettato dal sistema telematico, che indica il perfezionamento del caricamento del modulo mediante un bollino verde e non consente il caricamento di atti ulteriori; provando a caricare una cartella ZIP contenente il file con il modulo precompilato e l’eventuale ulteriore file con la dichiarazione aggiuntiva (così come posto in essere da Dussmann Service S.r.l.), il MEPA segnala un errore nel caricamento del file.

Ciò risulta avvalorato dalle difese del Ministero appellato, che ha riferito che Consip ha confermato che il sistema permette di caricare un file differente da quello prodotto fornendo un messaggio di “*warning*”. Nonostante tale messaggio non sia bloccante, è evidente che lo stesso evidenzia l’irregolarità di tale *modus operandi*. Ed infatti tre dei quattro concorrenti (tra cui l’odierna appellante) non hanno forzato il sistema caricando un file differente da quello prodotto e sono, quindi, state escluse.

Solo Dussmann, unica ammessa, ha in maniera non regolare predisposto un documento su propria carta intestata, contenente il costo della manodopera e gli oneri aziendali, successivamente zippato insieme al modulo di offerta economica parallelamente generato dal sistema, il tutto al fine di addivenire alla creazione di un singolo file formato “zip” da caricare sulla piattaforma.

Nel caso di specie risulta evidente come l'appellante non abbia concretamente potuto indicare i propri costi di sicurezza aziendale e i propri costi della manodopera in sede di offerta a causa di difetti tecnici presenti nell'architettura della piattaforma telematica.

Risultano, dunque, pienamente applicabili le statuizioni della Corte di giustizia e dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio secondo cui *“se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice”* (cfr. Corte di giustizia, Nona Sez., 2 maggio 2019, causa C-309/18).

Dunque, la Corte di giustizia ha indicato quale condizione legittimante il soccorso istruttorio proprio la materiale impossibilità dell'indicazione degli importi di cui all'articolo 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 (Cons. Stato, Ad. plen., nn. 7 e 8 del 2020).

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso di primo grado.

Riguardo alla domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato con la controinteressata, trattandosi di lavori urgenti già iniziati sin dal mese di maggio scorso ed aventi la presunta durata di un anno in totale, non si ravvisa l'opportunità di disporre tale inefficacia.

Ne consegue che l'amministrazione dovrà corrispondere all'appellante il risarcimento del danno per equivalente, da quantificare in relazione al ribasso dalla stessa offerto e all'utile presunto indicato nell'offerta, detratto l'*aliunde perceptum* da accertare previa accurata istruttoria, anche mediante dichiarazioni autocertificative ex d.P.R. n. 445 del 2000.

Sussistono giusti motivi, in considerazione delle peculiarità della controversia, per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado, come in motivazione.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Elena Quadri**

**IL PRESIDENTE**

**Diego Sabatino**

## IL SEGRETARIO