

Pubblicato il 17/06/2024

N. 00958/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00869/2024 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 Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 869 del 2024, proposto da Pol. Service S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG B15A952646, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Pitaro, Gaetano Liperoti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Ospedaliera Universitaria "R. Dulbecco", in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Florenza Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Sicurtransport S.p.A., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della determina dirigenziale n. 772 del 06.05.2024 dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria "Renato Dulbecco", avente ad oggetto l'affidamento diretto del

servizio di portierato temporaneo per i PP.OO. Pugliese e Ciaccio all'operatore economico Sicurtransport s.p.a. – C.I.G. B15A952646

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Universitaria "R. Dulbecco";

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 giugno 2024 la dott.ssa Simona Saracino 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

1. La Pol. Service s.r.l. espone di avere partecipato ad una procedura mediante RdO su MePA per l'affidamento diretto ex art. 50, comma 1, lett. b), D.Lgs. 36/2023, del servizio di portierato temporaneo per i Presidi Ospedalieri "Pugliese" e "Ciaccio", della durata di tre mesi (dall'01.05.2024 al 31.07.2024), oltre eventuale proroga tecnica, del monte ore complessivo di 10.635,5 ore approssimative, indetta dall'AOU Dulbecco di Catanzaro con lettera d'invito prot. 16507 del 19.04.2024 dell'A.O.U. "Renato Dulbecco" – Area Acquisizione Beni e Servizi.

1.1. Alla procedura partecipavano tre operatori economici (Sicurtransport s.p.a., Pol Service s.r.l. e Pegaso Service s.r.l.) con la presentazione delle rispettive offerte economiche.

1.2. Con determina dirigenziale n. 772 del 06.05.2024 la gara è stata aggiudicata in favore della Sicurtransport S.p.A., autrice dell'offerta economicamente più bassa, mentre la società ricorrente si è collocata in seconda posizione. L'offerta della Pegaso è stata ritenuta incongrua.

1.3. Deduce la ricorrente che a seguito di accesso agli atti, ha tuttavia constatato che l'aggiudicataria, nell'ambito della propria offerta economica avrebbe ommesso d'indicare i costi della manodopera nel modulo di offerta, creato sulla piattaforma MePA di Consip, contrariamente a quanto imposto dall'art. 108, comma 9, D. Lgs. n. 36/2023.

1.4. Per tale ragione, con nota del 14.05.2024, ha avanzato richiesta di intervento in autotutela della p.a., esitata tuttavia con un provvedimento di diniego prot. 21610 del 20.05.2024, a firma del R.U.P.

1.5. La ricorrente agisce quindi per l'annullamento, previa sospensione, della statuizione di aggiudicazione, denunciandone l'illegittimità, affidando il ricorso ai seguenti motivi di censura:

I) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 108, COMMA 9, D.LGS. 36/2023 – MANCATA INDICAZIONE DEI COSTI DELLA MANODOPERA – CAUSA DI AUTOMATICA ESCLUSIONE DELL'OFFERENTE;

II) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 108, COMMA 9, E DELL'ART. 110, COMMA 5, LETT. D), D.LGS. 36/2023 – MANCATA VERIFICA MINIMI SALARIALI RETRIBUTIVI;

In subordine

III) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 41, COMMA 14, D.LGS. 50/2016 – MANCATA INDICAZIONE DELL'ONERE DI INDICARE I COSTI DELLA MANODOPERA.

1.6. La deducente insta altresì per la declaratoria di inefficacia del contratto ove nelle more stipulato e per il risarcimento del danno in forma specifica con aggiudicazione dell'appalto e stipula del contratto o subentro nel medesimo ove già perfezionato.

2. L'A.O.U. Dulbecco di Catanzaro si è costituita in giudizio per resistere al ricorso.

Preliminarmente ha eccepito l'inammissibilità sostenendo che trattandosi di un affidamento diretto ex art. 50, comma 1, lett. b), D.Lgs. 36/2023, gli esiti del confronto comparativo mediante acquisizione di più preventivi non sarebbero censurabili, non essendo gli altri operatori invitati a presentare la loro offerta legittimati a contestare le valutazioni dell'Amministrazione.

Con riferimento al secondo motivo ha ribattuto che non sia mancata la verifica di congruità dei minimi salariali e che sarebbe stata eseguita in seno alla determina di aggiudicazione a seguito di un incontro svolto tra referenti dell'Azienda, l'affidatario Sicurtransport ed una sigla sindacale, nel corso del quale sarebbe stata assicurata l'applicazione del CCNL di categoria ai contratti dei lavoratori da assumere.

3. Alla camera di consiglio del 05 giugno 2024, previo avviso di sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 120, comma 6, c.p.a., la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Ciò posto, occorre preliminarmente delibare l'eccezione di inammissibilità per difetto di legittimazione della ricorrente.

4.1. L'eccezione è infondata atteso che la ricorrente non soltanto è stata "invitata" a partecipare al confronto competitivo ma vi ha effettivamente partecipato sottoponendo all'esame della stazione appaltante una offerta che, a differenza di quella di altra ditta, è stata valutata congrua ed è risultata la seconda migliore offerta. Ne consegue che sussiste la legittimazione a contestare la scelta del contraente operata dall'Amministrazione come pure l'interesse al ricorso.

4.2. Nel merito il ricorso è fondato.

4.3. Occorre premettere che l'art. 108, comma 9 del D.Lgs. 36/2023, rubricato "*Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture*" prescrive che "*Nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale.*"

L'art. 41, comma 14 del suddetto decreto prescrive poi che *“Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13.”*

Infine, l'art. 48 del decreto dispone che *“Ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate dalla presente Parte, le disposizioni del codice.”*

E, dunque, sulla scorta dei citati indici normativi ritiene il collegio che non possa escludersi l'applicabilità (anche) agli affidamenti diretti della regola sancita all'art. 108, comma 9 sull'obbligatorietà dell'indicazione dei costi della manodopera a pena di esclusione del concorrente.

4.4. Ai fini del decidere occorre rammentare che il previgente art. 95, comma 10, D. Lgs. n. 50/2016, rubricato *“Criteri di aggiudicazione dell'appalto”*, prescriveva che *“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)”*.

4.5. Dal confronto tra le due disposizioni e dalla circostanza che il legislatore del nuovo codice abbia espunto l'affidamento diretto (*“ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a”*) quale eccezione all'obbligo di indicare i costi della manodopera, deriva la fondatezza del primo motivo di ricorso con il quale, difatti, il ricorrente censura l'omessa esclusione della controinteressata Sicurtransport S.p.A. per non aver indicato espressamente tali voci di costo.

5. Chiarita l'applicabilità anche agli affidamenti diretti della regola della obbligatorietà dell'indicazione separata dei costi della manodopera, è opportuno verificare se non sussistano nel caso di specie circostanze che consentano di deviare

dalla suddetta regola generale, avente peraltro forza eterointegrativa rispetto a *lex specialis* di gara che eventualmente non la contemplino.

5.1. Val la pena rammentare che l'Adunanza Plenaria con le sentenze nn. 1, 2 e 3/2019, da un lato, ha aderito alla lettura formalistica dell'art. 95 co. 10 c.c.p., affermando che la “*mancata indicazione da parte di un concorrente a una pubblica gara di appalto dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza dei lavoratori comporta comunque l'esclusione dalla gara senza che il concorrente stesso possa essere ammesso in un secondo momento al beneficio del c.d. 'soccorso istruttorio', pur nelle ipotesi in cui la sussistenza di tale obbligo dichiarativo derivi da disposizioni sufficientemente chiare e conoscibili e indipendentemente dal fatto che il bando di gara non richiami in modo espreso il richiamato obbligo legale di puntuale indicazione*” e, dall'altro, ha rimesso la questione della compatibilità comunitaria della norma così interpretata alla Corte di Giustizia.

5.2. La Corte di Giustizia con la sentenza 2 maggio 2019, C-309/18, ha ritenuto gli artt. 95, comma 10, ed 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, in linea di principio compatibili con la direttiva n. 2014/24/UE, salva tuttavia la situazione – che spetta al Giudice nazionale verificare – in cui sussista una “materiale impossibilità”, per l'offerente, di indicare separatamente quei costi.

5.3. La giurisprudenza ha altresì precisato che la portata escludente dell'inosservanza dell'obbligo di indicare nell'offerta “i propri costi della manodopera”, secondo quanto prescritto dall'art. 95, comma 10, D. Lgs. n. 50/2016, non trova applicazione allorché in base alla documentazione di gara non sia possibile provvedere a tale indicazione.

5.4. Ad avviso della giurisprudenza l'indicata materiale impossibilità tuttavia non sussiste laddove l'enunciazione dell'obbligo manchi nel corpo della *lex specialis*, tenuto conto dell'attitudine eterointegrativa della prescrizione normativa dell'art. 95, comma 10, che deve senz'altro considerarsi, anche alla luce del consolidato

orientamento giurisprudenziale, ben nota ad ogni serio ed informato operatore economico.

5.5. E' stato ancora precisato che l'eventuale non editabilità dei moduli dichiarativi predisposti dalla stazione appaltante privi dello spazio per l'indicazione in questione, non è di per sé preclusiva, sul piano della materiale elaborazione scritturale dei termini dell'offerta, dell'integrazione ad opera dell'offerente (Consiglio di Stato, Sez. V, 8 aprile 2021, n. 2839; Corte di Giustizia, 2 maggio 2019, cit.; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, nn. 7, 8).

5.6. Ciò chiarito, dalle emergenze documentali risulta in primo luogo che la stazione appaltante abbia dato vita ad una procedura di selezione mediante confronto tra più offerte, ragione per la quale va respinta la premessa difensiva dell'amministrazione resistente incentrata sulla natura temporanea dell'affidamento "*nelle more della definizione di procedure di maggiore ampiezza e durata*" atteso che, avendo comunque posto in essere un affidamento diretto di un servizio - mediante confronto tra preventivi - destinato ad essere remunerato con risorse pubbliche, si è realizzata pur sempre una competizione tra operatori economici a carattere selettivo.

5.7. In secondo luogo non risulta che l'offerta economica della prima graduata contenga il dettaglio dei costi inerenti alla manodopera né, sul piano materiale, sono ravvisabili limiti di indicazione nei moduli dichiarativi, come comprova la circostanza che l'offerta della controinteressata indica espressamente gli oneri per la sicurezza e che la ricorrente, a differenza della controinteressata, ha correttamente integrato il modulo con l'indicazione di entrambe le citate voci di costo.

5.8. Alla luce delle esposte considerazioni, non possono ritenersi persuasive le controdeduzioni riferite, da un lato, alla non applicabilità della prescrizione sull'obbligatorietà dell'indicazione dei costi della manodopera al caso all'esame e, dall'altro, alla circostanza che l'operatore non abbia perseguito la strada della richiesta di chiarimenti per superare la criticità palesata ma abbia impugnato il

provvedimento solo dopo l'aggiudicazione e la stipula del contratto atteso che è nella facoltà della ricorrente scegliere la condotta stragiudiziale (richiesta di autotutela a seguito dell'aggiudicazione) e giudiziale (ricorso giurisdizionale in caso di diniego di autotutela) per esercitare il proprio diritto di difesa.

6. In conclusione, il ricorso è accolto per la ritenuta fondatezza del primo motivo, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione n. 189 del 7.06.2021, stante la rilevata illegittimità dell'avversato provvedimento, in ragione dell'omessa esclusione dalla procedura selettiva della Sicurtransport S.p.A.

7. Va accolta altresì la richiesta di declaratoria di inefficacia del contratto stipulato con la controinteressata e subentro della ricorrente per la parte di esso non ancora eseguita fino a scadenza.

8. Va ora delibata la domanda risarcitoria per la restante parte del contratto non suscettibile di ristoro in forma specifica in quanto già eseguita per la quale la ristorabilità del danno non può che essere per equivalente.

9. La domanda deve essere accolta, limitatamente al mancato utile percepito, diminuito dell'eventuale *aliunde perceptum*.

10. Ai fini del risarcimento, l'Amministrazione dovrà pertanto procedere, entro 60 giorni dalla pubblicazione (o se anteriore, dalla notificazione) della presente sentenza, alla formulazione di una proposta di quantificazione del risarcimento, ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a., secondo i seguenti criteri:

- ai fini del calcolo del mancato utile, dovrà essere calcolato l'utile che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione della commessa in relazione all'offerta formulata e alla propria struttura dei costi, alla luce della documentazione prodotta;
- l'utile così calcolato dovrà essere decurtato dell'*aliunde perceptum vel percipiendum*, equitativamente determinato nel 30% dell'utile.
- non può essere riconosciuto alcun danno curriculare che infatti non è stato lamentato nè quantificato con riferimento alla partecipazione dell'impresa a future

procedure di gara così come non possono essere riconosciuti i costi di partecipazione alla procedura in quanto destinati a rimanere a carico del concorrente sia in caso di affidamento che di non affidamento e, anzi, in caso di affidamento, destinati a diminuire l'utile d'impresa.

9. La peculiarità della vicenda esaminata consente di compensare le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento di affidamento diretto n. 772 del 06.05.2024;
- dichiara l'inefficacia del contratto stipulato con la controinteressata;
- condanna la stazione appaltante a disporre l'affidamento diretto in favore della ricorrente per il periodo residuo del servizio oggetto del contratto;
- condanna l'Azienda Ospedaliera Universitaria Dulbecco al risarcimento del danno per equivalente nei confronti della Pol.Service s.r.l. per la parte di contratto già eseguita dalla controinteressata e fissa i criteri per la relativa quantificazione ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a., nei sensi e nei limiti di cui in motivazione;

Compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 05 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Domenico Gaglioti, Primo Referendario

Simona Saracino, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Simona Saracino

Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO