

## Il Tar Molise sull'obbligo dichiarativo dei costi per l'esecuzione del contratto (T.A.R. Molise, sez. I, sent. 3 giugno 2019, n. 204)

Dal combinato disposto dell'articolo 95, co. 10, del codice dei contratti pubblici che stabilisce come nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali e dell'articolo 83, comma 9 del medesimo codice secondo cui il soccorso istruttorio è espressamente escluso per le carenze dichiarative relative all'offerta economica e all'offerta tecnica, ne deriva che la mancata indicazione dei costi per la manodopera e la sicurezza dei lavoratori non sia sanabile attraverso il meccanismo del c.d. 'soccorso istruttorio' in quanto tale mancata indicazione è espressamente compresa fra i casi in cui il soccorso non è ammesso.

\*\*\*

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise  
(Sezione Prima)  
ha pronunciato la presente

### SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 12 del 2019, proposto da F.lli di Menna & Figli S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Pasquale Ripabelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Campobasso, via Porta Mancina, n. 7;

*contro*

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

*nei confronti*

"Edilizia Pannunzio" di Pannunzio Pasquale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Marinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Tommaso Bucci in Campobasso, via Principe di Piemonte 29;

*per l'annullamento*

della determinazione dirigenziale n. 96 del 15.12.2018, comunicata il successivo 18.12.2018, con cui il Comune di Castelverrino, ha dichiarato "efficace, ai sensi dell'art. 32 comma 7 del D.Lgs. n.

50/2016 (.....), l'aggiudicazione definitiva dei lavori PSR MOLISE 2014/20 – Sottomisura 4.3 – Terza Edizione, Lavori di Adeguamento, Regimentazione Acque e Messa in Sicurezza della Strada Rurale Celilli, in favore della Ditta Edilizia Pannunzio di Castelverrino”; della determinazione n. 93 del 28.11.2018, recante l’approvazione dei verbali di gara, con riguardo alla citata Ditta Edilizia Pannunzio di Castelverrino; di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali, anche di data e contenuto sconosciuti, ivi compresi, se ed in quanto lesivi, il bando di gara in uno con il disciplinare (prot. n. 866/2018); dei verbali di gara come approvati nella determinazione n. 93/2016 ovvero: il verbale di gara del 6.10.2018 ore 9.30 (solo nell'ipotesi di annullamento dell'intera procedura); il verbale di gara del 17.11.2018 ore 10.10; il verbale di gara del 17.11.2018 ore 11.15; il verbale di gara del 24.11.2018 ore 11.30 (solo nell'ipotesi di annullamento dell'intera procedura); il verbale di gara del 24.11.2018 ore 12.15; la delibera di G.C. n. 30 del 18.4.2018; della determinazione n. 40 del 12.6.2018 con cui veniva indetta la gara; della determinazione n. 52 del 25.7.2018 di nomina della commissione di gara; della determinazione del RUP n. 53 del 28.7.2018 di approvazione del verbale di gara n. 1 del 27/28.7.2018, parimenti impugnato, recante valutazione dei requisiti di ammissione e documentazione amministrativa delle ditte partecipanti; della determinazione n. 60 del 29.8.2018 di approvazione del verbale di gara n. 2 del 27.8.2018, parimenti impugnato, recante valutazione dell'offerta tecnica; della determinazione n. 65 del 20.9.2018 (poi revocata) di approvazione del verbale n. 3 del 19.9.2018, parimenti impugnato, recante esclusione della ditta F.lli Di Menna;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Castelverrino e di "Edilizia Pannunzio" di Pannunzio Pasquale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 maggio 2019 il dott. Silvio Giancaspro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con bando di gara del 14.6.2018, il Comune di Castelverrino ha indetto procedura aperta per l’affidamento dei lavori di adeguamento, regimentazione acque e messa in sicurezza della strada rurale “Celilli”.

All’esito della ammissione e della valutazione delle offerte, e del sub procedimento di verifica dell’anomalia, con verbale del 24.11.2018 la Commissione giudicatrice ha approvato la seguente graduatoria di gara: “Edilizia Pannunzio” di Pannunzio Pasquale, F.lli Di Menna & Figli, Cesit.

Con determinazione n. 96 del 15.12.2018, l’amministrazione ha disposto l’aggiudicazione definitiva dell’appalto in favore della prima classificata nella graduatoria di gara.

2. Avverso le risultanze della procedura concorsuale è insorta la ditta F.lli Di Menna & Figli, che ha proposto ricorso con atto notificato in data 17.01.2019.

In particolare, la ditta ha lamentato l'illegittimità dell'aggiudicazione definitiva e dei presupposti atti di gara sotto i seguenti profili:

- violazione dell'art. 95, co. 10, d.lgs. n. 50/2016, dal momento che l'offerta economica "prodotta dalla aggiudicataria, come articolata nel c.d. "Modello G" predisposto dalla S.A. ... non indica, i costi aziendali ... concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, inclusi nel prezzo offerto, identificandoli, in estrema analisi, in un valore irrealmente pari a zero" ed inoltre omette di indicare "i costi della manodopera" (motivo sub A);

- le giustificazioni fornite sul punto dalla aggiudicataria in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta risultano contraddittorie ed irragionevoli, dal momento che la ditta per un verso ha sostenuto di avere tenuto conto degli oneri della sicurezza interni, e per altro verso ha affermato che gli stessi costi sono stati "ammortizzati nell'esecuzione di precedenti commesse" (motivo sub A);

- il punteggio attribuito dalla commissione giudicatrice all'offerta tecnica formulata dalla controinteressata, appare incongruo ed ingiustificato (motivo sub B).

In via subordinata, la ricorrente ha altresì denunciato l'illegittimità dell'intera procedura di gara per violazione dell'art. 6 bis l. 241/1990, in ragione di una presunta situazione di conflitto di interessi.

3. Si sono costituite in giudizio la ditta aggiudicataria e l'amministrazione comunale, che hanno eccepito l'irricevibilità del ricorso ai sensi e per gli effetti dell'art. 120, co. 2 bis, del d.lgs. n. 104/2010, e ne hanno chiesto comunque il rigetto.

4. Con ordinanza n. 54/2019 del 19.01.2019 questo TAR ha ritenuto che le "esigenze della società ricorrente siano apprezzabili favorevolmente e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio nel merito" ed ha quindi fissato "l'udienza pubblica per la discussione di merito, alla data del 22 maggio 2019".

5. In data 20.03.2019 l'amministrazione intimata e la controinteressata hanno stipulato il contratto oggetto dell'appalto, che è stato successivamente eseguito con ultimazione dei lavori al 3.05.2019.

6. Con memoria di replica in data 10.05.2019 la ricorrente ha insistito per l'accoglimento della domanda anche in ragione dell'interesse al "risarcimento per equivalente" (cfr. pag. 3).

7. Nella udienza pubblica del 22.05.2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

8. Preliminarmente deve essere respinta l'eccezione di irricevibilità del ricorso per omessa impugnazione dell'ammissione dell'aggiudicataria nei termini previsti dal c.d. rito super accelerato di cui all'art. 120, co. 2 bis, c.p.a., applicabile *ratione temporis*, pur dopo la sua abrogazione, disposta dall'art. 1, co. 4 lett. a), del d.l. 18.4.2019 n. 32.

L'Adunanza Plenaria n. 4/2018 ha osservato che il rito in questione è utilizzabile quando "si discuta esclusivamente del possesso dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali necessari per

*l'ingresso nella procedura di gara", sicché non può estendersi a presupposti diversi da quelli soggettivi.*

Nel caso di specie, le censure formulate dalla ricorrente non si appuntano sui requisiti soggettivi di partecipazione, ma hanno ad oggetto i contenuti dell'offerta, nonché la carenza delle giustificazioni fornite dall'aggiudicataria e le valutazioni della commissione giudicatrice, con conseguente inapplicabilità del rito super accelerato: *"il rito del comma 2-bis dell'articolo 120 del Codice di rito, in quanto disciplina di carattere eccezionale, si applica alle sole ipotesi ivi espressamente indicate, vale a dire le esclusioni e le ammissioni alla gara in esito alla «valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali»; laddove, invece, la doglianza abbia oggetto altri aspetti dell'offerta del concorrente, torna a valere la regola generale, per cui essa deve essere fatta valere avverso l'atto conclusivo del procedimento (i.e., l'aggiudicazione del contratto)"* (T.A.R. Milano, Sez. IV, 23/01/2019 n. 131).

9. Sotto il profilo dell'interesse alla impugnazione, si osserva che l'avvenuta esecuzione dei lavori rende inutile l'annullamento degli atti di gara.

Tuttavia, la ricorrente ha espressamente dichiarato la permanenza dell'interesse alla delibazione del ricorso ai fini del risarcimento del danno, che potrà essere reclamato con separata domanda, sicché sussistono i presupposti per accertare l'illegittimità dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 34, co. 3, c.p.a.

10. Nel merito il ricorso è fondato e merita di essere accolto nei termini che seguono.

10.1. L'articolo 95, co. 10, del codice dei contratti pubblici stabilisce 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)"*.

A sua volta l'articolo 83, comma 9 del codice prevede che il soccorso istruttorio è espressamente escluso per le carenze dichiarative relative *"all'offerta economica e all'offerta tecnica"*.

Ne deriva che *"in base ad espresse disposizioni del diritto nazionale, la mancata indicazione dei costi per la manodopera e la sicurezza dei lavoratori non sia sanabile attraverso il meccanismo del c.d. 'soccorso istruttorio' in quanto tale mancata indicazione è espressamente compresa fra i casi in cui il soccorso non è ammesso"* (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 24/01/2019 n. 3).

10.2. Con la recente sentenza 2.5.2019 n. 309 la Corte di Giustizia U.E., pur accertando la compatibilità della detta prescrizione escludente con i principi di parità di trattamento e di trasparenza di derivazione europea, ha rilevato che il concreto caso di specie sottoposto alla sua attenzione era caratterizzato dal fatto che: *"il modulo predisposto che gli offerenti della gara d'appalto di cui al procedimento principale dovevano obbligatoriamente utilizzare non lasciava loro alcuno spazio fisico per l'indicazione separata dei costi della manodopera. In più, il capitolato d'oneri relativo alla medesima gara d'appalto precisava che gli offerenti non potevano presentare alcun documento che non fosse stato specificamente richiesto dall'amministrazione aggiudicatrice"*.

In ragione di tali circostanze la Corte ha quindi concluso nel senso che: *“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, Spinosa Costruzioni Generali e Melfi, C-162/16, non pubblicata, EU:C:2016:870, punto 32)”*.

10.3. Ciò premesso, si osserva che:

- nella fattispecie di cui all’odierno ricorso il disciplinare di gara sanzionava espressamente con l’esclusione dalla gara la mancata indicazione degli oneri aziendali relativi alla sicurezza, senza operare alcun riferimento ai costi della manodopera, e stabiliva che l’offerta economica dovesse essere “predisposta in conformità al modello G” (art. 7);

- a sua volta il modello G conteneva un apposito spazio per la dichiarazione dei costi in materia di sicurezza e salute sul lavoro, ma non richiedeva (né comunque consentiva di inserire) l’indicazione dei costi della manodopera;

- per il resto il disciplinare di gara rinviava al codice appalti (art. 11, punto 25).

10.4. All’esito dell’esame di tali prescrizioni, può ritenersi che l’omessa indicazione dei costi della manodopera da parte dell’aggiudicataria non assuma autonoma rilevanza escludente, dal momento che - nonostante la clausola di chiusura che rinvia al codice appalti - tanto le prescrizioni della *lex specialis*, quanto la struttura del modello allegato al disciplinare di gara ai fini della predisposizione dell’offerta tecnica, risultavano carenti ed ambigue sul punto in questione e potevano risultare ingannevoli rispetto alla sussistenza del relativo obbligo dichiarativo.

10.5. Lo stesso non può dirsi con riferimento ai costi della sicurezza aziendali, la cui indicazione era espressamente richiesta quale presupposto necessario ai fini della partecipazione alla gara.

10.6. Nel concreto caso di specie l’aggiudicataria non ha formalmente omesso di dichiarare i ridetti costi, avendo affermato che gli stessi sono “pari a zero”.

Tuttavia tale dichiarazione ha natura meramente apparente, dal momento che, nella sostanza, si risolve nella negazione dell’obbligo che grava sull’impresa rispetto alla ostensione dei costi in questione e nella elusione delle esigenze di tutela sottese all’art. 95, co. 10, del codice dei contratti.

10.7. In tal senso è significativo quanto affermato dal legale rappresentante dell’aggiudicataria in sede di verifica dell’anomalia dell’offerta.

La ditta ha giustificato la propria dichiarazione nei seguenti termini: *“nel formulare l’offerta economica ha tenuto conto di tutti gli oneri di cui all’art. 95 del D.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. Inoltre, fa*

*ulteriormente presente che tali oneri sono stati indicati pari ad Euro 0,00, poiché gli stessi risultano già regolarmente ammortizzati nell'esecuzione di pregresse commesse" (cfr. verbale del 17.11.2018).*

La predetta giustificazione appare manifestamente incongrua ed irragionevole, dal momento che in materia di appalti di lavori gli oneri per la sicurezza rappresentano un costo normalmente non eludibile, e che - a rigor di logica - eventuali vantaggi conseguiti in precedenti commesse, non assumono immediata e diretta rilevanza rispetto alla commessa a cui si riferisce la dichiarazione.

Invero, l'obbligo dichiarativo concernente i costi della sicurezza non si stempera in una dimensione dinamica e soggettiva (rapportata cioè alla gestione dell'impresa nel tempo) ma ha una rigida rilevanza statica ed oggettiva, essendo volto ad esplicitare gli oneri in argomento rispetto alla esecuzione del singolo contratto, onde garantire, in concreto, il soddisfacimento degli interessi pubblici di riferimento: *"L'odierno appellante ha indicato costi pari a zero, sostenendo nelle successive giustificazioni di averli già sostenuti e, quindi, di non doverli imputare anche in relazione all'appalto in questione. Una simile affermazione, però, non è corretta, non potendo sostenersi che gli stessi non vadano imputati anche ad una prestazione contrattuale ricadente nel periodo per il quale gli stessi si prevede che vengano sopportati. Pertanto, sebbene l'importo degli oneri sia irrisorio rispetto all'ammontare complessivo dell'offerta, un'indicazione di quest'ultimi pari a zero si traduce nella formulazione dell'offerta stessa come priva di un elemento essenziale per la sua valutazione, ossia la concreta indicazione dei costi per la sicurezza, che risulta, quindi, essere stata omessa. Da ciò deriva che l'offerta dell'odierno appellante doveva essere esclusa ..."* (Cons. Stato, Sez. V, 14.04.2016 n. 1481).

10.8. Di qui l'illegittimità dell'ammissione dell'offerta presentata dalla aggiudicataria e del giudizio positivo espresso dalla commissione all'esito della valutazione dell'anomalia, nonché della successiva e conseguente determinazione n. 96 del 15.12.2018 recante l'aggiudicazione dell'appalto in favore della ditta "Edilizia Pannunzio" di Pannunzio Pasquale.

11. Le ulteriori censure restano assorbite.

12. Le spese seguono la soccombenza nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto accerta e dichiara l'illegittimità degli atti impugnati nei limiti e nei termini di cui in motivazione.

Condanna l'amministrazione resistente e la controinteressata "Edilizia Pannunzio" di Pannunzio Pasquale, in solido tra loro, alla rifusione delle spese di lite in favore della ricorrente nella misura di € 2.000,00, oltre IVA e c.p.a.

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

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Rita Luce, Primo Referendario

Silvio Giancaspro, Referendario, Estensore

