

Publicato il 26/08/2020

N. 05210/2020REG.PROV.COLL.
N. 03356/2019 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 3356 del 2019, proposto da Service Key s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Gentile, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, alla via Virginio Orsini, 19;

contro

Ministero della difesa, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, alla via dei Portoghesi, n. 12;

Marconi Group s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Gabriele Cristinzio, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. I, n. 3605/2019, 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 Marconi Group s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 84, commi 5 e 6, d.-l. 17 marzo 2020, n. 18;

Relatore nell'udienza del giorno 7 maggio 2020 il Cons. Giovanni Grasso;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue;

FATTO

1.- Con bando di gara pubblicato il 9 aprile 2018, il Comando Militare della Capitale indiceva una procedura ristretta, suddivisa in nove lotti, per l'affidamento di una *“concessione di multiservizi (foresteria, ristorazione, bar, pizzeria, pulizia locali, reception, lisciviatura, animazione, salvataggio, assistenza bagnanti, gestione attrezzature da spiaggia/tempo libero, servizio periodico di derattizzazione, deblattizzazione, disinfezione) presso le Basi Logistico Addestrative di Forza Armata”*, con importo di € 6.343.431,00 e durata triennale.

Per l'aggiudicazione del lotto n. 2 concorrevano solo due operatori: l'odierna appellante Service Key s.p.a. e la controinteressata Marconi Group s.r.l..

In esito all'esame delle offerte tecniche, Service Key otteneva un punteggio pari a 69,25 su 70, mentre Marconi Group conseguiva 55,40 punti. Entrambi i concorrenti erano dunque ammessi alla successiva fase di valutazione delle offerte economiche (per quanto riguarda Service Key, previo soccorso istruttorio sui giustificativi

anticipati), i cui punteggi premiavano ancora una volta l'appellante, che aveva proposto un ribasso del 3,75% (che le avrebbe consentito di ottenere 30 punti), a fronte del ribasso dell'1% proposto dalla Marconi.

Senonché, in occasione della seduta pubblica del 24 ottobre 2018, l'appellante veniva esclusa della gara in conseguenza della mancata indicazione espressa, nel corpo dell'offerta, degli oneri di sicurezza aziendale, come imposto dall'art. 95, comma 10 d. lgs. n. 50/2016.

Vanamente la società rappresentava, sul punto, di aver comunque considerato e separatamente indicato i costi in questione nel corpo delle giustificazioni anticipate, richieste dalla lettera di invito ed affidate alla busta D, che chiedeva, senza esito, di aprire e valutare.

Di conseguenza, la commissione di gara disponeva l'aggiudicazione a favore della controinteressata rimasta in gara.

2.- Avverso l'esclusione, unitamente alla pedissequa aggiudicazione, Service Key proponeva rituale ricorso al Tribunale amministrativo per il Lazio. Questo, con la sentenza qui in epigrafe, lo respingeva, sull'assunto della inderogabilità dell'obbligo di separata indicazione dei costi *de quibus* nel corpo dell'offerta economica, insuscettibile (alla luce del recente orientamento sposato dalla adunanza plenaria del Consiglio di Stato ed avallato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea) di recupero mediante l'attivazione del *soccorso istruttorio*, possibile solo nei casi – non ricorrenti nella specie – di materiale impossibilità (o di seria e grave difficoltà) di indicazione, imputabile alla *lex specialis* della gara.

3.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, Service Key s.p.a. contesta la detta statuizione, di cui lamenta la complessiva erroneità ed ingiustizia, auspicandone l'integrale riforma,

con consequenziale annullamento dell'aggiudicazione e declaratoria di inefficacia del contratto, se stipulato.

Si costituivano in giudizio, per resistere al gravame, il Ministero della Difesa e Marconi Group S.r.l.

All'udienza del 7 maggio 2020, con le modalità di cui all'art. 84, commi 5 e 6 d.-l. 17 marzo 2020, n. 18, la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è fondato e va accolto.

2.- In via preliminare, va disattesa l'eccezione di inammissibilità per tardività dell'appello, formulata dalla controinteressata: trattandosi di controversia soggetta al rito speciale c.d. superaccelerato di cui all'art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis* (ancora applicabili, a dispetto della sopravvenuta abrogazione, in prospettiva intertemporale: cfr. art. 1, comma 23 d.-l. n. 32 del 2019, conv. dalla l. n. 55 del 2019), l'impugnazione avrebbe dovuto essere proposta “*entro trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della sentenza*”, non trovando applicazione “*il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione*”; nella specie, la comunicazione della sentenza essendo avvenuta il 18 marzo 2019, il termine sarebbe venuto a scadenza il 17 aprile 2019, palesandosi, con ciò, tardivo l'appello, in quanto notificato solo il successivo 18 aprile.

2.1.- L'eccezione è infondata: la regola di cui all'art. 120, comma 2-*bis*, atteso il suo carattere speciale, derogatorio ed eccezionale, è, per consolidato intendimento, di stretta interpretazione (cfr. *ex multis* Cons. Stato, V, 9 settembre 2019, n. 6112), di tal che va applicata con esclusivo riguardo alle esclusioni disposte “*nella fase di*

ammissione”. Nel caso di specie, per contro, l'estromissione risulta disposta nella successiva fase di valutazione delle offerte.

3.- Nel merito, osserva il Collegio che, nella controversia in esame, non è in discussione il principio, avallato dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con le decisioni nn. 1, 2 e 3 del 24 gennaio 2019, per cui l'art. 95, comma 10 del d.gs. 50 del 2016 va interpretato nel senso che la mancata puntuale indicazione in sede di offerta dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza comporta l'esclusione automatica dalla gara, senza possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 24 gennaio 2020, n. 604).

Il principio, del resto, ha superato il vaglio di compatibilità con il diritto eurounitario, alla luce della sentenza della Corte di Giustizia UE 2 maggio 2019, C-309/18, per cui non contrasta con i principi di certezza del diritto, parità di trattamento e trasparenza enunciati dalla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, la causa di esclusione per cui è causa, essendo fatto salvo solo il caso (non pertinente nella specie) in cui *“le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche”*.

Resta fermo, perciò, 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, tanto più che qualsiasi operatore economico *“ragionevolmente informato e normalmente diligente”* si presume a conoscenza dell'obbligo in questione.

Nella vicenda qui in esame è, peraltro, incontestato che Service Key non abbia ommesso di indicare, *già in sede di formalizzazione della propria domanda di partecipazione alla procedura*, l'ammontare degli oneri della sicurezza: non ha, tuttavia, specificamente evidenziato tale voce di costo (come di regola) nel corpo della propria offerta economica, ma – in considerazione del fatto che la *lex specialis* legittimava alla allegazione delle cc. dd. *giustificazioni preventive* (rilevanti in caso di emergente anomalia della proposta negoziale) – ne ha affidato la specificazione alla busta separata (la busta D) preordinata a fornire, per l'eventualità, i relativi chiarimenti.

Siffatto *modus operandi* non è stato ritenuto idoneo dalla stazione appaltante (con valutazione condivisa dal primo giudice) sull'assunto che la verifica dell'analisi dei costi sarebbe stata solo successiva all'ammissione dell'offerta e, in ogni caso, meramente ipotetica: di tal che la commissione non sarebbe stata tenuta alla relativa valutazione se non in un fase logicamente e giuridicamente successiva a quella di ammissione delle offerte, non essendo possibile supplire con il soccorso istruttorio alla incompletezza della offerta.

3.1.- Osserva, tuttavia, il Collegio che l'onere in questione non ha carattere meramente formale o addirittura formalistico, ma è strumentale alla verifica – non suscettibile di recupero *a posteriori* attraverso il soccorso istruttorio, trattandosi di elementi dell'offerta – che la formulazione della proposta negoziale, da parte dell'operatore economico concorrente, abbia *sostanzialmente* tenuto conto dei relativi costi.

Ciò che deve ritenersi preclusa, alla luce dei riassunti principi, è, allora, l'*integrazione a posteriori* della offerta incompleta, mentre non rileva (non precludendo il raggiungimento dello scopo informativo)

la diversa e non illegittima articolazione delle indicazioni relative alle voci di costo.

Alla luce di tale rilievo, assume importanza la circostanza che le giustificazioni *preventive* – pur attenendo alla valutazione dell'offerta in quanto anomala – fossero state, in conformità alla *lex specialis* di gara, allegate *immediatamente* e *contestualmente* all'offerta, sia pure in busta separata: con ciò, l'operatore economico ha *sostanzialmente* dimostrato di aver tenuto conto dei relativi costi, fornendone, di fatto, *separata* ed *immediata* indicazione nel corpo della (complessiva) documentazione presentata.

Si tratta, con ciò, di mera *irregolarità* e non di *incompletezza* dell'offerta (posto che gli oneri erano, di fatto, *evidenziati*, ancorché *aliunde*), per la quale non si giustifica il rigore, operante di regola, della preclusione alla postuma sanatoria, attraverso il ricorso al soccorso istruttorio.

Per l'effetto, prima di disporre l'automatica esclusione, la commissione avrebbe dovuto – assecondando la richiesta vanamente formulata dalla concorrente – procedere alla apertura della busta D e verificare, in concreto, il rispetto sostanziale della regola di cui all'art. 95, comma 10 del *Codice*.

4.- Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello va accolto e – in riforma della sentenza appellata – deve essere parimenti accolto il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento della disposta aggiudicazione a favore della controinteressata.

Il contratto stipulato nelle more – avuto riguardo alla natura dell'appalto, avente ad oggetto la prestazione di servizi e tale da legittimare il subentro – deve essere dichiarato inefficace, con salvezza delle prestazioni interinalmente eseguite.

Sussistono, avuto riguardo alla peculiarità della controversia, giustificate ragioni per disporre, tra le parti costituite, l'integrale compensazione di spese e competenze del doppio grado.

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, nei sensi di cui in motivazione, il ricorso di primo grado.

Dispone la compensazione delle spese del doppio grado.

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

Così deciso, con le modalità di cui all'art. 84, commi 5 e 6 d. l. 17 marzo 2020, n. 18, nella camera di consiglio del giorno 7 maggio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO