Pubblicato il 07/02/2018

N. 00815/2018REG.PROV.COLL.
N. 06437/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 6437 del 2017, proposto da:

Telespazio s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Crisci, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza Giuseppe Verdi, 9

contro

Ministero della difesa, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Ministero della difesa – Segretariato Generale della Difesa e Direzione Nazionale degli Armamenti – Direzione informatica, Telematica e Tecnologie Avanzate

nei confronti di

Telecom Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Lattanzi, Francesco Cardarelli e Francesco Saverio Cantella, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Filippo Lattanzi in Roma, via G. P. Da Palestrina, 47

per la riforma della sentenza del T.A.R. del Lazio, Sezione II-bis, n. 7042/2017

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della difesa e della Telecom Italia s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 gennaio 2018 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Crisci, l'avvocato dello Stato Garofoli, l'avvocato Cantella e l'avvocato Cardarelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

Il Ministero della difesa – Segretariato Generale della Difesa e Direzione Nazionale degli Armamenti – Direzione Informativa, Telematica e Tecnologie Avanzate, con lettera di invito n. 311 del 29 settembre 2016, bandiva una gara informale ai sensi dell'articolo 162 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 sottoposta a procedura ALLA/NALLA (Cod. CIG: ZA01B100D) per l'affidamento della fornitura di servizi di connettività satellitare, da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso.

Detta lettera di invito disciplinava le modalità di formulazione dell'offerta richiedendo espressamente ai partecipanti di precisare i costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (quarto trattino punto 3 lett. B) e di attenersi al modello per la presentazione dell'offerta allegato (secondo trattino punto 3 lett. B).

In data 27 ottobre 2016 la Commissione di gara esaminava le offerte economiche presentate dagli operatori economici partecipanti, rilevando che l'offerta economica più bassa risultasse quella formulata dalla Telecom Italia s.p.a. (di seguito solo Telecom), seguita da quella della Telespazio s.p.a. (Telespazio), odierna ricorrente.

Contestualmente, la Commissione di gara, rilevato che l'offerta economica della Telecom indicava i costi aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro nella misura "*dell'1 % del margine dell'offerta*", invitava la concorrente ad integrare tale dichiarazione attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui all'articolo 83, comma 9, del medesimo decreto legislativo n. 50 del 2016.

La Telecom provvedeva quindi a specificare il valore dei predetti costi nel termine concessole dalla Commissione di gara, che in data 8 novembre 2016 disponeva l'aggiudicazione della gara in suo favore, nonostante la richiesta di autotutela avanzata dalla Telespazio.

Quest'ultima impugnava quindi gli atti di gara con ricorso n. 14913/2016 proposto innanzi al Tribunale amministrativo per

il Lazio, sostenendo che la Commissione di gara, anziché concedere il soccorso istruttorio alla Telecom, avrebbe dovuto escluderla dalla gara.

Il Tribunale amministrativo, con sentenza n. 7042/2017, respingeva il ricorso.

La Telespazio ha proposto appello avverso detta decisione (ricorso n. 6437/2017) e ne ha chiesto la riforma della stessa previa sospensione dell'efficacia, nonché la declaratoria di inefficacia/ annullabilità/nullità del contratto sottoscritto con la controinteressata e quindi il subentro nella sua esecuzione.

I motivi di censura proposti dalla ricorrente sono i seguenti:

– Error in judicando – violazione e/o errata valutazione di un punto controverso della lite – illegittimità ed erroneità della sentenza nella parte in cui è stata ritenuta l'ammissibilità del ricorso al cd. "soccorso istruttorio" in caso di incompletezza della dichiarazione relativa ai costi di sicurezza – Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016 – violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della lettera d'invito – violazione e falsa applicazione dell'art.95, comma 10 del d.lgs. 50/2016;

- Error in judicando – violazione e/o errata valutazione di un punto controverso della lite – illegittimità ed erroneità della sentenza nella parte in cui è stata ritenuta l'ammissibilità del ricorso al cd. "soccorso istruttorio" in caso di imprecisa formulazione degli atti di gara – violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016 – violazione e falsa 13 applicazione dell'art. 3 della lettera d'invito – violazione e falsa applicazione dell'art.95, comma 10 del d.lgs. 50/2016;

– Error in judicando – violazione e/o errata valutazione di un punto controverso della lite – illegittimità ed erroneità della sentenza in merito

alla valutazione sulla natura del servizio oggetto di affidamento – violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016 – violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della lettera d'invito – violazione e falsa applicazione dell'art.95, comma 10 del d.lgs. 50/2016;

– Error in judicando – omessa pronuncia su un punto controverso della lite - violazione e falsa applicazione dell'art. 3 del d.lgs. 208/2011 - violazione e falsa applicazione dell'art. 4 del d.lgs. 50/2016 - eccesso di potere per violazione del principio trasparenza e par condicio;

– Error in judicando – omessa pronuncia su un punto controverso della lite - violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 9 del d.lgs. 208/2011 - violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 10 del d.lgs. 50/2016 - violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della lettera di invito.

Con detti motivi l'appellante, in sostanza, censura la sentenza di primo grado per aver il Tar ritenuto che nel caso di specie il soccorso istruttorio fosse esperibile.

Si sono costituiti in giudizio sia il Ministero della difesa che la controinteressata i quali hanno concluso nel senso dell'infondatezza del ricorso.

All'udienza del 18 gennaio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da una società attiva nel settore dei servizi di connettività satellitare (la quale aveva partecipato alla gara di appalto indetta dal Ministero della Difesa per la fornitura di servizi di connettività satellitare sottoposta alla procedura ALLA/NALLA e si era classificata al secondo posto dopo

Telecom Italia s.p.a.) avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio con cui è stato respinto il ricorso avverso gli atti conclusivi della gara.

2. Con l'appello in epigrafe la Telespazio s.p.a. contesta in primo luogo il mancato accoglimento del motivo con cui si era lamentato che illegittimamente la stazione appaltante avesse ammesso la concorrente Telecom Italia al beneficio del soccorso istruttorio in relazione all'indicazione dei costi per la sicurezza cc.dd. 'aziendali'.

Secondo l'appellante, in particolare, il riconoscimento del beneficio in parola era avvenuto in assenza dei prescritti presupposti normativi.

2.1. Il motivo è fondato.

2.1.1. Va in primo luogo osservato che la gara per cui è causa è stata indetta nella vigenza del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (*Codice degli appalti pubblici*) in quanto la lettera di invito è stata inviata alle imprese potenzialmente interessate in data 29 settembre 2016.

La prima conseguenza è che, per ciò che riguarda l'istituto del soccorso istruttorio, trova applicazione l'articolo 83, comma 9, del nuovo *Codice* secondo cui "*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".

La seconda conseguenza è che, per ciò che attiene l'obbligo di indicare puntualmente l'ammontare degli oneri per la sicurezza cc.dd. 'interni o aziendali', trova applicazione l'articolo 95, comma 10, secondo cui "*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). […]*" (disposizione che, superando legislativamente le precedenti incertezze, ha definito che, per le gare indette nella vigenza del nuovo *Codice*, è necessaria per le imprese concorrenti l'indicazione dei detti oneri).

La terza conseguenza è che, per il caso in esame, non trovano applicazione i principi di diritto formulati dalla sentenza dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, 27 luglio 2016, n. 19 in tema di ammissibilità del soccorso istruttorio per il caso di mancata indicazione degli oneri per la sicurezza cc.dd. 'interni o aziendali' (che ha espressamente limitato la valenza del principio alle sole gare indette nella vigenza del decreto legislativo n. 163 del 2006, escludendone le precedenti).

2.1.2. In base a quanto esposto, è ormai definitivo che

- per le gare indette all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo *Codice* (come quella che qui viene in rilievo) non vi sono più i presupposti per ricorrere al soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione degli oneri di cui all'articolo 95, comma

10. Ciò, in quanto il *Codice* ha definitivamente rimosso ogni possibile residua incertezza sulla sussistenza di tale obbligo;

- più in generale, il nuovo *Codice* non ammette comunque che il soccorso istruttorio possa essere utilizzato nel caso di incompletezze e irregolarità relative all'offerta economica (in tal senso – e in modo espresso – l'articolo 95, comma 10, cit.). L'esclusione è anche intesa ad evitare che il rimedio del soccorso istruttorio - istituto che corrisponde al rilievo non determinante di violazioni meramente formali - possa contrastare il generale principio della *par condicio* concorrenziale, consentendo in pratica a un concorrente (cui è riferita l'omissione) di modificare *ex post* il contenuto della propria offerta economica.

3. Riconducendo quanto sopra alle peculiarità del caso di specie, emerge che effettivamente la Telecom Italia non avrebbe potuto essere ammessa al soccorso istruttorio a cagione dell'iniziale mancata indicazione degli oneri per la sicurezza cc.dd. 'interni o aziendali' e che avrebbe dovuto quindi essere esclusa dalla gara.

Si osserva al riguardo:

i) che l'obbligo di indicare in modo puntuale i richiamati oneri non solo emergeva dall'articolo 95, comma 10, ma – per di più – era stato espressamente ribadito in sede di lettera di invito. perciò, a parte che l'omissione riguardava il contenuto dell'offerta economica (e che ciò non poteva in principio consentire il ricorso al soccorso istruttorio), l'appellata non poteva comunque vantare un affidamento incolpevole o invocare l'incertezza del quadro normativo di riferimento al

fine di giustificare l'inosservanza. Inoltre, quand'anche si ritenesse (con il primo giudice) che la lettera di invito non fosse sul punto del tutto chiara, è tuttavia indubitabile che l'obbligo emergesse con adeguata chiarezza dalla *litera legis* e che la Telecom Italia lo avesse in concreto disatteso;

ii) che, nella propria offerta, la Telecom Italia aveva inammissibilmente affermato che l'ammontare dei detti oneri era pari "*[all']un per cento del margine dell'offerta*". Ma in tal modo la concorrente aveva indebitamente ancorato la determinazione del *quantum* di tali oneri a un parametro incerto e fluttuante, rendendone così incerta la quantificazione. Non è del resto dato comprendere quale possa essere la razionale relazione fra l'ammontare degli oneri per la sicurezza e quello del margine dell'offerta. Laddove infatti si ammettesse una siffatta relazione, si dovrebbe concludere che l'impresa possa ridurre il livello delle spese destinate alla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro laddove le ricadute economiche della commessa presentino un andamento negativo;

iii) che non può essere condivisa la tesi della Telecom Italia secondo cui, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo *Codice*, la mancata indicazione dei detti oneri non porterebbe senz'altro all'esclusione. Si osserva in contrario che, una volta accertato che tale obbligo di indicazione è chiaramente sancito dalla legge, la sua violazione determina conseguenze escludenti a prescindere dal dato che l'esclusione non sia stata testualmente enunciata dagli articoli 83 e 95 del *Codice*. E' qui appena il caso di osservare che l'inadeguata indicazione degli oneri per la sicurezza cc.dd. 'interni o aziendali' non lede solo interessi di

ordine dichiarativo o documentale, ma si pone *ex se* in contrasto con i doveri di salvaguardia dei diritti dei lavoratori cui presiedono le previsioni di legge, che impongono di approntare misure e risorse congrue per preservare la loro sicurezza e la loro salute.

3.1. Da quanto detto emerge che l'offerta formulata in gara dalla Telecom Italia fosse irrimediabilmente viziata e avrebbe dovuto comportarne l'esclusione dalla procedura.

3.2. Le ragioni sin qui esposte risultano di per sé idonee a determinare l'accoglimento dell'appello e la riforma della sentenza di primo grado che non ha rilevato l'obbligo di escludere la Telecom Italia dalla gara per cui è causa.

Esse esimono pertanto il Collegio dall'esame specifico dei motivi di appello con cui, reiterando argomenti già articolati in primo grado, l'appellante osserva che la Telecom Italia avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura anche per ulteriori e diverse ragioni.

4. Una volta disposto (per le ragioni appena esaminate) l'annullamento degli atti impugnati in primo grado – inclusa l'aggiudicazione in favore di Telecom Italia -, occorre domandarsi se possa essere accolta la domanda proposta dall'appellante, finalizzata alla declaratoria di inefficacia del contratto e al subentro nella gestione.

4.1. Alla domanda deve rispondersi in senso negativo.

Ai sensi dell'articolo 124, comma 2, Cod. proc. amm., infatti, l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e

122. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subìto e provato.

Ebbene, ad avviso del Collegio, nonostante l'illegittimità degli atti della serie di gara, l'amministrazione appellata ha persuasivamente eccepito che la continuità dei sistemi di connettività satellitare concerne il superiore interesse della sicurezza nazionale, ragione per cui non è possibile ammettere il rischio che una tale continuità, che concretizza un'esigenza imperativa di interesse generale, possa essere compromessa da un avvicendamento nella gestione.

Inoltre l'odierna appellante non ha allegato, né provato il danno che avrebbe patito in ragione degli atti impugnati in primo grado, ragione per cui tale danno non può essere considerato come accertato nei suoi elementi costitutivi e nel suo ammontare.

La domanda, nei termini di risarcimento in forma specifica (che è quanto domandato in questa sede) non può dunque *in parte qua* trovare accoglimento.

5. Per le ragioni esposte l'appello in epigrafe deve essere accolto e conseguentemente, in riforma della sentenza appellata, deve essere disposto l'annullamento degli atti impugnati in primo grado.

Deve essere invece respinta l'istanza di declaratoria di inefficacia del contratto e di subentro nella sua gestione.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti ed eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Claudio Contessa	**Giuseppe Severini**

IL SEGRETARIO