

Publicato il 06/10/2020

N. 01245/2020 REG.PROV.COLL.  
N. 00222/2020 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 Puglia**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 222 del 2020, proposto da Matica Fintec s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale come da PEC iscritta al registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE);

***contro***

Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Bari, presso i cui Uffici, in via Melo n. 97, ha legale domicilio;

***nei confronti***

Mühlbauer Gmbh & Co. Kg, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Marega, Martin Hartl e Giorgia Diotallevi, con domicilio digitale come da PEC iscritta al registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE);

***per l'annullamento***

“a) della determina n. 366 dell’8.11.2019 a firma dell’Amministratore Delegato dell’Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. recante aggiudicazione a favore di Mühlbauer GmbH & Co. KG della procedura aperta per l’affidamento della fornitura di n. 6 impianti per la personalizzazione di documenti in formato card tramite tecnologia laser-engraving e codifica microchip presso lo stabilimento di Foggia, adottato dall’Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A., Numero Gara 7456817, CIG 793311666B;

b) della comunicazione di aggiudicazione ai sensi dell’art. 76, d.lgs. 50/2016 ricevuta dalla ricorrente a mezzo pec in data 12.11.2019;

c) dell’avviso di aggiudicazione 2019/ S 225-551444 pubblicato in GUUE in data 21.11.2019;

d) dei verbali delle sedute di gara con particolare riferimento a quelle del 25.9.2019, 18.10.2019, 24.10.2019 e del 31.10.2019 e delle connesse operazioni e valutazioni, nella parte in cui dispongono l’ammissione e la proposta di aggiudicazione a favore di Mühlbauer GmbH & Co. KG, non conosciuti;

e) della proposta di aggiudicazione disposta ad esito della sedute di gara del 31.10.2019;

f) di ogni altro atto e/o comportamento presupposto, consequenziale e/o connesso;

per la declaratoria di inefficacia,

del contratto ove medio tempore sottoscritto dall’Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A.

nonché per l’accertamento

del danno ingiusto subito dalla ricorrente per effetto degli impugnati provvedimenti, da risarcirsi in via principale in forma specifica mediante l’esclusione di Mühlbauer GmbH & Co. KG e la conseguente aggiudicazione a Matica Fintec S.p.A. della procedura aperta per l’affidamento della fornitura di n. 6 impianti per la personalizzazione di documenti in formato card tramite tecnologia laser-engraving e codifica microchip presso lo stabilimento di

Foggia, Numero Gara 7456817, CIG 793311666B, indetta dall'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A., anche a mezzo di subentro nel contratto ove nelle more intervenuto, ovvero in subordine per equivalente economico,

e per la conseguente condanna

dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. al risarcimento del danno ingiusto subito dalla ricorrente per effetto degli impugnati provvedimenti, da risarcirsi in via principale in forma specifica mediante l'esclusione mediante l'esclusione di Mühlbauer GmbH & Co. KG e la conseguente aggiudicazione a Matica Fintec S.p.A. della procedura aperta per l'affidamento della fornitura di n. 6 impianti per la personalizzazione di documenti in formato card tramite tecnologia laser-engraving e codifica microchip presso lo stabilimento di Foggia, Numero Gara 7456817, CIG 793311666B, indetta dall'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A., anche a mezzo di subentro nel contratto ove nelle more intervenuto, ovvero in subordine per equivalente economico”;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'IPZS s.p.a. e di Mühlbauer GmbH & Co. Kg;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2020 la dott.ssa Donatella Testini.

L'udienza si tiene mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 4, comma 1, del decreto-legge n. 28 del 2020, mediante la piattaforma in uso presso la Giustizia amministrativa di cui all'Allegato 3 al decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 134 del 22 maggio 2020.

Su istanza dell'avv. Salvatore Giuseppe Franco Ferrari, la causa è chiamata per la discussione orale da remoto ai sensi dell'art. 4 D.L. n. 28 del 2020.

Sono collegati per la ricorrente l'avv. Giuseppe Franco Ferrari e per la controinteressata l'avv. Andrea Marega, le cui identità vengono accertate mediante esibizione delle rispettive tessere di iscrizione all'albo degli avvocati. È presente a verbale l'Avv. dello Stato Ines Sisto, a seguito del deposito di note di udienza *ex* D.L. n. 28 del 2020.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Nel presente giudizio è controversa la legittimità degli esiti della procedura aperta indetta dall'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato per l'affidamento della fornitura di 6 impianti per la personalizzazione di documenti in formato card tramite tecnologia *laser-engraving* e codifica *microchip* presso lo stabilimento di Foggia, per la durata di 19 mesi, d'aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La prestazione principale oggetto dell'appalto è costituita dalla fornitura e posa in opera dei sei impianti (euro 2.586.000,00); quella secondaria consiste nel servizio di formazione operatori (euro 14.000,00).

Hanno presentato offerta tre operatori economici.

Con determina n. 366 dell'8 novembre 2019, il servizio è stato affidato alla controinteressata Muhlbauer che ha ottenuto il punteggio complessivo di 81,7666/100, di cui 70/70 per l'offerta tecnica e 11,7666/30 per quella economica.

La ricorrente si è classificata seconda, con il punteggio di 80,0100/100, di cui 50,0100/70 per l'offerta tecnica e 30/30 per quella economica.

Con il presente mezzo di tutela, la ricorrente insorge avverso l'innanzi indicato esito, assumendo che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per aver indicato nell'offerta economica degli oneri aziendali per la sicurezza pari a zero.

Con un unico articolato motivo di ricorso, deduce la violazione dell'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici e del decreto legislativo n. 81

del 2008 nonché l'eccesso di potere sotto svariati aspetti.

Premesso che il ridetto articolo 95, comma 10, impone l'indicazione in sede di offerta degli oneri di sicurezza aziendale e dei costi della manodopera, evidenza che anche il disciplinare di gara, al paragrafo 17, aveva chiarito che l'offerta avrebbe dovuto, a pena di esclusione, essere conforme al modello generato dal sistema, indicando, fra l'altro, "la stima dei costi aziendali relativi alla salute e alla sicurezza sui luoghi di lavoro si cui all'articolo 95, comma 10 del Codice. Detti costi relativi alla sicurezza connessi con l'attività d'impresa dovranno risultare congrui rispetto all'entità e le caratteristiche delle prestazioni oggetto dell'appalto".

Assume che una dichiarazione di oneri aziendali pari a zero si risolve nella negazione del relativo obbligo, avendo natura meramente apparente con conseguente formulazione di un'offerta priva di un elemento essenziale per la sua valutazione, non sanabile attraverso il soccorso istruttorio, citando le sentenze nn. 204 del 13 giugno 2019 del TAR Campobasso e 1481 del 14 aprile 2016 della sezione V del Consiglio di Stato.

La mancata ottemperanza all'obbligo in discorso, d'altro canto, comporta necessariamente l'esclusione dalla gara, come confermato dalla giurisprudenza che ha aderito alla tesi c.d. formalistica: Consiglio di Stato, ad. plen., n. 1, 2 e 3 del 2019, Corte di Giustizia UE, sez. IX, n. 309 del 2 maggio 2019, TAR Lazio, sez. II, 25 ottobre 2019 n. 12323; id., sez. III-*quater*, 30 ottobre 2018 n. 10492.

Conclude per l'annullamento degli atti gravati e la declaratoria d'inefficacia del contratto eventualmente stipulato, con richiesta di subentro *ex* articolo 124 del codice del processo amministrativo; in subordine, per il risarcimento del danno per equivalente.

Si è costituito in giudizio l'IPZS, analiticamente controdeducendo alla ricostruzione interpretativa proposta dalla parte ricorrente ed evidenziando come, nel caso di specie, la Stazione appaltante abbia valutato l'offerta

economica ritenendo congrua l'indicazione degli oneri per la sicurezza pari a zero in considerazione dei seguenti due rilevanti fattori.

Da un lato, la circostanza per cui la stessa natura della prestazione oggetto dell'appalto consente di garantire adeguatamente la sicurezza mediante l'utilizzo di comuni dispositivi di protezione individuali (quali, ad esempio, le scarpe infortunistiche) e con idonea formazione: ragion per cui è evidente che una società quale l'odierna aggiudicataria, che opera da anni nel settore, con un fatturato di circa 373 milioni di euro, abbia spalmato i costi, già di per sé irrisori, su più commesse precedenti a quella per cui è causa.

Dall'altro, l'intrinseca delicatezza della produzione per cui è causa, avente rilevanza ai fini della sicurezza nazionale, ha portato l'Amministrazione ad applicare un criterio che dà maggior rilievo all'offerta tecnica rispetto a quella economica: il pregio dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria è elevatissimo, avendo ottenuto il punteggio di 70/70, laddove la ricorrente ha ottenuto soli 50 punti, raggiungendo il secondo posto solo in virtù del forte ribasso offerto sul prezzo, ben 950.000 euro in meno.

La controinteressata, costituitasi in giudizio, premesso di essere presente nel settore della produzione di impianti e *software* per la personalizzazione di documenti in formato *card* da oltre quarant'anni e di essersi già aggiudicata numerose gare indette dall'IPZS, ha evidenziato, fra l'altro, che, in qualità di impresa multinazionale, ha adottato la politica aziendale di destinare ogni anno ingenti risorse in oneri per la sicurezza e, ad esempio, 367.786,86 euro nel 2018 e 334.551,51 nel 2019.

Di riflesso gli oneri per la sicurezza sostenuti non sono direttamente imputabili né ad una singola linea di prodotto, né ad una specifica commessa o a uno specifico cliente, trattandosi di oneri generali riferibili direttamente solo all'attività d'impresa nel suo complesso, con la conseguenza che, nel caso di specie, gli oneri sono effettivamente pari a zero.

Controdedotto anche in diritto sull'avversa interpretazione normativa, conclude per l'integrale reiezione del ricorso.

La causa viene ritenuta per la decisione alla pubblica udienza del 7 luglio 2020.

## DIRITTO

1. L'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici dispone 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)”.

Il disciplinare di gara, nello stabilire il contenuto dell'offerta economica, ha previsto, all'articolo 17, che la busta C “contiene, a pena di esclusione, i seguenti documenti:

Offerta economica, conforme al modello generato dal Sistema [...]

Il modello generato dal Sistema contiene i seguenti elementi:

... la stima dei costi aziendali relativi alla salute e alla sicurezza sui luoghi di lavoro di cui all'articolo 95, comma 10, del Codice. Detti costi relativi alla sicurezza connessi con l'attività d'impresa dovranno risultare congrui rispetto all'entità e le caratteristiche delle prestazioni oggetto dell'appalto.

La stima dei costi della manodopera, ai sensi dell'articolo 95, comma 10 del Codice”.

La controinteressata ha indicato i costi della manodopera in euro 94.025,41 (a fronte dei 67.000,00 indicati dalla ricorrente) e gli oneri aziendali in euro pari a zero (a fronte dei 6.000 euro indicati dalla ricorrente).

La domanda di annullamento dell'aggiudicazione proposta dal ricorrente verte sull'asserita illegittimità dell'indicazione degli oneri aziendali in misura pari a zero, circostanza che avrebbe dovuto condurre la Stazione appaltante ad escludere la controinteressata in ragione dei principi espressi, da ultimo, dall'Adunanza plenaria n. 7 del 2020, in conformità, fra le altre, alla sentenza della Corte di giustizia UE, sez. IX, del 2 maggio 2019, C-309/18, *Lavorogna Srl*, ECLI:EU:C:2019:350, che, rispondendo al quesito posto dal Consiglio di Stato, ha dichiarato compatibile con il diritto dell'Unione europea l'automatica

esclusione in caso di mancata separata indicazione di quanto richiesto dall'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici, come interpretato dalla giurisprudenza maggioritaria, nella misura in cui l'obbligo dichiarativo e la relativa sanzione siano chiaramente indicati negli atti di gara e/o nella disciplina di settore.

2. La principale *quaestio iuris* da risolvere, pertanto, è quella relativa all'equiparazione o meno dell'indicazione di costi aziendali per la sicurezza pari a zero all'omessa indicazione, in quanto, in caso di effettiva equiparazione, dopo la sentenza della Corte di giustizia sopra citata e dopo e le ordinanze di rinvio del Consiglio di Stato n. 1, 2 e 3 del 24 gennaio 2019, è ormai indubitabile che l'omessa indicazione e quantificazione degli oneri per la sicurezza costituisca causa di esclusione dalla gara per l'affidamento di servizi, come nel caso di specie.

2.1 La situazione del concorrente che omette di indicare separatamente oneri della sicurezza in realtà sussistenti e che, quindi, formula un'offerta incompleta (nel caso in cui i costi siano stati calcolati ai fini della formulazione dell'offerta, ma non indicati) o non veritiera (nel caso in cui gli oneri non siano stati affatto calcolati ai fini della formulazione dell'offerta), ad avviso del Collegio, è differente da quella del concorrente che, in base alla sua politica imprenditoriale (e, quindi, in ragione di quella libera organizzazione di capitale e lavoro che costituisce il *proprium* dell'attività di cui all'articolo 2082 del codice civile), valuta e conseguentemente dichiara, per le ragioni più varie, di non dover sostenere alcun costo diretto per un singolo appalto.

L'indicazione di costi della sicurezza pari a zero, infatti, sottintende comunque una specifica valutazione, da parte dell'offerente, in ordine agli effetti economici dell'applicazione delle regole di sicurezza nello svolgimento concreto del servizio, ascrivibile alla consapevole volontà dell'impresa offerente d'indicare la misura dei costi di sicurezza pari a zero, sull'assunto che, per particolari circostanze relative alla tipologia di appalto e/o alle modalità con le quali l'impresa offerente ritenga di fare fronte ai costi predetti,



l'indicato azzeramento corrisponda all'effettiva incidenza degli stessi sull'offerta economica (in termini, T.A.R. Campania, Salerno, I, 22 maggio 2017, n. 948).

D'altra parte, come evidenziato dall'aggiudicataria, l'incondizionato adempimento dell'obbligo dichiarativo avrebbe comportato un'imputazione del tutto arbitraria, se non casuale, di una quota di costi già in precedenza – periodicamente e sistematicamente – sostenuti dalla società a responsabilità limitata; situazione questa accomunabile all'accertata impossibilità di effettuare l'indicazione separata dei costi di manodopera, per la quale si riespande la procedibilità del soccorso istruttorio “in considerazione dei principi della certezza del diritto, di trasparenza e di proporzionalità”, previa fissazione di un termine di adempimento da imporre al concorrente interessato, come chiarito dalla Corte di giustizia (p- 32).

È allora evidente che, nel caso in esame, la sanzione espulsiva e la preclusione al soccorso istruttorio si rivelano non solo misure sproporzionate, eccedenti rispetto alle finalità dichiarate, ma anche inidonee a garantire la parità di trattamento degli offerenti (v. sentenza CUGE dell'8 febbraio 2018, Lloyd's of London, C-144/17, EU:C:2018:78, punto 32).

2.2 Di conseguenza, l'operato dell'amministrazione si presenta immune dai vizi denunciati. Infatti – si deve aggiungere – la valutazione della Stazione appaltante s'incentra su un elemento, gli oneri della sicurezza aziendali, che, come evidenziato dall'A.N.A.C. nel parere di precontenzioso di cui alla delibera n. 100 del giorno 8 febbraio 2017, sono “costi interni che l'impresa sostiene per la sicurezza nell'ambito dell'espletamento della propria attività economica”, ragion per cui la loro definizione “è rimessa al singolo concorrente, che è tenuto a indicarli specificamente in sede di offerta”.

Conseguentemente è ben possibile che gli oneri per la sicurezza, risultanti dalla concreta organizzazione aziendale, non siano direttamente imputabili né ad una singola linea di prodotto, né ad una specifica commessa o a uno specifico cliente, trattandosi di oneri generali riferibili direttamente solo

all'attività d'impresa nel suo complesso, con la conseguenza che, in relazione ad una determinata prestazione contrattuale, essi siano effettivamente pari a zero.

Nella delibera n. 100 del 2017 su citata, in particolare, l'A.N.A.C. ha chiarito che i costi da interferenze "attengono... allo specifico appalto, per come definito dalla stazione appaltante" e, pertanto, non sono soggetti a ribasso; a differenza degli oneri della sicurezza che, come già detto, attengono all'espletamento dell'attività economica nel suo complesso.

2.3 Alla luce di quanto fin qui esposto, ritiene il Collegio che la valutazione dei costi aziendali pari a zero non è equiparabile alla totale pretermissione di indicazioni al riguardo e, pertanto, non può costituire a priori motivo di estromissione dalla gara (cfr., Consiglio di Stato, sez. V, 19 gennaio 2017, n. 223; T.A.R. Campania, Salerno, I, 22 maggio 2017, n. 948, cit.; T.A.R. Liguria, sez. I, 2 marzo 2017, n. 163).

2.4 Dall'applicazione di tali coordinate ermeneutiche al caso di specie deriva l'infondatezza del ricorso.

Deve evidenziarsi che, nel caso di specie, non si è proceduto alla verifica dell'anomalia dell'offerta non sussistendone i presupposti.

Quanto alla verifica in concreto della congruità dei costi indicati, come richiesto dal disciplinare, nonostante le affermazioni contenute nelle memorie dell'Avvocatura e della controinteressata, invero non coincidenti sul punto, non vi è riscontro documentale che tale verifica sia stata effettuata.

Il dato, tuttavia, non rileva perché la ricorrente non ha proposto alcun motivo di ricorso volto a censurare l'eventuale omesso riscontro di congruità da parte della Stazione appaltante o, comunque, concreti e specifici profili di correttezza di eventuali giustificazione addotte in sede di gara. E anzi, a pag. 3 della memoria del 17 aprile 2020, ha espressamente chiarito che "si contesta la manifesta violazione dell'articolo 95, comma 10 e della *lex specialis* da cui deriva l'automatica esclusione del ricorrente".

Alla luce di quanto fin qui osservato, invece, la dedotta violazione non sussiste e, quindi, il ricorso va respinto in quanto infondato.

3. La complessità della questione giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite *inter partes*.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppina Adamo, Presidente

Francesco Cocomile, Consigliere

Donatella Testini, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Donatella Testini**

**IL PRESIDENTE**  
**Giuseppina Adamo**

IL SEGRETARIO