

SENTENZA

T.A.R. Puglia sez. III - Lecce, 10/05/2023, n. 604

Intestazione

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia
Lecce - Sezione Terza
ha pronunciato la presente

SENTENZA
sul ricorso numero di registro generale 136 del 2023, proposto da
Indaco Service Società Cooperativa Sociale, in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato
Fabrizio Cecinato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

contro
Azienda Sanitaria Locale di Taranto, in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato
Mariangela Carulli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

nei confronti
Life Progetti Sanitari - Società Cooperativa Sociale, in persona del
legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa
dall'avvocato Danilo D'Arpa, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

per l'annullamento,
previa sospensione e/o concessione di idonea misura cautelare:
- della deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria
Locale di Taranto n. 2748 del 16.12.2022, comunicata in data
28.12.2022, con cui è stata aggiudicata in favore della Società
Cooperativa Sociale Life Progetti Sanitari la gara ufficiosa al
prezzo più basso di cui alla "Procedura negoziata ex art. 1, comma 2,
lett. b) del D.L. n. 76/2020 convertito in Legge n. 120/2020, in
modalità telematica tramite piattaforma Empulia, per l'affidamento
del servizio di assistenza domiciliare integrata (A.D.I.) per n. 12
(dodici) mesi oltre opzione di rinnovo per ulteriori n. 12 (dodici)
mesi, per assistito (una minorenni) di Distretto della A.S.L. di
Taranto";

- della nota prot. Empulia n. PI184627-22 di "soccorso istruttorio", con cui è stata richiesta l'integrazione documentale alla Società Cooperativa Sociale Life Progetti Sanitari ai sensi dell'art. 83, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.;

- di tutti gli altri atti presupposti, connessi e consequenziali.

Per la conseguente aggiudicazione della procedura di gara negoziata suindicata in favore della Società ricorrente e caducazione ovvero declaratoria di inefficacia del provvedimento di aggiudicazione e del contratto d'appalto nelle more eventualmente stipulato, e per il subentro della Società ricorrente nel servizio oggetto della procedura di gara;

- in via subordinata, per il risarcimento per equivalente, ai sensi dell'art. 124 c.p.a., dei danni subiti e subendi dalla Società ricorrente quantificati in €. 14.451,47, o in quella somma maggiore o minore che dovesse risultare di Giustizia, da maggiorarsi con rivalutazione monetaria ed interessi moratori come per legge.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di: Azienda Sanitaria Locale di Taranto e di Life Progetti Sanitari - Società Cooperativa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 aprile 2023 la dott.ssa Patrizia Moro e uditi per le parti i difensori avv.to D. D'Arpa e avv.to F. Cecinato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Società ricorrente espone quanto segue.

Con deliberazione n. 908 del 03.05.2022, il Direttore Generale della A.S.L. di Taranto indiceva la gara ufficiosa di cui alla *"Procedura negoziata ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. b), del D.L. n. 76/2020 convertito in legge n. 120/2020, in modalità telematica tramite piattaforma Empulia, per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare integrata (ADI) per n. 12 (dodici) mesi, oltre opzione di rinnovo per ulteriori n. 12 (dodici) mesi per assistito (una minorenni) di Distretto della A.S.L. di Taranto, articolata in lotto unico, con aggiudicazione in favore dell'offerta recante il minor prezzo ai sensi dell'art. 95, comma 4, lettera b), del D. Lgs. n. 50/2016" - CIG 9206510C62*".

Alla suddetta procedura di gara ufficiosa partecipavano la Società Cooperativa Sociale ricorrente e la Società Cooperativa Sociale Life Progetti Sanitari.

In data 22.09.2022, a seguito dell'apertura delle buste degli operatori economici, il R.U.P. della A.S.L. di Taranto rilevava che l'offerta economica della Società Cooperativa Sociale Life Progetti Sanitari riportava un costo della manodopera pari a zero, per cui attivava l'istituto del soccorso istruttorio e chiedeva a quest'ultima l'integrazione documentale ai sensi dell'art. 83, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016 e ss.mm..

In data 27.09.2022, la Società Cooperativa Sociale Life Progetti Sanitari ottemperava alla suddetta richiesta. Il Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria Locale di Taranto, con deliberazione n. 2748 del 16.12.2022, aggiudicava la procedura de qua in favore della Società Cooperativa Sociale Life Progetti Sanitari, avendo quest'ultima presentato un'offerta complessiva di €. 140.736,00, mentre la Società ricorrente si collocava al secondo posto della graduatoria, avendo presentato un'offerta complessiva di €. 144.514,68.

In data 28.12.2022, con comunicazione prot. n. PI327817-22, l'A.S.L. di Taranto notificava l'esito della procedura di gara ufficiosa de qua, confermando l'aggiudicazione in favore dell'odierna controinteressata, Società Cooperativa Sociale Life Progetti Sanitari.

1.1. Avverso gli epigrafati atti e provvedimenti è quindi insorta la Società Cooperativa ricorrente, rassegnando le censure di seguito rubricate.

- Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 9, D. Lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per erroneità dei presupposti, illogicità, manifesta ingiustizia.

- Eccesso di potere per illogicità, erroneità dei presupposti, difetto di istruttoria, sviamento dell'interesse pubblico, manifesta ingiustizia.

1.2. Rispettivamente, l'8.2.2023 e il 13.02.2023 si sono costituite in giudizio la Società Cooperativa Sociale aggiudicataria e l'A.S.L. di Taranto, contestando l'ex adverso dedotto ed eccependo l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

1.3. All'udienza in Camera di Consiglio del 15 febbraio 2023 parte ricorrente ha rinunciato alla proposta istanza cautelare "nell'intesa di una rapida fissazione della causa nel merito".

Successivamente le parti hanno ulteriormente illustrato e ribadito le rispettive posizioni.

Alla pubblica udienza del 18 aprile 2023 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. Il ricorso è fondato nel merito e deve essere accolto.

2.1. In limine, va disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata dalla difesa della Società controinteressata, stante la mancata impugnazione della conclusione positiva della fase di verifica di congruità dell'offerta di cui alla nota prot. n. 181299 del 27.10.2022 dell'A.S.L. di Taranto, avuto riguardo alla natura meramente endoprocedimentale di tale fase.

2.2. Con un primo ordine di censure, la Società Cooperativa Sociale ricorrente lamenta la illegittima attivazione del soccorso istruttorio (di cui all'art. 83, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.) da parte del R.U.P. della A.S.L. di Taranto il quale, avendo rilevato, a seguito dell'apertura delle buste degli operatori economici, che l'offerta economica della

Società Cooperativa Sociale Life Progetti Sanitari era priva dell'indicazione del costo della manodopera, chiedeva a quest'ultima l'integrazione documentale, ritenendo di poter applicare l'art. 83, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016 e ss.mm..

Il motivo di gravame è fondato ed assorbente.

Ai sensi dell'art. 83 comma 9 del D. Lgs. n. 50/2016 e ss.mm. "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. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa".

Nella fattispecie concreta dedotta in giudizio, l'aggiudicataria, in sostanza, aveva ommesso qualsivoglia indicazione del costo complessivo della manodopera in sede di offerta economica (ex art. 95 comma 10 del D. Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.) avendolo (essa o il sistema telematico) indicato in misura pari a zero, limitandosi ad integrare la suddetta omissione totale (solo) in sede c.d. soccorso istruttorio.

Ne consegue che la Stazione appaltante resistente non poteva attivare l'istituto del soccorso istruttorio, sul semplice rilievo che, per espressa previsione dell'art. 83, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016, il soccorso istruttorio è escluso per le irregolarità "afferenti all'offerta economica".

2.3.Osserva, infatti, il Collegio che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con ordinanza n. 3 del 24.1.2019, aveva rinviato in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia U.E. la questione se il diritto dell'Unione Europea (segnatamente i principi di legittimo affidamento, certezza del diritto, libera circolazione, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi) ostino a una disciplina nazionale (quale quella di cui agli artt. 83, comma 9, 95, comma 10 e 97, comma 5 del Codice dei contratti pubblici italiano), in base alla quale la mancata indicazione da parte di una concorrente a una pubblica gara di appalto dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza dei lavoratori comporti, comunque, l'esclusione dalla gara, senza che la concorrente stessa possa essere ammessa in un secondo momento al beneficio del c.d. "soccorso istruttorio", nell'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 espresso detto obbligo legale di puntuale indicazione.

Con sentenza, del 2 maggio 2019, resa nella causa C 309/18, la Corte di Giustizia U.E., ha chiarito che "i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione".

La Corte di Giustizia U.E., quindi, ha enunciato il principio di diritto (poi recepito dal Consiglio di Stato Adunanza plenaria n. 7/2020) secondo cui l'obbligo di indicare separatamente i costi per la manodopera e/o gli oneri per la sicurezza aziendale in sede di offerta economica discende dal combinato disposto dell'art. 95, comma 10 e dell'art. 83, comma 9 del Decreto Lgs. n. 50/2016 e ss.mm. che non consente la regolarizzazione di carenze concernenti l'offerta tecnica o economica; qualsiasi operatore economico "ragionevolmente informato e normalmente diligente", quindi, si presume essere a conoscenza dell'obbligo in questione. Solo nei casi in cui il bando di gara preveda la compilazione di modelli dichiarativi ad uso obbligatorio, che risultino privi di "uno spazio fisico per l'indicazione separata dei costi della manodopera", deve allora demandarsi al Giudice la verifica della "materiale impossibilità" di evidenziare i costi in questione, legittimandosi - in presenza di circostanze idonee a "generare confusione" in capo agli offerenti - l'eventuale attivazione del soccorso istruttorio (vedi in tal senso: Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, decisione n. 7/2020).

2.4. Nella fattispecie concreta dedotta in giudizio, osserva il Tribunale che non vi era assoluto impedimento materiale per il concorrente di indicazione del costo della manodopera negli atti e nei modelli di gara, anzi il documento "Busta Economica" della procedura di gara ufficiosa de qua, conteneva le seguenti caselle da compilare: "Descrizione Base Asta Complessiva", "Valore Offerto", "Eventuale Allegato Economico", "Costi Sicurezza" e "Costi manodopera"; tuttavia, l'Impresa aggiudicataria (o il sistema telematico in conseguenza dell'omissione di quest'ultima) con riferimento ai "Costi della manodopera", compilava l'apposito spazio indicando espressamente costo "0".

Non possono, pertanto, applicarsi nel caso di specie quei principi giurisprudenziali che ritengono di derogare al principio della obbligatoria indicazione dei costi della manodopera

(a pena di esclusione), laddove le disposizioni della gara d'appalto non consentano (materialmente) agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche.

2.5. Peraltro, la necessaria indicazione dei costi della manodopera opera anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non sia specificato nella documentazione della gara d'appalto, essendo a tal fine sufficiente, in virtù del principio di eterointegrazione della *lex specialis* ad opera della *lex generalis*, che nella documentazione di gara sia riportato il richiamo alle norme del D. Lgs. n. 50/2016 e ss.mm..

Orbene, nella procedura negoziata in esame (gara ufficiosa), la Lettera d'invito al paragrafo n. 18 "Clausola finale" stabilisce espressamente che "Per quanto non espressamente previsto si applicano tutte le norme vigenti in materia di contratti pubblici e quelle del codice civile in quanto applicabili".

Ciò dimostra anche l'infondatezza dell'ulteriore eccezione della controinteressata secondo cui non era possibile l'indicazione dei costi della manodopera, perché non era espressamente indicata nel bando.

2.6. Non convince neppure la tesi della Società controinteressata secondo la quale la stessa avrebbe inserito, nell'allegato 2 all'offerta economica, il prezzo unitario e il prezzo complessivo di ciascuna prestazione, atteso che tali dati si riferiscono ai costi dei servizi di assistenza domiciliare integrata (A.D.I.), comprensivi anche delle dotazioni materiali e medicali necessarie, e non già del solo costo della manodopera, il quale non risulta da tali dati neppure determinabile.

Non è condivisibile, infine, la tesi delle parti resistenti secondo la quale l'A.S.L. di Taranto non avrebbe attivato nei confronti dell'aggiudicataria un soccorso istruttorio, bensì un mero soccorso procedimentale, atteso che, comunque, così facendo si è consentito alla stessa del tutto illegittimamente, una vera e propria integrazione postuma dell'offerta economica indicando solo successivamente un costo complessivo della manodopera pari a €. 48.504,00, non indicato e non determinabile nella offerta economica proposta in sede di partecipazione.

Ne consegue, quindi, che l'aggiudicataria, non avendo indicato i costi della manodopera nella propria offerta economica, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara ufficiosa in questione.

Il provvedimento di aggiudicazione impugnato va, quindi, per le suindicate considerazioni rivestenti carattere dirimente e assorbente, annullato con conseguente necessità per la Stazione appaltante resistente di disporre l'aggiudicazione della gara ufficiosa alla Società Cooperativa ricorrente e con declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente

stipulato tra la A.S.L. di Taranto e la Società Cooperativa Life Progetti Sanitari, con effetti decorrenti dalla notificazione/comunicazione della presente sentenza.

In considerazione del tipo di appalto che prevede una serie di prestazioni di Assistenza Domiciliare Integrata da eseguire in un arco temporale annuale (prorogabile per un ulteriore anno), va disposto il subentro della Società ricorrente nell'aggiudicazione e nel suddetto contratto a titolo di risarcimento del danno in forma specifica, previa verifica dei requisiti di legge.

Sussistono, nondimeno giustificati motivi (in considerazione delle recenti pronunce intervenute in materia e delle considerazioni espresse dalla difesa della controinteressata resistente nella memoria del 4.4.2023) per disporre la compensazione integrale delle spese di lite tra le parti del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati nei sensi sopra indicati.

Ordina alla S.A. resistente (A.S.L. di Taranto) di disporre il conseguente subentro della Società Cooperativa ricorrente nell'aggiudicazione dell'appalto di cui in premessa e nel contratto, previa verifica dei requisiti di legge, con la declaratoria, ex art. 122 c.p.a., dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato con la Life Progetti Sanitari - Società Cooperativa Sociale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella Camera di Consiglio del giorno 18 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Enrico d'Arpe, Presidente

Patrizia Moro, Consigliere, Estensore

Anna Abbate, Primo Referendario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 10 MAG. 2023.

