

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

Sezione Terza Quater

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7978 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Tr. Ar. 2000 s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Fa. Li., con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via (...)

contro

Azienda Usl Roma 6, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato St. Me., con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Vi. Di. Ma. in Roma, via (...)

nei confronti di

Fu. It. s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Co. Di., con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Al. Li. in Roma, via (...)

per l'annullamento

- del provvedimento di cui estremi ignoti, adottato nella seduta pubblica del 20 luglio 2017, in virtù del quale la Tr. Ar. 2000 s.p.a. è stata esclusa dalla «procedura negoziata per la fornitura di un mammografo digitale con tomosintesi per l'unità dipartimentale di senologia e screening per P.O. di Marino» (CIG 677082016C);

- del provvedimento di aggiudicazione della predetta gara, che a quanto consta all'odierna ricorrente, risulta essere già stato adottato, seppur mai comunicato a Tr. Ar. 2000 s.p.a. e di cui non si conoscono gli estremi;

- di ogni altro atto annesso, ovvero connesso, presupposto o consequenziale, ivi compresi

- il provvedimento della proposta di aggiudicazione della predetta gara;

- il disciplinare di gara, ove e limitatamente alla parte in cui vi si ritenga presente una clausola che impone a pena di esclusione l'indicazione degli oneri di sicurezza nell'offerta economica;

- i verbali di gara e le valutazioni poste in essere dalla stazione appaltante per disporre l'esclusione anzidetta;

- la nota prot. n. 43745 del 1° agosto 2017 con la quale il RUP della gara ha comunicato il differimento integrale dell'accesso agli atti, tempestivamente domandato dalla Tr. Ar. 2000 s.p.a.;

e con motivi aggiunti del 10 novembre 2017:

- della deliberazione n. 754 del 5 ottobre 2017 con la quale il Direttore generale ha approvato la proposta di aggiudicazione nei confronti di Fu. It. S.p.A. avente ad oggetto la «Procedura negoziata art. 36 del D. Lgs. n. 50 del 18/4/2016, per la fornitura di un Mammografo Digitale con Tomosintesi per l'unità Dipartimentale di Senologia e Screening Mammografico del P.O. di Marino - CIG 677082016C» e, quindi, della relativa aggiudicazione definitiva;

- della relativa proposta di aggiudicazione nei confronti di Fu. It. s.p.a.;
- della nota prot. n. 55421 del 6/10/2017 con la quale è stata comunicata alla Tr. Ar. 2000 s.p.a. in pari data l'aggiudicazione definitiva ex art. 76, comma 5, d.lgs. n. 50/2016 disposta nei confronti di Fu. It. s.p.a.;
- del verbale della seduta di gara del 20 dicembre 2016 nel corso della quale la Commissione, riunitasi in seduta riservata, decideva di «effettuare un approfondimento in relazione al vigente nuovo codice degli appalti» e di «richiedere parere legale in merito all'ipotesi di ammissione ovvero esclusione dalla gara della Ditta Tr. Ar. 2000 S.p.A., stante l'accertata carenza nell'indicazione nell'offerta economica [...] dei costi aziendali in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro, e se questa possa essere oggetto di sanatoria tramite l'istituto del soccorso istruttorio»;
- del verbale della seduta di gara del 17 marzo 2017 nel corso della quale la Commissione «prende atto che con nota Prot. n. 1830 del 30/01/2017 l'Avv. St. Me. [...] ha trasmesso parere legale PL/III/C20 che viene acquisito nel merito quale parte integrante e sostanziale del presente verbale» e, quindi, del relativo parere legale prot. n. 1830 del 30/1/2017 (nonché di tutte le valutazioni ivi compiute) con il quale il coordinatore dell'Ufficio Legale ha concluso per l'impossibilità di procedere con il soccorso istruttorio in favore della Tr. Ar. 2000 s.p.a. per la «mancata specificazione analitica degli oneri per la sicurezza sui luoghi di lavoro [...] con conseguente esclusione della stessa nella gara di cui trattasi»;
- del verbale della seduta di gara riservata del 14 luglio 2017 nel corso della quale la Commissione ha deliberato «l'esclusione dalla presente gara della ditta Tr. Ar. 2000 s.p.a.»;
- del provvedimento di annullamento in autotutela ex art. 21-nonies l. 241/1990 (di cui non si conoscono gli estremi) disposto dalla Commissione di gara di una serie di atti e provvedimenti e, nel dettaglio: delle procedure poste in essere dalla Commissione riferite agli atti relativi alla valutazione dell'offerta economica presentata da Tr. Ar. 2000 s.p.a., nonché del verbale n. 7 del 29/11/2016 e del verbale n. 8 del 20/12/2016 e della graduatoria provvisoria ove Tr. Ar. risultava essere al primo posto;
- della nuova graduatoria riportata nel verbale di gara del 20 luglio 2017 ove Fujifilm risultava classificata al primo posto in graduatoria e la GE Me. Sy. It. s.p.a. al secondo posto;
- del verbale della seduta pubblica del 20 luglio 2017 (già impugnato con ricorso principale, ma di cui si è ottenuta copia solo all'esito dell'accesso agli atti) nel corso della quale la Commissione ha comunicato «1) di annullare la graduatoria provvisoria d'appalto determinata nel verbale n. 7 del 29/11/2016, relativa alle ditte Tr. Ar. 2000 - Fu. Italia - GE Me. Si. It. [...]; 2) di escludere la Ditta Tr. Ar. 2000 S.p.A. di Roma" [...]; 3) di riaprire la procedura di aggiudicazione [...]; 4) di fare salvi, in forza del principio di salvaguardia degli atti amministrativi non viziati, gli atti relativi ai verbali della commissione di gara n. 1 del 22/9/2016 - n. 2 del 12/10/2016 - n. 3 del 14/10/2016 - n. 4 del 18/10/2016 - n. 5 del 19/10/2016 - n. 6 del 28/10/2016, n. 8 del 20.12.2016 e n. 9 del 17/03/2017; » e quindi della relativa nuova graduatoria provvisoria redatta;
- del verbale di gara della seduta riservata del 4 agosto 2017 ove la Commissione ha preso atto del venir meno della necessità di richiedere ulteriori giustificazioni alla Tr. Ar. 2000 s.p.a. (vista la sua esclusione) e, valutati gli atti relativi al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta avviato nei confronti della Fu. It. s.p.a., ha ritenuto la congruità dell'offerta presentata da quest'ultima confermando la graduatoria del 20/7/2017;
- della richiesta da parte della stazione appaltante a Fu. It. s.p.a. dei documenti integrativi circa il subprocedimento di anomalia dell'offerta, richiesta avanzata con nota n. 41479 del 20/7/2017;
- del verbale di gara della seduta pubblica del 4 agosto 2017 nel corso della quale la Commissione ha confermato la graduatoria di cui al verbale n. 11 e, quindi, della relativa graduatoria, nonché dell'aggiudicazione provvisoria (e/o proposta di aggiudicazione) disposta in favore della Fu. It. s.p.a.;

- di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto, con il quale è stata confermata/ribadita l'esclusione dalla procedura di gara della Tr. Ar. 2000 s.p.a.;

- del contratto di appalto ove nelle more stipulato;

nonché

per la condanna di ASL Roma 6 al risarcimento dei danni subiti ex art. 30 c.p.a., tramite reintegrazione in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Usl Roma 6 e di Fu. It. s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2018 il dott. Alfredo Storto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Col ricorso introduttivo la Tr. Ar. 2000 s.p.a. (Trade) impugna la propria esclusione, non formalizzata ex art. 76, comma 4, lettera b), del d.lgs. n. 50/2016, dalla «procedura negoziata per la fornitura di un mammografo digitale con tomosintesi per l'unità dipartimentale di senologia e screening per P.O. di Marino» indetta il 1° agosto 2016 ex art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 dalla Asl Roma 6, per non essere stati quantificati gli oneri per la sicurezza aziendale.

1.1. In particolare, la ricorrente lamenta:

1) violazione e falsa applicazione degli artt. 29, 76, 83, 94, 95 e 97 del d.lgs. n. 50/2016, degli artt. 1 e 3 del disciplinare di gara, carenza dei presupposti, contraddittorietà, manifeste irragionevolezza e ingiustizia, difetto di istruttoria e di motivazione, sviamento, in quanto: a) l'indicazione degli oneri di sicurezza non sarebbe contemplata dalla lex specialis se non nell'art. 3 della lettera di invito (che non ne fornisce una stima e) che, tuttavia, impone ai concorrenti di affrontare il tema nelle giustificazioni nel caso di anomalia dell'offerta («Le giustificazioni devono dimostrare che l'offerta sia adeguata e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, che deve essere specificatamente indicato, nonché congrua rispetto alle caratteristiche del servizio da espletare»), mentre di tale prescrizione non v'è traccia né nell'indicazione del contenuto del plico, né nella modulistica allegata, né altrimenti è comminata l'esclusione per la mancata indicazione; b) inoltre, la Trade 2000, avendo presentato la migliore offerta economica, aveva indicato in sede di giustificazioni (cui era stata ammessa anche la Fujifilm s.p.a., poi risultata aggiudicataria definitiva) i predetti oneri, già compresi nell'offerta economica con un importo congruo, venendo tuttavia inopinatamente esclusa dalla gara per non averli quantificati nell'offerta economica, con atto non comunicato né pubblicato sul sito web aziendale; c) ancora, avrebbe dovuto esser attivato il soccorso istruttorio, con attenuazione del rigore dei principi già a suo tempo declinati da Ad. plen. n. 9 del 2015 anche alla luce della successiva decisione n. 19 del 2016 e tenuto conto del principio di cui all'art. 89, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 e di quello di cui all'art. 83 del medesimo codice secondo cui solo le cause tassativamente indicate come escludenti nella lex specialis possono condurre all'estromissione dalla gara del concorrente; d) la previsione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 (che richiede l'indicazione nell'offerta economica anche degli oneri della sicurezza) andrebbe interpretato secondo proporzionalità e ragionevolezza, nel mentre la congruità dell'offerta andrebbe

accertata, ai sensi dell'art. 97 del codice dei contratti pubblici, attraverso le giustificazioni fornite dalla concorrente;

2) violazione e falsa applicazione degli artt. 29, 53 e 76 del d.lgs. n. 50/2016, degli artt. 24 e 25 della l. n. 241/1990, dell'art. 4 del disciplinare di gara, carenza dei presupposti, manifeste irragionevolezza e ingiustizia, difetto di istruttoria e di motivazione, sviamento, in quanto sarebbe illegittima la determinazione, assunta dalla Asl di differire l'accesso alla documentazione di gara ad un momento successivo all'aggiudicazione.

1.3. La ricorrente ha anche formulato un'istanza istruttoria ovvero ex art. 116, comma 2, c.p.a. per l'accesso a una serie di atti di gara.

1.4. Si sono difese la Asl Roma 6 e la Fujifilm deducendo l'infondatezza dell'impugnativa.

1.5. Con ordinanza n. 4724 del 14 settembre 2017, la Sezione ha respinto la domanda cautelare articolata in ricorso dalla Trade e ha fissato l'odierna udienza pubblica.

2. Nelle more, la Trade ha proposto motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione in favore della Fujifilm e gli altri atti indicati in epigrafe ottenuti a seguito di accesso.

2.1. La ricorrente, oltre ad articolare una censura di illegittimità derivata da quella degli atti presupposti gravati col ricorso introduttivo, ha ulteriormente lamentato:

3) violazione e falsa applicazione degli artt. 83, comma 9, e 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, falso presupposto di fatto, contraddittorietà e vizio di motivazione, travisamento dei fatti, sviamento, illogicità, in quanto: a) il parere del Coordinatore dell'Ufficio legale dell'Asl, acquisito e fatto proprio dalla Commissione di gara, sarebbe errato laddove conclude che la mancata specificazione analitica degli oneri per la sicurezza aziendale integrerebbe una inosservanza sostanziale piuttosto che formale e anche affetto da contraddizione tra le premesse e le conclusioni; b) nessun dubbio esiste in ordine al fatto che il prezzo offerto dalla Trade fosse comprensivo degli oneri di sicurezza, cosicché la Commissione, a prescindere dalla mancata specificazione iniziale, avrebbe dovuto verificare in sede di giustificazioni la concreta allocazione nel prezzo delle risorse per la sicurezza;

4) ulteriore violazione e falsa applicazione degli artt. 83, comma 9, e 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 1 "Busta n. 3 parte economica" del disciplinare di gara, erroneo presupposto di fatto, in quanto, l'indicazione contenuta nelle difese dell'amministrazione in ordine ad una inequivocabile clausola contenuta nell'art. 5 della lex specialis (la quale prevederebbe che l'offerta economica doveva essere formulata «nessun onere escluso (anche se non espressamente menzionato)», con automatica applicazione dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/16) sarebbe errata, non esistendo alcuna clausola del tenore riportato dalla difesa della Asl, come peraltro ammesso dalla stessa Commissione nel verbale di gara del 20 dicembre 2016 e, anzi, avendo l'equivoca formulazione recata dall'art. 3 del disciplinare di gara indotto in errore la Trade nel formulare la propria offerta.

2.1. Con gli stessi motivi aggiunti la Trade ha anche reiterato la propria istanza istruttoria (anche ex art. 116, comma 2, c.p.a.) per l'accesso alle giustificazioni fornite nell'ambito del subprocedimento di anomalia dell'offerta da Fujifilm.

2.2. L'Asl Roma 6, nel concludere nel merito per l'infondatezza anche dei motivi aggiunti, ne ha eccepito in via pregiudiziale l'inammissibilità per carenza di interesse a ricorrere, non essendo stata gravata in appello la decisione cautelare già resa dalla Sezione.

2.3. Anche la Fujifilm ha ribadito l'infondatezza complessiva dell'impugnativa.

Sia quest'ultima sia la Trade hanno ulteriormente interloquito con memorie, la seconda eccependo la tardività delle ultime difese della Asl.

3. All'esito dell'odierna udienza pubblica, nella quale il difensore della ricorrente ha dichiarato di non avere più interesse alla decisione dell'istanza istruttoria/di accesso, la causa è stata posta in decisione.

4. L'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 (nel testo *ratione temporis* applicabile al caso di specie) così dispone: «nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro».

Quanto alla *lex specialis* della gara, in essa non è rinvenibile (né all'art. 5, né altrove) la previsione espressa indicata dalla Asl nei termini per cui l'offerta doveva essere formulata «nessun onere escluso (anche se non espressamente formulato)».

Tuttavia, l'art. 3 della *lex specialis* prevedeva infine che «le giustificazioni devono dimostrare che l'offerta sia adeguata e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, che deve essere specificatamente indicato, nonché congrua rispetto alle caratteristiche del servizio da espletare».

Ciò posto, osserva in linea generale il Collegio che, anche in assenza di un'esplicita previsione di richiamo alla previsione imperativa e cogente dell'art. 95, comma 10, cit., opererebbe l'istituto della eterointegrazione del bando di gara in base alla normativa in materia, analogamente a quanto avviene nel diritto civile ai sensi degli artt. 1374 e 1339 c.c., colmandosi in via suppletiva le eventuali lacune del provvedimento adottato dalla pubblica amministrazione (cfr., da ultimo, C.d.S., III, 24 ottobre 2017, n. 4903).

Senonché, nella gara in esame, emerge direttamente la piena operatività della previsione appena richiamata del codice dei contratti pubblici, a cui nella specie corrisponde proprio il disposto dell'art. 3 della *lex specialis* nella parte in cui prescrive di indicare specificatamente il costo relativo alla sicurezza, da riferire pertanto alla fase di predisposizione dell'offerta, con l'effetto di poter ravvisare l'esistenza nella legge di gara una previsione ad hoc senz'altro idonea, nella necessaria sinergia con la chiara norma di legge, a rendere edotto il concorrente degli obblighi compilativi su di esso gravanti.

Infatti, le previsioni di gara, in particolare ove costituiscono l'attuazione di disposizioni di legge cogenti e imperative, non possono essere lette disgiuntamente dalle medesime norme presupposte, né tantomeno in contrasto con la lettera e le finalità di esse.

Ciò posto, quanto all'effettiva portata della norma di legge presupposta, occorre considerare che sotto la vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006 si era consolidata l'interpretazione recata da Ad. plen. n. 19 del 2016, la quale aveva chiarito che l'esclusione automatica dell'impresa che non abbia indicato gli oneri di sicurezza interni o aziendali nell'offerta economica può essere disposto solo se la *lex specialis* nulla dica in proposito e se dal punto di vista sostanziale l'offerta non rispetta i costi minimi. Questa pronuncia derivava le proprie ragioni dalla sentenza del 2 giugno 2016 (C-27/17) della Corte di Giustizia dell'Unione europea la quale aveva chiarito che i principi eurounitari ostano all'esclusione automatica di un'impresa quando un determinato obbligo non sia previsto dal bando o dal diritto vigente, ma solo da una particolare interpretazione giurisprudenziale o dei documenti della procedura di gara, sicché deve essere consentito all'operatore economico di sanare la propria posizione di adempiere a tale obbligo entro un termine.

Tale quadro normativo è stato dunque superato proprio dal nuovo codice dei contratti pubblici il quale, col valore di norma primaria, ha innovato il diritto vigente, prevedendo espressamente l'obbligo di indicare nell'offerta tecnica gli oneri di sicurezza, al contempo precludendo, con l'art. 83, comma 9, il soccorso istruttorio con riguardo all'offerta economica e tecnica.

Proprio dalla giustapposizione tra la pratica giurisprudenziale vigente sotto l'abrogato codice dei contratti pubblici e la nuova espressa previsione di legge, emerge che ove la gara, come quella oggi in esame, sia assoggettata alle disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016, grava in capo all'offerente «un ineludibile obbligo legale da assolvere necessariamente già in sede di predisposizione dell'offerta economica, proprio al fine di garantire la massima trasparenza dell'offerta economica nelle sue varie componenti, evitando che la stessa possa essere modificata ex post nelle sue componenti di costo, in sede di verifica dell'anomalia, con possibile alterazione dei costi della sicurezza al fine di rendere sostenibili e quindi giustificabili le voci di costo riferite alla fornitura del servizio o del bene» (così, condivisibilmente, Tar Campania, Salerno, I, 25 ottobre 2017, n. 1527).

Per quanto detto, il tenore del bando determinato dall'interposizione di una norma espressa in ordine alle necessarie indicazioni da includere nell'offerta tecnica da leggere alla luce della disposizione di legge primaria richiamabile, in uno a un'altrettanto puntuale preclusione del soccorso istruttorio recato sempre per via di legge ordinaria, vale dunque a far ritenere corrette le univoche determinazioni escludenti assunte dalla Commissione di gara - senza la necessità di interrogarsi ulteriormente in ordine alla compatibilità della normativa nazionale con quella eurounitaria - le quali non risultano pertanto neppure affette da alcune delle contraddittorietà che, secondo la prospettazione della ricorrente, deriverebbero loro dal presupposto parere reso dall'Ufficio legale aziendale.

5. Da tanto discende - disattesa l'eccezione pregiudiziale inammissibilmente fondata su una presunta, ma inesistente, forza preclusiva della statuizione cautelare non appellata - la reiezione sia del ricorso introduttivo, sia dei motivi aggiunti, compresa la conseguenziale domanda risarcitoria.

6. Come già ritenuto in sede cautelare, l'esistenza di oscillazioni giurisprudenziali sui temi in esame consente di compensare le spese di lite tra tutte le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

Sezione Terza Quater,

definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge e compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Sapone - Presidente

Alfredo Storto - Consigliere, Estensore

Massimo Santini - Consigliere