

N. 10547/2024REG.PROV.COLL.

N. 04768/2024 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 4768 del 2024, proposto dal Comune di Vibo Valentia, in persona del Sindaco *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A002C4BE0C, rappresentato e difeso dall'avvocato Maristella Paoli', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Francesco Lilli in Roma, via di Val Fiorita n. 90;

contro

la Cooperativa sociale Vibosalus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Concetta Piacente, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (sezione seconda) n. 665, pubblicata il 22 aprile 2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Cooperativa sociale Vibosalus;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2024 il consigliere Marina Perrelli e uditi per le parti gli avvocati Francesco Lilli, in delega dell'avvocato Maristella Paoli, e Patrizia Perugini, in delega dell'avvocato Concetta Piacente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune appellante ha chiesto la riforma della sentenza del T.a.r. per la Calabria n. 665 del 2024 con la quale è stato accolto il ricorso proposto dalla seconda classificata avverso l'aggiudicazione della procedura ad evidenza pubblica per la gestione dell'asilo nido comunale per un periodo di quarantuno settimane (dal 14 settembre 2023 al 29 giugno 2024) per violazione dell'art. 108, comma 9, del d.lgs. n. 36/2023 per mancata indicazione nell'offerta economica dei costi di manodopera e, per l'effetto, la stessa è stata annullata senza la declaratoria dell'inefficacia del contratto, attesa la prossima chiusura dell'anno scolastico.

1.2. Il Comune appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza:

1) nella parte in cui ha escluso la presenza nell'oggetto dell'appalto di un servizio di natura intellettuale.

Ad avviso dell'ente appellante l'appalto in controversia ha ad oggetto il servizio di gestione dell'asilo nido coinvolgente profili educativi ed è erogato in favore di bambini piccoli, ne discenderebbe che, a differenza di quanto ritenuto dal giudice di primo grado, il profilo educativo pedagogico prevarrebbe sulle altre prestazioni a supporto delle mansioni educative con conseguente insussistenza dell'obbligo di

indicazione separata dei costi della manodopera *ex art.* 108, comma 9, del d.lgs. n. 36/2023. Né il fatto che i servizi siano prestati avvalendosi della collaborazione di alcuni addetti tra cui gli ausiliari ed il cuoco varrebbe ad escluderne la natura intellettuale e a rendere necessaria la indicazione di costi di manodopera;

2) per violazione dell'art. 108, comma 9, del d.lgs. n. 36/2023, del principio di tassatività delle cause di esclusione.

La mancata qualificazione della prestazione in termini intellettuali da parte della stazione appaltante, secondo la prospettazione dell'appellante, non potrebbe avere rilievo ai fini di escludere tale natura poiché la prestazione dovrebbe essere considerata ed esaminata in sé, potendo presentare natura intellettuale benché non espressamente definita come tale dall'amministrazione;

3) per violazione dei principi di trasparenza, massima partecipazione, certezza del diritto, parità di trattamento.

Secondo l'ente appellante, la stazione appaltante non avrebbe potuto procedere alla esclusione della ditta per una causa - mancata indicazione dei costi della manodopera - non prevista non solo dalla legislazione ma anche dal bando, né dagli altri documenti di gara.

E, infatti, nel disciplinare di gara in ordine alla offerta economica – art. 6 - era previsto che nella formulazione della stessa la ditta dovesse espressamente distinguere, a pena di esclusione, l'importo del servizio dall'importo dei costi per la sicurezza aziendale, in nessun caso soggetti a ribasso. Ne discende che l'amministrazione, stante l'impossibilità di indicare i costi di manodopera nei moduli predisposti, non avrebbe potuto escludere l'offerente ma, in applicazione dei principi di certezza del diritto, di trasparenza e di proporzionalità, avrebbe dovuto al più accordargli la possibilità di sanare la sua situazione e di ottemperare agli

obblighi previsti dalla legislazione nazionale in materia entro un termine stabilito. Né assumerebbe rilievo la circostanza che il modulo fosse modificabile poiché l'operatore economico si sarebbe trovato nell'incertezza tra omettere la specificazione dei costi prescritta dalla legge, stante l'assenza di un apposito spazio, e il rischio, inserendoli, di alterare il modulo appositamente predisposto dall'amministrazione.

2. La Cooperativa sociale Vibosalus si è costituita in giudizio ed ha concluso per il rigetto dell'appello.

3. Alla pubblica udienza del 14 novembre 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

4. L'appello è fondato e deve essere accolto per le seguenti ragioni.

5. Con la sentenza impugnata il giudice di primo grado ha accolto il ricorso della seconda classificata sul presupposto della mancata indicazione specifica da parte dell'aggiudicataria dei costi della manodopera nella propria offerta economica e della conseguente violazione dell'art. 108, comma 9, del d.lgs. n. 36/2023 che *“riveste natura imperativa per cui si impone, mediante il principio dell'eterointegrazione prefigurato dall'art. 1339 c.c., nei confronti degli atti di gara che risultino lacunosi ovvero che contengano previsioni contrarie”*.

5.1. In particolare il giudice di primo grado ha ritenuto:

a) *“irrelevante la circostanza che il disciplinare di gara non abbia previsto di indicare separatamente i costi della manodopera, in quanto come osservato dalla giurisprudenza tale obbligo dichiarativo sussiste anche a prescindere da una espressa previsione in tal senso della lex specialis (T.A.R. Lazio - Roma, sez. III, sent. 20 maggio 2022, n. 6531/2022)”*;

b) non condivisibile l'eccezione *“non applicabilità dell'art. 108 d.lgs. n. 36 del 2023 per effetto del suo mancato richiamo nel successivo art. 128 relativo all'affidamento dei servizi sociali, in quanto l'obbligo di indicare separatamente nelle offerte economiche i costi della manodopera trova applicazione come già evidenziato anche nelle procedure di affidamento di servizi sociali (Consiglio di Stato, sez. III, sent. 28 agosto 2023, n.7982/2023)”*;

c) la non riconducibilità della *“gestione di un asilo entro il perimetro dei servizi di natura intellettuale, per i quali l'art. 108, comma 9, del d.lgs. n. 36/2023 espressamente esclude l'obbligo di indicazione separata dei costi de quibus”* in quanto *“dalla lettura del capitolato speciale d'appalto, ma anche dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, non emerge che il contenuto normale e quindi assolutamente prevalente delle prestazioni oggetto del servizio affidato presenti un carattere non standardizzato che richiede l'elaborazione di soluzioni personalizzate e diversificate caso per caso, costituendo una tale elaborazione una eventualità di carattere secondario e non la normalità”*.

5.2. Sulla scorta delle predette considerazioni il giudice di primo grado, ritenuta fondata *“la censura di violazione dell'art. 108, comma 9, d.lgs. n. 36 del 2023 sollevata con il primo motivo di ricorso, tenuto anche conto del fatto che l'indicazione separata dei costi della manodopera non si presentava come un adempimento inesigibile, atteso che l'offerta presentata dalla ricorrente, ritualmente dimessa in giudizio, reca tale indicazione”*, ha accolto il ricorso della odierna appellata e, per l'effetto, ha annullato l'aggiudicazione disposta in favore della prima classificata, senza dichiarare l'inefficacia del contratto sia perché *“un eventuale subentro della ricorrente nella gestione dell'asilo comunale in un momento che si pone ormai in prossimità del termine dell'anno scolastico si presenta contrario agli interessi dei bambini in tenera età che beneficiano da mesi delle prestazioni rese dall'aggiudicataria”*, sia per la necessità di eseguire i controlli previsti dall'art. 17, comma 5, del d.lgs. n. 36/2023 riservati alla stazione appaltante, fatta salva la possibilità di *“richiedere tutela in sede risarcitoria”*.

6. E' fondata e meritevole di accoglimento la censura con la quale il Comune appellante deduce che, a differenza di quanto statuito dal giudice di primo grado, non avrebbe potuto procedere alla esclusione della prima classificata per una causa - mancata indicazione dei costi della manodopera - non prevista dal bando, né dagli altri documenti di gara in conformità ai principi di trasparenza e proporzionalità, oltre che di tutela dell'affidamento dei partecipanti nell'utilizzo della modulistica predisposta dalla stazione appaltante.

6.1. Secondo la giurisprudenza formatasi nella vigenza del precedente codice: a) la mancata separata indicazione dei costi della manodopera comporta l'esclusione dell'impresa dalla gara; b) tale omissione non può essere sanata mediante la procedura del soccorso istruttorio (dunque neppure mediante giustificativi presentati in sede di verifica di congruità dell'offerta); c) l'esclusione dalla gara va disposta anche in assenza di specificazione ossia di espressa comminatoria, in tal senso, ad opera della "legge di gara"; ciò dal momento che la normativa italiana è sufficientemente chiara in ordine a tale formale obbligo per cui – come statuito dalla Corte di Giustizia nella sentenza 2 maggio 2019, C-309/18 - qualsiasi operatore economico "*ragionevolmente informato e normalmente diligente*" si presume a conoscenza dell'obbligo in questione;

d) in questa specifica direzione, i suddetti costi della sicurezza e della manodopera non possono essere neppure ricostruiti in via postuma, sempre in sede di verifica di congruità, attraverso la eventuale dimostrazione che un tale dato era "*comunque compreso nell'offerta economica ... anche se non espressamente indicato*" (Cons. Stato, Ad. plen., nn. 7 e 8 del 2020).

6.2. Sempre nella vigenza del precedente codice e, segnatamente dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, la giurisprudenza ha ritenuto che alla regola generale della

portata escludente della mancata indicazione specifica dei costi della manodopera fa eccezione la presenza di clausole e di modelli che non consentano ai concorrenti di indicare espressamente tali costi nell'ambito della propria offerta economica, vale a dire le ipotesi in cui la legge di gara contenga disposizioni fortemente ambigue o fuorvianti, tali da ingenerare "confusione" nel concorrente, nonché di modelli predisposti dalla stazione appaltante in modo tale da rendere materialmente impossibile il loro effettivo inserimento (Cons. Stato, V, 4502 del 2024; id. n. 1191 del 2022; id. n. 4806 del 2020; id. n. 6688 del 2019).

Secondo il predetto condivisibile orientamento, a tutela del legittimo affidamento, in tali ipotesi deve essere consentita una sanatoria o una rettifica postuma del dato mediante soccorso istruttorio oppure giustificativi in sede di giudizio di anomalia, coerentemente anche a quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella già richiamata sentenza del 2 maggio 2019, causa C-309/18.

6.3. Ritiene il Collegio che tale ultimo orientamento possa trovare applicazione anche all'appalto in controversia, disciplinato dal d.lgs. n. 36/2023 il cui art. 108, rubricato "Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture", prevede al comma 9 che *"Nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale"*.

6.4. Premesso che nel caso di specie non si verte in un'ipotesi di servizio di natura intellettuale, dovendosi sul punto condividere la conclusione del giudice di primo grado secondo cui *"dalla lettura del capitolato speciale d'appalto, ma anche dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, non emerge che il contenuto normale e quindi assolutamente prevalente delle prestazioni oggetto del servizio affidato presenti un carattere non standardizzato che richiede*

l'elaborazione di soluzioni personalizzate e diversificate caso per caso, costituendo una tale elaborazione una eventualità di carattere secondario e non la normalità", il Collegio, considerata la formulazione della *lex* di gara e tenuto conto dei modelli predisposti dalla stazione appaltante per la presentazione delle offerte, ritiene, invece, integrata una delle eccezioni alla regola generale della portata automaticamente escludente della mancata indicazione specifica dei costi della manodopera e la sussistenza di condizioni tali da consentire l'esercizio del soccorso istruttorio prima di addivenire all'eventuale esclusione.

E', infatti, documentalmente provato, non contestato dalle parti e affermato anche nella sentenza impugnata che la *lex specialis* non contenesse la prescrizione dell'indicazione separata del costo della manodopera, né prefigurasse una ipotesi di esclusione per il suddetto motivo, nonché dalla lettura dei predetti documenti emerge anche la predisposizione di moduli di presentazione delle offerte e di una clausola di chiusura che ne prevedeva il rispetto a pena di esclusione.

Il disciplinare di gara disponeva: a) all'art. 5, rubricato "Modalità di presentazione dell'offerta", che *"Si procederà alla creazione di una Richiesta di Offerta (RdO) con le modalità previste dal sistema. L'offerta e la documentazione ad essa relativa devono essere redatte e trasmesse al Sistema in formato elettronico attraverso la piattaforma MEPA. La redazione dell'offerta dovrà avvenire seguendo le diverse fasi successive dell'apposita procedura guidata del MEPA, che consentono di predisporre: 1.1) una busta virtuale contenente la documentazione amministrativa che attesta i requisiti e gli adempimenti del concorrente per partecipare alla gara; 1.2) una busta virtuale contenete il progetto tecnico; 1.3) una busta virtuale contenete l'offerta economica"*; b) all'art. 6, rubricato "Contenuto dell'offerta", che *"L'offerta dovrà contenere, a pena esclusione, la documentazione di seguito indicata. Le tre "buste virtuali" sono le seguenti: BUSTA A -"Documentazione amministrativa"; BUSTA B -"Offerta tecnica"; BUSTA C-"Offerta*

economica". (...) C) Busta C-"OFFERTA ECONOMICA" contenente l'importo richiesto già ribassato per l'esecuzione del servizio, debitamente sottoscritta dal/i legale/i rappresentante/i o procuratore dell'impresa offerente e, in caso di RT.I, dal Legale rappresentante o procuratore di ciascuna impresa costituente il raggruppamento. (...) Nella formulazione dell'offerta economica (busta N. 3), la ditta concorrente dovrà espressamente distinguere, a pena di esclusione, l'importo del servizio dall'importo dei costi per la sicurezza aziendale che, in nessun caso, sono soggetti a ribasso"; c) all'art. 11, rubricato "Norme finali" che "Tutte le modalità di partecipazione e presentazione dell'offerta disposte nel presente disciplinare sono da intendersi a pena di esclusione salva la possibilità della commissione di invitare le imprese concorrenti a completare o a fornire i chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentate".

6.5. Alla luce del tenore letterale delle richiamate clausole, nonché della lettura complessiva del disciplinare, il Collegio ritiene applicabile al caso di specie la giurisprudenza anche della Sezione che, nel solco delle coordinate interpretative tracciate dalla Corte di Giustizia, ha ritenuto che l'eccezione alla regola della separata evidenziazione dei costi della manodopera debba operare *"allorquando la congerie di regole di gara, quanto alla valenza dei modelli di domanda predisposti dalla stazione appaltante quale schema imposto dalla lex specialis nella presentazione dell'offerta, non si profili né omogenea né improntata alla necessaria chiarezza, risultando la documentazione di gara oggettivamente idonea a ingenerare nei partecipanti confusione in ordine all'individuazione delle non conformità delle offerte rispetto ai modelli allegati soggette alla sanzione espulsiva e, pertanto, a causare il plausibile timore di subire la predetta conseguenza negativa in caso di presentazione di una domanda contenente modifiche al modello allegato alla lex specialis"* (Cons. Stato, V, n. 4502 del 2024 che, a sua volta, cita Cons. Stato, V, n. 4806 del 2020 e Cons. Stato, V, n. 6688 del 2019).

Né la circostanza che l'appellata abbia rispettato gli oneri dichiarativi generando un file in cui oltre alle indicazioni del disciplinare ha aggiunto i costi della manodopera smentisce l'esistenza di una situazione di ambiguità delle previsioni relative ai detti costi e dei connessi possibili errori nella formulazione dell'offerta che non possono ridondare in danno dei concorrenti che ad esse si sono scrupolosamente attenuti, redigendo l'offerta conformemente al modello predisposto dalla stazione appaltante.

7. Alla luce delle esposte considerazioni il Collegio non ritiene condivisibile la sentenza di primo grado nella parte in cui afferma che *“l'aggiudicataria andava quindi esclusa dalla gara per avere presentato un'offerta priva dell'indicazione separata dei costi della manodopera”* e che *“l'omessa separata indicazione dei predetti costi non può essere sanata mediante la procedura del soccorso istruttorio”*, dovendo, invece, nel caso di specie ritenersi integrata una delle eccezioni alla regola generale della portata automaticamente escludente della mancata indicazione specifica dei costi della manodopera e sussistenti le condizioni idonee a consentire l'esercizio del soccorso istruttorio prima di addivenire all'eventuale esclusione.

Tale interpretazione appare, infine, coerente anche con l'art. 101 che disciplina nel d.lgs. n. 36/2023 il soccorso istruttorio e la cui *“chiave interpretativa”*, secondo quanto dichiarato nella relazione illustrativa, *“è la leale collaborazione delle parti (amministrazione appaltante e operatori economici), ispirata alla fiducia nell'attività dell'amministrazione e alla responsabilità dell'operatore economico, secondo i noti principi di buona fede, il tutto evidentemente nel rispetto del principio della par condicio”*.

8. In conclusione, l'appello deve essere accolto a ciò conseguendo, in riforma della sentenza impugnata, il rigetto del ricorso di primo grado. Nulla deve essere disposto

con riguardo alle sorti del contratto poiché il giudice di primo grado, pur avendo annullato l'aggiudicazione, non ne aveva disposto la declaratoria di inefficacia.

9. Si ravvisano giusti motivi, per il complessivo andamento del giudizio e la complessità delle questioni trattate, per disporre la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

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

Compensa integralmente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Marina Perrelli

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO