## T.A.R. Napoli, (Campania) sez. I, 11/04/2023, n.2191

### **FATTO e DIRITTO**

**1.** Il Comune di V.d.B., con determina dirigenziale n. 35 del 23 febbraio 2022 â?? DSG 73, aveva indetto una procedura di gara ad evidenza pubblica per lâ??affidamento dellâ??esecuzione del progetto esecutivo per i â??Lavori di mitigazione e messa in sicurezza da rischio idrogeologico causato da fenomeni metereologici mediante intervento di adeguamento del sistema di smaltimento delle acque meteoriche e messa in sicurezza dei tratti di viabilitĂ del Rione Grifano.â?•

In data 26 luglio 2022 era avviata procedura di gara telematica â?? ai sensi dellâ??art. 36, comma 2, lett. b), d. lgs 50/2016 â?? sul portale MEPA, alla quale la società (*omissis*) era stata invitata, tra gli altri, a presentare offerta.

Per quanto dâ??interesse, il bando-disciplinare di gara, allâ??art. 19, chiariva testualmente che lâ??offerta economica avrebbe dovuto contenere la seguente documentazione:

- **1.1** offerta economica â?? modello generato in automatico dal sistema MEPA â?? vincolante per 180 gg. Il concorrente dovrà inoltre indicare i propri costi della sicurezza aziendali secondo quanto stabilito nei modelli automatici della R.D.O ai sensi dellâ??art. 95 comma 10 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i.;
- **1.2** dichiarazione sui propri costi della manodopera ai sensi dellâ??art. 95 comma 10 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. â?? MODELLO 5â?<sup>3</sup>.

Per entrambi i modelli, da sottoscrivere esclusivamente con firma digitale, non sarebbe stato possibile apporre modifiche o aggiunte.

A causa di anomalie verificatesi nel sistema, dovute  $\hat{a}$ ?? come sostiene il comune resistente  $\hat{a}$ ?? anche ad aggiornamenti della piattaforma MEPA, il modello generato dal sistema non ha tuttavia consentito di inserire materialmente nel modello i costi di sicurezza aziendali. Per rimediare a ci $\tilde{A}^2$ , la Commissione di gara ha ammesso al soccorso istruttorio i candidati, tra i quali la controinteressata (*omissis*), che avevano proposto offerte mancanti di indicazione in merito ai suddetti oneri.

Espletata quindi la procedura di gara, con determinazione n. 313 del 22 agosto 2022, il comune di V.d.B. ha aggiudicato lâ??appalto alla società (*omissis*).

**2.** Avverso lâ??aggiudicazione, Impregina ha proposto lâ??odierno ricorso, notificato il 22 settembre 2022 e depositato il successivo 4 ottobre, col quale ha dedotto la seguente censura:

violazione e falsa applicazione delle prescrizioni di gara di cui allâ??art. 19 del bando-disciplinare; dellâ??art. 83, comma 9, e dellâ??art. 95, comma 10, d. lgs n. 50/2016; violazione dellâ??art. 97 Cost.; del principio della par condicio tra i concorrenti; difetto dâ??istruttoria; eccesso di potere per illogicitĂ manifesta; erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto.

La Commissione di gara, nonostante la mancata indicazione dei costi per la sicurezza aziendale nellâ??apposito modello generato in automatico dal sistema, anziché escludere la società ( *omissis*) lâ??ha illegittimamente ammessa al soccorso istruttorio.

(*omissis*) ed il comune di V.d.B. si sono costituiti in giudizio con memorie rispettivamente depositate il 6 ed il 13 ottobre 2022. Entrambe hanno chiesto il rigetto del ricorso per infondatezza delle relative censure.

Con ordinanza n. 1844 del 20 ottobre 2022, la Sezione ha respinto la richiesta di sospensione cautelare del provvedimento impugnato.

La causa Ã" stata fissata al ruolo dellâ??udienza pubblica dellâ??8 febbraio 2023, per la discussione del merito.

Le parti hanno prodotto memorie e repliche ad ulteriore sostegno delle rispettive ragioni.

A conclusione dellâ??<br/>udienza, la causa  $\tilde{A}^{\cdot \cdot}$  stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

# **3.** Il ricorso Ã" infondato.

Per il caso in esame appare utile richiamare quanto statuito dalla Corte di giustizia dellâ??Unione europea con la sentenza 2 maggio 2019, C-309/18 (Lavorgna S.r.l. contro Comune di Montelanico).

La Corte ha precisato che spetta al giudice del rinvio verificare se per gli offerenti sia stato materialmente impossibile indicare i costi della manodopera conformemente allâ??art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici e valutare se, di conseguenza, tale documentazione abbia

generato confusione in capo agli offerenti, nonostante il rinvio esplicito alle chiare disposizioni del succitato codice.

Le indicazioni fornite dalla Corte di giustizia possono essere calate nella fattispecie in esame, in cui il bando-disciplinare di gara ha imposto ai concorrenti di redigere lâ??offerta economica utilizzando il modello 5 MEPA, il cui file â??pdfâ?• non prevedeva tuttavia uno specifico campo o colonna riguardo allâ??indicazione degli oneri di sicurezza aziendali e non consentiva la materiale possibilità di operare aggiunte o modifiche.

A riprova di  $ci\tilde{A}^2$ , la stessa societ $\tilde{A}$  ricorrente, al pari di altri concorrenti, non li ha potuti indicare nel modello MEPA e, per porvi rimedio, ha presentato un modello separato, diverso rispetto a quelli previsti dal bando-disciplinare.

Per questa ragione, imputabile ad una manchevolezza originaria del modello presente nella piattaforma MEPA e, quindi, alla stessa stazione appaltante, la Commissione ha valutato, in modo ragionevole e condivisibile, di garantire ai partecipanti, tra i quali la società controinteressata, il soccorso istruttorio.

Ã? del tutto evidente che non possono ricadere sullâ??operatore economico eventuali anomalie del sistema o della piattaforma messi a disposizione dalla Stazione appaltante.

In questo senso, lâ??attivazione del soccorso istruttorio rappresenta una piana applicazione del principio della par condicio (cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, 1° giugno 2020, n. 5780, secondo cui, â??â?! ciò che ad avviso della Sezione deve ritenersi dirimente Ã", invero, lâ??assenza nel modulo â?? di necessaria utilizzazione per la formulazione dellâ??offerta â?? di uno spazio dedicato allâ??assolvimento dellâ??onere in questione, circostanza che, da una parte, ha reso materialmente impossibile procedervi e, dallâ??altra, ha ingenerato certamente nei concorrenti quella situazione di â??confusioneâ?• nella quale i principi di trasparenza e proporzionalità impediscono alla stazione appaltante, che ha in sostanza ingenerato lâ??errore nei concorrenti, di applicare una legittima sanzione espulsiva. â?lâ?•).

Costituisce preciso onere della stazione appaltante garantire il corretto funzionamento del sistema al fine di non ostacolare gli operatori economici nel presentare la propria offerta economica, dovendo prevalere, nel caso di manchevolezze non imputabili al candidato, il principio della massima partecipazione, come derivato di quello della par condicio (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 7 gennaio 2020, n. 86; TAR Lombardia, Milano, 9 gennaio 2019, n. 40).

Dâ??altronde, la possibilità di sanare, tramite soccorso istruttorio, le irregolarità della domanda di partecipazione anche in materia di costi della sicurezza interni allâ??azienda, indicati nellâ??offerta economica, non Ã" in contraddizione al divieto contenuto nellâ??art. 83, comma 9, d. lgs. 50/2016.

La tutela dellà??affidamento impone infatti di salvaguardare la posizione dellà??operatore economico che, per presentare la propria offerta economica, pur volendo, non abbia potuto utilizzare i moduli e la piattaforma informatica predisposta dalla stazione appaltante (cfr., TAR Campania, Salerno, sez. I, 9 settembre 2019, n. 1535).

Non a caso, diversi operatori economici si sono trovati nelle medesime condizioni della controinteressata, circostanza che rafforza lâ??assunto secondo cui la procedura, a causa di problemi tecnici sulla piattaforma MEPA, ha dato origine a difficoltA e quindi ad incertezze proprio in merito allâ??indicazione degli oneri di sicurezza aziendali.

Né si era in presenza di un modello cartaceo modificabile atteso che, come sopra evidenziato, gli operatori economici erano tenuti a compilare il modello elettronico MEPA, di carattere chiuso, non rettificabile e che non permetteva aggiunte, salvo â??forzareâ?• il sistema allegando un modello diverso da quelli previsti dal bando-disciplinare di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2021 n. 2839). Giurispedia.it

**4.** Per quanto sopra, il ricorso va respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono determinate nella misura indicata in dispositivo.

# P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio che liquida in â?¬ 2.500,00 (duemilacinquecento/00), in favore di ciascuna delle parti resistenti, comune di V.d.B. e (omissis ).

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dallâ??autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2023 con lâ??intervento dei magistrati (omissis).

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 11 APR. 2023.

### Campi meta

Massima:  $L'illegittimit\tilde{A}$  del provvedimento amministrativo edilizio (diniego di titolo o sanzione demolitoria) sussiste in caso di difetto di motivazione in ordine alla corretta applicazione delle Norme Tecniche di Attuazione o dei vincoli gravanti sull'area, o qualora l'Amministrazione abbia omesso di valutare adeguatamente la sussistenza dei presupposti per la sanatoria dell'intervento.

Supporto Alla Lettura :

### CONTRATTO DI APPALTO

Si tratta dunque di un contratto di risultato e non di attivitA . Inoltre, si distingue dal contratto dâ??opera in quanto lâ??appaltatore non deve personalmente occuparsi del compimento delle opere commissionate, ma servirsi della propria organizzazione e gestirla a tal fine. Tale contratto può avere ad oggetto tanto il compimento di unâ??opera quanto essere un appalto di servizi. Il contratto dâ??appalto ha forma libera. Può quindi essere concluso anche oralmente, salvo nella circostanza in cui abbia ad oggetto la realizzazione di navi od aeromobili o in cui si tratti di un appalto pubblico. Il corrispettivo della??appaltatore, salvo patto contrario, si matura soltanto al compimento ed al collaudo della??opera. Il contratto di appalto consente al committente lâ??utilizzo dei rimedi risolutori generali, così come previsti dagli articoli 1453 e seguenti del codice civile, non senza qualche particolaritA. La natura indivisibile della prestazione dellâ??appaltatore determina infatti che anche un inadempimento parziale dellâ??appaltatore corrisponda di fatto ad un inadempimento totale. Anche al di fuori dei casi di inadempimento, i rimedi risolutori specificamente previsti dal legislatore nellâ??ambito del contratto di appalto presentano delle peculiaritÃ. Lâ??articolo 1668 del codice civile prevede infatti un rimedio per il caso di difformitA o vizi della??opera. Nel caso questi non siano tali da rendere la??opera del tutto inadatta alla sua destinazione, lâ??appaltatore dovrÃ, alternativamente, eliminarli a proprie spese o ridurre il proprio corrispettivo. Nel caso invece le difformitA o i vizi siano tali da renderla inadatta alla propria funzione, il committente potr\tilde{A} legittimamente domandare la risoluzione dellâ??appalto. Per ciò che invece riguarda il recesso unilaterale â??ad nutumâ?•, del committente, lo stesso, non Ã" tuttavia privo di conseguenze giuridiche. Lâ??esercizio di tale diritto potestativo non lo dispensa infatti dal dover tenere indenne lâ??appaltatore dalle spese sostenute, dalla parte della??opera eseguita ed anche dal mancato guadagno. In sintesi la possibilità di recedere del committente Ã" controbilanciata dal legislatore che, di fatto, prende in considerazione questo recesso alla stregua di un inadempimento. Le conseguenze pratiche non sono infatti dissimili