

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 viabilit  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 societ  (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 dovr  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?³.

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 â?? come sostiene il comune resistente â?? 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  , 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 l'appalto alla società (omissis).

2. Avverso l'aggiudicazione, Impregina ha proposto l'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 all'art. 19 del bando-disciplinare; dell'art. 83, comma 9, e dell'art. 95, comma 10, d. lgs n. 50/2016; violazione dell'art. 97 Cost.; del principio della par condicio tra i concorrenti; difetto d'istruttoria; eccesso di potere per illogicità manifesta; erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto.

La Commissione di gara, nonostante la mancata indicazione dei costi per la sicurezza aziendale nell'apposito modello generato in automatico dal sistema, anziché escludere la società (omissis) 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 è stata fissata al ruolo dell'udienza pubblica dell'8 febbraio 2023, per la discussione del merito.

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

A conclusione dell'udienza, la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

3. Il ricorso è infondato.

Per il caso in esame appare utile richiamare quanto statuito dalla Corte di giustizia dell'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 all'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 l'offerta economica utilizzando il modello 5 MEPA, il cui file *pdf* non prevedeva tuttavia uno specifico campo o colonna riguardo all'indicazione degli oneri di sicurezza aziendali e non consentiva la materiale possibilità di operare aggiunte o modifiche.

A riprova di ciò, la stessa società 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.

È del tutto evidente che non possono ricadere sull'operatore economico eventuali anomalie del sistema o della piattaforma messi a disposizione dalla Stazione appaltante.

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

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).

D'altronde, la possibilità di sanare, tramite soccorso istruttorio, le irregolarità della domanda di partecipazione anche in materia di costi della sicurezza interni all'azienda, indicati nell'offerta economica, non è in contraddizione al divieto contenuto nell'art. 83, comma 9, d. lgs. 50/2016.

La tutela dell'affidamento impone infatti di salvaguardare la posizione dell'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 l'assunto secondo cui la procedura, a causa di problemi tecnici sulla piattaforma MEPA, ha dato origine a difficoltà e quindi ad incertezze proprio in merito all'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 "forzare" 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 € 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 dall'autorità amministrativa.

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

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 11 APR. 2023.

Campi meta

Massima : *L'illegittimit  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 ommesso 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 attivit  . Inoltre, si distingue dal contratto d  opera in quanto l  appaltatore non deve personalmente occuparsi del compimento delle opere commissionate, ma servirsi della propria organizzazione e gestirla a tal fine. Tale contratto pu  avere ad oggetto tanto il compimento di un  opera quanto essere un appalto di servizi. Il contratto d  appalto ha forma libera. Pu  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 dell  appaltatore, salvo patto contrario, si matura soltanto al compimento ed al collaudo dell  opera. Il contratto di appalto consente al committente l  utilizzo dei rimedi risolutori generali, cos  come previsti dagli articoli 1453 e seguenti del codice civile, non senza qualche particolarit  . La natura indivisibile della prestazione dell  appaltatore determina infatti che anche un inadempimento parziale dell  appaltatore corrisponda di fatto ad un inadempimento totale. Anche al di fuori dei casi di inadempimento, i rimedi risolutori specificamente previsti dal legislatore nell  ambito del contratto di appalto presentano delle peculiarit  . L  articolo 1668 del codice civile prevede infatti un rimedio per il caso di difformit  o vizi dell  opera. Nel caso questi non siano tali da rendere l  opera del tutto inadatta alla sua destinazione, l  appaltatore dovr  , alternativamente, eliminarli a proprie spese o ridurre il proprio corrispettivo. Nel caso invece le difformit  o i vizi siano tali da renderla inadatta alla propria funzione, il committente potr  legittimamente domandare la risoluzione dell  appalto. Per ci  che invece riguarda il recesso unilaterale   ad nutum , del committente, lo stesso, non   tuttavia privo di conseguenze giuridiche. L  esercizio di tale diritto potestativo non lo dispensa infatti dal dover tenere indenne l  appaltatore dalle spese sostenute, dalla parte dell  opera eseguita ed anche dal mancato guadagno. In sintesi la possibilit  di recedere del committente   controbilanciata dal legislatore che, di fatto, prende in considerazione questo recesso alla stregua di un inadempimento. Le conseguenze pratiche non sono infatti dissimili.