

1. MEMORIA DEL CONTROINTERESSATO AGGIUDICATARIO DI UN APPALTO IN UN GIUDIZIO INSTAURATO DAL SECONDO IN GRADUATORIA. La società aggiudicataria di una procedura di gara per l'affidamento di un servizio resiste ad un ricorso instaurato da altro concorrente, secondo in graduatoria – che ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione, chiedendone altresì la sospensione, e presentando memoria difensiva (Corte Giustizia UE, sez. IX, 2 maggio 2019, n. 309).

1.1. Traccia

Con provvedimento pubblicato in data 3 maggio 2019, il Comune di Alfa ha bandito una procedura aperta per l'affidamento del servizio di raccolta differenziata, trasporto dei rifiuti solidi urbani e assimilati e altri servizi d'igiene urbana per la durata di anni nove, con indicazione di un importo a base d'asta pari a € 3.030.519,97 I.V.A. esclusa, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016.

La Società Beta partecipava alla gara presentando la propria offerta, insieme alla Società Gamma.

Specificamente, né il bando di gara, né il disciplinare, né i moduli predisposti dalla Stazione appaltante per la presentazione delle offerte, consentivano agli offerenti di indicare i costi relativi alla manodopera.

Dopo la scadenza del termine impartito per la presentazione delle offerte, l'amministrazione aggiudicatrice, facendo ricorso alla procedura di soccorso istruttorio, invitava alcuni degli offerenti, tra i quali la Società Beta, a specificare gli importi dei loro costi della manodopera, poiché essi avevano indicato un prezzo comprensivo degli oneri dei costi della manodopera senza tuttavia chiarirne l'importo

In data 30 giugno 2019, in riscontro alla richiesta della Stazione appaltante, la Società Beta provvedeva a trasmettere i dettagli dei propri costi della manodopera.

Con provvedimento del 22 luglio 2019, il Comune di Alfa ha aggiudicato l'appalto pubblico alla Società Beta.

La Società Gamma, posizionatasi al secondo posto in esito alla procedura di selezione, proponeva un ricorso per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione e degli atti presupposto, dinanzi al competente Tribunale Amministrativo Regionale, richiedendone altresì la sospensione. In particolare, la Società Gamma ha addotto l'illegittimità dei provvedimenti e degli atti gravati, sostenendo che – contrariamente alla decisione assunta dalla commissione di gara di fare ricorso al "soccorso istruttorio" – tutte le offerte economiche non riportanti la specifica indicazione del "costo della manodopera", tra cui anche quella della menzionata Società Beta, avrebbero dovuto essere escluse.

La Società Gamma domandava, altresì, la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more, avanzando, in subordine, domanda risarcitoria per equivalente.

La società Beta e il Comune di Alfa si costituivano in giudizio.

Il TAR adito fissava la camera di consiglio per la discussione dell'istanza cautelare.

Il candidato, assunte le vesti del legale della Società Beta, redigeva l'atto che ritiene più opportuno al fine di tutelare gli interessi della medesima.

1.2. Svolgimento

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL/LA _____

Sez. ____ R.g. n. ____

C.C. del _____

MEMORIA

per la **Società Beta**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. _____;

– *controinteressata* –

CONTRO

– la **Società Gamma**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. _____;

– *ricorrente* –

e

– **Comune di Alfa**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. _____

– *Amministrazione resistente* –

* * *

La Società Beta, già costituitasi in data _____, in vista dell'udienza camerale per la discussione dell'istanza cautelare della società ricorrente, deduce quanto segue in

FATTO

1. Con provvedimento prot. n. ____ del 3 maggio 2019 (doc. 1), il Comune di Alfa ha bandito una procedura aperta per l'affidamento del servizio di raccolta differenziata, trasporto dei rifiuti solidi urbani e assimilati e altri servizi d'igiene urbana per la durata di anni nove, con indicazione di un importo a base d'asta pari a € 3.030.519,97 I.V.A. esclusa, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016.

2. L'odierna controinteressata ha partecipato alla gara presentando la propria offerta, insieme alla Società Gamma.

3. Dopo la scadenza del termine impartito per la presentazione delle offerte, Il Comune di Alfa, facendo ricorso alla procedura di soccorso istruttorio, con nota prot. n. ____ del ____ (doc. 2) ha invitato la Società Beta a specificare i propri costi della manodopera, poiché la società aveva indicato un prezzo comprensivo dei costi della manodopera senza tuttavia chiarirne l'importo.

4. In data 30 giugno 2019, in riscontro alla richiesta della Stazione appaltante, la Società Beta ha trasmesso i dettagli dei propri costi della manodopera (doc. 3).

5. In seguito, con provvedimento prot. n. ____ del 22 luglio 2019 (doc. 4), il Comune di Alfa ha aggiudicato l'appalto pubblico alla Società Beta.

6. Il provvedimento di aggiudicazione e gli atti della procedura sono stati impugnati dalla Società Gamma, posizionatasi seconda in graduatoria, che ha proposto ricorso, con istanza cautelare, avverso i predetti atti.

Nello specifico, la Società Gamma ha contestato la decisione assunta dalla com-

missione di gara di fare ricorso al “soccorso istruttorio”, sostenendo che tutte le offerte economiche non riportanti la specifica indicazione del “costo della manodopera”, tra cui anche quella della odierna controinteressata, avrebbero dovuto essere escluse.

Il ricorso avversario è palesemente infondato per le seguenti ragioni in

DIRITTO

1. Sul primo motivo e unico motivo di ricorso

Con un unico motivo di ricorso la Società Gamma contesta la legittimità del provvedimento prot. n. ____ del 22 luglio 2019, con il quale il Comune di Alfa ha aggiudicato servizio di raccolta differenziata, trasporto dei rifiuti solidi urbani e assimilati e altri servizi d’igiene urbana, all’odierna controinteressata. Ad avviso della società ricorrente, il provvedimento sarebbe illegittimo perché la Stazione appaltante non avrebbe dovuto consentire alla Società Beta e agli altri concorrenti di specificare i costi della manodopera, posto che i relativi importi non erano stati indicati separatamente nell’offerta economica.

Il motivo di ricorso è palesemente infondato in quanto l’operato dell’Amministrazione resistente e la conseguente aggiudicazione dell’appalto alla Società Beta sono stati corretti.

Come noto, le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui all’art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016. In particolare, la *ratio* dell’istituto è volto ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell’interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l’opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili. Ciò, al fine di evitare esclusioni per carenze meramente formali, che non corrispondano ad interessi sostanziali connessi ai principi e alle regole che presiedono al corretto svolgimento delle procedure di gara.

Per quanto d’interesse in questa sede, l’art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, innovando rispetto al regime di cui al d.lgs. n. 163/2006, ha imposto l’obbligo per tutti gli operatori economici di indicare in sede di offerta economica i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell’art. 36, comma 2, lettera a), del Codice dei contratti pubblici medesimo).

Nel caso di specie, nel bando di gara mancava qualsivoglia prescrizione relativa all’obbligo di separata evidenziazione dei costi della manodopera né, tampoco e a maggior ragione, la *lex specialis* prevedeva la sanzione dell’esclusione in caso di inosservanza. Allo stesso tempo, i moduli per la presentazione delle offerte non prevedevano una tale indicazione.

In altri termini, l’offerta economica della Società Beta aveva preso in considerazione i costi della manodopera, come dimostrato a seguito di specifica richiesta di chiarimenti della Stazione appaltante.

Ne deriva che il vizio lamentato dalla società ricorrente è di matrice esclusivamente formale, perché non è in discussione il fatto che l’offerta fosse stata effettuata tenendo conto dei costi della manodopera, debitamente valutati e quantificati, venendo in rilievo semplicemente la mancata separata indicazione dei relativi importi nell’offerta stessa.

Al riguardo, si osserva che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è stata recentemente investita della questione pregiudiziale della compatibilità, con le direttive comunitarie in tema di appalti, nonché con i principi di parità di trattamento e trasparenza, di un assetto normativo nel quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera comporta l'esclusione dell'impresa, 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. La Corte di Giustizia UE ha precisato che se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità offrono all'amministrazione la possibilità di far sanare alle imprese la situazione e *"di ottemperare agli obblighi previsti dalla legislazione nazionale in materia entro un termine stabilito dalla stessa amministrazione"* (Corte giustizia UE, Sez. IX, 2 maggio 2019, n. 309).

In tal senso, il Tar Lombardia, Milano, pur rilevando un contrasto giurisprudenziale sul tema, ha statuito che *"la stazione appaltante, qualora riscontri l'omessa indicazione separata di uno di questi costi, dovrà verificare se i valori economici complessivamente esposti comprendono o meno i costi indicati, sulla base di una verifica di congruità, sicché l'esclusione può seguire solo all'esito negativo di tale verifica"* (cfr. Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 10 settembre 2018, n. 2056; Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 7 maggio 2018, n. 1223).

Alla luce di quanto finora esposto è corretta l'applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio fatta dal Comune di Alfa. In particolare, in assenza di previsioni della *lex specialis* che imponevano l'obbligo di indicazione separata dei costi della manodopera, nonché la mancanza di tale indicazione nei moduli predisposti per la presentazione delle offerte, la Stazione appaltante ha giustamente consentito alla odierna controinteressata di specificare successivamente l'importo di tali costi.

* * *

Sull'inammissibilità ed infondatezza dell'istanza cautelare

La società ricorrente propone, infine, specifica istanza finalizzata a sospendere *medio tempore* l'efficacia degli atti impugnati in attesa della decisione nel merito.

Anche questa istanza, al pari dell'intero ricorso, è infondata per assenza di *fumus boni iuris* e di *periculum in mora*.

Quanto alla non sussistenza del requisito del *fumus*, sia sufficiente rinviare – in ragione del principio di sinteticità degli atti – alle considerazioni svolte nei precedenti paragrafi di questa memoria.

Quanto al presupposto del *periculum*, esso è totalmente assente nel caso di specie, atteso che non si comprende quale danno grave e al contempo irreparabile, possa subire la ricorrente dalla stipulazione del contratto da parte dell'Amministrazione con la Società Beta. La stessa società ricorrente ha, infatti, formulato specifica richiesta di declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more, avanzando, in subordine, domanda risarcitoria per equivalente.

Nel bilanciamento di interessi, si ritiene che l'interesse pubblico sotteso al regolare svolgimento di un servizio pubblico essenziale, quale quello oggetto della procedura di gara, sia prevalente rispetto all'esigenza di sospendere in via cautelare l'efficacia dell'aggiudicazione.

L'avversa domanda cautelare non potrà pertanto trovare positiva considerazione.

P.Q.M.

Voglia il Tribunale Amministrativo Regionale per il/la _____, ogni contraria istanza disattesa e previo rigetto dell'istanza cautelare, respingere il ricorso avversario, in quanto infondato nel merito.

Con vittoria di spese (anche generali) e onorari.

Si depositano i documenti indicati nel corpo dell'atto ed elencati in separato indice.

Ai sensi della disciplina vigente in materia di processo amministrativo telematico si attesta che le copie cartacee del presente atto sono conformi all'originale nativo digitale.

* * *

Luogo, data

Avv. _____

1.3. Gli elementi di fatto più rilevanti

La redazione della memoria difensiva impone innanzitutto di individuare tutti gli elementi di fatto rilevanti, contenuti nella traccia, al fine di individuare la tesi difensiva da sostenere per domandare al Tar adito il rigetto del ricorso e dell'istanza cautelare.

Le circostanze di fatto contenute nella traccia che devono essere messe in evidenza sono sostanzialmente le seguenti:

– il momento di indizio della gara (maggio 2019). Tale elemento temporale è importante in quanto risulta applicabile la disciplina decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni dalla legge 14 giugno 2019, e rubricato "*Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*" (c.d. decreto sblocca cantieri), che ha modificato – per quanto qui d'interesse, l'art. 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, eliminando l'obbligo di immediata impugnazione del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali;

– le previsioni della *lex specialis* della procedura di gara che non contemplano l'onere di specificare separatamente i costi della manodopera e, in particolare, l'assenza nei moduli predisposti dalla Stazione appaltante di uno spazio dove indicare partitamente gli importi di tali costi.

1.4. Le norme ed i principi applicabili

– **Art. 83, comma 9, lett. del d.lgs. n. 50/2016 – Criteri di selezione e soccorso istruttorio**, "*Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In par-*

icolare, 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”;

– Art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 – Criteri di aggiudicazione dell'appalto, *“Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)”*.

1.5. Questioni giuridiche poste dalla traccia

Il candidato, a fronte della traccia, non può che redigere una **memoria difensiva ai sensi dell'art. 55, comma 5, c.p.a.**

Tale memoria difensiva non deve essere notificata né al ricorrente o né all'Amministrazione né alle altre parti eventualmente costituite in giudizio e non è soggetto a particolari vincoli di forma.

Dal punto di vista sostanziale, la traccia tratta della questione del c.d. **soccorso istruttorio** e, in particolare, sulla possibilità per la Stazione appaltante di poter richiedere legittimamente ai concorrenti di poter **integrare l'offerta economica, specificando gli importi dei costi della manodopera, su cui la giurisprudenza amministrativa si è espressa con orientamenti contrastanti.**

In senso ampio, l'istituto del c.d. soccorso istruttorio, negli appalti pubblici, può essere definito come una possibilità che è data al concorrente di integrare la documentazione che ha presentato ed evitare, così, che la mancanza sia causa di esclusione dalla gara.

Sul tema della sanabilità attraverso il soccorso istruttorio della mancata puntuale indicazione – in sede di offerta – dei costi della manodopera, la giurisprudenza amministrativa si è espressa in maniera contrastante. Da un lato, un orientamento ritiene che l'assenza di una indicazione specifica comporti necessariamente l'esclusione del concorrente dalla gara, perché l'indicazione dei costi della manodopera costituisce elemento essenziale dell'offerta economica, sicché non è possibile il soccorso istruttorio, ostandovi l'espressa previsione del secondo periodo del comma 9 dell'art. 83 d.lgs. n. 50/2016. Dall'altro, vi è un'altra posizione giurisprudenziale che ritiene che, in ossequio ai principi di trasparenza e ragionevole affidamento, una tale omissione non può comportare l'esclusione, dovendo l'offerente essere messo nelle condizioni di rimediare, in sede procedimentale, quando l'omissione si risolve nella specificazione formale di una voce che, pur considerata nel prezzo finale, non è stata indicata dettagliatamente nella offerta.

La questione è stata recentemente affrontata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sentenza n. 309, sez. IX, del 2 maggio 2019) – su richiesta del Tar Lazio, Roma. La Corte ha aperto, di fatto, uno spiraglio per le imprese, affermando che se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità offrono all'amministrazione la possibilità di far sanare alle imprese la loro posizione e *“di ottemperare agli obblighi previsti dalla legislazione nazionale in materia entro un termine stabilito dalla stessa amministrazione”*.

1.6. La giurisprudenza

1.6.1. Sulla possibilità di sanare con il soccorso istruttorio la mancata indicazione dei costi della manodopera

Conformi alla tesi difensiva:

– **Corte Giustizia UE, sez. IX, 2 maggio 2019, n. 309**, per cui è compatibile con le direttive comunitarie in tema di appalti, nonché con i principi di parità di trattamento e trasparenza in essa contemplati, un assetto nel quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera comporta l'esclusione dell'impresa, 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”*. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità offrono all'amministrazione la possibilità di far sanare alle imprese la situazione e *“di ottemperare agli obblighi previsti dalla legislazione nazionale in materia entro un termine stabilito dalla stessa amministrazione”*.

– **Tar Lombardia, Milano, sez. I, 10 settembre 2018, n. 2056**, secondo cui *“in assenza di una espressa previsione in tal senso nella lex specialis di gara, è illegittima l'esclusione, per violazione dell'art. 95, comma 10, d. lg. n. 50/2016, di un'impresa che si sia limitata a indicare nella propria offerta la percentuale di ribasso e gli oneri di sicurezza, senza dare puntuale evidenza del costo della manodopera, pur considerato nel costo finale, dovendosi ricorrere semmai in tal caso al soccorso istruttorio”*.

– **Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 06 agosto 2018, n. 5211**, che ha affermato che *“In mancanza di una previsione nel disciplinare di gara dell'espressa sanzione dell'esclusione per mancata specificazione dei costi della manodopera (dei quali non risulta contestato il mancato inserimento nell'offerta), il mancato assolvimento di tale adempimento deve terminare non con l'automatica esclusione dalla gara del concorrente, bensì comportare l'avvio di un subprocedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta (comprendente anche una procedura di soccorso istruttorio), onde verificare appunto se nel relativo quantum fossero comprese le somme a copertura del costo del lavoro, nel rispetto delle disposizioni di cui alla contrattazione collettiva e alla normativa di settore. Deve, pertanto, considerarsi illegittima l'esclusione dalla gara, per detto motivo, prima che la Stazione Appaltante faccia luogo alla suddetta ulteriore fase concorsuale”*.

– **Tar Lazio, Roma, sez. II, 15 maggio 2018, n. 5423**, secondo cui “ *Anche in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, la semplice omessa specificazione dei costi della manodopera, nell’offerta economica di un concorrente, non vale di per sé a determinare l’esclusione di quest’ultimo dalla gara, tanto più ove non siano adombrati dubbi sulla congruità dell’offerta stessa. Detta soluzione merita di essere considerata come la più rispondente non solo al principio di affidamento (riconducibile alla mancata espressa previsione di un obbligo di tale genere nella lex specialis di gara) ma anche al principio, di indiscusso carattere generale, di parità di trattamento che – come più volte affermato anche dalla Corte di Giustizia Europea – impone di eliminare i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell’Amministrazione mediante, tra l’altro, l’assoluto rispetto dell’obbligo di trasparenza, il quale non può prescindere e, anzi, richiede la formulazione chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d’oneri di “tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione... così da permettere, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l’esatta portata e d’interpretarle nello stesso modo e, dall’altro, all’amministrazione aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte degli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l’appalto”; sicché – nell’ipotesi in cui “una condizione per la partecipazione alla procedura, a pena di esclusione da quest’ultima, non sia espressamente prevista dai documenti dell’appalto e possa essere identificata solo con un’interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale – l’Amministrazione aggiudicatrice può” ben “accordare all’offerente” un termine sufficiente per “regolarizzare la sua omissione”.*

– **Tar Lombardia, Milano, sez. I, 7 maggio 2018, n. 1223**, secondo cui “ *L’impresa che ha omesso l’esplicitazione dei costi della manodopera, può essere esclusa solo laddove, a seguito delle richieste di chiarimento della stazione appaltante, integri sostanzialmente l’offerta, ovvero proceda ad una rimodulazione complessiva dell’offerta, superando i limitati aggiustamenti consentiti durante la verifica di congruità, al solo fine di ricondurre nell’offerta economica dei costi della manodopera che non erano stati in essa compresi, così da palesare una carenza essenziale nel contenuto dell’offerta stessa, che ne impone l’esclusione”.*

– **Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 3 ottobre 2017, n. 4611** ha statuito che “*La mancata indicazione da parte del concorrente ad una gara d’appalto – bandita dopo l’entrata in vigore del d.lg. n. 50/2016 – degli oneri di sicurezza interni alla propria offerta non consente l’esclusione automatica di quest’ultima senza il previo soccorso istruttorio, tutte le volte in cui non sussista incertezza sulla congruità dell’offerta stessa, anche con riferimento specifico alla percentuale di incidenza degli oneri, e il bando non preveda espressamente la sanzione dell’esclusione per il caso dell’omessa precisazione dei suddetti costi”.*

Difformi dalla tesi difensiva:

– **Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 27 marzo 2019, n. 661**, che ha affermato che “*l’indicazione dei costi della manodopera costituisce elemento essenziale dell’offerta economica, sicché non è possibile il soccorso istruttorio, ostandovi l’espressa previsione del secondo periodo del comma 9 dell’art. 83 d.lg. n. 50 del 2016”.*

– **Tar Lazio, Roma, sez. I, 18 marzo 2019, n. 3605**, che ha statuito che “*La mancata puntuale indicazione, in sede di offerta, dei costi della manodopera comporta necessariamente l'esclusione del concorrente dalla gara e tale lacuna non è colmabile attraverso il soccorso istruttorio*”.

1.7. Schema dello svolgimento

- 1) INTRODUZIONE: indicazione del Giudice adito dal ricorrente, del numero di ruolo del ricorso e della data della prossima udienza.
- 2) INDICAZIONE DELLE PARTI: in particolare, indicazione dei dati identificativi dell'Amministrazione resistente, del ricorrente e del controinteressato.
- 3) ESPOSIZIONE SOMMARIA DEI FATTI.
- 4) ESPOSIZIONE DELLE TESI DIFENSIVE: motivi di inammissibilità e infondatezza del ricorso.
- 5) CONCLUSIONI.
- 6) DATA E FIRMA, da apporre a conclusione dell'atto.

1.8. Analisi dello svolgimento

Di seguito si riporta l'atto redatto, evidenziando gli elementi strutturali e gli argomenti utilizzati.

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

PER IL/LA ____

Sez. __ R.g. n. ____

C.C. del _____

MEMORIA

per la **Società Beta**, in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. _____;

– *controinteressato* –

CONTRO

– la **Società Gamma**, in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. _____;

– *ricorrente* –

E

– **Comune di Alfa**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. _____

– *Amministrazione resistente* –

* * *

La Società Beta, già costituitasi in data _____, in vista dell'udienza camerale per la discussione dell'istanza cautelare della società ricorrente, deduce quanto segue in

INTESTAZIONE

individuazione giudice competente ed indicazione dell'atto proposto

Indicazione della parte controinteressata

Indicazione del ricorrente e dell'Amministrazione

FATTO

1. Con provvedimento prot. n. ____ del 3 maggio 2019 (doc. 1), il Comune di Alfa ha bandito una procedura aperta per l'affidamento del servizio di raccolta differenziata, trasporto dei rifiuti solidi urbani e assimilati e altri servizi d'igiene urbana per la durata di anni nove, con indicazione di un importo a base d'asta pari a € 3.030.519,97 I.V.A. esclusa, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016.

2. L'odierna controinteressata ha partecipato alla gara presentando la propria offerta, insieme alla Società Gamma.

3. Dopo la scadenza del termine impartito per la presentazione delle offerte, Il Comune di Alfa, facendo ricorso alla procedura di soccorso istruttorio, con nota prot. n. ____ del ____ (doc. 2) ha invitato la Società Beta a specificare i propri costi della manodopera, poiché la società aveva indicato un prezzo comprensivo dei costi della manodopera senza tuttavia chiarirne l'importo.

4. In data 30 giugno 2019, in riscontro alla richiesta della Stazione appaltante, la Società Beta ha trasmesso i dettagli dei propri costi della manodopera (doc. 3).

5. In seguito, con provvedimento prot. n. ____ del 22 luglio 2019 (doc. 4), il Comune di Alfa ha aggiudicato l'appalto pubblico alla Società Beta.

6. Il provvedimento di aggiudicazione e gli atti della procedura sono stati impugnati dalla Società Gamma, posizionatasi seconda in graduatoria, che ha proposto ricorso, con istanza cautelare, avverso i predetti atti.

Nello specifico, la Società Gamma ha contestato la decisione assunta dalla commissione di gara di fare ricorso al "soccorso istruttorio", sostenendo che tutte le offerte economiche non riportanti la specifica indicazione del "costo della manodopera", tra cui anche quella della odierna controinteressata, avrebbero dovuto essere escluse.

Il ricorso avverso è palesemente infondato per le seguenti ragioni in

DIRITTO

1. Sul primo e unico motivo di ricorso

Con un unico motivo di ricorso la Società Gamma contesta la legittimità del provvedimento prot. n. ____ del 22 luglio 2019, con il quale il Comune di Alfa ha aggiudicato servizio di raccolta differenziata, trasporto dei rifiuti solidi urbani e assimilati e altri servizi d'igiene urbana, all'odierna controinteressata. Ad avviso della società ricorrente, il provvedimento sarebbe illegittimo perché la Stazione appaltante non avrebbe dovuto consentire alla Società Beta e agli altri concorrenti di specificare i costi della

PREMESSA IN

FATTO: narrazione sintetica, ma esaustiva dei fatti ritenuti rilevanti ai fini dell'accoglimento del ricorso

PARTE IN DIRITTO:

Breve riepilogo del motivo di ricorso avverso, indicazione specifica dei motivi su cui si fonda la tesi difensiva della controinteressata, con inserimento di giurisprudenza a supporto delle argomentazioni sostenute

manodopera, posto che i relativi importi non erano stati indicati separatamente nell'offerta economica.

Il motivo di ricorso è palesemente infondato in quanto l'operato dell'Amministrazione resistente e la conseguente aggiudicazione dell'appalto alla Società Beta sono stati corretti.

Come noto, le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016. In particolare, la *ratio* dell'istituto è volto ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili. Ciò, al fine di evitare esclusioni per carenze meramente formali, che non corrispondano ad interessi sostanziali connessi ai principi e alle regole che presiedono al corretto svolgimento delle procedure di gara.

Per quanto d'interesse in questa sede, l'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, innovando rispetto al regime di cui al d.lgs. n. 163/2006, ha imposto l'obbligo per tutti gli operatori economici di indicare in sede di offerta economica i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera a), del Codice dei contratti pubblici medesimo).

Nel caso di specie, nel bando di gara mancava qualsivoglia prescrizione relativa all'obbligo di separata evidenziazione dei costi della manodopera né, tampoco e a maggior ragione, la *lex specialis* prevedeva la sanzione dell'esclusione in caso di inosservanza. Allo stesso tempo, i moduli per la presentazione delle offerte non prevedevano una tale indicazione.

In altri termini, l'offerta economica della Società Beta aveva preso in considerazione i costi della manodopera, come dimostrato a seguito di specifica richiesta di chiarimenti della Stazione appaltante.

Ne deriva che il vizio lamentato dalla società ricorrente è di matrice esclusivamente formale, perché non è in discussione il fatto che l'offerta fosse stata effettuata tenendo conto dei costi della manodopera, debitamente valutati e quantificati, venendo in rilievo semplicemente la mancata separata indicazione dei relativi importi nell'offerta stessa.

Al riguardo, si osserva che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è stata recentemente investita della questione pregiudiziale della compatibilità, con le direttive comunitarie in tema di appalti, nonché con i principi di parità di trattamento e trasparen-

za, di un assetto normativo nel quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera comporta l'esclusione dell'impresa, 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. La Corte di Giustizia UE ha precisato che se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità offrono all'amministrazione la possibilità di far sanare alle imprese la situazione e *"di ottemperare agli obblighi previsti dalla legislazione nazionale in materia entro un termine stabilito dalla stessa amministrazione"* (Corte giustizia UE, Sez. IX, 2 maggio 2019, n. 309).

In tal senso, il Tar Lombardia, Milano, pur rilevando un contrasto giurisprudenziale sul tema, ha statuito che *"la stazione appaltante, qualora riscontri l'omessa indicazione separata di uno di questi costi, dovrà verificare se i valori economici complessivamente esposti comprendono o meno i costi indicati, sulla base di una verifica di congruità, sicché l'esclusione può seguire solo all'esito negativo di tale verifica"* (cfr. Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 10 settembre 2018, n. 2056; Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 7 maggio 2018, n. 1223).

Alla luce di quanto finora esposto è corretta l'applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio fatta dal Comune di Alfa. In particolare, in assenza di previsioni della *lex specialis* che imponevano l'obbligo di indicazione separata dei costi della manodopera, nonché la mancanza di tale indicazione nei moduli predisposti per la presentazione delle offerte, la Stazione appaltante ha giustamente consentito alla odierna controinteressata di specificare successivamente l'importo di tali costi.

* * *

Sull'inammissibilità ed infondatezza dell'istanza cautelare

La società ricorrente propone, infine, specifica istanza finalizzata a sospendere *medio tempore* l'efficacia degli atti impugnati in attesa della decisione nel merito.

Anche questa istanza, al pari dell'intero ricorso, è infondata per assenza di *fumus boni iuris* e di *periculum in mora*.

Quanto alla non sussistenza del requisito del fumus, sia sufficiente rinviare – in ragione del principio di sinteticità degli atti – alle considerazioni svolte nei precedenti paragrafi di questa memoria.

Quanto al presupposto del *periculum*, esso è totalmente assente nel caso di specie, atteso che non si comprende quale danno grave e al contempo irreparabile, possa subire la ricor-

rente dalla stipulazione del contratto da parte dell'Amministrazione con la Società Beta. La stessa società ricorrente ha, infatti, formulato specifica richiesta di declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more, avanzando, in subordine, domanda risarcitoria per equivalente.

Nel bilanciamento di interessi, si ritiene che l'interesse pubblico sotteso al regolare svolgimento di un servizio pubblico essenziale, quale quello oggetto della procedura di gara, sia prevalente rispetto all'esigenza di sospendere in via cautelare l'efficacia dell'aggiudicazione.

L'avversa domanda cautelare non potrà pertanto trovare positiva considerazione.

P.Q.M.

Voglia il Tribunale Amministrativo Regionale per il/la _____, ogni contraria istanza disattesa e previo rigetto dell'istanza cautelare, respingere il ricorso avverso, in quanto infondato nel merito.

Con vittoria di spese (anche generali) e onorari.

Si depositano i documenti indicati nel corpo dell'atto ed elencati in separato indice.

Ai sensi della disciplina vigente in materia di processo amministrativo telematico si attesta che le copie cartacee del presente atto sono conformi all'originale nativo digitale.

* * *

Luogo, data

Avv. _____

CONCLUSIONI

DATA E FIRMA