

Gli oneri aziendali di sicurezza ex art. 95, comma 10 D.Lgs. 50/2016 devono essere indicati se il servizio comprende sia attività di natura intellettuale sia attività di natura non intellettuale

di Jacopo Recla

Data di pubblicazione: 25-9-2019

1. *L'art. 95, comma 10 D.Lgs. 50/2016 esenta dall'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza aziendale solo gli appalti di servizi che siano interamente "di natura intellettuale", mentre è necessaria l'indicazione dei medesimi oneri se i servizi comprendono anche attività di natura non intellettuale.*

?

Guida alla lettura

Il TAR Lombardia si è pronunciato sull'onere di indicazione degli oneri aziendali in materia di salute e sicurezza ai sensi dell'art. 95, comma 10 D.Lgs. 50/2016, approfondendo la definizione e l'ampiezza dei servizi di "natura intellettuale" che sono esentati dall'obbligo di rendere tale dichiarazione.

In particolare, la ricorrente era stata esclusa dalla procedura di gara per la stipula di una convenzione per il "servizio di posta elettronica in SaaS", proprio in quanto non aveva indicato gli oneri di sicurezza aziendali, richiesti a pena di esclusione dalla *lex specialis*.

Mediante il proprio ricorso essa ha dunque richiesto l'annullamento dell'esclusione, ritenendola illegittima sotto plurimi profili.

Appare di particolare interesse il capo 4.2. della sentenza che ha respinto la censura secondo cui l'articolo 95, comma 10, D.Lgs. n. 50/2016 non sarebbe applicabile nel caso di specie in quanto l'appalto aveva ad oggetto "*quanto meno prevalentemente*" delle "*prestazioni intellettuali*".

Ed infatti, come è noto, tale disposizione esenta proprio i "servizi di natura intellettuale" dall'obbligo di indicare i "costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro".

Di conseguenza, la ricorrente sosteneva di non essere assoggettata all'obbligo di indicare i costi aziendali.

Ebbene, come detto la sentenza ha dichiarato infondato (anche) tale motivo affermando che il servizio oggetto di gara non può essere qualificato come appalto di servizi “di natura intellettuale” in quanto comprende “*anche*” delle attività che “*non richiedono un patrimonio di cognizioni specialistiche per la risoluzione di problematiche non standardizzate e la ideazione di soluzioni progettuali personalizzate*”.

La sentenza specifica quindi ulteriormente – *a contrario* - la definizione dei servizi di “natura intellettuale” affermando che da essi sono escluse le attività “*abbastanza semplici, ripetitive, che non richiedono l’elaborazione di soluzioni ad hoc, diverse caso per caso, per ciascun utente del servizio, ma di eseguire compiti standardizzati*” (citando ad esempio, nel caso in esame, “*il servizio di attivazione della posta elettronica, il servizio di migrazione, il servizio di help-desk per risolvere tutti i problemi relativi al servizio di posta elettronica, anche quelli meno complessi*”).

La sentenza conclude il proprio percorso argomentativo affermando che ai sensi dell’articolo 95, comma 10, D.Lgs. n. 50/2016 il concorrente è tenuto a dichiarare gli oneri di sicurezza anche nel caso in cui solo una parte dei servizi non abbia natura intellettuale, da cui la legittimità dell’esclusione della ricorrente che non ha invece indicato tali oneri.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1720 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da Studio Storti S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Michele Rizzo e Carlo Piana, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Milano, piazza San Nazaro In Brolo n. 15;

contro

ARCA S.p.A., poi divenuta ARIA S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Claudia Sala, Maurizio Tommasi e Stefano Marras, con domicilio eletto presso l’ufficio legale interno, in Milano, via Torquato Taramelli n. 26;

nei confronti

Aruba S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Alessandro Bachini e Andrea Saldutti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luccio Puopolo in Milano, viale Monte Nero n. 63;

Quanto al ricorso introduttivo:

per l'annullamento, previa sospensione cautelare degli effetti

- della nota di ARCA S.p.A. prot. n. ARCA.2018.0008698 del 3.07.2018 di comunicazione dell'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara ex articolo 60 D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. denominata "ARCA_2017_097_ Servizio di posta elettronica in SaaS" e contraddistinta dal codice identificativo ID 90714555;

- del provvedimento con il quale la Commissione di gara ha deliberato l'esclusione della ricorrente, citato nella nota sopra richiamata;

- ove occorrer possa, dell'articolo 4.2.3.e. del disciplinare della procedura in oggetto, laddove impone l'obbligo ai concorrenti di indicare nell'offerta economica a pena di esclusione "i costi di sicurezza afferenti l'attività svolta dall'operatore economico";

- di ogni altro atto o provvedimento presupposto, connesso o consequenziale, ancorché non conosciuto, adottato in relazione alla procedura di gara dal R.U.P., dalla Commissione e/o da altri organi monocratici o collegiali di ARCA S.p.A. in un momento successivo alla comunicazione alla ricorrente dell'accettazione della sua offerta (avvenuta a mezzo PEC il 29 giugno 2018, ore 9.38.54);

nonché

- per l'accertamento del diritto della ricorrente all'aggiudicazione della gara a proprio favore;

- per la condanna di ARCA S.p.A. al risarcimento del danno in forma specifica ai sensi dell'articolo 124, comma 1, primo periodo, Cod. proc. amm., ovvero, in subordine, per la condanna di ARCA S.p.A. al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale subito e derivante dall'adozione ed esecuzione dei provvedimenti impugnati (tutela per equivalente ex art. 124, comma 1, secondo periodo, Cod. proc. amm.);

Quanto al primo ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 11 ottobre 2018:

per l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia

- della nota di Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.A. prot. n. ARCA.2018.0013148 del 5.10.2018 avente come oggetto "ARCA_2017_097 - Gara per l'affidamento del Servizio di posta elettronica in SaaS. Conferma esclusione" con la quale è stato comunicato alla ricorrente l'esclusione dalla procedura di gara ex articolo 60 D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i.

denominata "ARCA_2017_097_ Servizio di posta elettronica in SaaS" e contraddistinta dal codice identificativo ID 90714555;

- del verbale della Commissione di Gara n. 11 del 14.09.2018;

- di ogni altro atto o provvedimento connesso o consequenziale, ancorché non conosciuto, adottato in relazione alla procedura di gara da ARCA S.p.A. a seguito della riunione della Commissione di Gara del 14.09.2018;

e per l'accertamento del diritto della ricorrente all'aggiudicazione della gara in proprio favore,

nonché ove occorrer possa, per la dichiarazione dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato dalla stazione appaltante con terzi;

oppure, in subordine, nell'ipotesi in cui non sia possibile per la ricorrente ottenere tutela in forma specifica ex articolo 124, comma 1, primo periodo, Cod. proc. amm., per la condanna di ARCA S.p.A. a versare in favore della ricorrente a titolo di risarcimento del danno per equivalente ex articolo 124, comma 1, secondo periodo, Cod. proc. amm. l'importo di € 2.371.688,31 oppure il maggiore o minore importo che sarà quantificato in corso di causa oppure il maggiore o minore importo determinato a seguito di verifica ex articolo 66 Cod. proc. amm. oppure il maggiore o minore importo determinato in via equitativa.

Quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 23 marzo 2019:

per l'annullamento, previa sospensione cautelare degli effetti

- della determina n. 199 dell' 8.03.2019 del Direttore Generale di ARCA S.p.a. di aggiudicazione della procedura "Gara per l'affidamento di servizio di posta elettronica in Saas" (ARCA_2017_097) prot. n. ARCA.2019.0003791;

- della nota del Dirigente Responsabile della Struttura Operativa Gare di ARCA S.p.A. Prot. ARCA.2019.0003726 avente ad oggetto: "Proposta di aggiudicazione ARCA_2017_097. Procedura aperta per l'affidamento del servizio di posta elettronica in SaaS". nota Prot. ARCA.2019.0003726;

- dell'eventuale ulteriore "provvedimento di esclusione motivato" citato da ARCA S.p.A. nella PEC trasmessa alla ricorrente in data 11.03.2019;

- di ogni altro atto o provvedimento connesso o consequenziale, ancorché non conosciuto, adottato precedentemente o successivamente alla determinazione n. 199 dell' 8.03.2019;

e per l'accertamento del diritto della ricorrente all'aggiudicazione della gara a proprio favore;

nonché ove occorrer possa, per la dichiarazione dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato dalla stazione appaltante con l'aggiudicataria Aruba S.p.A. o con terzi;

oppure in subordine, nell'ipotesi in cui non sia possibile per la ricorrente ottenere tutela in forma specifica ex articolo 124, comma 1, primo periodo, Cod. proc. amm., per la condanna di ARCA S.p.A. a versare in favore della ricorrente, a titolo di risarcimento del danno per equivalente ex articolo 124 comma 1, secondo periodo, Cod. proc. amm., l'importo di € 2.371.688,31 oppure il maggiore o minore importo che sarà quantificato in corso di causa oppure il maggiore o minore importo determinato a seguito di verifica ex articolo 66 Cod. proc. amm., oppure il maggiore o minore importo determinato in via equitativa da Codesto Collegio.

Quanto al terzo ricorso per motivi aggiunti depositato in data 16 maggio 2019:

per l'annullamento

- della determina n. 199 del 8.3.2019 del Direttore Generale di ARCA S.p.a. di aggiudicazione della procedura "Gara per l'affidamento di servizio di posta elettronica in SaaS" (ARCA_2017_097) prot. n. ARCA.2019.0003791 (il "Provvedimento Di Aggiudicazione");

- della nota del Dirigente Responsabile della Struttura Operativa Gare di ARCA – Prot. ARCA.2019.0003726 avente ad oggetto: "Proposta di aggiudicazione ARCA_2017_097. Procedura aperta per l'affidamento del servizio di posta elettronica in SaaS". nota Prot. ARCA.2019.0003726 (la "Proposta Di Aggiudicazione");

- di ogni altro atto e/o provvedimento connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto, adottato precedentemente o successivamente alla determinazione n. 199 dell' 8.03.2019;

per l'accertamento del diritto della ricorrente all'aggiudicazione della gara in proprio favore;

nonché, ove occorrer possa, per la dichiarazione dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato dalla stazione appaltante con l'aggiudicataria Aruba S.p.A. o con terzi;

oppure, in subordine, nell'ipotesi in cui non sia possibile per la ricorrente ottenere tutela in forma specifica ex articolo 124, comma 1, primo periodo, Cod. proc. amm., per la condanna di ARCA S.p.A. a versare in favore della ricorrente, a titolo di risarcimento del danno per equivalente ex articolo 124, comma 1, secondo periodo, Cod. proc. amm., l'importo di € 2.371.688,31 oppure il maggiore o minore importo che sarà quantificato in corso di causa oppure il maggiore o minore importo determinato a seguito di verifica ex articolo 66 Cod. proc. amm. oppure il maggiore o minore importo determinato in via equitativa da Codesto Collegio.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Arca S.p.A., poi Aria S.p.A., e di Aruba S.p.A.;

Visti tutti gli atti e i documenti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2019 la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. La società ARCA S.p.A. (medio tempore divenuta ARIA S.p.A.), quale centrale di committenza della Regione Lombardia, bandiva una procedura aperta, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la stipula di una convenzione a favore degli Enti del Servizio Sanitario Regionale, concernente il servizio di posta elettronica in SaaS.

Alla gara partecipavano due sole concorrenti: la società Studio Storti S.r.l. (odierna ricorrente) e la società Aruba S.p.A. (odierna controinteressata). La società Studio Storti S.r.l. era esclusa dalla gara per omessa indicazione degli oneri di sicurezza interni, così come richiesto dal Disciplinare di gara e dall'articolo 95, comma 10 D.Lgs. n. 50/2016.

2. Avverso la propria esclusione insorgeva la società Studio Storti S.r.l., che con il ricorso introduttivo del presente giudizio ne chiedeva l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia, oltre all'aggiudicazione del contratto e all'accesso agli atti di gara.

Sosteneva la ricorrente che gli oneri di sicurezza interna erano stati indicati in offerta, anche se pari a zero (primo motivo di ricorso), che l'esclusione sarebbe stata disposta da un organo incompetente, vale a dire la Commissione di gara in luogo del RUP (secondo motivo di ricorso), ovvero, in subordine e in via gradata, che non poteva essere disposta l'esclusione senza avere prima attivato il soccorso istruttorio (terzo motivo di ricorso), che l'articolo 95, comma 10, D.Lgs. n. 50/2016 non si applicherebbe nel caso di specie trattandosi di appalto avente a oggetto prestazioni intellettuali (quarto motivo di ricorso), che la lex specialis di gara sarebbe nulla nella parte in cui prevede una causa di esclusione non codificata (quinto e sesto motivo di ricorso).

3. Pendente il giudizio, la centrale di committenza riavviava il procedimento, chiedendo alla società Studio Storti S.r.l. i giustificativi della propria offerta. All'esito del riesame era confermata l'esclusione della concorrente perché gli oneri aziendali pari a zero rendevano la relativa offerta insostenibile e perché l'appalto non aveva a oggetto solamente prestazioni intellettuali, ma anche prestazioni di tipo diverso, quali, esemplificativamente, i servizi di assistenza, di migrazione, di help-desk e supporto a phase-out.

4.1. La nuova esclusione era impugnata dalla società ricorrente con il primo ricorso per motivi aggiunti.

La domanda di annullamento, previa suspensiva, del provvedimento di conferma era affidata a un triplice ordine di motivi di illegittimità, e precisamente:

- che sarebbe erroneo il duplice assunto su cui si fonda la decisione dell'Amministrazione, ovvero che non sia possibile in assoluto che gli oneri di sicurezza aziendali siano pari a zero e che quello messo a gara non sia un appalto di servizi intellettuali (come tale esonerato dall'obbligo dichiarativo di cui si discute);

- che ARCA S.p.A. sarebbe incorsa in un macroscopico travisamento del dato fattuale errando sia nella qualificazione giuridica dei servizi oggetto dell'appalto, sia nell'identificazione degli oneri di sicurezza aziendali da dichiarare, e in un difetto di motivazione non spiegando adeguatamente la propria decisione;

- in subordine, che la centrale di committenza avrebbe operato una disparità di trattamento, ritenendo incongrua l'offerta della ricorrente con oneri di sicurezza aziendali pari a zero, e congrua quella della controinteressata con oneri di sicurezza aziendali pari a €uro 2.500,00 in 5 anni, che corrispondono allo 0,09% della relativa offerta economica.

4.2. Con successiva memoria difensiva parte ricorrente sollevava questione di costituzionalità dell'articolo 95, comma 10, D.Lgs. n. 50/2016 per eccesso di delega (segnatamente, violazione del divieto di cd. "gold plating"), ove interpretato – così come fatto nel caso di specie dalla centrale di committenza ARCA S.p.A. - nel senso che nelle gare per l'affidamento di appalti di servizi di natura prevalentemente intellettuale gli appaltatori, che per l'esecuzione del contratto non sosterranno costi di sicurezza aziendale ulteriori rispetto a quelli determinati dall'ordinaria operatività aziendale, debbano in ogni caso provvedere ad un inutile adempimento burocratico, consistente nella gravosa quantificazione dell'ipotetica quota parte di costi di sicurezza aziendale annuali teoricamente riferibile al singolo contratto.

5. Con il secondo ricorso per motivi aggiunti la società Studio Storti S.r.l. impugnava l'aggiudicazione a favore della controinteressata dell'appalto per cui è causa e il provvedimento confermativo della propria esclusione, chiedendone parimenti l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia, oltre alla declaratoria di inefficacia del contratto (ove nelle more stipulato) e al subentro ovvero, in subordine, al risarcimento del danno per equivalente monetario. Venivano dedotti in via derivata gli stessi motivi di illegittimità già dedotti in via principale nel primo ricorso per motivi aggiunti.

6. Con il terzo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente deduceva ulteriori profili di illegittimità dell'aggiudicazione dell'appalto a favore della controinteressata, che possono così essere sintetizzati:

- che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver commesso gravi illeciti professionali non segnalati in sede di offerta;

- che la centrale di committenza non avrebbe effettuato adeguati controlli sulla veridicità delle dichiarazioni rese dai concorrenti, non essendosi avveduta delle sanzioni comminate alla controinteressata, nonostante si trattasse di dati facilmente reperibili.

7. Si costituivano in giudizio sia la società ARCA S.p.A., poi divenuta ARIA S.p.A., sia la società Aruba S.p.A., opponendosi entrambe, in rito e nel merito, alle domande avversarie, e

concludendo per la reiezione di tutti i ricorsi proposti dalla società Studio Storti S.r.l.

8.1. Le domande cautelari proposte dal ricorrente venivano rigettate dal Tribunale con ordinanze n. 1531/2018 e n. 487/2019.

8.2. La domanda di accesso agli atti ex articolo 116 Cod. proc. amm., proposta dalla ricorrente in corso di causa, veniva dalla stessa rinunciata con memoria difensiva depositata in data 17 aprile 2019.

8.3. Alla pubblica udienza dell' 11 luglio 2019 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Viene in decisione la causa promossa dalla società Studio Storti S.r.l. avverso la sua esclusione dalla gara bandita da ARCA S.p.A. (ora, ARIA S.p.A.), quale centrale di committenza della Regione Lombardia, per la stipula di una convenzione a favore degli Enti del Servizio Sanitario Regionale, concernente il servizio di posta elettronica in SaaS [software-as-a-service], nonché avverso l'aggiudicazione dell'appalto a favore della società Aruba S.p.A.

Come anticipato nella parte in fatto, la ricorrente è stata esclusa dalla gara, inizialmente per non avere indicato in offerta i costi della sicurezza interni, poi, preso atto che i costi erano stati indicati come pari a zero, perché gli oneri aziendali pari a zero rendevano l'offerta insostenibile e perché l'appalto non aveva a oggetto solamente prestazioni intellettuali.

2. Preliminarmente, come già rilevato ex officio, ai sensi dell'articolo 73, comma 3, Cod. proc. amm., alla pubblica udienza dell' 11 luglio 2019, il ricorso principale va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, giusta quanto dispongono gli articoli 35, comma 1, lettera c), e 85, comma 9, sempre Codice di rito.

Come si è dato conto nella parte in fatto, all'originario provvedimento di esclusione, fondato sulla mancata indicazione degli oneri di sicurezza interni, e impugnato con il ricorso introduttivo del presente giudizio, è seguito un nuovo provvedimento di esclusione, fondato sulla insostenibilità dell'offerta della società Studio Storti S.r.l., che contempla oneri di sicurezza interni pari a zero, pur trattandosi di appalto di servizi con impiego di manodopera. La nuova determinazione di ARCA S.p.A. configura una conferma propria dell'originaria esclusione.

Per giurisprudenza costante «per stabilire se un atto amministrativo costituisce conferma impropria (atto meramente confermativo), e quindi non autonomamente impugnabile, o invece conferma in senso proprio, e quindi atto autonomamente lesivo e da impugnarsi nei termini, si dovrà verificare se l'atto successivo sia stato adottato con o senza una nuova istruttoria ed una nuova ponderazione dei presupposti di fatto e di diritto, nonché degli interessi coinvolti, sottesi all'adozione del provvedimento originario. [...] Il provvedimento di conferma si differenzia, pertanto, dall'atto meramente confermativo per due caratteristiche: perché viene disposta una nuova istruttoria e perché, in seguito ad essa, viene adottato un provvedimento di conferma, che assorbe e sostituisce quelli confermati» (così, ex plurimis, T.A.R. Veneto, Sez.

I, sentenza n. 27/2017).

Ora, risulta per tabulas che nel caso di specie la centrale di committenza ha riattivato il procedimento, chiedendo alla società Studio Storti S.r.l. le giustificazioni dell'offerta formulata, «dettagliando le voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara nonché gli altri elementi che concorrono alla valutazione dell'offerta» (doc. 4 fascicolo ARCA S.p.A.), e che, sulla scorta della documentazione così acquisita e della rinnovata istruttoria, ha confermato, con diversa motivazione, l'esclusione dalla gara della concorrente.

Ne consegue che la società ricorrente non ha più interesse alla decisione nel merito del ricorso principale, alla decisione, cioè, dei profili di illegittimità sollevati con riferimento a un atto (quello confermato) oramai superato dal quello successivo di conferma.

3.1. La disamina sarà, dunque, limitata ai tre ricorsi per motivi aggiunti, con i quali è contestata la legittimità del nuovo provvedimento di esclusione e dell'aggiudicazione dell'appalto per cui è causa alla società Aruba S.p.A..

3.2. Con il primo motivo di impugnazione la società Studio Storti S.r.l. deduce i vizi di "Violazione di legge - Erronea e/o falsa applicazione dell'art. 97, comma 1, 4 e 5, lett. c), e art. 95, comma 10, del D.Lgs. n. 50/2016", per avere l'Amministrazione erroneamente ritenuto che l'appalto non abbia a oggetto, quanto meno prevalentemente, prestazioni intellettuali e che gli oneri di sicurezza interni debbano necessariamente essere superiori a zero.

3.3. Con il secondo motivo di impugnazione la società Studio Storti S.r.l. deduce i vizi di "Eccesso di potere per contraddittorietà e ingiustizia manifesta; Eccesso di potere per carenza di istruttoria, erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto ed insufficiente e/o contraddittoria motivazione; Eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza", per avere l'Amministrazione macroscopicamente travisato il dato fattuale, sia nella qualificazione giuridica dei servizi oggetto dell'appalto, sia nell'identificazione degli oneri di sicurezza aziendali da dichiarare, e per non avere la centrale di committenza adeguatamente motivato la propria decisione.

3.4. Con il terzo motivo di impugnazione la società Studio Storti S.r.l. deduce i vizi di "Eccesso di potere per disparità di trattamento, contraddittorietà e ingiustizia manifesta; Eccesso di potere per carenza di istruttoria, erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto ed insufficiente e/o contraddittoria motivazione; Eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza", per avere l'Amministrazione irragionevolmente ritenuto congrua l'offerta della controinteressata, per la quale gli oneri di sicurezza aziendali ammontavano complessivamente allo 0,09% della relativa offerta economica, e di contro incongrua l'offerta della ricorrente con oneri di sicurezza aziendali, di poco differenti, in quanto pari allo 0%.

3.5. Con il quarto motivo di impugnazione la società Studio Storti S.r.l. deduce i vizi di "Violazione di legge – Erronea e/o falsa applicazione dell'art. 32, comma 7 del D.Lgs. n. 50/2016, dell'art. 80, comma 5, lett. c) e lett. f-bis) del D.Lgs. n. 50/2016 e degli artt. 71 e 75 del D.P.R. n. 445/2000; Eccesso di potere violazione della lex specialis di gara (art. 4.2 del disciplinare di gara e patto di integrità in materia di contratti pubblici regionali); Eccesso di

potere per difetto di istruttoria e difetto di motivazione”, per non avere la controinteressata denunciato in sede di offerta i gravi illeciti professionali nei quali era incorsa e per i quali era stata sanzionata sia dall’Autorità per la tutela del mercato della concorrenza, sia dall’Autorità per la protezione dei dati personali.

3.6. Con il quinto motivo di impugnazione la società Studio Storti S.r.l. deduce i vizi di “Violazione di legge – Erronea e/o falsa applicazione dell’art. 32, comma 7, dell’art. 80, comma 5, lett. c) e dell’art. 85 del D.Lgs. n. 50/2016, dell’art. 71 e 75 del D.P.R. n. 445/2000; Eccesso di potere per violazione della lex specialis (controlli precedenti all’aggiudicazione ex art. 6.2 del disciplinare di gara); Eccesso di potere per difetto di istruttoria e difetto di motivazione”, per non avere la centrale di committenza effettuato adeguati controlli sulla veridicità delle dichiarazioni rese dai concorrenti, non essendosi avveduta delle suddette sanzioni comminate alla controinteressata, nonostante si trattasse di dati facilmente reperibili.

4.1. I primi tre motivi di impugnazione (contenuti nel primo e nel secondo ricorso per motivi aggiunti) sono infondati.

4.2. Innanzitutto, non è condivisibile la tesi – propugnata da parte ricorrente - per cui il contratto di appalto per cui è causa non sarebbe assoggettato all’obbligo dichiarativo di cui all’articolo 95, comma 10, D.Lgs. n. 50/2016, con la conseguenza che la lex specialis che prevede siffatto obbligo a pena di esclusione dalla gara sarebbe nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione.

Invero, ai sensi della precitata disposizione normativa, non vi è obbligo di 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» nel caso «delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell’articolo 36, comma 2, lettera a)».

Senonché, diversamente da quanto sostiene la società Studio Storti S.r.l., quello di cui si discute non è qualificabile come appalto di servizi di natura intellettuale, tenuto conto che lo stesso comprende anche attività che non richiedono un patrimonio di cognizioni specialistiche per la risoluzione di problematiche non standardizzate e la ideazione di soluzioni progettuali personalizzate.

Esemplificativamente, l’appalto comprende – anche - il servizio di attivazione iniziale della posta elettronica, il servizio di migrazione per consentire agli utenti di utilizzare la posta elettronica in continuità con il precedente servizio, il servizio di “phase-out” strumentale alla migrazione delle caselle di posta elettronica, il servizio di help-desk per risolvere tutti i problemi relativi al servizio di posta elettronica, anche quelli meno complessi (v. art. 9 Capitolato tecnico).

Si tratta in buona sostanza dell’esecuzione – anche - di attività abbastanza semplici, ripetitive, che non richiedono l’elaborazione di soluzioni ad hoc, diverse caso per caso, per ciascun utente del servizio, ma di eseguire compiti standardizzati: in definitiva non si tratta di servizi aventi tutti natura intellettuale. Pertanto, i concorrenti erano obbligati, ai sensi dell’articolo 95,

comma 10, D.Lgs. n. 50/2016 e della legge di gara, a indicare in offerta l'entità degli oneri di sicurezza interni.

4.3.1. Sotto altro profilo non convince nemmeno la tesi per cui la società Studio Storti S.r.l. per l'appalto per cui è causa non sosterebbe costi di sicurezza aziendali (ovverosia oneri pari a zero, così come indicato in offerta).

E' ben vero, così come ricordato dalla difesa di parte ricorrente, che questa Sezione ha ammesso che, a determinate condizioni, gli oneri di sicurezza aziendale possano essere nulli. Sennonché, quelle determinate condizioni (segnatamente, la natura intellettuale delle prestazioni e il ricorso a lavoratori autonomi, esterni quindi alla compagine aziendale) qui non ricorrono, non essendo l'appalto da aggiudicare un appalto di servizi intellettuali e intendendo impiegare la ricorrente nell'esecuzione dello stesso il proprio personale (segnatamente, un team di 25 persone, di cui 22 adibite a funzioni tecniche, tutte assunte con contratto a tempo indeterminato: v. verbale n. 11 del 14.09.2018 della Commissione giudicatrice, doc. 8 fascicolo di ARCA S.p.A.; v. altresì i giustificativi forniti dalla ricorrente, doc. 20 fascicolo di Studio Storti S.r.l.).

4.3.2. D'atro canto, a conclusioni diverse non conducono le allegazioni di parte ricorrente e la documentazione probatoria dalla stessa dimessa, in ordine al fatto di non sostenere alcun costo per la gestione del server fisico lo spazio virtuale necessario per l'erogazione dei servizi email ai propri clienti, avendo acquisito tale spazio virtuale secondo "modalità software-as-a-service (SaaS)". Sempre nella prospettazione della deducente, il soggetto terzo che mette a disposizione della società Studio Storti S.r.l. tale spazio virtuale si assumerebbe tutti i costi, ivi compresi quelli del personale e quelli inerenti gli oneri di sicurezza aziendali.

Sennonché, si tratta di allegazioni e di documentazione probatoria non fornita alla centrale di committenza nell'ambito del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, con la conseguenza, già per ciò solo, non potrebbero essere apprezzati da questo Giudice, ostandovi il divieto di pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati, contenuto nell'articolo 34, comma 2, Cod. proc. amm..

Inoltre, detto contratto, per quanto emerge documentalmente (v. docc. 30 e ss. fascicolo Studio Storti S.r.l.), non rispetta nemmeno i requisiti formali e sostanziali fissati dall'articolo 105 D.Lgs. n. 50/2016, segnatamente un contratto di subappalto debitamente autorizzato, ovvero un contratto continuativo di collaborazione antecedente all'indizione della gara.

In ogni caso, in presenza di personale dipendente impiegato (così come ammesso dalla ricorrente in sede di subprocedimento di verifica dell'anomalia), vanno imputati al contratto di appalto di cui si discute la quota parte degli oneri di sicurezza interni che sono ineludibili, quali i corsi di formazione obbligatori e le visite del medico del lavoro.

4.4. Né può ritenersi che siffatto obbligo dichiarativo nel caso di specie integri un aggravio procedimentale che viola il cd. divieto di "gold plating", ovverosia di introdurre livelli di regolazione superiori rispetto a quelli minimi richiesti dalla disciplina eurounitaria, contenuto nell'articolo 1, comma 1, lettera a), della legge di delega n. 11/2016.

Invero, anche nel caso in cui – a seguire la tesi di parte ricorrente – l'appaltatore, nell'esecuzione di un contratto che implichi tanto prestazioni aventi natura intellettuale quanto prestazioni aventi natura intellettuale, non sostenga costi di sicurezza aziendale ulteriori rispetto a quelli determinati dall'ordinaria operatività aziendale, l'indicazione della quota parte di costi di sicurezza aziendale annuali teoricamente riferibile al singolo contratto non costituisce un ingiustificato aggravio procedimentale.

La previsione normativa dell'obbligo dichiarativo in questione è, infatti, diretta a perseguire un interesse primario quale quello al rispetto della disciplina a tutela della sicurezza dei lavoratori (cfr., C.d.S., Sez. V, sentenza n. 815/2018). Ne consegue che lo scorporo della quota-parte degli oneri di sicurezza aziendali da imputare al contratto, in quanto diretta alla tutela del suvvisto interesse di rango primario, non costituisce un aggravio ingiustificato.

Di talché risulta manifestamente infondata la questione di costituzionalità sollevata dalla difesa di parte ricorrente nella memoria depositata in data 2 aprile 2019 e di cui si è dato conto al punto 4.2. della parte in fatto.

4.5. Infine, non può nemmeno configurarsi una disparità di trattamento tra la valutazione di anomalia dell'offerta della società Studio Storti S.r.l., con oneri di sicurezza aziendali pari a zero, e la valutazione di congruità dell'offerta di Aruba S.p.A., con oneri di sicurezza aziendali pari a complessivi Euro 2.500,00.

Costituisce, invero, orientamento giurisprudenziale condiviso, anche da questa Sezione, quello per cui «nel giudizio di verifica dell'anomalia le offerte vanno esaminate singolarmente ed isolatamente ed è con riferimento alle peculiarità di ciascuna delle offerte presentate che viene formulato e gestito il procedimento di verifica, il che preclude la possibilità di configurare una disparità di trattamento - il quale è al contrario ammissibile solo nell'ipotesi di situazioni oggettivamente e soggettivamente identiche» (così, ex plurimis, C.d.S., Sez. V, sentenza n. 1099/2018).

4.6. In conclusione, risulta immune dai denunciati vizi di legittimità la decisione di ARCA S.p.A. di ritenere i concorrenti assoggettati all'obbligo di dichiarare in offerta i propri oneri di sicurezza interni, e di ritenere non sostenibile l'offerta della società Studio Storti S.r.l. con oneri di sicurezza aziendali pari a zero.

5.1. I restanti motivi di impugnazione (contenuti nel terzo ricorso per motivi aggiunti) sono, come puntualmente eccepito dalla difesa di Aruba S.p.A., tardivi.

5.2. Come ricordato in precedenza, invero, la ricorrente lamenta, sotto vari profili, la violazione dell'articolo 80, comma 5, D.Lgs. n. 50/2016 per avere Aruba S.p.A. omesso di dichiarare una serie di sanzioni comminategli dall'Autorità per la concorrenza e il mercato e dal Garante dei dati personali, e per non averne la centrale di committenza appurato la sussistenza in sede di verifica in capo alla concorrente dei requisiti generali di partecipazione.

Tuttavia, come è noto, i provvedimenti di ammissione di un'impresa alla gara, adottati all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, devono essere impugnati entro trenta giorni dalla

pubblicazione del provvedimento sul profilo del committente, pena l'impossibilità di farne valere l'illegittimità derivata degli atti successivi, stante l'espressa previsione dell'articolo 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm. (disposizione certamente applicabile *ratione temporis* alla presente controversia).

Risulta per *tabulas* che il provvedimento di ammissione delle concorrenti alla gara è stato assunto in data 5.02.2018 (v. doc. 6 fascicolo Studio Storti S.r.l.), ed è stato pubblicato in pari data (v. doc. 2 depositato da Aruba S.p.A. in data 19.06.2019), così come risulta che i verbali delle sedute di gara (ivi compreso quello di verifica dei requisiti di partecipazione in capo alla controinteressata) sono stati trasmessi alla ricorrente in data 31.07.2018 (v. doc. 6 fascicolo ARCA S.p.A.).

Ne consegue che il terzo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 14 maggio 2019, ovverosia oltre un anno dall'adozione del provvedimento di ammissione contestato, è irricevibile ai sensi dell'articolo 35, comma 1, lettera a), Codice di rito.

5.3. D'altro canto, non può nemmeno invocarsi la pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 14.02.2019, nella causa C-54/18, che ha ritenuto compatibile il rito di cui all'allora vigente articolo 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm., con il diritto dell'Unione, purché il provvedimento di ammissione sia accompagnato da una relazione sui motivi dell'ammissione, per consentire agli interessati di venire a conoscenza dei vizi del provvedimento.

Va, infatti, considerato che, pur avendo avuto notizia dell'ammissione in data 5.02.2018, la società Studio Storti S.r.l. ha presentato istanza di accesso agli atti di gara concernente la dichiarazione e la verifica del possesso da parte di Aruba S.p.A. dei requisiti di partecipazione, solamente in data 19.03.2019 (v. doc. 27 fascicolo Studio Storti S.r.l.).

Dunque, la ricorrente non può invocare a proprio favore il fatto di non essere stata diligente nella acquisizione della documentazione utile ai fini della tutela della propria posizione giuridica soggettiva (cfr., nello stesso senso sentenza della Sezione n. 1443/2019).

6.1. In conclusione, il ricorso principale viene dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse. Il primo e il secondo ricorso per motivi aggiunti sono respinti perché infondati. Il terzo ricorso per motivi aggiunti viene dichiarato irricevibile.

6.2. Le spese di giudizio vengono compensate per un terzo, perché, in applicazione del criterio della soccombenza virtuale, il ricorso principale era fondato nella parte in cui stigmatizzava l'esclusione dalla gara della società ricorrente per omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, mentre questi erano stati indicati, ancorché pari a zero.

Per i restanti due terzi sono posti a carico della società Studio Storti S.r.l., quale parte soccombente, e sono quantificati nella misura indicati in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sui tre ricorsi per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, così statuisce:

- a) dichiara improcedibile il ricorso principale;
- b) respinge i primi due ricorsi per motivi aggiunti;
- c) dichiara irricevibile il terzo ricorso per motivi aggiunti;
- d) compensa per 1/3 le spese di giudizio tra le parti, condanna la società Studio Storti a rifondere ad Arca S.p.A. (ora, Aria S.p.A.) e ad Aruba S.p.A. i restanti 2/3 delle spese di giudizio, che liquida per ciascuna parte in €uro 5.000,00, oltre ad accessori di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2019.