

Pubblicato il 16/08/2021

N. 05882/2021REG.PROV.COLL.
N. 09583/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 9583 del 2020, proposto da Diem S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Davide Angelucci, Francesco Di Deco e Sandor Del Fabro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

B.S.F. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Umberto Ilardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ministero dell'Interno, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Ministero dell'Interno - Direzione Regionale dei Vigili del Fuoco della Calabria, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, Sezione Prima, 2 novembre 2020, n. 1756, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno - Dipartimento Vigili del Fuoco del Soccorso Pubblico e Difesa Civile, e di B.S.F. S.r.l.;

Visto l'appello incidentale proposto da B.S.F. S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il Cons. Giorgio Manca, nell'udienza pubblica del giorno 27 maggio 2021 tenuta da remoto ai sensi dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176; e uditi per le parti, con le medesime modalità, gli avvocati Angelucci e Ilardi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La società *Diem s.r.l.* ha partecipato alla procedura di gara per l'affidamento del servizio di pulizia presso le sedi dei Vigili del Fuoco che fanno capo alla Direzione regionale della Calabria. Con decreto del Comandante dei Vigili del Fuoco di Catanzaro del 25 febbraio 2020, prot. n. 117, il servizio è stato aggiudicato a B.S.F. S.r.l. (che ha ottenuto il punteggio complessivo di 63,53 punti: 53,59 punti per l'offerta tecnica e 9,94 punti per l'offerta economica). In seconda posizione si è classificata la società *Diem S.r.l.* (con il punteggio complessivo di 61,43 punti: 44,16 punti per l'offerta tecnica e 17,27 punti per l'offerta economica).

2. - La società *Diem* ha impugnato il predetto provvedimento di aggiudicazione con ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, che – con sentenza 2 novembre 2020, n. 1756 - lo ha accolto sotto il profilo della violazione dell'art. 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, per l'inadeguatezza dei costi indicati dall'aggiudicataria *BSF s.r.l.* per il personale, posto che sul corrispettivo

offerto di € 885.508,47, *BSF* ha quantificato in € 789.933,60 i costi relativi al personale operativo, sicché il residuo di € 85.814,87, non sarebbe sufficiente a coprire i costi per le tre figure di coordinamento (gestore del servizio, responsabile operativo e *service manager*) che nell'offerta aggiudicataria sarebbero presenti in cantiere per nove ore al giorno e per sette giorni alla settimana, garantendo anche la reperibilità nell'arco delle 24 ore in tutti i giorni della settimana; né sono stati considerati i costi per la formazione professionale.

2.1. - Con la medesima sentenza è stato accolto anche il primo motivo del ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria *BSF s.r.l.*, con il quale è stata dedotta l'illegittimità della riammissione in gara della *Diem s.r.l.*, la quale era stata precedentemente esclusa per non aver ottemperato alla richiesta di soccorso istruttorio inviata per sanare alcune irregolarità contenute nel DGUE. Sul punto, il primo giudice ha rilevato che la *Diem s.r.l.* avrebbe dovuto emendare gli errori del DGUE nel termine (perentorio) inizialmente concesso, non rilevando l'asserito "attacco informatico" subito dalla società, che non avrebbe potuto impedire di venire a conoscenza della comunicazione caricata in data 23 ottobre 2020 sulla piattaforma telematica utilizzata per lo svolgimento della gara, alla quale avrebbe potuto accedere utilizzando un altro dispositivo.

2.2. - Sull'assunto che la *Diem s.r.l.* avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, il primo giudice ha ritenuto, poi, improcedibili le domande della ricorrente volte a far dichiarare l'inefficacia del contratto e il diritto al subentro nello stesso.

3. - La soccombente *Diem s.r.l.* ha proposto appello, chiedendo la riforma della sentenza sulla base di plurime censure.

4. - Resiste in giudizio il Ministero dell'Interno, chiedendo che l'appello sia respinto.

5. - Si è costituita in giudizio anche la *BSF s.r.l.* che, oltre a concludere per il rigetto dell'appello principale, ha proposto appello incidentale autonomo

impugnando i capi della sentenza con cui sono stati accolti i motivi del ricorso di primo grado della *Diem*.

6. - All'udienza del 27 maggio 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

7. - Con l'appello principale, la *Diem* deduce l'ingiustizia della sentenza nella parte in cui ha accolto il ricorso incidentale della *BSF*, ritenendo illegittima la riammissione alla procedura di gara dell'offerta dell'odierna appellante (che non aveva tempestivamente risposto al soccorso istruttorio attivato dalla stazione appaltante). Secondo l'appellante, erroneamente il primo giudice non avrebbe rilevato i presupposti per rimettere in termini la *Diem*, per causa di forza maggiore, in quanto il virus informatico (*ransomware*) avrebbe colpito non solamente la posta elettronica certificata, bensì l'intero sistema informatico aziendale, come provato dalla perizia prodotta in giudizio.

7.1. - Il motivo è fondato.

7.2. - In generale, è stato affermato che dai principi di leale collaborazione e di buona fede nei rapporti tra privato e pubblica amministrazione deriva anche il potere dell'amministrazione di rimettere in termini il concorrente di una procedura di gara il quale, per causa di forza maggiore, sia incorso nella violazione di un termine procedurale previsto a pena di esclusione (il principio è stato applicato con riferimento al termine per comprovare il possesso dei requisiti dichiarati, ritenuto perentorio tranne che nel «*caso di oggettivo impedimento alla produzione della documentazione non in disponibilità*»: cfr. Cons. Stato, VI, 5 aprile 2017, n. 1589; IV, 16 febbraio 2012, n. 810; V, 13 dicembre 2010, n. 8739).

Per quanto concerne la causa di forza maggiore, essa è stata individuata in un evento che non può evitarsi neanche con la maggiore diligenza possibile (cfr. Cass., III, 1 febbraio 2018, n. 2480; 31 ottobre 2017, n. 25837), come nel caso dell'attacco di un virus informatico che comprometta l'accesso alla posta elettronica certificata, richiedendo per la sua soluzione l'intervento di un operatore specializzato e del tempo necessario a ripristinare il sistema (cfr. Cons. St., V, 18 ottobre 2018, n. 5958).

7.3. - Gli enunciati principi devono essere applicati anche nella fattispecie, muovendo dalla premessa che il termine concesso dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, ha natura perentoria (come emerge dall'effetto prodotto dal suo inutile decorso, ossia l'esclusione dalla gara dell'operatore economico); e, quindi, la rimessione in termini può essere concessa solo nei casi eccezionali di effettiva impossibilità ad adempiere.

7.4. - Nel caso di specie, infatti, la comunicazione della stazione appaltante sul soccorso istruttorio è del 23.10.2020; il termine di dieci giorni sarebbe scaduto il 2.11.2020. La *Diem s.r.l.* ha prodotto la relazione di un tecnico informatico secondo cui i sistemi informatici sono stati bloccati a partire dal 22 ottobre 2020 e per una settimana, fino al 29 ottobre, a ridosso della scadenza del termine concesso per l'adempimento del soccorso istruttorio.

7.5. - In tale situazione, le regola di correttezza e di leale cooperazione sopra richiamate impongono di riconoscere la impossibilità relativa ad adempiere da parte del concorrente. Né si può sostenere, come sostenuto nella sentenza appellata, che la società *Diem* «avrebbe potuto allo scopo utilizzare un altro device» se non si dimostra – come non è dimostrato nella specie - che la società fosse venuta a conoscenza, prima della scadenza del termine assegnato per il soccorso istruttorio, del fatto che la stazione appaltante aveva inviato sulla piattaforma telematica utilizzata per la gara la comunicazione concernente il soccorso istruttorio.

8. - L'appello principale è fondato per le ragioni sopra esposte, con la conseguente riforma della sentenza sul punto esaminato.

Ciò, tuttavia, non comporta l'accoglimento del ricorso di primo grado proposto da *Diem s.r.l.*, posto che la sentenza deve essere riformata anche nella parte impugnata con l'appello incidentale (autonomo) di *BSF* (già ricorrente incidentale in primo grado), che ha per oggetto il capo di sentenza con cui è stato accolto il ricorso e annullata l'aggiudicazione in favore di *BSF*.

9. - Passando, quindi, all'esame dell'impugnazione incidentale, con il primo motivo la *BSF* assume l'erroneità della sentenza per aver accolto il motivo sulla incongruità dei costi del personale.

Secondo l'appellante incidentale, avendo il R.U.P. ritenuto superata la verifica sul costo del lavoro, ai sensi dell'art. 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici, il Tribunale amministrativo si sarebbe dovuto limitare a disporre il rinvio all'amministrazione per il rinnovo della verifica della congruità dell'offerta aggiudicataria e non procedere all'esclusione dalla gara, travalicando i limiti del sindacato giurisdizionale.

10. - Con il secondo motivo, la *BSF* contesta anche sotto il profilo sostanziale la soluzione accolta dal primo giudice, sottolineando come le tre figure di coordinamento sono previste anche per altri appalti, per cui il costo della loro retribuzione inciderebbe solo pro quota sull'appalto di cui trattasi. Né avrebbe senso sostenere che in un appalto in cui, come quello *de quo*, il servizio di pulizia giornaliero impegna non più di due ore al giorno, le attività di coordinamento impegnino per 9 ore al giorno.

11. - I due motivi possono essere esaminati congiuntamente data la stretta connessione tra essi.

11.1. - L'appello incidentale è fondato nella parte in cui assume l'erroneità del giudizio di anomalia dell'offerta aggiudicataria, quanto ai costi del lavoro del personale impiegato nel servizio.

11.2. - Come anticipato, la sentenza appellata, sul presupposto che nell'offerta tecnica dell'aggiudicataria *BSF s.r.l.* fosse prevista «*la presenza sul cantiere, per nove ore al giorno e per sette giorni alla settimana, del gestore del servizio, del responsabile operativo e del service manager, i quali dovranno altresì assicurare la reperibilità nell'arco delle 24 ore in tutti i giorni della settimana*», ha ritenuto che il costo del lavoro (complessivamente indicato da *BSF* in euro 789.933,00) non fosse sufficiente a coprire i costi del personale impiegato nello svolgimento del servizio, con la conseguente violazione dell'art. 95, comma 10, del Codice dei Contratti pubblici, per il mancato rispetto dei trattamenti salariali minimi.

11.3. - La conclusione cui è giunto il primo giudice, tuttavia, muove da una interpretazione del contenuto dell'offerta tecnica di *BSF* che non è condivisibile.

11.4. - In linea generale, va rammentato che in giurisprudenza è consolidato l'indirizzo secondo il quale le offerte, stante la natura negoziale, devono essere interpretate al fine di ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di giungere ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto; tale attività interpretativa può consistere anche nell'individuazione e nella rettifica di eventuali errori di scritturazione e di calcolo, ma sempre a condizione che alla rettifica si possa pervenire con ragionevole certezza, e, comunque, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima (né a dichiarazioni integrative o rettificative provenienti dall'offerente, per le quali opera anche la preclusione al soccorso istruttorio: art. 83, comma 9, secondo periodo, del Codice dei contratti pubblici). Trattandosi di atti negoziali unilaterali, la rettifica di eventuali errori è ammissibile alle sole condizioni dettate dall'art. 1431 cod. civ., ossia quando l'errore sia evidente e riconoscibile (tale che «una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo»), risultando altrimenti violati la parità di trattamento e il legittimo affidamento dei concorrenti e la certezza delle regole della gara (si veda di recente Cons. St., III, 2 marzo 2021, n. 1773).

11.5. - Nel caso di specie, la ricostruzione del contenuto dell'offerta non può limitarsi a prendere in considerazione la sola tabella relativa all'indicazione della reperibilità delle figure del "*Gestore del Servizio*", del "*Responsabile operations*" e del "*Service manager*" (pag. 3 della relazione tecnica di *BSF*) senza inserire questo dato nel complesso dell'offerta tecnica. In realtà, l'indicazione di una presenza fissa in cantiere per nove ore al giorno, per ciascuna delle tre figure di coordinatore, rappresenta il frutto di un errore riconoscibile (e infatti riconosciuto dalla stessa commissione di gara e dalla stazione appaltante), che emerge in maniera evidente ove si tenga conto che appare del tutto

inverosimile prevedere tali presenze fisse in cantiere quando la stessa offerta tecnica ha previsto di svolgere il servizio con un monte ore mensile che si traduce in una media giornaliera che varia da meno di due ore a poco più di quattro ore di lavoro (cfr. le tabelle inserite alle pagg. 11 ss. della relazione tecnica di *BSF*). Eludendo la complessiva considerazione dell'offerta non si è tenuto conto, inoltre, delle funzioni e dei compiti assegnati alle tre figure professionali in questione (descritti a pag. 2 della relazione tecnica), che - essendo incentrati sul coordinamento, programmazione e pianificazione dell'azienda - escludono una loro presenza fisica continua in cantiere.

11.6. - La tabella di cui a pag. 3 della relazione tecnica deve essere intesa, pertanto, come indicativa delle sole fasce orarie di reperibilità dei tre coordinatori, per i quali, quindi, appare corretto imputare ai costi dell'appalto solo una quota della loro retribuzione (e non l'intero trattamento retributivo, come erroneamente prospettato dalla ricorrente in primo grado ed erroneamente fatto proprio dal primo giudice).

12. - L'appello incidentale, pertanto, va accolto e, in riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso introduttivo di primo grado proposto dalla *Diem*.

13. - Ne consegue l'improcedibilità dell'appello principale proposto dalla *Diem s.r.l.*, per il sopravvenuto difetto di interesse.

14. - Le ulteriori censure dedotte dall'appellante incidentale (che ha riproposto il motivo non esaminato dal primo giudice, con il quale *BSF* denunciava che la *Diem s.r.l.* avrebbe dovuto essere immediatamente esclusa dalla procedura di gara, non sussistendo i presupposti per la concessione del soccorso istruttorio), considerata la piena satisfattività del vizio accolto, rimangono assorbite.

15. - Le spese giudiziali per il doppio grado vanno integralmente compensate tra le parti, in ragione della peculiarità delle questioni esaminate e decise.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando, accoglie l'appello incidentale proposto da B.S.F. S.r.l. e dichiara improcedibile l'appello principale proposto da Diem S.r.l.; e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese giudiziali di entrambi i gradi del giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giorgio Manca

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO