

T.A.R. Puglia - Lecce, Sez. 3, 07 gennaio 2015, n. 36 - Omessa dichiarazione degli oneri di sicurezza da rischio aziendale

N. 00036/2015 REG.PROV.COLL.

N. 01833/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1833 del 2014, proposto da:

Appalti Multiservice s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Maria Angela D'Amico, con domicilio eletto presso Segreteria T.A.R. in Lecce, Via F. Rubichi, 23;

contro

Comune di Parabita, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Carlino, con domicilio eletto presso l'avv. Gabriele Rampino in Lecce, Via S. Trinchese, 63;

nei confronti di

B.di B.A., rappresentata e difesa dall'avv. Danilo D'Arpa, con domicilio eletto presso l'avv. Danilo D'Arpa in Lecce, Via A. Manzoni, n. 32/D;
Coopservizi - Società Cooperativa Sociale a r.l., n.c.;

per l'annullamento

- della determinazione n. 186 R.S. - n. 501 R.G. del 18.6.2014 del Comune di Parabita;

- della nota prot. n. 11950 del 18.6.2014, notificata alla ricorrente tramite P.E.C. in pari data;

- di ogni altro provvedimento allo stesso connesso, preordinato e/o consequenziale;

- nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a., con la condanna al subentro nell'aggiudicazione e, ove stipulato, nel contratto, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 124 c.p.a.;

- con risarcimento dei danni subiti e subendi per effetto dell'illegittima aggiudicazione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Parabita e della ditta B.di B.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 novembre 2014 la dott.ssa Maria Luisa Rotondano e uditi per le parti gli avv.ti A.M. D'Amico, M. Carlino e P. Leone, quest'ultimo in sostituzione dell'avv. D. D'Arpa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Fatto

La società Multiservice s.r.l. (terza classificata nella graduatoria finale e attuale gestore dei servizi in proroga) impugna la determinazione dirigenziale n. 501 R.G. in data 18.06.2014, a firma del Responsabile del Settore Sviluppo Economico del Comune di Parabita, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva (a seguito di procedura di cottimo fiduciario ex art. 125 cod. app., con il criterio selettivo del prezzo più basso) alla ditta "B.di B.A." (prima classificata) dei servizi cimiteriali di custodia e vigilanza, manutenzione illuminazione votiva, pulizia e necroforia (per la durata di trentasei mesi), nonché la nota prot. n. 11950 del 18.06.2014 di comunicazione della predetta aggiudicazione, i verbali, gli atti di gara e l'aggiudicazione provvisoria alla stessa. Chiede, altresì, la declaratoria di inefficacia del contratto ed il subentro nell'aggiudicazione, nonché il risarcimento dei danni subiti e subendi.

A sostegno del gravame deduce, sinteticamente:

1) violazione e falsa applicazione degli artt. 86 comma 3, 87 comma 4 del [D.Lgs. n. 163/2006](#) e dell'art. 26 comma 6 del

[D.Lgs. n. 81/2008](#)

, violazione di legge, difetto dei presupposti e incompletezza dell'offerta dell'aggiudicatario e della seconda classificata, per non avere le stesse indicato, nella propria offerta economica, gli oneri di sicurezza da rischio specifico;

2) violazione e falsa applicazione del punto 2.2. lett. D) ed E) del bando di gara, eccesso di potere e violazione di legge, difetto di presupposti, carenza di requisiti, stante l'omessa indicazione, tra i servizi svolti, dei servizi di manutenzione illuminazione votiva, come richiesto dalla lettera-invito ("*uno o più servizi identici*" a quelli oggetto di gara), avendo l'aggiudicatario al riguardo indicato unicamente quelli di "gestione illuminazione votiva".

Si costituisce il Comune di Parabita, eccependo *in limine* la tardività del ricorso (per non avere la Multiservice s.r.l. impugnato tempestivamente la *lex specialis*

, nella parte relativa alla mancata prescrizione, nel modello predisposto dalla stazione appaltante, degli oneri di sicurezza da rischio specifico, asseritamente comportante l'impossibilità di formulare un'adeguata offerta e di valutare la convenienza economica della partecipazione alla procedura selettiva da parte dei concorrenti). Nel merito, poi, contesta le avverse pretese e chiede la reiezione del gravame.

Si costituisce, altresì, la controinteressata aggiudicataria "B.di B.A.", anch'essa domandando la reiezione del ricorso.

Con ordinanza cautelare n. 465 in data 11.9.2014, questo Tribunale ha accolto l'istanza cautelare e, per l'effetto, sospeso l'efficacia degli atti impugnati, *"considerato che il bando di gara deve intendersi eterointegrato ex lege con la prescrizione relativa all'espressa indicazione e quantificazione degli oneri di sicurezza da rischio specifico (o aziendale - ex multis, Consiglio di Stato, III, n. [3565](#) del 3 luglio 2013) e che la stazione appaltante (pur trattandosi di appalto di servizi di cui all'allegato II B) ha richiamato negli atti di gara la disciplina relativa alle offerte anomale (artt. 86 e ss. d. lgs. n. 163/2006), sicchè, ad una sommaria delibazione, propria della fase cautelare, le principali censure formulate nel ricorso appaiono condivisibili"*.

Con ordinanza n. 5036 del 5.11.2014, il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello cautelare, rilevata la mancanza del danno grave ed irreparabile, attesa la trattazione del merito fissata per l'udienza del 26.11.2014.

All'udienza pubblica del 26.11.2014 la causa è stata trattenuta per la decisione.

Diritto

0. - Preliminarmente, va disattesa l'eccezione di tardività del gravame (formulata dal Comune resistente), stante il carattere immediatamente precettivo delle norme inerenti l'obbligo di indicazione dei rischi aziendali (come esplicitato nel successivo punto 1.2, cui si rinvia).

Nel merito, il ricorso deve essere accolto.

1. - Fondata ed assorbente risulta la prima censura, relativa all'omessa indicazione, nell'offerta economica, degli oneri di sicurezza da rischio aziendale da parte delle prime due graduate -rispettivamente B.e Coop. Soc. Concordia (la quale ultima, tra l'altro, con nota del 29.7.2014, depositata dal ricorrente agli atti del presente giudizio il 5.11.2014, ha comunicato all'Ente

civico l'indisponibilità ad assumere l'affidamento dei servizi di che trattasi). La società ricorrente invoca, in proposito, la violazione degli artt. 86 comma 3, 87 comma 4 del D.Lgs. n. 163/2006 e 26 comma 6 del D.Lgs. n. 81/2008. Evidenzia che, pur trattandosi di servizi di cui all'all. II B del Codice Appalti, da un lato, la stazione appaltante, nella *lex specialis*, ha fatto esplicito richiamo alla disciplina delle offerte anomale

tout court

(artt. 86 e ss. del Codice) e, dall'altro, l'art. 26 comma 6 del D.Lgs. n. 81/2008 risulterebbe in ogni caso applicabile agli appalti in parola.

La doglianza coglie nel segno.

1.1 - Il Collegio ritiene opportuno, innanzitutto, rammentare la distinzione tra oneri di sicurezza cc.dd. "interferenziali" (predeterminati dalla stazione appaltante e riguardanti i rischi relativi alla presenza nell'ambiente della stessa di soggetti estranei chiamati ad eseguire il contratto) ed oneri di sicurezza da rischio "specifico" o "aziendale" (la cui indicazione e quantificazione spetta a ciascuno dei concorrenti e varia in rapporto alla qualità ed entità della sua offerta).

Nel caso di specie, la "lettera-invito" richiama espressamente la disciplina delle offerte anomale, disponendo testualmente che "*il presente appalto è soggetto alla disciplina in materia di offerte anomale, ai sensi della normativa vigente*"

(v. "Avvertenze generali"). Il richiamo è, pertanto, integralmente agli artt. 86 e 87 del D.Lgs. n. 163/2006: sicchè, in tal modo, pur trattandosi di appalti rientranti nella categoria 27 –"Altri servizi" di cui al citato all. II B (esclusi dall'applicazione del Codice dei Contratti, per il combinato disposto degli artt. 20 e 21 Cod. App., salve le disposizioni ivi richiamate ed i principi di derivazione comunitaria di cui al successivo art. 27), l'Ente civico si è autovincolato, nella

lex specialis

, al rispetto degli artt. 86 comma 3 bis e 87 comma 4 del D.Lgs. n. 163/2006.

Ai sensi dell'art. 86 comma 3 bis del Codice dei Contratti, "*Nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture*

".

L'art 87 comma 4 del D.Lgs. n. 163/2006 dispone a sua volta che *“Nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture”*.

1.2 - Tanto premesso, e rilevata, pertanto, l'applicabilità delle summenzionate disposizioni normative alla procedura selettiva *de qua*, la Sezione ritiene sufficiente richiamare l'orientamento giurisprudenziale prevalente e condivisibile in tema di omessa dichiarazione, nell'offerta economica, dell'ammontare dei costi relativi alla sicurezza da rischio aziendale: tale omissione determina l'esclusione dalla procedura, in quanto le norme in materia di oneri per la sicurezza hanno valore cogente ed immediatamente precettivo (*ex multis*, Consiglio di Stato, III, 28 agosto 2012 n. 4622 e 3 luglio 2013 n. [3565](#); V, 29 febbraio 2012, n. 1172).

Va ribadito, quindi, che l'indicazione in sede di offerta degli oneri aziendali di sicurezza costituisce – sia nel comparto dei lavori che in quelli dei servizi e delle forniture - un adempimento imposto dagli artt. 86, co. 3 bis e 87, co. 4, del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e ss.mm.ii., all'evidente scopo di consentire alla stazione appaltante di adempiere al suo onere di verificare il rispetto di norme inderogabili a tutela dei fondamentali interessi dei lavoratori in relazione all'entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura da affidare. Né *“può ritenersene consentita l'integrazione mediante esercizio del potere/dovere di soccorso da parte della stazione appaltante (ex art. 46, co. 1 bis, cit. d.lgs. n. 163 del 2006), pena la violazione della par condicio tra i concorrenti”* (Consiglio di Stato, Sezione III, 3 luglio 2013, n. 3565).

Sicchè, quand'anche la disciplina speciale di gara non dovesse prevedere una comminatoria espressa, *“l'inosservanza della prescrizione primaria che impone l'indicazione preventiva dei costi di sicurezza implica la sanzione dell'esclusione in quanto rende l'offerta incompleta sotto un profilo particolarmente rilevante alla luce della natura costituzionalmente sensibile degli interessi protetti ed impedisce alla stazione appaltante un adeguato controllo sull'affidabilità dell'offerta stessa”* (Consiglio di Stato, Sezione V, 23 luglio 2010, n. [4849](#)), e per ciò solo suscettibile di esclusione. In tale ipotesi, pertanto, l'esclusione dell'offerta si rivela doverosa anche ai sensi dell'art. 46 comma 1 *bis*

del Codice Appalti, in quanto l'omessa indicazione degli oneri di sicurezza, assumendo questi ultimi la valenza di un elemento essenziale dell'offerta, risulta idonea a determinare incertezza assoluta del contenuto della stessa (

ex multis

, Consiglio di Stato, III, 28.8.2012, n. 4622, T.A.R. Lombardia, Brescia, II, 19.2.2013, n.

[181](#)

).

D'altro canto, le carenze della *lex specialis* sono suscettibili di essere eterointegrate automaticamente ai sensi dell'art. 1374 del codice civile, stante il "*carattere immediatamente precettivo delle norme di legge che tali costi prescrivono di indicare distintamente*

" (Consiglio di Stato, III Sezione, 28 agosto 2012, n. 4622), rendendosi, altrimenti, scusabile una

ignorantia legis

; sicchè, da un lato, va disattesa l'eccezione formulata dal Comune resistente relativa alla mancata tempestiva impugnazione della

lex specialis

e, dall'altro, è irrilevante che la modulistica predisposta dall'Ente (nel caso di specie, il modulo - offerta, all. C) non contenga l'espressa indicazione della (doverosa) menzione di detti oneri.

1.3 - Osserva, inoltre, la Sezione che l'obbligo di indicare, a pena di esclusione, gli oneri di sicurezza nell'offerta economica discende, in ogni caso, anche dall'art. 26 comma 6 del D.Lgs. n. 81/2008, anch'essa norma di ordine pubblico immediatamente precettiva e di applicazione incondizionata (il quale testualmente dispone che "*Nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture*").

1.4 - Ancora, alla luce della già rilevata natura costituzionalmente sensibile degli interessi protetti, non può ritenersi la possibilità di indicazione degli oneri in parola in sede di giustificazione del prezzo offerto, tenuto anche conto che, in linea generale, il sub-procedimento di verifica di anomalia delle offerte non sempre è obbligatorio (si veda l'art. 86, comma 4 del D.Lgs. n. 163/2006, il quale, con riferimento al criterio selettivo del prezzo più basso - peraltro prescelto nel caso che ci occupa - dispone che non si procede a tale verifica quando il numero di offerte ammesse risulta inferiore a cinque).

1.5 - Da ultimo, deve rilevarsi che l'art. 10 del Capitolato speciale ("Osservanza leggi e

regolamenti”) richiama l’intera disciplina del D.Lgs. n. 163/2006 e del D.Lgs. n. 81/2008. Anche se la prescrizione del Capitolato sembrerebbe regolare la (sola) fase esecutiva del servizio, l’evocazione del D.Lgs. n. 163/2006 e del D.Lgs. n. 81/2008 nella loro interezza avalla un’interpretazione estesa all’intero *corpus* normativo speciale, così da comprendere gli obblighi afferenti all’intera procedura selettiva nelle sue differenti articolazioni, sin dalla fase di elaborazione e deposito delle proposte da parte dei concorrenti.

2. - Va accolta, dunque, anche la domanda di reintegrazione in forma specifica formulata dalla società ricorrente con la declaratoria del diritto della stessa al subentro nell’aggiudicazione.

3. - Sussistono gravi ed eccezionali motivi (la peculiarità del caso di specie e la complessità delle questioni trattate) per giustificare l’integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei sensi di cui in motivazione.

Dispone la compensazione delle spese di giudizio.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2014 con l’intervento dei magistrati:

Enrico d’Arpe, Presidente FF

Antonella Lariccia, Referendario

Maria Luisa Rotondano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/01/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)