

Omessa indicazione degli oneri di sicurezza interni: le conseguenze alla luce di Cons. Stato, Ad. Plen., n. 20/2016

di Nicola Durante, Stefano Costarella

Data di pubblicazione: 6-3-2017

Per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio.⁽¹⁾

(1) Conforme: Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 20

Guida alla lettura

Con la pronuncia in commento, il T.A.R. Calabria (Catanzaro) ribadisce, in tema di indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato a seguito dell'intervento della sentenza n. 20/2016 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

La vicenda contenziosa è la seguente: l'amministrazione appaltante esclude la ricorrente da una procedura di gara aperta per l'affidamento dei servizi di raccolta e trasporto e conferimento dei rifiuti urbani e assimilati, di rifiuti differenziati ed ingombranti e altri servizi accessori con il sistema porta a porta. La motivazione risiede nella mancata indicazione degli oneri aziendali previsti dall'art. 86, comma 3 bis e art. 87 comma 4 del D.Lgs. 163/2006. La società esclusa contesta il provvedimento a lei sfavorevole, sul rilievo per cui la p.a. non avrebbe potuto procedere alla esclusione della ricorrente in assenza di una specifica previsione in tal senso nei documenti di gara e che, in ogni caso, avrebbe potuto ovviare alla eventuale lacuna dell'offerta mediante l'utilizzo dell'istituto del soccorso istruttorio.

Il Collegio del capoluogo calabrese, premesso l'accertamento fattuale per cui dalla documentazione di gara non emergeva una specifica previsione dell'obbligo di indicazione separata, nell'offerta economica, degli oneri di sicurezza cd. interni, ha deciso la questione sottoposta al suo vaglio facendo applicazione del principio di diritto espresso dal Supremo organo della giustizia amministrativa nella sentenza su richiamata: "per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato

dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio”.

Viene, altresì, precisato che il principio in esame è applicabile solo agli oneri di sicurezza c.d. interni, ossia quelli aziendali, da computarsi nell'offerta economica, mentre non trova cittadinanza per i c.d. costi di sicurezza da interferenza, non derogabili dagli offerenti e non soggetti a ribasso. La sentenza in commento, dando atto che l'offerta presentata dalla ricorrente poi esclusa contenesse anche i costi da sostenere per gli oneri della sicurezza aziendali, pur in assenza di una loro separata indicazione, dispone l'annullamento del provvedimento di esclusione proprio in virtù dell'indirizzo giurisprudenziale su richiamato e sancisce obbligo della stazione appaltante di invitare la ricorrente a regolarizzare la propria offerta, in applicazione del principio del soccorso istruttorio ex art. 46 D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 applicabile *ratione temporis*, riformulando all'esito la graduatoria della procedura di gara.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 899 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Muraca S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Zaccone, Francesco Luigi Pingitore, con domicilio eletto presso lo studio Luca Cirella in Catanzaro, via Francesco Acri N. 65;

contro

Comune di Settingiano, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Frank Mario Santacroce, con domicilio eletto presso il suo studio in Catanzaro, via Fontana Vecchia, 25;

nei confronti di

Ecoservizi S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Izzo, con domicilio eletto presso il suo studio in Catanzaro, corso Mazzini, 74;

Asmel Consortile Soc. Cons. A R.L. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

-con il ricorso introduttivo, della determinazione n. 3371/16 emessa dal comune di Settingiano avente ad oggetto esclusione dalla procedura della gara d'appalto per il servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani e assimilati;

-con il ricorso per motivi aggiunti, del provvedimento di aggiudicazione definitiva n. 154 del 28 luglio 2016 in favore della Ecoservizi s.r.l

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Settingiano e della Ecoservizi S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2017 la dott.ssa Germana Lo Sapio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1.1. Con bando di gara del 25 gennaio 2016, la Città di Settingiano ha indetto una procedura di gara aperta per l'affidamento dei servizi di "raccolta e trasporto e conferimento dei rifiuti urbani e assimilati, di rifiuti differenziati ed ingombranti e altri servizi accessori con il sistema porta a porta per la durata di trentasei mesi", per un importo complessivo pari ad Euro 900.000,00 oltre IVA, comprensivo di Euro 9.000,00 per costi della sicurezza, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.2. L'odierna ricorrente, con provvedimento comunicato in data 20 giugno 2016, veniva esclusa dalla procedura per non aver "indicato gli oneri aziendali previsti dall'art. 86, comma 3 bis e art. 87 0comma 4 del D.Lgs. 163/2006".

2.1. Con il ricorso in oggetto, parte ricorrente chiede l'annullamento del predetto provvedimento, per i vizi di violazione di legge, con riferimento agli artt. 46 co. 1bis, 3 bis, 87 co 4, 131 del D. Lgs. 163/2006, nonché di violazione dei principi di tassatività delle cause di esclusione, legittimo affidamento, favor participationis, ragionevolezza, adeguatezza dell'azione amministrativa, concorrenza, certezza del diritto, libera prestazione dei servizi e proporzionalità, travisamento in linea di fatto e di diritto delle questioni rilevanti, eccesso di potere per errore nei presupposti e difetto di istruttoria.

2.2. Nello specifico, la doglianza sostanziale dedotta – sia pure variamente articolata quanto ai motivi di diritto – è costituita dalla circostanza che l'amministrazione avrebbe proceduto alla esclusione della ricorrente, per la omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, pur in assenza di una specifica previsione in tal senso nei documenti di gara.

2.3. Invero, non solo né il bando di gara né il disciplinare prevedevano tale obbligo di indicazione, ma entrambi i predetti atti di gara rinviavano al futuro documento di valutazione dei rischi (artt. 5 36 e 37 CSA) l'esplicitazione degli oneri di sicurezza aziendali.

In particolare:

-il disciplinare di gara (lett. C) pag. 13), prevedeva unicamente che "1 'offerta economica, redatta su carta bollata, dovrà riferirsi al prezzo complessivo di gara per l'intera durata dell'appalto, ed espresso come percentuale di ribasso (%) sul canone posto a base di gara. Nell'offerta economica deve essere indicato in numeri e lettere, il valore della percentuale di ribasso ed il relativo nuovo prezzo complessivo di aggiudicazione (decurtato del ribasso) ";

- il CSA (art.37) statuiva che "con la presentazione dell 'offerta la Ditta Aggiudicataria ha assunto l'onere completo a proprio carico di adottare, nell'esecuzione di tutti i servizi, i procedimenti e le cautele necessarie per garantire la vita e la incolumità degli operai, delle persone addette ai servizi stessi e dei terzi, nonché per evitare danni ai beni pubblici e privati [... e che ...] rimane obbligata ad osservare e a fare osservare a tutto il personale, tutte le norme in materia antinfortunistica, con particolare richiamo alle disposizioni previste ai D.P.R. 547/55, 303/56, 626/94, Dlgs 81/2008"; demandava la puntuale esplicitazione di tali oneri alla presentazione da parte dell'aggiudicatario, del "Documento di Valutazione dei Rischi (DVR) esteso ai sensi del D. Lgs. n. 81/2008" (adempimento questo da porre in essere entro trenta giorni dalla data di aggiudicazione; precisava (art. 36) che all'interno del DVR l'aggiudicatario avrebbe dovuto individuare oneri ed adempimenti quali quelli relativi ai DPI (dispositivi individuali di sicurezza) e alla formazione del personale (voci di costo da annoverare tra gli oneri di sicurezza aziendali).

3. Si è costituita l'amministrazione resistente in data 16 agosto 2016, contestando nel merito la fondatezza del ricorso.

4. Con ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 12 settembre 2016 è stato impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva n. 154 del 28 luglio 2016 in favore della controinteressata Ecoservizi s.r.l.; avendo avuto notizia dell'intervenuta consegna in via di urgenza del servizio, e non essendo stata comunicata l'aggiudicazione, la ricorrente chiede anche la nullità del contratto eventualmente stipulato per violazione dell'art. 11 e 79 D.Lgs. 163/2006 e 121 c.p.a

5.1. Con memoria depositata in data 12 settembre 2016, si è costituita anche la controinteressata Ecoservizi s.r.l. che in punto di fatto ha confermato di espletare il servizio in via di urgenza dal 1 agosto 2016 e, nel merito, ha chiesto il rigetto del ricorso per infondatezza.

5.2. In data 18 ottobre 2016, ha inoltre depositato ricorso incidentale avverso la mancata

esclusione della ricorrente per mancanza dei requisiti di capacità tecnica.

6. All'Udienza Pubblica dell'8 febbraio 2017, i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

7. Come eccepito da controparte, il ricorso incidentale è irricevibile, essendo stato avviato alla notifica in data 7 ottobre 2016, ben oltre il termine di 30 giorni fissato dagli artt. 42 e 120 co. 5 c.p.a., decorrenti dalla notificazione del ricorso principale (20 luglio 2016).

Per quanto la questione sia stata diffusamente trattata dalle parti con le memorie della ricorrente, depositate in data 14 novembre 2016, 20 e 27 gennaio 2017; e con le memorie della società controinteressata del 23 e 27 gennaio 2017 che appaiono anche redatte in violazione del principio di sinteticità degli atti ex art. 3 c.p.a. contenendo sostanzialmente le medesime argomentazioni, non vi è dubbio che, avendo la ricorrente con il ricorso principale impugnato anche l'aggiudicazione provvisoria in favore della Ecoservizi srl, l'interesse ad agire di quest'ultima sorgesse al momento della notifica nei suoi confronti del ricorso principale: sul punto si richiama ex art. 88 co. 2 lett. d) il principio di diritto affermato ex multis Cons. St. III sez., 26 ottobre 2016, n. 4490 (in particolare, cfr. par. 7 parte motiva).

8.1. Il ricorso principale è invece fondato, in relazione ai motivi di cui al punto III, e va accolto alla luce dei recenti chiarimenti posti dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 27 luglio 2016 n.20, secondo cui "per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio".

8.2. Giova solo osservare, in punto di fatto, che – contrariamente a quanto dedotto dalla resistente – non si inviene nella documentazione di gara una specifica previsione dell'obbligo di indicazione separata, nell'offerta economica, degli oneri di sicurezza cd. interni.

Non è dirimente, in tal senso, l'osservazione del comune secondo cui nel bando di gara, sottopunto 2.2., sarebbe stata inserita tale specifica previsione, essendo indicato che l'importo complessivo dell'appalto era pari a 900.000 euro di cui "9.000 per costi di sicurezza", poiché tale clausola è volta ad indicare i cd. costi di sicurezza da interferenza, non derogabili dagli offerenti, e non l'obbligo imposto a ciascun partecipante di indicare nella propria offerta i diversi costi di sicurezza aziendali (cd. interni), dipendenti da ciascuna organizzazione, come tali da computare nell'offerta economica.

Non è, peraltro, in discussione, neanche tra le parti, che l'offerta economica presentata dalla odierna ricorrente fosse comprensiva anche degli oneri di sicurezza aziendali, costituendo oggetto del contendere solo la circostanza della loro mancata specifica indicazione come autonoma voce di costo.

Ne consegue che la fattispecie concreta oggetto di esame è pienamente inquadrabile in quella

delineata dalla Adunanza Plenaria sopra citata, al ricorrere della quale deve ritenersi contrario al principio del legittimo affidamento e della certezza del diritto di matrice europea (applicabile a tutti i procedimenti amministrativi ex art. 1 L. 241/90) il provvedimento di esclusione adottato per omessa indicazione degli oneri di sicurezza interni.

8.3. Tanto premesso, deve ritenersi illegittima l'esclusione adottata senza il previo invito a sanare quello che è solo una omessa articolazione, da punto di vista formale, dell'offerta complessiva.

8.4. L'accoglimento del ricorso comporta pertanto l'obbligo della stazione appaltante di invitare la ricorrente a regolarizzare la propria offerta, in applicazione del principio del soccorso istruttorio ex art. 46 D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 applicabile *ratione temporis*, riformulando all'esito la graduatoria della procedura di gara; nel caso di compiuta ottemperanza a tale sollecito, da parte della ricorrente, dovrà disporsi in suo favore l'aggiudicazione della gara alla quale, come confermato dalle parti all'udienza pubblica dell'8 febbraio 2017, non è seguita la stipula del contratto (la circostanza era già emersa in atti: cfr. memoria del 20 gennaio 2017 con cui la ricorrente deduce che "ad oggi neppure risulta stipulato il contratto di appalto", fatto non contestato; memoria del 27 gennaio 2017 con cui il Comune di Settingiano rappresenta che "sono già stati sviluppati tutti gli adempimenti formali ed è già stata effettuata la consegna definitiva del servizio e la società Ecoservizi s.r.l. già svolge il lavoro con proprio personale").

9. All'accoglimento del ricorso introduttivo, consegue anche l'accoglimento del ricorso per motivi aggiunti con cui viene dedotta la illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione.

10. La considerazione che la questione principale concernente la doverosa indicazione degli obblighi di sicurezza oggetto di controversia sia stata ampiamente dibattuta prima della adozione della Ad. Plen. 20/2016, depositata dopo la notifica del ricorso introduttivo di questa controversia, giustifica la compensazione delle spese di lite per la metà, con conseguente condanna del Comune resistente e della controinteressata in solido per la restante metà in favore della ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti:

Dichiara irricevibile il ricorso incidentale;

Accoglie il ricorso introduttivo e il ricorso per motivi aggiunti e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Compensa le spese per la metà e condanna per la restante metà, in solido tra loro, l'amministrazione resistente e la controinteressata in favore della società ricorrente che liquida, al netto della compensazione, in euro 2.500,00 oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Iannini, Presidente FF

Francesco Tallaro, Referendario

Germana Lo Sapio, Referendario, Estensore