

Indicazione oneri della sicurezza aziendali pari a zero

di Rosalba Colasuonno

Data di pubblicazione: 4-5-2017

Alla luce dei principi generali sul legittimo affidamento e sul *favor participationis*, nonché tenuto conto sia dell'orientamento giurisprudenziale che afferma non incongruente l'assenza di costi per la sicurezza aziendale per un servizio di natura intellettuale qual è quello di brokeraggio assicurativo (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 9.1.2017, n. 223), sia delle oggettive perplessità in ordine ad una clausola che per un verso non ammette costi aziendali interni pari a 0,00 (zero) ma che per altro verso non pone l'indicazione di un importo minimo degli stessi (con la conseguenza della ammissibilità dell'indicazione di un importo di Euro 0,01, ma non di Euro 0,00), è illegittima l'esclusione dell'operatore economico per avere indicato oneri aziendali della sicurezza pari a zero.

(1) *Conforme*: T.R.G.A. Trento, 17.1.2016, n. 280; T.A.R. Bari, Sez. II, 22.3.2017, n. 265; Consiglio di Stato, Sez. III, 25.11.2016, n. 4991.

Guida alla lettura

La sentenza in commento affronta la questione dell'indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, negli appalti di servizi di intermediazione assicurativa tramite *broker*.

I Giudici bolzanini hanno escluso che l'indicazione di oneri interni per la sicurezza di importo pari a zero possa determinare l'esclusione automatica del concorrente laddove possa ravvisarsi la sussistenza di sufficienti motivi che inducano a ritenere che la ricorrente possa essere incorsa in buona fede in un errore di valutazione delle prescrizioni di gara.

Sul punto il Collegio giudicante ha ritenuto che la Ricorrente fosse stata effettivamente indotta ad errare in buona fede sia dalle oggettive perplessità in ordine ad una clausola del bando di gara (che per un verso non ammetteva costi aziendali interni pari a 0,00 (zero) ma che per altro verso non poneva l'indicazione di un importo minimo degli stessi) sia dal comportamento della Stazione Appaltante che alla richiesta di "*conferma di dover inserire nell'offerta economica, Allegato C1, il valore dei costi aziendali interni relativi alla sicurezza pari a Euro 0,00 (zero) come espressamente indicato all'art. 4, pagina 6 di 41, della lettera di invito*" aveva laconicamente risposto "*Si conferma*".

Inoltre, ricorda la sentenza, l'assenza di costi per la sicurezza aziendale per un servizio di ordine intellettuale qual è quello di *brokeraggio* assicurativo non appare incongruo, così come

ha ritenuto lo stesso Consiglio di Stato, Sez. V nella sentenza del 9.1.2017, n. 223.

Del resto, a parere di chi scrive, deve escludersi che la complessa natura giuridica del contratto di *brokeraggio* assicurativo, riconducibile non solo all'attività di mediazione, ma anche quella di consulenza possa avere alcuna ricaduta con riferimento ai presidi e alle misure di sicurezza posto che anche lo *“svolgimento di un'attività di intermediazione da parte del suo esecutore, mediante il compimento di operazioni di natura principalmente negoziale (...) in assenza pertanto di un'attività avente rilievo materiale, potenzialmente fonte di pericoli per i lavoratori coinvolti nella stessa(...)* rientra pertanto a pieno titolo tra quelle eccezionalmente escluse dalla citata giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. V, n. 5651/2015 e n. 1051/2016) dall'obbligo di indicazione degli oneri aziendali nell'offerta economica, trattandosi di servizi aventi ad oggetto un'attività prevalentemente intellettuale, nel senso chiarito dalla stessa, e quindi, in cui le prestazioni materiali sono del tutto marginali” (TAR Milano sez IV, 21.4.2016 n. 755).

Di tale situazione ha peraltro preso chiaramente atto il Consiglio di Stato che ha evidenziato come il servizio di consulenza assicurativa e *brokeraggio* sia *“un'attività intellettuale svolta per lo più nei locali dell'impresa prestatrice del servizio. La consulenza assicurativa s'esaurisce in se stessa, ossia costituisce l'oggetto essenziale e (per chi riconosca la categoria concettuale) il contenuto esclusivo del contratto, senza essere comportare in via complementare, strumentale ed accessoria l'esecuzione di prestazioni materiali che esponano (ad esempio: l'attività di progettazione di oo.pp.) il personale ad eventuali rischi o pericoli. In definitiva i servizi in questione non presentano i rischi specifici cui applicare la disposizione contenuta all'art. 87, comma 4, d.lgs n. 163/2006 e gli arresti giurisprudenziali richiamati in sentenza (Cons. St., ad. plen. 3 e 9 del 2015) che, testualmente, riguardano i costi inerenti alla sicurezza aziendale per l'esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto oggetto d'appalto. Che, oltretutto (...)non sono teleologicamente assimilabili ai costi intesi a garantire lo standard legale di sicurezza della sede aziendale ove i dipendenti svolgono le mansioni cui sono ordinariamente addetti”* (Consiglio di Stato, S.ez V, 16.3.2016, n. 1051).

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa

Sezione Autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 24 del 2017, proposto da:

Inser S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Umberto Deflorian, Andrea Girardi, Gianluca Taddeo, Rosalba Colasuonno, con domicilio

eletto presso lo studio dell'avv. Umberto Deflorian in Bolzano, largo Kolping, 2;

contro

Comune di Bolzano, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Laura Polonioli, Gudrun Agostini, Alessandra Merini, Bianca Maria Giudiceandrea, con domicilio eletto presso l'Avvocatura comunale in Bolzano, vicolo Gumer 7;

nei confronti di

Union Brokers S.r.l. non costituita in giudizio;

a) per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia anche mediante emanazione di un provvedimento cautelare monocratico ai sensi dell'art. 56 c.p.a.

- del provvedimento di esclusione della Inser S.p.A. contenuto nel verbale di gara del 19.1.2017 pubblicato ex art. 29 co. 1 del D. Lgs. 50/2016 sul profilo del Comune in data 20.1.2017;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso ed in particolare:

- del verbale di gara n. 2 del 12.1.2017 e del verbale di gara n. 3 del 19.1.2017 trasmessi dal Comune con nota del 30.1.2017;

- della comunicazione del Comune trasmessa via PEC il 23.1.2017;

- della comunicazione del Comune trasmessa via e-mail il 24.1.2017;

nonché del verbale o atto, ancorché ad oggi non conosciuto, che abbia fissato la graduatoria comparsa il 27.1.2017 sul sito dell'Agenzia provinciale dei contratti pubblici;

- della determinazione dirigenziale n. 11389 del 6.12.2016 e del verbale della Commissione tecnica del 14.12.2016 citati nel verbale n. 2 del 12.1.2017 ancorché non conosciuti,

- dei provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva, ancorché allo stato incogniti, laddove medio tempore adottati dal Comune;

b) per la declaratoria di nullità

della lettera d'invito del 13.9.2016 nella parte in cui all'art. 14 prevede che "non sono ammessi costi aziendali interni della sicurezza pari a 0 (zero)";

c) per la declaratoria di inefficacia

del contratto laddove il medesimo, alla data in cui codesto T.R.G.A. sarà chiamato a pronunciarsi sulla presente domanda, sia già stato stipulato;

d) nonché per il risarcimento

di tutti i danni patiti e patienti dalla ricorrente in forma specifica mediante l'aggiudicazione del servizio o per equivalente;

e) ed infine per la condanna, previo accertamento del diritto della ricorrente, anche ex art. 116 c.p.a.

del Comune all'esibizione di tutti gli atti già richiesti con istanza di accesso non pienamente evasa, previo occorrendo annullamento in parte qua del provvedimento di diniego di accesso agli atti del 30.1.2017.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Bolzano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2017 il Cons. Terenzio Del Gaudio e uditi per le parti i difensori: avv. U. Taddeo per la parte ricorrente; avv. L. Polonioli per il Comune di Bolzano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente Inser S.p.A. impugna i provvedimenti, indicati in epigrafe, di esclusione dalla gara relativa alla procedura negoziata di cottimo fiduciario indetta dal Comune di Bolzano per l'assegnazione del "*Servizio di intermediazione assicurativa tramite Broker*".

A sostegno del ricorso vengono dedotti i seguenti motivi d'impugnazione:

1. Eccesso di potere: travisamento dei fatti, erroneità dei presupposti, illogicità ed ingiustizia manifesta. Violazione Art. 1 L. 241/1990 ed art. 97 Cost.;

2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 co. 10 nonché dell'art. 83 co. 8 del d.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione della legge di gara. Nullità dell'art. 14 della lettera d'invito;

3. Violazione dell'art. 1 della l. 241/1990. Violazione dell'art. 97 Cost. Violazione dei seguenti principi: legittimo affidamento, proporzionalità, ragionevolezza, buon andamento, trasparenza e buona fede. Carezza assoluta di motivazione;

4. Violazione dell'art. 1 della l. 241/1990. Violazione dell'art. 97 Cost. Violazione del principio di trasparenza. Carezza assoluta di motivazione;

e, in estremo subordine

5. Violazione dell'art. 77, comma 4 e dell'art. 29 d.lgs. 50/2016 nonché dell'art. 97 Cost. Violazione del principio di trasparenza, imparzialità. Incompetenza della commissione di gara.

La INSER S.p.A. formula inoltre istanza per la declaratoria di nullità della lettera d'invito dd. 13.9.2016 nella parte in cui all'art. 14 prevede che *"non sono ammessi costi aziendali interni della sicurezza pari a 0 (zero)"* e per la declaratoria di inefficacia del contratto qualora già stipulato, nonché per il risarcimento dei danni *patiti e patiendi* mediante l'aggiudicazione del servizio o per equivalente.

Infine, lamentando che il Comune avrebbe riscontrato soltanto in parte la domanda di accesso alla documentazione di gara (avendo differito per la restante parte l'accesso *"a dopo l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'art. 53, comma 2, lett. d), del D.Lgs. 50/2016 e ss. mm. ii")*, la INSER S.p.A. propone contestuale istanza di cui all'art. 116 c.p.a.

Si è costituito in giudizio il Comune di Bolzano chiedendo il rigetto del ricorso e delle connesse domande, siccome infondato.

Con successiva memoria depositata l'11.4.2017 il Comune di Bolzano ha rappresentato di aver dimesso in giudizio l'ulteriore documentazione richiesta dalla Inser S.p.A. e di ritenere, pertanto, di aver adempiuto all'istanza di accesso.

In sede di audizione fuori udienza e senza formalità ai sensi dell'art. 56, comma 2 ultimo periodo c.p.a. il procuratore della società ricorrente ha dichiarato di rinunciare all'istanza cautelare monocratica, avendo il procuratore del Comune di Bolzano dichiarato, in tale occasione, che prima della decisione di merito della presente causa il Comune non avrebbe emanato il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Nella camera di consiglio del 18.4.2017 la causa è stata trattenuta in decisione ai sensi dell'art. 120, comma 6bis, c.p.a.

DIRITTO

Si premette che nell'udienza in camera di consiglio del 18.4.2017 parte ricorrente ha

rinunciato all'istanza ex art. 116 c.p.a.

Dato atto di un tanto, si può procedere all'esame di merito.

Il ricorso è fondato nei limiti di cui appresso.

L'esclusione della Inser S.p.A. dalla procedura di affidamento del "*Servizio di intermediazione assicurativa tramite Broker a favore del Comune di Bolzano*" si basa sul presupposto che, contrariamente a quanto stabilito dall'art. 14, lettera C) del disciplinare di gara, la ricorrente ha dichiarato nella propria offerta economica "*costi aziendali interni relativi alla sicurezza*" pari a Euro 0,00 (zero).

Va invero osservato che mentre il suddetto art. 14, lettera C) dispone che "*L'offerente indica nell'offerta economica, a pena di esclusione, i propri costi aziendali interni della sicurezza che devono risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche della prestazione, giusto art. 95, comma 10 del Codice. Non sono ammessi costi aziendali interni della sicurezza pari a 0 (zero)*", il precedente art. 4 dello stesso disciplinare stabilisce che "*L'importo degli oneri di sicurezza per la relativa esecuzione (n.d.r. della prestazione in appalto) risulta pari a zero*".

Nel richiamare la distinzione, operata dalla giurisprudenza nell'ambito degli oneri di sicurezza, tra costi relativi ai "*rischi da interferenze*" (derivanti dai contatti tra il personale o l'utenza del committente e il personale dell'appaltatore per la cui prevenzione la stazione appaltante deve elaborare il Documento Unico per la valutazione dei relativi rischi) e costi per "*rischi propri*" (costi di sicurezza aziendale quantificabili dalla singola impresa in base alla propria offerta economica e alla propria organizzazione), il Comune deduce la causa mista (in parte associativa e in parte di scambio) del contratto di brokeraggio in argomento, così giustificando, per un verso, la previsione di cui al citato art. 4 del disciplinare di gara riferita alla categoria dei costi per "*rischi da interferenza*", che si assumono pari a Euro zero per tutti i concorrenti per via della natura, in *parte qua*, meramente intellettuale della prestazione, e, per altro verso, la previsione di cui al successivo art. 14 dello stesso disciplinare che dispone, (evidentemente) in riferimento alla categoria dei "*rischi propri*", l'obbligo, a pena di esclusione, di indicare i costi aziendali interni della sicurezza, con l'ulteriore previsione che non sono ammessi costi aziendali interni della sicurezza pari a 0 (zero).

Il Comune non trascura peraltro di richiamare l'orientamento giurisprudenziale che afferma sia l'obbligo dell'indicazione dell'ammontare degli oneri di sicurezza aziendale anche nel caso di procedure di appalto relative a prestazioni di natura eminentemente intellettuale, sia la legittimità dell'esclusione dell'impresa che non vi abbia adempiuto, poiché in tal modo l'offerta risulterebbe priva di un elemento essenziale per la sua valutazione.

Un tanto esposto, premette il Collegio che la tematica *de qua* ha dato luogo a indirizzi giurisprudenziali non sempre univoci.

Per quanto attiene, diversamente dal caso in esame, alle gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del c.d. nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la giurisprudenza più recente si rinviene nei principi di diritto enunciati dall'Adunanza Plenaria del

Consiglio di Stato n. 19 del 27 luglio 2016 e (conformemente) dalla Corte di Giustizia Europea, Sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15, le quali stabiliscono che 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.

Orbene, nel caso di specie, riguardante una procedura di gara successiva all'entrata in vigore del D.lgs. n. 50/2016, l'art. 14 del disciplinare di gara prevedeva espressamente che *“L'offerente indica nell'offerta economica, a pena di esclusione, i propri costi aziendali interni della sicurezza che devono risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche della prestazione, giusto art. 95, comma 10 del Codice. Non sono ammessi costi aziendali interni della sicurezza pari a 0 (zero)”*.

A tal riguardo la ricorrente evidenzia che: 1. Vertendosi nell'ambito di una prestazione di servizi avente natura meramente intellettuale, l'assenza di costi per la sicurezza aziendale non apparirebbe incongrua (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 9.1.2017, n. 223 e 16.3.2016, n. 1051; Sez. IV, 9.5.2015, n. 1798); 2. Il disciplinare di gara comminerebbe la sanzione dell'esclusione soltanto nel caso di *“mancata indicazione degli oneri di cui all'art. 95, co. 10 del Codice”* e non anche nel caso della quantificazione e conseguente indicazione di tali oneri, sebbene nell'importo di Euro 0,00 (zero); ed un tanto a maggior ragione nel caso di prestazioni aventi natura prettamente intellettuale. Sarebbe pertanto errato qualificare l'offerta di Inser S.p.A. come *“incompleta e mancante di un elemento fondamentale quale è ritenuto il costo aziendale interno della sicurezza”*; 3. L'art. 83, comma 8 del nuovo Codice (e in tal senso anche la Determinazione n. 1 dell'8.1.2015 dell'ANAC) stabilisce che *“i bandi e le lettere d'invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente Codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*; pertanto, la clausola di esclusione di cui all'art. 14 del disciplinare di gara trattasi sarebbe nulla.

Senza inoltrarsi oltre nelle suddette lamentele, il Collegio reputa meritevole di attenzione e rilevante ai fini della decisione l'ulteriore argomentazione con la quale l'Inser S.p.A., nel premettere che la *“lettera d'invito era piena di incongruenze e contraddizioni”*, lamenta la lesione dei principi di legittimo affidamento, proporzionalità, ragionevolezza e buona fede.

In breve, alla richiesta di *“conferma di dover inserire nell'offerta economica, Allegato C1, il valore dei costi aziendali interni relativi alla sicurezza pari a Euro 0,00 (zero) come espressamente indicato all'art. 4, pagina 6 di 41, della lettera di invito”*, la stazione appaltante, con e – mail dd. 9.11.2016, rispondeva laconicamente *“Si conferma”*.

E' ben vero, come afferma il Comune, che la ricorrente aveva fatto specifico riferimento soltanto all'art. 4 del disciplinare e non anche all'art. 14, ma è altrettanto vero che essa ricorrente aveva contestualmente fatto espresso riferimento ai *“costi aziendali interni relativi alla sicurezza”*; dizione, questa, utilizzata dalla stazione appaltante proprio nella lettera dell'art. 14 citato.

A fronte di un quesito effettivamente mal posto, la Stazione appaltante avrebbe pertanto dovuto fornire un'esauriente risposta, evidenziando la distinzione fra la previsione di cui all'art. 4 del disciplinare e quella di cui al successivo art. 14.

Non si può pertanto escludere che, per quanto sopra, la ricorrente non possa essere stata effettivamente indotta ad errare in buona fede (cfr. T.R.G.A. Trento, 17.1.2016, n. 280).

Alla luce di tutto quanto sopra illustrato e tenuto conto sia dell'orientamento giurisprudenziale che afferma non incongruente l'assenza di costi per la sicurezza aziendale per un servizio di natura intellettuale qual è quello di brokeraggio assicurativo (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 9.1.2017, n. 223), sia delle oggettive perplessità in ordine ad una clausola che per un verso non ammette costi aziendali interni pari a 0,00 (zero) ma che per altro verso non pone l'indicazione di un importo minimo degli stessi (con la conseguenza della ammissibilità dell'indicazione di un importo di Euro 0,01, ma non di Euro 0,00), ritiene il Collegio di ravvisare la sussistenza di sufficienti motivi che inducano a ritenere che la ricorrente possa essere incorsa in buona fede in un errore di valutazione delle prescrizioni di gara, sicché, tenuto conto dei principi generali sul legittimo affidamento e sul *favor participationis*, il ricorso va accolto e, conseguentemente, vanno annullati gli impugnati atti in quanto e/o nella parte in cui determinano l'esclusione della Inser S.p.A. dalla procedura di gara di cui è causa.

Il non univoco orientamento giurisprudenziale giustifica la compensazione delle spese tra il Comune di Bolzano e la Inser S.p.A.

Spese compensate con la controinteressata Union Brokers S.r.l. non costituita in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli impugnati atti come da motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Edith Engl, Presidente

Terenzio Del Gaudio, Consigliere, Estensore

Margit Falk Ebner, Consigliere

Alda Dellantonio, Consigliere

