

N. 03565/2013REG.PROV.COLL.

N. 03036/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 3036 del 2013, proposto da:

I.FL.HAN. s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Abbamonte, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Abbamonte in Roma, via Terenzio n. 7;

contro

A.I.A.S., sezione di Casoria, in proprio e nella qualità di mandataria di r.t.i., e Proodos Consorzio di cooperative sociali s.c. a r.l. – Onlus, in proprio e nella qualità di mandante di r.t.i., rappresentati e difesi dagli avv. Antonio Nardone e Luca Rubinacci, con domicilio eletto presso l'avv. Antonio Nardone in Roma, piazza del Popolo n. 18;

nei confronti di

Comune di Pozzuoli, rappresentato e difeso dall'avv. Erik Furno, con domicilio eletto presso dott. Dorina Guerriero Furno in Roma, viale dei Colli Portuensi n. 187;

Comune di Quarto, Comune di Bacoli, Comune di Monte di Procida, Azienda sanitaria locale Napoli 2 Nord;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 00934/2013, resa tra le parti, concernente aggiudicazione gara per il servizio di assistenza domiciliare ad anziani non autosufficienti - mcp

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.I.A.S. e Prodos Consorzio, nonché del Comune di Pozzuoli;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 giugno 2013 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Vellucci, su delega di Abbamonte, ed Ernesto Furno, su delega di Erik Furno;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Il Comune di Pozzuoli, quale capofila dell'ambito territoriale n. 4, ha indetto una gara per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare ad anziani non autosufficienti, di cui è risultata aggiudicataria I.FL.HAN. s.p.a..

Il r.t.i. capeggiato da A.I.A.S., sezione di Casoria, secondo classificato, ha impugnato l'aggiudicazione, sostenendo che I.FL.HAN. avrebbe dovuto essere esclusa per non aver indicato gli oneri di sicurezza, per aver sostanzialmente applicato il ribasso agli stessi oneri, per aver previsto un incongruo costo del lavoro, per non aver dimostrato il possesso dei requisiti di partecipazione dell'iscrizione alla Camera di commercio per attività coincidente con quella oggetto del servizio e della richiesta esperienza maturata nell'ultimo triennio.

Con sentenza 20 febbraio 2013 n. 934 il TAR per la Campania, sede di Napoli, sezione prima, ha accolto il ricorso, ritenendo l'offerta dell'aggiudicataria inammissibile per omessa indicazione degli oneri di sicurezza, nonché rilevando la mancanza del requisito di partecipazione costituito dalla iscrizione alla Camera di commercio per attività coincidente con quella oggetto del servizio.

Con l'appello in epigrafe I.FL.HAN. ha dedotto in due motivi, rispettivamente riferiti agli indicati motivi accolti, *error in iudicando*, violazione ed errata applicazione del bando di gara (art. 8) e degli artt. 46 e 87 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione dell'art. 42 dello stesso d.lgs. n. 163 del 2006 e falsa applicazione dell'art. 6 del bando di gara.

L'appellato r.t.i. A.I.A.S. si è costituito in giudizio ed ha svolto difese.

Si è pure costituito il Comune di Pozzuoli, il quale ha aderito all'appello.

A seguito della camera di consiglio fissata per la trattazione dell'istanza cautelare contenuta nell'appello, in considerazione del mancato deposito da parte dell'appellante degli avvisi di ricevimento delle notificazioni inoltrate a mezzo posta o degli attestati di consegna del servizio di monitoraggio della corrispondenza, con ordinanza n. 1914/13 è stato disposto il rinvio della causa all'odierna camera di consiglio, in cui è stato dato avviso alle parti della possibile definizione del giudizio in questa sede, ricorrendone i presupposti anche per aver il medesimo appellante depositato i predetti documenti.

Nel merito, il primo, articolato motivo di gravame è infondato alla stregua dei principi affermati dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (cfr. sez. V, 23 luglio 2010 n. 4849, 8 febbraio 2011 n. 846 e 29 febbraio 2012 n. 1172, nonché sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421), pienamente condivisi dal Collegio, secondo cui:

- l'indicazione in sede di offerta degli oneri aziendali di sicurezza, non soggetti a ribasso, 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 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;

- stante la natura di obbligo legale rivestita dall'indicazione, resta irrilevante la circostanza che la *lex specialis* di gara non abbia richiesto la medesima indicazione, rendendosi altrimenti scusabile una *ignorantia legis*;

- poiché la medesima indicazione riguarda l'offerta, non 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.

Nella specie I.FL.HAN., come richiesto dall'art. 8, lett. b), del bando, ha redatto l'offerta economica sul modulo predisposto dal Comune di Pozzuoli, non prevedente spazi per l'indicazione di cui si discute e recante la sola precisazione che l'offerta doveva essere corredata delle giustificazioni; almeno in queste, però, la concorrente avrebbe dovuto fornire la specifica ed autonoma indicazione di cui si discute, a maggior ragione proprio in base al cit. art. 8, lett. b), del bando, il quale richiama espressamente gli oneri in parola laddove dispone che “Il costo relativo alla sicurezza non può essere soggetto a ribasso”. Ciò essa non ha fatto, avendo distinto le voci di spesa esclusivamente in spese di gestione, costi del personale e previdenza. Peraltro, nei chiarimenti presentati si è limitata ad includere nelle spese di gestione la voce “Costo per la Qualità e Sicurezza”, quantificata globalmente in € 25.000,00, senza scorporare il costo relativo alla qualità e quello relativo alla sicurezza, quindi senza osservare la norma di legge richiedente che quest'ultimo sia “specificamente indicato”. Oltretutto, in tal modo non ha messo in grado la stazione appaltante di valutarne - come prescritto dalla stessa norma - la congruità rispetto ai cennati parametri e neppure, per vero, di verificare la non applicazione ad esso del ribasso. E, dal canto suo, illegittimamente il Comune di Pozzuoli, pur avendo richiamato a disciplina dell'indetta procedura le norme del d.lgs. n. 163 del 2006 per quanto non direttamente regolato (art. 4 del capitolato speciale di appalto), non si è fatto carico di rilevare l'omissione.

Ovviamente, per i principi giurisprudenziali sopra ricordati, le asserite ambiguità del bando e l'insufficienza della formulazione della richiesta di chiarimenti, in ordine alla necessità di individuare ed esplicitare puntualmente e separatamente i costi di sicurezza, non sono idonee a rimuovere il chiaro ed ineludibile onere di legge e, comunque, non sono state fatte valere dalla resistente in primo grado in via incidentale.

Conclusivamente, deve ritenersi che, come statuito dal primo giudice, l'attuale appellante avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per la causa sopra esaminata, con conseguente reiezione dell'appello e conferma della sentenza appellata senza che occorra trattare dell'ulteriore causa di esclusione in essa ravvisata, censurata col restante motivo di gravame.

Tuttavia, tenuto conto della (per quanto detto pur giuridicamente irrilevante) lacuna della lettera della legge di gara, sussistono giusti motivi affinché possa essere disposta la compensazione tra le parti presenti delle spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il medesimo appello.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/07/2013

IL SEGRETARIO

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