



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 370 del 2013, proposto da:
Slg Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Giuman, Elisabetta Cardello, con
domicilio eletto presso Andrea Giuman in Venezia, Santa Croce N. 466/G;

contro

Regione Veneto, rappresentato e difeso per legge dagli avv. Ezio Zanon,
Francesco Zanlucchi, domiciliata in Venezia, Cannaregio, 23; Regione Veneto -
Genio Civile Di Vicenza;

nei confronti di

Gelmini Costruzioni Srl, Schiavo Srl, Costruzioni Lazzarotto Srl Unipersonale;

per l'annullamento

del Decreto n. 33 del 31.01.2013, con cui il Dirigente Responsabile della Regione
Veneto - Genio Civile di Vicenza, ha aggiudicato definitivamente l'appalto di lavori
di "Ripristino e consolidamento delle difese trasversali e longitudinali del torrente
Orvolo e del torrente Timonchio - Esercizio Finanziario 2012"; della nota del
04.02.2013 di comunicazione della predetta aggiudicazione definitiva; del verbale

delle operazioni di gara svoltesi in data 05.12.2012; del Decreto del Dirigente Responsabile n. 476 del 11.12.2012, non conosciuto, con cui “sono state approvate le risultanze di gara e approvato il nuovo quadro economico”; in parte qua , delle Norme di gara a procedura aperta”; della nota del 13.02.2013, con cui l’Amministrazione intimata ha riscontrato la nota della odierna esponente del 10.01.2013; di ogni atto annesso, connesso o presupposto

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio di Regione Veneto;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 3 luglio 2013 il dott. Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso ritualmente notificato, SLG srl ha chiesto l’annullamento del decreto n. 33 in data 31.01.2013 con cui il Dirigente Responsabile della Regione del Veneto - Genio Civile di Vicenza ha aggiudicato definitivamente in favore dell’Impresa Gelmini Costruzioni S.r.l., l’appalto di lavori concernenti il “Ripristino e consolidamento delle difese trasversali e longitudinali del torrente Orvolo e del torrente Timonchio- Esercizio Finanziario 2012”; nonché, *in parte qua*, delle “Norme di gara a procedura aperta” nella parte in cui non prevedevano espressamente, a pena di esclusione, l’obbligo dei concorrenti di indicare in sede di offerta i costi per la sicurezza da rischio specifico o aziendale ex artt. 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006 e 26, comma 6, del d.lgs. n. 81 del 2008.

2. La ricorrente espone in fatto che alla gara in questione hanno partecipato 15 delle 16 ditte invitate e di aver corredato la propria offerta economica di una dichiarazione, resa ai sensi degli articoli 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, con la quale attestava che «la (sua) offerta economica non implica(va) alcun ribasso dei costi aziendali per oneri di sicurezza intrinseca allegati», unendo un computo metrico nel quale evidenziava lo sviluppo e l'entità dei costi aziendali interni.

3. SLG Srl si classificava al quarto posto della graduatoria, dietro alle ditte Gelmini Costruzioni Srl, Schiavo Srl e Costruzioni Lazzarotto Srl Unipersonale, le quali, tuttavia, nulla avevano dichiarato nell'offerta economica, in ordine agli oneri di sicurezza intrinseca (da rischio specifico o aziendale).

Benché il legale rappresentante di SLG Srl, presente alle operazioni di gara, facesse osservare «che la mancanza di tale dichiarazione da parte degli offerenti ne comportava l'automatica esclusione dalla procedura di aggiudicazione, per mancanza di un elemento essenziale costituente l'offerta» (cfr. verbale di gara in data 5.12.12, doc. 3 parte ricorrente), il Presidente di gara respingeva l'osservazione rilevando che «per i costi della sicurezza afferenti l'esercizio dell'attività svolta da ciascuna impresa [oneri di sicurezza intrinseca] resta immutato l'obbligo per la stessa di elaborare il proprio documento di valutazione e di provvedere all'attuazione delle misure necessarie per eliminare o ridurre al minimo i rischi».

3.1. SLG Srl insisteva allora per la revoca, in autotutela, dell'aggiudicazione provvisoria, ma la stazione appaltante rigettava anche tale richiesta.

4. Avverso l'aggiudicazione in parola, SLG Srl ha proposto quindi l'odierno gravame affidandolo ad un unico articolato motivo, con il quale ha dedotto la violazione e falsa applicazione degli artt. 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 26, comma 6, del d.lgs. n. 81 del 2008.

4.1. Premesso, infatti, che tutte le imprese che la precedono in graduatoria hanno ommesso di indicare, nell'offerta, gli oneri di sicurezza da rischio specifico od aziendale, la ricorrente assume che da tale omissione derivi necessariamente l'effetto espulsivo delle relative offerte, e ciò a prescindere dal fatto che gli atti di gara non prescrivessero, a pena di esclusione, l'adempimento di tale onere, considerata la natura imperativa del combinato disposto di cui agli artt. 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006.

4.2. In ogni caso, la ricorrente ha impugnato altresì, *in parte qua*, le "Norme di gara a procedura negoziata", laddove non è stato espressamente previsto, a pena di esclusione, l'onere di indicare, in fase di offerta, gli oneri di sicurezza da rischio specifico o aziendale, per violazione degli artt. 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, oltreché dell'art. 26, comma 6, del d.lgs. n. 81 del 2008.

5. Si è costituita in giudizio l'Amministrazione resistente eccependo, in via preliminare, l'improcedibilità del ricorso per tardività dell'impugnazione, notificata il 7 marzo 2013, ossia 31 giorni dopo la conoscenza dell'avvenuta aggiudicazione nonché dell'asserito vizio denunciato, realizzatasi il 4 febbraio 2013.

5.1. Nel merito, la resistente deduce l'infondatezza della censura, poiché, in primo luogo, la mancata indicazione in sede di offerta degli oneri di sicurezza non costituirebbe una causa automatica di esclusione dalla gara, dal momento che l'art. 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006 non menziona espressamente gli appalti di lavori.

La *ratio* della diversità di disciplina fra le gare relative all'aggiudicazione di servizi e forniture e quelle relative all'aggiudicazione dei lavori, prosegue la resistente (cfr. memoria ex art. 73 c.p.a., del 17 giugno 2013, p. 4), risiederebbe nel fatto per cui, solo per questi ultimi, l'art. 131 del codice degli appalti dispone che vi sia un piano di sicurezza e coordinamento predisposto dall'amministrazione e un piano di sicurezza sostitutivo da parte dell'appaltatore, sicché gli oneri andrebbero

«evidenziati nei bandi di gara e non sono soggetti a ribasso d'asta (...) mentre non è richiesto [che] l'appaltatore debba indicare alcunché».

5.2. Peraltro verso, l'art. 86, comma 3 bis, nel riferirsi sia agli appalti di lavori sia a quelli di servizi e forniture non individuerrebbe, a carico delle imprese concorrenti, un onere di indicazione dei costi di sicurezza, riferendosi al momento della «predisposizione delle gare di appalto» e della «valutazione dell'anomalia delle offerte».

5.3. In via subordinata, la resistente osserva che, ove si ritenesse la sussistenza del vizio denunciato, essendo la ricorrente l'unica offerente ad aver indicato i costi di sicurezza da rischio specifico o aziendali, dovrebbe ritenersi preferibile, in ragione del *favor participationis*, la soluzione «che conduce all'annullamento del bando e alla ripetizione della procedura rispetto a quella di aggiudicare direttamente l'affidamento agli odierni ricorrenti» (cfr. memoria ex art. 73 cpa della resistente datata 17 giugno 2013, p. 7).

6. All'udienza del 3 luglio '13 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente deve essere esaminata l'eccezione di improcedibilità per tardività dell'impugnazione.

1.1. L'eccezione non è fondata.

Ed invero, la comunicazione regionale in ordine agli esiti della gara (datata 4 febbraio 2013) è stata inviata a mezzo posta e risulta ricevuta dalla odierna ricorrente in data 5 febbraio 2013, come emerge dal timbro apposto sulla busta depositata in atti (cfr. doc. 2 della parte ricorrente). Pertanto il ricorso notificato il successivo 7 marzo deve ritenersi tempestivo.

2. Passando all'esame del merito, il ricorso è fondato secondo quanto di seguito osservato.

2.1. Gli oneri della sicurezza - sia nel comparto dei lavori che in quelli dei servizi e delle forniture - devono essere distinti tra oneri, non soggetti a ribasso, finalizzati all'eliminazione dei rischi da interferenze (che devono essere quantificati dalla stazione appaltante nel DUVRI) ed oneri concernenti i costi specifici connessi con l'attività delle imprese, che devono essere indicati dalle stesse nelle rispettive offerte, con il conseguente onere per la stazione appaltante di valutarne la congruità (anche al di fuori del procedimento di verifica delle offerte anomale) rispetto all'entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura (Consiglio di Stato, sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421). Le imprese partecipanti, pertanto, devono includere necessariamente nella loro offerta sia gli oneri di sicurezza per le interferenze (nell'esatta misura predeterminata dalla stazione appaltante), sia gli altri oneri di sicurezza da rischio specifico (o aziendali) la cui misura può variare in relazione al contenuto dell'offerta economica, trattandosi di costi il cui ammontare è determinato da ciascun concorrente in relazione alle altre voci di costo dell'offerta (T.A.R. Lazio Roma, sez. II-ter, 7 gennaio 2013, n. 66; Consiglio di Stato, sez. III, 19 gennaio, 2012 n. 212).

2.1. Tale onere discende dal combinato disposto degli artt. 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006. La prima disposizione - analogamente all'art. 26, comma 6, del d.lgs. n. 281 del 2008 recante norme in materia di tutela della salute e di sicurezza nei luoghi di lavoro - statuisce 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». La seconda - nell'ambito dei criteri di verifica delle offerte anomale - dispone tra l'altro 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».

2.2. Il combinato disposto sopra richiamato impone, pertanto, ai concorrenti di evidenziare gli oneri economici che ritengono di sopportare al fine di adempiere esattamente agli obblighi di sicurezza sul lavoro, al duplice fine di assicurare la consapevole formulazione dell'offerta con riguardo ad un aspetto essenziale di essa e di consentire alla stazione appaltante la valutazione della congruità dell'importo destinato a tale scopo (T.A.R. Lazio Roma, sez. I , 17 ottobre 2012 n. 8522, e T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 19 febbraio 2013, n. 181).

2.3. Tali previsioni rivestono senz'altro carattere imperativo in ragione degli interessi di ordine pubblico ad esse sottese, in quanto poste a presidio di diritti fondamentali dei lavoratori (T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 14 gennaio, 2013 n. 56; Consiglio di Stato, sez. V, 29 febbraio 2012, n. 1172; sez. III, 20 dicembre 2011, n. 6677).

2.4. Pertanto, la mancanza di una specifica previsione sul punto nell'ambito della *lex specialis* non giustifica la mancata indicazione dei costi per la sicurezza aziendale, e ciò per il fondamentale rilievo del carattere immediatamente precettivo delle norme di legge sopra richiamate, che prescrivono di esibire distintamente tali costi, in quanto tali idonee a eterointegrare la legge speciale della singola gara (ai sensi dell'art. 1374 del c.c.) e ad imporre, in caso di loro inosservanza, l'esclusione dalla procedura (Consiglio di Stato, sez. III, 28 agosto 2012, n. 4622).

2.5. Conseguentemente, anche in difetto di una comminatoria espressa nella disciplina speciale di gara, l'inosservanza della prescrizione che impone l'indicazione preventiva dei costi di sicurezza aziendali implica la sanzione dell'esclusione, in quanto rende l'offerta incompleta in ordine ad un elemento essenziale di essa, impedendo alla stazione appaltante un adeguato controllo

sull'affidabilità dell'offerta stessa (Consiglio di Stato, sez. III, 2 dicembre 2011, n. 6380). Né, al riguardo, potrebbe invocarsi il dovere di soccorso ex art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, poiché l'omessa specificazione degli oneri di sicurezza in questione configura un'ipotesi di "mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice" idoneo a determinare "incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta" per difetto di un elemento essenziale di quest'ultima (T.A.R. Abruzzo Pescara, Sez. I, 5 aprile, 2013; T.A.R. Piemonte, sez. I, 12 gennaio 2012, n. 23).

2.6. Pertanto, l'assunto della ricorrente in ordine all'indefettibilità dell'indicazione dei costi per la sicurezza da rischio specifico – adempimento, nel caso di specie, non soddisfatto né dall'impresa proclamata aggiudicataria né da quelle che la precedono in graduatoria – merita accoglimento.

3. In conclusione, alla luce delle sopra svolte considerazioni, il gravame è fondato e deve essere accolto.

3.1. L'accoglimento del ricorso ha efficacia pienamente satisfattiva delle ragioni della ricorrente, la quale (in difetto di ulteriori elementi ostativi) dovrà essere dichiarata aggiudicataria della gara d'appalto in oggetto, ottenendo in tal modo il bene della vita cui aspira nella sua pienezza.

4. Le oscillazioni giurisprudenziali registrate sulla questione di diritto affrontata con il presente ricorso giustificano, tuttavia, la compensazione integrale delle spese di giudizio tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie.
Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 3 luglio 2013 con
l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Silvia Coppari, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/08/2013

IL SEGRETARIO

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