

N. 00536/2014 REG.PROV.COLL.

N. 01404/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 1404 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Societa' Cooperativa Cir Food S.C., rappresentato e difeso dall'avv. Eugenio Dalli Cardillo, con
domicilio eletto presso Alfredo Bianchini in Venezia, Piazzale Roma, 464;

contro

Comune di Bovolone, rappresentato e difeso dagli avv. Antonio Sartori, Maurizio Sartori, con
domicilio eletto presso Antonio Sartori in Venezia-Mestre, Calle del Sale, 33;

nei confronti di

Markas S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Pietro Adami, Nicola Creuso, con domicilio eletto
presso Nicola Creuso in Padova, Net Center, via S. Marco, 11/C;

per l'annullamento

della determinazione n. 361 n. 6.9.2012 del comune di Bovolone con la quale si è provveduto
all'aggiudicazione definitiva, in favore della controinteressata, della gara relativa all'affidamento
del servizio di ristorazione scolastica per la durata di cinque anni dal 1.9.2012 al 31.8.2017, nonchè
di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Con richiesta di risarcimento del danno in forma specifica, ovvero, in subordine per equivalente.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Bovolone e di Markas S.r.l.;

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 29 gennaio 2014 il dott. Roberto Vitanza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il comune di Bovolone ha indetto una gara, con il metodo della procedura aperta, per l'affidamento del servizio di refezione scolastica per il periodo 1 settembre 2012/ 31 agosto 2017, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa.

Al termine della gara il servizio veniva assegnato alla attuale controinteressata.

Avverso tale determinazione reagisce la ricorrente affidando il ricorso a sei motivi di gravame.

Il Collegio ha respinto la richiesta misura cautelare.

All'udienza del giorno 29 gennaio 2014 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Il ricorso è fondato con riferimento all'assorbente terzo motivo di ricorso.

La ricorrente rileva, ed il fatto non è oggetto di contestazione, che la controinteressata, da un lato non ha indicato, nell'offerta, i costi di sicurezza da interferenza previsti dall'art. 87, comma 4, del Dlgs 163/2006, mentre con riferimento ai costi aziendali, di cui all'art. 86, comma 3 bis del Dlgs 163/2006, ha indicato una somma pari ad euro 4.590,00, che solo successivamente ha precisato riferirsi ad ogni anno del contratto.

Ritiene il Collegio che la riforma introdotta dal d.l. n. 70/2011 ha, in buona sostanza, riscritto l'art. 46 del d.lgs. 12 aprile 2006, concependo un nuovo modello procedimentale in cui le disposizioni della lex specialis, di fonte provvedimento e le norme giuridiche primarie e secondarie, devono ora trovare applicazione al procedimento specifico, a prescindere dal loro richiamo nel bando o nel disciplinare.

In altri termini la voluntas legis assume, così, una efficacia precettiva immediata, disancorata da qualsiasi determinazione della stazione appaltante a cui è stato, infatti, espressamente inibito ogni potere, discrezionale e tecnico- discrezionale, di alterazione delle norme che il legislatore ha riservato a sé ed alla fonte di produzione normativa.

Si è, pertanto, superata ed invertita la precedente logica di etero integrazione della legge di gara, perché il procedimento è presidiato cogenti norme giuridiche, rispetto alle quali le determinazioni amministrative possono, queste, ritenersi integrative o, al più meramente specifiche di quelle, senza possano, in alcun modo, limitare l'ambito applicativo, nemmeno come ragione di possibili dubbi interpretativi.

L'art. 87, quarto comma del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 stabilisce che “non sono ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza in conformità all'articolo 131, nonché al piano di sicurezza e coordinamento di cui all'articolo 12, decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e alla relativa stima dei costi conforme all'articolo 7, decreto del Presidente della Repubblica 3 luglio 2003, n. 222.

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”.

L'impresa partecipante, pertanto, in sede di offerta ha l'obbligo, non solo di indicare tali oneri di sicurezza, ma deve rappresentarli in modo specifico e puntuale.

Tale adempimento non è stato assolto dalla società resistente.

La rilevata omissione comporta, conseguentemente, la sanzione espulsiva del concorrente,

Non a caso la lettera della norma prevede un formale “dovere” di specifica indicazione dei costi della sicurezza proprio per non posticipare tale riferimento alla fase di verifica dell'anomalia, atteso l'interesse prioritario e preminente del legislatore nella tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro.

Non solo.

Una successivo accertamento della riferita indicazione al momento della verifica della anomalia potrebbe addirittura significare una elusione della previsione normativa, perché si tratta di un subprocedimento non sempre presente nella dinamica del procedimento di gara.

E' evidente, poi, che la specificazione, nell'offerta, del costo della sicurezza come elemento costitutivo della stessa consente di configurare la proposta contrattuale seria, proprio perché prevede una preventiva valutazione di tutti gli oneri economici ricadenti nell'ambito del rapporto di convenienza e sostenibilità tecnico-economica dell'impegno contrattuale che si va ad assumere.

L'art. 86, III comma bis e l'art. 26, VI comma del DLgs n. 81/2008 dispongono, con identica formulazione, che “gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente....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 cui lettura congiunta con l'art. 87, quarto comma del d.lgs. 12 aprile 2006, consente di affermare, proprio in relazione al chiaro dato letterale, che le complesse disposizioni si riferiscono e coinvolgono ogni tipo di appalto.

Questo Tribunale è dell'opinione, costantemente ribadita nella sua giurisprudenza (cfr., da ultimo, sez. I, 10.12.2013 n. 1388, 8.8.2013 n. 1050 e 299/2014), che le imprese partecipanti ad una gara d'appalto, sia essa di servizi, di forniture o di lavori, devono necessariamente includere nell'offerta, in modo analitico, così da consentire l'esatta valutazione della congruità dell'offerta stessa, oltre agli oneri di sicurezza da interferenza, indipendentemente dalla indicazione contenuta nel DURVI, anche gli importi relativi agli oneri di sicurezza da rischio specifico (o aziendali), la cui misura può variare in relazione al contenuto dell'offerta economica (Cons. di St., sez. III, 23 gennaio 2014 n. 348).

Tali importi devono essere puntualmente e specificatamente indicati al momento dell'offerta in modo tale da non ingenerare confusione ovvero possibili contrasti interpretativi.

Non solo.

Conforta tale opzione ermeneutica anche l'orientamento al riguardo assunto dall'AVCP, secondo cui "la mancata indicazione preventiva dei costi per la sicurezza rende l'offerta incompleta sotto un profilo particolarmente pregnante, alla luce della natura costituzionalmente sensibile degli interessi protetti, impedendo alla pubblica amministrazione un adeguato controllo sulla affidabilità della stessa: in altri termini, l'offerta economica priva dell'indicazione degli oneri di sicurezza manca di un elemento essenziale e costitutivo, con conseguente applicazione della sanzione dell'esclusione dalla gara anche in assenza di una specifica previsione in seno alla *lex specialis*, attesa la natura immediatamente precettiva della disciplina contenuta nelle norme citate, idonea ad eterointegrare le regole procedurali" (cfr. il parere 9/05/2013 n.77).

Pertanto, gli oneri di sicurezza costituiscono un elemento essenziale dell'offerta, sicchè la loro omessa indicazione deve ritenersi afferente e parte integrante l'elenco delle cause specifiche di esclusione previste dall'art. 46, I comma bis del Dlgs 163/2006.

Né tale omissione potrebbe comportare un ipotetico potere di soccorso della stazione appaltante, in quanto tale ulteriore fase presuppone, in ogni caso, che l'offerta economica sia completa nei suoi elementi essenziali (elementi tra i quali vanno appunto annoverati, come si è detto, i costi relativi alla sicurezza).

Anche perché, se si consentisse tale postuma integrazione, si ammetterebbe, all'evidenza, un'offerta originariamente incompleta, lesiva della par condicio tra i concorrenti (cfr. Cons. di St., sez. III, 23 gennaio 2014, n. 348 cit.).

Ciò è confermato anche dalla recente giurisprudenza, secondo cui "nelle gare pubbliche, considerata la differenza che intercorre fra tra gli oneri di sicurezza per le cc.dd. interferenze (che sono predeterminati dalla stazione appaltante e riguardano rischi relativi alla presenza nell'ambiente della stessa di soggetti estranei chiamati ad eseguire il contratto) e gli oneri di sicurezza da rischio specifico o aziendale (la cui quantificazione spetta a ciascuno dei concorrenti e varia in rapporto alla qualità ed entità della sua offerta), l'omessa indicazione specifica nell'offerta sia dell'una che dell'altra categoria di costi giustifica la sanzione espulsiva, ingenerando incertezza ed indeterminatezza dell'offerta e venendo, quindi, a mancare un elemento essenziale, ex art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici (Adunanza Plenaria 25 febbraio 2014 n. 9; Consiglio di Stato III Sezione 23 gennaio 2014 n.348; Consiglio di Stato III Sezione 3 luglio 2013 n.3565).

Pertanto ed in considerazioni delle suesposte motivazioni il ricorso è fondato e va accolto, in quanto l'aggiudicataria non ha indicato in modo chiaro ed univoco gli oneri per la sicurezza da rischio specifico, mentre ha del tutto omissso quelli da interferenza, con conseguente annullamento degli atti impugnati e risarcimento del danno in forma specifica, in favore della ricorrente, mediante subentro nell'aggiudicazione della gara.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'aggiudicazione definitiva e dichiara l'inefficacia del contratto nelle more intervenute.

Dispone, quale risarcimento del danno, l'aggiudicazione del servizio di cui alla gara oggetto del presente ricorso previa verifica, da parte della stazione appaltante, dei requisiti richiesti alla ricorrente.

Compensa le spese di lite, ad eccezione del contributo unificato che, come per legge, dovrà essere, in solido tra le parti costituite, restituito alla ricorrente.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Rovis, Presidente FF

Enrico Mattei, Referendario

Roberto Vitanza, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/04/2014

IL SEGRETARIO

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