

N. 02010/2014 REG.PROV.COLL.

N. 03812/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 3812/ 13 R.G., integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Cogienne S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t. rappresentata e difesa dagli avvocati
Giancarlo Violante Ruggi D'Aragona e Antonio Izzo, con domicilio eletto presso il primo in Napoli,
via Tino da Camaino, 6;

contro

Comune di Caserta in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe
Ceceri e Luca Rubinacci, con domicilio eletto presso il primo in Napoli, Riviera di Chiaia n.207;

nei confronti di

Coedi S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t. rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi
Maria D'Angiolella, con domicilio eletto presso lo stesso in Napoli, viale Gramsci, 16;

per l'annullamento

con ricorso originario:

del verbale di gara n.8/2013 di esclusione della ricorrente dalla gara avente ad oggetto progettazione
ed esecuzione dei lavori di infrastruttura viaria Casola-Valle di Maddaloni – completamento;

con primi motivi aggiunti depositati in data 12 novembre 2013:

dei medesimi atti, nonché della determinazione registro unico n. 1064 del 4.10.2013 –
determinazione area n. 367 del 30 settembre 2013 del Comune di Caserta, Area di coordinamento
tecnico, avente ad oggetto: POR Campania 2007-2013 Asse 6 Ob. Op. 6.1 – PIU' EUROPA della
Città di Caserta – Intervento 105. Infrastruttura viaria Casola/Valle di Maddaloni – di
aggiudicazione definitiva;

di ogni altro atto connesso;

con secondi motivi aggiunti depositati in data 13 dicembre 2013;

dei medesimi atti.

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

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nella camera di consiglio del 26 marzo 2014 la relazione del consigliere Paolo Corciulo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato in data 11 febbraio 2013 il Comune di Caserta ha indetto una procedura aperta per l'affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori inerenti al completamento dell'infrastruttura viaria Casola – Maddaloni, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; all'esito delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche, l'impresa Cogienne s.r.l. risultava prima graduata con 71,85 punti, successivamente rideterminati nel massimo dei punti disponibili, pari a 85 punti, secondo le prescrizioni del disciplinare di gara.

Nella seduta n. 8 del 2 agosto 2013 la commissione procedeva all'apertura dei plichi contenenti le offerte quantitative; relativamente alle imprese Cuks s.r.l., Milea s.r.l., AM Costruzioni Generali s.r.l., Kareko s.r.l., DBL Appalti s.r.l. C& A Costruzioni s.r.l. e Cogienne s.r.l., ossia sette delle nove partecipanti, si rilevava che "l'offerta economica non riporta l'indicazione degli oneri della sicurezza interni o aziendali, la cui quantificazione spetta a ciascuno dei concorrenti in rapporto alla sua offerta economica. Ai sensi e per gli effetti degli artt. 86 e 87, comma 4 del Codice dei Contratti e dell'art. 26, comma 6 del d.lgs. n.81/2008, viene riconosciuta ai costi per la sicurezza da rischio specifico la valenza di elemento essenziale dell'offerta, a norma dell'art. 46, comma 1 bis del Codice dei Contratti, la cui mancanza rende la stessa incompleta e, come tale, suscettibile di esclusione (CdS, sez. IIIn. 4622/2012)". Provvisoria aggiudicataria veniva così dichiarata la Coedi s.r.l., con complessivi 82,61 punti, avendo proposto un ribasso dell'8%, comprensivo degli oneri di sicurezza generale aziendale, pari a €1.300.

Contro la propria esclusione ed avverso l'aggiudicazione provvisoria ha proposto ricorso a questo Tribunale la Cogienne s.r.l., chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari.

La ricorrente ha proposto tre motivi di censura; con la prima, nell'evidenziare che il costo della sicurezza costituisce elemento di valutazione afferente all'eventuale anomalia dell'offerta, è stato dedotto che, trattandosi dell'affidamento di un appalto integrato, il progetto definitivo posto a base di gara non conterrebbe nessun elemento idoneo a calcolare, nemmeno in via approssimativa, gli oneri aziendali di sicurezza, a differenza del progetto esecutivo che è maggiormente dettagliato; con il secondo motivo è stato lamentato che, in assenza di una specifica sanzione comminata dalla *lex specialis*, non potrebbe ritenersene l'eterointegrazione in senso sfavorevole al concorrente, introducendo una causa di esclusione per nulla incidente sulla completezza e perfezione dell'offerta. Infine, è stata lamentata l'illegittimità della *lex specialis*, ove riferita ad una progettazione definitiva che non consentirebbe l'indicazione in sede di offerta degli oneri di sicurezza.

Con decreto n. 1314/13 del 13 agosto 2013 è stata accolta l'istanza di misure cautelari monocratiche.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Caserta e la Coedi s.r.l. concludendo per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare.

Alla camera di consiglio dell'11 settembre 2013, con ordinanza n. 1377, il Tribunale ha respinto l'istanza cautelare, provvedimento riformato in grado di appello cautelare dall'ordinanza n. 4614/13 del 19 novembre 2013 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, ai fini della sollecita trattazione del merito.

Intanto, con determinazione n. 1604 del 4 ottobre 2013, il Comune di Caserta ha aggiudicato in via definitiva la gara alla Coedi s.r.l., provvedimento impugnato con motivi aggiunti, notificati in data 8 novembre 2013 e depositati il 12 novembre 2013.

Oltre a riproporre i vizi già denunciati con il ricorso introduttivo, intesi come causa di illegittimità derivata, la società ricorrente ha lamentato la mancata necessaria verifica di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria, essendo stata omessa la pur obbligatoria attività di riscontro delle dichiarazioni inerenti al possesso dei requisiti di partecipazione; ancora, sarebbe stato falsamente dedotto nel preambolo della determinazione che il Tribunale aveva respinto il presente ricorso, mentre oggetto di rigetto era stata la sola domanda di emissione di misure cautelari.

Poiché a seguito di istanza di accesso del 4 novembre 2013, la Cogienne s.r.l. ha avuto la disponibilità di ulteriore documentazione, con un secondo atto di motivi aggiunti, notificati il 5 dicembre 2013 e depositati il 13 dicembre 2013, ha contestato l'aggiudicazione definitiva disposta in favore della Coedi s.r.l., rilevandone la condizione di non regolarità contributiva alla data di presentazione della domanda di partecipazione, circostanza ostativa non rilevata o adeguatamente valutata dalla stazione appaltante.

Alla camera di consiglio del 15 gennaio 2014, con ordinanza n. 70/14, il Collegio ha disposto incumbenti istruttori inerenti alla posizione contributiva della Coedi s.r.l. riguardo alla Cassa Edile di Frosinone, provvedimento integrato dall'ordinanza presidenziale istruttoria n. 254 del 30 gennaio 2014, che ha disposto l'acquisizione della documentazione anche presso la Cassa Edile Caserta.

Infine, alla camera di consiglio del 12 febbraio 2014, con ordinanza n. 218/14, l'accertamento è stato esteso con richiesta di acquisizione della certificazione contributiva storica della Coedi s.r.l., nonché di quella della Cassa Edile Nazionale.

Alla camera di consiglio del 26 marzo 2014, fissata per la trattazione della domanda cautelare sui motivi aggiunti, il Tribunale ritenendo sussistenti i presupposti per una sentenza in forma semplificata, avvisate le parti, ha trattenuto la causa per la decisione.

DIRITTO

Relativamente al ricorso introduttivo, con cui è stata impugnata l'esclusione della società ricorrente, deve assumersi, come circostanza non controversa e, dunque, acquisita ai fatti oggetto di giudizio, che nessuna dichiarazione è stata resa dalla Cogienne s.r.l. in merito ai costi della sicurezza; tanto si evince, tra l'altro, a pagina 12 dello stesso ricorso introduttivo, ove si deduce che una tale indicazione sarebbe stata impraticabile e comunque non sarebbe stata richiesta ai fini della formulazione dell'offerta; ebbene, in tal caso, trattandosi di un aspetto controverso direttamente riconducibile alla formulazione della *lex specialis*, in quanto, di per sé, ostativa della partecipazione, siccome avrebbe impedito di presentare un'offerta competitiva, ogni questione avrebbe dovuto costituire oggetto di autonoma ed immediata impugnazione, invece intervenuta rispetto alla data di pubblicazione del bando (11 febbraio 2013) e, comunque, a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte (2 aprile 2013), ben oltre il termine decadenziale stabilito dalla vigente legge processuale. Di conseguenza, s'impone una declaratoria di irricevibilità del terzo motivo del ricorso introduttivo, con cui è stata impugnata la legge di gara perché contenente una progettazione definitiva inidonea a consentire la specificazione degli oneri di sicurezza (Consiglio di Stato sez. III 13 dicembre 2013 n. 5983).

Passando all'esame degli altri motivi di impugnazione, ritiene il Collegio che, alla luce della riforma recata dal d.l. n. 70/2011, di sostanziale riscrittura dell'art. 46 del d.lgs. 12 aprile 2006, si rivela ormai superata l'esigenza di qualificare in termini di eterointegrazione il rapporto di completamento tra disposizioni della *lex specialis*, di fonte provvedimentale, e norme giuridiche primarie e secondarie che devono ora trovare applicazione al procedimento specifico, a prescindere dal loro richiamo nel bando o nel disciplinare; invero, lo spirito della riforma del 2011 è stato quello di riconoscere efficacia precettiva immediata alla *voluntas legis*, disancorandola del tutto da qualsiasi determinazione della stazione appaltante a cui è stato, infatti, espressamente inibito ogni potere, discrezionale e tecnico- discrezionale, di modifica di principi e precetti specifici che il legislatore ha riservato a sé ed alla fonte di produzione normativa. Il superamento della logica di eterointegrazione, impone di ritenere che, innanzitutto, a presidio del procedimento di gara esistono le norme giuridiche, rispetto alle quali la determinazioni amministrative possono, queste, ritenersi integrative o, al più meramente specificative di quelle, senza che ne possano in alcun modo limitarne l'ambito applicativo, nemmeno come ragione di possibili dubbi interpretativi. In altri termini, è alla norma che l'interprete deve guardare nel momento in cui deve assumere il parametro di legittimità di una decisione della stazione appaltante in materia di procedimenti di gara.

Riguardo al precetto applicabile, 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".

Dal punto di vista formale della composizione dell'offerta, esiste, dunque, per l'impresa partecipante l'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza, che devono anche essere assistiti da un rafforzato carattere di specificità. E non è seriamente dubitabile che tale adempimento non sia stato assolto dalla società ricorrente.

Alla questione, poi, se alla violazione di tale prescrizione consegua la sanzione espulsiva, occorre rendere risposta affermativa: tanto, sia perché in base alla formulazione letterale della norma è imposto un formale “dovere” di specifica indicazione dei costi della sicurezza, sia perché, dal punto di vista funzionale, non postergare tale rappresentazione alla fase di verifica dell’anomalia rivela l’interesse prioritario del legislatore verso la sicurezza sui luoghi di lavoro; inoltre, lo spostamento in avanti di tale accertamento – id est al momento della verifica della anomalia - potrebbe addirittura determinarne la totale pretermissione, trattandosi comunque di un subprocedimento non indefettibile nella dinamica del procedimento di gara; del resto, assumere la specificazione del costo della sicurezza come elemento costitutivo dell’offerta finisce per attribuire a tale elemento rilevanza anche dal punto di vista della presentazione di una proposta contrattuale seria che comprenda la 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.

Va aggiunto, quanto all’asserita inidoneità del progetto definitivo a contenere gli elementi necessari per il calcolo degli oneri di sicurezza, che, spettando all’impresa concorrente la redazione del progetto esecutivo - che la società ricorrente assume essere il livello di progettazione sufficiente per compiere tale valutazione – è su tale elaborato che avrebbe dovuto essere calcolata l’incidenza di tale elemento di costo, ai fini della elaborazione anche dell’offerta economica; ne discende, sotto tale profilo, la mancanza di lesività in punto di fatto della disciplina tecnica di gara.

Tali considerazioni trovano riscontro anche in 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 indeterminazione 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).

Alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso introduttivo deve, pertanto, essere respinto.

A seguito della legittima esclusione della ricorrente risultano inammissibili per carenza di interesse i primi e secondi motivi aggiunti con cui la Cogienne s.r.l. ha impugnato l’aggiudicazione definitiva disposta in favore della controinteressata Coedi s.r.l.; invero, dal verbale di gara del 2 agosto 2013, si evince che delle nove imprese partecipanti solo sette sono state escluse, essendo mancata l’estromissione, oltre che della Coedi s.r.l. anche dell’a.t.i. Natale s.r.l./Anda Costruzioni/ Della Corte Antonio, che pure si era vista assegnare per l’offerta qualitativa 60,45 punti; ebbene, anche se dal verbale di gara l’offerta economica di tale concorrente non risulta valutata, la sua attuale mancata estromissione imporrebbe comunque alla stazione appaltante, in ipotesi di invalidazione dell’aggiudicazione, di rinnovare il procedimento a partire dall’esame prioritario di tale offerta, con il risultato sostanziale dell’azzeramento in capo alla Cogienne s.r.l. di qualsiasi utilità potenziale derivante dall’accoglimento dei motivi aggiunti, anche in termini di interesse strumentale all’indizione di una nuova gara.

In conclusione, il ricorso deve essere in parte respinto ed in parte dichiarato inammissibile.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara inammissibile ed in parte lo respinge. Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Paolo Corciulo, Consigliere, Estensore

Rosalba Giansante, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/04/2014

IL SEGRETARIO

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