Pubblicato il 17/05/2017

N. 00386/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00433/2016 REG.RIC.

logo

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 l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 433 del 2016, proposto da:
Studio Fracasso s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Mariani, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Fabrice Villanova in Perugia, via R. Gallnega 50;

contro

Comune di Perugia, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca Zetti, Rossana Martinelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avocato Luca Zetti in Perugia, via Guglielmo Oberdan n. 50; Comune Pg Staz. Appaltante Atem Perugia 1 non costituita in giudizio;

nei confronti di

Consorzio Concessioni Reti Gas s.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato

Sebastiano Capotorto, con domicilio eletto presso il T.A.R. Umbria in Perugia, via Baglioni, 3;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale n. 6 del 26.10.2016, con la quale si stabiliva di approvare i verbali di gara esperita a mezzo procedura negoziata tra i soggetti che, a seguito di pubblicazione di avviso, hanno presentato istanza di manifestazione di interesse per l'affidamento dei servizi di supporto nell'espletamento delle procedure relative all'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale nell'Ambito Territoriale Perugia I Citta di Perugia e nord ovest..... di aggiudicare la gara per entrambi i lotti, per le motivazioni in narrativa e quelle espresse nei verbali approvati, al Consorzio Concessioni reti gas s.c.a.r.l. per i seguenti importi lotto 1 per i seguenti importi lotto 1 euro 66.300,00 Iva inclusa, lotto 2 euro 31.500,00 Iva inclusa;
- nonché, del verbale del seggio di gara del 17.10.2016, comunicato a mezzo pec in data 7.11.2016, con il quale in riferimento ai lotti n. 1 e n. 2 il Presidente comunica che le offerte economiche della ditta Studio Fracasso s.r.l. non sono valide in quanto mancanti della quantificazione degli oneri della sicurezza aziendale che debbono essere inseriti nell'offerta ai sensi dell'art. 95 comma 10 del d. lgs n. 50/2016;
- di ogni atto connesso, ancorché sconosciuto.

Per il risarcimento del danno e per la declaratoria di inefficacia del contratto ove medio tempore stipulato con l'aggiudicataria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Perugia e di Consorzio Concessioni Reti Gas s.c.a.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 4 aprile 2017 il dott. Enrico Mattei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con atto di ricorso (n.r.g. 433/2016) notificato il 21 novembre 2016 e depositato il successivo 24 novembre, Studio Fracasso s.r.l. ha adito l'intestato Tribunale per chiedere l'annullamento degli atti, meglio in epigrafe riportati, riguardanti la procedura di gara indetta dal Comune di Perugia per l'affidamento dei servizi di supporto nell'espletamento del servizio di distribuzione di gas naturale, all'esito della quale il concorrente predetto veniva escluso per aver omesso di indicare gli oneri di sicurezza aziendali ex art. 95 del d.lgs. n. 50/2016, ed il servizio in questione veniva aggiudicato in favore di Consorzio Concessioni Reti Gas s.c.a.r.l., odierno controinteressato.

2. Nel merito il gravame è stato affidato ai seguenti motivi:

I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 1, lettera FFF) della legge delega 11/2016, violazione e falsa applicazione della lex specialis, nonché dei principi di concorrenza, di proporzionalità e massima partecipazione alle gare di appalto ed eccesso di potere per travisamento dei fatti e perplessità, atteso che la gara ha per oggetto prestazioni di natura intellettuale che escluderebbero ex se oneri di sicurezza aziendale.

II. Violazione del principio di concorrenza e massima partecipazione alle gare di appalto, nonché dei principi di proporzionalità, tutela

dell'affidamento e certezza del diritto, atteso che i moduli predisposti dalla stazione appaltante sarebbero fuorvianti in ordine all'indicazione di detti costi.

III. Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'unione Europea affinché si pronunci sulla corretta interpretazione dell'art. 67 della direttiva 24/2014 UE, atteso che una lettura formalistica e non costituzionalmente orientata dell'art. 95, comma 10, del nuovo codice dei contratti si porrebbe in contrasto con l'art. 67 della succitata direttiva 24/2014 UE, che nulla prevede riguardo all'onere di indicare in offerta gli oneri di sicurezza aziendale.

3. Conclude pertanto parte ricorrente per l'annullamento degli atti impugnati e per l'aggiudicazione del servizio oggetto di gara in proprio favore.

4. Il Comune di Perugia ed il Consorzio odierno controinteressato si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso, contestando le censure ex adverso svolte e concludendo per il loro rigetto.

5. Con ordinanza n. 184/2016, confermata in appello con ordinanza n. 375/2017, il Collegio ha respinto la domanda di sospensione dei provvedimenti impugnati non ravvisando i presupposti di legge per il suo accoglimento.

6. Alla pubblica udienza del giorno 4 aprile 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Nel merito il ricorso è infondato e va respinto.

8. L'art. 95, comma 10, del nuovo codice dei contratti, applicabile ratione temporis al caso di specie, è infatti chiaro nello stabilire che "nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute be sicurezza sui luoghi di lavoro".

8.1. Trattasi, all'evidenza, di un ineludibile obbligo legale da assolvere necessariamente già in sede di predisposizione dell'offerta economica, al fine di garantirne la più totale trasparenza ed evitando al contempo che la stessa possa subire modificazioni nelle sue componenti di costo in sede di verifica dell'anomalia.

8.2. La dichiarazione che ne consegue si configura pertanto quale elemento essenziale dell'offerta economica, insuscettibile di integrazione ex post mediante il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio e comportante l'esclusione dalla procedura di gara, anche in assenza di una specifica comminatoria in tal senso nella lex specialis, ovvero nei moduli predisposti dalla stazione appaltante.

8.3. E ciò anche in ragione del fatto che nel caso di specie la lettera di invito ha espressamente definito la procedura in questione quale "procedura negoziata sotto soglia ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. d) D.Lgs 50/2016", ossia ricadente sotto la disciplina del nuovo codice dei contratti il quale prevede in via generalizzata l'obbligo di immediata e completa dichiarazione degli oneri di sicurezza aziendali in sede di offerta economica.

8.4. Ne consegue che non può neppure porsi un problema di possibile contrasto con la direttiva 24/2014 UE invocata da parte ricorrente, il quale potrebbe eventualmente sussistere solo nell'ipotesi in cui, non riscontrabile nella fattispecie, la disciplina nazionale in tema di protezione di lavoratori nell'ambito degli appalti pubblici risulti lacunosa rispetto a quella comunitaria.

8.5. Né è possibile ritenere che le prestazioni intellettuali escludano per loro stessa natura l'indicazione in sede di offerta economica degli oneri di sicurezza aziendale, atteso che anche per un semplice studio professionale la normativa nazionale individua possibili rischi

connessi alla prestazione lavorativa che comportano una serie di misure precauzionali e di sicurezza, quali, ad esempio, corso sulla sicurezza, redazione di un documento di valutazione dei rischi, la nomina di un responsabile del servizio di prevenzione e protezione, ecc.

8.6. E ciò a maggior ragione nel caso di specie, in cui appare evidente la complessità che le prestazioni che l'aggiudicatario è chiamato ad effettuare ai sensi dell'art. 6 del capitolato speciale d'appalto, tra le quali è bene ricordare, a scopo puramente esemplificativo, le seguenti attività: << a) Raccolta di tutta la documentazione prevista dalle vigenti norme di settore (…); b) Analisi e valutazione dei dati e delle informazioni ai fini della ricognizione tecnica degli impianti serventi il territorio dei comuni inclusi nell'ATEM (…); c) Supporto tecnico nella regolazione e nella gestione dei rapporti tra la stazione appaltante e i singoli Enti Locali, nonché dei rapporti con le società patrimoniali; d) Acquisizione, valutazione ed analisi delle convenzioni e/o dei contratti in essere con i gestori uscenti e degli assetti gestionali e proprietari delle reti (…); e) Analisi della completezza delle informazioni trasmesse dai gestori uscenti, (…); f) Verifica e analisi della titolarità e dello stato di consistenza e di manutenzione degli impianti e delle reti tramite partecipazione a sopralluoghi, controlli ed incontri in contraddittorio con i gestori uscenti delle reti (…); g) Redazione di una relazione conclusiva (…); h) Redazione di perizie estimative per ciascun Ente Locale concedente sul Valore industriale Residuo (VIR) (…); i) Redazione delle linee guida programmatiche d'Ambito con le condizioni minime di sviluppo, differenziate (…) >>.

9. Le considerazioni che precedono impongono dunque il rigetto della domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati e delle connesse domande di risarcimento del danno e di declaratoria di inefficacia del contratto ove medio tempre stipulato con il Consorzio aggiudicatario.

10. Tenuto conto della novità della questione trattata, si rinvengono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti in causa le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge in ogni domanda.

Compensa integralmente tra le parti in causa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Paolo Amovilli, Consigliere

Enrico Mattei, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Enrico Mattei	**Raffaele Potenza**

IL SEGRETARIO