



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 la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2064 del 2010, proposto da:  
Riva Giardini S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,  
in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo  
raggruppamento con Santamaria S.r.l. e S.M.E.I. Società Milanese  
Eco Interventi S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Boifava,  
con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R.

***contro***

Comune di Campione d'Italia, in persona del Sindaco in carica,  
rappresentato e difeso dall'avv. Riccardo Anania, presso il cui studio è  
elettivamente domiciliato in Milano, Via Brera, 16

***nei confronti di***

Marotta Macchine S.r.l., in persona del legale rappresentante pro  
tempore, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del  
costituendo raggruppamento con Florivivaista Brendolini Franco,

rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Clini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Andrea Bullo in Milano, Via Crocefisso, 16; Florivivaista Brendolini Franco e Cipriani Antonio S.r.l., non costituiti in giudizio

***per l'annullamento***

- del processo verbale delle operazioni di gara in data 21 agosto 2010, con cui è stata approvata la graduatoria finale della procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di manutenzione programmata del verde pubblico comunale, triennio 2010 - 2012 e, conseguentemente, classificati utilmente in graduatoria tutti i concorrenti ancorché avessero presentato un'offerta priva dell'indicazione specifica dei costi relativi alla sicurezza, ossia in violazione del combinato disposto degli artt. 86, comma 3bis, 87, comma 4, del D.Lgs. 163/2006 e 26, comma 6, del D.Lgs. 81/2008;
- dei restanti processi verbali delle operazioni di gara;
- di ogni altro provvedimento o atto amministrativo, comunque risalente all'amministrazione aggiudicatrice, connesso od attuativo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Campione d'Italia e di Marotta Macchine S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Visto il dispositivo n. 1029/2011;

Relatore la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nell'udienza pubblica del giorno 20 aprile 2011, i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Campione d'Italia ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di manutenzione programmata del verde pubblico comunale per il triennio 2010 - 2012, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La gara è stata aggiudicata in favore dell'ATI Marotta Macchine/Florovivaistica Brendolini Franco, seguita in graduatoria dalla Ditta Cipriani e, al terzo posto, dall'ATI Riva Giardini/Santamaria/Smei.

Quest'ultima ha proposto il ricorso in epigrafe, con cui ha impugnato l'aggiudicazione ed i verbali di gara, deducendo un unico articolato motivo ossia la violazione degli artt. 84, comma 4, del D.lgs. 163/2006 e dell'art. 26, comma 6, del D.lgs. 81/2008, censurando, in particolare, la mancata esclusione di entrambi i concorrenti che la precedono in graduatoria, non avendo nessuno dei due indicato nella propria offerta i costi della sicurezza.

Ha resistito al ricorso il Comune di Campione d'Italia, eccependone l'inammissibilità per mancata impugnazione dell'art. 9 del capitolato speciale laddove è previsto che il piano per la sicurezza sarebbe stato redatto dopo la presentazione dell'offerta e prima della stipula del

contratto.

Si è costituita anche la controinteressata.

Nella camera di consiglio del 13 ottobre 2010 è stata disposta la fissazione del merito ai sensi degli artt. 119, comma 3 e 120, comma 6 del c.p.a.

In vista della discussione sono state depositati ulteriori documenti e memorie e, all'udienza pubblica del 20 aprile 2011, sentite le parti, la causa è passata in decisione.

2. Preliminarmente il Collegio osserva come non siano contestati i fatti di causa, ovvero la mancata indicazione dei costi relativi alla sicurezza nelle offerte presentate dai primi due concorrenti in graduatoria, ma sia controverso il punto di diritto concernente gli effetti della mancata indicazione nell'offerta dei costi relativi alla sicurezza, ossia se tale omissione comporti di per sé l'esclusione dalla gara, ancorché tale conseguenza non sia stata espressamente prevista dalla *lex specialis*.

Invero, nel caso in esame la disciplina di gara tace sui costi per la sicurezza, limitandosi il bando ad indicare la base d'asta espressa in franchi svizzeri e il capitolato d'appalto a stabilire che l'impresa aggiudicataria, prima della stipula del contratto, dovrà redigere il piano per la sicurezza che dovrà essere approvato dall'ente appaltante, nonché predisporre – se ed in quanto previsto dalla vigente normativa – il DUVRI da allegare al contratto unitamente al piano per la sicurezza (art. 9).

2.1. Sul punto si contrappongono due tesi: quella della ricorrente

secondo cui la norma contenuta nell'art. 87, comma 4 del codice dei contratti avrebbe forza cogente e dovrebbe essere rispettata anche qualora la relativa prescrizione non sia espressamente contenuta nel bando; quella del Comune resistente per cui la stazione appaltante sarebbe vincolata esclusivamente dalla *lex specialis* con la conseguenza che la mancata impugnazione dell'art. 9 del capitolato speciale – che non prevede l'obbligo di indicare nell'offerta i costi per la sicurezza, imponendo la presentazione del piano della sicurezza solo prima della stipula del contratto – renderebbe il ricorso inammissibile.

Nello stesso solco si colloca la tesi della controinteressata Marotta Macchine S.r.l., la quale aggiunge che l'esclusione delle concorrenti che non hanno indicato i costi per la sicurezza non potrebbe essere disposta in mancanza di espressa previsione in tal senso della *lex specialis* la quale, peraltro, non prevedeva neanche lo svolgimento della verifica di anomalia dell'offerta.

3. Il Collegio ritiene condivisibile la tesi di parte ricorrente.

Esaminando la disciplina di gara si rileva che, dopo la dichiarazione di carattere generale per cui l'appalto è disciplinato dalle norme del codice civile, dalla vigente normativa, ivi compresa quella comunitaria, relativa ai servizi richiesti e dalle pattuizioni contenute nel capitolato speciale (art. 4 del c.s.a.) precisa che “i concorrenti devono dichiarare, all'atto della presentazione dell'offerta, che nella formulazione della stessa hanno tenuto conto degli obblighi connessi alle disposizioni in materia di sicurezza e protezione dei lavoratori, nonché delle condizioni di lavoro, così come previsto dal comma 2

del D.Lgs. 626/94 e successive integrazioni e modificazioni” (art. 28 u.c. del c.s.a.).

Il richiamo a tale ultimo decreto legislativo deve intendersi riferito al D.Lgs. 9 aprile 2008 n. 81, che lo ha sostituito, abrogandolo.

L’art. 26 del decreto da ultimo richiamato, sotto la rubrica “Obblighi connessi ai contratti d'appalto o d'opera o di somministrazione”, al comma 6 recita: “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 riportata disposizione è di tenore identico a quello del comma 3*bis* dell’art. 86 del codice dei contratti il quale prevede, altresì, all’art. 87, nell’ultima parte del comma 4, 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”.

3.1. Dal quadro normativo fin qui delineato è possibile ricavare che la disciplina in materia di sicurezza sul lavoro deve considerarsi di natura cogente e inderogabile: infatti, negli ultimi anni, il legislatore è più volte intervenuto nella materia (da ultimo con la legge n. 123/2007 e il D.Lgs. n. 6/2007), restringendo progressivamente i margini di

discrezionalità e di autonomia delle stazioni appaltanti e degli appaltatori in modo da creare una disciplina finalizzata a tutelare il più possibile l'incolumità dei lavoratori.

Come già affermato dalla Sezione (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 24 novembre 2009, n. 5136), con argomentazioni che il Collegio condivide *in toto*, l'esplicitazione, da parte del concorrente, degli oneri di sicurezza risponde alla finalità di consentire alla stazione appaltante di verificarne la congruità e l'attendibilità, tenuto conto dell'interesse pubblico a garantire la sicurezza dell'esecuzione dell'appalto.

Conseguentemente, la quantificazione degli oneri in questione deve essere chiara e non può esser né incerta né indeterminata, né può tradursi nell'inclusione dei relativi costi in una voce ampia e generica come quella delle spese generali, senza alcuna ulteriore specificazione. Diversamente la *ratio legis* verrebbe vanificata atteso che, mancando l'indicazione dei costi, la stazione appaltante non avrebbe la possibilità di verificarne l'attendibilità e la serietà.

Questa è la ragione per la quale il comma 4 dell'art. 87 del D.Lgs. n. 163 ha imposto ai concorrenti una specifica indicazione degli oneri in questione: la norma ha voluto chiaramente separare l'indicazione del corrispettivo per l'esecuzione della prestazione dai costi per garantirne la sicurezza.

A questo primario interesse pubblico vanno, invero, ricondotte le regole dettate dapprima dalla legge n. 327/2000 e poi dal D.Lgs. n. 163/2006, che hanno sostanzialmente equiparato gli appalti di servizi e di forniture a quelli di lavori pubblici ai fini della tutela della

sicurezza dei lavoratori (sul punto cfr. TAR Liguria, Sez. II, 13 novembre 2008, n. 1974).

In proposito è stato affermato (TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 26 giugno 2009, n. 1047), che dalla disposizione contenuta nell'art. 87, comma 4 del codice dei contratti discendono due corollari: il primo è che i concorrenti che intendano partecipare alle procedure di gara devono indicare espressamente, nell'offerta economica, quali siano gli oneri economici che ritengono di dover sopportare al fine di adempiere esattamente agli obblighi di sicurezza sul lavoro; il secondo è che l'amministrazione appaltante è tenuta a valutare la congruità dell'importo destinato ai costi per la sicurezza.

3.2. E' stato anche rilevato che, sebbene si possa dubitare dell'automaticità dell'esclusione di offerte così formulate, in assenza di una espressa sanzione in tal senso nel bando di gara, tuttavia debba essere considerata la peculiare natura delle norme in materia di sicurezza del lavoro, finalizzate a garantire l'intangibilità dei diritti fondamentali della persona del lavoratore, quali quelli alla vita e alla salute, come emerge dalla ampia produzione legislativa degli ultimi anni.

Il conseguimento di tali fini rappresenta, quindi, un obiettivo essenziale del sistema normativo in materia, che è altresì avvalorato da sicuri riferimenti costituzionali (artt. 2, 3, 32 e 38 della Costituzione).

In particolare, la disciplina della previsione e della valutazione degli oneri di sicurezza nella fase di affidamento dei contratti pubblici esprime l'esigenza che il rispetto della normativa sulla sicurezza del

lavoro sia assicurato anche quando la promozione di tale valore essenziale si ponga in contrasto con alcuni dei principi che governano il procedimento di affidamento dei contratti pubblici.

Sotto questo profilo si giustifica, quindi, l'integrazione automatica delle norme del bando di gara (secondo il meccanismo previsto dagli articoli 1374 e 1339 del cod. civ., come ha precisato, per altra ipotesi, Cons. Stato Sez. V, 18 novembre 2004, n. 7555), se queste non prevedano espressamente quanto obbligatoriamente disposto dalle norme dell'ordinamento.

Tale ricostruzione ermeneutica è stata, altresì, recentemente confermata dal Consiglio di Stato (Sez. V, 23 luglio 2010, n. 4849) il quale ha affermato che la circostanza che solo nei bandi di gara relativi agli appalti di lavori, ai sensi dell'art. 131 del codice dei contratti pubblici, debbano essere evidenziati gli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso, fa sì che nelle altre procedure di gara, in assenza della preventiva fissazione del costo per la sicurezza da parte dell'amministrazione aggiudicatrice quale specifica componente del costo del lavoro, sia necessario che il relativo importo venga scorporato dalle offerte dei singoli concorrenti e sottoposto a verifica per valutare se sia congruo rispetto alle esigenze di tutela dei lavoratori.

La mancanza di una specifica previsione sugli oneri per la sicurezza in seno alla *lex specialis* non toglie, quindi, che la norma primaria, immediatamente precettiva ed idonea ad eterointegrare le regole procedurali, imponga agli offerenti di indicare separatamente i costi

per la sicurezza per le esposte ragioni.

Secondo la richiamata decisione, nonostante la mancanza di una comminatoria espressa nella disciplina speciale di gara, l'inosservanza della prescrizione primaria che impone l' indicazione preventiva dei costi di sicurezza implica la sanzione dell'esclusione, in quanto rende l'offerta incompleta sotto un profilo particolarmente rilevante alla luce della natura costituzionalmente sensibile degli interessi protetti ed impedisce alla stazione appaltante un adeguato controllo sull'affidabilità dell'offerta stessa (cfr. da ultimo: Cons. Stato, Sez. V, 21 gennaio 2011, n. 17; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 12 gennaio 2011, n. 26; T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 18 marzo 2011, n. 1497).

3.3. Infine va rilevato come sia inconferente il richiamo alla determinazione dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici del 5 marzo 2008, n. 3 (relativa alla "Sicurezza nell'esecuzione degli appalti relativi a servizi e forniture"), effettuato dalla controinteressata.

Secondo l'opinione dell'Autorità per la Vigilanza vi sono appalti di servizi, in cui possono verificarsi rischi da "interferenze", per i quali è necessaria, da parte della stazione appaltante, la preventiva redazione del Documento Unico di Valutazione dei Rischi (DUVRI) e la conseguente indicazione, nel bando, degli oneri per la sicurezza non ribassabili e altri in cui non può essere postulato alcun onere in tal senso in capo alla stazione appaltante.

Tuttavia la stessa Autorità ha chiarito, ribadendolo da ultimo nella

determinazione n. 10 del 25 febbraio 2010, che i concorrenti sono tenuti a indicare in ogni caso, nella propria offerta, i costi per la sicurezza dei quali deve essere dimostrata la congruità.

In definitiva l'omessa indicazione dei costi per la sicurezza non rappresenta un'omissione meramente formale, in quanto essi oltre che essere posti a presidio della tutela della salute dei lavoratori acquistano rilevanza decisiva anche in punto di tutela della concorrenza non ultimo al fine di scongiurare il pericolo di un possibile *dumping* sociale. Quanto precede destituisce di fondamento l'eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata dall'Amministrazione resistente, asseritamente derivante dalla mancata impugnazione della *lex specialis* nella parte in cui non prevede esplicitamente l'obbligo di indicare i costi per la sicurezza, essendo detta lacuna, quand'anche apprezzabile come tale in relazione al tipo di appalto, colmata mediante eterointegrazione *ex lege*.

3.4. Applicando le suindicate coordinate ermeneutiche alla fattispecie all'esame del Collegio si deve concludere per la inadeguatezza delle offerte presentate da tutte le concorrenti, eccettuata quella della ricorrente, nelle quali è mancata l'indicazione dei costi per la sicurezza, e per la obbligatorietà della esclusione delle stesse dalla gara per cui è causa.

Né varrebbe obiettare che la ricorrente non ha mosso censure relative all'incongruità dell'offerta dell'aggiudicataria, atteso che una contestazione di tal genere postulerebbe la conoscenza dei costi per la sicurezza che, nel caso di specie, è appunto mancata.

4. Per quanto precede il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, devono essere annullati l'aggiudicazione e gli atti di gara nella parte in cui non escludono e, quindi, ammettono alla prosecuzione della competizione i concorrenti utilmente collocati in graduatoria che hanno presentato offerte prive dell'indicazione dei costi per la sicurezza.

Alla statuizione che precede consegue l'obbligo per il Comune di Campione d'Italia di aggiudicare l'appalto all'unica concorrente rimasta in gara, ossia al costituendo raggruppamento tra Riva Giardini S.r.l., Santamaria S.r.l. e S.M.E.I. Società Milanese Eco Interventi S.r.l., previa verifica della sussistenza di tutte le condizioni di legge, stipulando con essa il relativo contratto.

5. Le spese, liquidate in complessivi € 6.000,00 (seimila), oltre rimborso forfetario delle spese generali nella misura del 12,50% e del contributo unificato, nonché di oneri previdenziali e fiscali come per legge, secondo il principio della soccombenza sono poste a carico del Comune di Campione d'Italia e di Marotta Macchine S.r.l. che dovranno rifonderle alla ricorrente in solido tra loro.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie nei termini e per gli effetti di cui in motivazione.

Spese a carico come da motivazione.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 20 aprile  
2011 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Mauro Gatti, Referendario

Laura Marzano, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/05/2011

IL SEGRETARIO

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