



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 720 del 2013, proposto da:
Slg Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Elisabetta Cardello, Andrea Giuman, con domicilio eletto presso Andrea Giuman in Venezia, Santa Croce N. 466/G;
Cosfara Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Elisabetta Cardello, con domicilio eletto presso Andrea Giuman in Venezia, Santa Croce N. 466/G;

contro

Consorzio di Bonifica Alta Pianura Veneta, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Biondaro, con domicilio eletto presso Antonio Sartori in Venezia-Mestre, Calle del Sale, 33;

nei confronti di

Marini Ermenegildo Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Nicola Creuso, Stefania Lago, con domicilio presso la Segreteria del T.A.R., ai sensi dell'art. 25 del D.lgs 104/2010;

Locapal Srl, Edilcostruzioni Srl, Impresa Buzzi Primo Srl, Costruzioni Generali Biasuzzi Srl, Impresa Olivotto Srl, Team Costruzioni Srl, Impresa Finotti Srl, G.A.

Costruzioni Generali Galvani Srl, Costruzioni Luccioli F.Lli Srl, Costruzioni Cav. Ferrari Dante, Gruppo Adige Bitumi Spa, Impresa Coletto Srl, Romor Aurelio e Gino Srl, Schiavo Srl, Basso Srl;

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale n. 187 del 2.4.2013, con la quale il Consorzio intimato ha aggiudicato definitivamente in favore della controinteressata, l'appalto dei lavori denominato "Interventi di ripristino dei rivestimenti spondali di alcuni tratti del Canale Mordini nei Comuni di Zugliano e Sarcedo"; della nota consorziale dell'11.4.2013 prot. n. 5834; nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio di Bonifica Alta Pianura Veneta e di Marini Ermenegildo Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2014 la dott.ssa Silvia Coppari 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 ricorso notificato il 17 maggio 2013 al Consorzio di Bonifica Alta Pianura Veneta e alla società Marini Ermenegildo s.p.a., le società SLG s.r.l. e Cosfara s.p.a. hanno chiesto l'annullamento, previa incidentale sospensione della esecutività, della determinazione dirigenziale n. 187 del 2 aprile 2013 (comunicata con nota ricevuta in data 17.4.2013) di aggiudicazione definitiva, in favore di quest'ultima impresa, dell'appalto dei lavori denominato "Interventi di ripristino dei rivestimenti spondali di alcuni tratti del Canale Mordini nei comuni di Zugliano e

Sarcedo (VI)”. Con il medesimo atto è stata altresì impugnata, “ove occorrer possa ed esclusivamente nei limiti dell’interesse dell’odierna ricorrente”, la lettera d’invito prot. n. 805 in data 15.01.2013 (con i rispettivi allegati) nella parte in cui non è stato previsto a carico dei concorrenti l’obbligo di indicare a pena di esclusione, in fase di offerta, i costi della sicurezza aziendali ex artt. 86, comma 3 bis e 84, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006 e 26, comma 6, del d.lgs. n. 81/2008 .

2. Le ricorrenti premettono in fatto che alla procedura concorsuale in questione, da aggiudicare con il criterio del massimo ribasso, hanno partecipato 17 imprese tra cui la costituenda ATI formata da SLG s.r.l. (capogruppo mandataria) e Cosfara s.p.a. (mandante) e che quest’ultima è stata l’unica (tra tutti i partecipanti alla gara) ad aver indicato in fase di offerta economica l’ammontare degli oneri della sicurezza da rischio specifico o aziendale, quantificati in €1.064,61. Ciò nondimeno, la stazione appaltante, anziché escludere immediatamente i concorrenti che erano incorsi in detta omissione, ha concluso la procedura aggiudicando l’appalto all’odierna controinteressata.

3. Il gravame è affidato ad un unico motivo di ricorso con il quale si deduce la violazione degli artt. 86, comma 3-bis, 87 comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006 nonché dell’art. 26, comma 6 del d.lgs. n. 81 del 2008, poiché, fatta eccezione per le imprese ricorrenti (che hanno allegato all’offerta economica una specifica dichiarazione, tutte le altre partecipanti alla gara avrebbero dovuto essere escluse per aver omesso di indicare, nella propria offerta, gli oneri di sicurezza aziendale.

3.1. A sostegno del vizio dedotto, le ricorrenti richiamano l’orientamento giurisprudenziale secondo cui “nelle gare pubbliche i costi per la sicurezza da rischio specifico assumono valenza di elemento essenziale dell’offerta a norma dell’art. 46, comma 1-bis, Codice dei contratti, con la conseguenza che la loro mancanza rende la stessa incompleta e come tale, di per sé solo, suscettibile di esclusione” (Cons. St., sez. III, 28.08.2012, n. 4622; Cons. St., sez. III, 19.01.2012)

e ciò “anche in difetto di una comminatoria espressa nella disciplina speciale di gara”.

3.2. Infatti, trattandosi di norme aventi carattere immediatamente precettivo, gli artt. 86, comma 3-bis, 87 comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006 e l'art. 26, comma 6 del d.lgs. n. 81 del 2008 esplicherebbero effetto etero-integrativo della normativa di gara.

4. Con il ricorso è stata altresì formulata richiesta ai sensi dell'art. 124 c.p.a. di risarcimento in forma specifica con il conseguente subentro nel contratto di appalto, ovvero, in subordine, di risarcimento per equivalente.

5. Si è costituito il Consorzio di Bonifica Alta Pianura Veneta il quale, in via preliminare, ha chiesto l'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutte le altre partecipanti alla gara deducendo, nel merito, l'infondatezza della censura. Ed invero, pur riconoscendo la necessità che i rischi aziendali, in quanto attinenti all'organizzazione produttiva della singola impresa, debbano essere stimati dall'appaltatore, la difesa della stazione appaltante ha evidenziato che, nel caso di specie, non solo la legge di gara non richiedeva a pena di esclusione l'indicazione espressa degli oneri di sicurezza ma addirittura il modello predisposto dalla stazione appaltante per la presentazione dell'offerta non aveva neppure lo spazio fisico per poter rendere una siffatta indicazione. Peraltro, sulla base della dichiarazione di cui all'allegato c) della lettera d'invito, ogni partecipante ha dichiarato in sede di offerta di “aver valutato, dopo aver ... accuratamente analizzato gli elementi che influiscono sul costo dell'appalto, ivi compresi gli oneri derivanti dal rispetto degli obblighi in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro e di osservanza delle disposizioni legislative e dei patti nazionali e locali di lavoro che disciplinano il trattamento economico, assicurativo, assistenziale e previdenziale di categoria dei lavoratori impiegati nel servizio, il prezzo posto a base di gara congruo ed idoneo per la formulazione di un ribasso che consente la regolare

esecuzione dell'appalto stesso ...". Di tal ch , le ditte partecipanti anche in ragione della sottoscrizione da parte del Consorzio potevano legittimamente sostenere di aver adempiuto all'onere dichiarativo in questione.

6. Anche la controinteressata si   costituita in giudizio deducendo, in via preliminare, l'improcedibilit  del ricorso per difetto di notificazione a tutti i necessari contraddittori e, in ogni caso, nel merito, l'infondatezza della censura sollevata.

7. Con ordinanza n. 720 del 2013 del 7 giugno 2013 il Collegio disponeva l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei «restanti concorrenti che precedono in graduatoria il ricorrente attinti dal medesimo vizio dedotto nei confronti di Marini Ermenegildo s.p.a., dovendosi riconoscere in capo a questi l'interesse a difendere la loro posizione in graduatoria».

7.1. Con successiva ordinanza n. 1227 del 2013 del 29 ottobre 2013 veniva richiesto al Consorzio il seguente chiarimento: «a) a quale tipo di costi per la sicurezza si riferiscano quelli individuati dalla Stazione appaltante; b) a quali misure si riferisca, in concreto, il "Piano operativo di sicurezza" richiesto con nota in data 18 marzo 2013 dalla Stazione appaltante all'aggiudicataria (Marini Ermenegildo s.p.a); c) se, nell'ambito della procedura in esame e relativamente alle offerte presentate, la Stazione appaltante abbia effettuato le valutazioni di cui agli artt. 86, comma 3-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 e 26, comma VI, del d.lgs. n. 81 del 2008 in ordine alla congruit  degli oneri di sicurezza (in tali offerte) previsti, e, in caso affermativo, accertare a quali rischi detti costi si riferiscano».

8. In vista dell'udienza fissata per la discussione del merito le parti depositavano memorie difensive e di replica e all'udienza del 16 gennaio '14 la causa veniva trattenuta per la decisione.

9. Preliminarmente deve essere esaminata l'eccezione di improcedibilit  sollevata sia dalla resistente che dalla controinteressata in ragione della pretesa inidoneit 

delle concrete modalità utilizzate dalle ricorrenti per adempiere all'ordine di integrazione del contraddittorio. Ed invero la semplice notificazione di copia autentica del ricorso introduttivo del giudizio non accompagnata da alcuna indicazione dello stato del processo non avrebbe consentito di far comprendere ai soggetti evocati in giudizio né che si trattasse di un atto di integrazione del contraddittorio (e non di un atto introduttivo) né quale fosse la data di fissazione dell'udienza di merito.

9.1. L'eccezione non è fondata.

9.2. L'art. 49, comma 3, del c.p.a. testualmente prevede che “il giudice, nell'ordinare l'integrazione del contraddittorio, fissa il relativo termine, indicando le parti cui il ricorso deve essere notificato”. Pertanto la semplice notifica di copia conforme dell'atto introduttivo a tutti i concorrenti della gara (in mancanza di una specifica graduatoria finale), peraltro, nel caso di specie, recante anche il numero di iscrizione nel registro generale, deve reputarsi modalità idonea e sufficiente ad integrare il contraddittorio, così come richiesto dal Collegio.

10. Passando ad esaminare il merito del ricorso, la censura sollevata appare meritevole di accoglimento.

10.1. Ed invero, il Collegio ritiene di dover confermare l'orientamento interpretativo adottato da questa Sezione con sentenza 8 agosto 2013 n. 1050 e ribadito, da ultimo, con sentenza n. 1388 del 2013 e ciò, pur tenendo in considerazione le argomentazioni svolte dal Consiglio di Stato in sede di riforma della citata sentenza n. 1050 del 2013 (cfr. sent. CdS, V, 9.10.2013 n. 4964). Infatti, alla luce del quadro normativo di riferimento, non appare condivisibile l'assunto secondo il quale dovrebbe escludersi «che le imprese partecipanti a procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici siano tenute ad indicare nella propria offerta, a pena di esclusione, gli oneri di sicurezza aziendale» (così cfr. sent. CdS, V, 9.10.2013 n. 4964, §.1.).

10.2. Sul punto il Collegio osserva che è ben vero che l'art. 87, comma 4, del codice degli appalti si riferisce letteralmente solo ai servizi e alle forniture, ma non così il precedente art. 86, comma 3-bis, che dispone 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”. Del pari l'art. 26, comma 6, del d.lgs. n. 81/2008 precisa 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.” Dal combinato disposto delle norme citate, dunque, non può trarsi alcun argomento in ordine ad una pretesa differenziazione in ordine all'onere di specificazione dei costi di sicurezza aziendali (o specifici) fra appalti di lavoro, da un lato, e appalti di servizi e forniture, dall'altro.

10.3. Né a tal fine può soccorrere la disposizione di cui all'art. 100 del d.lgs. n. 81/2008 posto che la quantificazione rimessa al piano di sicurezza e coordinamento, predisposto dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 131 del codice dei contratti pubblici, non può invero che riferirsi ai soli oneri di sicurezza per le interferenze, e ciò sia perché detti oneri sono necessariamente individuati dall'Amministrazione, sia perché essi soggiacciono – ferma la possibilità di integrazione migliorativa - al divieto di compressione.

10.4. Al riguardo si rileva che 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).

10.4. Ad avviso del Collegio, dunque, le imprese partecipanti ad una gara d'appalto di lavori devono necessariamente indicare nell'offerta, opportunamente scorporati onde consentire l'esatta valutazione della congruità dell'offerta stessa, 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: di tali oneri l'ordinamento prevede l'indicazione con norme immediatamente precettive (cfr. i citati artt. 86, comma 3-bis, del d. lgs. n. 163/2006 e 26, comma 6, del d. lgs. n. 81/2008) e tali da eterointegrare, in virtù del loro carattere imperativo (in ragione degli interessi di ordine pubblico che tutelano, in quanto poste a presidio di diritti fondamentali dei lavoratori), ogni diversa disciplina di gara (cfr. in senso conforme Consiglio di Stato, sez. III, 18 ottobre 2013, n. 5070).

10.5. L'indicazione degli oneri aziendali costituisce pertanto un elemento essenziale dell'offerta, la cui mancanza rileva (quale specifica di esclusione) ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, del d. lgs. n. 163/2006 determina un'insanabile incompletezza dell'offerta medesima "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" (TAR Lombardia Brescia, sez. II, 19.02.2013, n. 181; nello stesso senso, tra le più recenti, TAR Lazio Roma, sez. II ter, 7.01.2013, n. 66; TAR Calabria Catanzaro, sez. II, 14.01.2013 n. 56).

10.6. La correttezza delle considerazioni che precedono appare viepiù confermata dall'esito dell'istruttoria disposta nel corso del giudizio dalla quale è emerso che, nella fattispecie oggetto di scrutinio, gli oneri di sicurezza da interferenze sono stati indicati e quantificati dalla stazione appaltante nel Piano di Sicurezza e Coordinamento, mentre i costi della sicurezza aziendali sarebbero stati ricompresi «nelle singole voci di prezzo di tutte le lavorazioni presenti nell'appalto, all'interno della percentuale di ricarico “spese generali”» (cfr. risposta ai quesiti del Consorzio di Bonifica Alta Pianura Veneta datata 26 novembre 2013).

10.7. Infatti, come di recente affermato dal Consiglio di Stato, «nelle valutazioni di anomalia le stazioni appaltanti devono tenere conto dei costi relativi alla sicurezza che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dell'appalto – art. 87, comma 4, d.lgs. n. 163/2006: è evidente che un inserimento di parte di detti costi nella voce “costi vari” oppure “costi generali”, deputata a raccogliere una congerie di spese del tutto disomogenee elude completamente il compito di verifica dell'ente aggiudicatore» (così Cons. St., sez. V, 19 luglio 2013, n. 3929,).

10.8. In conclusione, deve escludersi che gli oneri della sicurezza aziendali possano essere inclusi nell'ambito delle spese generali così come essere calcolati, al momento della indizione della gara, dalla stessa stazione appaltante in misura eguale per ogni operatore economico, dal momento che la loro misura non può che essere quantificata da ciascuna impresa in relazione alla rispettiva offerta economica.

10.9. Pertanto, per le suesposte considerazioni, il ricorso è fondato e, conseguentemente, deve essere accolto. Il disposto accoglimento, avendo efficacia pienamente satisfattiva delle ragioni delle ricorrente, comporterà l'aggiudicazione della gara alle ricorrenti stesse, salvo che non ricorrano elementi ostativi.

11. Peraltro, tenuto conto delle oscillazioni giurisprudenziali che connotano la questione di diritto sollevata, ricorrono giusti motivi per compensare le spese di giudizio, ad eccezione del contributo unificato che dovrà essere rifiuto dalle parti resistenti (in solido) alla parte ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso come in epigrafe proposto e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati disponendo contestualmente il risarcimento in forma specifica mediante aggiudicazione della gara alla ricorrente.

Spese compensate, eccetto il contributo unificato che va posto a carico delle resistenti con il vincolo della solidarietà.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Silvia Coppari, Referendario, Estensore

Enrico Mattei, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/02/2014

IL SEGRETARIO

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