



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4024 del 2011, proposto da:

La Pulitutto & La Cefil 2 s.r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonello Rossi e Francesca Corda

ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Andrea Manzi,

in Roma, via F. Confalonieri, 5,

contro

l'Azienda Sanitaria Locale n. 6 di Sanluri,

in persona del legale rappresentante p.t.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv.to Egidio

Ricciardi ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv.

Giorgio Giuttari, in Roma, viale Eritrea, 20,

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA – CAGLIARI - SEZIONE I n. 00132/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO DEI SERVIZI DI PULIZIA E SANIFICAZIONE DEI PRESIDII AZIENDALI.

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'azienda appellata;

Viste le memorie prodotte dall'appellante a sostegno delle sue domande;

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta, alla pubblica udienza dell'8 luglio 2011, la relazione del Consigliere Salvatore Cacace;

Uditi, alla stessa udienza, gli avv.ti Antonello Rossi e Francesca Corda per l'appellante e l'avv. Egidio Ricciardi per l'appellata;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – L'odierna appellante, tuttora gestore in regime di proroga dei servizi di pulizia e sanificazione dei presidi facenti capo all'A.S.L. n. 6 di Sanluri, impugnava dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna il bando di gara in data 30 luglio 2010, e gli atti connessi, concernenti l'affidamento triennale dell'appalto del medesimo servizio, articolato in n. 3 separati lotti, da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del D. Lgs. n. 163/2006.

1.1 – Con l'atto introduttivo la ricorrente lamentava che il bando

contenesse le seguenti disposizioni e prescrizioni palesemente illegittime, tali da impedirle la stessa partecipazione alla gara:

- l'importo a base d'asta non recava la separata indicazione del corrispettivo per l'esecuzione della prestazione oggetto del contratto d'appalto e dei costi per la sicurezza;
- il capitolato speciale d'appalto (art. 4), pur prevedendo la facoltà della stazione appaltante di avvalersi di una "proroga tecnica" della durata del contratto, non ha affatto tenuto conto, nel calcolo della stima del valore dell'appalto, del periodo (seppure eventuale) di proroga del servizio.

1.2 – Il T.A.R. riteneva, con la sentenza appellata, di dover disattendere entrambi i motivi di ricorso.

Invero, secondo il Giudice di primo grado:

- a) "la prospettata violazione dell'art. 86, comma 3 bis, del D. Lgs. 12/4/2006 n. 163 non sussiste, atteso che:
 - 1) gli oneri per la sicurezza devono essere necessariamente indicati all'interno dei bandi di gara, con espressa esclusione dal ribasso d'asta, solo quando riguardano i piani di sicurezza (o documenti sostitutivi) collegati ad appalti di lavori pubblici (cfr. art. 131, comma 3 del citato D. Lgs. n. 163/2006);
 - 2) al di fuori di tale ipotesi i costi per la sicurezza costituiscono una componente dell'offerta collegata alla più ampia voce del costo del lavoro;
 - 3) contrariamente a quanto la ricorrente sostiene, il ricordato art. 86

comma 3-bis, laddove impone alle amministrazioni aggiudicatrici di fissare il valore economico dell'appalto posto a base di gara in modo che sia “adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza”, non le vincola anche a indicare preventivamente, negli appalti di servizi, gli oneri per la sicurezza;

4) al contrario, la norma va intesa nel senso che conferisce all'amministrazione la possibilità di stabilire, in tale ultima categoria di appalti, il costo per la sicurezza direttamente negli atti di gara e in tal caso quest'ultimo non è soggetto a ribasso (ex art. 86 comma 3-ter del menzionato D. Lgs. n. 163/2006), in quanto rispetto alla valutazione al riguardo, fatta nell'interesse dei lavoratori, non è ammessa una diversa elaborazione economica finalizzata all'ottimizzazione dell'utile di impresa;

5) laddove invece il costo per la sicurezza non sia individuato dall'amministrazione aggiudicatrice, quale specifica componente del costo del lavoro (come avviene in particolare quando non sia possibile stabilire a priori un modello omogeneo di misure per la sicurezza) è 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”;

b) “non sussiste nemmeno la dedotta violazione dell'art. 29, comma 1, del D. Lgs. 163/2006, atteso che:

1) non occorre che dagli atti di gara si evincano i calcoli effettuati dall'amministrazione per determinare l'importo a base d'asta;

2) la ricorrente si è limitata ad affermare genericamente che la stazione appaltante non avrebbe tenuto conto, nel quantificare il valore dell'appalto, dell'intero periodo contrattuale (stante anche la possibilità di proroga tecnica prevista dall'art. 4 del capitolato speciale d'appalto), senza peraltro fornire al riguardo più dettagliati elementi di giudizio a sostegno della deduzione”.

1.3 – La sentenza è stata appellata dall'originaria ricorrente, che la ritiene “illegittima, erronea e comunque non condivisibile” sotto entrambi i profili di illegittimità denunciati con il ricorso di primo grado e respinti dal T.A.R.

Si è costituita in giudizio, per resistere, l'A.S.L. appellata, insistendo per la reiezione dell'appello.

L'appellante ha depositato memorie difensive in data 21 e 24 giugno 2011.

La causa è stata chiamata e trattenuta in decisione alla udienza pubblica dell'8 luglio 2011.

2. – La Sezione ritiene che l'appello meriti accoglimento.

2.1 – Va preliminarmente vagliata d'ufficio l'eccezione, sollevata in primo grado dalla resistente Azienda e non esaminata dal primo Giudice, di inammissibilità del ricorso di primo grado per mancanza in capo alla ricorrente di legittimazione all'impugnazione del bando in relazione alla mancata presentazione, da parte della stessa, della domanda di partecipazione alla gara stessa.

L'eccezione è infondata.

Invero, ambedue le denunciate illegittimità (omessa indicazione nella disciplina di gara dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso ed indeterminatezza del complessivo valore contrattuale) incidono direttamente sulla formulazione dell'offerta, impedendone la corretta e consapevole elaborazione, sì che non solo la loro lesività può essere immediatamente contestata senza attendere l'esito della gara per rilevare il pregiudizio che da quelle previsioni è derivato, ma nemmeno può porsi a carico di colui che intenda contestarle un onere di partecipazione alla procedura di gara, dal momento che mette in discussione specifiche disposizioni della lex specialis di gara, ch'egli correttamente (se e nella misura in cui risultino effettivamente viziate) ritiene tali da impedirgli l'utile presentazione dell'offerta e dunque sostanzialmente impeditive della sua partecipazione alla gara.

2.2 – Nel merito, come s'è detto, l'appello è fondato per le considerazioni che seguono.

2.2.1 – Quanto alla denunciata violazione dell'art. 86, comma 3-bis, del D. Lgs. n. 163/2006, il Collegio ritiene anzitutto di dover precisare che gli oneri della sicurezza – sia nel comparto dei lavori che in quelli dei servizi e delle forniture – vanno distinti tra oneri non soggetti a ribasso finalizzati all'eliminazione dei rischi da interferenze (adeguatamente quantificati dalla stazione appaltante nel DUVRI) ed oneri inclusi nell'offerta, ed aperti quindi al confronto concorrenziale, concernenti i costi specifici connessi con l'attività delle imprese, da indicarsi a cura delle stesse nelle offerte rispettive,

con 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.

A tanto invero conduce l'inequivocabile tenore delle disposizioni dell'art. 86, comma 3-bis e dell'art. 87, comma 4, del D. Lgs. n. 163/2006, che impongono la specifica stima ed indicazione dei (e dunque di tutti i) costi relativi alla sicurezza, tanto nella fase della "predisposizione delle gare di appalto" (espressione che deve intendersi riferita alla "predisposizione" della documentazione di gara: bando, inviti e richieste di offerta), quanto nella fase della formulazione dell'offerta economica.

Ciò significa in particolare che, nella predisposizione della gara (e cioè dei bandi e della documentazione integrativa degli stessi), i costi relativi alla sicurezza derivanti dalla valutazione delle interferenze devono essere specificamente indicati (ex art. 86, comma 3-bis., cit.) separatamente dall'importo dell'appalto posto a base d'asta, con preclusione di qualsivoglia facoltà di ribasso dei costi stessi (art. 86, comma 3-ter, del D. Lgs. n. 163/2006), in virtù della preclusione legale di indisponibilità di detti oneri da parte dei concorrenti, trattandosi di costi necessari, finalizzati con tutta evidenza alla massima tutela del bene costituzionalmente rilevante dell'integrità dei lavoratori.

E' poi del tutto evidente che le disposizioni, di cui ai veduti commi

3-bis e 3-ter dell'art. 86 cit., si applicano agli appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture: e ciò sia per l'espressa indicazione in tal senso formulata nello stesso comma 3-bis, sia per la collocazione sistematica dell'art. 86 in considerazione all'interno della Parte II del Codice, intitolata "Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture".

La qui recata interpretazione delle disposizioni, già di per sé sufficientemente inequivocabili, dei commi 3-bis e 3-ter dell'art. 86 cit. (così come risultanti, si badi, dalla sostituzione operata dall'art. 8 della Legge 3 agosto 2007, n. 123) risulta del resto avvalorata dall'art. 26, comma 6, del D. Lgs. n. 281/2008, che, emanato in attuazione della delega prevista dall'art. 1, comma 1, della stessa legge n. 123/2007, stabilisce anch'esso 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 ed al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato; e che detto obbligo di indicazione si riferisca (anche) al bando si ricava agevolmente dal relativo criterio previsto dal punto 3) della lett. s) del comma 2 dell'art. 1 della citata legge delega, che prevede appunto la "revisione della normativa in materia di appalti prevedendo misure dirette a ... modificare la disciplina del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12

aprile 2006, n. 163, prevedendo che i costi relativi alla sicurezza debbano essere specificamente indicati nei bandi di gara e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture oggetto di appalto”.

Ciò posto, nella documentazione posta a base della gara all'esame, degli oneri derivanti dagli obblighi in materia di sicurezza non v'è traccia alcuna, atteso che nessuna voce è prevista per detti oneri né nel disciplinare di gara, né nel capitolato speciale d'appalto, che all'art. 14 rinvia sì alla valutazione dei rischi connessi all'appalto contenuta nel DUVRI facente parte degli atti di gara, ma senza che poi dal DUVRI medesimo, nel quale pure risultano analiticamente esposte rilevanti “interferenze”, risulti la stima dei costi relativi, per la quale il documento si limita, al par. 8, ad affermare ch'essa “è determinata sulle ipotesi delle attività e delle lavorazioni di altre realtà già in essere”, senza tuttavia poi fornire alcun utile elemento di rinvio ai fini di tale determinazione.

Il fatto, poi, che il documento stesso sottolinei come “non vengono previsti costi specifici, relativi alla sicurezza, dovuti ai rischi propri dell'appaltatore, i quali sono determinati e valutati dallo stesso concorrente sulla base delle proprie specifiche attività”, non vale a far venir meno le denunciate carenze dello stesso e degli altri atti costituenti la legge di gara, giacché, come s'è visto, se è vero che nel DUVRI non devono essere riportati i rischi propri dell'attività delle singole imprese appaltatrici (in quanto i rischi dell'attività svolta da

ciascuna impresa sono noti in maniera puntuale solo all'impresa medesima, mentre non è possibile per la stazione appaltante conoscere le diverse realtà organizzative delle imprese che concorreranno per l'aggiudicazione del servizio, alle quali sono strettamente connessi i rischi delle relative attività), ciò non fa venir meno l'obbligo per la stazione appaltante di quantificare i costi da interferenze, soprattutto quando, come appunto accade nell'appalto di cui si tratta, la sussistenza di dette interferenze sia stata effettivamente rilevata dall'Amministrazione stessa.

Né può validamente sostenersi, come ha invece ritenuto il T.A.R., che, laddove i costi relativi alla sicurezza non siano individuati dall'Amministrazione aggiudicatrice, a tale mancanza potrebbero supplire i singoli concorrenti scorporando "il relativo importo ... dalle offerte", perché si oblitera così che i costi della sicurezza necessari per la eliminazione dei rischi da interferenze possono risultare solo dal DUVRI, che si configura quale adempimento derivante dagli obblighi, previsti oggi dall'art. 26, comma 3, del D. Lgs. n. 80/2008 e posti a carico del datore di lavoro committente, di promuovere la cooperazione ed il coordinamento tra lo stesso e le imprese appaltatrici, prevedendo i relativi costi, che non sono soggetti a ribasso (comma 5 dello stesso art. 26).

Nel caso di specie, il bando di gara ed i documenti connessi non hanno, come già rilevato, previsto l'entità dei costi per la sicurezza de quibus, così come non hanno nemmeno previsto l'obbligo ulteriore

per le imprese concorrenti di indicare in sede di offerta i costi della sicurezza (diversi come s'è detto da quelli risultanti dall'analisi posta in essere in sede di DUVRI) afferenti all'attività svolta da ciascuna impresa, predisponendo anzi, per la presentazione delle offerte, modelli da utilizzarsi dai concorrenti, nei quali, come dalla ricorrente pure denunciato con il ricorso di primo grado, non vi era possibilità, né materialmente alcuno spazio utilizzabile, per una distinta indicazione dei costi”.

Né, per finire sul punto, può ipotizzarsi una qualche modalità di “rimedio” a tali palesi carenze mediante ricorso all'istituto dei chiarimenti, di cui all'art. 71 del D. Lgs. n. 163/2006 invocato dall'Amministrazione appellata, giacché non si trattava certo nell'ipotesi all'esame di fornire “informazioni complementari sui capitoli d'oneri o sui documenti” (come dalla norma stessa previsto), ma di colmare lacune della lex specialis, sanabili solo in sede di rinnovo dell'attività amministrativa di “predisposizione” della gara.

La censura sopra esaminata va quindi accolta.

2.2.2 – Pure fondata si rivela la doglianza relativa all'indeterminatezza, o comunque alla errata determinazione, del valore dell'appalto.

Se, invero, ai sensi dell'art. 26, comma 1, del D. Lgs. n. 163/2006, “il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici ... tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di

opzione o rinnovo del contratto”, risulta palese, alla luce degli atti di gara, senza che sia in proposito necessaria alcuna particolare indagine sui “calcoli effettuati dall’amministrazione per determinare l’importo a base d’asta” (così, come s’è visto, la sentenza impugnata), che l’importo “complessivo triennale” della fornitura stimato in Euro 3.400.000,00 (v. art. 1 del Capitolato Speciale d’Appalto) è appunto riferito alla durata di anni tre del contratto (v. anche l’art. 4 dello stesso Capitolato), laddove lo stesso art. 4 prevede anche una “possibilità di proroga tecnica a discrezione dell’amministrazione”, che rientra certamente in quelle forme “di opzione o rinnovo”, che vanno ricomprese nell’importo massimo stimato e che invece l’importo nella fattispecie indicato come “valore” dell’appalto (Euro 3.400.000,00) certamente non considera, dal momento ch’esso si riferisce inequivocabilmente al triennio e che la prevista (se pure in via solo eventuale) proroga vale certamente ad “allungare” tale periodo contrattuale, con conseguente necessità, pertanto, di quantificazione per lo meno presuntiva dei costi di siffatta “proroga” e di inglobamento dei costi stessi nel calcolo del valore stimato dell’appalto.

3. – Per le considerazioni che precedono, il ricorso di primo grado, in accoglimento dell’appello ed in riforma della sentenza impugnata, va accolto, con conseguente annullamento degli atti di gara con lo stesso impugnati.

Le spese del doppio grado possono essere integralmente compensate

fra le parti.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 8 luglio 2011, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Terza – riunito in Camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere, Estensore

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/10/2011

IL SEGRETARIO

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