



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1027 del 2012, proposto da:

Cir Food S.C., rappresentato e difeso dall'avv.to Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Mauro Ballerini in Brescia, Viale della Stazione n. 37;

contro

Comune di Volta Mantovana, rappresentato e difeso dagli avv.ti Paolo Colombo, Claudia Malvasi e Flavia Manerba, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Brescia, Via Solferino n. 53;

nei confronti di

Copra Elixir Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Augusto Mosconi e Rodolfo Ventura, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Brescia, Corso Palestro n. 38;

per l'annullamento

DELL'AVVISO DI ESITO DI GARA IN DATA 25/7/2012, AVENTE AD OGGETTO L'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA ALLA CONTROINTERESSATA DEL SERVIZIO DI REFEZIONE SCOLASTICA PER 5 ANNI;

DELLA NOTA 24/7/2012;

DELLA DETERMINA DI AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA DELLA PROCEDURA NEGOZIATA DEL 23/7/2012;

DEL VERBALE DELLA COMMISSIONE DEL 23/7/2012;

DELL'ATTO DI NOMINA DELLA COMMISSIONE DEL 23/7/2012;

e per la condanna

- AL RISARCIMENTO DEL DANNO, NEL CASO DI AVVENUTA SOTTOSCRIZIONE DEL CONTRATTO ED IMPOSSIBILITA' DI SUBENTRO.

e per la dichiarazione

DI INEFFICACIA DEL CONTRATTO EVENTUALMENTE STIPULATO.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune del Volta Mantovana e di Copra Elixir Spa;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 gennaio 2013 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha partecipato alla gara d'appalto mediante procedura negoziata per l'affidamento quinquennale del servizio di refezione scolastica e pasti SAD a domicilio, per un importo complessivo presunto di 1.300.725 € IVA esclusa (periodo 1/9/2012 – 31/8/2017). Il sistema prescelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Nel termine previsto dalla stazione appaltante pervenivano solo le offerte di Cir Food Sc e di Copra, la quale risultava vincitrice all'esito dell'esame comparativo delle offerte.

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione la Società ricorrente impugna gli atti in epigrafe, deducendo che Copra doveva essere esclusa dalla procedura selettiva per violazione degli artt. 81, 86 comma 3-bis e 87 comma 4 del D. Lgs. 163/2006, dell'art. 26 comma 6 del D. Lgs. 81/2008, nonché eccesso di potere per carenza di istruttoria, in quanto la stessa ha ommesso di indicare i costi aziendali relativi alla sicurezza.

La ricorrente chiede il risarcimento del danno in forma specifica, con eventuale caducazione del contratto, o in subordine per equivalente.

Si sono costituiti in giudizio il Comune e la controinteressata, chiedendo la reiezione del gravame.

Con ordinanza n. 447, adottata nella Camera di consiglio dell'11/10/2012, questa Sezione – nel dare atto dell'ampio orientamento giurisprudenziale favorevole alle ragioni esposte dalla parte ricorrente cui sembrava effettivamente contrapporsi una recente sentenza del Consiglio di Stato (sez. V n. 4510/2012) – ha fissato direttamente il merito della causa, nel frattempo disponendo che il servizio “continui ad essere assicurato dal gestore uscente, attuale ricorrente”.

Alla pubblica udienza del 30/1/2013 il ricorso veniva chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

DIRITTO

La ricorrente lamenta la mancata esclusione di Copra dalla procedura selettiva per l'affidamento del servizio quinquennale di refezione scolastica, per l'omessa indicazione nell'offerta degli oneri per la sicurezza.

1. Invoca in proposito la violazione degli artt. 81, 86 comma 3-bis e 87 comma 4 del D. Lgs. 163/2006, dell'art. 26 comma 6 del D. Lgs. 81/2008, l'eccesso di potere per carenza di istruttoria, in quanto la stazione appaltante ha previsto nella lettera d'invito (pag. 1), nel DUVRI (all. 7 lettera d'invito) e nel Dettaglio costi per la sicurezza (all. 14) gli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso (3.180 € per il quinquennio), e al contempo la lex specialis (art. 11 del capitolato) prevedeva l'obbligo di assicurare nello svolgimento del servizio “l'applicazione delle leggi in materia di prevenzione, infortuni e igiene del lavoro e sicurezza”. La disciplina di gara rinviava poi (art. 13 allegato 1 lettera d'invito) al D. Lgs. 163/2006 per quanto non previsto nel capitolato. Osserva Cir che – oltre ai costi da interferenza da stimare nel DUVRI ad opera della stazione appaltante – gli oneri da rischio specifico d'impresa devono essere indicati dal concorrente nella propria offerta (come da determinazione dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici n. 3/2008 e da copiosa giurisprudenza): Copra (a differenza della ricorrente) si è limitata ad esibire i soli oneri previsti dal Comune (appunto 3.180 € per il quinquennio) e non ha indicato l'ulteriore costo per gli oneri di sicurezza aziendali, ed ha ommesso altresì di rendere la dichiarazione di aver tenuto conto degli obblighi in materia di sicurezza e protezione dei lavoratori.

L'amministrazione ha evidenziato che:

- il servizio di refezione scolastica rientra nella categoria “servizi alberghieri e di ristorazione”, facente parte dell'elenco di cui all'allegato II-b del Codice dei contratti, sia per la natura del servizio sia per l'esplicita previsione di cui all'art. 13 del capitolato; ai sensi dell'art. 20 del D. Lgs. 163/2006 l'aggiudicazione degli appalti

aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato predetto è disciplinata (oltre che all'art. 27 sui principi generali) esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), e dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati);

- esiste il precedente del Consiglio di Stato, sez. V – 6/8/2012 n. 4510, che valorizza proprio l'appartenenza dell'oggetto dell'appalto (ristorazione scolastica) ad una categoria esclusa dall'applicazione delle norme del Codice (salvo quelle appena elencate), ed afferma che esso non soggiace alle disposizioni di legge che impongono di indicare i costi per la sicurezza;
- l'art. 11 comma 6 del capitolato speciale d'appalto racchiude un rinvio generico all'obbligo dell'appaltatore di assicurare nello svolgimento del servizio l'applicazione delle leggi in materia di prevenzione, infortuni e igiene del lavoro e sicurezza, che non permette di desumere alcunché riguardo agli oneri per la sicurezza aziendali;
- l'allegato 8 della lettera d'invito "Modello offerta economica" non racchiude alcuna previsione sull'inserimento delle somme per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso;
- la stazione appaltante poteva attivare, in caso di dubbi, il procedimento di verifica dell'anomalia.

La controinteressata ha a sua volta messo in luce, in aggiunta, che:

- gli invocati obblighi nascenti dal codice dei Contratti e da norme di dettaglio (come l'art. 26 comma 6 del D. Lgs. 81/2008) non sono elevabili al rango di "principi" comunitari (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 4510/12);
- l'art. 13 del capitolato contempla (nella sua parte finale) un rinvio generico al D. Lgs. 163/2006, destinato a recedere di fronte all'espresso richiamo dei soli artt. 68, 65 e 225;
- si registra l'ambiguità del modello per l'offerta economica, che non prevede spazi per inserire il valore degli oneri per la sicurezza;
- è irrazionale escludere un concorrente che ha fedelmente rispettato le modalità di predisposizione dell'offerta stabilite dalla *lex specialis*.

La prospettazione della ricorrente merita apprezzamento.

E' utile ripercorrere il quadro normativo di riferimento alla luce dell'approccio giurisprudenziale prevalente.

1.1 Gli artt. 86 comma 3-bis e 87 comma 4 del D. Lgs. 163/2006 impongono, anche per gli appalti di servizi e forniture, la specifica indicazione nell'offerta economica di tutti i costi relativi alla sicurezza.

La prima disposizione – analogamente all'art. 26 comma 6 del D. Lgs. 281/2008 recante norme in materia di tutela della salute e di sicurezza nei luoghi di lavoro – statuisce 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". La seconda – nell'ambito dei criteri di verifica delle offerte anomale – dispone tra l'altro 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".

1.2 Il combinato disposto delle due norme impone ai concorrenti di evidenziare gli oneri economici che ritengono di sopportare al fine di adempiere esattamente agli obblighi di sicurezza sul lavoro, al duplice fine di assicurare la consapevole formulazione dell'offerta con riguardo ad un aspetto nevralgico e di consentire alla stazione appaltante la valutazione della congruità dell'importo destinato a tale scopo (T.A.R. Lazio Roma, sez. I – 17/10/2012 n. 8522).

1.3 Le previsioni segnalate appartengono all'alveo delle norme di ordine pubblico, in quanto poste a presidio di diritti fondamentali dei lavoratori (T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II – 14/1/2013 n. 56; Consiglio di Stato, sez. V – 29/2/2012 n. 1172; sez. III – 20/12/2011 n. 6677).

1.4 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 – 3/10/2011 n. 5421). Le imprese partecipanti, pertanto, devono includere necessariamente nella loro offerta sia gli oneri di sicurezza per le interferenze (nell'esatta misura predeterminata dalla stazione appaltante), sia gli altri oneri di sicurezza da rischio specifico (o aziendali) la cui misura può variare in relazione al contenuto dell'offerta economica, trattandosi di costi il cui ammontare è determinato da ciascun concorrente in relazione alle altre voci di costo dell'offerta (T.A.R. Lazio Roma, sez. II-ter – 7/1/2013 n. 66; Consiglio di Stato, sez. III – 19/1/2012 n. 212).

1.5 La mancanza di una specifica previsione sul tema in seno alla *lex specialis* non giustifica la mancata indicazione dei costi per la sicurezza aziendale, e ciò sul fondamentale rilievo del carattere immediatamente precettivo delle norme di legge che prescrivono di esibire distintamente tali costi, idonee come tali a eterointegrare le regole della singola gara (ai sensi dell'art. 1374 del c.c.), e a imporre, in caso di loro inosservanza, l'esclusione dalla procedura (Consiglio di Stato, sez. III – 28/8/2012 n. 4622).

1.6 Anche in difetto di una comminatoria espressa nella disciplina speciale di gara, dunque, 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 (Sentenza Sezione II – 20/4/2011 n. 583 confermata in appello dal Consiglio di Stato, sez. III – 2/12/2011 n. 6380). L'esclusione dell'offerta si rivela doverosa anche ai sensi dell'art. 46 comma 1 bis del D. Lgs. 163/2006, configurando l'omessa specificazione degli oneri di sicurezza un'ipotesi di “mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice” idoneo a determinare “incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta” per difetto di un elemento essenziale (T.A.R. Piemonte, sez. I – 12/1/2012 n. 23).

1.7 Il delineato orientamento della giurisprudenza assolutamente dominante avalla la prospettazione della ricorrente Cir circa l'indefettibilità dell'indicazione dei costi per la sicurezza da rischio specifico, adempimento non soddisfatto dall'impresa proclamata aggiudicataria.

1.8 Le recenti pronunce richiamate dalla parti resistenti (Consiglio di Stato, sez. V – 6/8/2012 n. 4510; T.A.R. Piemonte, sez. I – 21/12/2012 n. 1376) si fondano essenzialmente sull'inserimento ad opera della stazione appaltante di una testuale previsione che circoscrive il raggio di applicazione del Codice dei contratti agli artt. 20, 65 e 68 (in quanto servizio enumerato all'allegato II-b del Codice medesimo) – e sulla mancata predisposizione di un apposito spazio nella scheda da dedicare all'offerta economica. Nella gara indetta dal Comune di Volta Mantovana analoga clausola è racchiusa all'art. 13 comma 2 del capitolato, e parimenti il modello-tipo per la proposta economica è privo di riferimenti ai costi per la sicurezza da rischio specifico.

1.9 Osserva al riguardo il Collegio – in disparte la valenza della previsione generale di chiusura dell'art. 13 – che la stessa disposizione invocata dal Comune e dalla controinteressata (art. 13 comma 2) specifica altresì che l'applicazione del D. Lgs. 163/2006 è limitata agli articoli “... espressamente richiamati nel bando di gara e nel presente capitolato speciale d'appalto”. Ebbene, proprio il capitolato all'art. 25 – rubricato “Offerte anomale” – richiama esplicitamente l'art. 86 del Codice dei contratti per cui l'offerta “deve essere corredata dalle giustificazioni relative a tutte le voci in essa comprese”, mentre le giustificazioni vanno formulate nel rispetto dell'art. 87 del D. Lgs. 163/2006 e devono riguardare i singoli prezzi unitari offerti. Se la portata della clausola è

depotenziata alla luce dell'abrogazione dell'art. 86 comma 5 del D. Lgs. 163/2006 – con riguardo in generale alle componenti del costo dei prodotti, del personale e del trasporto – resta tuttavia pienamente valida con riferimento all'obbligo di esibire gli oneri della sicurezza, la cui cogenza permane ai sensi dell'art. 26 comma 6 del D. Lgs. 81/2008, norma di ordine pubblico immediatamente precettiva e di applicazione incondizionata (come si è già sottolineato ai paragrafi 1.1 e 1.5). Peraltro anche l'art. 11 comma 6 del capitolato – nel delineare gli adempimenti a carico dell'aggiudicatario – stabilisce che il medesimo dovrà assicurare l'applicazione delle leggi in materia di prevenzione infortuni e igiene del lavoro e sicurezza, indicando poi espressamente proprio il D. Lgs. 81/2008, il cui art. 26 comma 6 introduce l'obbligo di indicare il costo relativo alla sicurezza fin dal momento di presentazione dell'offerta. E' pur vero che la prescrizione della *lex specialis* regola la fase esecutiva di svolgimento del servizio, e tuttavia l'evocazione del D. Lgs. 81/2008 avalla un'interpretazione estesa all'intero corpus normativo, così da comprendere gli obblighi afferenti all'intera procedura selettiva nelle sue differenti articolazioni, dalla fase di elaborazione e deposito delle proposte da parte dei concorrenti.

1.10 Da ultimo non va sottaciuto che sembra preferibile una collocazione della norma di ordine pubblico di cui si discorre – posta a tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori – tra i principi di derivazione comunitaria enucleati all'art. 27 del D. Lgs. 163/2006 (applicabili ai contratti esclusi dalle disposizioni del Codice). In particolare affiorano i canoni di parità di trattamento e trasparenza, i quali subirebbero un indubbio pregiudizio dalla mancata esibizione preventiva, da parte di tutte le imprese partecipanti al confronto comparativo, degli oneri per la sicurezza aziendale, impedendo alla stazione appaltante la tempestiva verifica della congruità degli importi dedicati ad un profilo delicato e sensibile, che afferisce alla salute e all'integrità fisica delle persone impiegate nell'impresa.

In conclusione il gravame è fondato e deve essere accolto.

2. L'accoglimento del ricorso ha efficacia pienamente satisfattiva delle ragioni della ricorrente, la quale (in difetto di ulteriori elementi ostativi) dovrà essere dichiarata aggiudicataria della gara d'appalto per l'intera durata prevista dalla *lex specialis*. Essa in tal modo ottiene il bene della vita cui aspira nella sua pienezza ed esaustività. Peraltro non risulta essere stato stipulato il contratto tra l'amministrazione e la controinteressata, poiché nelle more della definizione della causa Cir ha proseguito nella gestione del servizio.

Le oscillazioni giurisprudenziali giustificano la compensazione integrale delle spese di giudizio tra le parti in causa. Il contributo unificato deve essere posto a carico dell'amministrazione soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando accoglie il ricorso in epigrafe, e per l'effetto annulla gli atti recanti l'aggiudicazione del servizio alla controinteressata e quelli prodromici.

Spese di lite compensate.

Condanna l'amministrazione soccombente a rifondere alla ricorrente le spese del contributo unificato, ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis del D.P.R. 30/5/2002 n. 115.

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

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a dare comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 30 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/02/2013

IL SEGRETARIO

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