



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

()

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 del codice del processo amministrativo;

sul ricorso numero di registro generale 1130 del 2013, proposto dalla Edilres s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Ruscigno, con domicilio eletto in Bari, via De Rossi n. 16;

contro

Comune di Toritto, rappresentato e difeso dall'avv. Lorenzo Macchia, con domicilio eletto presso l'avv. Felice Eugenio Lorusso in Bari, via Amendola n. 166/5;

nei confronti di

Restauri Meda s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Emanuele Tomasicchio, con domicilio eletto presso l'avv. Francesco Paolo Di Modugno in Bari, via Maggiore Turitto, 3;

per l'annullamento

- della nota del Presidente della Commissione di gara — Responsabile *ad interim* del Settore LL.PP. e Patrimonio del Comune di Toritto, prot. n. 10988 del 23.7.201, trasmessa via posta elettronica in pari data, recante “Comunicazione annullamento delle esclusioni operate nella seduta di gara del 11/04/2013 e comunicazione nuova aggiudicazione provvisoria”, alla quale è stata allegata la determinazione del Responsabile del Settore LL.PP. e Patrimonio n. 61 - settore 3 del giorno 11.7.2013 e il relativo prospetto *sub lett. C*);

- della determinazione del Responsabile del settore LL.PP. - Patrimonio n. 61 - settore 3 del giorno del giorno 11.7.2013, avente ad oggetto “(...) Annullamento dell’aggiudicazione provvisoria disposta con il verbale di gara n. 2 del 11/04/2013 e nuova aggiudicazione provvisoria dell’appalto”, con la quale l’anzidetto Responsabile ha determinato - tra l’altro - “di annullare in autotutela ai sensi dell’art. 21-*nonies* della Legge n. 241/1990, le esclusioni operate nel corso della procedura di gara di cui all’oggetto ed il verbale di gara n. 2 del 11/04/2013 nella parte in cui dispone l’aggiudicazione provvisoria; 3. di riformulare la graduatoria di gara, come riviene dal prospetto allegato con la lettera C al presente provvedimento (...); 4. di procedere alla nuova aggiudicazione provvisoria dell’appalto, in favore della ditta Restauri Meda s.r.l.; 5. di avviare le verifiche circa il possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara dal nuovo aggiudicatario e dal concorrente che lo segue in graduatoria”;

- del sopracitato prospetto allegato sub 3) alla predetta determinazione n. 61 del giorno 11.7.2013, recante la graduatoria di gara esitata dal disposto annullamento;

- della deliberazione della G.M. del Comune di Toritto n. 62 del giorno 8.7.2013, recante l’indirizzo al predetto Responsabile di “- riaggiudicare la gara tenendo conto della sentenza n. 619/2013 (*recte*: 980/2013) del TAR

Puglia-Bari e quindi riammettendo in gara anche i concorrenti che hanno omesso di indicare nell'offerta economica i costi della sicurezza da rischio specifico o aziendale; - consegnare i lavori in via d'urgenza ai sensi dell'art. 1 ultimo periodo del D.Lgs. 163/2006 (...); 3.- di incaricare il responsabile del Settore LL.PP. — Patrimonio degli adempimenti consequenziali; (..)“;

- del provvedimento di sospensione (ex art. 21 *quater* della L. n. 241/1990) del provvedimento di esclusione dalla gara dei predetti concorrenti, comunicato loro mediante le note del 16.5.2013, richiamate nelle predetta determinazione n. 61 del giorno 11.7.2013;

- della nota del Presidente della Commissione di gara — Responsabile *ad interim* del Settore LL. PP. e Patrimonio del Comune di Toritto, prot. n. 11472 del giorno 1.8.2013, trasmessa in pari data al sottoscritto difensore, recante diniego del riesame degli atti sopra indicati e del (ri)esercizio del potere di autotutela, chiesti dalla Edilres;

- ove occorra, del bando-disciplinare e dell'allegato modulo d'offerta relativi all'appalto in questione, nonché della determina del ridetto Responsabile n. 26 del giorno 8.3.2013 (con cui sono stati approvati), *in parte qua* e nei limiti dell'interesse fatto valere col presente ricorso;

- di ogni eventuale altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e consequenziale, ancorché ignoto, ivi compresa (ove lesiva) la nota-relazione del suddetto Responsabile del 2.5.2013 prot. n. 6639, nonché l'eventuale determinazione di aggiudicazione definitiva e di affidamento dei relativi lavori in favore della controinteressata e, comunque, di soggetto diverso della Edilres;

nonché

per l'aggiudicazione della gara in favore della Edilres, avendo questa formulato un'offerta che, in mancanza dell'azione amministrativa tradottasi negli atti oggi impugnati, sarebbe risultata aggiudicataria della procedura *de qua*;

nonché

per la declaratoria di inefficacia del relativo contratto di appalto, ove stipulato, nelle more della decisione della presente controversia, tra Comune e controinteressata e, comunque, soggetto diverso dalla odierna ricorrente;

nonché

per la declaratoria del diritto della Edilres a subentrare nel medesimo contratto, ove concluso prima della decisione della presente controversia, anche per la parte residua;

nonché

in via subordinata, per il risarcimento per equivalente monetario dei danni -patiti e patendi- conseguenti all'illegittima aggiudicazione, per i titoli e nella misura *infra* indicati, con riserva di meglio specificarli e quantificarli in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Toritto e della Restauri Meda s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2013 il cons. Giuseppina Adamo e uditi per le parti i difensori, avv.ti Giuseppe Ruscigno, Lorenzo Macchia e Emanuele Tomasicchio;

Comunicata alle parti in forma diretta ed esplicita la possibilità di adottare una sentenza semplificata, ricorrendone le condizioni previste;

Sentite le stesse ai sensi dell'art. 60 del codice del processo amministrativo, approvato con il decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104;

La ricorrente era risultata aggiudicataria provvisoria nell'appalto per l'esecuzione dei lavori di miglioramento delle prestazioni energetiche del palazzo municipale di Toritto, in base al verbale di gara n. 2 del giorno 11 aprile 2013; con determinazione del Responsabile del Settore Lavori pubblici-patrimonio del giorno 11 luglio 2013 n. 61 - Settore terzo, in conformità agli indirizzi stabiliti dalla Giunta municipale con deliberazione 8 luglio 2013 n. 62, tale aggiudicazione provvisoria è stata annullata e i lavori (sempre provvisoriamente) sono stati assegnati alla Restauri Media S.r.l.

In sostanza, la commissione era pervenuta alla prima aggiudicazione a seguito anche dell'esclusione dalla procedura selettiva di quei concorrenti (36 su 95) che avevano ommesso d'indicare nell'offerta economica i costi relativi alla sicurezza da rischio aziendale; sennonché, dopo la pubblicazione della sentenza del T.A.R. Puglia, seconda Sezione, 14 giugno 2013 n. 980 (erroneamente indicata nell'atto con il n. di ricorso 619/2013), il Comune di Toritto si è determinato a riammettere le ditte precedentemente espulse dal procedimento, ripetendo le operazioni di gara sfocianti nella nuova aggiudicazione provvisoria in favore della Restauri Media S.r.l.

La Edilres S.r.l. contesta innanzitutto che il richiamo alla citata sentenza possa ritenersi pertinente.

La pronuncia evidenzia infatti che "né la *lex specialis*, né soprattutto il modello A (cioè il modello di domanda di partecipazione) distinguono tra oneri per la sicurezza aziendale ed oneri da interferenza.

Ancora, la dizione usata dalla S.A. per individuare gli oneri predeterminati induce in errore, avendo la stessa S.A. qualificato gli oneri da essa quantificati come "oneri per la sicurezza" e non oneri da interferenza.

La equivocità del bando è tanto evidente da aver indotto in errore la stragrande maggioranza dei partecipanti".

Perciò conclude: "A fronte di una tanto evidente ed estrema equivocità della *lex specialis*, il bando, senza alcuna necessità di impugnazione, va interpretato in modo da garantire il *favor participationis*".

L'argomento non ha pregio. Infatti la clausola del bando che, per la sua specificità e non ambiguità, secondo la prospettazione attorea, distinguerebbe il bando relativo ai lavori di miglioramento delle prestazioni energetiche da quello preso in considerazione nella sentenza n. 980/2013 consisterebbe nell'espressione "si fa rinvio (...) alla normativa vigente in materia", che è invece palesemente generica. Soprattutto si deve evidenziare che questi due atti d'indizione facevano parte di un gruppo di quattro bandi che sono stati formulati tutti nei mesi di febbraio e marzo 2013 (come risulta sin dalla nota del Comune 16 maggio 2013 n. 7340 e come espressamente ribadito dalla deliberazione giuntales d'indirizzo e infine dal difensore in camera di consiglio) ed erano basati sul medesimo modello, tant'è che l'Amministrazione municipale nella nota n. 7340 anticipa che il giudizio del T.A.R. sui provvedimenti espressivi emessi nella procedura relativa ai lavori stradali (e cioè quelli impugnati con ricorso associante nella sentenza n. 980/2013) "può rappresentare un importante riferimento anche per le altre gare espletate".

Né il tratto distintivo può rinvenirsi nella comunicazione che chiariva la necessità dell'indicazione degli oneri di sicurezza aziendali apparsa sul sito del Comune.

Di tale avviso non si conoscono gli estremi di pubblicazione; non si evince dagli atti neppure la data in cui le offerte - prima escluse e poi riammesse - siano state trasmesse, ma solo la data di scadenza per la presentazione (il giorno 8 aprile 2013 ore 9, perché alle 10 già si aprivano le buste). Esso comunque introduceva uno specifico nuovo adempimento, per cui (perché la prescrizione potesse valere anche ai fini dell'esclusione, nel rispetto della *par condicio*) perlomeno sarebbe stata necessaria una proroga dei termini per la presentazione, visto che probabilmente alcune offerte erano in via di spedizione o già spedite.

Tale conclusione non può essere smentita dall'argomento della ricorrente (speculare d'altronde a quello dell'eterointegrazione degli atti di gara, che ricorre di frequente nelle pronunce in materia), secondo la quale

l'avviso costituiva un mero chiarimento, che esplicitava il senso del "rinvio (...) alla normativa vigente in materia" contenuto nel bando. Ciò perché in realtà (come più diffusamente illustrato in prosieguo) la precisa indicazione dei costi di sicurezza aziendale non è espressamente imposta da alcuna norma a pena di esclusione.

Ciò che però rileva in questa sede è soprattutto, in sé, la questione delle conseguenze discendenti dalla mancata indicazione nell'offerta economica dei costi aziendali, in ordine alla quale deve registrarsi un contrasto giurisprudenziale tra quanti ritengono che l'esclusione del concorrente sia in tal caso del tutto automatica, facendosi richiamo al concetto di eterointegrazione del bando e qualificando l'indicazione dei costi per la sicurezza da "rischio specifico" come "elemento essenziale" dell'offerta, a norma dell'art. 46, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 e quanti (compresa l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici) invece sostengono che l'omessa specificazione degli oneri da "rischio specifico" non potrebbe mai giustificare la sanzione espulsiva, stante che l'art. 87, quarto comma, del codice dei contratti non prevede l'esclusione dalla gara, ma impone un criterio da seguire per la valutazione della congruità dell'offerta, vietando all'impresa di dimostrare la remuneratività e l'attendibilità del ribasso effettuato contraendo gli oneri della sicurezza (T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 27 settembre 2012, n. 1700; Sez. II, 31 maggio 2013 n. 896; T.A.R. Umbria, 22 maggio 2013 n. 301; AVCP, parere 8 marzo 2012 n. 27).

Occorre rammentare che la base normativa del dibattito è rappresentata dal citato articolo 87, comma quarto, che si limita a prescrivere che "Non sono ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza" per poi concludere 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".

In definitiva la sanzione dell'esclusione non risulta espressamente prevista in alcuna delle norme rilevanti (articoli 87, comma quarto, e 86, comma 3-*bis*, del decreto legislativo n. 163/2006 e articolo 26, comma sesto, del decreto legislativo n. 81/2008).

Di conseguenza, per assicurare il rispetto del principio di "tassatività delle cause di esclusione", di cui al comma 1-*bis* dell'art. 46 del codice dei contratti pubblici, introdotto dal D.L. n. 70/2011, bisognerebbe dimostrare che l'omessa indicazione dei costi aziendali rientri nell'ipotesi di "difetto di altri elementi essenziali".

Tale qualificazione è però oltre modo dubbia, considerato che tale dato non rappresenta un elemento decisivo ai fini dell'attribuzione del punteggio sul contenuto dell'offerta, bensì un costo separato da porsi a carico totale dell'impresa; nello stesso senso possono leggersi gli atti dell'Autorità di Vigilanza che, in sede di determinazione sui "bandi - tipo", ai sensi dell'articolo 64, comma 4-*bis*, del codice dei contratti pubblici, non ha compreso la mancata indicazione degli oneri di sicurezza da "rischio specifico" tra le cause tassative di esclusione (AVCP, determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012).

In definitiva, occorre riconoscere che l'articolo 87, quarto comma, è collocato sistematicamente non già in sede di disciplina del contenuto essenziale delle offerte, bensì nell'ambito dei "criteri di verifica delle offerte anormalmente basse" e che perciò esso si riferisca alla valutazione che dev'essere effettuata nell'ambito dell'apposito sub-procedimento.

Nell'ipotesi (che ricorre nella fattispecie in esame) dunque in cui la *lex specialis* nulla abbia specificato in ordine all'onere d'indicare i costi di sicurezza aziendale, l'esclusione verrebbe a colpire (in contrasto con i principi di certezza del diritto, di tutela dell'affidamento e del *favor participationis*) concorrenti che hanno presentato un'offerta perfettamente conforme alle prescrizioni stabilite dal bando e dall'allegato modulo d'offerta; né può ritenersi ammessa la contestazione della mancanza nel bando della clausola che imponesse detta quantificazione a pena di esclusione quando la selezione si è conclusa, in quanto il termine per impugnare tale atto d'indizione deve

farsi decorrere dal momento della sua pubblicazione, attesa l'immediata percepibilità del vizio da parte delle imprese interessate alla partecipazione, che non possono strumentalmente riservarsi di chiedere l'annullamento della *lex specialis* di gara - e dell'intera procedura in via consequenziale - nell'ipotesi di esito non favorevole (T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 6 dicembre 2012, n. 2075; Cons. Stato, Sez. IV, 7 novembre 2012 n. 567; Sez. VI, 26 febbraio 2010 n. 1140).

L'articolo 87 può essere invece interpretato nel senso che la stazione appaltante, ritenendo indispensabile acquisire dati certi su questi costi aziendali da utilizzare in sede di verifica dell'anomalia, deve prevedere, già negli atti d'indizione della gara, l'indicazione da parte dei singoli concorrenti degli oneri di sicurezza aziendali e sanzionare la relativa mancanza; ma se ciò non si è verificato, verrebbero poste in danno delle ditte partecipanti le conseguenze negative derivanti dalla stessa omissione della stazione appaltante. D'altronde, a riprova dell'affidamento incolpevole dei concorrenti a poter partecipare alla selezione secondo gli adempimenti formali letteralmente previsti nel bando, rileva l'alto numero di esclusi per questa causa anche nella gara in esame.

Sotto altro profilo, poi, la sanzione espulsiva non risulta conforme alla *ratio* del paradigma normativo di riferimento, che risponde all'esigenza di consentire alla stazione appaltante di verificare la congruità ed attendibilità dell'offerta, sotto il profilo della garanzia della sicurezza dell'esecuzione dell'appalto: invero, l'automaticità del meccanismo non solo impedirebbe il contraddittorio, ma contrasterebbe con i principi del diritto europeo come enucleati nella sentenza della Corte di giustizia UE 15 maggio 2008 in C-148/2006.

Quanto alle censure riguardanti l'*iter* sfociante nella determinazione del Responsabile del Settore Lavori pubblici - Patrimonio del giorno 11 luglio 2013 n. 61 - Settore terzo, occorre innanzitutto chiarire che (al contrario di quanto presuppone l'istante) l'aggiudicazione provvisoria ha natura di atto endoprocedimentale, inserendosi nell'ambito della procedura di scelta del contraente come momento necessario ma non decisivo, in attesa dell'aggiudicazione definitiva; pertanto, versandosi ancora nell'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara e vantando in tal caso l'aggiudicatario provvisorio solo una aspettativa alla conclusione del procedimento, non s'impone la comunicazione di avvio del procedimento per il ritiro dell'aggiudicazione (*ex plurimis*: Cons. Stato, Sez. V, 18 febbraio 2011, n. 1055; 13 ottobre 2010, n. 7460; 12 febbraio 2010, n. 743; T.A.R. Puglia, Sez. I, 17 giugno 2009, n. 1526).

Sulla base di questa premessa si rivela infondata anche la contestazione d'incompetenza del Dirigente LL.PP., incompetenza che si radicherebbe nel fatto che l'insieme dei provvedimenti impugnati integrerebbero il caso di un *contrarius actus* rispetto alla prima esclusione dei concorrenti e alla precedente aggiudicazione provvisoria in favore della Edilres disposte dalla commissione.

Al proposito occorre tener presenti alcuni elementi di fatto rilevanti, come la circostanza che il detto Dirigente fosse anche il responsabile del procedimento, nonché il presidente della commissione e che quest'ultima fosse composta da altri due membri, rispettivamente con funzione di testimone e di testimone-segretario, e ancora che, per quanto non acquisita documentalmente per l'opposizione della società ricorrente, la discussione in camera di consiglio ha avuto anche ad oggetto l'avvenuta ratifica dell'operato del Dirigente da parte della commissione. Inoltre è dubbio che la determina n. 61/2013 possa effettivamente qualificarsi come *contrarius actus*, considerato che essa è intervenuta nella procedura ancora non del tutto conclusa.

Il rigetto dell'azione demolitoria comporta la reiezione delle conseguenti domande, compresa quella risarcitoria, rispetto alla quale non si ravvisa nella fattispecie il danno ingiusto, per le ragioni sovraesposte.

Le particolarità dell'intera vicenda e il contrasto giurisprudenziale sopra segnalato giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione unica), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Antonio Pasca, Consigliere

Giuseppina Adamo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/10/2013

IL SEGRETARIO

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