

N. 02056/2012 REG.PROV.COLL.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 796 del 2012, proposto da:
Fratelli Bernard Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Fulvio Mastroviti, Silvio Giancaspro, con
domicilio eletto presso Annarita Marasco in Lecce, via Garibaldi, N. 43;

contro

Azienda Sanitaria Locale Taranto, rappresentata e difesa dall'avv. Fabio Tagliente, con domicilio
eletto presso Fabrizio Tommasi in Lecce, via Verdi 5 (piazzetta S. Chiara);

nei confronti di

Lim Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Cafagna, con domicilio eletto presso Giuseppe A
Marasco in Lecce, viale G Grassi 4/C;

per l'annullamento

-della deliberazione del D.G. n.1160 del 19.04.2012, comunicata in data 24.04.2012, con cui la ASL
TA ha aggiudicato alla ditta LIM s.r.l. l'appalto avente ad oggetto la "fornitura del servizio di
lavanolo per la durata di tre anni di divise per il personale del set 118 dell'ASL TA ", nonché di tutti
gli atti della procedura concorsuale ed in particolare:

-dei verbali di gara n. 1/6.4.2011, 2/22.04.2011, 3/13.05.2011, 5/25.11.2011 e 6/10.01.2012;

- di ogni altro atto e provvedimento al predetto connesso, presupposto o consequenziale, ivi incluse,
ove occorra, la note prot. n. 244/19.01.2012 e n. 1568/13.03.2012 concernenti il sub procedimento
di verifica della anomalia della offerta dell'aggiudicataria; nonché per la declaratoria dell'inefficacia
del contratto di appalto, se ed in quanto stipulato, tra la ASL TA e LIM s.r.l., e del conseguente
diritto della ricorrente a subentrare nello svolgimento della prestazione contrattuale; per la condanna
dell'amministrazione intimata al risarcimento del danno ingiusto subito dalla ricorrente per effetto
dell'esecuzione degli atti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale Taranto e di Lim Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 ottobre 2012 il dott. Carlo Dibello e uditi per le parti i
difensori avv.ti C. Giorgiani in sostituzione degli avv.ti F. Mastroviti e S. Giancaspro e l'avv.to L.
Carpentieri in sostituzione dell'avv.to P. Cafagna;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente ricorso, la F.lli Bernard s.r.l. impugna la delibera 1160 del 19 aprile 2012, con la quale il Direttore generale dell'ASL TA ha aggiudicato alla Ditta LIM s.r.l. l'appalto avente ad oggetto la " fornitura del servizio di lava nolo per la durata di tre anni di divise per il personale del settore 118 dell'ASL TA".

Formano oggetto di gravame anche gli atti della procedura concorsuale e, in particolare, i verbali di gara che hanno cristallizzato il compiersi delle operazioni preliminari alla scelta del contraente . In ultima analisi, è censurato anche il sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta. La ditta ricorrente rivolge al TAR istanza diretta a sancire l'inefficacia del contratto di appalto eventualmente intercorso tra ASL TA e aggiudicatario , nonché il subentro di essa ricorrente nello svolgimento della prestazione contrattuale .

Infine, è chiesta la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno ingiusto subito. Le censure sviluppate dalla ditta ricorrente sono queste:

1) il disciplinare di gara , all'art.10.L, non consentiva alcun adempimento alternativo alla presentazione del documento di valutazione dei rischi, né la possibilità di attestarne l'esistenza mediante dichiarazione sostitutiva di certificazione, ex art.46 dpr 445/2000; è peraltro, escluso in senso assoluto che la formazione del D.V.R. possa essere autocertificata dall'aggiudicatario;

2) La LIM ha presentato un'offerta tecnica composta da elaborati descrittivi ammontanti a 93 pagine. Ciò è avvenuto in violazione dell'art.10.4 dello stesso disciplinare di gara in tema di presentazione dell'offerta tecnica che stabilisce, a pena di esclusione, la predisposizione di un elaborato di 60 pagine al massimo;

3) La Lim ha formulato un'offerta economica con utile pari a zero: tanto si desume dal fatto che il costo indicato – cioè € 290.700-, corrisponde esattamente al costo triennale del servizio in ragione del numero di dipendenti del 118 in favore dei quali è previsto il lavaggio delle divise; peraltro, il costo orario indicato è errato: si parla, infatti, di € 15,13 in luogo di € 18,53, ossia il costo orario risultante dall'applicazione del CCNL di categoria;

4) La documentazione probatoria richiesta dalla stazione appaltante ad integrazione del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara è stata versata in ritardo rispetto ad un termine che deve ritenersi perentorio, ai sensi dell'art.48, comma 2 del d.lgs 163/2006;

La ASL TA si è costituita in giudizio a mezzo di controricorso, con il quale è stato chiesto il respingimento del gravame principale.

Anche la L.I.M. s.r.l. si è costituita in giudizio ed ha chiesto pronunciarsi l'inammissibilità, la improcedibilità del ricorso o, il suo respingimento nel merito.

La controversia è stata posta in decisione alla pubblica udienza del 4 ottobre 2012

DIRITTO

Il ricorso è fondato con particolare riguardo al primo motivo di censura.

Nel caso proposto all'attenzione del Collegio, il disciplinare di gara stabiliva, in termini inequivocabili, al punto 10. L , che l'impresa concorrente dovesse, a pena di esclusione, produrre il documento di valutazione dei rischi inerente al ciclo produttivo aziendale.

La ragione di una produzione documentale del genere, adempimento insuscettibile di alternative modalità di esecuzione nello stesso contesto del regolamento di gara, può agevolmente rintracciarsi nella esigenza, predeterminata dalla Stazione appaltante, di selezionare, quale miglior contraente possibile, il concorrente in grado di fornire prova immediata di avere eseguito un monitoraggio

compiuto e analitico in ordine ai profili di rischio per la salute e la sicurezza dei lavoratori, connessi all'attività imprenditoriale formante oggetto dell'appalto.

La previsione della comminatoria di esclusione dalla gara per il caso di omessa produzione del documento di valutazione dei rischi era ed è senz'altro finalizzata ad una responsabilizzazione dell'impresa ad essa partecipante.

Con l'art 10.L , la stazione appaltante si è auto vincolata al rispetto di una clausola del regolamento la quale risponde alla necessità di rendere avvertito l'operatore economico circa il doveroso e preventivo screening sui rischi insiti nella attività di lavanolo.

Si tratta, peraltro, di attività lavorativa che pone il dipendente a contatto con agenti chimici e con macchinari che presentano indubbi profili di pericolosità.

La clausola in questione, lungi dall'implicare un inutile aggravio procedimentale a carico del concorrente, ne esalta la particolare cura e attenzione rispetto al tema generale della sicurezza dei lavoratori e, con essa, ad una corretta esecuzione dell'appalto

La tesi – sostenuta dalla difesa della controinteressata- secondo la quale si potesse adempiere alla prescrizione del bando di gara anche attraverso la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà appare francamente non condivisibile.

Ed invero, appare opportuno rammentare che l'art 46 del D.P.R. 445/2000, norma dedicata alle Dichiarazioni sostitutive di certificazioni, stabilisce che “ . Sono comprovati con dichiarazioni, anche contestuali all'istanza, sottoscritte dall'interessato e prodotte in sostituzione delle normali certificazioni i seguenti stati, qualità personali e fatti:

- a) data e il luogo di nascita;
- b) residenza;
- c) cittadinanza;
- d) godimento dei diritti civili e politici;
- e) stato di celibe, coniugato, vedovo o stato libero;
- f) stato di famiglia;
- g) esistenza in vita;
- h) nascita del figlio, decesso del coniuge, dell'ascendente o discendente;
- i) iscrizione in albi, registri o elenchi tenuti da pubbliche amministrazioni;
- l) appartenenza a ordini professionali;
- m) titolo di studio, esami sostenuti;
- n) qualifica professionale posseduta, titolo di specializzazione, di abilitazione, di formazione, di aggiornamento e di qualificazione tecnica;

- o) situazione reddituale o economica anche ai fini della concessione dei benefici di qualsiasi tipo previsti da leggi speciali;
- p) assolvimento di specifici obblighi contributivi con l'indicazione dell'ammontare corrisposto;
- q) possesso e numero del codice fiscale, della partita IVA e di qualsiasi dato presente nell'archivio dell'anagrafe tributaria;
- r) stato di disoccupazione;
- s) qualità di pensionato e categoria di pensione;
- t) qualità di studente;
- u) qualità di legale rappresentante di persone fisiche o giuridiche, di tutore, di curatore e simili;
- v) iscrizione presso associazioni o formazioni sociali di qualsiasi tipo;
- z) tutte le situazioni relative all'adempimento degli obblighi militari, ivi comprese quelle attestate nel foglio matricolare dello stato di servizio;
- aa) di non aver riportato condanne penali e di non essere destinatario di provvedimenti che riguardano l'applicazione di misure di sicurezza e di misure di prevenzione, di decisioni civili e di provvedimenti amministrativi iscritti nel casellario giudiziale ai sensi della vigente normativa ;
- bb) di non essere a conoscenza di essere sottoposto a procedimenti penali;
- bb-bis) di non essere l'ente destinatario di provvedimenti giudiziari che applicano le sanzioni amministrative di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 ;
- cc) qualità di vivenza a carico;
- dd) tutti i dati a diretta conoscenza dell'interessato contenuti nei registri dello stato civile;
- ee) di non trovarsi in stato di liquidazione o di fallimento e di non aver presentato domanda di concordato.

La norma sopra richiamata non può dunque venire in soccorso alla tesi che si è prima ricordata , dal momento che essa non include affatto, tra gli stati, le qualità personali o i fatti suscettibili di rappresentazione a mezzo di dichiarazioni sostitutive di certificazioni, la compilazione del Documento di Valutazione dei Rischi, richiesto dalla Stazione appaltante a pena di esclusione.

Nemmeno il successivo art.47 del medesimo articolato normativo può giovare alla tesi della difesa della L.I.M..

Ed invero, si rileva che sebbene la lettura in superficie della norma “ L'atto di notorietà concernente stati, qualità personali o fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato è sostituito da dichiarazione resa e sottoscritta dal medesimo con la osservanza delle modalità di cui all'articolo 38” , faccia pensare alla facoltà di autocertificare la sussistenza di tutti i fatti, gli stati personali o le qualità di un soggetto non inclusi nella previsione dell'art 46 precedente, con conseguente

possibilità di rendere dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà in merito alla avvenuta compilazione del documento di valutazione dei rischi, ciò che conta ai fini di una corretta interpretazione del discorso normativo è il riferimento a fatti, stati personali, o qualità riconducibili alla nozione di fatto notorio, cioè di fatto, in generale, facilmente accertabile e conoscibile da chiunque.

Il Collegio ritiene, in proposito, che la predisposizione del documento di valutazione dei rischi da parte dell'imprenditore partecipante ad una procedura ad evidenza pubblica non può ricondursi alla nozione di fatto notorio, atteso che si tratta di circostanza nota al solo interessato e, al più, al suo circuito organizzativo, esulando senz'altro da un patrimonio di notizie facilmente conoscibili da chiunque.

Occorre, d'altronde, riferire che non è solo una lettura rigorosa delle norme in materia di semplificazione degli obblighi di documentazione amministrativa a militare in senso favorevole all'accoglimento del ricorso.

Se si ammettesse la possibilità per il concorrente di attestare, in regime di autocertificazione, di avere redatto il documento di valutazione dei rischi, si offrirebbe all'operatore economico un comodo strumento per eludere la regola della obbligatoria predisposizione del documento, sancita addirittura a pena di incorrere nei rigori della sanzione penale dall'art 55 del d.lgs 81/2008.

E, d'altra parte, la ricostruzione della mens legis derivante dalla lettura ragionata delle previsioni che il D.Lgs 81 del 2008 dedica allo specifico tema della salute e della sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro corrobora la tesi restrittiva che il Collegio propugna in questa sede.

L'unica disposizione che introduce una qualche deroga al principio della obbligatoria redazione del documento di valutazione dei rischi, e della sua insostituibilità a mezzo di dichiarazioni semplificate, appare essere contenuta nell'art 29, comma 5 del sopra richiamato decreto legislativo.

La norma in questione recita “ I datori di lavoro che occupano fino a 10 lavoratori effettuano la valutazione dei rischi di cui al presente articolo sulla base delle procedure standardizzate di cui all'articolo 6, comma 8, lettera f). Fino alla scadenza del terzo mese successivo alla data di entrata in vigore del decreto interministeriale di cui all'articolo 6, comma 8, lettera f), e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2012, gli stessi datori di lavoro possono autocertificare l'effettuazione della valutazione dei rischi. Quanto previsto nel precedente periodo non si applica alle attività di cui all'articolo 31, comma 6, lettere a), b), c), d) nonché g) .”

Si osserva, a tal riguardo, che la norma non accorda affatto la possibilità di una autocertificazione avente ad oggetto la predisposizione del documento di valutazione dei rischi ma, semmai, e in una chiara logica di “favor” per il bene della salute e della sicurezza dei lavoratori, consente di autocertificare “ l'effettuazione della valutazione dei rischi “.

Questo vuol dire che il datore di lavoro non può limitarsi- come è avvenuto nella specie- ad autocertificare la redazione del documento di valutazione dei rischi ma deve rendere ragione, quantomeno, delle principali operazioni che gli hanno permesso di individuare i fattori di maggiore esposizione a rischio all'interno della propria organizzazione imprenditoriale, pur se in regime agevolato di autocertificazione.

E, ancora, la norma trova applicazione nella sola ipotesi in cui si tratta di impresa che occupa un numero di lavoratori fino a 10, e, in ogni caso, ha un raggio temporale di operatività che non va oltre il 31 dicembre 2012.

La natura derogatoria e, anzi, il carattere eccezionale e transitorio della disciplina che permette al datore di lavoro di utilizzare, a date condizioni, una modalità alternativa alla materiale elaborazione del documento di valutazione dei rischi costituiscono elementi di indubbio valore ermeneutico per avvalorare la tesi del carattere assolutamente inderogabile della previsione del bando di gara, e della inutilità di un comportamento alternativo del concorrente alla gara .

Così come occorre riferire che, in realtà, la ditta LIM s.r.l. non ha inteso giovare di tale prescrizione derogatoria ma ha ritenuto, semmai, di potersi avvalere dei meccanismi di semplificazione documentale previsti dal D.P.R. 445/2000.

Né può trovare favorevole accoglimento la tesi, pur prospettata dalla difesa della ASL resistente, che fa leva sulla tassatività delle cause di esclusione, principio generale introdotto in un'ottica di allargamento della partecipazione alle gare pubbliche con la modifica dell'art 46 del codice appalti, arrecata alla norma con l'art 4, comma secondo, lettera d) del D.L.13 maggio 2011,n.70.

A questo ordine di argomentazioni si risponde rammentando che il bando di gara di cui si discute è stato pubblicato nel vigore della precedente versione della norma, il che implica, per il principio di irretroattività della disposizione di legge, stabilito dall'art.11 delle preleggi, la inapplicabilità alla gara di cui si controverte della regola della tassatività delle cause di esclusione e della conseguente automatica nullità delle previsioni del bando di gara atte a dare vita a ragioni di esclusione atipiche . Il principio è stato affermato, di recente, proprio dalla Sezione, la quale, con sentenza 5 ottobre 2012 n. 1646 ha affermato che "Il principio della tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto, previsto dall'art. 46, comma 1 bis del codice dei contratti pubblici, introdotto dal decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, non può essere applicato nel caso in cui la lex specialis sia anteriore all'entrata in vigore della citata novella normativa; con la conseguenza che, in tal caso, le clausole previste a pena di esclusione dalla Stazione appaltante, differenti da quelle tassativamente elencate nella medesima disposizione normativa (incertezza in ordine alla provenienza della domanda, al suo contenuto o alla sigillazione dei plichi), non possono essere considerate automaticamente nulle.

E quand'anche dovesse ritenersi che il sindacato giurisdizionale sulla autonoma previsione, da parte della Stazione appaltante, di una causa di esclusione possa e debba essere esercitato alla stregua di quanto previsto nel vigore della precedente normativa, occorre riferire che non è irragionevole stabilire l'espulsione dalla gara di una ditta che non si è attenuta alla chiara prescrizione del bando di gara contenente l'obbligo di produrre il documento di valutazione dei rischi.

Le ulteriori censure possono ritenersi assorbite.

In definitiva, il ricorso è da accogliere, con conseguente annullamento della impugnata aggiudicazione definitiva.

Le spese di giudizio possono essere compensate a motivo della complessità della controversia

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la delibera di aggiudicazione definitiva dell'appalto impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 4 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Costantini, Presidente

Carlo Dibello, Primo Referendario, Estensore
Paolo Marotta, Referendario

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 14/12/2012

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