

N. 01492/2014 REG.PROV.COLL.
N. 05149/2013 REG.RIC.



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 della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5149 del 2013, proposto da:
Antea S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t. rappresentato e difeso dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso Giovanni Tirone in Napoli, via Petrarca N.20 (Parco Cerimele);

contro

Istituto Nazionale Tumori I.R.C.C.S.-Fondazione G.Pascale, in persona del direttore generale p.t. rappresentato e difeso dagli avv. Carmine Mariano, Giovanni Rajola Pescarini, con domicilio eletto presso Carmine Mariano in Napoli, sede legale dell'Istituto, via M. Semmola C/0 Pascale;

nei confronti di

Fratelli Giordano S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Vitale, con domicilio eletto presso Domenico Vitale in Napoli,

Segreteria T.A.R.;

per l'annullamento

del verbale di gara del 07/10/2013 di esclusione della ricorrente dalla gara per l'affidamento del servizio di manutenzione ordinaria del patrimonio immobiliare dell'istituto;

per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato;

per la condanna a disporre il subentro della ricorrente nell'aggiudicazione e nel contratto e, in subordine, al risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Istituto Nazionale Tumori I.R.C.C.S.-Fondazione G.Pascale e di Fratelli Giordano S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 febbraio 2014 il dott. Antonio Andolfi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1. Premesso che la presente sentenza è redatta in forma semplificata ai sensi dell'articolo 120, c. 10, C. p. a. ;

2. Considerato che l'impresa ricorrente è stata esclusa dalla gara di appalto per non aver indicato, nell'offerta economica, i costi per la sicurezza aziendale;

3. Considerato che, con il ricorso indicato in epigrafe, la ricorrente chiede l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara, per violazione degli articoli 86 e 87 del codice dei contratti pubblici, non essendo imposta ai concorrenti nelle gare di appalto di lavori pubblici l'indicazione specifica degli oneri relativi alla sicurezza aziendale; per violazione dell'articolo 46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici, non ricorrendo nel caso di specie una delle tassative cause di esclusione ivi stabilite; per violazione, sotto altro profilo, degli articoli 86 e 87 del decreto legislativo 163 del 2006, non rilevando l'omessa indicazione in sede di offerta dei costi della sicurezza aziendale come automatica causa di esclusione, ma, semmai, come elemento di valutazione dell'anomalia dell'offerta; per violazione della lettera di invito, del principio di buona fede, del principio del legittimo affidamento, del principio della massima partecipazione, perché l'offerta economica è stata redatta in conformità al modulo predisposto dalla stazione appaltante e secondo le indicazioni contenute nella lettera di invito;

4. Ritenuto fondato e assorbente il motivo di impugnazione con cui si deduce la violazione del principio del legittimo affidamento;

5. Considerato, infatti, che l'impresa ricorrente è stata esclusa dalla gara per avere presentato un'offerta economica con un ribasso percentuale del 46,10%, al netto degli oneri per l'attuazione di piani di sicurezza, sul prezzo posto a base d'asta;

che l'offerta economica risulta perfettamente conforme alla lettera di

invito e al disciplinare di gara che prevedevano, a pena di esclusione, che nella busta B- offerta economica- dovessero essere contenuti i seguenti documenti: dichiarazione, redatta in conformità all'allegato A/2, intitolato modulo dell'offerta, contenente l'indicazione del ribasso percentuale (in cifre e in lettere) sull'importo dei lavori, a misura, posti a base di gara, al netto degli oneri di sicurezza non soggetti al ribasso;

che l'espressa dicitura, nell'offerta economica, dei costi della sicurezza aziendale non era prevista né nel disciplinare, né nella lettera di invito, né tantomeno nel modello allegato al disciplinare che le ditte sono state invitate ad utilizzare per stilare l'offerta economica;

che, nonostante ciò, la commissione di gara ha deliberato l'esclusione dalla procedura selettiva di 8 ditte, tra cui la ricorrente, su 9 partecipanti, per l'omessa indicazione, nell'offerta economica, dei costi della sicurezza aziendale, in asserita violazione degli articoli 86, comma 3 bis e 87, comma 4 del decreto legislativo 163 del 2006, anche in assenza di una previsione della *lex specialis*, così aggiudicando l'appalto all'unica impresa che, pur avendo presentato un'offerta con un ribasso minore rispetto a tutte le altre, aveva indicato i costi per la sicurezza aziendale;

6. Ritenuto che, conformemente a condivisibile precedente giurisprudenziale, nell'ipotesi in cui la *lex specialis* nulla abbia specificato in ordine all'onere d'indicare, a pena di esclusione, i costi

di sicurezza aziendale, l'esclusione della ditta che abbia omissa tale indicazione verrebbe a colpire, in contrasto con i principi di certezza del diritto, di tutela dell'affidamento e del favor participationis, i concorrenti che hanno presentato un'offerta perfettamente conforme alle prescrizioni stabilite dal bando e dall'allegato modulo d'offerta, per cui la stazione appaltante, in osservanza del suddetto principio del favor participationis, deve ammettere a partecipare alla procedura di evidenza pubblica la medesima ditta (cfr. T.A.R. Piemonte, sez. I, 22 novembre 2013, n. 1254);

7. Infatti, seppure l'articolo 86, comma 3 bis del decreto legislativo 163 del 2006 obbliga gli enti aggiudicatori a predisporre le gare d'appalto e a valutare l'anomalia delle offerte tenendo conto della congruità e sufficienza, tra l'altro, dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere espressamente indicati nelle offerte, la disposizione normativa individua espressamente come sue destinatarie le stazioni appaltanti che sono pertanto obbligate, innanzitutto, a prevedere, nel disciplinare di gara, che le offerte economiche rechino la espressa indicazione dei costi della sicurezza aziendale; quindi, nell'ambito del procedimento di valutazione della anomalia delle offerte, le stazioni appaltanti dovranno verificare la congruità e l'adeguatezza degli oneri per la sicurezza; la disposizione, peraltro, analogamente alla norma recata dall'articolo 87, comma 4 del medesimo codice, non contempla espressamente l'omessa indicazione, nell'offerta economica, dei costi della sicurezza aziendale tra le cause di

esclusione automatiche dalle procedure di affidamento;

8. Ne deriva che, indubbiamente, la mancanza di esplicita previsione nella lettera di invito e nel disciplinare di gara dell'obbligo di indicazione, nell'offerta economica, dei costi per la sicurezza, costituisca violazione degli articoli 86 e 87 del decreto legislativo 163 del 2006 da parte, innanzitutto, della stazione appaltante, responsabile della redazione del bando e del disciplinare di gara;

tale illegittimità, peraltro, non può pregiudicare le ragioni dell'impresa che abbia riposto legittimo affidamento nella regolamentazione della gara disposta dalla stazione appaltante, redigendo un'offerta economica perfettamente conforme a quanto richiesto;

9. L'esclusione di tale impresa, oltre che in violazione del principio del legittimo affidamento, non tiene conto della norma di cui all'articolo 46 comma 1 bis del codice dei contratti pubblici, laddove sono indicate le cause tassative di esclusione;

tra le cause di esclusione, l'articolo 46 comma 1 bis contempla il mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice, dal regolamento o da altre disposizioni di legge vigenti;

sebbene una interpretazione estremamente rigorosa, condivisa anche da una parte della giurisprudenza, ritenga che la mancata indicazione dei costi della sicurezza aziendale possa ricadere tra le cause di esclusione tassativamente previste, con implicita integrazione in tal senso del bando, ricorrendo inadempimento alle richiamate

prescrizioni del codice, con particolare riferimento agli articoli 86 e 87, a giudizio del Collegio tale interpretazione non può essere condivisa, dovendosi ritenere che il principio della tassatività delle cause di esclusione imponga alle stazioni appaltanti, quantomeno, di indicare espressamente e chiaramente tali cause di esclusione, soprattutto qualora, come nella fattispecie, la causa di esclusione applicata non sia chiaramente e esplicitamente prescritta dalla legge o dal regolamento, ma sia ricavabile, in via interpretativa, da una norma disciplinante la diversa questione della verifica delle anomalie, nell'ambito di una disposizione che individua come destinataria di essa non già l'impresa offerente, bensì la stazione appaltante;

10. Alla luce delle considerazioni sopra esposte, verificato altresì che, nel caso concreto, l'interpretazione della norma sostenuta dalla commissione di gara ha comportato l'esclusione dalla procedura della quasi totalità delle imprese partecipanti, deve ritenersi che il provvedimento impugnato sia stato adottato in violazione dei principi del legittimo affidamento e della certezza del diritto;

11. Ne deriva che il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, il provvedimento impugnato deve essere annullato;

12. La omessa allegazione della stipulazione del contratto d'appalto, indicata come meramente eventuale, esime il Collegio dal pronunciare sulle relative domande;

13. Le spese di giudizio devono essere poste a carico della stazione appaltante, che ha dato causa alla controversia, nella misura liquidata

in dispositivo, mentre possono essere compensate rispetto alla controinteressata;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Condanna l'Amministrazione resistente a pagare alla ricorrente la somma di euro 2.000 (duemila), oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato, a titolo di rimborso delle spese processuali, che compensa tra le parti private.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere

Antonio Andolfi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/03/2014

IL SEGRETARIO

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