

Publicato il 20/01/2023

N. 00077/2023 REG.PROV.COLL.
N. 01221/2022 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 per il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1221 del 2022, proposto dalla Csa Security S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Zanardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Acea Pinerolese Industriale S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Pierpaolo Prinetto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Societa' Cooperativa San Domenico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Russo e Francesco Dal Piaz, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del provvedimento n. 88/22 del 2.11.2022, oggetto della comunicazione ex Art. 76 comma 5 del D.Lgs. n. 50/2016 del 3.11.2022 (Rif. 162323/TC/tc),

con il quale Acea Pinerolese Industriale S.p.A. ha provveduto all'aggiudicazione alla Società Cooperativa San Domenico dell'appalto “per l'affidamento del servizio di portierato, centralino, telecontrollo e servizi accessori presso la sede di Acea Pinerolese Industriale S.p.A. in Pinerolo” (CIG 9392677A41);

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso, ancorchè di estremi e contenuto sconosciuti, ivi compresi il provvedimento n. 86/22 del 27.10.2022, i verbali delle sedute di gara, la relazione del RUP del 27.10.2022;

- e/o la dichiarazione di inefficacia, del contratto di affidamento dell'appalto, qualora medio tempore stipulato.

Per la dichiarazione di subentro di CSA Security S.r.l. nel contratto di dell'appalto, se medio tempore stipulato.

Nonché per l'accertamento e la condanna al risarcimento dei danni patiti e *patiendi* da CSA Security S.r.l. in conseguenza dei provvedimenti impugnati e, comunque, ad essi connessi, da quantificarsi, eventualmente in via equitativa, anche in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Acea Pinerolese Industriale S.p.A. e della Società Cooperativa San Domenico;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2023 il dott. Marcello Faviere e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ACEA Pinerolese Industriale S.p.A. ha indetto, con bando pubblicato il 9.09.2022, una gara, mediante procedura aperta da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo il miglior rapporto

qualità prezzo, per l'affidamento del servizio di portierato, centralino, telecontrollo e servizi accessori presso la sede di Acea Pinerolese Industriale S.p.A. in Pinerolo.

Alla competizione hanno partecipato 6 operatori ed è risultata aggiudicataria la Soc. Cooperativa San Domenico (con una valutazione tecnica di 69 punti e una economica di 24,88 punti, totale 93,88 punti) mentre si è collocata al secondo posto la CSA Security s.r.l. (con una valutazione tecnica di 53 punti e una economica di 30 punti, totale 83,00 punti).

La gara è stata aggiudicata con provvedimento n. 86 del 27.10.2022, seguito dal provvedimento n. 88 del 2.11.2022 di aggiudicazione efficace, avverso il quale la seconda classificata ha notificato ricorso, il 17.12.2022, in cui lamenta l'illegittimità degli atti di gara per violazione di legge ed eccesso di potere sotto plurimi profili, instando altresì per il rilascio di misure cautelari ed il risarcimento dei danni.

Con decreto monocratico n. 1141/2022 questo Tribunale ha accolto l'istanza cautelare.

Per resistere al gravame si sono costituiti la ACEA Pinerolese Industriale S.p.A. (il 29.12.2022) e la Soc. Coop. San Domenico (il 20.12.2022). Ha fatto seguito il deposito di memoria e documenti della amministrazione resistente (il 3.01.2023) e di memoria della controinteressata (il 7.01.2023).

Alla camera di consiglio del 10.01.2023 la causa è stata trattenuta in decisione, con riserva di sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

2. Il ricorso è fondato.

3. Con l'unico motivo di ricorso si lamenta la violazione dell'art. 95, comma 10, e dell'art. 97 comma 5 del D.Lgs. n. 50/2016, dell'art. 26 del D.Lgs. n. 81/2008 nonché dell'art. 18 del disciplinare di gara; eccesso di potere per carenza istruttoria e di motivazione, manifesta ingiustizia ed illogicità, violazione dei principi di imparzialità, trasparenza, par condicio e autovincolo. Emerge dagli atti di gara che l'offerta economica della impresa aggiudicataria reca, alla voce oneri aziendali per la sicurezza, una quantificazione pari a zero

(cfr. doc. n. 21-a. di parte resistente).

Ciò a fronte di un disciplinare di gara che evidenziava, al punto n. 18, la necessità di indicare nel modello predisposto per l'offerta economica *“la stima dei costi aziendali relativi alla salute ed alla sicurezza sui luoghi di lavoro di cui all'art. 95, comma 10 del Codice. Detti costi relativi alla sicurezza connessi con l'attività d'impresa dovranno risultare congrui rispetto all'entità e le caratteristiche delle prestazioni oggetto dell'appalto”*.

Risulta altresì pacifico agli atti che la stazione appaltante, pur avendo effettuato una verifica di congruità, sussistendo i presupposti dell'art. 97, comma 3 del D.Lgs. n. 50/2016 (cfr. doc. n. da 8 a 12 di parte resistente), ha concentrato tale analisi sui costi della manodopera senza istruttoria, richiesta di chiarimenti o giustificativi in ordine alla quantificazione a “zero” degli oneri aziendali per la sicurezza (cfr. relazione del RUP del 27.10.2022, doc. n. 8 di parte ricorrente).

Nel caso di specie non si assiste ad un caso di mancata indicazione separata degli oneri aziendali in seno all'offerta economica, per la quale la giurisprudenza maggioritaria, anche di matrice comunitaria, ammette soluzioni espulsive di tipo automatico e l'impossibilità di ricorrere (salvo casi di materiale impossibilità formale di indicazione degli stessi nella modulistica predisposta dalla stazione appaltante) al soccorso istruttorio (cfr. *ex multis* Cons Stato, Ad. Plen. 02/04/2020, n. 7, CGUE, nona Sezione, 2/05/2019, causa C-309/18, Cons. Stato, Ad. Plen., Ord., 24/01/2019, n. 1).

Nel caso di specie, infatti, l'offerta del concorrente reca una indicazione di tali costi quantificandola a zero. Come evidenziato da recente giurisprudenza, *“nelle gare pubbliche la fissazione degli oneri aziendali per la sicurezza nella cifra pari a zero, effettuata nell'offerta economica, non essendo assimilabile alla totale pretermissione di indicazioni al riguardo, non può costituire motivo di estromissione dalla gara, a prescindere dalla natura intellettuale del servizio da affidare e dalla possibilità di ricorrere o meno all'ausilio del soccorso istruttorio”* (T.A.R. Campania Napoli Sez. II, 26/04/2021, n. 2686).

La questione pertanto si sposta dal piano formale a quello sostanziale.

L'indicazione di costi della sicurezza pari a zero sottintende una specifica valutazione, da parte dell'impresa offerente, in ordine agli effetti economici dell'applicazione delle regole di sicurezza nello svolgimento concreto del servizio, ascrivibile alla consapevole volontà di determinarli in tale misura, sulla base dell'assunto che, in ragione di particolari circostanze relative alla tipologia di appalto e/o alle modalità con le quali si ritenga di fare fronte ai costi predetti, l'indicato azzeramento corrisponda all'effettiva incidenza degli stessi sull'offerta economica.

Ne deriva che ogni questione di verifica del rispetto dei doveri inerenti alla salute e alla sicurezza sul lavoro è destinata a spostarsi dal versante dichiarativo a quello sostanziale, concernente la congruità di una simile quantificazione.

Come evidenziato, nel caso di specie la verifica di anomalia dell'offerta si è celebrata ma in sede procedimentale nessun elemento in merito alla quantificazione degli oneri per la sicurezza è stato né richiesto né offerto dall'impresa aggiudicataria.

Nelle proprie difese l'amministrazione si limita ad riportare che il costo orario offerto dall'aggiudicatario è maggiore di quello offerto dalla ricorrente (15,07 euro contro 12,50 euro), che i costi della sicurezza per l'eliminazione delle interferenze sono assenti e che la scelta di non effettuare l'istruttoria sulla componente degli oneri aziendali per la sicurezza discende dal fatto che i servizi oggetto dell'appalto sono di tipo immateriale (gestione centralino, numeri verdi, gestione della corrispondenza, sorveglianza e custodia accessi, telesorveglianza e ispezione locali) e richiedono pertanto minime misure di sicurezza. Deduce pertanto di non aver ritenuto incongrua la indicazione a zero dei costi per la sicurezza.

L'art. 97, comma 5, del codice, nel descrivere il procedimento di anomalia, dispone che la stazione appaltante "esclude" l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti o

se ha accertato che l'offerta è anormalmente bassa in quanto sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 95, comma 10, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture.

In sostanza il passaggio istruttorio sulla valutazione della congruità degli oneri aziendali si pone come obbligatorio ed autonomamente escludente rispetto all'analisi del livello complessivo dei prezzi e degli altri costi di cui l'offerta si compone (retribuzioni, costi del personale, degli obblighi di cui all'art. 105 e di cui all'art. 30, comma 3 del codice).

Tale carenza istruttoria assume rilevanza determinante per la valutazione di congruità poiché il codice attribuisce a tale componente di costo valore essenziale per l'offerta. La giurisprudenza giunge a riconoscere che *“la modifica dei costi della manodopera, introdotta nel corso del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, comporta un'inammissibile rettifica di un elemento costitutivo ed essenziale dell'offerta economica, che non è suscettivo di essere immutato nell'importo, al pari degli oneri aziendali per la sicurezza, pena l'incisione degli interessi pubblici posti a presidio delle esigenze di tutela delle condizioni di lavoro e di parità di trattamento dei concorrenti, come imposte dall'art. 95, comma 10, del D.Lgs. n. 50 del 2016”* (Cons. Stato Sez. III, 28/10/2022, n. 9312).

A nulla rileva il fatto che la stazione appaltante abbia ritenuto inesistenti i costi interferenziali per la sicurezza, giacché trattasi di due grandezze aventi scopo e funzioni diverse. Gli oneri della sicurezza costituiscono costi aziendali, dovuti alle misure obbligatorie per legge, per la gestione del rischio “proprio” connesso all'attività svolta e alle misure operative gestionali (come identificati sostanzialmente nel documento di valutazione dei rischi di cui all'art. 18 del D.Lgs. n. 81/2008 ed includono i DPI, la sorveglianza sanitaria, la gestione delle emergenze, l'addestramento e l'informazione, il servizio di prevenzione e protezione) della singola impresa. I costi interferenziali per la sicurezza sono invece connessi alle prestazioni da svolgere sui luoghi in cui l'appalto viene eseguito, la cui determinazione è rimessa alla stazione appaltante (ai sensi dell'art. 23, commi 15 e 16 del codice, nonché dell'art. 26

del D.Lgs. n. 81/2008) nei documenti di gara e, per i lavori, nel PSC (per i quali l'art. 97, comma 6, del codice non ammette giustificativi e ribassi).

Nel caso di specie, peraltro, le tabelle ministeriali applicate dall'aggiudicataria per la valutazione della congruità del valore della manodopera (per il settore multiservizi, cfr. doc. n. 11 di parte resistente e doc. n. 20 e 21 di parte ricorrente) indicano espressamente che il costo aziendale minimo annuo pro capite della sicurezza (D.P.I., visite mediche, D.Lgs 81/2008 e s.m.i.) è pari ad euro 200,00, con riferimento al personale di livello impiegatizio.

A fronte di tale elemento la stazione appaltante non poteva omettere specifica istruttoria al fine di verificare le ragioni dello scostamento tra il valore "zero" indicato in offerta e quello indicato come presunto nelle tabelle ministeriali.

A nulla rileva, infine, che le prestazioni oggetto di appalto siano considerate dalla stazione appaltante "immateriali" o di scarso impatto in tema di sicurezza, giacché, non trattandosi di prestazioni propriamente intellettuali (unico caso che la norma ammette per escludere l'obbligo *de quo*), la stazione appaltante aveva comunque l'onere di accertare la congruità dell'offerta in punto di oneri per la sicurezza.

Del resto la stessa documentazione di gara (art. 18 del disciplinare e la relativa modulistica) lascia intendere che l'amministrazione avesse previsto e ritenuto doverosa la quantificazione di tali voci di costo. Queste ultime hanno costituito altresì oggetto di attenzione da parte della commissione di gara che espressamente ne ha preso atto nei propri verbali (cfr. doc. n. 7 di parte ricorrente), a testimonianza della non irrilevanza attribuita a tale componente dell'offerta.

Occorre a questo punto svolgere una precisazione in punto di tutela accordabile alla pretesa di parte ricorrente.

Quest'ultima impugna il provvedimento di aggiudicazione efficace, censurandolo per difetto di istruttoria e carenza motivazionale, nonché i provvedimenti presupposti, inclusa la relazione del RUP del 27.10.2022 sulla

congruità dell'offerta (richiamata in entrambi i provvedimenti di aggiudicazione).

I difetti così lamentati derivano dall'illegittimità del provvedimento istruttorio con cui il responsabile del procedimento ha condotto e concluso, in senso positivo, l'esame di anomalia dell'offerta. I provvedimenti di aggiudicazione n. 86/2022 e 88/2022 sono conseguentemente illegittimi per difetto di istruttoria in relazione alla valutazione dei costi di sicurezza, azzerati nell'offerta della controinteressata.

Occorre pertanto annullare i provvedimenti impugnati al fine della riattivazione della fase di verifica di anomalia dell'offerta, giusto l'insegnamento giurisprudenziale secondo il quale *“l'annullamento giudiziale del provvedimento con cui in una gara pubblica l'amministrazione si è pronunziata sulla anomalia dell'offerta determina di regola la rivalutazione della questione da parte della stessa amministrazione”* (Cons. Stato, sez. V, 21/03/2022, n. 2049, conforme Cons. Stato, sez. V, 2/11/2020, n. 6761).

Non emerge infatti chiaramente nella specie - né può essere autonomamente apprezzato dal giudice - un esito valutativo finale sulla sostenibilità economica dell'offerta della soc. coop. San Domenico in relazione al costo di sicurezza, alla luce dei profili di doglianza esposti nel ricorso, né emergono altre cause per le quali l'offerta andava comunque esclusa.

L'annullamento dei provvedimenti, a fronte dei profili d'illegittimità riscontrati, non comporta pertanto il necessario e automatico affidamento della commessa in favore della ricorrente, bensì la necessità di una rivalutazione dell'anomalia dell'offerta da parte della stazione appaltante sulla base di quanto sopra indicato.

4. In conclusione il ricorso va accolto, nei termini sopra esposti; per l'effetto si dispone l'annullamento dei provvedimenti impugnati e la nuova valutazione della congruità dell'offerta dell'impresa controinteressata secondo quanto suesposto. In ragione di ciò la domanda di risarcimento danni, peraltro non ulteriormente coltivata, deve essere respinta.

5. La dinamica dei fatti di causa giustifica l'integrale compensazione delle spese di giudizio nei confronti della controinteressata e il pagamento delle spese di lite a carico di Acea Pinerolese Industriale s.p.a..

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie ai fini e per le ragioni di cui in motivazione e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna Acea Pinerolese Industriale s.p.a. a corrispondere alla ricorrente la somma di euro 2.000 (duemila), oltre agli accessori di legge e al rimborso del contributo unificato.

Spese compensate nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gianluca Bellucci, Presidente

Marcello Faviere, Referendario, Estensore

Martina Arrivi, Referendario

L'ESTENSORE
Marcello Faviere

IL PRESIDENTE
Gianluca Bellucci

IL SEGRETARIO