



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 3266/2014 RG, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla Poliziotto Notturmo s.r.l., corrente in Atripalda (BN), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Donato Pennetta, con domicilio eletto in Roma, via E. Q. Visconti n. 20, presso lo studio dell'avv. Petracca,

contro

l'Azienda sanitaria locale – ASL di Benevento, in persona del Direttore generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Caterina Costantini, con domicilio eletto in Roma, via Avellino n. 19, presso lo studio dell'avv. Pietrantuono e

nei confronti di

Vigilanza SECUR BULL s.r.l., corrente in Saviano (NA), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, controinteressata, rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Vitale, con domicilio eletto in Roma, via Cosseria n. 2, presso lo studio dell'avv. Placidi,

per la riforma

del dispositivo di sentenza del TAR Campania – Napoli, sez. V, n. 1892/2014 e della relativa sentenza n. 3058/2014, concernenti l'esclusione della Società controinteressata dalla gara per il servizio di vigilanza presso alcune strutture dell'ASL intimata;

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimare;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, c. 10, c.p.a.;

Relatore all'udienza pubblica del 16 ottobre 2014 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi altresì, per le parti, gli avvocati Villani (su delega di Pennetta), Pietrantuono (su delega di Costantini) e Panizzolo (su delega di Vitale);

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – Con deliberazione n. 83 del 17 maggio 2013, il Direttore generale dell'ASL di Benevento ha indetto una procedura aperta, da aggiudicarsi al prezzo più basso, per l'affidamento triennale del servizio di vigilanza presso alcune strutture aziendali, per un importo complessivo a base d'asta pari a € 1.345.500,00, di cui € 2.100,00 per oneri di sicurezza per rischi interferenziali non soggetti a ribasso.

A tal gara ha inteso partecipare, tra gli altri, la Poliziotto Notturmo s.r.l., corrente in Atripalda (BN), nonché la Vigilanza SECUR BULL s.r.l. e la Società di vigilanza privata *La Vittoria* s.r.l., tutt'e tre proponendo offerta. In esito alla gara, queste due ultime imprese si son collocate al primo e, rispettivamente, al secondo posto della graduatoria di merito, ma ne sono state escluse perché non hanno specificato in offerta l'importo dei costi per la sicurezza da rischio specifico (o aziendale). E ciò a differenza della Poliziotto Notturmo s.r.l., terza graduata, che appunto ha

distintamente esposto tali costi, separandoli dall'offerta economica, onde essa è divenuta aggiudicataria definitiva.

2. – Avverso le statuizioni d'esclusione, le predette Società sono insorte, ciascuna per suo conto, innanzi al TAR Napoli.

In particolare, con il ricorso n. 5214/2013 RG, la Vigilanza SECUR BULL s.r.l. ha impugnato, con il gravame introduttivo, l'atto d'esclusione, la nota direttoriale prot. n. 155432 del 28 ottobre 2013 e l'aggiudicazione definitiva, i cui estremi erano al tempo sconosciuti. Coi motivi aggiunti depositati il 29 novembre 2013, essa ha impugnato altresì la deliberazione direttoriale n. 256 del 19 novembre 2013 (aggiudicazione definitiva dell'appalto alla Poliziotto Notturmo s.r.l.), chiedendo inoltre la dichiarazione d'inefficacia del contratto ove nel frattempo stipulato, nonché il suo subentro nella posizione dell'aggiudicataria o, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente. Avverso tal ricorso, la Poliziotto Notturmo s.r.l. ha interposto gravame incidentale, deducendo: I) – l'omessa indicazione, da parte della ricorrente principale nella tariffa oraria esposta in offerta, dei costi per il passaggio di cantiere, invece previsti per mantenere i livelli occupazionali; II) – la necessità in ogni caso dell'esclusione della ricorrente principale, giacché il mantenimento di tali livelli, quand'anche non previsto dal disciplinare di gara, è imposto dalla l. reg. Camp. n. 3/2007; III) – la violazione del principio di *par condicio* ove non fosse disposta l'esclusione della ricorrente principale; IV) – il mancato annullamento della gara perché la stazione appaltante ha omesso di dar notizia a tutte le imprese partecipanti sia del quesito posto dalla ricorrente principale, sia della risposta fornita, in relazione a quanto stabilito dal § 8) del disciplinare, nonché dagli artt. 70, c. 10 e 71, c. 2 del Dlg 12 aprile 2006 n. 163.

Nelle more di tal giudizio, il 27 dicembre 2013 è intervenuto il contratto tra l'ASL e la Poliziotto Notturmo s.r.l. Con dispositivo n. 1892 del 1° aprile 2014, è stato pubblicato, ai sensi dell'art. 120, c. 9, c.p.a., l'esito del predetto giudizio.

Con sentenza n. 3058 del 4 giugno 2014, l'adito TAR, disattesa l'impugnazione incidentale, ha poi accolto quella principale, stante l'illegittimità dell'esclusione *de qua* «... in quanto adottata in assenza di tale espressa previsione di gara: l'obbligo di indicare, a pena di esclusione, i costi della sicurezza aziendale non è, infatti, fissato né nel bando di gara, né nel relativo disciplinare, né nel capitolato, né nel modello (allegato F del Disciplinare) ...». Invero, a detta del TAR, il § 9.2.) del disciplinare di gara impone che la busta B) contenga «... a pena di esclusione i seguenti documenti: ... "DICHIARAZIONE ex art. 87, comma 4, del d.lgs. n.163/2006, nella quale la ditta dovrà indicare i costi della sicurezza" ...». Poiché tal § 9.2.) obbliga d'indicare «... l'importo complessivo delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza da sostenere per l'esecuzione dell'appalto...», ad avviso del TAR ciò non è che un richiamo alla nozione dei soli costi interferenziali, senza specifico riferimento a quelli aziendali. Ciò è confermato altresì dalla «...la circostanza ...che il modello precompilato (Allegato F) fornito in allegato alla "lex di gara ..." per la formulazione dell'offerta economica ed utilizzato dalle partecipanti..., non recava alcuno spazio utile per una distinta indicazione dei suddetti "costi aziendali", oltre quelli interferenziali, non soggetti a ribasso...». Sicché, a fronte d'una siffatta ed ambigua clausola, la stazione appaltante avrebbe dovuto non già escludere in modo automatico detta impresa, ma valutare la congruità della sua offerta mediante la verifica dell'eventuale anomalia, nella specie non superabile della prevista presentazione delle giustificazioni ex art. 87, c. 2 del Dlg 163/2006.

3. – Appella quindi la Poliziotto Notturmo s.r.l., con il ricorso in epigrafe, gravandosi dapprima nei confronti del dispositivo n. 1892/2014.

Con i motivi aggiunti depositati il 19 giugno 2014, la Società appellante impugna quindi la sentenza n. 3058/2014, deducendo in punto di diritto: A) – l'erroneo rigetto dell'impugnazione incidentale di primo grado; B) – l'erronea interpretazione resa dal TAR sia sui §§ 4) e 9.2.) del disciplinare, sia sul contenuto specifico del modulo di cui al relativo all. F) per la compilazione dell'offerta; C) – la violazione

degli artt. 86 e 87 del Dlg 163/2006, i quali, ove occorra, integrano le eventuali lacune della *lex specialis* in tema di costi da rischi specifici (o aziendali); D) – l'erroneità della sentenza laddove pretende che si dovesse attivare il sub-procedimento di verifica dell'anomalia, giacché la Società appellata ha del tutto omesso l'indicazione dei predetti costi e non possono esser chiesti ulteriori giustificazioni circa gli elementi costitutivi dell'offerta economica; E) – l'erroneo e illogico riferimento della sentenza al principio di *favor participationis*, ché il bando non è punto ambiguo e l'appellata ha avuto modo di rendere, secondo l'ordinaria diligenza, ogni chiarimento sul punto. Resiste in giudizio l'ASL intimata, che difende il proprio operato e conclude per l'accoglimento del presente appello. S'è costituita in giudizio anche l'appellata Vigilanza SECUR BULL s.r.l., la quale eccepisce l'infondatezza del ricorso in epigrafe e ne chiede il rigetto.

Alla pubblica udienza del 16 ottobre 2014, su conforme richiesta delle parti, il ricorso in epigrafe è assunto in decisione dal Collegio.

4. – L'appello non convince, per le ragioni di cui appresso.

Per ragioni di priorità logica, vanno esaminati (e disattesi) i motivi del gravame incidentale di primo grado, qui riproposti a seguito del loro rigetto da parte del TAR. Corretta e condivisibile è la statuizione del TAR in ordine al preteso obbligo di dar contezza del passaggio di cantiere (ai fini del mantenimento dei livelli occupazionali) e di esporre i relativi costi. Infatti, all'uopo basta, senza la necessità di ulteriori e formalistiche solennità estranee all'oggetto dell'appalto, la dichiarazione di cui al § 9) dell'all. A) al disciplinare di gara, in virtù del quale le imprese partecipanti alla procedura *de qua* s'impegnano a rispettare gli artt. 25/27 del CCNL di categoria. Non nega il Collegio che l'appellante abbia un interesse a far constare, al di là del rispetto di tal prescrizione della *lex specialis*, l'eventuale indizio d'anomalia dell'offerta, ferma l'autonoma valutazione spettante alla stazione appaltante ex art. 87, c. 1 del Dlg 163/2006, discendente dalla mancanza di un'indicazione specifica dei costi inerenti

al passaggio *de quo*. In disparte, però, l'estrema genericità di tal deduzione, questo interesse al più implica che sia attivato il sub-procedimento di verifica di tal sospettata anomalia, non certo l'obbligo della stazione appaltante di escludere, *tout court* e solo per tal fatto, la Società appellata.

Non a diversa conclusione deve il Collegio pervenire circa il preteso annullamento integrale della gara *de qua*, a causa dell'inadempimento della *par condicio* circa l'obbligo, da parte della stazione appaltante, di notificare tutte le imprese partecipanti dei chiarimenti chiesti dalla e forniti all'impresa appellata.

Ora, l'art. 71, c. 2 del Dlg 163/2006 impone alle stazioni appaltanti di comunicare le informazioni complementari sui capitolati d'oneri e sui documenti complementari, ove «...*chieste in tempo utile, ...almeno sei giorni prima della scadenza del termine stabilito per la ricezione delle offerte...*». Sul punto l'appellante non chiarisce in che cosa mai si sostanzi la complementarietà delle informazioni rese alla Vigilanza SECUR BULL s.r.l., anzi, neppure dice di che informazioni si tratti (cfr. pag. 9/10). Se però queste ultime concernono il c.d. passaggio di cantiere, allora non vi è alcuna reale integrazione della *lex specialis*, giacché nulla è innovato rispetto a quanto già è detto in essa o sarebbe stato facile ritrarvi in base alla mera interpretazione letterale del relativo testo. In tal caso, scolora l'argomento dell'appellante in ordine alla sanzione connessa all'omessa pubblicazione delle informazioni d'interesse comune ai partecipanti, per l'evidente motivo, chiarito dal TAR secondo ragionevolezza e proporzionalità nell'applicazione del citato art. 71, c. 2, per cui un «... *qualsiasi chiarimento fornito in sede di gara è inidoneo a modificare la "lex specialis" consolidatasi con la pubblicazione del bando...*».

5. – Del pari da rigettare sono le altre questioni poste dall'appellante, essendo opportuno precisare fin d'ora che la sentenza del TAR non ha certo determinato il mero ripristino della graduatoria di merito e, dunque, della posizione poziora della Società appellata in quel contesto.

Non si dimentichi che, nella specie e come s'è visto dianzi, qui si controverte sulla legittimità, o no, della necessità d'espone in modo analitico i costi della sicurezza aziendale con un'indicazione specifica e separata rispetto al contenuto proprio dell'offerta economica, ossia della remunerazione attesa per il servizio dedotto in appalto. Affermando l'insussistenza d'un siffatto obbligo, allora la sentenza se non implica, certo conduce, realizzando il presupposto ex art. 87, c. 1 del Dlg 163/2006, all'attivazione del sub-procedimento di verifica dell'anomalia sull'offerta dell'appellata, cui l'ASL appaltante non provvede per tempo perché statui direttamente l'esclusione. Ben si vede che solo in esito a siffatta verifica, in cui si dovrà effettuare la valutazione complessiva sulla tenuta e la congruenza di tal offerta —per quanto attiene in modo specifico ai costi della sicurezza aziendale commisurati al contenuto effettivo della prestazione dedotta in appalto—, s'avrà la definizione della graduatoria e la permanenza e la collocazione di detta impresa in essa.

Non sfugge al Collegio che, sulla vicenda dell'esposizione analitica di detti costi, il § 9.2) del disciplinare di gara impose alle imprese partecipanti di inserire nella busta B) – offerta economica, «... a pena di esclusione i seguenti documenti:... "DICHLARAZIONE ex art. 87, comma 4, del d.lgs. n.163/ 2006, nella quale la ditta dovrà indicare i costi della sicurezza"...».

Di ciò dà atto pure il TAR il quale, però (e rettamente), precisa che, nel corpo del medesimo § 9.2.) —e, si badi, PRIMA della disposizione testé citata—, v'è pure l'obbligo d'indicare «... l'importo complessivo delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza da sostenere per l'esecuzione dell'appalto...». La disposizione, per vero e com'è formulata, è al contempo generica ed ambigua, perché s'esprime dapprima con una locuzione più vicina alla nozione dei costi interferenziali, poi richiama quelli aziendali. Ma non è finita: essa non fornisce sul punto un apposito spazio, nel modello precompilato di cui all'All. F) al disciplinare, ove indicare questi

ultimi con quella specificità che la stessa legge di gara in modo tanto enfatico pretenderebbe.

Piace su tal aspetto al Collegio rammentare che il meccanismo sostitutivo ex art. 1339 c.c., per cui l'art. 87 del Dlg 163/2006 potrebbe integrare le eventuali lacune della *lex specialis* per i costi da rischi specifici (o aziendali), opera solo in presenza di norme imperative recanti una rigorosa predeterminazione dell'elemento destinato a sostituirsi alla clausola difforme (cfr. Cons. St., III, 24 giugno 2014 n. 3195). Al riguardo, anzitutto, non val obiettare che il § 4) del disciplinare stabilì in complessivi €. 2.100,00 l'ammontare degli oneri di sicurezza per i rischi interferenziali (non soggetti a ribasso), di talché il successivo § 9.2) non potrebbe che concernere gli oneri di sicurezza da rischio specifico. A tutto concedere, non basterebbe neppure che il relativo ammontare sia determinato da ciascun concorrente in base alla propria offerta, occorrendo, affinché operi l'art. 87, c. 4 del Dlg 163/2006, che sia la medesima stazione appaltante ad indicarlo in modo espresso e stringente, in relazione all'oggetto dell'appalto ed al suo valore. Ove ciò non accada, non trova applicazione il citato art. 1339, ove siano comunque affidati alle parti del contratto quantità e corrispettivo specifico, nonché il metodo e la concreta manifestazione degli elementi (i costi della sicurezza da rischio specifico) in questione (arg. ex Cons. St., V, 23 febbraio 2015 n. 884).

Né il dato testuale dell'art. 86, c. 3-bis del Dlg 163/2006 giustifica interpretazioni per cui v'è una preclusione invincibile all'omessa indicazione dei predetti costi, tale comunque da attivare tal meccanismo. Invero, la norma prevede «... *nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di...servizi ..., gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto 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 norma si rivolge alle stazioni appaltanti, imponendo loro,

«... nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte...», d'effettuare una specifica valutazione della congruità dei costi del lavoro e della sicurezza indicati dalle imprese concorrenti. Essa invero prevede che i costi in questione debbono essere specificamente indicati, ma tal indicazione è in sé ed oggettivamente funzionale alla verifica di congruità. Sicché la mancanza di essa, anche per le imprese partecipanti a gare per appalti di servizi, non giustifica l'automatica esclusione delle stesse imprese dalla procedura comparativa, se la stazione appaltante non ha preliminarmente proceduto ad una verifica sulla serietà e sostenibilità dell'offerta economica nel suo insieme (arg. ex Cons. St., III, 13 dicembre 2013 n. 5983; id., n. 3195/2014, cit.; id., 21 novembre 2014 n. 5746).

Come si vede, non opera solo la sanzione espulsiva, non certo la rigorosa valutazione dell'offerta che tali oneri della sicurezza non ha espressamente indicato, onde l'impresa concorrente dev'essere chiamato a specificarli, nell'ambito della fase di verifica della congruità dell'offerta stessa. Né giova obiettare che l'art. 87, c. 2 del Dlg 163/2006 esclude dalle giustificazioni siffatti oneri, in quanto, in sede d'anomalia, si accerta la tenuta globale di un'offerta ormai irrevocabile, anche alla luce dei costi per i rischi aziendali, non tal singolo elemento in sé. Esso serve sì alla stazione appaltante, affinché essa possa adempiere al suo onere, che peraltro esiste pure oltre o indipendentemente da questo procedimento, di verificare il rispetto di norme inderogabili a tutela dei fondamentali interessi dei lavoratori in relazione all'entità ed alle caratteristiche del servizio. Spetta, tuttavia, alla stessa impresa dimostrare, con serietà, la tenuta della sua offerta nell'incorporare gli oneri predetti.

6. – In definitiva, l'appello va respinto, ma giusti motivi suggeriscono la compensazione integrale, tra le parti, delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. III), definitivamente pronunciando sull'appello (ricorso n. 3266/2014 RG in epigrafe), lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 16 ottobre 2014, con l'intervento dei sigg. Magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/04/2015

IL SEGRETARIO

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