

N. 00056/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00359/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 359 del 2017, proposto da:
Soc. Coop., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa
dall'avvocato , con domicilio eletto presso il suo studio in Perugia, via ;

contro

, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa per legge
dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Perugia, domiciliata in Perugia, ;

nei confronti di

Consorzio, s.r.l., s.r.l., s.r.l., s.r.l., Impresa ,
s.r.l., ; s.r.l., Consorzio , s.p.a., s.r.l., s.r.l.;

per l'annullamento

previa sospensione

A) del Decreto del Direttore Generale dell' n. 228 del 10/8/2017 (nonché della
relativa nota di trasmissione prot. n. 58051 dell'11/8/2017), con il quale, preso atto della
proposta di aggiudicazione in favore della S.r.l. formulata dal Seggio di gara nel
verbale del 28/7/2017, è stato aggiudicato definitivamente a quest'ultima, che ha offerto
un ribasso pari al 34,97400% sull'importo dei lavori posto a base di gara, l'affidamento
dei “lavori di restauro della facciata del primo Chiostro di San Pietro” (CUP
J92F12000150005 - CIG 7016353DA6) e di cui alla DDG n. 132 del 12/5/2017;

B) per quanto di ragione, di tutti gli atti della procedura ad evidenza pubblica e, in
particolare, dei verbali del Seggio di gara relativi alle operazioni di apertura delle buste
contenenti l'offerta economica delle partecipanti, nonché relativi alle determinazioni
conseguenti;

C) per quanto di ragione, di tutti gli atti nominativamente indicati nel DDG n. 228 del 10/8/2017 e di cui al punto sub A), tra cui il DDG n. 132 del 12/5/2017, il DDG 169 del 23/6/2017, il DDG n. 172 del 27/6/2017, il DDG n. 206 del 25/7/2017;

D) per quanto di ragione e nei termini di cui *melius infra*, della lettera di invito alla procedura in questione prot. n.35343 del 15/5/2017, nonché del Capitolato tecnico;

E) di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto e/o connesso e/o conseguente.

NONCHÉ

- per l'accertamento del diritto della ricorrente di ottenere l'aggiudicazione della procedura negoziata per i lavori in questione e, quindi, a subentrare nel relativo contratto, previa declaratoria di inefficacia di quello eventualmente stipulato dall' con l'impresa S.r.l.;

- per la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato dall' con l'impresa S.r.l., ove *medio tempore* stipulato;

NONCHÉ IN VIA SUBORDINATA

nella denegata ipotesi in cui l'adito TAR non dovesse dichiarare l'inefficacia del contratto (ove *medio tempore* stipulato) ed accogliere la domanda di subentro, pur accertando l'illegittimità dell'aggiudicazione, per l'accertamento del diritto della ricorrente ad ottenere il risarcimento del danno per equivalente nella misura che ci si riserva di quantificare in corso di causa, oltre ad interessi e rivalutazione, con conseguente condanna dell' .

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell' ;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2017 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Espone l'odierna ricorrente di aver partecipato alla procedura negoziata indetta dall' , ai sensi dell'art. 36 comma 2, lett. c) del D.lgs. 50/2016, con importo complessivo di 448.904,65 euro di cui 110.676,22 a base d'asta per l'aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, dei lavori di restauro della facciata del primo chiostro di San Pietro.

Alla gara sono stati invitati 16 operatori, di cui 12 ammessi a formulare offerta, con esclusione di 3 offerte, tra cui quella presentata dalla ricorrente, per superamento della soglia di anomalia ex art. 98 c. 8. D.lgs. 50/2016.

Con DDG n. 228 del 10 agosto 2017 l' ha aggiudicato l'appalto alla s.r.l.

La ricorrente impugna l'aggiudicazione unitamente alla lettera di invito e tutti gli atti della procedura, lamentando la mancata esclusione di tutte le 10 offerte delle ditte rimaste in gara in quanto non recanti - a differenza della propria offerta e di quella della s.r.l. - alcuna indicazione dei c.d. costi interni aziendali della sicurezza, i quali ai sensi dell'art. 95 c. 10 del D.lgs. 50/2016 devono sempre essere indicati. Tale esclusione avrebbe impedito, ad avviso della ricorrente, l'applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale, in ragion del numero delle offerte superstiti inferiore a 10, con conseguente ottenimento in proprio favore dell'aggiudicazione quale offerta con il maggior ribasso rispetto alla : da qui il proprio interesse al ricorso.

A sostegno dell'impugnativa la ricorrente deduce i seguenti motivi così riassumibili:

I. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 95 c. 10, del D.lgs 50/2016 e dell'art. 97 commi 2 e 8 del D.lgs. 50/2016, della lettera di invito (artt. 1 punto 1,5 e 16) eccesso di potere per travisamento: ai sensi dell'art. 95 c. 10, del D.lgs 50/2016 le offerte prive dell'indicazione degli oneri di sicurezza aziendali anderebbero irrimediabilmente escluse in considerazione dell'incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta, come peraltro recentemente statuito dall'adito Tribunale Amministrativo (sent. n. 390/2017); le 10 imprese che avrebbero dovuto essere escluse si sono limitate invece ad avallare con specifica dichiarazione la congruità dei costi da interferenze così come quantificati dalla stazione appaltante;

II. Illegittimità della *lex specialis* per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 95 c. 10, del Dlgs 50/2016: la lettera di invito avrebbe del tutto illegittimamente imposto ai concorrenti anche quanto agli oneri di sicurezza aziendali di aderire alla quantificazione operata unilateralmente dalla stazione appaltante, in attuazione della richiamata L.R. n. 3/2010 e delle linee guida approvate con DGR 569/2011.

Parte ricorrente domanda altresì, quale tutela in forma specifica, il subentro nell'aggiudicazione previa dichiarazione di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato con l'aggiudicataria e, in subordine, per il risarcimento del danno per equivalente.

Si è costituita l' eccependo l'infondatezza del gravame, alla luce delle considerazioni in sintesi qui riportate:

- la lettera di invito specifica che la gara è stata indetta in osservanza della L.R. 3 del 21.1.2010 che contiene sua disciplina specifica per quanto concerne gli oneri di sicurezza, diversa seppur integrabile con quella statale;
- il nuovo Codice dei contratti approvato nel 2016 non avrebbe abrogato tale norma regionale, di carattere speciale;
- in esecuzione della suddetta legge regionale e delle linee guida approvate con DGR 3 novembre 2016 n. 1256 la stazione appaltante ha provveduto a predeterminare anche i costi della sicurezza aziendali (in 22.428,36 euro) sì che tutte le partecipanti (tranne la ricorrente e la) hanno reso la dichiarazione di congruità rispetto agli oneri aziendali calcolati dalla stazione appaltante;

- secondo la difesa dell'Amministrazione agli appalti di lavori (diversamente dai servizi) si applicherebbe comunque la normativa regionale.

Alla camera di consiglio del 26 settembre 2017, su accordo delle parti, è stata ritirata la domanda incidentale di tutela cautelare con impegno della difesa dell'Amministrazione a sospendere la stipulazione del contratto.

Con memoria, la difesa della ricorrente ha insistito per l'accoglimento del gravame, ancora rilevando come gli oneri aziendali vadano dimostrati, a differenza dei costi per la sicurezza, dai singoli operatori economici e non predeterminati a monte dalle stazioni appaltanti, a pena di creare nella Regione Umbria una sorte di "regime speciale" sugli oneri di sicurezza del tutto anomalo ed in contrasto tra l'altro con il riparto delle competenze normative stabilito dall'art. 117 comma 2, Cost.

All'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2017, uditi i difensori, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

2.-E' materia del contendere la legittimità dell'aggiudicazione mediante procedura negoziata (ai sensi dell'art. 36 comma 2, lett. c) del D.lgs. 50/2016) effettuata dall' , dei lavori di restauro della facciata del primo chiostro di San Pietro in favore dell'impresa s.r.l.

Come indicato nella parte in fatto la stazione appaltante ha escluso la ricorrente in via automatica, ex art. 97 c. 8 D.lgs. 50/2016, in virtù del superamento della soglia di anomalia, risultando le imprese ammesse superiori a 10.

Lamenta la ricorrente la mancata esclusione di tutte le 10 offerte non anomale delle ditte partecipanti, in quanto non recanti - a differenza della propria offerta e di quella della s.r.l. - alcuna indicazione dei c.d. costi interni aziendali della sicurezza, i quali ai sensi dell'art. 95 c. 10, del D.lgs. 50/2016 dovrebbero sempre essere indicati. In particolare, le suddette imprese si sono limitate a rendere la dichiarazione di congruità rispetto agli oneri aziendali calcolati a monte unilateralmente dalla stazione appaltante, in ossequio a specifiche disposizioni della *lex specialis*, anch'esse impugnate, attuative del disposto di cui alla L.R. n. 3/2010 ed alle linee guida approvate con DGR 1256/2016.

3. - Preliminarmente va senza dubbio affermato l'interesse della ricorrente all'annullamento degli atti impugnati, dando essa la "prova di resistenza" richiesta in giurisprudenza in *subiecta materia* quale parametro dell'interesse a ricorrere (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. III, 5 febbraio 2014, n. 571; T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 28 dicembre 2016, n. 1441).

Secondo la prospettazione della ricorrente, l'esclusione di tutte le 10 offerte ritenute valide avrebbe impedito l'applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale di cui all'art. 97 c. 8, D.lgs. 50/2016, in ragion del numero delle offerte superstiti inferiore a 10, con conseguente conseguimento in proprio favore dell'aggiudicazione, quale offerta con il maggior ribasso (48,32058 %) rispetto alla

(25,28596 %) si da dimostrare la certezza, in ipotesi di annullamento dei provvedimenti gravati, di conseguimento dell'aggiudicazione.

4. - Nel merito il ricorso è fondato e va accolto.

4.1. - Come già evidenziato anche dall'adito Tribunale, nelle procedure di evidenza pubblica, gli oneri di sicurezza per le interferenze, la cui misura va predeterminata dalla stazione appaltante, vanno tenuti distinti dagli oneri di sicurezza da rischio specifico, cd. interni o aziendali, la cui quantificazione spetta ad ogni concorrente in rapporto alla sua offerta economica (*ex multis* T.A.R. Veneto, sez. I, 7 aprile 2017, n. 344; Consiglio di Stato Ad. Pl., 20 marzo 2015, n. 3; T.A.R. Lazio, Latina, 15 gennaio 2014, n. 8; T.A.R. Umbria 22 maggio 2013, n. 301; id. 17 maggio 2017, n. 390).

Anche l'ANAC ha più volte evidenziato la necessità che gli oneri aziendali siano stabiliti non già preventivamente dalla stazione appaltante ma rimessi alla determinazione di ciascun singolo concorrente, tenuto ad indicarli specificamente in sede di offerta, oneri che in quanto interni e specifici in ragione delle caratteristiche aziendali divergono da concorrente a concorrente (ANAC delibera n.100, 8 febbraio 2017).

In senso innovativo rispetto al regime di cui al D.lgs. 163/2006, l'art. 95 c. 10, del D.lgs. 50/2016 pacificamente applicabile alla gara in questione, ha imposto l'obbligo per tutti gli operatori economici di indicare in sede di offerta economica i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a del D.lgs. 50/16).

La prevalente giurisprudenza, a cui ha aderito anche l'adito Tribunale, ritiene che il suddetto obbligo sussista anche in ipotesi di silenzio del bando, da ritenersi sul punto eterointegrato, con conseguente esclusione del concorrente silente, non potendosi ricorrere nemmeno al soccorso istruttorio - diversamente dal sistema previgente - trattandosi di indicazione costituente elemento essenziale dell'offerta (*ex multis* T.A.R. Sicilia Catania,, sez. III, 31 luglio 2017, n. 1981; T.A.R. Umbria 17 maggio 2017, n. 390; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 5 gennaio 2017, n. 34; T.A.R. Molise 2016, n. 513; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria 25 febbraio 2017, n. 166; T.A.R. Veneto, 21 febbraio 2017, n. 182; T.A.R. Campania, Napoli, 2017, n. 2358, Consiglio di Stato ord. 15 dicembre 2016, n. 5582).

4.2. - Tanto doverosamente premesso, nel caso di specie la lettera di invito (artt. 1. 1.2 e 15) ha dettato specifiche disposizioni in punto di obbligo dei concorrenti di indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, imponendo loro sostanzialmente di uniformarsi ai costi già a monte indicati dalla stazione appaltante (in euro 22.428,36) in attuazione dell'art. 23 della L.R. 2010 n. 3 e delle linee guida approvate con DGR 1256/2016. La presentazione delle suddetta dichiarazione, adesiva agli oneri prestabiliti dalla stazione appaltante, costituiva dunque una condizione di ammissibilità dell'offerta stessa.

Ad avviso della difesa dell' , avendo i concorrenti dichiarato di accettare i costi aziendali quantificati nella *lex specialis*, avrebbero in realtà tutti reso la dichiarazione prevista dall'art. 95 comma 10 e non avrebbero potuto dunque essere esclusi, applicandosi comunque per i soli appalti di lavori la disciplina di cui alla normativa regionale.

4.3. - Non ritiene il Collegio di poter condividere tale assunto.

In primo luogo, ove si ammettesse la possibilità in sede regionale di dettare una diversa disciplina per gli oneri di sicurezza concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, vi sarebbe una evidente lesione del riparto di competenze legislative in materia di appalti pubblici desumibile dall'art. 117 comma 2 Cost.

Come noto, per giurisprudenza costante l'intera disciplina delle procedure ad evidenza pubblica è riconducibile alla "tutela della concorrenza", con la conseguente titolarità della potestà legislativa, in via esclusiva, in capo allo Stato; in particolare, la disciplina delle procedure di gara, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione mirano a garantire che le medesime si svolgano nel rispetto delle regole concorrenziali e dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza, di parità di trattamento, di non discriminazione (*ex multis* Corte Costituzionale, 7 novembre 2013, n. 259; id. 12 luglio 2013, n. 187).

Ciò naturalmente non può non valere anche per la generalità della disciplina sugli oneri di sicurezza, la cui mancata indicazione in sede di offerta determina l'esclusione dalla gara.

Così opinando non può nemmeno ritenersi - come vorrebbe l'Amministrazione - che la L.R. 3/2010 sia rimasta in vigore pur a seguito del sopravvenuto D.lgs. 50 del 2016, contravvenendo tale tesi al rapporto tra leggi statali emanate in ambiti di competenza esclusiva ("tutela della concorrenza") e leggi regionali in ambito concorrente o residuale, laddove si riconosce, anche dopo l'entrata in vigore della riforma costituzionale del Titolo V, l'operatività dell'abrogazione prevista dall'art. 10 L. 62 del 1953 "Scelba" (*ex multis* T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 14 febbraio 2013, n. 406; T.A.R. Liguria 29 maggio 2013, n. 851; Consiglio di Stato Ad. Pl. 7 aprile 2008, n. 2).

Ne consegue anche la non rilevanza nell'ambito del giudizio della ipotizzabile questione di legittimità costituzionale della L.R. 3/2010 per contrasto con l'art. 117 c. 2 Cost.

E' pertanto impensabile l'esistenza di un "regime speciale" sugli oneri di sicurezza per gli appalti di lavori affidati nella Regione Umbria, condividendo sul punto le articolate doglianze di parte ricorrente.

4.4. - In secondo luogo, un sistema quale quello contemplato dalla L.R. 3/2010 appare anche elusivo dell'obbligo imposto dalla legge statale di verificare la congruità effettiva

dell'offerta di ogni singolo partecipante, la quale deve riguardare i fattori che incidono sulle condizioni di lavoro ossia gli oneri di sicurezza aziendali. La predeterminazione effettuata unilateralmente dalla stazione appaltante in modo generale ed astratto per ogni concorrente, si pone in contrasto con lo stesso concetto di onere aziendale, collegato alle specifiche caratteristiche di ogni singolo operatore economico, effettuando in definitiva una indebita commistione con i diversi oneri di sicurezza per le interferenze.

Senza poi contare che la mera adesione da parte dei concorrenti alla congruità degli oneri stabilita dalla stazione appaltante - cosa ben diversa dalla dichiarazione di cui all'art. 95 c. 10, D.lgs. 50/2016 - integra una tipologia di dichiarazione non contemplata da alcuna disposizione normativa, in aperto contrasto con un sistema improntato alla rigida tipizzazione degli atti di gara mediante imposizione di bandi tipo (art. 213 c.2, D.lgs. 50/2016) e alla stessa tassatività delle cause di esclusione (art. 83 c.8, D.lgs. 50/2016).

4.5. Per i suesposti motivi la domanda di annullamento è fondata, risultando l'impugnata lettera di invito illegittima nella parte in cui impone l'adesione agli oneri di sicurezza predeterminati dalla stazione appaltante in base a normativa regionale abrogata e disapplicabile, con conseguente illegittimità, in via derivata, dello stesso provvedimento di aggiudicazione.

5. - Occorre infine stabilire se l'accoglimento del ricorso determini oltre l'annullamento degli atti impugnati anche il conseguimento dell'aggiudicazione, secondo la consequenziale domanda della ricorrente, o se invece occorra annullare l'intera sequenza procedimentale con ripetizione della stessa, opzione invero in ipotesi maggiormente idonea a ripristinare l'interesse pubblico al maggior confronto competitivo e al ripristino delle *chance* di aggiudicazione di tutti i partecipanti, i quali finirebbero altrimenti per essere esclusi dalla gara per un errore indotto dalla stazione appaltante, senza possibilità di poter riformulare la propria offerta in conformità al disposto dell'art. 95 c. 10, del D.lgs. 50/2016.

Secondo quanto evidenziato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sent. 27 aprile 2015, n. 5) anche nel giudizio amministrativo, basato sul principio dispositivo, la domanda formulata dalla parte con indicazione e graduazione dei motivi di gravame vincola il giudice amministrativo, sebbene la sua osservanza possa portare, in concreto, ad un risultato non in linea con la tutela piena dell'interesse pubblico e della legalità (Consiglio di Stato, sez. III, 8 settembre 2015, n. 4211) sì che introducendo la ricorrente, nel caso di specie, esclusivamente censure dirette al conseguimento del bene della vita, deve essere disposto, in accoglimento del ricorso, il subentro nell'aggiudicazione, previa dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente *medio tempore* stipulato.

Le spese seguono la soccombenza, secondo dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla

gli atti impugnati e dispone il subentro della ricorrente nell'aggiudicazione, previa inefficacia del contratto, ove *medio tempore* stipulato, con s.r.l.

Condanna l' alla refusione delle spese in favore della ricorrente, in misura di 2.000,00 (duemila//00) euro, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Paolo Amovilli, Consigliere, Estensore

Enrico Mattei, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Paolo Amovilli

IL PRESIDENTE

Raffaele Potenza

IL SEGRETARIO