

N. 00810/2013 REG.PROV.COLL.

N. 00650/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 650 del 2013, proposto dalla Tempor S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Federico Hernandez, Francesco Hernandez e Giuseppe Buscicchio, come da mandato a margine del ricorso, con domicilio eletto in Potenza Corso Garibaldi n. 32 presso lo studio dell'Avv. Gerardo Pedota;

contro

Provincia di Potenza, in persona del Presidente della Giunta Provinciale p.t. e del Dirigente dell'Ufficio Contenzioso, rappresentata e difesa dall'Avv. Emanuela Luglio, come da mandato in calce al controricorso di costituzione, con domicilio eletto in Potenza Piazza delle Regioni presso l'Ufficio Legale dell'Ente;

nei confronti di

GI GROUP S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

per l'annullamento:

-della Determinazione n. 2450 del 26.11.2013 (comunicata con nota prot. n. 41647 del 27.11.2013), con la quale il Dirigente dell'Ufficio Contratti della Provincia di Potenza ha emanato il provvedimento di esclusione della Tempor S.p.A. dalla procedura aperta, indetta con bando pubblicato il 19.9.2013, per l'affidamento dell'appalto del servizio di "somministrazione di lavoro a tempo determinato e pieno per la realizzazione del progetto Vie Blu-Stralcio 2013", provvedendo contestualmente ad annullare l'atto di aggiudicazione provvisoria in favore della stessa Tempor S.p.A.;

-della Determinazione n. 2472 del 28.11.2013 (comunicata con nota prot. n. 42027 del 27.11.2013), con la quale il medesimo Dirigente dell'Ufficio Contratti ha emanato il provvedimento di aggiudicazione definitiva del predetto appalto in favore della seconda classificata GI GROUP S.p.A.;

-dei presupposti pareri del Responsabile Unico del Procedimento e dell'Avvocatura provinciale;

del bando e del disciplinare di gara, approvati con Determinazione n. 1767 del 19.9.2013;

nonché per la declaratoria

dell'inefficacia del contratto d'appalto e l'aggiudicazione della gara e la conseguente stipula del contratto in favore della Tempor S.p.A. e/o del diritto a subentrare nel contratto, "dichiarandosi la Tempor disponibile fin d'ora al subentro";

e per la condanna

della Provincia di Potenza al risarcimento del danno subito, oltre che in forma specifica, anche per equivalente per il periodo intercorso tra la stipula dell'appalto stipulato con la GI GROUP S.p.A. e l'effettivo subentro della Tempor S.p.A., cioè per la parte di contratto già eseguita;

Visti il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia di Potenza;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2013 il dott. Pasquale Mastrantuono e uditi gli Avv.ti Giuseppe Buscicchio e Emanuela Luglio;

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

Con Determinazione n. 1668 del 9.9.2013 il Dirigente dell'Ufficio Protezione Civile della Provincia di Potenza approvava il progetto "Vie Blu-Stralcio 2013", consistente nella prestazione del servizio di somministrazione alla Provincia di 71 lavoratori a tempo determinato e pieno (di cui: 6 aventi il VI livello funzionale del vigente CCNL degli addetti ai lavori di sistemazione idraulico-forestale-agraria, 31 con V livello del predetto CCNL e 34 con il IV livello di tale CCNL), per l'importo complessivo di 1.204.604,01 €, di cui 1.170.809,90 € a base di gara, comprensive dell'aggio dovuto all'agenzia interinale pari a 134.019,60 € (oltre IVA nella misura del 21% pari a 28.144,12 €), e 5.650,00 € per somme a disposizione, disponendo l'indizione di una procedura aperta con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, che veniva effettivamente indetta dal Dirigente dell'Ufficio Contratti con Determinazione n. 1767 del 19.9.2013, di approvazione del bando e disciplinare di gara e del Capitolato Speciale.

Il Bando (pubblicato il 19.9.2013) prevedeva che:

- 1) il costo dei 71 lavoratori, pari a 1.036.790,30 €, non era soggetto a ribasso, per cui la gara sarebbe stata aggiudicata al concorrente, che aveva offerto il miglior ribasso sull'aggio di agenzia, pari a 134.019,60 €, che praticamente consisteva nel ricarico di 2,20 € al costo orario dei 71 lavoratori, determinato in base al vigente CCNL degli addetti ai lavori di sistemazione idraulico-forestale-agraria;
- 2) le offerte dovevano essere presentate entro il termine perentorio delle ore 12,00 del 29.10.2013.

Il disciplinare di gara prevedeva che l'offerta doveva essere formulata con l'indicazione della "percentuale di ribasso rispetto all'aggio orario di 2,20 €", specificando che:

- a) il ricarico di agenzia, soggetto a ribasso, comprendeva "tutto quanto eventualmente non compreso nelle valutazioni di cui alla presente gara, tutti i costi di agenzia ivi compreso l'utile di impresa";
- b) "l'offerta economica, comprensiva del costo orario più ricarico di agenzia", doveva "comprendere tutti i seguenti elementi: 1) ricerca, selezione e formazione del personale; 2) retribuzione, ivi compreso il trattamento accessorio, tredicesima e quattordicesima; 3) oneri contributivi assistenziali e previdenziali, compreso accantonamento TFR ed eventuali contributi ad enti bilaterali costituiti a norma di CCNL; 4) premio assicurativo INAIL; 5) sostituzione del personale; 6) oneri per la sicurezza del lavoro; 7) Oneri di cui ai fondi per la formazione; 8) assicurazione di responsabilità civile per danni causati a terzi e all'ente in cui prestano servizio; 9) assenze legittime; 10) visite mediche ed accertamenti preliminari all'assunzione; 11) costi amministrativi generali e specifici del personale; 12) utile di impresa; 13) addizionale ASPI (cfr. pure art. 5 del Capitolato Speciale).

Entro il predetto termine perentorio delle ore 12,00 del 29.10.2013 presentavano l'offerta 4 concorrenti.

Nella seduta pubblica del 30.10.2013 la Commissione giudicatrice emanava l'atto di aggiudicazione provvisoria in favore della Tempor S.p.A., in quanto aveva offerto il maggior ribasso del 97,370% sull'aggio orario di 2,20 €, posto a base di

gara.

Con nota del 5.11.2013 la seconda classificata GI GROUP S.p.A., che aveva offerto il ribasso del 97,043%, chiedeva l'esclusione dalla gara della Tempor S.p.A., poiché quest'ultima non aveva indicato nell'offerta economica i costi della sicurezza aziendale, cioè un adempimento previsto dalla legge come obbligatorio.

Con note del 7 e 14 novembre 2013 la Tempor S.p.A. contestava l'assunto della GI GROUP S.p.A..

Con Determinazione n. 2450 del 26.11.2013 (comunicata con nota prot. n. 41647 del 27.11.2013) il Dirigente dell'Ufficio Contratti della Provincia di Potenza emanava il provvedimento di esclusione della Tempor S.p.A. dalla procedura aperta, provvedendo contestualmente ad annullare l'atto di aggiudicazione provvisoria, "in quanto il combinato disposto di cui agli artt. 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, D.Lg.vo n. 163/2006 impone ai concorrenti di segnalare l'incidenza dei costi aziendali di sicurezza già in sede di offerta e tali norme hanno carattere etero integrativo del bando di gara".

Con Determinazione n. 2472 del 28.11.2013 (comunicata con nota prot. n. 42027 del 27.11.2013) il medesimo Dirigente dell'Ufficio Contratti emanava il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto in esame in favore della seconda classificata GI GROUP S.p.A..

Con istanza ex art. 243 bis D.Lg.vo n. 163/2006 del 28.11.2013 la Tempor S.p.A. ha chiesto l'annullamento dei due predetti provvedimenti.

Le Determinazioni n. 2450 del 26.11.2013 e n. 2472 del 28.11.2013 sono state impugnate con il presente ricorso (notificato 6.12.2013), deducendo le seguenti censure:

1) poiché l'appalto in commento si riferiva ad un servizio, elencato nell'Allegato II B al Codice degli Appalti (cfr. punto 22 di tale Allegato), risulta disciplinato esclusivamente dagli artt. 65, 68 e 225 D.Lg.vo n. 163/2006 e perciò non anche dagli artt. 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, dello stesso D.Lg.vo (sul punto viene citata la Sentenza TAR Piemonte Sez. I n. 1376 del 21.12.2012);

2) con riferimento al costo della sicurezza dei 71 lavoratori somministrati, la mancata indicazione del costo della sicurezza risultava irrilevante, in quanto tali lavoratori venivano assunti e pagati, ai sensi dell'art. 21, comma 1, lett. i), D.Lg.vo n. 276/2003, dalla stazione appaltante e perciò i relativi oneri di sicurezza dovevano essere individuati e quantificati dalla Provincia, per cui non potevano essere addossati ai concorrenti, in quanto il datore di lavoro sostanziale era la Provincia, mentre l'appaltatore-somministratore si limitava a fornire i lavoratori;

3) nel caso in cui le clausole del disciplinare e del Capitolato Speciale, che, nell'indicare i vari elementi che dovevano essere presi in considerazione per la formulazione dell'offerta, richiamava anche "oneri per la sicurezza del lavoro", dovessero essere interpretate nel senso della loro quantificazione, a pena di esclusione, in sede di offerta, la ricorrente ha chiesto l'annullamento di tali disposizioni della lex specialis, "per la violazione della normativa in materia di somministrazione e del D.Lg.vo n. 81/2008";

4) per quanto riguarda il costo della sicurezza del personale cd. fisso del concorrente-somministratore, è stato rilevato: a) in via principale, che non incidono in alcun modo sull'appalto in commento, in quanto i relativi oneri "esistono a prescindere dal singolo appalto e vengono ordinariamente sostenuti come costi generali" dalla ricorrente, e ciò indipendentemente dal grado di rischiosità dell'attività lavorativa che dovranno eseguire lavoratori somministrati, poiché i dipendenti cd. fissi della ricorrente non devono essere somministrati al soggetto utilizzatore; b) in via subordinata, che, poiché la lex specialis di gara non prevedeva con i riferimenti ai dipendenti cd. fissi dei concorrenti un costo di sicurezza, non soggetto a ribasso, e/o l'obbligo (anche non a pena di esclusione) di indicare in sede di offerta i costi di sicurezza aziendali, il provvedimento di esclusione avrebbe dovuto essere emanato soltanto dopo l'attivazione del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta oppure, ai sensi dell'art. 46, comma 1, D.Lg.vo n. 163/2006, avrebbe dovuto essere consentito alla ricorrente di provare il rispetto della normativa in materia di sicurezza ed a tali fini la ricorrente ha precisato che il costo della sicurezza dei propri dipendenti cd. fissi era "pari a 0,0048 € per ogni ora lavorata e retribuita" ai 71 lavoratori somministrati;

5) infine, l'impugnato provvedimento di esclusione era contraddittorio, perché ammetteva che sull'interpretazione del combinato disposto di cui agli artt. 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, D.Lg.vo n. 163/2006 vi era un contrasto giurisprudenziale, ma poi recepiva acriticamente l'orientamento negativo.

Si è costituita in giudizio la Provincia di Potenza, che ha sostenuto l'infondatezza del ricorso, evidenziando anche che con successiva Determinazione n. 2557 del 2.12.2013 il Dirigente dell'Ufficio Protezione Civile aveva disposto l'esecuzione in via d'urgenza dell'appalto in esame, "determinato, oltre che dall'esigenza di concludere tutte le attività previste dal progetto entro i termini stabiliti dalla Regione Basilicata, anche dalle avverse condizioni atmosferiche che stanno interessando con notevole intensità il territorio provinciale", per cui "eventuali ritardi nella chiusura delle attività

potrebbero determinare la perdita dei finanziamenti destinati alla realizzazione del progetto”.

Il ricorso è fondato.

L'impugnato provvedimento di esclusione della ricorrente dalla suindicata procedura aperta, relativo all'appalto del servizio di reperimento di 71 lavoratori, che la Provincia di Potenza doveva utilizzare per l'espletamento di attività lavorativa disciplinata dal CCNL degli addetti ai lavori di sistemazione idraulico-forestale-agraria, è stato motivato con il richiamo al combinato disposto di cui agli artt. 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, D.Lg.vo n. 163/2006.

Il primo periodo della prima delle due norme appena citate prevede che: “nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e 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”.

Il secondo periodo della seconda norma statuisce che: “nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture”.

In realtà, l'art. 86, comma 3 bis, D.Lg.vo n. 163/2006 prescrive anche l'obbligo delle stazioni appaltanti di indicare nella lex specialis il costo relativo alla sicurezza, che ai sensi del successivo comma 3 ter “non può essere comunque soggetto a ribasso d'asta”.

Ed infatti solitamente il bando di gara, nella parte relativa all'indicazione dell'importo a base di gara, specifica anche il predetto costo di sicurezza, non soggetti a ribasso, cioè si tratta degli oneri di sicurezza finalizzati all'eliminazione dei cd. rischi da interferenze, che devono essere quantificati dalla stazione appaltante nel Documento di Valutazione dei Rischi da Interferenze.

Mentre l'art. 87, comma 4, D.Lg.vo n. 163/2006 prevede solo l'obbligo dell'indicazione in sede di offerta dei costi relativi alla sicurezza, cioè dei costi, connessi al rispetto della normativa in materia di sicurezza, che dovrà sostenere l'appaltatore in quello specifico appalto pubblico, la cui misura può variare in relazione al contenuto dell'offerta economica (cd. rischio specifico o aziendale) e la cui congruità deve essere valutata dalla stazione appaltante in relazione all'entità ed alle caratteristiche del relativo appalto di lavori, servizi o forniture.

Con riferimento ai predetti artt. 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, D.Lg.vo n. 163/2006 sussistono diversi orientamenti giurisprudenziali.

Secondo un orientamento (cfr. per es. C.d.S. Sez. III n. 4622 del 28.8.2012) la mancata indicazione da parte degli offerenti dei costi relativi alla sicurezza determina l'automatica esclusione dalla gara, anche se il predetto obbligo non viene specificato dalla lex specialis di gara, poiché in tal caso il bando risulta eterointegrato dal citato art. 87, comma 4, D.Lg.vo n. 163/2006.

Secondo un altro orientamento (cfr. per es. C.d.S. Sez. III n. 3706 del 10.7.2013; C.d.S. Sez. VI n. 4999 del 20.9.2012) il provvedimento di esclusione dalla gara può essere adottato soltanto se la lex specialis di gara prevede l'obbligo, a pena di esclusione, di indicare in sede di offerta i costi relativi alla sicurezza.

Per completezza, va segnalato pure un orientamento intermedio (cfr. C.d.S. Sez. III n. 5070 del 18.10.2013), secondo cui il provvedimento di esclusione dalla gara può essere disposto solo per gli appalti di lavori, “per i quali vige la norma ad hoc” dei Pani di Sicurezza ex art. 131 D.Lg.vo n. 163/2006 e perciò l'indicazione in sede di offerta dei costi di sicurezza costituisce un elemento essenziale dell'offerta, mentre per gli appalti di servizi e/o forniture il costo della sicurezza risulta consustanziale al prezzo e perciò la valutazione di tale costo va posticipata nella fase del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Secondo questo Tribunale merita adesione l'orientamento, secondo cui per l'automatica esclusione dalla gara, senza la previa verifica dell'anomalia dell'offerta, risulta necessaria la previsione nella lex specialis della sanzione dell'esclusione in caso di violazione dell'obbligo dell'indicazione dei costi di sicurezza.

Per inciso, va precisato che tale clausola del bando di gara risulterebbe conforme all'art. 46, comma 1 bis, D.Lg.vo n. 163/2006, perché quest'ultima norma qualifica come nulli soltanto gli obblighi a pena di esclusione, che non contemplano casi di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal Codice degli Appalti e dal suo Regolamento o da altre vigenti disposizioni di legge, anche se non già espressamente sanzionate con l'esclusione dal vigente ordinamento giuridico.

Ciò perché l'esclusione automatica dalla gara è una sanzione gravissima, che può essere comminata soltanto se

espressamente prevista dalla legge e/o dalla lex specialis di gara, ed anche perché, in assenza di un'esplicita disposizione, si impedisce al concorrente di dimostrare di aver rispettato la normativa in materia di sicurezza con specifico riferimento all'appalto da aggiudicare e perciò di aver formulato un'offerta non anomala.

Ed infatti, sia dall'art. 86, comma 3 bis, sia dall'art. 87, comma 4, del Codice degli Appalti si evince che l'indicazione nell'offerta dei costi relativi alla sicurezza risulta finalizzata alla valutazione dell'anomalia delle offerte ed inoltre deve anche tenersi conto della circostanza che dopo la modifica apportata dall'art. 4 quater, comma 1, lett. c), n. 1, D.L. n. 78/2009 conv. nella L. n. 102/2009 l'art. 87, comma 1, D.Lg.vo n. 163/2006 non prevede più l'obbligo dei concorrenti di allegare all'offerta una relazione di giustificazioni dei costi, considerati per la formulazione dell'offerta.

Né può sostenersi che l'indicazione dei costi di sicurezza sia un elemento essenziale dell'offerta, quasi alla stregua di un requisito di ammissione, in quanto la sua omissione non impedisce l'esame dell'offerta formulata, come per es. quando il concorrente non ha autodichiarato tutte le sentenze di condanna penali (compreso quelle con il beneficio della non menzione), che se non indicate nella domanda di partecipazione non consentono alla stazione appaltante di valutare l'effettiva incidenza di tali condanne sulla moralità professionale.

Ciò perché gli oneri di sicurezza sono soltanto uno dei tanti costi, che vanno presi in considerazione per la formulazione di una offerta congrua, anche se sono inderogabili, come quelli relativi al costo del lavoro, che possono essere stimati soltanto nella fase successiva della valutazione dell'eventuale anomalia dell'offerta economica.

Tanto più che, nella specie, trattandosi di un appalto di somministrazione di lavoratori, il costo di sicurezza dei lavoratori grava esclusivamente sulla stazione appaltante ed a riprova di ciò va rilevato che la Provincia di Potenza non redatto il suddetto Documento di Valutazione dei Rischi da Interferenze, mentre il costo di sicurezza aziendale, relativo ai dipendenti cd. fissi della ricorrente risulta del tutto trascurabile, essendo stato quantificato in "0,0048 € per ogni ora lavorata e retribuita".

Ad ulteriore riprova di quanto sopra statuito, va evidenziato che, diversamente dall'art. 17 L. n. 68/1999, il quale prevede espressamente la sanzione dell'esclusione dalla gara per le imprese che non allegano all'offerta la dichiarazione sostitutiva, attestante il rispetto della normativa relativo al diritto al lavoro dei disabili, l'art. 26, comma 6, D.Lg.vo n. 81/2008, come i suddetti artt. 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, D.Lg.vo n. 163/2006, non prevede analoga sanzione di esclusione.

E la suddetta disposizione dell'art. 17 L. n. 68/1999 risulta logica, perché vuole impedire alle imprese, partecipanti ad una gara di appalto pubblico, di rinviare al momento dell'aggiudicazione la regolarizzazione della loro posizione con riferimento alla L. n. 68/1999.

Invece, l'indicazione del solo costo di sicurezza in sede di offerta non consente alla Commissione giudicatrice di valutare immediatamente la congruità dell'offerta presentata, dopo che il Legislatore ha abolito l'obbligo di allegare all'offerta la relazione di tutti i principali costi stimati.

Comunque, nella specie, va rilevato che l'appalto in commento si riferisce ad un servizio di reperimento di personale, cioè ad un servizio incluso nell'Allegato II B al Codice degli Appalti (cfr. punto 22 di tale Allegato) e che perciò, ai sensi dell'art. 20 D.Lg.vo n. 163/2006, risulta disciplinato esclusivamente dagli artt. 65, 68 e 225 dello stesso D.Lg.vo n. 163/2006.

Pertanto, come condivisibilmente affermato dalla Sentenza TAR Piemonte Sez. I n. 1376 del 21.12.2012 (la quale, peraltro, richiama anche C.d.S. Sez. V n. 4029 del 5.7.2011), citata dalla ricorrente, nelle gare, relative a servizi ex art. 20 D.Lg.vo n. 163/2006, anche volendo aderire all'orientamento giurisprudenziale più rigoroso, non può essere sanzionata con l'esclusione l'omessa specificazione dei costi di sicurezza, se il bando non prevede espressamente tale obbligo, a pena di esclusione, come nella specie, dove la lex specialis richiama gli artt. 86, 87 e 88 D.Lg.vo n. 163/2006 solo ai fini della verifica di anomalia dell'offerta.

A quanto sopra consegue l'accoglimento del ricorso in esame e l'annullamento dei provvedimenti impugnati ed anche il subentro della ricorrente nell'appalto di cui è causa.

Tenuto conto del contrasto giurisprudenziale sulla questione, oggetto della controversia in esame, sussistono giusti motivi per disporre tra le parti la compensazione delle spese di giudizio, con la condanna della Provincia di Potenza al rimborso del solo Contributo Unificato nella misura versata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata accoglie il ricorso in epigrafe nei sensi indicati in motivazione.

Spese compensate, con la condanna della Provincia di Potenza al rimborso del Contributo Unificato nella misura versata.

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

Così deciso in Potenza nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Michele Perrelli, Presidente

Giancarlo Pennetti, Consigliere

Pasquale Mastrantuono, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/12/2013

IL SEGRETARIO

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