

APPALTI: Gara - Aggiudicazione provvisoria - Revoca in autotutela - Valutazione del RUP di inadeguatezza gli oneri aziendali della sicurezza - Senza che l'offerta interessata sia stata preventivamente sospettata di anomalia - Illegittimità – Ragioni.

Tar Campania - Napoli, Sez. I, 28 settembre 2021, n. 6071

“[...] ove l'offerta non sia sospettata di anomalia non è previsto alcun accertamento sull'entità degli oneri di sicurezza in relazione all'appalto, accertamento che s'impone soltanto in caso di verifica di anomalia dell'offerta. Pertanto, nella specie, non essendo l'offerta sospettata di anomalia, né la stazione appaltante era tenuta a richiedere, né l'aggiudicataria a fornire, giustificazioni relativamente agli oneri della sicurezza ovvero a qualsivoglia altro costo diverso da quello indicato per la manodopera [...]”.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato e depositato in data 8 marzo 2021 la Pianeta Verde s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo raggruppamento in epigrafe dettagliato, ha premesso di aver partecipato ad una procedura aperta per l'affidamento dei *“Lavori per la Manutenzione del patrimonio a verde ed arboreo per l'Azienda Sanitaria Locale di Caserta”*, avente durata triennale ed importo a base d'asta di €1.501.991,19, di cui €17.366,81, per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso.

La commissione di gara con verbale dell'8 settembre 2020, nel dichiarare provvisoriamente aggiudicatario il RTI ricorrente, ha tuttavia ritenuto di demandare *“... al RUP la verifica di congruità degli oneri di sicurezza dichiarati nell'offerta ai sensi dell'art.95, co.10, D.Lgs. 50/2016”*, così attivando un procedimento di verifica, culminato con il provvedimento di revoca della proposta di aggiudicazione.

All'esito dell'interlocuzione procedimentale svoltasi con il raggruppamento ricorrente, la commissione di gara con verbale del 28 settembre 2020 ha ritenuto *“incongrui gli oneri aziendali della sicurezza indicati nell'offerta economica dell'ATI Pianeta Verde S.r.l.-Tecnopaesaggi S.r.l.”*. Pertanto, il RUP ha convocato le ricorrenti per il 2 novembre 2020, *“con invito a voler indicare ogni elemento utile a giustificare l'indicazione del costo di €3.000,00, esplicitato ai sensi dell'art.95, co.10, del D.Lgs. 50/2016 nell'offerta economica di gara per gli oneri aziendali della sicurezza [...] con particolare riferimento alla individuazione dei DPI effettivamente necessari per l'esecuzione delle attività in appalto ed alla relativa valorizzazione tenuto conto dei prezzi di mercato, nonché delle condizioni economiche di mercato esplicitate per le prestazioni mediche di sorveglianza sanitaria”*.

A seguito dell'incontro, l'Amministrazione aggiudicatrice (ASL Caserta) restava silente, sicché con nota del 27 gennaio 2021 il costituendo RTI aggiudicatario sollecitava l'adozione delle determinazioni necessarie.

Con provvedimento dell'11 febbraio 2021 la ASL Caserta disponeva tuttavia la revoca dell'aggiudicazione in favore dell'esponente RTI e con successiva deliberazione procedeva allo scorrimento della graduatoria in favore della controinteressata società I Giardini del Sud.

Avverso tali provvedimenti, il RTI esponente è insorto con il ricorso introduttivo del presente giudizio, chiedendone l'annullamento previa sospensione degli effetti, sulla base dei motivi così rubricati.

I- Violazione di legge (artt.95, co.10, e 97, d.lgs. 50/2016) – violazione dei principi generali in materia di procedure di gara – violazione del giusto procedimento – eccesso di potere per errata ponderazione della fattispecie concreta – sviamento dalla causa tipica – difetto di istruttoria – erronea e contraddittoria motivazione – sviamento dalla causa tipica – perplessità.

II- Violazione di legge (artt.95, co.10, e 97, d.lgs. 50/2016) – violazione dei principi generali in materia di procedure di gara – violazione del giusto procedimento – eccesso di potere per errata ponderazione della fattispecie concreta – difetto di istruttoria – erronea e contraddittoria motivazione – sviamento dalla causa tipica – perplessità.

Si sono costituite in resistenza la controinteressata aggiudicataria "I Giardini del Sud s.r.l." e la ASL Caserta.

Con ordinanza 25 marzo 2021, n. 570 questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare, rilevando che: *"...la valutazione di incongruità operata dalla stazione appaltante risulta incentrata sui soli oneri per la sicurezza aziendale, laddove secondo l'orientamento che pare affermarsi nella giurisprudenza la relativa valutazione dovrebbe confluire nell'ambito di quella più generale sulla congruità dell'offerta ai sensi dell'art. 97 del codice dei contratti che ha per oggetto l'attendibilità dell'offerta nel suo complesso (cfr. Cons. Stato, n. 4308/2020 e TAR Campania, Napoli, n. 4831/2020);*

Rilevato, in ogni caso, che la stazione appaltante non pare aver calcolato negli oneri di sicurezza aziendale i DPI che la ricorrente ha invece incluso nel computo metrico della propria offerta, mentre ha computato quale onere ulteriore anche l'importo relativo alle divise del personale addetto che, invece, non pare attenere agli oneri per la sicurezza".

Le parti hanno prodotto le memorie ex art. 73 c.p.a. e all'udienza pubblica del 26 maggio 2021 la causa è stata introitata in decisione.

Deve preliminarmente scrutinarsi, in quanto avente priorità logica, l'eccezione di inammissibilità del ricorso formulata dalla ASL Caserta con la memoria depositata in data 22 marzo 2021, per omessa impugnazione del verbale del 28 settembre 2020 con cui la commissione di gara ha esplicitato le ragioni della revoca dell'aggiudicazione.

L'eccezione deve essere disattesa.

Al riguardo, è sufficiente rilevare che i verbali della Commissione sono atti endoprocedimentali, da approvare mediante il provvedimento di aggiudicazione della gara.

Tale dato, che discende di per sé dai principi, è peraltro anche espressamente affermato nel gravato provvedimento di revoca dell'aggiudicazione, il quale richiama nelle premesse tutti gli atti della procedura, incluso il verbale della Commissione del 28 settembre 2020.

Conseguentemente, il provvedimento lesivo, che la ricorrente principale aveva l'onere di impugnare, era proprio il provvedimento di revoca e quello di aggiudicazione. La parte non era invece tenuta alla specifica impugnazione degli atti endoprocedimentali, di per sé stessi privi di efficacia lesiva, ai quali far risalire la dedotta illegittimità dell'esito della procedura (cfr. da ultimo TAR Lazio, sez. Ibis, 9140/2021).

Può dunque passarsi allo scrutinio del merito del ricorso.

Con i due motivi di gravame che per la loro obiettiva connessione possono essere esaminati congiuntamente, parte ricorrente lamenta in primo luogo che l'Amministrazione resistente dopo aver formulato una semplice richiesta di giustificativi in ordine agli oneri della sicurezza ex art.95, co.10, d.lgs. 50/2016, avrebbe poi trasformato il procedimento in una verifica dell'anomalia dell'offerta. Sennonché, prosegue la ricorrente, la valutazione di anomalia dell'offerta si sarebbe esclusivamente ed impropriamente attestata sulla sola verifica della congruità degli oneri di sicurezza aziendali, laddove l'eventuale verifica di anomalia dovrebbe avere carattere globale.

In ogni caso anche nel merito la valutazione di incongruità dell'Amministrazione sarebbe erronea, in quanto non avrebbe tenuto conto degli ulteriori costi per DPI indicati nel computo metrico della sicurezza e che dovrebbero sommarsi ai costi per la sicurezza interni, raggiungendo così una somma solo di poco al di sotto a quella indicata dalla stessa stazione appaltante.

Di contro le resistenti rilevano che la stazione appaltante non avrebbe compiuto alcuna commistione di normative, segnatamente quella in materia di anomalia delle offerte e quella sugli oneri per la sicurezza, evidenziando che l'effettività della tutela della sicurezza dei lavoratori non può prescindere da uno stanziamento per i relativi oneri idoneo a tal fine. Anzi l'incongruità degli oneri per la sicurezza non potrebbe non riflettersi sull'offerta nel suo complesso rendendola per l'appunto non sostenibile a detrimento dell'interesse primario alla tutela della salute dei lavoratori.

In ogni caso gli stanziamenti per DPI operati dal RTI ricorrente sarebbero parametrati su di un numero di operai inferiore a quello prospettato nell'offerta tecnica del RTI ricorrente.

Le censure articolate da parte ricorrente sono fondate alla stregua delle seguenti considerazioni.

Deve rilevarsi che con il provvedimento gravato il RUP ha appuntato la propria analisi sull'adeguatezza degli oneri per la sicurezza segnalandone la ritenuta inadeguatezza rispetto alle risorse umane individuate in sede di offerta dal RTI ricorrente.

Ora, l'articolo 95, co. 10, del codice prevede che *“nell'offerta economica l'operatore deve indicare 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). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)”*.

Tale prescrizione circoscrive la verifica di adeguatezza ai soli costi della mano d'opera senza ricomprendere anche quelli per gli oneri della sicurezza che, dunque, devono confluire nell'ambito della valutazione.

Ciò non vuol dire che l'ordinamento consideri irrilevante l'eventuale inadeguatezza degli oneri per la sicurezza quantificati dagli offerenti, ma una tale valutazione deve confluire nell'ambito di quella sull'anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97, co. 5 lett. c) a mente del quale *“La stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni. Essa esclude l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4 o se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa in quanto:c) 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 altre parole, come già rilevato da questo TAR *“ove l'offerta non sia sospettata di anomalia non è previsto alcun accertamento sull'entità degli oneri di sicurezza in relazione all'appalto, accertamento che s'impone soltanto in caso di verifica di anomalia dell'offerta. Pertanto, nella specie, non essendo l'offerta sospettata di anomalia, né la stazione appaltante era tenuta a richiedere, né l'aggiudicataria a fornire, giustificazioni relativamente agli oneri della sicurezza ovvero a qualsivoglia altro costo diverso da quello indicato per la manodopera (cfr.: T.A.R. Liguria, sez. II, 08/04/2019, n.307)”* (cfr. TAR Campania, Napoli, sez. V, n. 4831/2020).

Peraltro, come rilevato in sede cautelare, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha precisato che la sola voce relativa *“l’eventuale sottostima di tale voce di costo può trovare compensazione in eventuali altre voci di cui l’offerta si compone, purché questa sia nel suo complesso sostenibile”* (Cons. Stato, sez. V, n. 4308/2020).

Dalla lettura del quadro normativo per come interpretato dalla giurisprudenza emerge che la valutazione della congruità degli oneri per la sicurezza è ammessa unicamente nell’ambito della valutazione sull’anomalia dell’offerta e sul presupposto, quindi, che l’offerta sia stata dichiarata anomala, circostanza che nella fattispecie non si è verificata, considerato peraltro il limitato scarto di ribasso tra le offerte proposte.

Non è sufficiente a pervenire a diverse conclusioni quanto affermato dalle resistenti secondo cui il gravato provvedimento richiamerebbe anche l’art. 97, co. 5 lett. c), che si riferisce alle offerte anomale, atteso che la stessa nota con cui è stata convocata parte ricorrente per l’audizione si limitava a richiedere giustificazioni ai soli fini di cui all’art. 95, co. 10, del codice per cui la Pianeta Verde ha calibrato le proprie osservazioni in riferimento a tale specifico profilo, non risultando alcuna statuizione della stazione appaltante che abbia dichiarato l’anomalia dell’offerta formulata dal RTI guidato dalla società ricorrente.

Peraltro, pur prescindendo dal carattere assorbente delle precedenti considerazioni, anche nel merito della valutazione di inadeguatezza degli oneri per la sicurezza, la stazione appaltante si limita a richiamare l’incongruità dell’importo per oneri di sicurezza quantificato nell’offerta rispetto a quello risultante dall’applicazione del protocollo ITACA (Istituto per l’Innovazione e Trasparenza degli Appalti e la Contabilità Ambientale).

Senonché il Protocollo ITACA *“esprime solo un valore presunto degli oneri di sicurezza rispetto al quale confrontare, in diminuzione o aumento, quelli concretamente indicati dal concorrente”* (cfr. da ultimo, TAR Campania, Napoli, n. 2712/2021) che non esime tuttavia la stazione appaltante dalla confutazione dei dati giustificativi proposti dal concorrente in sede di contraddittorio.

Nella fattispecie parte ricorrente ha addotto di aver indicato nel computo metrico le spese per DPI computabili nell’ambito degli oneri di sicurezza, mentre nel corso del contraddittorio procedimentale ha prodotto le fatture relative a precedenti acquisti di DPI per le proprie maestranze che quindi avrebbero dovuto essere detratti dall’importo ritenuto congruo (cfr. verbale di audizione).

Tali osservazioni fornite nel corso del procedimento, come rilevato da parte ricorrente, sono state oggetto di confutazioni generiche nel gravato provvedimento con cui l’Amministrazione si è

limitata a ribadire l'insufficienza delle giustificazioni fornite dal RTI, ponendo a carico di parte attrice una sorta di *onus probandi* di difficile perimetrazione.

In definitiva le censure si appalesano fondate e il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

La parziale novità delle questioni trattate e la complessità delle stesse giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese del presente giudizio.

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 i provvedimenti impugnati.

Compensa integralmente tra le parti le spese del presente giudizio, salvo il rimborso del contributo unificato, se corrisposto, che viene posto a carico dell'amministrazione intimata.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2021 – svoltasi con le modalità di cui all'art. 25 del D.L. n.137/2020 convertito dalla L. n. 176/2020 e al D.P.C.S. del 28.12.2020 – con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Giuseppe Esposito, Consigliere

Domenico De Falco, Primo Referendario, Estensore

IL SEGRETARIO