

Publicato il 03/05/2017

N. 02358/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00426/2017 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 della Campania

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 426 del 2017, proposto da:

G.P.N. s.r.l., con sede in S. Antonio Abate alla Via S. Maria La Carità n. 68, in persona del legale rappresentante p.t. sig. Nicola Alfano, rappresentata e difesa dall'avvocato Bruno Mercurio, con domicilio eletto presso lo studio legale Contieri in Napoli, Via Raffaele De Cesare, 7;

contro

Comune di Cercola, in persona del legale rappresentante Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Ferdinando Pinto, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Erik Furno in Napoli, Via Cesario Console, 3;

nei confronti di

Teknoservice S.r.l., con sede in Piossasco (TO) al viale dell'Artigianato n. 10, in persona del legale rappresentante p.t. sig. Nicola Benedetto, rappresentato e difeso dagli avvocati Anna Floriana Resta, Raffaello Giuseppe Orofino e Angelo Giuseppe Orofino, con domicilio ex art. 25 c.p.a. in Napoli presso la Segreteria del T.A.R. Campania, Piazza Municipio, 64;

per l'annullamento

a) del provvedimento di cui alla nota pec del 28.12.2016, con la quale il Comune di Cercola ha comunicato l'esclusione della ricorrente dalla gara per l'affidamento del

servizio di igiene urbana sull'intero territorio comunale per la raccolta, spazzamento e trasporto dei rifiuti urbani ed assimilabili, per insussistenza della dichiarazione degli oneri di sicurezza aziendali interni;

b) della nota pec del 28.12.2016, con la quale è stata comunicata l'aggiudicazione provvisoria in favore della Società Teknoservice S.r.l.;

c) della nota prot. 000777 del 18.1.2017 di rigetto dell'istanza di riesame del 4.1.2017;

d) di ogni altro atto presupposto, conseguente o connesso;

e) in subordine, dell'intera procedura di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cercola e della Teknoservice S.r.l.;

Viste le produzioni delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore per l'udienza pubblica del giorno 11 aprile 2017 il dott. Giuseppe Esposito e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1- Attraverso la Centrale Unica di Committenza ASMEL, il Comune di Cercola indiceva la gara per l'affidamento del servizio di igiene urbana sull'intero territorio comunale per la raccolta, spazzamento e trasporto dei rifiuti urbani ed assimilabili provenienti dalle utenze domestiche, commerciali, artigianali ed industriali, oltre ai servizi di pulizia caditoie e di diserbo, pulizia e taglio del verde pubblico (CIG 6814126AA7).

Con nota p.e.c. del 28/12/2016, era comunicata alla Società ricorrente l'esclusione, per omessa dichiarazione degli oneri di sicurezza aziendali interni (art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016).

1.1- Con ricorso notificato a mezzo p.e.c. il 25/1/2017 (depositato il 6/2/2017), la G.P.N. contesta la disposta esclusione, deducendo con due motivi la violazione dell'art. 97 Cost., degli artt. 95, commi 1 e 6, lett. c), e 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché la violazione degli artt. 10, 16 e 19 del bando, del giusto

procedimento e dei richiamati principi comunitari, oltre all'eccesso di potere per difetto di istruttoria, errore sui presupposti di fatto e di diritto, travisamento, illogicità e ingiustizia manifesta.

Si sostiene che:

- l'indicazione dei costi aziendali non era prevista espressamente dal bando né sanzionata con l'esclusione;
- il principio secondo cui in tal caso occorre richiedere spiegazioni all'offerente è in linea con Direttive europee, come chiarito dalla Corte di Giustizia UE, sez. VI, 10/11/2016, nelle cause C-140/16, C-697/16 e C-162/16;
- in conformità a tale principio, l'art. 95, comma 10, cit. non ha previsto l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza aziendali a pena espressa di esclusione;
- è erroneo quindi ritenere che l'offerta della G.P.N. sarebbe carente di un elemento essenziale (essendo la stessa onnicomprensiva di ogni onere, in base all'art. 16 della legge di gara), dovendosi far ricorso al soccorso istruttorio, come chiarito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza del 27/7/2016 n. 19).

Con ulteriore motivo è censurata l'aggiudicazione provvisoria in favore della Teknoservice, deducendo che la stessa andava esclusa per il mancato possesso del requisito di cui all'art. 80, quarto comma, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 (avendo in altra gara dichiarato di avere in corso procedimenti di risoluzione contrattuale con altre amministrazioni).

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Cercola e l'aggiudicataria Teknoservice S.r.l., confutando le censure nelle proprie memorie difensive.

1.2- L'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza dell'1/3/2017 n. 333, fissando contestualmente l'udienza pubblica per la discussione del ricorso.

Il Comune di Cercola ha prodotto memoria conclusionale, riportandosi alla memoria di costituzione.

All'udienza pubblica dell'11 aprile 2017 il ricorso è stato assegnato in decisione.

2- La controversia coinvolge principalmente la legittimità dell'esclusione dalla suddetta gara, per insussistenza della dichiarazione relativa agli oneri di sicurezza aziendali interni, in base a quanto dispone l'art. 95, comma 10, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, a tenore del quale:

<<Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali

concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro>>.

Il ricorso è infondato.

Il menzionato comma 10 dell'art. 95 pone l'onere di indicare nell'offerta economica gli oneri di sicurezza c.d. aziendali o interni, il cui mancato rispetto comporta l'esclusione dalla gara, senza che possa invocarsi la necessità di far ricorso al soccorso istruttorio.

È, difatti, acclarato che:

- la nuova disciplina fissa un obbligo legale inderogabile a carico dei partecipanti alla gara pubblica, cosicché resta ininfluente che gli atti della procedura non dispongano espressamente al riguardo, operando piuttosto il meccanismo dell'eterointegrazione con l'obbligo discendente dalla norma primaria;
- non può ammettersi il soccorso istruttorio (previsto dall'art. 83, nono comma, del d.lgs. n. 50 del 2016 per “la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica), in quanto gli oneri di sicurezza interni attengono direttamente all'offerta economica e, per la loro finalità di tutela della sicurezza del lavoro, ne costituiscono elemento essenziale (cfr. T.A.R. Campania, sez. I di Salerno, 5/1/2017 n. 34 e T.A.R. Veneto, sez. I, 21/2/2017 n. 182).

Le argomentazioni della ricorrente vanno disattese, fondandosi su un orientamento maturato nel regime previgente, in base alla citata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 19 del 2016 (orientamento di recente ribadito, ma pur tuttavia con esplicito riferimento alle “gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del c.d. nuovo Codice dei contratti pubblici”: Cons. Stato, sez. V, 7/3/2017 n. 1073; conf., Cons. Stato, sez. V, 7/11/2016 n. 4646).

Neppure rileva il richiamo alle ordinanze C.G.U.E. (Sesta Sezione) del 10/11/2016, trattandosi anche in tal caso di decisione emessa nei riguardi della normativa previgente ed in relazione alla Direttiva abrogata 2004/18 (come esplicitato ai punti 21, 22 e 23 dell'ordinanza nella causa C-697/15; idem per le ulteriori ordinanze CGUE, in differenti punti).

Difatti, in relazione al regime antecedente, la Corte di Giustizia ha ritenuto

contrastante con il principio della parità di trattamento e con l'obbligo di trasparenza l'esclusione per omessa separata indicazione nell'offerta dei costi aziendali, la quale sia frutto di un'interpretazione e non risulti espressamente, oltre che dai documenti di gara, "dalla normativa nazionale" (cfr. punto 34 ord. cit.).

Viceversa, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016 è superata ogni incertezza interpretativa, nel senso sopra illustrato dell'inderogabilità dell'obbligo derivante dall'art. 95, comma 10 (cfr. T.A.R. Campania, sez. I di Salerno, 6/7/2016 n. 1604: "tale disposizione configura un preciso ed ineludibile obbligo legale in sede di predisposizione dell'offerta economica"; cfr., altresì, T.A.R. Veneto, sez. I, 21/2/2017 n. 182, cit.: "in presenza di una così esplicita disposizione di legge, è del tutto irrilevante che né la lex specialis di gara (bando e disciplinare), né il modello di offerta economica predisposto dalla stazione appaltante avessero previsto la dichiarazione separata di tali oneri, discendendo direttamente ed inequivocabilmente dalla legge l'obbligo (rectius, l'onere) di effettuare la dichiarazione stessa: il ché – occorre aggiungere – è proprio il quid novi contenuto nella disciplina dettata sul punto dall'art. 95, comma 10, cit., che ha inteso porre fine, una volta per tutte, ai ben noti contrasti insorti nel preesistente assetto normativo"; (...) né, va infine rimarcato, emergono allo stato profili di incompatibilità fra le disposizioni di diritto interno che impongono, ora in modo tassativo, l'indicazione degli oneri in questione ed il pertinente paradigma normativo eurounitario (C.d.S., Sez. V, ord. n. 5582/2016, cit.)").

2.1- La censura avverso l'aggiudicazione non può trovare ingresso per difetto di interesse, non potendo la ricorrente vantare alcuna pretesa a contestare l'esito della gara da cui è stata legittimamente esclusa.

3- Alla stregua delle motivazioni che precedono, il ricorso va dunque complessivamente respinto.

In ragione della parziale novità della questione introdotta dal nuovo Codice dei contratti pubblici, con riferimento alle incertezze interpretative ingenerate dalla previgente disciplina, sussistono valide ragioni per disporre la compensazione per l'intero tra tutte le parti degli onorari e delle spese di giudizio, restando a carico della Società ricorrente il contributo unificato versato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa per l'intero tra tutte le parti gli onorari e le spese di giudizio, restando a carico della Società ricorrente il contributo unificato versato.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 11 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Donadono, Presidente

Vincenzo Cernese, Consigliere

Giuseppe Esposito, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giuseppe Esposito

IL PRESIDENTE
Fabio Donadono

IL SEGRETARIO