

Pubblicato il 25/07/2017

N. 00525/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00613/2016 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 613 del 2016, proposto da:

Olympus Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli avv.ti Andrea Perani, Pietro Ferrario e Antonio
Galotta, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Antonio Galotta in
Potenza, via San Remo, 44;

contro

Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico - Centro di Riferimento
Oncologico della Basilicata (CROB) di Rionero in Vulture, in persona del
legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Incoronata
Bochicchio, domiciliato ex art. 25 cod. proc. amm. presso la segreteria del
Tribunale;

nei confronti di

Crimo Italia S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento di ammissione della Crimo Italia S.r.l. alla procedura

negoziata indetta dal CROB di Rionero in Vulture con lettera invito n. 14457 del 4 novembre 2016, relativa all'affidamento del servizio di assistenza tecnica full risk degli endoscopi flessibili e delle lavaendoscopi per un periodo di 12 mesi, prorogabile per ulteriori 3 mesi, con importo a base d'asta di € 85.000,00 (calcolato su 12 mesi);

- dei verbali di gara, nella parte in cui la Commissione giudicatrice ha ammesso alla gara la Crimo Italia S.r.l., applicando il soccorso istruttorio;

- dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della Crimo Italia S.r.l., se emanato nelle more;

nonché per l'accertamento del diritto della ricorrente al risarcimento:

1) in via principale, in forma specifica, mediante l'aggiudicazione del suddetto appalto e/o l'accoglimento della domanda di subentro nel contratto, previa declaratoria di inefficacia dello stesso, se già stipulato;

2) in via subordinata, previo annullamento, in tutto o in parte, del procedimento di gara, mediante la rinnovazione, in tutto o in parte, del procedimento di evidenza pubblica;

3) in via ulteriormente subordinata, in forma equivalente, con la condanna del CROB al ristoro di tutti danni subiti dalla Olympus Italia S.r.l., derivanti dalla condotta illegittima della stazione appaltante;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del CROB di Rionero in Vulture;

Viste le memorie difensive;

Vista la sentenza parziale di questo Tribunale n. 508 del 24 luglio 2017;

Visto l'art. 267 del TFUE;

Visto l'art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia della UE;

Visto l'art. 3 della legge n. 204/1958;

Viste le *"Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale"* (2016/C 439/01, in G.U.U.E del 25 novembre 2016) della Corte di giustizia dell'Unione europea;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2017 il dott. Pasquale Mastrantuono e uditi per le parti i difensori avv. Pietro Ferrario e avv. Incoronata Bochicchio;

1. Esposizione succinta dell'oggetto della controversia.

1.1 Con lettera invito n. 14457 del 4 novembre 2016, l'Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico - CROB di Rionero in Vulture ha indetto una procedura negoziata relativa all'affidamento del servizio di assistenza tecnica full risk degli endoscopi flessibili e delle lavaendoscopi per un periodo di 12 mesi, prorogabile per ulteriori 3 mesi, con importo a base d'asta di € 85.000,00 (calcolato su 12 mesi).

1.2 La Olympus Italia S.r.l. ha avanzato ricorso a questo Tribunale avverso il provvedimento di ammissione della Crimo Italia S.r.l. alla procedura negoziata in questione, deducendo avverso detto provvedimento varie censure.

1.3 Con sentenza parziale n. 508 del 24 luglio 2017 questo Tribunale ha rigettato tutte le censure proposte dalla Olympus Italia S.r.l., salvo quella concernente l'omessa indicazione nell'offerta economica degli oneri di sicurezza da parte della Crimo Italia S.r.l. e la decisione dell'amministrazione di consentire al riguardo la "regolarizzazione" dell'offerta medesima mediante "soccorso istruttorio".

1.4 In ordine a tale censura, il collegio ha ritenuto di sospendere il giudizio, al fine di sollevare, con separata ordinanza, questione pregiudiziale di interpretazione del diritto comunitario, volta ad accertare se quest'ultimo osti all'applicazione delle regole nazionali che impongono, senza possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio, l'esclusione dalla procedura di gara nel caso di inosservanza dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, anche qualora tale indicazione non sia prevista nel modulo predisposto dall'amministrazione, che i

concorrenti devono utilizzare per la presentazione delle offerte.

2. Il contenuto delle disposizioni nazionali che trovano applicazione nel caso di specie

2.1 La questione interpretativa che si solleva dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea ha per oggetto la normativa nazionale sull'obbligo di indicazione separata, all'atto delle offerte per partecipare ad una procedura ad evidenza pubblica di affidamento di appalto di servizi, dei costi interni di sicurezza aziendale, con divieto di successiva sanatoria, anche qualora siffatta indicazione separata non sia prevista nel modulo predisposto dall'amministrazione per la presentazione delle offerte.

2.2 In proposito, la normativa nazionale è oggi dettata dal nuovo Codice degli appalti pubblici (D.Lg.vo n. 50/2016) e precisamente dal combinato disposto degli artt. 95, comma 10 (*“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”*) e 83, comma 9 (che esclude la sanabilità delle carenze essenziali della domanda di partecipazione *“afferenti all’offerta tecnica e all’offerta economica”*).

2.3 La giurisprudenza (v. T.A.R. Reggio Calabria, 25 febbraio 2017, n. 166; C.S., V, ord. 15 dicembre 2016, n. 5582; T.A.R. Molise, 9 dicembre 2016, n. 513; T.A.R. Campania, Salerno, 6 luglio 2016, n. 1604) ritiene che laddove la gara - come, appunto, nella fattispecie in esame - rientri nel campo di applicazione del D.Lg.vo n. 50/2016, venga a configurarsi un ineludibile obbligo legale da assolvere necessariamente già in sede di predisposizione dell'offerta economica, proprio al fine di garantire la massima trasparenza dell'offerta economica nelle sue varie componenti, evitando che la stessa possa essere modificata *ex post* nelle sue componenti di costo, in sede di verifica dell'anomalia, con possibile alterazione dei costi della sicurezza al fine di rendere sostenibili e quindi giustificabili le voci di costo riferite alla fornitura del servizio o del bene.

3. Il diritto dell'Unione Europea

3.1 In materia il diritto dell'Unione detta i principi euro-unitari, di matrice giurisprudenziale, della tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, unitamente ai principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza, di cui alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici n. 2014/24/UE.

3.2 In particolare, la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici n. 2014/24/UE dispone:

all'art. 18, paragrafo 1, primo comma *che "le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata"*;

all'art. 56, paragrafo 3, *che "se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati a presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza"*.

4. Illustrazione dei motivi del rinvio pregiudiziale

4.1 In materia di obbligatoria indicazione separata nelle offerte dei costi aziendali per la sicurezza del lavoro e di possibilità di sanatoria successiva di tale omissione la Corte di giustizia UE si è pronunciata con decisione della sez. VI, del 10 novembre 2016, n. 140. Ad essa si è adeguata la giurisprudenza nazionale, a partire dalla sentenza del C.S., A.P. n. 19 del 27

luglio 2016. Si tratta però, in entrambi i casi, di pronunce riferite alla previgente normativa (direttiva 2004/18/CE e D.Lg.vo n. 163/2006).

4.2 La sopravvenuta normativa nazionale, prima indicata sub 2.2, ha modificato i termini della questione, prevedendo espressamente l'obbligo di dichiarazione separata in sede di offerta economica dei costi aziendali per la sicurezza e vietando in tal caso il ricorso al soccorso istruttorio.

4.3 Il collegio ritiene tuttavia dubbia la conformità al diritto dell'Unione di siffatta disciplina, qualora l'offerta che non contiene l'indicazione dei costi aziendali per la sicurezza del lavoro sia stata redatta dall'impresa partecipante alla gara di appalto su modulo predisposto dalla stazione appaltante, che non prevede tale indicazione.

4.4 Si pone, in definitiva, la questione se, nella materia degli appalti pubblici, sia conforme ai richiamati principi euro-unitari l'esclusione dalla gara, senza possibilità di adempimento successivo entro un termine prefissato dalla stazione appaltante, di un'impresa che ha omesso di indicare separatamente nell'offerta economica i costi di sicurezza aziendale – come ormai richiesto espressamente dalla legge – redigendo l'offerta medesima sul modulo che allo scopo è stato predisposto dalla stessa stazione appaltante, senza previsione di una separata indicazione dei costi di sicurezza aziendale.

4.5 In tali circostanze, infatti, tenuto anche conto che non è in discussione il fatto che l'offerta, dal punto di vista sostanziale, rispetti i necessari costi di sicurezza, l'esclusione appare difficilmente compatibile con la tutela del legittimo affidamento, la certezza del diritto e la proporzionalità, che sono principi generali del diritto dell'Unione europea di applicazione trasversale (giurisprudenza pacifica; tra le molte, decisione sul legittimo affidamento, CGUE n. 201 del 10 settembre 2009; n. 383 del 13 marzo 2008; n. 217 del 4 ottobre 2007; sulla certezza del diritto, CGUE n. 576 dell'11 luglio 2013; n. 72 del 16 febbraio 2012; n. 158 del 18 novembre 2008; sulla

proporzionalità, CGUE n. 234 del 18 luglio 2013; n. 427 del 28 febbraio 2013), che, come tali, devono trovare applicazione anche per le procedure pubbliche di affidamento di appalti il cui valore non raggiunga, come nella specie, la soglia comunitaria.

4.6 Viene anzitutto in rilievo il principio della tutela del legittimo affidamento: ciò in quanto la modulistica predisposta dalla stazione appaltante, non prevede, nel caso di specie, l'indicazione separata, nell'ambito dell'offerta economica, degli oneri di sicurezza aziendale. Il collegio si chiede se il principio della tutela del legittimo affidamento, insieme a quelli della certezza del diritto e della proporzionalità, come riconosciuti nel diritto dell'Unione europea, ostino, o no, ad una regola del diritto italiano, come sopra ricostruita, che imponga di escludere da una procedura di evidenza pubblica un'impresa che abbia fatto affidamento, per l'appunto, sulle indicazioni fornite dalla stessa stazione appaltante ai fini della partecipazione ad una gara. Aspetto cruciale è quello della possibilità di ravvisare in detta ipotesi una colpa "sanzionabile" nel comportamento dell'impresa che abbia ommesso l'indicazione degli oneri di sicurezza interni, prescritta dalla legge: si assume, infatti, che tale impresa sia tenuta ad integrare il modulo a stampa all'uopo predisposto dalla stazione appaltante e che, non avendolo fatto, non possa neppure sanare successivamente detta omissione entro un termine fissato dall'amministrazione.

4.7 Del resto, nella vicenda in esame assumono rilievo anche i principi comunitari del *favor participationis* e della parità di trattamento sostanziale tra le imprese concorrenti, posto che nemmeno nella presente sede giurisdizionale è stato motivatamente e documentalmente contestato che l'offerta economica dell'impresa interessata fosse effettivamente rispettosa degli oneri di sicurezza necessari. Allo stato del procedimento, pertanto, l'unica mancanza della stessa è quella dell'omessa indicazione separata dei costi di sicurezza. Di conseguenza essa dovrebbe essere esclusa per ragioni

di natura esclusivamente formale, dovendosi considerare illegittima - in base alla disciplina nazionale - la possibilità, offertale dall'amministrazione mediante il rimedio del c.d. soccorso istruttorio, di dimostrare che l'offerta presentata fosse effettivamente congrua anche con riguardo ai costi di sicurezza aziendale.

4.8 L'applicazione rigorosa della legge italiana, quale interpretata dalle richiamate pronunce (v. sopra sub 2.3), nel non ammettere la possibilità del c.d. soccorso istruttorio, conduce dunque all'automatica esclusione delle imprese che abbiano omesso l'indicazione separata, indipendentemente dal fatto che il requisito, nella sostanza, fosse invece posseduto: con la conseguenza di restringere indebitamente la platea dei possibili concorrenti e, quindi, con sostanziale violazione dei connessi principi di libera concorrenza e di libera prestazione dei servizi nell'ambito del territorio dell'Unione sanciti dal TFUE. Ciò in quanto, come è evidente, la censurata normativa italiana potrebbe comportare discriminazioni applicative nei confronti delle imprese comunitarie non italiane che volessero partecipare ad un appalto di lavori bandito da un'amministrazione aggiudicatrice italiana, non potendo esse neppure fare affidamento sulla correttezza della modulistica predisposta dalla stessa stazione appaltante.

5. Formulazione del quesito

In relazione a tutto quanto sopra esposto, il collegio formula il seguente quesito interpretativo:

“Se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, unitamente ai principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza, di cui alla direttiva n. 2014/24/UE, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dal combinato disposto degli artt. 95, comma 10, e 83,

comma 9, del D. Lg.vo n. 50/2016, secondo la quale l'omessa separata indicazione dei costi di sicurezza aziendale, nelle offerte economiche di una procedura di affidamento di appalti pubblici, determina, in ogni caso, l'esclusione della ditta offerente senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata non sia stato specificato nell'allegato modello di compilazione per la presentazione delle offerte, ed anche a prescindere dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispetti effettivamente i costi minimi di sicurezza aziendale".

6. Sospensione del giudizio e disposizioni per la Segreteria

6.1 Ai sensi delle "Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale" (2016/C 439/01, in G.U.U.E del 25 novembre 2016) della Corte di giustizia dell'Unione europea, si dispone che la Segreteria di questo Tribunale trasmetta alla Cancelleria della Corte di giustizia, mediante plico raccomandato al seguente indirizzo Rue du Fort Niedergrunewald, L-2925 Lussemburgo, copia integrale del fascicolo di causa.

6.2 In applicazione dell'art. 79 cod. proc. amm. e del punto 23 delle Raccomandazioni, il presente giudizio rimane sospeso nelle more della definizione del procedimento incidentale di rinvio e ogni ulteriore decisione, anche in ordine al regolamento delle spese processuali, è riservata alla pronuncia definitiva.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata dispone la sospensione del giudizio e la rimessione alla Corte di giustizia dell'Unione europea della questione pregiudiziale indicata in motivazione.

Manda alla segreteria di provvedere alla comunicazione alla Corte di giustizia della UE della presente ordinanza e all'invio alla sua cancelleria dell'ordinanza stessa, nonché di tutti gli atti contenuti nel fascicolo di causa. Spese al definitivo.

Così deciso in Potenza nelle camere di consiglio dei giorni 8 febbraio 2017
e 22 luglio 2017, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente, Estensore

Pasquale Mastrantuono, Consigliere

Benedetto Nappi, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO