

MASSIMA – Concessione di servizi; oneri di sicurezza aziendali 87 co. 4 Codice degli Appalti non rientra nei principi generali a tutela della concorrenza.

Consiglio di Stato n. 1250 del 11/03/2015

N. 01250/2015REG.PROV.COLL.

N. 03131/2014 REG.RIC.



IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3131 del 2014, proposto da: Tuttomatic s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Alberto Giovannelli e Paolo Barabino, con domicilio eletto presso Riccardo Tagliaferri in Roma, Via Bisagno 14;

contro

Supermatic s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Ivan Marrone, Dario Rigacci, con domicilio eletto presso Studio Lessona in Roma, Via Vittorio Emanuele II, 18;

nei confronti di

Istituto Tecnico Commerciale Statale "Antonio Pacinotti" - Pisa, Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. TOSCANA - FIRENZE: SEZIONE II n. 00106/2014, resa tra le parti, concernente della sentenza breve del T.A.R. TOSCANA - FIRENZE: SEZIONE II n.

106/2014, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di installazione distributori automatici di generi vari

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Supermatic s.p.a., dell'Istituto Tecnico Commerciale Statale "Antonio Pacinotti" - Pisa e del Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2014 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti l'avvocato Iaria per delega dell'avvocato Marrone, e l'avvocato dello Stato Cristina Gerardis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Viene in decisione l'appello proposto dalla società Tutto Matic s.r.l. per ottenere la riforma della sentenza del T.a.r. per la Toscana, sez. II, 20 gennaio 2014, n. 106.

2. La sentenza impugnata ha accolto il ricorso proposto dalla società Supermatic s.p.a. e, per l'effetto, ha annullato il provvedimento di aggiudicazione disposto in favore della Tutto Matic s.r.l. dall'Istituto Commerciale Statale "Antonio Pacinotti" di Pisa relativamente alla gara per l'installazione presso i propri locali di distributori automatici di bevande e alimenti.

Il T.a.r., in particolare, ha accolto il motivo di ricorso con cui l'originaria ricorrente aveva denunciato la violazione degli artt. 86, comma 3-*bis*, e 87, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006, per non avere la Tutto Matic s.r.l. indicato nell'offerta gli oneri aziendali della sicurezza correlati all'esecuzione del servizio oggetto di gara. Ha, quindi, ritenuto che, in forza dell'art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163 de 2006, l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, anche in difetto di espressa comminatoria da parte della lettera di invito.

3. L'appellante lamenta l'erroneità della sentenza di primo grado, sostenendo che nella fattispecie in esame, venendo in considerazione una concessione di servizi, l'omessa indicazione nell'offerta dei costi degli oneri di sicurezza aziendali non comporterebbe di per sé, l'esclusione dalla gara, rilevando ai soli fini dell'anomalia del prezzo offerto, in mancanza di previsione espressa di indicazione a pena di esclusione.

4. La società Supermatic, nel costituirsi in giudizio, ha, innanzitutto, sostenuto l'infondatezza dell'appello, evidenziando, in particolare, che l'indirizzo giurisprudenziale richiamato dall'appellante, secondo cui la mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali rileverebbe solo ai fini della verifica di anomalia (non comportando, invece, l'esclusione in mancanza di una espressa previsione della *lex specialis*), oltre ad essere del tutto minoritario, non potrebbe nel caso

di specie trovare applicazione, atteso che l'Amministrazione non ha proceduto ad alcuna valutazione di anomalia dell'offerta.

4.1. In via subordinata, nell'ipotesi di accoglimento dell'appello, la Supermatic s.p.a. ha riproposto i motivi del ricorso di primo grado dichiarati assorbiti dal T.a.r. volti, in sintesi, a sostenere:

a) l'illegittimità del bando per la mancata precisa individuazione dei criteri di aggiudicazione;

b) la violazione del principio di pubblicità, in quanto tutte le operazioni della Commissione giudicatrice, a partire dall'apertura delle buste contenenti le offerte, sarebbero state svolte in seduta riservata;

c) la violazione del principio di trasparenza e imparzialità per la mancanza di verbalizzazione delle operazioni compiute dalla commissione;

d) l'illegittimità del provvedimento di nomina della Commissione in quanto adottato anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle domande.

5. Si è costituito in giudizio anche l'Istituto Commerciale Statale "Antonio Pacinotti" di Pisa, il quale, oltre a chiedere l'accoglimento dell'appello proposto da Tutto Matic s.r.l., ha, con semplice memoria difensiva, censurato la sentenza di primo grado nella parte in cui ha rigettato l'eccezione preliminare sollevata in primo grado diretta a sostenere l'inammissibilità del ricorso introduttivo per carenza di interesse, sul rilievo che l'impresa ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per carenza dei un requisito di partecipazione (iscrizione presso la Camera di commercio di Pisa).

6. Alla pubblica udienza del 18 dicembre 2014 la causa è stata trattenuta per la decisione.

7. Deve essere preliminarmente esaminata l'eccezione con la quale l'Amministrazione resistente ha dedotto l'inammissibilità per difetto di interesse del ricorso originario sul rilievo che l'originaria ricorrente (società Supermaics.p.a) avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

L'eccezione è inammissibile.

La sentenza di primo grado, infatti, ha esaminato e respinto tale eccezione sulla base delle seguente motivazione: *"non può condividersi l'assunto della difesa erariale in ordine al difetto di interesse della ricorrente che avrebbe dovuto, anch'essa, essere esclusa dalla gara per mancanza del requisito dell'iscrizione alla Camera di Commercio di Pisa, per l'evidente ragione che a tanto avrebbe dovuto provvedere la Stazione appaltante nel corso del procedimento, non potendo essere revocato in sede giurisdizionale un provvedimento ormai intangibile emesso dalla stessa Amministrazione"*.

Tale espressa statuizione contenuta nella sentenza di primo grado, dando luogo ad una soccombenza, avrebbe dovuto essere contestata attraverso la proposizione dell'appello incidentale subordinato, e non con la presentazione di una semplice memoria difensiva.

Ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., infatti, le eccezioni riproponibili con semplice memoria sono solo quelle dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado. Al contrario, le eccezioni esaminate e respinte richiedono, per entrare a far parte del *thema decidendum* del giudizio di appello, la formulazione di una impugnazione incidentale, mancando la quale sul relativo capo della sentenza di primo grado si forma il giudicato (cfr., fra le tante, Cons. Stato, sez.

V, 29 aprile 2009, n. 2716; Cons. Stato, Ad. Plen. 22 dicembre 1982, n. 21; Cons. Stato, Ad. Plen. 21 ottobre 1980, n. 37).

8. Si può passare, quindi, all'esame dell'unica questione dedotta con l'appello principale, e relativa all'applicabilità (o meno) dell'art. 86, comma 3-*bis*, e dell'art. 87, comma 4, del d.lgs. 163/2006 alle concessioni e, in particolare, alla necessità (o meno) che i concorrenti specificino – in sede di offerta ed a prescindere da una richiesta esplicita della *lex specialis* di gara – i costi della sicurezza c.d. “aziendali”, diversi da quelli predeterminati dalla stazione appaltante e non assoggettabili a ribasso d'asta.

9. Il Collegio ritiene che al quesito debba darsi risposta negativa.

10. L'art. 30 del d.lgs. n. 163 del 2006 prevede che le concessioni di servizi sono sottratte alla puntuale disciplina del diritto comunitario e del codice dei contratti pubblici e che ad esse si applicano i principi desumibili dal Trattato e i principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, i principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi.

Per stabilire se, fra tali principi, rientri anche l'obbligo, previsto a pena di esclusione per gli appalti di servizi e di forniture, di indicare nell'offerta i costi di sicurezza aziendali, vanno applicati i criteri di indagine elaborati di recente dall'Adunanza plenaria al fine di individuare quali disposizioni del codice dei contratti pubblici siano espressive di principi generali (di derivazione europea ovvero solo nazionale), e dunque capaci di integrare la disciplina delle gare per la selezione di concessionari di servizi pubblici (cfr. Ad. plen., 6 agosto 2013, n. 19; 7 maggio 2013, n. 13, 30 gennaio 2014, n. 7).

In sintesi è sufficiente ribadire che:

a) la regola generale, a mente dell'art. 30, co. 1. cit., è nel senso che alle concessioni di servizio pubblico non si applicano le disposizioni specifiche del codice dei contratti pubblici;

b) si deve tener conto del fatto che in linea teorica tutte le norme di dettaglio del codice costituiscono una derivazione, più o meno diretta, di principi (o più semplicemente di esigenze) generali;

c) in senso proprio costituiscono principi generali applicabili alle concessioni di servizio, non solo i c.d. super principi o valori di sistema, di solito espressamente indicati nelle parti iniziali dei codici di settore (nella specie art. 2 codice dei contratti pubblici), ma anche quelli che si traggono da talune specifiche norme;

d) tuttavia, l'applicabilità di talune disposizioni specifiche di tali codici è predicabile solo quando esse superino uno scrutinio rigoroso di indagine basato sull'accertamento della natura dell'interesse presidiato dal precetto e della sua ampiezza applicativa, trovando la propria ratio immediata e diretta nella tutela di valori immanenti al sistema (nella specie dei contratti pubblici di appalto di lavori, servizi e forniture), in funzione nomogenetica rispetto alle singole norme costitutive delle codificazioni di settore.

Alla luce di tale premesse, il Collegio ritiene che, conformemente a quanto di recente sostenuto da questa Sezione in analoga fattispecie (Sez. VI, 18 luglio 2014, n. 3864), i costi sostenuti per la

sicurezza non possano farsi rientrare tra i principi generali a tutela della concorrenza, in quanto perseguono la diversa finalità di tutela dei lavoratori.

11. Deve ancora soggiungersi che secondo un pacifico orientamento di questo Consiglio di Stato l'applicabilità alle concessioni di servizi delle disposizioni del codice dei contratti può avvenire in conseguenza di un richiamo ad esse da parte della normativa di gara, e dunque in virtù di un autovincolo espresso dell'amministrazione aggiudicatrice (tra le altre Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2552; 2 maggio 2013, n. 2385).

Peraltro, a questo riguardo è necessario un richiamo puntuale, doveroso alla luce della regola del *clare loqui* cui le amministrazioni sono tenute nella predisposizione dei bandi di gara.

A ciò aggiungasi, che l'eterointegrazione della disciplina di gara è configurabile esclusivamente in presenza di norme imperative recanti una rigida predeterminazione dell'elemento destinato a sostituirsi alla clausola difforme.

Così, non v'è dubbio come al potere di eterointegrazione debba farsi ricorso in modo accorto, in adesione al consolidato orientamento giurisprudenziale per cui la legge di gara deve essere interpretata secondo le regole dettate dagli artt. 1362 e seguenti c.c., alla cui stregua si deve comunque attribuire valore preminente all'interpretazione letterale, in coerenza con i principi di chiarezza e trasparenza ex art. 1 della l. n. 241/1990, mentre devono essere escluse interpretazioni integrative contrarie al canone della buona fede interpretativa di cui all'art. 1366 c.c. (Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2015, n. 512; Sez. III, 2 settembre 2013 n. 4364; Sez. V, 21 dicembre 2012, n. 6615 ; 5 settembre 2011, n. 4980).

12. Non rileva in senso contrario la recente ordinanza (16 gennaio 2015, n. 88) con la quale la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione se, nelle gare relative all'affidamento degli appalti di lavori, la sanzione dell'esclusione dalla gara prevista dall'art. 87, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006, nel caso di omessa indicazione degli oneri relativi alla sicurezza aziendale in maniera analitica sin dal momento della presentazione delle offerte, debba essere comminata anche laddove l'obbligo di specificazione degli oneri non sia stato prescritto dalla normativa di gara.

Il dubbio interpretativo sollevato dalla citata ordinanza riguarda, infatti, soltanto gli appalti di lavori rispetto ai quali ci si chiede se valga la stessa disciplina prevista per gli appalti di servizi o forniture o se operi un diverso regime in ragione della speciale disciplina normativa riservata agli appalti di lavori, che appunto si connota per l'analisi preventiva dei costi della sicurezza aziendale, che sua volta si spiega alla luce della maggiore rischiosità insita nella predisposizione di cantieri.

In nessun modo, tuttavia, la risoluzione di quella specifica questione, concernente esclusivamente il regime degli oneri di sicurezza aziendali negli appalti di lavori, può spostare la conclusione illustrata, secondo cui l'art. 87, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2010 non si applica, in quanto non espressione di un principio generale a tutela della concorrenza, alla diversa fattispecie della concessione di servizi.

13. La fondatezza dell'appello principale impone l'esame degli altri motivi di primo grado dichiarati assorbiti dal T.a.r. e riproposti da Supermatic s.p.a nella sua memoria difensiva.

14. Risultano fondati ed assorbenti sia il motivo diretto a denunciare la violazione del principio di pubblicità delle operazioni di gara (terzo motivo del ricorso di primo grado) sia quello con cui si

lamenta che la Commissione di gara è stata nominata anteriormente al termine per la presentazione delle offerte (quarto motivo del ricorso di primo grado).

E' incontestato che tutte le operazioni della Commissione giudicatrice, a partire dall'apertura delle buste contenenti le offerte, sono state svolte in seduta riservata.

Emerge, altresì, dagli atti che la nomina della Commissione è stata disposta con delibera del Consiglio di Istituto n. 2 del 9 settembre 2013 ed è, quindi, anteriore al termine per la presentazione delle offerte.

Risulta, quindi, con evidenza, sia la violazione del principio di pubblicità e trasparenza delle operazioni di gara, sia la violazione delle disposizioni di cui all'art. 84, comma 10, d.lgs. n. 163/2006 sui tempi di nomina della Commissione.

Si tratta in entrambi i casi di principi volti a tutelare la trasparenza e la parità di trattamento e, come tali, certamente applicabili anche alle concessioni di servizi in forza del richiamo contenuto nell'art. 30, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006 (cfr., in questi termini, con particolare riferimenti all'applicabilità dell'art. 84, comma 10, cit., Cons. Stato, Ad. Plen. 7 maggio 2013, n. 13).

15. Alla luce delle considerazioni che precedono, quindi, il ricorso di primo grado deve essere accolto, sia pure sulla base di motivi diversi da quello ritenuto fondato dal T.a.r.

16. E' appena il caso di aggiungere che i vizi riscontrati in questa sede danno luogo ad un diverso effetto conformativo della sentenza di annullamento perché minano la validità dell'intera procedura di gara e non solo dell'atto di aggiudicazione a favore di Tutto Matic s.r.l.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate, per ciascuna parte soccombente, in complessivi € 3.000, oltre agli accessori di legge.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso di primo grado proposto dalla società Supermatic s.p.a. e, per l'effetto, annulla gli atti della procedura di gara.

Condanna la società Tutto Matic s.r.l. e l'Istituto Tecnico Commerciale Statale "Antonio Pacinotti" al pagamento delle spese del giudizio a favore della società Supermatic s.p.a. che liquida, per ciascuna parte, in complessivi € 3.000, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Claudio Contessa, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/03/2015

IL SEGRETARIO

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