N. 01323/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00453/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 453 del 2014, proposto da:
Gruppo Clas S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Riccardo Marletta, Marco Ranalli e Pietro Piciocchi, con domicilio eletto presso l'avv. Pietro Piciocchi nel suo studio in Genova, corso Torino, 30/18;

contro

Autorità Portuale di Genova, rappresentata e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Genova, viale Brigate Partigiane, 2;

nei confronti di

Nomisma S.p.a., in proprio e quale capogruppo del costituendo RTI con Prometeia S.p.a. e TeMa S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Cozza e Laura Razetto, con domicilio eletto presso l'avv. Laura Razetto nel suo studio in Genova, via XX Settembre, 21/10;

per l'annullamento

del provvedimento dell'Autorità Portuale di Genova prot. n. 7240 del 26/3/2014, con il quale è stata comunicata l'esclusione della ricorrente dalla procedura negoziata di cottimo fiduciario per l'affidamento del servizio di analisi di impatto economico-sociale del Porto di Genova;

del verbale della Commissione giudicatrice n. 31 del 24/3/2014;

del punto 8, comma 4, sezione III, della lettera di invito, nella parte in cui impone ai concorrenti l'onere di indicare a pena di esclusione i costi per la sicurezza da rischio specifico;

della nota dell'Autorità Portuale di Genova port. n. 8733/P del 14/4/2014;

di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Portuale di Genova e di Nomisma S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 giugno 2014 il dott. Richard Goso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con lettera d'invito del 28 giugno 2013, l'Autorità Portuale di Genova ha indetto una procedura di cottimo fiduciario, *ex* art. 125 del codice dei contratti pubblici, per l'affidamento del servizio di analisi di impatto economico-sociale del porto di Genova, per un importo stimato di € 180.000 al netto di IVA, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Come si evince dal capitolato speciale allegato alla lettera d'invito, il servizio, propedeutico alla redazione del nuovo piano regolatore portuale, si sostanzia principalmente nell'analisi delle attività e delle dimensioni delle categorie di operatori appartenenti al settore marittimo portuale a livello nazionale e nella successiva realizzazione di un modello per la stima dell'impatto economico e sociale del porto di Genova.

Hanno partecipato alla gara 14 concorrenti; un'offerta è stata esclusa per incompletezza della documentazione.

Nella seduta del 13 marzo 2014, la Commissione giudicatrice procedeva allo scrutinio delle offerte tecniche ed economiche e all'attribuzione dei relativi punteggi; Gruppo Clas S.p.a., odierna ricorrente, conseguiva il punteggio più elevato per il merito tecnico e proponeva un ribasso (23%) tale da consentirle di conseguire l'aggiudicazione della gara.

Nella medesima seduta, però, la Commissione giudicatrice accertava che 3 offerte, tra cui quella della ricorrente, non riportavano alcuna indicazione in merito agli oneri per la sicurezza; alla luce della previsione della lettera d'invito che richiedeva tale indicazione a pena di esclusione dalla gara e delle contestazioni sollevate dai delegati intervenuti per alcuni concorrenti, il Presidente della Commissione sospendeva le operazioni di gara per approfondimenti e rinviava le conseguenti determinazioni ad una successiva seduta pubblica.

Nella seduta del 24 marzo 2014, la Commissione giudicatrice, con una motivazione articolata, decideva di escludere dalla gara i 3 concorrenti che avevano omesso l'indicazione dei costi per la sicurezza.

A seguito dell'esclusione suddetta, l'offerta più vantaggiosa risultava quella presentata dal raggruppamento costituendo fra Nomisma S.p.a., Prometeia S.p.a. e TeMa S.p.a.

Ricevuta la comunicazione di esclusione dalla gara, Gruppo Clas S.p.a. presentava un preavviso di ricorso, motivatamente disatteso con provvedimento del 14 aprile 2014.

Con ricorso giurisdizionale ritualmente notificato il 23 aprile 2014 e depositato il successivo 2 maggio, quindi, la stessa Società ha impugnato il provvedimento di esclusione dalla procedura concorrenziale e, *in parte qua*, la lettera d'invito.

L'esponente, con tre motivi di ricorso, sostiene che:

I) la contestata determinazione si pone in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, comma 1 *bis*, del codice dei contratti pubblici, atteso che nessuna disposizione normativa prevede che l'omessa indicazione degli oneri per la sicurezza comporti l'esclusione dalla gara;

II) trattandosi di servizio puramente intellettuale, consistente nella raccolta ed elaborazione di dati, non si profila nella specie alcun rischio per la sicurezza dei lavoratori;

III) gli atti di gara erano ambigui, poiché la lettera d'invito e il capitolato speciale recavano la dicitura "oneri per la sicurezza pari a zero" e il modello per la presentazione dell'offerta economica non conteneva alcuno spazio per l'eventuale indicazione dei costi in parola.

L'esponente propone anche domanda di risarcimento dei danni e di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

Si è costituita in giudizio l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Genova, in rappresentanza dell'intimata Autorità Portuale, contrastando nel merito la fondatezza del ricorso e opponendosi al suo accoglimento.

Con ordinanza n. 178 del 15 maggio 2014, è stata accolta l'istanza cautelare proposta in via incidentale dalla ricorrente e fissata l'udienza per la trattazione di merito.

Nel prosieguo del giudizio, si è costituita anche Nomisma S.p.a. che, con memoria depositata il 5 giugno 2014, ha diffusamente argomentato nel senso dell'infondatezza del ricorso.

La difesa erariale e della parte ricorrente hanno depositato ulteriori scritti difensivi a sostegno delle rispettive posizioni.

Il ricorso, quindi, è stato chiamato alla pubblica udienza del 26 giugno 2014 e ritenuto in decisione.

Ha fatto seguito la pubblicazione del dispositivo di sentenza n. 1026 del 27 giugno 2014.

DIRITTO

E' controversa la legittimità del provvedimento con cui l'intimata Autorità Portuale ha escluso la Società ricorrente dalla procedura di cottimo fiduciario per l'affidamento del servizio di analisi di impatto economico-sociale del porto di Genova, a causa della mancata indicazione nell'offerta dei costi per la sicurezza.

Nella motivazione del provvedimento di esclusione, l'Amministrazione procedente ha precisato che, nonostante la peculiarità del servizio di natura prettamente intellettuale, la misura espulsiva risultava vincolata in forza della previsione, anch'essa coinvolta nell'impugnazione, di cui all'art. 8 della lettera di invito ("L'offerta economica, nella quale il concorrente dovrà a pena di esclusione specificare i costi relativi alla sicurezza afferenti l'esercizio dell'attività svolta …").

Ad avviso della stazione appaltante, l'indicazione in sede di offerta degli oneri aziendali per la sicurezza sarebbe comunque imposta, anche prescindendo dalla suddetta previsione della *lex specialis*, dall'art. 87, comma 4, del codice dei contratti pubblici, e la violazione di tale obbligo non potrebbe che essere sanzionata con l'esclusione dalla gara, stante l'impossibilità, a scanso di eventuali violazioni della *par condicio* dei concorrenti, di attivare il potere di soccorso istruttorio.

Con il primo motivo di gravame, la ricorrente sostiene, invece, che nessuna disposizione normativa sanzionerebbe l'omessa indicazione degli oneri per la sicurezza con l'esclusione dalla gara, cosicché la determinazione impugnata e la previsione della *lex specialis* applicata nella fattispecie contrastano con il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, comma 1 *bis*, del codice dei contratti pubblici.

La questione sollevata da parte ricorrente ha ricevuto risposte non univoche in giurisprudenza.

Il Collegio è consapevole che la contestata decisione (peraltro corredata da numerosi richiami giurisprudenziali) appare conforme all'orientamento prevalente, secondo cui l'indicazione in sede di offerta degli oneri aziendali di sicurezza, non soggetti a ribasso, costituirebbe, anche nel comparto dei servizi, un adempimento imposto da specifiche disposizioni legislative (artt. 86, comma 3 *bis*, e 87, comma 4, del codice dei contratti pubblici) allo scopo di consentire alla stazione appaltante di adempiere al suo onere di verificare il rispetto di norme inderogabili, a tutela dei fondamentali interessi dei lavoratori in relazione all'entità e alle caratteristiche del servizio (o lavoro o fornitura) da affidare (cfr., fra le ultime, Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2013, n. 3565).

Tale posizione, però, non può essere condivisa.

Va premesso che nessuna disposizione in tema di **appalti** pubblici o di sicurezza sul lavoro fornisce una positiva definizione dei cosiddetti "costi aziendali" per la sicurezza, vale a dire degli oneri, diversi da quelli "da interferenze", la cui omessa indicazione ha comportato l'esclusione dell'offerta della ricorrente.

Si tratta di una nozione forgiata dalla prassi e dall'elaborazione giurisprudenziale, nella quale si includono eterogenee voci di costo che possono venire in rilievo o meno in relazione al tipo di appalto, quali i costi per i dispositivi di protezione individuale e collettiva, per i dispositivi antincendio, per la sorveglianza sanitaria e per le attività di formazione dei lavoratori.

Non rilevano, peraltro, tutti i costi che l'impresa deve genericamente sostenere per l'esercizio della propria attività, ma solo quelli che derivano dall'esecuzione dello specifico appalto.

Il già citato art. 87, comma 4, del codice dei contratti pubblici, fa espresso riferimento agli oneri in questione laddove stabilisce 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".

Nessun elemento testuale contenuto in tale disposizione o in altre previsioni normative consente di ritenere, però, che la mancata indicazione degli oneri per la sicurezza ("da rischio specifico") possa giustificare l'esclusione del concorrente.

La disposizione citata prevede semplicemente, infatti, un criterio da applicare per la valutazione della congruità dell'offerta, tenendo anche conto della tipologia di servizio da affidare, onde evitare che l'impresa possa dimostrare la rimuneratività e l'attendibilità del ribasso proposto attraverso l'eventuale contrazione degli oneri per la sicurezza (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *ter*, 3 febbraio 2014, n. 1314).

L'indicazione degli oneri per la sicurezza, pertanto, è funzionale al giudizio di anomalia dell'offerta, ossia all'attuazione di un precetto rivolto alle stazioni appaltanti che non può essere imposto alle imprese concorrenti a pena di esclusione dalla gara (Cons. Stato, sez. V, 17 giugno 2014, n. 3056).

Ne consegue la diagnosi di illegittimità dell'impugnato provvedimento di esclusione nonché della previsione della legge di gara che aveva previsto la sanzione espulsiva.

Per completezza, si evidenzia come identiche conclusioni si imporrebbero in virtù della fondatezza delle censure dedotte con il secondo motivo di ricorso, poiché nelle offerte presentate per gli **appalti** di servizi intellettuali non occorre indicare gli oneri per la sicurezza (Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2014, n. 330).

Nel caso in esame, infatti, non è dimostrata la presenza di fattori di rischio specifico connessi al servizio da affidare in appalto, avente natura di prestazione intellettuale che si traduce essenzialmente nell'attività di raccolta, studio ed elaborazione di dati, e la stessa legge di gara, proprio avendo riguardo alla natura intellettuale delle prestazioni contrattuali, escludeva l'esistenza di rischi "da interferenze", ossia relativi alla presenza di soggetti esterni chiamati ad eseguire il contratto nell'ambiente della stazione appaltante.

L'assenza di fattori di rischio, d'altronde, è confermata dalle offerte di altri quattro concorrenti che hanno indicato costi di sicurezza pari a zero, conseguentemente ponendosi in una situazione che, dal punto di vista sostanziale, risulta del tutto identica a quella della ricorrente e che non è stata tuttavia sanzionata con l'esclusione dalla gara.

In presenza di tali presupposti, la contestata misura espulsiva appare frutto di un'impostazione esclusivamente formalistica che non risponde né all'interesse sostanziale dell'amministrazione, né alle esigenze di tutela della sicurezza dei lavoratori.

Per tali ragioni, il ricorso è fondato e deve essere accolto.

Alla luce dello stato di avanzamento della procedura concorrenziale, la presente statuizione caducatoria fa sì che non residuino pregiudizi di sorta ai danni della ricorrente, cosicché non vi è luogo a vagliare l'istanza di risarcimento dei danni.

Considerando le oscillazioni giurisprudenziali di cui si è reso conto in precedenza, le spese del grado di giudizio vanno compensate fra le parti costituite, fatta ovviamente eccezione per l'importo versato dalla ricorrente a titolo di contributo unificato che, direttamente in forza della previsione legislativa, dovrà esserle rimborsato dall'Amministrazione soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Roberto Pupilella, Consigliere

Richard Goso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/08/2014

IL SEGRETARIO

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