

N. 00147/2016 REG.PROV.CAU.

N. 00267/2016 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 il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 267 del 2016, proposto da:

Pa Digitale Adriatica Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Giuliano Di Pardo C.F. DPRGLN68B11F839V, con domicilio eletto presso il suo studio in Campobasso, Traversa via Crispi, N. 70/A;

contro

Comune di Campodipietra, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Lucia Liberatore C.F. LBRLCU71P51F839T, con domicilio eletto presso il suo studio in Campobasso, via Roma, N.48;

nei confronti di

Servizi Amministrativi Barbieri Alberto & C. S.a.s. in persona del legale rappresentante pro tempore non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del capitolato speciale e del disciplinare della gara indetta dal Comune di Campodipietra contraddistinta dal numero RDO 1268917 e dal CIG 6743356967

volta all'affidamento del "Servizio gestione dati area economico finanziaria (ragioneria, tributi, personale)", ivi compresi eventuali allegati;

- relativa richiesta di offerta formulata in data 2.07.2016;

- specifico provvedimento con il quale si dispone l'esclusione della società PA DIGITALE ADRIATICA srl dalla procedura di gara d'allato;

- della Determina del Responsabile del Servizio Finanziario n. 74, datata 28.07.16, avente ad oggetto "Affidamento Servizio gestione dati area economica finanziaria (ragioneria, tributi, personale) mediante RDO sul mercato elettronico per la pubblica amministrazione (MEPA) - rdo 1268917. Aggiudicazione provvisoria" con la quale si dà atto dell'avvenuta aggiudicazione provvisoria in favore della ditta Servizi Amministrativi di Barbieri Alberto & C. sas;

- nota resa dal Comune di Campodipietra datata 18.08.2016 trasmessa alla Società ricorrente;

- di tutti i verbali di gara, anche non conosciuti, ed i rispettivi allegati;

- Determinazione del Responsabile del Servizio finanziario N. 90 del 7.09.2016 avente ad oggetto

“Affidamento Servizio gestione dati area economico finanziaria (ragioneria, tributi, personale) mediante RDO sul mercato elettronico per la pubblicazione amministrazione MEPA) - rdo 1268917. cig 6743356967. Aggiudicazione definitiva alla ditta Servizi Amministrativi di Barbieri Alberto & C. sas" con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara;

- nota datata 10.09.2016, contraddistinta dal prot. n. 4182, con la quale il Comune di Campodipietra ha comunicato alla società ricorrente l'aggiudicazione definitiva in favore della società Servizi Amministrativi di Barbieri & C. s.a.s.;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali anche non conosciuti dalla ricorrente ove sopraggiunti nella procedura di gara.

nonché per la inefficacia

- del contratto medio tempore stipulato tra il Comune di Campodipietra e la società Servizi Amministrativi di Barbieri Alberto & c. s.a.s.;

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Campodipietra;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2016 il dott. Luca Monteferrante e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

La società ricorrente con ricorso ritualmente e tempestivamente notificato ha impugnato l'aggiudicazione alla controinteressata e gli atti connessi e conseguenti, ivi compreso il provvedimento di esclusione dalla gara indetta dal Comune di Campodipietra, mediante procedura negoziata ex art. 36, comma 2 lett. b) e art. 216, comma 9, del d. lgs. n. 50/2016 mediante R.d.O. MEPA per l'affidamento del Servizio gestione dati area economico finanziaria (ragioneria, tributi, personale), giustificato per la omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendale.

A fondamento delle censure avverso la sua esclusione ha addotto di non essere tenuta alla predetta indicazione in quanto non richiesta né dalla lettera di invito né dal modello di offerta.

In via subordinata ha chiesto di sollevare questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE per verificare la conformità degli artt. 95-97 del d. lgs. n. 50/2016 alle direttive sugli appalti, sulla scorta di quanto già rilevato anche da questo TAR con ordinanza n. 77/2016.

In via di ulteriore subordine ha chiesto l'annullamento degli atti di gara in quanto privi della inequivoca indicazione circa l'obbligo di specificare in sede di offerta gli oneri per la sicurezza interna.

Il Comune di Campodipietra si è costituito in giudizio per resistere al ricorso contestando la fondatezza dei motivi di censura relativi alla esclusione, stante l'obbligo di immediata dichiarazione degli oneri di sicurezza aziendale previsto in modo espresso sia dall'art. 95, comma 10 del d. lgs. n. 50/2016 sia dal modulo predisposto per l'offerta economica dal sistema informatico del MEPA.

La doglianza della ricorrente sono infondate.

Il disciplinare di gara è stato pubblicato sull'albo pretorio del Comune il 1.7.2016 e la lettera di invito è del 2.7.2016 e quindi la gara rientra pacificamente nel campo di applicazione del d. lgs. n. 50/2016 il cui articolo 95, comma 10 così statuisce: "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".

Si tratta di disposizione che configura un ineludibile obbligo legale da assolvere necessariamente già in sede di predisposizione dell'offerta economica (così TAR Salerno, 6 luglio 2016, n. 1604) 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.

Poiché siffatta dichiarazione configura un elemento essenziale dell'offerta economica non può ritenersi integrabile ex post mediante l'istituto del soccorso istruttorio e comporta l'esclusione dalla gara anche in assenza di una espressa sanzione prevista dalla legge o dal disciplinare.

Né, in senso contrario, può invocarsi la mancata espressa menzione di tale obbligo dichiarativo nel disciplinare di gara, come pure nel modulo di predisposizione dell'offerta, atteso che nel disciplinare di gara si faceva espressa menzione che trattavasi di procedura negoziata indetta “ai sensi dell’art. 36, comma 2, lett. b) ...del D.Lvo 50/2016” e cioè del nuovo corpus normativo disciplinante la materia degli appalti che prevede in via generalizzata l’obbligo di immediata dichiarazione degli oneri relativi alla sicurezza già in fase di predisposizione dell’offerta economica.

Carattere dirimente riveste comunque la circostanza che la procedura informatica di inserimento dei dati relativi all’offerta economica prevedeva espressamente un campo dedicato alla indicazione dei costi relativi alla sicurezza che la società ricorrente ha omesso di compilare, tant’è che nella copia di domanda estratta dal sistema informatico depositata dal Comune resistente e non contestata dalla ricorrente, figura la cifra di default pari a “Euro 0,00”.

Non può pertanto dolersi la ricorrente della mancata espressa menzione di tale dichiarazione, essendo tale adempimento obbligatoriamente richiesto sia dalla normativa disciplinante la gara sia dai documenti di gara e, segnatamente, dal modello di offerta previsto dal MEPA sicchè non si pone neppure un problema di possibile contrasto con il diritto comunitario in relazione alla tutela dell’affidamento del concorrente che può assumersi leso solo laddove la legge nulla disponga in tale senso e neppure la *lex specialis* contempli un siffatto obbligo dichiarativo.

Non vale neanche opporre che siffatto modulo sarebbe equivoco stante l’errato riferimento normativo all’art. 87, comma 4, del d. lgs. n. 163/2006 ivi presente, con conseguente necessità di tutelare l’affidamento ingenerato da tale erroneo richiamo normativo poiché una tale censura non figura nel ricorso introduttivo ma

solo nella memoria difensiva depositata il 24.10.2016 e come tale deve ritenersi inammissibile oltre che tardiva.

Nel merito la doglianza è anche infondata poiché in presenza di una gara espressamente indetta ai sensi della sopravvenuta normativa di cui al d. lgs. n. 50/2016, secondo quanto inequivocabilmente indicato nel disciplinare di gara, e tenuto conto che lo ius superveniens rende pacificamente obbligatoria l'immediata dichiarazione dei costi della sicurezza già in sede di predisposizione dell'offerta economica, il mancato aggiornamento delle schede di offerta presenti nella procedura informatica del MEPA non può giustificare un affidamento incolpevole, essendo ben riconoscibile ad un operatore medio che nella specie si trattava di mancato adeguamento formale del richiamo normativo presente nella scheda di offerta economica, come confermato dal fatto che la procedura informatica prevedeva un apposito campo ove dichiarare, per l'appunto, i costi relativi alla sicurezza.

Il provvedimento di esclusione è dunque legittimo sicchè la ricorrente appare priva di interesse alla disamina delle restanti doglianze riferite alla valutazione dell'offerta economica presentata.

La natura controversa della questione degli oneri di sicurezza aziendale su cui pende allo stato anche questione interpretativa pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, induce il collegio a ritenere sussistenti eccezionali motivi per disporre la compensazione delle spese di lite della presente fase del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima) respinge la domanda cautelare e compensa le spese della presente fase. Fissa per la decisione di merito l'udienza pubblica del 6 dicembre 2016. Compensa le spese della presente fase del giudizio.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Orazio Ciliberti, Consigliere

Luca Monteferrante, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Luca Monteferrante

IL PRESIDENTE
Silvio Ignazio Silvestri

IL SEGRETARIO