



N. 01516/2015REG.PROV.COLL.
N. 08988/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8988 del 2014, proposto da:

Nomisma Società di Studi Economici Spa in proprio e Uqlae Capogruppo Mandataria del Costituendo Rti, Rti-Prometeia Spa, Rti-Tema Spa, in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, rappresentati e difesi dagli avv. Mario Zoppellari, Francesco Cozza, con domicilio eletto presso Angelo Maleddu in Roma, Via del Tempio, 1;

contro

Gruppo Clas Spa, in persona del legale rappresentante in carica rappresentato e difeso dagli avv. Riccardo Marletta, Andrea Manzi, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, Via Federico Confalonieri 5;

nei confronti di

Autorità Portuale di Genova;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. della Liguria –Sede di Genova - Sezione II n. 01323/2014, resa tra le parti, concernente esclusione dalla procedura di cottimo fiduciario per l'affidamento del servizio di analisi di impatto economico-sociale del porto di Genova;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Gruppo Clas Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 gennaio 2015 il Consigliere Fabio Taormina e uditi per le parti gli Avvocati Zoppellari e Reggio d'Acì (su dichiarata delega di Manzi);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza in epigrafe appellata, il Tribunale amministrativo regionale della Liguria– Sede di Genova – ha accolto il ricorso di primo grado proposto dalla odierna parte appellata, Gruppo Clas S.p.a volto ad ottenere l'annullamento del provvedimento dell'Autorità Portuale di Genova prot. n. 7240 del 26/3/2014, con il quale le era stata comunicata l'esclusione 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 imponeva 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 prot. n. 8733/P del 14/4/2014, e di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale.

In punto di fatto l'appellata aveva fatto presente che con lettera d'invito del 28 giugno 2013, l'Autorità Portuale di Genova aveva 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.

Il servizio, propedeutico alla redazione del nuovo piano regolatore portuale, si sostanzialmente 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.

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

All'esito dello scrutinio delle offerte tecniche ed economiche e all'attribuzione dei relativi punteggi il Gruppo Clas S.p.a., aveva conseguito il punteggio più elevato per il merito tecnico e proposto 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 appellata, non avevano riportato 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 nella seduta del 24 marzo 2014, la Commissione giudicatrice, con una motivazione articolata, aveva escluso dalla gara i 3 concorrenti (tra cui l'odierna appellata)

che avevano omesso l'indicazione dei costi per la sicurezza.

A seguito dell'esclusione suddetta, l'offerta più vantaggiosa era quella presentata dalla odierna appellante (raggruppamento costituendo fra Nomisma S.p.a., Prometeia S.p.a. e TeMa S.p.a.).

Gruppo Clas S.p.a. pertanto, presentava un preavviso di ricorso (motivatamente disatteso dalla stazione appaltante con provvedimento del 14 aprile 2014) e proponeva il mezzo di primo grado nell'ambito del quale prospettava tre articolate macrocensure di violazione di legge ed eccesso di potere.

In particolare, nel mezzo di primo grado si sosteneva che la determinazione espulsiva era in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione (art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici) in quanto nessuna disposizione normativa prevede che l'omessa indicazione degli oneri per la sicurezza comporti l'esclusione dalla gara.

Inoltre, era stato evidenziato che trattandosi di servizio puramente intellettuale, consistente nella raccolta ed elaborazione di dati, non si profilava nella specie alcun rischio per la sicurezza dei lavoratori e, per altro verso, 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.

Nell'ambito del mezzo di primo grado era stata proposta (anche) domanda di risarcimento dei danni e di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

Il Tar ha partitamente scrutinato le censure proposte, accogliendole.

Ha in primo luogo dato atto della tesi avversa prospettata dalla stazione appaltante, secondo cui la mancata indicazione nell'offerta dei costi per la sicurezza doveva di necessità condurre alla determinazione espulsiva, in quanto, nonostante la peculiarità del servizio messo in gara (di natura prettamente intellettuale) la misura espulsiva era atto dovuto giusta la previsione di cui all'art. 8 della lettera di invito (e sarebbe stata comunque imposta, anche prescindendo dalla suddetta previsione della *lex specialis*, dall'art. 87, comma 4, del codice dei contratti pubblici).

Il primo giudice ha poi dato atto della circostanza che la tesi propugnata dall'Amministrazione appariva conforme all'orientamento prevalente, secondo cui l'indicazione in sede di offerta degli oneri aziendali di sicurezza, non soggetti a ribasso, integrava, 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).

Si è però motivatamente discostata da detta opzione ermeneutica in ultimo menzionata, facendo presente che, a suo avviso, nessuna disposizione di legge consentiva di ritenere che la mancata indicazione degli oneri per la sicurezza ("da rischio specifico") potesse giustificare l'esclusione del concorrente.

Doveva ritenersi, invece, che l'art. 87, comma 4, del codice dei contratti pubblici, (laddove si stabiliva 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") prevedesse semplicemente, infatti, un criterio da applicare per la valutazione della congruità dell'offerta.

L'indicazione degli oneri per la sicurezza, doveva ritenersi (unicamente) funzionale al giudizio di anomalia dell'offerta e pertanto doveva farsi da ciò discendere la illegittimità del provvedimento di esclusione (e, a monte, della previsione della legge di gara che aveva previsto la sanzione espulsiva).

Il primo giudice ha poi irrobustito la propria motivazione, facendo presente che, in ogni caso, nelle offerte presentate per gli appalti di servizi intellettuali non occorreva indicare gli oneri per la sicurezza (e nel caso specifico non era stata dimostrata la presenza di fattori di rischio specifico connessi al servizio da affidare in appalto).

Ciò appariva confermato dalla circostanza che erano pervenute offerte di altri quattro concorrenti (non destinatari di provvedimento espulsivo) che avevano indicato costi di sicurezza pari a zero.

Il mezzo è stato pertanto accolto, mentre, considerato lo stato di avanzamento della procedura concorrenziale, non residuavano pregiudizi di sorta in danni della appellata sicché non vi era ragione per vagliare l'istanza di risarcimento dei danni da quest'ultima articolata.

Avvero la detta sentenza l'odierna appellante Nomisma S.p.a., in proprio e quale capogruppo del costituendo RTI con Prometeia S.p.a. e TeMa S.p.a., contro interessata già evocata nel giudizio di primo grado ha proposto un articolato appello chiedendone la riforma.

Ha ripercorso analiticamente l'andamento anche infraprocedimentale della vicenda ed ha radicalmente contestato l'approdo cui era giunto il Tar.

In particolare, ha richiamato le prescrizioni di cui ai punti 6 comma 3, 8 comma 4 e pag.12 punto III della lettera-invito, ed ha fatto presente che alla luce di dette prescrizioni – e della giurisprudenza prevalente- la statuizione espulsiva si appalesava atto dovuto.

Non soltanto la *lex specialis* era legittima, ma di converso sarebbe stato impossibile, per l'Amministrazione, attivare il soccorso istruttorio in quanto l'offerta era mancante di un elemento essenziale.

Il Tar si era rifatto a precedenti giurisprudenziali inapplicabili al caso di specie, in quanto resi in relazione a gare nell'ambito delle quali non era riscontrabile alcuna prescrizione della *lex specialis* (quali quelle cui era vincolata la stazione appaltante nel caso di specie) impositiva della esclusione del concorrente inottemperante.

In punto di fatto, l'attività analitica e di sviluppo-dati oggetto del servizio avrebbe dovuto svolgersi mediante accesso in aree "riservate" del porto di Genova; e se era vero che tre ditte offerenti non avevano indicato alcun onere (versando in una situazione teoricamente ed apparentemente assimilabile a quella dell'appellata, salvo potersi preconcizzare che non avrebbero successivamente superato la fase della verifica di anomalia) numerose altre offerenti si erano conformate alla *lex specialis*.

La sentenza era contraddittoria, e meritava di essere riformata.

L'appellata ha depositato una memoria chiedendo la rieiezione dell'appello in quanto infondato.

Ha ribadito la tesi accolta in primo grado, sottolineando che a dispetto della previsione di cui al punto 8 comma 4 sezione III della lettera invito, il modello per la presentazione dell'offerta economica non recava alcuno spazio o voce deputata alla indicazione dei "costi per la sicurezza".

Ha chiesto pertanto la rieiezione dell'appello, prospettando anche una eccezione di inammissibilità del medesimo, in quanto asseritamente proposto in carenza di legittimazione attiva (il mezzo di primo grado era stato notificato a Nomisma a titolo di mera informativa, e quest'ultima, in assenza di aggiudicazione, non rivestiva la qualità di controinteressata).

All'adunanza camerale del 18 novembre 2014 fissata per la deliberazione della domanda cautelare la Sezione con ordinanza n. 5330/2014 ha accolto la domanda di sospensione della provvisoria esecutività della gravata decisione alla stregua della considerazione per cui "Rilevato che –sia pure nella sommarietà della deliberazione cautelare –l'appello cautelare appare provvisto del prescritto fumus, avuto riguardo alla univoca prescrizione della *lex specialis* rimasta inottemperata dall'appellata ed alla conformità della stessa alla prevalente giurisprudenza amministrativa;

rilevato peraltro che appare opportuno sin d'ora fissare la trattazione del merito della causa alla pubblica udienza dell'8 gennaio 2015".

Come disposto nella richiamata ordinanza, la trattazione nel merito è stata fissata all'odierna pubblica udienza dell'8 gennaio 2015.

In vista della odierna pubblica udienza dell'8 gennaio 2015 tutte le parti processuali hanno depositato memorie tese a puntualizzare e ribadire le rispettive prospettazioni.

L'appellata ha in particolare richiamato l'orientamento giurisprudenziale teso a dequotare la sanzione espulsiva ex artt. 86 comma 3 bis ed 84 comma 4 TUAP (cioè ai sensi di quanto disposto dal medesimo art. 86 comma 3 bis ed 87 comma 4 TUAP e dall'art. 26 comma 6 del d.Lgs. 81/2008) ed ha poi sostenuto che, comunque, tale obbligo (ed eventuale connessa sanzione) non poteva avere luogo per gli appalti privi di rilievo sotto il profilo delle problematiche relative alla sicurezza sul lavoro (le aree "portuali" erano separate da quelle dedicate alle attività amministrative).

Con memoria di replica ha sostenuto la carenza di legittimazione di Nomisma a proporre l'odierno appello principale.

Alla odierna pubblica udienza dell'8 gennaio 2015 la causa è stata posta in decisione dal Collegio

DIRITTO

1. L'appello è fondato e va accolto alla stregua delle considerazioni che seguono.

1.1. Va preliminarmente disattesa la eccezione di inammissibilità dell'appello articolata dalla originaria ricorrente di primo grado odierna appellata.

Invero la semplice circostanza che il ricorso di primo grado fu notificato alla appellante e che il giudizio di primo grado si svolse anche nei confronti di questa priva di spessore la detta eccezione.

Essa ha interloquuto nel giudizio di primo grado (e non è stata dallo stesso estromessa); e ciò a cagione della "scelta" di parte appellata di notificarle il mezzo di primo grado: è singolare che in appello detta legittimazione venga contestata.

Ad ogni buon conto detta eccezione, poi, (anche a volere prescindere dalla considerazione prima articolata) sarebbe stata infondata anche nel merito, come di recente affermato dalla Sezione in una fattispecie del tutto assimilabile alla presente (sentenza n. 06336/2014 resa nell'ambito del ricorso n. 3442/2014: capi da 2 a 3.2. che si omette di trascrivere per non appesantire il presente elaborato ma che devono intendersi integralmente richiamati in questa sede).

2. Nel merito, come già colto in sede cautelare, l'appello è fondato: stante la intima connessione delle critiche appellatorie con le eccezioni di parte appellata, si procederà ad un esame congiunto delle argomentazioni contrapposte sollevate dai contraddittori.

2.1. Il Tar non soltanto si è discostato dalla opzione giurisprudenziale prevalente (e lealmente e correttamente di ciò ha dato nella pregevole motivazione contenuta nella gravata decisione) ma, ad avviso del Collegio, ha commesso ulteriori errori.

2.2. Segnatamente, oltre ad essersi dequotato il principio giurisprudenziale prevalente (Cons. Stato Sez. V, 17-07-2014, n. 3785) secondo cui l'inosservanza della previsione primaria che impone l'indicazione preventiva dei costi di sicurezza implica la sanzione dell'esclusione, in quanto rende l'offerta incompleta sotto un profilo particolarmente rilevante alla luce della natura costituzionalmente sensibile degli interessi protetti ed impedisce alla stazione appaltante una adeguata verifica dell'affidabilità dell'offerta stessa", non si è colta una duplice, ulteriore, emergenza processuale.

Da un canto, infatti, anche la giurisprudenza "aperturista" cui il Tar si è rifatto (Cons. Stato Sez. V, 02-10-2014, n. 4907) non si ataglia alla fattispecie, in quanto applicabile alle ipotesi di omessa indicazione nel bando di una clausola espulsiva che sanziona la inottemperanza all'obbligo di indicazione nella offerta degli oneri.

Parte appellata trascura di tenere in debito conto detta dirimente specificità; nella *lex specialis* era stata prevista una chiarissima sanzione espulsiva.

E pare interessante porre in luce, in proposito, che ancora assai di recente la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con la ordinanza n. 88 del 16 gennaio 2015, nell'investire l'Adunanza Plenaria della questione relativa all'estensione dell'art. 87, comma 4, del codice dei contratti pubblici, ha espressamente fatta salva la ipotesi in cui il bando di gara prevedesse espressamente l'obbligo di specificazione degli oneri della sicurezza: ciò a testimonianza della inassimilabilità di tale ipotesi in ultimo mentovata con quella dell'assenza di alcuna previsione in tal senso nella *lex specialis*.

Secondariamente, una volta che (anche) la giurisprudenza dal Tar fatta propria sottolinea che "nelle procedure ad evidenza pubblica la regola di specificazione (o separata indicazione) dei costi di sicurezza, ai sensi dell'art. 86 del d.lgs. 163/2006 (Codice degli appalti), opera in via primaria nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici in sede di predisposizione delle gare di appalto e di valutazione dell'anomalia," all'evidenza riconosce che una esigenza meritevole di tutela sia sottesa a detta prescrizione.

Ma se così è, la circostanza che tale esigenza primaria sia tutelata in via rafforzata dalla stazione appaltante, con una previsione della *lex specialis* assistita da sanzione espulsiva, non appare sindacabile in sede giurisdizionale, apparendo manifestazione di discrezionalità amministrativa pienamente consentita ed in quanto tale scevra da vizi di legittimità.

Nuovamente si richiama la recente sentenza della Sezione n. 3785/2014 prima citata, in quanto contiene affermazioni traslabili alla fattispecie.

In via di sintesi, può dirsi che il comma 1 bis dell'art. 46 del TU impedisce l'inserzione nei bandi di cause di esclusione non previste dalla legge, ma non certo che una previsione di legge venga dalla Stazione appaltante considerata essenziale e così disciplinata: e ciò tanto più laddove la stazione appaltante si rifaccia ad una opzione giurisprudenziale prevalente o comunque non minoritaria.

3. Se la prima parte dell'appello è senz'altro corretta e merita accoglimento, anche le ulteriori censure volte ad aggredire le ulteriori considerazioni demolitorie contenute nella decisione di primo grado sono corrette.

3.1. La deduzione secondo cui altre tre ditte si trovavano in condizione analoga a quella dell'appellata - e purtuttavia non vennero escluse dalla stazione appaltante - nulla prova, né dimostra. E ciò non tanto per la considerazione svolta dall'appellante secondo cui era preconizzabile che esse non avrebbero in futuro superato il vaglio ex art. 87 comma 4 del TU Appalti, ma per altra radicale constatazione.

Invero l'omissione della stazione appaltante, in parte qua, non può certo condurre ad affermare la tesi della illegittimità della statuizione espulsiva esattamente adottata in un altro caso (ma semmai, la illegittimità della omessa adozione di altre statuizioni espulsive).

Per altro, verso, sotto il profilo della valutazione "quantitativa" e della sintomaticità di tale circostanza di fatto, non può essere sottaciuto che numerose altre ditte (in numero superiore a tre), invece, si conformarono alla indicazione della *lex specialis* indicando gli oneri per la sicurezza.

Anche sotto un profilo strettamente "quantitativo", l'argomento del Tar non è condivisibile.

Ma quanto sinora esposto consente di ritenere smentita documentalmente anche la tesi di parte appellata volta a prospettare una ineliminabile oscurità/contraddittorietà del bando e la necessità, per tal via, di tutelare gli offerenti di buona fede omettendo di adottare la statuizione espulsiva per le ditte che non si conformarono alla statuizione ivi prevista: ciò in quanto la stragrande maggioranza delle offerenti intese correttamente la prescrizione, e ad essa si conformò.

Quanto in ultimo evidenziato pone in luce che il bando fu esattamente interpretato dalla più parte dei concorrenti e depone anche per la affermazione per cui non poteva dirsi che la lex specialis fosse "oscura" a cagione della omessa indicazione nel modulo di uno spazio "dedicato" a detta allegazione).

3.1.1. Alle stesse conclusioni si sarebbe potuti addivenire, per il vero, valorizzando un'altra circostanza.

La "modulistica" messa a disposizione dalla stazione appaltante per la presentazione delle offerte non può certo prevalere sulle prescrizioni del bando, od indurre a disattendere queste ultime.

Per consolidato ed inattaccabile orientamento giurisprudenziale, che costituisce jus receptum, (ex aliis Cons. Stato Sez. IV, 28-11-2012, n. 6026) "nelle gare pubbliche, in caso di contrasto tra bando di gara e lettera d'invito, prevalgono le disposizioni del primo. Tale principio va inteso non solo nel senso dell'impossibilità che la lettera possa derogare alle previsioni del bando, che costituisce la lex specialis della procedura selettiva, ma anche nel senso dell'impossibilità - specie in un sistema dominato dalla tassatività ed eccezionalità delle previsioni di esclusione - che attraverso la lettera d'invito possano essere introdotte ipotesi di esclusione ulteriori o più rigorose rispetto a quelle contenute nel bando."

La lettera invito, quindi, ha funzione meramente integratrice/specificatrice rispetto al bando, ma non potrebbe utilmente contraddire e sconfessare le prescrizioni contenute in quest'ultimo (è rimasta minoritaria, in giurisprudenza, la tesi in passato talvolta sostenuta - ex multis si veda T.A.R. Sardegna, 30-12-1996, n. 1908 - secondo la quale "la regolamentazione della gara di aggiudicazione di appalto deve desumersi dall'insieme delle disposizioni ricavabili dal bando e dalla lettera di invito non sussistendo, tra le due fonti, un rapporto di gerarchia che consenta di ritenere l'una prevalente rispetto all'altra.).

Se un tale principio vale ad introdurre un criterio "gerarchico" tra fonti dirette a comporre la lex specialis a fortiori analoghi principi devono valere per la modulistica specificatrice, che non concorre a formare il coacervo di disposizioni costituenti la lex specialis della gara e questa non può essere utilmente invocata per dedurre una oscurità/contraddittorietà del bando.

3.2. Infine - per venire all'esame dell'ultima argomentazione di spessore critico posta in luce da parte appellata- deve rilevarsi che, seppur modesti, gli oneri erano ravvisabili e sussistenti, a dispetto della circostanza che trattavasi di servizio di natura "intellettuale".

Come dimostrato dall'appellante (che richiama sul punto l'art. 5 punto 1 del Capitolato speciale) infatti, almeno una parte del servizio implicava il necessario e continuativo accesso all'area, per lo svolgimento di attività sul campo (interviste a crocieristi, diportisti, etc) e, quindi rendeva necessaria la predisposizione di misure cautelative ed un seppur modesto esborso di somme a ciò collegate.

Sostenere che in virtù del fatto che l'area ove doveva svolgersi detta attività era "libera" in quanto liberamente praticabile da diportisti, crocieristi, etc, e ciò dovesse necessariamente comportare che nessun onere di sicurezza potesse ravvisarsi nei confronti di professionisti (dipendenti dell'aggiudicataria) destinati a sostare ivi a lungo, impiegare mezzi di ripresa, etc, implica illazione ipotetica non riscontrabile e comunque contraria alla stessa valutazione della stazione appaltante trasfusa nel bando.

3.3. Alla stregua delle superiori considerazioni, l'appello va accolto e in riforma della sentenza di primo grado va respinto il ricorso di primo grado, con salvezza degli atti impugnati, mentre gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

4. Le spese processuali del doppio grado possono essere integralmente compensate tra le parti, tenuto conto della particolarità della controversia, e della esistenza di orientamenti giurisprudenziali non del tutto univoci sulla fattispecie.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e per l'effetto, in riforma della gravata decisione, respinge il mezzo di primo grado, con salvezza degli atti impugnati.

Spese processuali compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere, Estensore

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/03/2015

IL SEGRETARIO

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