

Oneri di sicurezza e soccorso istruttorio: questioni tanto annose, quanto attuali

di Achille Morcavallo

Data di pubblicazione: 6-3-2017

1. L'omessa indicazione dei costi relativi alla sicurezza generale non comporta l'esclusione del concorrente quando non sia specificata nella legge di gara e non sia in contestazione dal punto di vista sostanziale, se non dopo che lo stesso sia invitato a regolarizzare l'offerta nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio. (1)
2. La sanzione pecuniaria non costituisce un elemento costitutivo del soccorso istruttorio; l'eventuale mancata previsione di una ulteriore sanzione pecuniaria e, quindi, il mancato pagamento della stessa non può determinare l'esclusione del concorrente e non può incidere sulla regolarità del soccorso istruttorio. Il soccorso istruttorio non è rapportato a un dato momento della procedura ma alla tipologia di vizio ed è diretto a tutelare i concorrenti e la par condicio. Ne discende che l'amministrazione, ben può utilizzare il soccorso istruttorio in più occasioni. (2)

1. Conformi: Cons. Stato, Ad. Plen. n. 19 del 2016; id, Ad. Plen. n. 20 del 2016; Cons. Stato, Sez. V, 18-01-2017, n. 194; Cons. Stato, Sez. V, 24.10.2016, n. 4414; Corte Giust. CE, 2 giugno 2016, C-27/15.
2. Conformi: Cons. Stato, Ad. Plen. 25.02.2014, n. 9; Cons. St., Sez. V, 2.09.2016, n. 3481; ANAC Determinazione 8.1.2015, n. 1; TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 13.02.2017, n. 231.

Guida alla lettura

Il T.A.R. Calabria, con l'articolata pronuncia in commento, esamina approfonditamente talune questioni particolarmente interessanti riguardanti gli oneri di sicurezza ed il soccorso istruttorio.

L'oggetto del contendere è rappresentato dalla procedura di gara, concernente l'appalto per la raccolta di rifiuti solidi urbani.

L'impresa ricorrente, risultata seconda classificata, ne censura la legittimità chiedendo l'esclusione dell'aggiudicataria.

Il Tar calabrese respinge il ricorso.

Il primo motivo di esclusione viene individuato nella mancata indicazione degli oneri di sicurezza nell'offerta. I giudici osservano come per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del nuovo d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice degli appalti e concessioni), nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio.

La giurisprudenza, che i giudici calabresi condividono, è nel senso di attribuire rilevanza al dato sostanziale piuttosto che a quello meramente formale, con la conseguenza che l'inadempimento sopra ricordato non può determinare l'esclusione automatica dalla gara. Tanto è confermato dal bando di gara che non risulta prevedere l'esclusione dalla gara per l'omessa indicazione degli oneri di sicurezza.

Il secondo motivo di esclusione viene parimenti respinto dal TAR, in quanto attinente all'asserita mancanza di un principio di prova riguardante gli oneri di sicurezza. Tale principio di prova non viene esplicitato dal ricorrente ed i giudici ne rilevano l'improcedibilità e l'infondatezza anche perché superato dall'esercizio del soccorso istruttorio in cui sono separati i suddetti oneri.

Sul terzo motivo di esclusione, il TAR ha modo di osservare come il mancato versamento della sanzione pecuniaria, nella specie, è stato regolarmente compensato dall'impresa con altro credito che la stessa aveva nei confronti della stazione appaltante.

Il TAR precisa, infine, sempre con riguardo al soccorso istruttorio, che la sanzione pecuniaria non ne costituisce un elemento costitutivo, pertanto, l'eventuale mancata previsione di una seconda sanzione e, quindi, al mancato pagamento della stessa non segue l'esclusione del concorrente e non può incidere sulla regolarità del soccorso istruttorio. Tanto poiché il soccorso istruttorio non è rapportato a un dato momento ma alla tipologia di vizio essendo diretto a tutelare i concorrenti e la par condicio tra gli stessi. Ne discende che l'amministrazione, allorché si avveda in tempi differenti dell'esistenza di diversi vizi tutti superabili mediante il ricorso all'istituto citato, ben può esercitare il relativo potere in più occasioni.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1172 del 2016, proposto da:

Ecologia Oggi Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Bevilacqua C.F. BVLFNC57D22F888H, con domicilio eletto presso Luca Cirella in Catanzaro, via Francesco Acri N. 65;

contro

Comune di Rende, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe De Luca C.F. DLGPP53L06E409M, con domicilio eletto presso Giuseppe Spadafora in Catanzaro, via XX Settembre, 63;

Centrale Unica di Committenza Comune di Rende e Montalto Uffugo non costituito in giudizio;

nei confronti di

Calabria Maceri e Servizi Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Caravita C.F. CRVLGU81H10D122X, con domicilio eletto presso Benito Apollo in Catanzaro, via V. De Grazia, 25;

per l'annullamento

della determinazione del dirigente del settore urbanistica e programmi complessi del comune di rende n.53/16 con la quale vengono approvati i verbali di gara per l'aggiudicazione definitiva alla ditta controinteressata dell'appalto per la raccolta dei rifiuti solidi urbani

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Rende e di Calabria Maceri e Servizi Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 gennaio 2017 il dott. Raffaele Tuccillo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso la Ecologia Oggi s.p.a. chiedeva di annullare la determinazione con cui il Comune di Rende aggiudicava definitivamente alla Calabria Maceri e Servizi s.p.a. l'appalto avente ad oggetto i servizi integrati di raccolta rifiuti solidi urbani nel comune di Rende, tutti i

verbali di gara, in particolare nella parte in cui era ammessa l'offerta proveniente dalla aggiudicataria, la nota della C.U.P. di Rende – Montalto Uffugo con la quale era respinto il preavviso di ricorso.

Si costituiva la Calabria Maceri e Servizi s.p.a. chiedendo di rigettare il ricorso.

Si costituiva il Comune di Rende chiedendo di rigettare il ricorso.

2. Il ricorso non può trovare accoglimento.

La controversia ha ad oggetto la procedura di affidamento dei servizi integrati di gestione dei rifiuti urbani nel Comune di Rende per la durata di 5 anni, con il criterio di scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La ricorrente risultava seconda classificata e chiedeva sostanzialmente l'esclusione dell'aggiudicataria controinteressata.

2.1. Il primo motivo di esclusione viene individuato nella mancata indicazione separata dei costi relativi alla sicurezza generale dell'impresa ed afferenti all'esercizio dell'attività svolta dalla medesima, in violazione dell'art. 87, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006. Il motivo di impugnazione proposto non può trovare accoglimento.

Come costantemente ribadito dalla giurisprudenza amministrativa in seguito alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 19 del 2016, per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del nuovo d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice degli appalti e concessioni), nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio (di recente, in questo senso, Cons. Stato Sez. V, 18-01-2017, n. 194).

Anzitutto, l'esigenza che viene in rilievo dall'esame della giurisprudenza amministrativa sul tema, anche in seguito alle pronunce della giurisprudenza europea, è nel senso di attribuire rilevanza al dato sostanziale piuttosto che a quello meramente formale, con la conseguenza che la mera violazione formale della separata indicazione degli oneri di sicurezza, purchè non si traduca in un vizio sostanziale (e quindi non incida su un elemento essenziale dell'offerta), non può determinare l'esclusione automatica del concorrente.

Inoltre, il bando di gara appare polisemico nell'individuare la mancata separata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale come causa di esclusione del concorrente. In particolare, nel paragrafo 10 del disciplinare di gara si richiede, nel determinare il contenuto della busta C a pena di esclusione, al punto 3, l'indicazione dei costi relativi alla sicurezza generale dell'impresa ed afferenti all'esercizio dell'attività svolta alla medesima, senza precisare che gli stessi vadano indicati separatamente, ma specificando "ai sensi dell'art. 87, comma 4, del Codice dei contratti". Il successivo paragrafo 17 stabilisce, al contrario, che l'omesso o inesatto adempimento agli obblighi dichiarativi o di produzione documentale "prescritti dal presente disciplinare e per i quali è prevista la sanzione espulsiva, darà luogo all'applicazione

del procedimento di cui all'art. 38, comma 2 bis, secondo periodo, del d.lgs. 163/2006". Ne discende che il disciplinare di gara non risulta prevedere l'esclusione automatica del concorrente che abbia omissis una tale indicazione, con la conseguenza della configurabilità di una situazione giuridica qualificabile di legittimo affidamento in ordine all'operatività del soccorso istruttorio in ipotesi di tal guisa.

Ne discende che il motivo di impugnazione in oggetto non può trovare accoglimento.

2.2. Allo stesso modo non può trovare accoglimento il secondo motivo di impugnazione con il quale si contesta la mancanza di un principio di prova in ordine alla comprensione dei citati oneri. La questione, come evidenziato nel precedente punto della motivazione, attiene al carattere sostanziale dell'offerta e, quindi, alla mancanza di adeguati elementi per ritenere che l'offerta sia idonea a comprendere tali oneri. Nel caso di specie, parte ricorrente si limita a contestare l'aprioristica esistenza di un principio di prova, senza specificarne, a fronte dell'esercizio del soccorso istruttorio, la mancanza o l'anomalia. Ne discende che il motivo di impugnazione appare, da un lato, improcedibile, in quanto superato dall'esercizio del soccorso istruttorio in cui sono stati separati i citati costi, dall'altro, infondato in considerazione della esistenza, a posteriori, degli stessi e della mancanza di elementi per ritenere che gli stessi fossero non compresi nella domanda originariamente formulata.

2.3. Con il terzo motivo parte ricorrente eccepisce che la sanzione pecuniaria di euro 50.000,00 comminata in occasione del soccorso istruttorio non sia stata versata o sia stata versata tardivamente.

La previsione di una sanzione pecuniaria, ferma la particolarità della fonte, determina la costituzione di un rapporto obbligatorio senz'altro sussumibile nell'ambito delle obbligazioni di diritto civile, salve eventuali previsioni di carattere speciale. L'estinzione dell'obbligazione può verificarsi pertanto per effetto dell'esatto adempimento (e, quindi, del pagamento come forma di adempimento di un'obbligazione pecuniaria) ovvero tramite gli altri modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento, tra i quali la compensazione.

Nel caso di specie, come emerge dalla documentazione depositata (cfr. ad esempio certificazione resa in data 26.10.2016 dal segretario generale del comune di Rende, depositata in data 13.12.2016), l'aggiudicataria era titolare, fin dal momento della previsione della sanzione, di una situazione giuridica soggettiva favorevole, di credito, nei confronti dell'amministrazione, con i requisiti della certezza, omogeneità, liquidità ed esigibilità. Ne discende che, ai sensi delle disposizioni in tema di compensazione legale (cfr. art. 1241 ss. c.c.) previste dal Codice civile, le obbligazioni reciproche si sono estinte reciprocamente fin dal momento della loro coesistenza.

Pertanto, da un lato, l'obbligazione pecuniaria di cui era titolare la stazione appaltante è estinta per compensazione, dall'altro, il momento dell'estinzione può essere individuato in quello della coesistenza delle reciproche obbligazioni (discendendone, pertanto, la tempestività dell'estinzione dell'obbligazione).

Parte ricorrente contesta ancora che la stazione avrebbe illegittimamente esercitato due

soccorsi istruttori e comminato la sanzione pecuniaria solo in occasione del primo soccorso. Occorre precisare sul punto che eventuali omissioni della stazione appaltante non possono determinare l'esclusione del concorrente. In particolare, la sanzione non costituisce un elemento costitutivo del soccorso istruttorio, pertanto, l'eventuale mancata previsione di una seconda sanzione pecuniaria e, quindi, il mancato pagamento della stessa non può determinare l'esclusione della concorrente e non può incidere sulla regolarità del soccorso istruttorio. L'eventuale accertamento della mancata previsione di una sanzione pecuniaria non si traduce nell'annullamento dell'aggiudicazione o della gara. In secondo luogo, il soccorso istruttorio non è rapportato a un dato momento ma alla tipologia di vizio ed è diretto a tutelare i concorrenti e la par condicio tra gli stessi. Ne discende che l'amministrazione, allorchè si avveda in tempi differenti dell'esistenza di diversi vizi tutti superabili mediante il ricorso all'istituto in esame, ben può esercitare il relativo potere in più occasioni.

Il ricorso deve pertanto essere rigettato.

3. La sussistenza di interpretazioni non conformi nella giurisprudenza su alcune delle questioni oggetto del giudizio e la complessità delle stesse costituiscono eccezionali motivi idonei a giustificare l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Francesco Tallaro, Referendario

Raffaele Tuccillo, Referendario, Estensore