N. 00588/2015 REG.PROV.COLL.
N. 02213/2014 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2213 del 2014, proposto da:
Tesan S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Nicola Creuso, Nicola De Zan e Carlo Luca Coppini, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Via Pietro Cossa, 6;

contro

Comune di Lecco, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Pedrazzini, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Olga Fischetti in Milano, Corso XXII Marzo n. 28;

nei confronti di

Centro 24 Ore Società Cooperativa Sociale, rappresentata e difesa dall'avv. Luca Verrienti, con domicilio eletto in Milano, Via Corridoni 39, presso la Segreteria del Tribunale

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale del Comune di Lecco n. 365 del 9.6.2014, di

aggiudicazione definitiva, mediante cottimo fiduciario, del servizio di telesoccorso/teleassistenza per il periodo 16.6.2014 -31.1.2018 (CIG: 57528699AC), di cui è stata data comunicazione alla ricorrente in data 16.6.2014 con nota prot. 32854, della nota medesima e del diniego di autotutela emesso con atto in data 19.6.2014 prot. n. 35164 MP/mc in risposta all'istanza della ricorrente, nonché, per quanto occorra, del verbale di gara in data 3-4 giugno 2014, e comunque di tutti gli atti ed i verbali di gara, e del provvedimento di aggiudicazione provvisoria, in parte qua, e per quanto occorrer possa, della disciplina di gara, ed in particolare, della lettera d'invito e del capitolato, e di ogni altro eventuale atto presupposto o comunque connesso;

nonché per l'accertamento del diritto della ricorrente al conseguimento dell'aggiudicazione ed al subentro nel contratto eventualmente stipulato, con dichiarazione di inefficacia del contratto medesimo;

nonché, in via subordinata ed alternativa, per il risarcimento del danno per equivalente:

atti impugnati con il ricorso principale, nonché, per l’annullamento

dell’aggiudicazione definitiva di cui alla determinazione n. 365 del 9.6.2014, nella parte in cui, approvando il verbale di cottimo fiduciario del 3-4 giugno, non esclude dalla procedura di gara la ricorrente principale, della lettera di invito e del capitolato speciale d’appalto, nella parte in cui omettono la regolamentazione dei c.d. oneri di sicurezza da rischio specifico o aziendale, e di ogni altro atto inerente alle operazioni di gara, con il quale non si è proceduto all’esclusione della ricorrente principale, nonché di ogni altro atto precedente, conseguente, presupposto, confermativo, comunque connesso con l’atto impugnato, nessuno escluso, anche non noto, per la mancata esclusione dalla procedura della ricorrente principale.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Lecco e del Centro 24 Ore Società Cooperativa Sociale;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Centro 24 Ore Società Cooperativa Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 febbraio 2015 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con lettera di invito del 13.5.2014 il Comune di Lecco ha indetto una procedura mediante cottimo fiduciario, per l'affidamento del servizio di telesoccorso e teleassistenza, per il periodo 16.6.2014-31.1.2018, con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In esito alle operazioni valutative ed all'apertura delle offerte economiche, la cooperativa sociale Centro 24 è risultata aggiudicataria, mentre l'odierna ricorrente si è classificata al secondo posto in graduatoria.

Con il presente ricorso, ritualmente notificato e depositato, l'istante deduce l'illegittimità di detta aggiudicazione, che avrebbe invece dovuto essere assegnata alla stessa, ove la stazione appaltante avesse considerato il valore delle offerte economiche al netto dell'imposta sul valore aggiunto, e non invece al lordo dell'aliquota applicabile ai singoli concorrenti.

Il Comune resistente e la cooperativa controinteressata si sono costituite in giudizio, insistendo per il rigetto del ricorso, in rito e nel merito; quest'ultima ha altresì presentato un ricorso incidentale, chiedendo l'esclusione della ricorrente principale, per omessa indicazione dei costi di sicurezza aziendale.

Con ordinanza n. 1438/14 il Tribunale ha accolto la domanda cautelare.

All'udienza pubblica del 5.2.2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

I) Preliminarmente, il Collegio deve scrutinare il ricorso incidentale sollevato dalla controinteressata, il cui accoglimento determinerebbe l'esclusione della ricorrente principale, privando conseguentemente la stessa di interesse all'ottenimento di una pronuncia di accoglimento.

Secondo la ricorrente incidentale, Tesan S.p.a. avrebbe dovuto essere esclusa per non aver indicato nella propria offerta gli oneri di sicurezza aziendali, come invece richiesto dal codice dei contratti pubblici, richiamato dalla lex specialis a disciplinare "quanto non espressamente previsto" dalla stessa. Poiché la lettera di invito si limitava a precisare "che il servizio in appalto, per le sue caratteristiche, non prevede oneri per la sicurezza e compilazione del D.U.V.R.I.", in forza del detto rinvio residuale alle disposizioni del D.Lgs. n. 163/06, avrebbero pertanto dovuto essere applicati gli artt. 86 c. 3 bis e 87 c. 4 del medesimo, che imporrebbero, per l'appunto, l'indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, esplicitati dalla controinteressata, ma omessi dalla ricorrente principale, ciò che avrebbe dovuto comportare la sua esclusione.

I.1) Il Collegio non ignora che la questione delle conseguenze derivanti dall'omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali è dibattuta in giurisprudenza.

Secondo un orientamento, invocato dalla ricorrente incidentale, le imprese partecipanti ad un appalto devono necessariamente indicare nella loro offerta, a pena di illegittimità, oltreché l'entità degli oneri di sicurezza per le interferenze, anche i detti oneri di sicurezza da rischio specifico, o aziendali. Tale conseguenza viene fatta derivare dal combinato disposto dei citati artt. 86 c. 3 bis e 87 c. 4 D.Lgs. n. 163/2006, in ragione della loro imperatività, e degli

interessi di ordine pubblico ad essi sottesi, in quanto posti a presidio di diritti fondamentali dei lavoratori. Secondo detto orientamento, neppure la mancanza di una specifica previsione sul punto nella lex specialis potrebbe giustificare l'omessa indicazione dei costi per la sicurezza aziendale, atteso il carattere immediatamente precettivo delle norme di legge sopra richiamate, che prescrivono di esibire i medesimi distintamente, in virtù di un'eterointegrazione degli atti di gara, ex art. 1374 c.c., tale da imporre, in caso contrario, l'esclusione dalla procedura (T.A.R. Veneto, Sez. I, 8.8.2013 n. 1050, T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 5.4.2013 n. 765, T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 19.2.2013 n. 181, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 7.1.2013 n. 66, C.S., Sez. III, 3.7.2013 n. 3565, Sez. V, 9.10.2013 n. 4964, Sez. III, 23.1.2014 n. 348, T.A.R. Puglia, Lecce, 7.1.2015 n. 36).

I.2) Come già statuito in altre occasioni analoghe a quella per cui è causa (sent. nn. 37/2014, 351/15), il Collegio ritiene tuttavia preferibile l'orientamento giurisprudenziale meno restrittivo nei confronti del concorrente che non abbia indicato i costi di sicurezza "aziendali" in sede di offerta, subordinandone l'esclusione solo in esito al mancato superamento della verifica di anomalia.

Nei casi in cui, come avvenuto nella specie, non vi sia una comminatoria espressa d'esclusione, ove sia omesso da parte del concorrente lo scorporo degli oneri di sicurezza per rischio specifico, il relativo costo, poiché coessenziale al prezzo offerto, rileva infatti ai soli fini dell'anomalia di quest'ultimo, potendo pertanto darsi luogo all'esclusione solamente all'esito, ove negativo, di una verifica della serietà e sostenibilità dell'offerta economica nel suo insieme (C.S., Sez. III, 10.7.2013 n. 3706, C.S., Sez. III, 18.9.2013 n. 5070, 4.3.2014 n. 1030, T.A.R. Lazio, Sez. III quater, 15.4.2014 n. 4073, Sez. V, 17.6.2014 n. 3056, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 15.7.2014 n. 3927, T.A.R. Liguria, 26.8.2014 n. 1323, T.A.R. Reggio Calabria, Catanzaro,

6.10.2014 n. 1624).

L'appalto di che trattasi non comporta infatti l'esecuzione di prestazioni che richiedano l'intervento di specifico di personale presso la stazione appaltante o gli utenti, limitandosi l'aggiudicatario a svolgere un'attività di assistenza telefonica a distanza, senza produrre alcun bene o porre in essere attività materiale diversa dalla mera manutenzione e/o sostituzione dei dispositivi telefonici e informatici necessari ad espletare detto servizio. Come infatti evidenziato dallo stesso ricorrente incidentale, gli unici contatti "fisici" tra aggiudicataria e stazione appaltante riguardano lo svolgimento "di riunioni operative o organizzative con funzionari dei Servizi Sociali" (pag. n. 10 del ricorso).

Gli oneri di sicurezza sopportati dalla ricorrente principale, per quanto certamente esistenti, sono conseguentemente conoscibili solo dalla stessa, in relazione alla sua struttura aziendale, e non all'oggetto dell'appalto, risultando altresì marginali, dal punto di vista quantitativo, ove raffrontati con quelli sopportati da esecutori di appalti aventi ad oggetto attività materiali da svolgersi, in tutto o in parte, presso la stazione appaltante o gli utenti.

Ritiene pertanto il Collegio che l'esclusione di un concorrente, in conseguenza della predetta omissione, sarebbe del tutto sproporzionata, ben potendo la stazione appaltante verificare, in sede di giudizio sull'anomalia dell'offerta, se la stessa sia stata predisposta considerando, o meno, i detti costi di sicurezza per rischio specifico.

I.3) Né, in relazione a quanto sopra, può avere rilievo l'ordinanza C.S., Sez. V, 16.1.2015 n. 88, invocata nel corso dell'udienza pubblica dal legale della ricorrente incidentale e della stazione appaltante, a fondamento di una richiesta di sospensione del presente giudizio, in attesa della pronuncia, da parte dell'Adunanza Plenaria, sulla questione interpretativa sollevata con la

stessa.

La vicenda oggetto del giudizio di cui alla citata ordinanza n. 88/15 verteva infatti su un appalto integrato, venendo conseguentemente in rilievo l'eventuale applicazione, al settore dei lavori pubblici, degli artt. 86 c. 3 bis e 87 c. 4 D.Lgs. n. 163/2006, ciò che per l'appunto forma oggetto del quesito sottoposto all'Adunanza Plenaria. Detta questione non è tuttavia pregiudiziale per lo scrutinio del presente ricorso incidentale, in cui non ha alcun rilievo l'eventuale applicazione delle citate norme al settore dei lavori pubblici, dovendosi invece decidere, nell'ambito degli appalti di fornitura, quali conseguenze derivino dall'inottemperanza alle stesse, e pertanto, se un concorrente che non abbia indicato in sede di offerta i costi della sicurezza aziendale debba essere immediatamente escluso, o se possa dimostrare, in sede di verifica di anomalia, di aver adeguatamente considerato detti costi.

Il ricorso incidentale va pertanto respinto.

II) Venendo al ricorso principale, occorre scrutinare preliminarmente la questione di inammissibilità del medesimo, sollevata dalla difesa della controinteressata, che è tuttavia infondata.

Sulla base di detta eccezione, il ricorso dovrebbe essere dichiarato inammissibile per non essere stato notificato a tutte le Amministrazioni parti dell'accordo di programma, in virtù del quale le stesse si sono determinate ad affidare al Comune di Lecco il ruolo di capofila degli interventi oggetto del presente appalto, da eseguirsi per l'appunto, oltreché in detto Comune, anche nell'ambito territoriale degli Enti Locali aderenti.

Osserva il Collegio che, nella fattispecie per cui è causa, ogni provvedimento relativo alla procedura in epigrafe indicata, sia relativo alla fase di evidenza pubblica, che successivo alla stipula del contratto, è riferibile unicamente al Comune di Lecco, quale unica stazione appaltante e parte sottoscrittrice del

contratto. Gli altri Enti Locali, sulla base di un precedente accordo con il citato Comune di Lecco, si limitano ad usufruire di una parte delle prestazioni offerte dall'aggiudicatario, senza tuttavia prendere parte o incidere in alcun modo nel procedimento finalizzato alla scelta del soggetto con cui stipulare il contratto, ciò che comporta l'infondatezza dell'eccezione stessa.

Non essendovi infatti alcun atto direttamente riconducibile a Comuni diversi da quello di Lecco, ovvero imputabili alla loro "volontà procedimentale", gli stessi non potevano certamente essere considerati come parti resistenti all'impugnazione proposta avverso l'aggiudicazione della procedura di gara, né dunque i medesimi potevano considerarsi come controinteressati, non essendo portatori di un interesse speculare rispetto a quello del ricorrente, con esso incompatibile. Tali Comuni vanno considerati parte non necessarie, che in virtù della loro relazione giuridica con la stazione appaltante, avrebbero potuto intervenire in giudizio a tutela di un interesse "dipendente", senza che, quindi, il ricorso dovesse essere loro notificato, tanto meno a pena di inammissibilità (C.S. Sez. III, 11.12.2012 n. 6356).

In altre parole, nella fattispecie per cui è causa, il Comune di Lecco assurge funzioni analoghe alla centrale di committenza che, ai sensi di quanto disposto dall'art 3 c. 25 e 34 del D.Lgs. n. 163/2006, è l'unico soggetto destinatario della notifica del ricorso, ex art. 41 c. 2 c.p.a. I Comuni che aderiscono all'accordo che istituisce detta centrale sono pertanto meri beneficiari della procedura indetta ed espletata dalla stessa, risultando vincolati alle vicende, anche giudiziarie della gara, sicché, mentre gli effetti ed i risultati di questa sono imputati anche ai Comuni mandanti, l'imputazione formale degli atti, rilevante ai fini della notifica del ricorso impugnatorio, non può che ricadere sulla centrale di committenza, contraddittore necessario, in quanto soggetto deputato, in via esclusiva, all'indizione, regolazione e gestione della gara, e

responsabile della stessa (T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 16.10.2014 n. 721).

III) Nel merito, il ricorso è fondato.

Secondo la ricorrente, la stazione appaltante ha illegittimamente considerato il valore delle offerte economiche al lordo dell'imposta sul valore aggiunto, e non invece al netto dell'aliquota applicabile ai singoli concorrenti.

La difesa della stazione appaltante e della controinteressata osservano che il modus operandi seguito dal seggio di gara sarebbe invece un'applicazione del principio di economicità di cui all'art. 1 L. n. 241/90, che imporrebbe di prescegliere l'offerta che sia meno onerosa per l'Amministrazione, indipendentemente dal regime fiscale applicabile ai vari concorrenti, come ritenuto dalla giurisprudenza a loro dire prevalente.

III.1) Alla luce di quanto precede, il Collegio è pertanto chiamato a decidere se, ai fini del computo del valore dell'offerta economica, la stazione appaltante debba o meno ricomprendere anche quanto dovuto dalla stessa all'erario, in considerazione dell'aliquota I.V.A. applicabile al concorrente aggiudicatario.

Osserva sul punto il Collegio che, contrariamente a quanto affermato dalla difesa della stazione appaltante e della controinteressata, detta questione non è in realtà oggetto di orientamenti contrastanti in giurisprudenza, la quale è invece stabilmente assestata nell'affermare che il valore degli appalti, e quindi, anche i prezzi proposti dalle imprese partecipanti alle gare, vanno considerati al netto dell'I.v.a., al fine di tutelare la par condicio tra i partecipanti alla gara (C.S. Sez. V, 22.11.2005 n. 6487).

In particolare, nel contemperamento tra l'interesse della stazione appaltante a sopportare costi inferiori, e la tutela della par condicio tra i concorrenti ad una gara pubblica, la giurisprudenza afferma costantemente la preminenza di quest'ultimo valore, soprattutto a fronte di concorrenti che rivestono la forma di cooperativa sociale, come nel caso dell'attuale controinteressata, la quale,

oltre ad essere destinataria di un regime fiscale e contributivo agevolato, può altresì presentare offerte anche con utile ridotto, attesa l'estraneità dello scopo di lucro dalla sua attività, dovendo pertanto l'Amministrazione assicurare un sostanziale equilibrio nella competizione tra tali concorrenti e le imprese aventi scopo di lucro, che altrimenti sarebbero oltremodo penalizzate (C.S. Sez. V, 26.6.2010 n. 3806).

Il mero interesse economico dell'amministrazione è pertanto recessivo a fronte dei valori comunitari posti a presidio della libera concorrenza, trasparenza e par condicio, i quali implicano conseguentemente l'impossibilità di tener conto, in sede di valutazione delle offerte economiche, di particolari elementi, quali benefici o agevolazioni fiscali, che risultano esterni alle offerte medesime, nonché sottratti alla disponibilità dei concorrenti (T.A.R. Valle d'Aosta, 10.7.2008, n. 64, T.A.R. Liguria, Sez. II 15.11.2012 1451, C.G.A. Siciliana 11.3.2013 n. 324).

III.2) In contrario non depone la giurisprudenza invocata dalla stazione appaltante e dalla controinteressata, la cui integrale lettura non consente in realtà di supportarne le relative conclusioni.

C.S. Sez. V, 25.1.2008 n. 185, e C.S. Sez. VI, 16.6.2009 n. 3897, lungi dall'enunciare il principio secondo cui le stazioni appaltanti debbano sistematicamente determinare l'aggiudicazione tenendo conto dei prezzi comprensivi di I.V.A, si limitano infatti ad affermare che anche una Onlus o una Fondazione possono partecipare ad una gara d'appalto, nonostante le stesse siano esenti da detta imposta, e malgrado la lex specialis imponesse, in tali occasioni, di indicare i prezzi al netto della stessa.

Anche T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 28.2.2012 n. 554 non può in realtà essere decisiva ai fini dell'accoglimento del presente ricorso, limitandosi tale arresto ad affrontare un problema di natura processuale, irrilevante nel caso di

specie, avendo rigettato le doglianze di un ricorrente che si doleva della *lex specialis* di gara, nella parte in cui la stessa prescriveva che l'offerta fosse comprensiva di IVA, limitandosi a propugnarne un'interpretazione conforme ai principi nazionali e comunitari, senza tuttavia impugnare la stessa.

In ogni caso, come già evidenziato nel precedente punto III.1), il Collegio non ritiene che un'offerta economica possa essere preferita dalla stazione appaltante a prescindere dall'incidenza sulla stessa del regime fiscale applicabile all'impresa concorrente (ordinario, agevolato, esente), dovendo invece attribuirsi rilievo preminente ai principi comunitari posti a tutela della concorrenza, che impongono di neutralizzare le agevolazioni tributarie e, quindi, di valutare le offerte economiche al netto dell'IVA, anche se da ciò conseguano maggiori esborsi per la stazione appaltante.

In conclusione, il ricorso incidentale va respinto, quello principale va accolto.

Le spese possono compensarsi tra tutte le parti, tenuto conto della presenza di orientamenti non uniformi sulle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando, così dispone:

respinge il ricorso incidentale proposto dalla parte controinteressata;

accoglie il ricorso principale, come in epigrafe proposto e per l'effetto annulla la delibera di aggiudicazione con esso impugnata;

compensa per intero le spese tra le parti, salvo il rimborso del contributo unificato in favore della ricorrente principale.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 5 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Mauro Gatti, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/02/2015

IL SEGRETARIO

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