



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8432 del 2016, proposto da:
Agorà Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'avvocato Angela Ferrara C.F. FRRNGL67T62L628P,
con domicilio eletto presso Giuseppe Placidi in Roma, via Cosseria 2;

contro

Consorzio Futura - Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante
p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Anna Di Russo C.F.
DRSNNA60M51D708Q, Piergiuseppe Venturella C.F. VNTPGS73L19G273A,
con domicilio eletto presso Piergiuseppe Venturella in Roma, via San Sebastianello,
9;

nei confronti di

Azienda Pubblica di Servizi Alla Persona - Asp 2 della Provincia di Teramo non
costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Abruzzo – L'Aquila - Sezione I, n. 505/2016, resa tra le
parti, concernente affidamento in concessione del servizio di gestione di una casa di
riposo comunale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consorzio Futura - Società Cooperativa Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 maggio 2017 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti gli avvocati Angela Ferrara e Piergiuseppe Venturella per sé e per Anna Di Russo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Consorzio Futura – soc coop soc.- classificatosi al terzo posto nella gara indetta dall'Azienda Pubblica di Servizi alla persona - ASP n. 2 della provincia di Teramo per l'affidamento in concessione della Casa di riposo "S. Rita" di Atri (gara indetta con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, aggiudicata in via definitiva alla soc. controinteressata, Agorà cooperativa sociale onlus, con determina n. 3/16 del responsabile del procedimento), ha impugnato le risultanze della gara.

1.1. Ha sostenuto, in particolare, dinanzi al Tar Abruzzo che *"tutti gli altri concorrenti si sono limitati ad includere nella busta C la sola dichiarazione secondo il modello predisposto dalla Stazione appaltante senza indicare i propri costi interni della sicurezza, in tal modo palesemente violando l'obbligo imposto dall'art. 87, comma 4, d. lgs. 163/2006"* deducendo che tale deficit allegativo avrebbe dovuto condurre direttamente alla esclusione dell'offerta (come statuito dall'adunanza plenaria del consiglio di Stato n. 9/14) senza possibilità di soccorso istruttorio, o comunque all'esclusione post soccorso, atteso che dalla documentazione successivamente prodotta dalla controinteressata Agorà, su

richiesta della stazione appaltante in fase di soccorso (in particolare il “Piano Economico Previsionale”), si sarebbe potuto evincere l’ammontare di tali costi.

2. Il TAR Abruzzo ha accolto il ricorso ed ha annullato l’aggiudicazione sulla base delle seguenti considerazioni: *“Ritenuto che nella specie sia dirimente – ai fini della fondatezza del gravame – il fatto che, nonostante il soccorso istruttorio accordato dall’amministrazione, la ditta aggiudicataria abbia riscontrato tale interlocuzione senza allegare in modo puntuale ed inequivocabile quei costi omessi in sede di offerta, come denunciato fra i motivi di ricorso e come anche emerso dagli esiti della citata ordinanza disposta sullo specifico punto (con risposta dell’amministrazione depositata in udienza, dai cui contenuti non sono emerse risultanze inequivocabili ed aritmeticamente tangibili sulla precisa consistenza di tali costi, viceversa solo “presunti” dall’amministrazione stessa, sulla base di una ravvisata congruità globale dell’offerta). Ritenuto che – anche a voler condividere gli orientamenti giurisprudenziali citati dai resistenti, in ordine al fatto che, nella soggetta materia, l’offerente non debba essere tout court escluso per aver omesso di indicare ciò che il bando non era previsto, resta indubbio che l’onere allegativo disposto mediante soccorso istruttorio debba essere puntualmente onorato dalla ditta che, da una parte è preavvisata – sia pure dopo la presentazione dell’offerta – sull’importanza di tali costi (importanza puntualmente evidenziata da numerosa giurisprudenza e non solo da AP 9/14), e dall’altra fruisce di una interlocuzione che le consente una integrazione postuma dell’offerta. Considerato pertanto che il sopra evidenziato deficit allegativo, in cui è incorsa la controinteressata nel dare séguito alla disposta integrazione accordata dalla stazione appaltante, avrebbe dovuto condurre alla esclusione della sua offerta”.*

3. Avverso la sentenza ha proposto appello Agorà ed ha dedotto:

3.1. L’appalto in questione sarebbe in realtà una concessione di servizi per la quale, ai sensi degli artt. 20 e 27 del Codice, non avrebbero dovuto trovare applicazione le disposizioni di cui agli artt. 86 e 87 in tema di obbligatoria specificazione degli oneri di sicurezza aziendali. Né vi sarebbe – secondo l’appellante – espressa e diversa previsioni nel bando. Per tale motivo la richiesta fatta, in sede di soccorso istruttorio,

dalla stazione appaltante, aveva ad oggetto il documento di programmazione finanziaria e non gli oneri di sicurezza aziendali. Il giudice di prime cure avrebbe errato nel dare per scontato l'obbligatorietà dell'indicazione degli oneri di sicurezza interni, nonché travisato i fatti nel sostenere che la richiesta effettuata in sede di soccorso avesse ad oggetto gli oneri di sicurezza interni.

3.2. Dopo la sentenza dell'A.P. n. 19/2016, risulterebbe pacifico, riguardo agli oneri della sicurezza (e sempre ove questi siano stati previsti), che quando non sia contestata la loro assenza in concreto, il mero dato formale dell'omessa indicazione non possa comportare l'esclusione, dovendo per converso la Stazione Appaltante consentire il soccorso istruttorio a mezzo di richiesta specifica di allegazione. Nel caso di specie siffatta specifica richiesta sarebbe mancata. Avrebbe errato il giudice di prime cure a non rilevarlo.

3.3 Nella pronuncia gravata sarebbe completamente mancata l'analisi di quanto argomentato sia da Agorà che dalla Stazione appaltante, circa la natura della procedura di gara, e degli esiti dell'attività istruttoria disposta dal TAR alla Stazione con ordinanza n. 442/2016.

4. Avverso la medesima sentenza ha altresì proposto appello incidentale il Consorzio Futura. L'appellante incidentale censura in particolare la decisione per non avere affermato il principio della necessaria esclusione della controinteressata. Secondo la medesima, infatti, il bando era chiaro nel prevedere l'indicazione degli oneri di sicurezza interni, sicchè non si applicherebbero i principi affermati dalle AP 19/2016 in materia di soccorso, in quanto limitati ai casi di eterointegrazione del bando.

5. La causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 18 Maggio 2017.

6. Ritiene il Collegio che l'appello principale sia infondato.

6.1. I tre motivi del gravame - che per comodità di trattazione possono congiuntamente esaminarsi - ruotano intorno a due assunti fattuali: a) che il bando

non prevedeva espressamente l'indicazione degli oneri di sicurezza interni; b) che il soccorso istruttorio operato dalla stazione appaltante ha riguardato unicamente il Documento di Programmazione Finanziaria, allegato alla domanda, e non rientrante nel contenuto dell'offerta, giusto quanto previsto dal bando.

Entrambi gli assunti non trovano riscontro negli atti del processo.

6.2. Quanto al primo è sufficiente rilevare che l'art. 5 del bando espressamente dà atto che “.....*Non sussistono costi in ordine alla sicurezza per interferenze, allo stato degli atti, fermi restando i costi della sicurezza relativi all'esercizio dell'attività svolta dal concessionario che dovranno essere indicati nel piano economico finanziario allegato all'offerta economica*”.

Il successivo art. 12 prescrive che alla *"offerta economica dovrà essere allegato il Piano economico-finanziario della gestione in concessione dei servizi di cui all'oggetto, con indicazione analitica su base annua delle entrate e delle spese, per tutto l'arco temporale di affidamento. Detto piano non sarà oggetto di valutazione, ma sarà parte integrante del contratto"*.

Dunque l'indicazione dei costi della sicurezza interna era espressamente contemplata dal Bando quale informazione indefettibile del PEF.

E' pur vero che la mancata allegazione del PEF (non oggetto di valutazione ai fini dell'aggiudicazione) non era presidiata da specifica sanzione espulsiva, e tuttavia ciò non significa che i suoi contenuti (ivi compresa l'indicazione dei costi della sicurezza) potessero essere considerati *tamquam non esset* ai fini della regolarità della competizione.

6.3. Quanto al secondo assunto - ossia che la richiesta dell'amministrazione, in sede di soccorso istruttorio, abbia riguardato unicamente il PEF e non i costi della sicurezza (asseritamente non obbligatori), pur corrispondendo al vero esso non ha la valenza che l'appellante gli attribuisce.

La richiesta è scaturita dalla nota dell' 11.1.16 con la quale il Consorzio Futura ha segnalato alla Stazione appaltante due "anomalie" nella presentazione dell'offerta economica da parte di entrambe le concorrenti collocate in posizione peggiore, ossia

il "mancato adempimento a quanto previsto dall'articolo 12 ultimo capoverso del Bando di Gara (*"l'offerta economica deve contenere in allegato il Piano economico-finanziario con indicazione analitica su base annua delle entrate e delle uscite che sarà parte integrante del contratto*); *mancanza della determinazione obbligatoria degli oneri della sicurezza sull'offerta complessiva fatta*".

La Stazione ha conseguentemente chiesto all'aggiudicatario il solo Piano economico-finanziario, evidentemente sufficiente a riscontrare entrambe le carenze, dovendo lo stesso contenere, a mente del bando, oltre alle entrate ed uscite previste, anche i costi della sicurezza.

Dall'istruttoria condotta in primo grado è nondimeno emerso che il PEF prodotto dall'aggiudicatario in adempimento della richiesta dell'amministrazione era privo della specifica indicazione degli oneri di sicurezza interna.

6.4. Così stando le cose è del tutto condivisibile quanto ritenuto dal primo giudice, ossia che *"nella specie sia dirimente – ai fini della fondatezza del gravame – il fatto che, nonostante il soccorso istruttorio accordato dall'amministrazione, la ditta aggiudicataria abbia riscontrato tale interlocuzione senza allegare in modo puntuale ed inequivocabile quei costi omessi in sede di offerta"*.

6.5. Del pari correttamente il primo giudice ha chiarito che *"può prescindersi dal noto dibattito giuridico relativo alla sussistenza o meno di un onere a pena di esclusione – a carico della ditta partecipante – di indicare comunque al momento di proposizione della sua offerta gli oneri di sicurezza"*, atteso che, tale affermazione, lungi dal costituire elusione del dovere di pronuncia, significa, in sostanza, che nel caso di specie, il deficit allegativo non ha riguardato la domanda, ma a valle, i documenti integrativi.

6.6. Può aggiungersi che non rilevano i dubbi in ordine alla natura della procedura (se appalto o concessione di servizi) o al grado di specificità della richiesta fatta dalla Stazione appaltante in sede di soccorso, posto che: a) come sopra chiarito il bando prevedeva comunque l'onere di specifica indicazione dei costi di sicurezza interna; b) la richiesta concerneva un documento che avrebbe dovuto contenere (anche) le indicazioni in tema di costi della sicurezza.

7.L'appello principale deve pertanto essere respinto.

8.Alle medesime conclusioni può giungersi per l'appello incidentale proposto dal Consorzio Futura.

8.1.La tesi dell'immediata esclusione senza possibilità di soccorso non regge ove si consideri l'ampia e generalizzata latitudine applicativa della soccorribilità (*ex multis*, Cons. Stato, 27 ottobre 2016, n. 4528), recessiva solo a fronte di omissioni ed incompletezze riferibili all'offerta (Cons. Stato sez. V, 10 gennaio 2017, n. 39, id. 7 novembre 2016, n. 445).

8.2.Nel caso di specie il PEF è stato espressamente considerato dall'amministrazione quale documento "non oggetto di valutazione", ossia non rientrante tra i contenuti valutabili dell'offerta, né sanzionato con l'esclusione, sicchè il soccorso era ben possibile.

9.Avuto riguardo all'esito ed alla peculiarità delle questioni le spese del grado d'appello possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello principale e sull'appello incidentale avverso la sentenza in epigrafe indicata, li respinge entrambi.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

Sergio Fina, Consigliere

Oswald Leitner, Consigliere

L'ESTENSORE
Giulio Veltri

IL PRESIDENTE
Lanfranco Balucani

IL SEGRETARIO