

Publicato il 07/06/2018

**N. 00344/2018REG.PROV.COLL.
N. 01039/2017 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

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA**

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1039 del 2017, proposto da:

Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico "Gaetano Martino" di Messina, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Saitta, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Andrea Piazza in Palermo, via Gioacchino Ventura, 4;

contro

Nam 3 S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Annalisa Germana', con domicilio eletto presso il suo studio in Capo D'Orlando, via Trazzera Marina, 28;

nei confronti

Parknet S.r.l., in proprio e in qualità di Capogruppo Mandataria dell'Ati con Europolice S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e

difesa dagli avvocati Paolo Gaggero, Elena Avolio e Carmelo Elio Guarnaccia, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Ornella Sarcuto in Palermo, via Gaetano Abela, 10;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SICILIA - sez. staccata di CATANIA: sezione IV n. 2952/2017, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione del servizio per la gestione delle aree parcheggio, guardiania e vigilanza armata all'interno dell'A.O.U. Policlinico "G. Martino" di Messina;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Nam 3 S.r.l. e Parknet S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2018 il Cons. Hadrian Simonetti, uditi per le parti gli Avvocati Benedetta Caruso su delega di Antonio Saitta, Bonaventura Lo Duca su delega di Annalisa Germanà e Paolo Gaggero;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda Policlinico Universitario di Messina ha indetto una procedura aperta per l'affidamento per un anno del servizio di gestione delle aree di sosta a pagamento, servizio bus navetta, guardiania armata, reception e altri servizi accessori, da svolgersi all'interno dell'area ospedaliera, con una base d'asta annua di 50.000 euro da corrispondere all'Azienda ospedaliera, sulla quale presentare offerte al rialzo.

La procedura, alla quale hanno partecipato due concorrenti, si è svolta attraverso la seduta di gara del 14.6.2017 ed è stata aggiudicata all'ATI guidata da Parknet s.r.l., che ha presentato un'offerta pari a 136.000 euro, seconda è risultata l'ATI costituenda KSM-NAM3 con un'offerta di 135.000 euro, in forza del provvedimento del 14.7.2017.

2. La seconda ATI ha proposto ricorso, notificato il 25.7.2017, e integrato da motivi aggiunti del 2.11.2018, avverso l'ammissione della prima nonché avverso la sua aggiudicazione, deducendo l'omessa indicazione degli oneri per la sicurezza in violazione dell'art. 95, co. 10, del nuovo Codice, nonché il fatto che Parknet non avrebbe svolto prima di ora attività di gestione di parcheggi e quindi non avrebbe l'idoneità professionale richiesta, anche a motivo della invalidità del contratto di avvalimento cui ha fatto ricorso.

3. Il Tar, con sentenza n. 2952/2017, disattese una serie di eccezioni preliminari dell'Azienda ospedaliera, ha accolto il primo motivo del ricorso introduttivo, concernente l'omessa indicazione degli oneri per la sicurezza, facendone discendere l'esclusione dalla gara e quindi l'annullamento dell'aggiudicazione.

4. Avverso la sentenza l'Azienda ospedaliera ha proposto il presente appello, riproponendo le originarie eccezioni di tardività del ricorso di primo grado avverso tanto l'ammissione quanto l'aggiudicazione in favore dell'ATI Parknet-Europolice.

4.1. Nel merito ha dedotto l'erroneità della sentenza, quanto alle conseguenze della mancata specificazione degli oneri per la sicurezza, richiamando l'Adunanza plenaria 19/2016 al fine di sostenere la necessità di dare ingresso al soccorso istruttorio.

4.2. Si è costituita NAM3, resistendo all'appello e riproponendo, ai sensi

dell'art. 101, co. 2, c.p.a., i motivi assorbiti dal Tar, in particolare contestando l'idoneità professionale della Parknet, dal cui certificato camerale emergerebbe come svolga unicamente l'attività di consulenza amministrativo gestionale e non l'attività di gestione delle aree di parcheggio, come anche la sua capacità economico finanziaria alla cui mancanza non si potrebbe sopperire mediante l'avvalimento di Gestopark s.r.l.

Infine NAM3 ha contestato la congruità dell'offerta economico dell'ATI guidata da Parknet.

4.3. Rinviato l'esame della domanda cautelare al merito sull'accordo delle parti, all'udienza pubblica del 24.5.2018, in vista della quale le difese hanno depositato ulteriori memorie, la difesa di Nam eccependo altresì la tardività della memoria depositata l'8.5.2018 da Parknet, la causa è passata in decisione.

5. In primo luogo, per definire il quadro esatto delle difese delle parti, occorre esaminare l'eccezione di irricevibilità sollevata da Nam quanto alla memoria di conclusiva di Parknet, per essere stata quest'ultima depositata nell'ultimo giorno disponibile, oltre le ore 12.00.

L'eccezione pone all'attenzione del Collegio la questione relativa alla corretta interpretazione da dare all'art. 4 dell'allegato 2 delle disposizioni di attuazione del c.p.a. dove, per un verso, è scritto che "E' assicurata la possibilità di depositare con modalità telematica gli atti in scadenza fino alle ore 24.00 dell'ultimo giorno consentito"; e, per altro verso, che "Agli effetti dei termini a difesa e della fissazione delle udienze camerali e pubbliche il deposito degli atti e dei documenti in scadenza effettuato oltre le ore 12.00 dell'ultimo giorno consentito si considera effettuato il giorno successivo".

L'apparente antinomia tra queste due previsioni – la prima tesa a sfruttare a pieno le possibilità e il funzionamento ininterrotto del processo telematico; la seconda riproduttiva di un canone incentrato invece sulla considerazione del fattore umano e sull'organizzazione degli uffici, in particolare delle segreterie – si può spiegare ove si riferisca la prima scadenza a tutti quegli atti di parte che non sono depositati in vista di una camera di consiglio o di un'udienza di cui sia (in quel momento) già fissata o già nota la data; laddove, invece, la seconda scadenza va riferita agli atti depositati in funzione di un'udienza, camerale o pubblica, già stabilita, per i quali la garanzia dei termini a difesa ha suggerito al legislatore di anticipare il deposito.

Misura quanto mai opportuna – sia consentito osservare ancora – al cospetto dei riti accelerati di cui all'art. 119 c.p.a. dove come noto i termini processuali sono dimezzati, e del tutto necessaria per i riti camerale, a cominciare dagli affari cautelari. Per essi, il termine di produzione delle memorie e dei documenti è sino a due giorni liberi prima della camera di consiglio, che diventano nei riti speciali (ad esempio in materia di contratti pubblici) un solo giorno. Sicché è irrinunciabile – se non si vuole ledere il diritto di difesa, come anche i canoni salienti del giusto processo- che quell'unico giorno sia almeno il più pieno possibile, concedendo al giudicante un tempo minimo per conoscere (degli ultimi atti) della causa e poter quindi deliberare nel rispetto della piena collegialità.

Nella vicenda in esame, da quanto osservato discende quindi la tardività della memoria di Parknet, depositata oltre le ore 12.00 dell'8 maggio, ultimo giorno consentito ai sensi dell'art. 73 c.p.a., e quindi da considerarsi effettuata il giorno successivo (v., in senso conforme, Cons. St., III, n.

3136/2018).

6. Venendo ora all'esame della controversia, con l'atto di appello l'Azienda ospedaliera ha in primo luogo riproposto una serie di eccezioni in rito, di irricevibilità e di improcedibilità, già sollevate nel giudizio di primo grado all'indirizzo delle impugnazioni proposte da Nam3 e già respinte dal Tar.

Il Collegio reputa che tali eccezioni non possano essere accolte.

6.1. La prima di esse, riferita all'impugnazione dell'ammissione di Parknet, sul rilievo, già più volte evidenziato da questo CGA, che nel nuovo sistema disegnato dall'art. 120 co. 2 bis il piano processuale è strettamente correlato a quello procedimentale della vicenda: nel senso che la decorrenza del termine per l'impugnazione (immediata e diretta) delle altrui ammissioni, quale elemento di assoluta novità introdotto dal legislatore del 2016 (e, peraltro, attualmente al vaglio del Giudice europeo, su questione rimessa dal Tar Piemonte) presuppone di necessità che sia rispettata la modalità di pubblicazione di cui all'art. 29 del Codice dei contratti. Modalità che nel caso in esame non consta, ossia non è stato adeguatamente provato nei precisi riferimenti temporali, che sia stata osservata.

6.2. Dopodiché, per quanto concerne l'impugnazione dell'aggiudicazione, sulla scorta della giurisprudenza del tutto prevalente la presenza di rappresentanti dell'impresa, alle operazioni di gara, non vale di per sé sola a fondare una conoscenza effettiva dell'esito che ne è conseguito. Come anche, applicando lo stesso metro, non è sufficiente il deposito in giudizio di un atto sopravvenuto della sequenza procedimentale – in questo caso, l'aggiudicazione – perché inizi a decorrere, in assenza di una comunicazione individuale, il termine di impugnazione, ove non sia dimostrata o dimostrabile la sua conoscenza e non essendo esigibile

richiedere un controllo continuo del fascicolo di causa.

Del resto, nell'uno come nell'altro caso la brevità del termine di impugnazione, di soli 30 giorni, si giustifica in nome e alla luce della previsione da parte del legislatore (della garanzia) di un sistema di pubblicazione e di comunicazione degli atti della gara di tipo formale, il che finisce per rendere il criterio sostanzialistico della conoscenza effettiva di quegli stessi atti del tutto marginale, se non addirittura in questo particolare ambito (da intendersi) oramai superato.

7. Disattese le eccezioni di rito, nel merito della causa il Tar ha giudicato fondato il motivo dedotto da NAM3 preordinato all'esclusione dell'Ati aggiudicataria in conseguenza della mancata indicazione degli oneri per la sicurezza.

Il Giudice di primo grado ha motivato la propria decisione sulla base del combinato disposto degli artt. 95, co. 10, e 83, co. 9, del nuovo Codice dei contratti, ricavando dalla prima disposizione l'obbligo testuale di indicare i costi aziendali, ovvero gli oneri per la sicurezza; e dalla seconda disposizione l'impossibilità di procedere, in ipotesi di loro omissione, al soccorso istruttorio, sul presupposto che si tratti di una carenza afferente all'offerta.

L'appello dell'Azienda ospedaliera, a confutazione del capo di sentenza, sottolinea come, in linea generale, l'art. 80 del Codice non faccia menzione dell'omessa indicazione degli oneri della sicurezza tra i motivi di esclusione, richiamando anche l'evoluzione giurisprudenziale culminata nella pronuncia della Plenaria n. 19/2016 nel senso della sproporzione di una regola di esclusione automatica. Rileva inoltre – in modo convergente con la difesa di Parknet (v. memoria 10.11.2017, p. 10, nel fascicolo di primo grado) -

come, nel caso di specie, non è contestato il mancato rispetto degli obblighi della sicurezza quanto, piuttosto, la loro mancata specificazione all'interno dell'offerta economica.

Così riassunte le contrapposte deduzioni di parte, e precisato ulteriormente come in questo caso (anche) la legge di gara (v. art. 2 del disciplinare) prescrivesse espressamente ai concorrenti di “esplicitare” gli oneri per la sicurezza all'interno della loro offerta economica, il Collegio deve registrare come sulla questione qui in discussione – concernente la definizione delle conseguenze derivanti (nella sistematica del nuovo Codice) dalla mancata, distinta, indicazione degli oneri per la sicurezza nell'offerta– l'orientamento della giurisprudenza non sia affatto unanime.

A voler sintetizzare lo stato dell'arte, si confrontano infatti due tesi di fondo, richiamate peraltro dalle difese delle parti, anche nei riferimenti giurisprudenziali più di dettaglio: (i) l'una, conforme alla decisione assunta dal Tar con la sentenza qui impugnata, che valorizza il testuale richiamo di cui all'art. 95, co. 10, in ciò leggendovi la conferma che l'indicazione degli oneri costituisca un elemento essenziale dell'offerta, nonché la previsione di cui all'art. 83, co. 9, da cui ricava *a contrario*, quale conseguenza per l'omessa indicazione degli oneri, una regola di esclusione dalla gara in termini di automatismo, senza che occorra quindi alcun contraddittorio procedimentale con l'autore dell'offerta; (ii) l'altra tesi, invocata dall'odierna appellante e dalla difesa di Parknet (con la memoria del 9.1.2018), che fa leva essenzialmente sulla (disciplina e sulla) giurisprudenza della Corte di Giustizia, in particolare sulle pronunce 2.6.2016 in C- 27/15 e 10.11.2016, in C- 140/2016, e sul ricordato precedente della Adunanza Plenaria del 2016, ispirato ad una visione e ad una soluzione sostanzialista del

problema.

Si deve peraltro precisare come la prima delle due sentenze della Corte di giustizia del 2016 (caso Pippo Pizzo), originata da una rimessione di questo stesso CGA, abbia avuto ad oggetto una questione solo in parte collimante con quella ora all'esame del Collegio e che il tema specifico degli oneri per la sicurezza nella vigenza delle nuove direttive e del nuovo Codice non è stato invece sinora ancora vagliato dal Giudice europeo, avendo la Corte di Giustizia, con la sentenza 23.11.2017 in C- 486/17, ritenuto irricevibile la questione sottoposta dal Tar Basilicata; e come, inoltre, la Plenaria del 2016 traesse origine da una vicenda nella quale l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non era stato specificato dalla legge di gara.

Tanto premesso, non è (più) dubitabile che il legislatore del 2016 prescriva adesso che "Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro". Si tratta piuttosto di stabilire quali siano le conseguenze nel caso in cui un simile obbligo – qui espresso, come già ricordato, anche dal disciplinare di gara - non sia adempiuto e, in particolare, se ciò debba determinare in via automatica l'esclusione del concorrente dalla gara.

A questa domanda reputa il Collegio che si debba rispondere muovendo da due considerazioni, da ultimo poste chiaramente in luce da Cons. St., III, n. 2554/2018.

La prima è che testualmente il Codice non commina alcun effetto espulsivo per l'inadempimento di tale obbligo.

La seconda considerazione ha a che vedere con la finalità di questo obbligo

di legge, che è in funzione della verifica della congruità dell'offerta economica, fase per la quale, ove si dubiti di tale serietà, è previsto, in primo luogo dal diritto euro-unitario, un vero e proprio subprocedimento, da svolgersi in contraddittorio con l'offerente.

Il principio del necessario contraddittorio, che accompagna e connota l'intera verifica dell'anomalia dell'offerta (v. da ultimo l'art. 69 della direttiva 24/2014), era stato invocato già in passato con riferimento all'obbligo originariamente previsto dal Codice del 2006, agli artt. 86 co. 5 e 87, co. 1 (e prima ancora dall'art. 21, co. 1 bis, della Legge Merloni), di corredare l'offerta, sin dalla sua presentazione di giustificazioni preliminari. E ciò per scongiurare che la loro mancata presentazione potesse determinare l'esclusione in via automatica, senza prima avere verificato in concreto l'anomalia dell'offerta (v., *ex multis*, Cons. St., V, n. 5279/2011).

Anche al lume di tale precedente e di una più corretta messa a fuoco della questione qui in esame, il richiamo al soccorso istruttorio in senso proprio di cui all'art. 83 co. 9, che il Codice vigente parrebbe confinare nel solo ambito della documentazione non afferente all'offerta economica e all'offerta tecnica, non è pertinente ed è anzi probabilmente fuorviante; dovendo il problema trovare soluzione in un diverso contesto, nell'ambito della disciplina della verifica dell'anomalia (art. 97).

Tirando a questo punto le fila del discorso, si è dell'avviso che un'interpretazione della nuova normativa sui contratti pubblici, quale quella seguita dal primo giudice, che faccia discendere dall'omessa indicazione dei costi per la sicurezza un effetto automaticamente espulsivo, si porrebbe in contrasto con il quadro del diritto eurounitario (v. art. 57, par. 6, della direttiva 24/2014), per come interpretato costantemente dalla Corte di

Giustizia UE; in precedenti – taluni dei quali sopra ricordati - in cui la Corte ha più volte ribadito che non è legittimo escludere il concorrente solo per un vizio formale della domanda o dell’offerta, a condizione che - nel caso degli oneri per la sicurezza – gli stessi siano stati sostanzialmente ricompresi nel prezzo dell’offerta, pur in difetto della loro preventiva specificazione.

Va quindi confermata la soluzione già fatta propria dalla Plenaria 19/2016, nella vigenza del Codice del 2006, nel senso che la mancata indicazione degli oneri per la sicurezza interna non giustifica l’immediata esclusione dalla gara o l’annullamento dell’aggiudicazione.

All’esclusione si potrà procedere solamente all’esito del contraddittorio con il concorrente, qualora l’offerta non si dimostri “capiente”, ossia effettivamente idonea a far fronte ai costi minimi imposti dagli obblighi per la sicurezza sul lavoro.

Per concludere sul punto, l’appello è quindi fondato e va accolto, con la conseguenza che in questa parte la sentenza del Giudice di primo deve essere riformata, respingendo il motivo concernente l’omessa specificazione degli oneri per la sicurezza.

8. Debbono ora esaminarsi gli altri motivi a suo tempo dedotti da NAM3 che, assorbiti dal Tar, sono stati riproposti in appello ai sensi dell’art. 101, co. 2, c.p.a.

Con essi sono contestati l’idoneità professionale e la capacità economica dell’Ati costituenda Parknet-Europolice, sul duplice rilievo del certificato camerale di Parknet, da cui non emergerebbe un’idoneità nell’attività di gestione dei parcheggi, quanto piuttosto un’esperienza di tipo consulenziale; e dell’avvalimento tra Parknet e Gestopark, che sarebbe

generico in relazione al fatturato richiesto.

Entrambi questi rilievi non sono persuasivi e vanno disattesi.

Non lo è il primo, laddove, lungi da una valutazione globale e complessiva, parcellizza e isola tra loro i dati ricavabili dal certificato camerale, separando con eccessiva nettezza l'attività di consulenza da quella di gestione.

Non lo è neppure il secondo, avuto riguardo al contratto di avvalimento prodotto in atti, che fa diretta ed espressa menzione della capacità economica espressa dal fatturato, e sulla scorta dell'indirizzo giurisprudenziale affermatosi (v. per tutte Cons. St., A.P. 23/2016) quanto allo standard di determinatezza e di determinabile richiesto per l'oggetto di questo tipo di contratto.

Non meno infondato è l'ultimo motivo tra quello riproposti, con cui è dedotta l'anomalia dell'offerta presentata dall'Ati guidata da Parknet, in termini del tutto apodittici, assumendo che non sarebbero stati considerati costi aggiuntivi, senza che sia neppure chiara la loro ipotetica incidenza sulla congruità complessive dell'offerta.

9. In conclusione, per le ragioni sin qui evidenziate, va accolto l'appello dell'Azienda ospedaliera e vanno invece respinti i motivi riproposti da NAM 3. L'effetto finale è, in parziale riforma della sentenza del Tar, l'integrale reiezione del ricorso di primo grado.

Si intende che dalla riforma della sentenza discende, quale effetto espansivo cd. esterno (art. 336 c.p.c.), l'inefficacia dei provvedimenti e degli atti da essa dipendenti, in forza dei quali il servizio risulta essere stato sinora eseguito provvisoriamente da NAM3.

Resta inteso inoltre che, per quanto si è osservato alla fine del punto 7, la consegna del servizio all'Ati guidato da Parknet presuppone che – prima -

la Stazione appaltante verifichi positivamente l'effettiva capienza dell'offerta anche in relazione ai costi per la sicurezza, di cui il concorrente ha allegato in corso di causa di avere tenuto a suo tempo conto nella formulazione dell'offerta medesima.

10. Infine, per quanto concerne le spese del doppio grado di giudizio, la novità di talune delle questione affrontate, unitamente all'esistenza di contrasti giurisprudenziali sul tema degli oneri per la sicurezza, ne giustificano l'integrale compensazione tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando nella causa, disattesa ogni contraria domanda ed eccezione, così provvede:

- accoglie l'appello dell'Azienda ospedaliera, ai sensi di cui in motivazione;
- respinge i motivi di NAM3 riproposti ai sensi dell'art. 101, co. 2, c.p.a.;
- per l'effetto, parzialmente riformando la sentenza del Tar nei termini di cui in motivazione, respinge integralmente il ricorso di primo grado.
- spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Carlo Modica de Mohac, Consigliere

Giuseppe Barone, Consigliere

Giuseppe Verde, Consigliere

L'ESTENSORE
Hadrian Simonetti

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO