



**COMUNE DI GIARDINI NAXOS
CITTA' METROPOLITANA DI MESSINA**

DELIBERAZIONE DELLA GIUNTA COMUNALE N. 140 DEL 21.08.2017

OGGETTO: Appello cautelare dinanzi al C.G.A. di Palermo promosso dalla Società Cooperativa Sociale Esperia 2000. Rappresentanza legale in giudizio e nomina legale.

L'anno **duemiladiciassette**, addì **Ventuno** del mese di **Agosto** ore **12,30** nella Casa Comunale e nella consueta sala delle adunanze, a seguito di invito di convocazione, si è riunita la Giunta Municipale con l'intervento dei signori:

				P	A
1	LO TURCO	PANCRAZIO	SINDACO	P	
2	GIARDINA	CARMELO	VICE-SINDACO		A
3	RIZZO	ORAZIO ANTONINO	ASSESSORE	P	
4	SANFILIPPO	SANDRA NANCY	ASSESSORE		A
5	VILLARI	CARMELO	ASSESSORE	P	

Partecipa il Segretario Generale **Dott.ssa Patrizia Rappa**

Essendo legale il numero degli intervenuti, assume la Presidenza il **Sindaco Pancrazio Lo Turco** e dichiara aperta la seduta per la trattazione dell'oggetto sopra indicato.

LA GIUNTA MUNICIPALE

Vista l'allegata proposta di deliberazione concernente l'oggetto;
Dato atto che la stessa è corredata dei pareri prescritti dall'art. 53 della legge 08/06/1990 n. 142 recepita dalla L.R. n. 48/91 e successive modifiche ed integrazioni;
Ritenuto che la proposta di che trattasi è meritevole di approvazione;
Vista la L.R. 44/91;
Con votazione unanime resa e verificata nei modi e forme di legge;

DELIBERA

di APPROVARE e far propria l'allegata proposta di deliberazione avente per oggetto:
Appello cautelare dinanzi al C.G.A. di Palermo promosso dalla Società Cooperativa Sociale Esperia 2000. Rappresentanza legale in giudizio e nomina legale.
che forma parte integrante e sostanziale del presente atto.

A questo punto il Presidente pone in votazione la proposta di immediata esecutività della proposta testè approvata

LA GIUNTA MUNICIPALE

Con separata votazione resa all'unanimità di voti favorevoli espressi in forma palese dichiara la presente deliberazione **immediatamente esecutiva.**



COMUNE DI GIARDINI NAXOS
Città Metropolitana di Messina

PROPOSTA DI DELIBERAZIONE DI GIUNTA MUNICIPALE

N. 244 DEL 28.08.2017

Oggetto:	Appello cautelare dinanzi al C.G.A. di Palermo promosso dalla Società Cooperativa Sociale Esperia 2000. Rappresentanza legale in giudizio e nomina legale
Settore	Ufficio Contenzioso
Proponente	Assessore al Contenzioso

L'ASSESSORE AL CONTENZIOSO

Visto l'appello cautelare promosso dalla Società Cooperativa Sociale Esperia 2000, in persona del Presidente del C.d.A. e legale rappresentante, Dott. Antonino Di Prisco, dinanzi al Consiglio Amministrativo per la Regione Siciliana, pervenuto a questo Ente in data 07.08.2017 Prot.n. 17809, avverso l'ordinanza cautelare n. 00462/2017 emessa dal Tar di Catania, nell'ambito del giudizio R.G. n. 632/2017, con vittoria di spese; (ALL. 1)

Che, con nota prot. n. 17951 del 08.08.2017, copia del ricorso in questione è stato trasmesso al Responsabile del 1^ Settore, all'Assessore al Contenzioso ed al Sindaco, al fine di ricevere le opportune valutazioni e/o determinazioni in merito;

Che con nota Prot.n. 18370 del 16.08.2017 il Responsabile del 1^ Settore, indica la necessità di resistere in giudizio avverso il suddetto ricorso;

Ritenuto necessario proporre opposizione al suddetto ricorso, conferendo apposito incarico di rappresentanza legale ad un professionista;

Vista la delibera G.M. n. 103 del 28.06.2016, atto di indirizzo per l'affidamento della rappresentanza legale in giudizio del Comune di Giardini Naxos;

Visto l'allegato schema di disciplinare (ALL. 2) recante le condizioni ed i termini di affidamento dell'incarico legale, ivi inclusa la determinazione, ai sensi del d.l. 4/7/2006 n.223, convertito con legge n. 248/2006, dell'importo massimo del compenso da corrispondere al professionista incaricato, inclusi IVA, Cpa, ritenuta d'acconto e spese generali di Studio;

Preso atto che a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti approvato con D.L.gs n. 50 del 18.4.2016 l'art. 17 comma 1 lett. d) prevede tra i servizi cui si applicano i principi già previsti dall'art. 4 del Codice, i servizi legali relativi alla rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato in procedimenti giurisdizionali di uno Stato membro dell'Unione Europea;

Vista la circolare dell'Ass.to Reg.le Infrastrutture e Mobilità, Prot.n. 86313/DRT del 04.05.2016 che chiarisce che *“tenuto conto del rinvio dinamico della normativa statale speciale della L.R. n. 12/2011, sono immediatamente applicabili in Sicilia le disposizioni contenute nel D.L.gs n. 50/2016, del 19 aprile 2016, data di entrata in vigore dello stesso”*;

Considerato che in base alla normativa introdotta, la rappresentanza legale in giudizio è soggetta ai sensi dell'art. 4 del D.L.gs 50/2016, al rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica;

Vista la Determina Dirigenziale N. 272 del 28.02.2017 con cui è stato approvato l'elenco dei legali di questo Comune, suddiviso in quattro sezioni, per l'affidamento della rappresentanza e difesa in giudizio del Comune di Giardini Naxos;

Vista la delibera C.C. n. 32 del 10.07.2017 con la quale è stato approvato il bilancio di previsione;

Ritenuto, conseguentemente, di dovere assumere il relativo impegno di spesa per un importo complessivo di €. 3.800,00, compreso Iva, Cpa, ritenuta d'acconto e spese generali;

Visto il vigente regolamento di organizzazione degli uffici e dei servizi;

Visto il vigente Statuto Comunale;

Visto il d.lgs. n. 267/2000;

Visto l'O.R.EE.LL. vigente nella Regione Sicilia;

PROPONE ALLA GIUNTA MUNICIPALE

Per le motivazioni indicate in premessa che qui si intendono integralmente riportate di:

1) Autorizzare la costituzione in giudizio e l'affidamento del servizio di rappresentanza legale per la difesa dell'Ente nell'appello tutelare dinanzi al C.G.A. Di Palermo, promosso dalla Società Cooperativa Sociale Esperia 2000, di cui meglio in premessa ;

2) Nominare, a tal fine, un legale per la difesa degli interessi dell'Ente nel superiore giudizio, con ogni facoltà di legge a tutela del Comune;

3) Disporre che detto incarico legale risulta conferito nei termini ed alle condizioni di cui al disciplinare di incarico - che si approva e si allega al presente atto per farne parte integrante e sostanziale, alla cui sottoscrizione, ad opera di entrambe le parti, resta subordinato il perfezionamento dell'incarico legale conferito;

4) **Prenotare** la spesa complessiva di €. 3.800,00 al Cap. 1245 del bilancio di previsione esercizio 2017/2018 , imputandola come da cronoprogramma sotto riportato;

5) **Approvare** il seguente cronoprogramma di spesa e sulla base delle norme e dei principi contabili di cui al D.lgs. 23.06.2011, n. 118 (Armonizzazione sistemi contabili):

SPESA- CAP.:1245			
Imputazione dell'impegno		Esigibilità delle somme	
ANNO	IMPORTO €.	ANNO/MESE	IMPORTO €.
2017	2000	2017	2000
2018	1800	2018	1800
TOTALE	3800	TOTALE	3800

6) **di dare** atto che al presente provvedimento sarà data pubblicità secondo quanto previsto dalla legge;

7) **di dare atto** che alla liquidazione delle somme a titolo di acconto e saldo si provvederà in base ai termini ed alle condizioni fissate dal disciplinare sottoscritto con il professionista, in conformità allo schema allegato con il presente provvedimento;

8) **di demandare** al Responsabile del Servizio l'assunzione del provvedimento di impegno di spesa complessivo;

9) **dichiarare** il presente atto immediatamente esecutivo;

10) **trasmettere** copia al Responsabile del 1^ Settore ed al Responsabile Ufficio Contenzioso.

L'Istruttore Amministrativo


16-08-2017

Il Proponente



COMUNE DI GIARDINI NAXOS
DATA 07 AGO. 2017
Protocollo N. 17808

Al. 1
S. NAXOS
I SECTORE
CONTENUTO

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana

Appello cautelare

di Società Cooperativa Sociale Esperia 2000 (più avanti denominata anche solo *Esperia 2000*), con sede in Siracusa, via San Cataldo, 4, codice fiscale e numero d'iscrizione presso il registro delle imprese di Siracusa 93 02 82 70 895, partita IVA 011 78 83 08 97, in persona del Presidente del consiglio d'amministrazione e legale rappresentante, dottore Antonino Di Prisco, rappresentata e difesa, giusta procura in calce al presente atto, sia unitamente che disgiuntamente, dall'Avvocato Emanuele Carta, con studio in Siracusa, via Brenta, 37, codice fiscale CRT MNL 54C19 C351H, PEC emanuele.carta@avvocatisiracusa.legalmail.it, fax 02/47.95.13.95 e dall'Avvocato Massimiliano Mangano, (CF NGMSM63H24G273X) (PEC avv.massimilianomangano@pecavvpa.it fax 0916256125) ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo, in Palermo, nella Via Nunzio Morello n.

40

appellante;

avverso

l'ordinanza cautelare 00462/2017, emessa dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia Sezione distaccata di Catania, Quarta, all'esito dell'udienza del 6 luglio 2017, pubblicata il giorno dopo, non notificata, nell'ambito del giudizio (iscritto al numero 00632/2017 del R.G.), promosso dalla Società Cooperativa Sociale Agape contro il Comune di Giardini Naxo e la Commissione giudicatrice di gara di cui infra e nei confronti dell'odierna appellante;

contro

Società Cooperativa Sociale Agape (più avanti denominata anche solo *Agape*), con sede in Giardini Naxos, via Vittorio Emanuele, 126/b, codice fiscale e partita IVA 01434010839, rappresentata e difesa, in prime cure, dall'Avvocato Maria Rosa Petronio, con studio in Catania, Viale Jonio, 21;

e nei confronti



del **Comune di Giardini Naxos**, con sede in Giardini Naxos, Piazza Abate Cacciola, codice fiscale 00343940839

e della **Commissione giudicatrice di gara**, istituita presso il Comune di Giardini Naxos Settore I, per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare ai disabili per l'anno 2017 (entrambi, questi ultimi due, non costituiti nel giudizio di primo grado).

RIASSUNTO DELL'ATTO.....	2
IN FATTO.....	4
IN DIRITTO.....	10
A. CIRCA IL FUMUS BONI JURIS.....	10
A1. PRIMO MOTIVO.....	10
A2. SECONDO MOTIVO.....	17
A3. TERZO MOTIVO.....	18
A4. QUARTO MOTIVO.....	19
B. CIRCA IL PERICULUM IN MORA.....	20
B. 1 QUINTO MOTIVO.....	20
C. CONCLUSIONI.....	21

RIASSUNTO DELL'ATTO.

L'odierno atto di appello riguarda l'ordinanza cautelare numero 462, emessa dal TAR Sicilia – Catania il 7 luglio 2017, nell'ambito di un giudizio promosso dalla Società Cooperativa Sociale Agape avverso la propria esclusione dalla gara, bandita dal Comune di Giardini Naxos, per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare disabili, per l'anno 2017 e avverso l'affidamento provvisorio in favore dell'odierna appellante Società Cooperativa Sociale Esperia 2000. Esclusione disposta dalla Commissione di gara per la mancata indicazione dei costi relativi agli oneri per la sicurezza. Nel giudizio, promosso da Agape, che ha sostanzialmente lamentato la mancata concessione del soccorso istruttorio in suo favore e ha richiesto la sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati, si è costituita solo l'aggiudicataria Esperia. Questa ultima ha fatto presente che Agape, al di là dell'omissione formale della mancata indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale, non aveva tenuto conto di detti costi neanche da un punto di vista sostanziale, avendo essa operato un

ribasso del 100% sulla base d'asta e nessun ribasso sul costo del personale. Con ordinanza interlocutoria, il TAR, *al fine di comprendere se da un punto di vista sostanziale fossero stati previsti nell'offerta i costi di sicurezza aziendale*, ha disposto che Agape provvedesse *ad un'analitica e documentata illustrazione della propria offerta*. Agape, a fronte di detta ordinanza, ha versato in atti una mera offerta contrattuale, formata, solo nel giugno del 2017, da parte di una società fornitrice di consulenza in materia di sicurezza sul lavoro e una illustrazione dell'offerta, con la quale, con evidente incongruenza, si dichiarava che gli oneri della sicurezza aziendale erano pari a zero, ma che, anche se non fossero stati pari a zero, essa avrebbe potuto sostenerli con i risparmi che avrebbe conseguito sul costo del lavoro (!). Nonostante l'evidente inadeguatezza delle dichiarazioni rassegnate da Agape e della documentazione costruita *ex post*, fatta presente dalla Difesa della controinteressata all'udienza del 6 luglio scorso, il TAR ha accolto la domanda cautelare con l'ordinanza oggi impugnata, nella quale ha ritenuto che l'omessa indicazione dei costi di sicurezza aziendale fosse da considerare quale carenza di un elemento meramente formale della domanda, come tale meritevole del soccorso istruttorio previsto dall'art. 83 comma 9 del D.lgs 50/2017. Avverso detta ordinanza, Esperia, con l'odierno appello cautelare, muove le seguenti censure:

1. la pronuncia ha errato nel non considerare che, col nuovo Codice dei contratti pubblici, ai sensi dell'art. 95 comma 9, l'omessa indicazione, nell'offerta, dei costi per la sicurezza aziendale configura una carenza sostanziale come tale non rimediabile con il soccorso istruttorio, ex art. 83 comma 9 (in termini, si sono espressi il Consiglio di Stato V, con ordinanza cautelare del 15.12.2016 n. 5582; il TAR Campania Salerno (Prima), con sentenza del 5.01.2017 n. 34; il TAR Molise con sentenza del 9.12.2016 n. 513; il TAR Calabria - Reggio Calabria, con sentenza del 25.02.2017, n. 166; il TAR Veneto, con sentenza del 21.02.2017 n. 182 e il TAR Campania Napoli, con sentenza 3.05.2017 n. 2358);

2. ha errato nel non considerare che i chiarimenti e i documenti forniti da Agape configurassero un'offerta, che, oltre a essere costruita *ex post*, appariva indeterminata o, quantomeno, perplessa, in violazione del principio introdotto dall'art. 95 comma 10 del nuovo Codice;

3. ha errato nel considerare che Agape avesse fornito prova documentale dei costi sostenuti, avendo versato in atti solo un'offerta unilaterale e nessuna documentazione risalente al momento dell'offerta e opponibile al terzo;

4. ha errato nel considerare che, da un punto di vista sostanziale, gli oneri fossero stati "*puntualmente considerati*", visto che, a fronte di costi pari a zero, il giudizio sull'anomalia o meno dell'offerta è di esclusiva e discrezionale pertinenza della stazione appaltante.

L'appellante considera che appare insussistente anche il requisito del *periculum*, visto che il servizio è in fase avanzata e che non appare plausibile il mancato incremento dell'*expertise* lamentato da Agape, visto che essa, prima del 2017, ha gestito il medesimo servizio, senza interruzioni, per 14 anni. Alla luce di ciò, l'appellante chiede che, in riforma dell'ordinanza impugnata, il Consiglio respinga l'istanza cautelare oggetto della pronuncia impugnata.

IN FATTO.

1. L'odierna appellante ha preso parte alla gara indetta, dal Comune di Giardini Naxos, con determina dirigenziale numero 442 del 10 novembre 2016, per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare ai disabili, per l'anno 2017, mediante procedura negoziata con offerta economicamente più vantaggiosa.

2. Alla gara hanno preso parte anche le Cooperative Agape e Airone.

3. All'esito della valutazione tecnica dei progetti svolta in seduta riservata il 6 febbraio 2017, la Cooperativa Agape, con sede in Giardini Naxos, che aveva sempre gestito il servizio nei 14 anni precedenti, ha ottenuto il punteggio più alto rispetto a quello conseguito dalle altre due concorrenti.

4. Nella successiva seduta del 23 febbraio 2017, la Commissione di gara ha

provveduto all'apertura delle buste contenenti l'offerta economica.

Aperta ed esaminata l'offerta di Esperia, la Commissione ha constatato che essa aveva proposto un ribasso pari al 100% sul prezzo a base d'asta, indicando separatamente i costi relativi agli oneri per la sicurezza in € 1.000,00.

Aperte ed esaminate le offerte di Agape e Airone, la Commissione ha dato atto che entrambe le offerenti non avevano indicato i costi relativi agli oneri per la sicurezza.

Per il che, la Commissione, ha disposto l'esclusione di Agape e di Airone, ha richiamando la pronuncia numero 19 emessa, in materia di oneri per la sicurezza, dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nell'anno 2016 e ha proposto al RUP di procedere all'aggiudicazione provvisoria in favore di Esperia.

Alla seduta era presente la legale rappresentante della Cooperativa Agape, la quale ha dichiarato, chiedendone l'inserimento a verbale, che *nel bando di gara non era prevista nessuna esclusione per la non indicazione dei costi di sicurezza, che dalla stazione appaltante non si era ricevuta nessuna comunicazione in merito e che comunque il 100% del ribasso non prevedeva a suo avviso l'indicazione dei costi di sicurezza, in quanto il ribasso del 100% assumeva un valore formale e non sostanziale.(!)*

Agape ha proseguito, nel dialogo con l'Amministrazione, nella contestazione della propria esclusione e ha richiesto d'essere riammessa alla gara.

Con determinazione del 20 marzo 2017 (iscritta, nel registro generale, al n. 347 il 22 marzo 2017) il Responsabile del I Settore del Comune di Giardini Naxos, ha approvato il verbale di gara del 23 febbraio 2017 e ha aggiudicato, in via provvisoria, il servizio, in favore di Esperia.

Avverso i richiamati provvedimenti di esclusione e di affidamento provvisorio, sono stati emessi i verbali di gara del 23 febbraio 2017 e nella determinazione del 20 marzo 2017.

Agape, col ministero dell'Avvocato Maria Rosa Petronio del Foro di Catania, ha presentato ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia Sezione di Catania. Ha, in particolare, richiesto, l'annullamento dei provvedimenti

impugnati e la loro sospensione in via cautelare.

8. A sostegno delle sue domande, ha mosso le seguenti censure:

1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 83 commi 8 e 9 dell'art. 95 e dell'art. 97 del D.lgs 50 de 19 aprile 2016; dell'art. 26, comma 6 del D.lgs 81/2006; dell'art. 97 Costituzione. Violazione e falsa applicazione del bando di gara. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà e sviamento, violazione del principio di proporzionalità e della parità di trattamento. Violazione del principio di chiarezza degli atti ("clare loqui"). Difetto d'istruttoria e di motivazione.

In relazione a dette censure, ha osservato che la violazione, da parte dell'offerente, dell'obbligo di cui all'art. 95 comma 10 del D.lgs 50/2017 non avrebbe dovuto comportare una sanzione espulsiva (non prevista nel bando), ma il soccorso istruttorio ex art. 83 comma 9 del medesimo codice. A tale conclusione si sarebbe giunti anche in applicazione del principio della tassatività delle cause di esclusione ancora più nei casi in cui la (ammessa) "carezza" dell'offerta fosse scaturita *dalla scarsa chiarezza o dalla genericità del testo dei documenti di gara.*

Il Comune avrebbe impropriamente richiamato la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 19 del 2016, *perché non coordinata con le conclusioni cui giungono gli arresti giurisprudenziali comunitari.* La ricorrente avrebbe presentato l'offerta attenendosi alle prescrizioni del bando. Ove tali prescrizioni avessero previsto l'indicazione obbligatoria dei costi di sicurezza aziendali, la ricorrente *non avrebbe avuto difficoltà a indicare gli oneri di sicurezza.*

A sostegno delle proprie argomentazioni ha richiamato le sentenze emesse, rispettivamente, dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato il 27 luglio 2016 n. 19, dalla Corte di Giustizia UE il 10 novembre 2016, in C-140/16, in C-697/15 e C-162/16, il TAR Sicilia – Catania il 14 novembre 2016 n. 2934 e il 22 marzo 2017 n. 602 (si tratta di un indirizzo giurisprudenziale formatosi sotto il vigore del precedente Codice dei contratti pubblici; le sentenze del TAR Sicilia – Catania, in particolare, si riferivano a gare assoggettate alla normativa di cui al D.lgs 163/2006).

Tanto sottoposto nel merito, ha proposto la domanda cautelare di sospensione degli atti impugnati, richiamando, in ordine al *fumus*, gli argomenti spesi nel merito. Ha ravvisato il *periculum nella perdita di un'occasione di arricchimento delle proprie esperienze professionali compresa la possibilità di dimostrare un incremento della capacità tecnica della cooperativa grazie all'esecuzione del servizio per cui è causa* (annotiamo che si tratta di un'argomentazione ben strana, visto che Agape, prima del 2017, aveva gestito il medesimo servizio per svariati anni senza soluzione di continuità).

Ha aggiunto che, nell'ipotesi di accoglimento dell'istanza cautelare, sarebbe subentrata all'affidataria provvisoria senza che ciò comportasse *l'interruzione sia pure temporanea del servizio e/o rischi di disservizi nei confronti dell'utenza*.

9. Nel giudizio si è costituita unicamente la controinteressata Esperia, con gli Avvocati Emanuele Carta e Roberta Di Mino, entrambi del Foro di Siracusa, la quale ha fatto presente che Agape, al di là dell'omissione formale della mancata indicazione dei costi per la sicurezza aziendale, non aveva tenuto conto di detti costi neanche da un punto di vista sostanziale, avendo essa operato un ribasso del 100% sulla base d'asta e nessun ribasso sul costo del personale (voce, peraltro, indicata quale incomprimibile). Diversamente da Esperia, la quale, nella sua offerta economica, aveva indicato che si sarebbe fatta carico dei costi per la sicurezza quantificati in € 1.000,00. In ragione di ciò, il richiamo alla sentenza 19/2016 dell'Adunanza Plenaria, da parte della Commissione di gara, non poteva che essere inteso nel senso di una mancanza considerazione dei costi anche da un punto di vista sostanziale. In ragione di ciò, la controinteressata ha chiesto che il Tribunale respingesse le domande tutte formulate, anche in via cautelare, dalla ricorrente.

10. Con ordinanza assunta all'esito della Camera di Consiglio del 25 maggio 2017, il TAR, ritenuto di dovere richiedere documentati chiarimenti alla società ricorrente, *al fine di comprendere se da un punto di vista sostanziale fossero stati previsti*

nell'offerta, da questa formulata, i costi di sicurezza aziendale, ha disposto che Agape provvedesse ad un'analitica e documentata illustrazione della propria offerta.

11. Agape, in esecuzione, ha versato in atti:

a) un'offerta, formulata, in data 6 giugno 2016 (ossia in data ampiamente successiva a quella in cui fu formulata l'offerta), da una Società fornitrice di consulenza in materia di sicurezza sul lavoro, la quale esponeva, per la fornitura della propria consulenza, sia costi fissi che variabili (e non solo i costi fissi asseriti da Agape);

b) un'illustrazione, sottoscritta dalla propria legale rappresentante, dell'offerta economica nella quale si precisava:

b1) *che il costo della sicurezza ammontava ad € 0,00 e non incideva in alcun modo sull'offerta economica presentata;*

b2) *che detto costo era pari a zero perché il relativo onere sarebbe sostenuto forfettariamente attraverso il corrispettivo pagato ad una società che curava gli adempimenti in materia per un ammontare pari ad € 500,00;*

b3) *che, anche qualora non fossero stati pari a zero, all'abbattimento degli oneri di gestione si sarebbe giunti in considerazione del fatto che "le risorse impegnate nell'appalto quale costo del lavoro possono essere ridotte grazie a delle economie di gestione che si realizzano applicando il CCNL del settore imprese e cooperative sociali".*

12. Nel corso dell'udienza che è seguita alle produzioni di Agape, la Difesa della controinteressata ha fatto presente che la documentazione offerta da Agape non provava, in alcun modo, che essa avesse tenuto conto, da un punto di vista sostanziale, dei costi relativi agli oneri per la sicurezza.

13. Il TAR, con ordinanza cautelare pubblicata il 7 luglio 2017, senza confutare gli argomenti esposti in udienza dalla Difesa di Esperia, ha ritenuto che Agape, con la documentazione versata in atti, avesse provato di avere puntualmente tenuto conto degli oneri per la sicurezza e, per l'effetto, ha accolto l'istanza cautelare, ravvisando giusti motivi per compensare le spese di quella fase. Quanto alla motivazione



dell'accoglimento dell'istanza, il Collegio ha rassegnato in particolare: *“Per le gare bandite prima del nuovo codice degli appalti, è stato affermato (cfr., in particolare, Consiglio di Stato, V, n. 500/2017, Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 19/2016, Consiglio di Stato, III, n. 30/2017, Consiglio di Stato, V, n. 5475/2016, Corte di Giustizia, ord. 10 novembre 2016, in C-140/16, in C-697/15 e in C-162/16) che laddove l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara e non sia contestato che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione non può essere disposta se non dopo che il concorrente sia stato invitato a regolarizzare l'offerta della stazione appaltante nel doveroso esercizio del potere di soccorso istruttorio. Tale soluzione appare praticabile anche nella vigenza del decreto legislativo n. 50/2016, posto che l'art. 83, nono comma, di tale decreto stabilisce che le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio. In particolare, nella specie la mancata indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale sembra integrare una carenza di rilievo formale, risultando che l'offerta, da un punto di vista sostanziale, rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale. In particolare, in adempimento del disposto incombente istruttorio la società ricorrente ha affermato che il costo per gli oneri di sicurezza è pari ad € 0,00 poiché il relativo costo è sostenuto forfettariamente attraverso il corrispettivo pagato ad una società che cura gli adempimenti in materia per un ammontare pari ad e 500,00 (la ricorrente ha anche allegato il contratto stipulato con la società Ekon s.r.l.). Alla luce di tali considerazioni, può, quindi, essere concessa la richiesta sospensione cautelare, in quanto, da un punto di vista sostanziale, gli oneri per la sicurezza sono stati nella specie puntualmente considerati.*

Tanto rassegnato, il Collegio ha fissato, per la discussione del ricorso nel merito, l'udienza pubblica del 19 ottobre 2017.

IN DIRITTO.

A. CIRCA IL FUMUS BONI JURIS.

A1. PRIMO MOTIVO.

LA ORDINANZA IMPUGNATA HA ERRATO NEL NON CONSIDERARE CHE COL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI, EX COMMA 10 DELL'ART. 95, L'OMESSA INDICAZIONE, NELL'OFFERTA, DEI COSTI PER LA SICUREZZA AZIENDALE CONFIGURA UNA CARENZA SOSTANZIALE COME TALE NON RIMEDIABILE CON IL SOCCORSO ISTRUTTORIO, EX ART. 83 COMMA 9 (IN TERMINI CONSIGLIO DI STATO, TAR CAMPANIA - SALERNO TAR MOLISE, TAR VENETO, TAR CALABRIA – REGGIO CALABRIA, TAR CAMPANIA - NAPOLI).

A.1.1 L'ordinanza del TAR, richiamato il noto indirizzo formatosi prima della vigenza del nuovo codice, ritiene applicabile detto indirizzo nella vigenza del D.lgs 50/2016. Tanto, a dire del TAR, deriverebbe dalla norma contenuta nell'art. 83 comma 9 del nuovo codice, che consente la sanatoria, attraverso il soccorso istruttorio, delle carenze di qualsiasi elemento formale della domanda.

Tale ricostruzione appare erronea e non condivisibile. Trascura, infatti, di considerare che l'omessa indicazione dei costi per la sicurezza aziendale non può essere considerata una mera omissione formale, attendendo all'offerta economica.

A.1.2 La norma contenuta nell'art. 95 comma 10 del nuovo codice prevede, infatti, l'obbligo *ineludibile* d'indicare, nell'offerta economica, i costi aziendali in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro.

Tale impostazione appare condivisa dal Consiglio di Stato Sezione Quinta, il quale:
-con ordinanza del 15 dicembre 2016 n. 5582, non ha accolto l'appello cautelare *“risultando effettivamente dirimente la mancata indicazione da parte della società appellante degli oneri per la sicurezza cc.dd. ‘interni o aziendali’, con conseguente violazione dell'articolo 95 del decreto legislativo n. 50 del 2016. Si osserva al riguardo che non emergono allo stato profili di incompatibilità fra le disposizioni di*



diritto interno che impongono ora in modo tassativo tale indicazione e il pertinente paradigma normativo eurounitario”;

-con ordinanza del 7 aprile 2017, n. 1454, la Sezione Quinta non ha accolto l'appello affermando *“Considerato che, prima facie, non è ravvisabile il fumus boni iuris dell'appello, stante la riconducibilità delle dichiarazioni relative ai costi per oneri di sicurezza(ex art. 83, comma 9 del d.lgs 18 aprile 2016, n. 50) all'offerta economica, le cui eventuali carenze non sono regolarizzabili tramite soccorso istruttorio, in virtù di quanto previsto dall'art. 95, comma 10, del medesimo d.lgs n. 50 del 2016”.*

La stessa Adunanza plenaria del 27 luglio 2016 aveva evidenziato che, *“fino all'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (che ora risolve la questione prevedendo espressamente, all'art. 95, comma 10, l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza: "Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro")*, nell'ordinamento nazionale mancava una norma che, *in maniera chiara ed univoca, prescrivesse espressamente la doverosità della dichiarazione relativa agli oneri di sicurezza. Tale obbligo era frutto di una interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale, interpretazione consolidatasi per effetto della sentenza dell'Adunanza plenaria n. 3 del 2015.”* (in termini, Sez. V, 17 novembre 2016, nn. 4755 e 4756).

A.1.3 Con riguardo alle gare bandite dopo l'entrata in vigore del D.lgs 50/2016, la giurisprudenza dei Tribunali Amministrativi Regionali che man mano si è formata ha dato atto che, alla luce della normativa sopravvenuta, la carenza, nell'offerta, degli oneri per la sicurezza fosse da considerare carenza d'ordine sostanziale, come tale non sanabile attraverso il soccorso istruttorio.

A.1.4 In questi termini, TAR Campania Salerno (Prima) 5 gennaio 2017 n. 34 nella quale si legge: *“Considerato infatti che, ai sensi dell'art. 83, comma 9, D.lvo n. 50/2016, l'esercizio della facoltà di integrazione da parte dei concorrenti è ammissibile solo relativamente alle “carenze di qualsiasi elemento formale della*

domanda" (mentre, nella specie, viene in rilievo la carenza di un elemento "sostanziale", perché attinente al contenuto dell'offerta economica) e comunque al fine di emendare "la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica" (laddove l'indicazione degli oneri di sicurezza cd. aziendale attiene direttamente, ai sensi del citato art. 95, comma 10, d.lvo n. 50/2016, all'offerta economica)."

A.1.5 Con riguardo ad un caso assimilabile a quello in esame, nel quale sia nella lettera d'invito che nel disciplinare di gara non vi era la previsione dell'obbligo d'indicare gli oneri di sicurezza, il TAR Molise, con sentenza 513 del 9 dicembre 2016, si è espresso nei seguenti termini:

"Il disciplinare di gara è stato pubblicato sull'albo pretorio del Comune il 1.7.2016 e la lettera di invito è del 2.7.2016 e quindi la gara rientra pacificamente nel campo di applicazione del d. lgs. n. 50/2016 il cui articolo 95, comma 10 così statuisce: "Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro". Si tratta di disposizione che configura un ineludibile obbligo legale da assolvere necessariamente già in sede di predisposizione dell'offerta economica (così TAR Salerno, 6 luglio 2016, n. 1604) proprio al fine di garantire la massima trasparenza dell'offerta economica nelle sue varie componenti, evitando che la stessa possa essere modificata ex post nelle sue componenti di costo, in sede di verifica dell'anomalia, con possibile alterazione dei costi della sicurezza al fine di rendere sostenibili e quindi giustificabili le voci di costo riferite alla fornitura del servizio o del bene. Poiché siffatta dichiarazione configura un elemento essenziale dell'offerta economica non può ritenersi integrabile ex post mediante l'istituto del soccorso istruttorio e comporta l'esclusione dalla gara anche in assenza di una espressa sanzione prevista dalla legge o dal disciplinare."

A.1.6 Al TAR molisano ha fatto seguito il TAR Calabria - Reggio Calabria, con sentenza del 25 febbraio 2017, n. 166, secondo cui:



“Laddove la gara – come, appunto, nella fattispecie all’esame – rientri nel campo di applicazione del D.Lgs. 50/2016 (il cui articolo 95, comma 10, così statuisce: “Nell’offerta economica l’operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro”), allora viene a configurarsi una disposizione recante un ineludibile obbligo legale da assolvere necessariamente già in sede di predisposizione dell’offerta economica (cfr. T.A.R. Campania, Salerno, 6 luglio 2016 n. 1604), proprio al fine di garantire la massima trasparenza dell’offerta economica nelle sue varie componenti, evitando che la stessa possa essere modificata ex post nelle sue componenti di costo, in sede di verifica dell’anomalia, con possibile alterazione dei costi della sicurezza al fine di rendere sostenibili e quindi giustificabili le voci di costo riferite alla fornitura del servizio o del bene; e, dal momento che “siffatta dichiarazione configura un elemento essenziale dell’offerta economica non può ritenersi integrabile ex post mediante l’istituto del soccorso istruttorio e comporta l’esclusione dalla gara anche in assenza di una espressa sanzione prevista dalla legge o dal disciplinare” (T.A.R. Molise, 9 dicembre 2016 n. 513).”

A.1.7 Anche il TAR Veneto, con sentenza 182 del 21 febbraio 2017, ha contestato l’assunto secondo cui, sotto il vigore del D.lgs 50/2016, l’omessa specificazione separata dei costi relativi alla sicurezza comporterebbe una carenza solo formale dell’offerta, sanabile con il cd. soccorso istruttorio, secondo i principi stabiliti dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 19 del 27 luglio 2016). Sul punto precisa il TAR veneto: *“Né può reputarsi, ad avviso del Collegio, che un’omissione siffatta fosse sanabile tramite il cd. soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, poiché è proprio questa disposizione che, nel consentire il cd. soccorso istruttorio a pagamento per sanare le mancanze, le incompletezze e le altre irregolarità essenziali degli elementi e del documento unico di gara europeo di cui al successivo art. 85, esclude dalla sanatoria “quelle afferenti all’offerta tecnica ed economica”. Questo Tribunale ha, del resto, già avuto modo di*

precisare di recente – pur se relativamente ad una fattispecie ricadente nell'ambito applicativo del previgente d.lgs. n. 163/2006 – che gli oneri di sicurezza cd. aziendali o specifici, per la loro finalità di tutela della sicurezza del lavoro, costituiscono elemento essenziale dell'offerta (T.A.R. Veneto, Sez. I, 24 agosto 2016, n. 977): coerentemente con tale impostazione, si deve, perciò, ritenere che nell'attuale assetto normativo tali oneri, afferendo al nucleo dell'offerta economica, rientrino nella suesposta esclusione dalla sanabilità con il soccorso istruttorio, prevista dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016”.

A.1.8 Alle sentenze che abbiamo richiamato, che configurano l'indirizzo ormai largamente prevalente in materia, ha fatto seguito il TAR Campania Napoli, con sentenza 3 maggio 2017 n. 2358, secondo cui: “È, difatti, acclarato che:

- *la nuova disciplina fissa un obbligo legale inderogabile a carico dei partecipanti alla gara pubblica, cosicché resta ininfluyente che gli atti della procedura non dispongano espressamente al riguardo, operando piuttosto il meccanismo dell'eterointegrazione con l'obbligo discendente dalla norma primaria;*
- *non può ammettersi il soccorso istruttorio (previsto dall'art. 83, nono comma, del d.lgs. n. 50 del 2016 per la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica), in quanto gli oneri di sicurezza interni attengono direttamente all'offerta economica e, per la loro finalità di tutela della sicurezza del lavoro, ne costituiscono elemento essenziale (cfr. T.A.R. Campania, sez. I di Salerno, 5/1/2017 n. 34 e T.A.R. Veneto, sez. I, 21/2/2017 n. 182).*

Le argomentazioni della ricorrente vanno disattese, fondandosi su un orientamento maturato nel regime previgente, in base alla citata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 19 del 2016 (orientamento di recente ribadito, ma pur tuttavia con esplicito riferimento alle “gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del c.d. nuovo Codice dei contratti pubblici”: Cons. Stato, sez. V, 7/3/2017 n. 1073; conf., Cons. Stato, sez. V, 7/11/2016 n. 4646).



A.1.9 L'indirizzo espresso, con dovizia di argomenti, dalle pronunce che abbiamo richiamato appare condiviso – come da noi anticipato e dichiarato dal TAR calabrese – dal Consiglio di Stato Sezione Quinta, con la richiamata ordinanza del 15 dicembre 2016 n. 5582.

A.1.10 Il TAR Sicilia – Catania, esprimendo una posizione in contrasto con il richiamato indirizzo, ormai ampiamente affermato, sostiene che, anche con l'entrata in vigore del nuovo codice, manterrebbe valore l'indirizzo precedente. A supporto del suo indirizzo, il TAR, nell'impugnata ordinanza, richiama alcuni arresti della Corte di Giustizia dell'Unione.

A.1.11 Tale impostazione non appare affatto condivisibile. L'argomento relativo alla coerenza della nuova normativa, introdotta col D.lgs 50/2017, nella parte in cui dispone l'obbligatorietà, nell'offerta, quale suo requisito sostanziale, del costo riguardante gli oneri di sicurezza è stato affrontato da alcune delle pronunce richiamate, le quali sono giunte, correttamente, a conclusioni opposte rispetto a quelle assunte dal TAR Sicilia – Catania.

A.1.12 Il Consiglio di Stato, come detto, chiamato in sede cautelare, non ha ravvisato profili di incompatibilità fra le disposizioni di diritto interno che impongono ora in modo tassativo tale indicazione e il pertinente paradigma normativo eurounitario

A.1.13 Il TAR Molise, nella sentenza citata, ha precisato che le conclusioni cui esso è giunto non si pongono in contrasto col diritto comunitario, visto che *“la recente ordinanza della Corte di Giustizia, VI, 10 novembre 2016 ha affermato che il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, come attuati dalla direttiva 2004/18, devono essere interpretati nel senso che ostano alla esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito di inosservanza, da parte di detto offerente, dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla gara e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale bensì emerge da una interpretazione*

di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti."

In altri termini, sottolinea il TAR molisano, lo stesso Giudice comunitario ha considerato che l'esclusione dovesse considerarsi illegittima solo nel caso in cui l'obbligo d'indicare specificamente i costi per la sicurezza non risultasse espressamente dalla normativa nazionale. Dal che deriva la legittimità dell'esclusione laddove l'obbligo sia ormai previsto espressamente dalla normativa nazionale.

A.1.14 Il TAR Campania – Napoli, nella sentenza sopra richiamata, ha rassegnato sul punto: *Neppure rileva il richiamo alle ordinanze C.G.U.E. (Sesta Sezione) del 10/11/2016, trattandosi anche in tal caso di decisione emessa nei riguardi della normativa previgente ed in relazione alla Direttiva abrogata 2004/18 (come esplicitato ai punti 21, 22 e 23 dell'ordinanza nella causa C-697/15; idem per le ulteriori ordinanze CGUE, in differenti punti). Difatti, in relazione al regime antecedente, la Corte di Giustizia ha ritenuto contrastante con il principio della parità di trattamento e con l'obbligo di trasparenza l'esclusione per omessa separata indicazione nell'offerta dei costi aziendali, la quale sia frutto di un'interpretazione e non risulti espressamente, oltre che dai documenti di gara, "dalla normativa nazionale" (cfr. punto 34 ord. Cit.).*

Viceversa, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016 è superata ogni incertezza interpretativa, nel senso sopra illustrato dell'inderogabilità dell'obbligo derivante dall'art. 95, comma 10 (cfr. T.A.R. Campania, sez. I di Salerno, 6/7/2016 n. 1604: "tale disposizione configura un preciso ed ineludibile obbligo legale in sede di predisposizione dell'offerta economica"; cfr., altresì, T.A.R. Veneto, sez. I, 21/2/2017 n. 182, cit.: "in presenza di una così esplicita disposizione di legge, è del tutto irrilevante che né la lex specialis di gara (bando e disciplinare), né il modello di offerta economica predisposto dalla stazione appaltante avessero previsto la dichiarazione separata di tali oneri, discendendo direttamente ed inequivocabilmente dalla legge l'obbligo (rectius, l'onere) di effettuare la dichiarazione stessa: il ché – occorre aggiungere – è proprio il quid novi contenuto nella disciplina dettata sul



punto dall'art. 95, comma 10, cit., che ha inteso porre fine, una volta per tutte, ai ben noti contrasti insorti nel preesistente assetto normativo"; (...) né, va infine rimarcato, emergono allo stato profili di incompatibilità fra le disposizioni di diritto interno che impongono, ora in modo tassativo, l'indicazione degli oneri in questione ed il pertinente paradigma normativo eurounitario (C.d.S., Sez. V, ord. n. 5582/2016, cit.)").

A.1.15 Non c'è molto da aggiungere alle argomentazioni che abbiamo appena esposto. Si può solo sottolineare che non vediamo proprio come i principi comunitari di parità di trattamento e di trasparenza possano dirsi violati ove lo Stato membro abbia adottato, con la discrezionalità di cui dispone, una normativa che limita detto contraddittorio alle ipotesi di irregolarità puramente formali dell'offerta, non facendo rientrare in tale ipotesi quella della mancata indicazione degli oneri di sicurezza, poiché costituenti parte sostanziale e non eludibile dell'offerta.

A.1.16 Nessun dubbio, infine, circa l'applicabilità della normativa del nuovo codice alla gara in esame *bandita con determina 442 del 10 novembre 2016 per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare disabili, anno 2017, mediante procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del D.lgs 50/2016.*

A fronte del carattere troncante del motivo d'impugnazione appena esposto, aggiungiamo, per scrupolo difensivo e in via subordinata, i motivi che seguono solo per l'ipotesi in cui non dovesse trovare accoglimento questo primo motivo.

A2. SECONDO MOTIVO

LA ORDINANZA HA ERRATO NEL NON CONSIDERARE CHE, IN OGNI CASO, I CHIARIMENTI FORNITI DA AGAPE UNITAMENTE ALLE SUE PRODUZIONI DOCUMENTALI CONFIGURASSERO UN'OFFERTA CHE, OLTRE A ESSERE COSTRUITA EX POST, APPARIVA INDETERMINATA O, QUANTOMENO, PERPLESSA IN VIOLAZIONE DELL'ART. 95 COMMA 10 DEL D.LGS 50/2016.

Anche nell'ipotesi in cui si ammettesse la possibilità di sanare la mancata indicazione degli oneri per la sicurezza attraverso il soccorso istruttorio sostanzialmente accordato dal Tribunale, occorre considerare che l'Impresa *soccorsa* non ha affatto dimostrato che essa, da un punto di vista sostanziale, avesse tenuto conto di detti oneri.

Agape, infatti, dopo aver dichiarato che i costi per la sicurezza, nella sua offerta, erano stati considerati pari a zero, ha aggiunto (che si era considerato) che *anche se non fossero stati pari a zero essa li avrebbe affrontati mediante una riduzione del costo del lavoro previsto nel bando*.

E' di tutta evidenza che un'offerta del genere (per la sua indeterminatezza o quantomeno per la sua perplessità) configge con la necessità che l'indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale (con o senza soccorso istruttorio) debba essere determinata. Necessità derivante dalla cogente disposizione contenuta nell'art. 95 comma 10 del D.lgs 50/2016 (applicabile pro-tempore), secondo cui *nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*.

A3. TERZO MOTIVO.

L'ORDINANZA HA CONSIDERATO ERRONEAMENTE CHE AGAPE AVESSE FORNITO PROVA DOCUMENTALE DEI COSTI SOSTENUTI, AVENDO VERSATO IN ATTI SOLO UN'OFFERTA UNILATERALE E NESSUNA DOCUMENTAZIONE RISALENTE AL MOMENTO DELL'OFFERTA E OPPONIBILE AL TERZO.

Al di là dell'indeterminatezza dell'offerta (*i costi erano pari a zero ma anche se ciò non fosse ...*), l'ordinanza del TAR considera erroneamente che Agape abbia fornito prova documentale dei costi sostenuti.

Senza entrare nel merito della plausibilità o meno di detti costi (ci torneremo più in là), è del tutto evidente che Agape non ha affatto documentato – contrariamente a quanto considera il TAR – *d'avere forfettariamente pagato ad una società che cura gli*



adempimenti in materia per un ammontare pari ad € 500,00, attraverso l'allegazione di un contratto stipulato con la società Ekos.

La Difesa di Esperia ha fatto osservare, in sede di udienza cautelare, all'esito delle produzioni di Agape:

a) che il documento prodotto da questa ultima non era affatto un contratto, ma semplicemente un'offerta unilaterale, come tale sottoscritta soltanto dal legale rappresentante di Ekon;

b) che, in ogni caso, Agape non aveva prodotto alcun atto, relativo ai costi per la sicurezza, risalente al momento dell'offerta ed opponibile al terzo secondo quanto previsto dall'art. 2704 del c.c.; ammettere la possibilità che si possa provare il costo mediante un atto che può essersi formato *ex post* finisce col costituire un'inammissibile mezzo di elusione della norma contenuta nell'art. 95 comma 10;

c) che, infine, non era affatto vero che l'offerta versata in atti da Agape documentasse costi fissi che essa avrebbe potuto affrontare forfettariamente e in modo indipendente dal numero di lavoratori impiegati; a ben vedere, infatti, nell'offerta di Ekon, tra i *costi esclusi* vi sono quelli relativi alla sorveglianza sanitaria, che comprende le visite periodiche, da effettuare, in via ordinaria, a norma dell'art. 41 del D.lgs 81/2008, una volta l'anno; il costo relativo a dette visite avrebbe, dovuto, pertanto, ragionevolmente, far carico ad Agape almeno una volta, nell'anno 2017, per ogni lavoratore impiegato nel servizio;

d) altrettanto *esclusi* i costi relativi alla formazione che *sarebbero stati quotati di volta in volta in relazione alle esigenze aziendali*; il che è come dire che sarebbero anch'essi variati in funzione del numero di lavoratori (o, quantomeno, in relazione ai servizi assunti dall'Impresa).

A4. QUARTO MOTIVO.

L'ORDINANZA HA ERRATO NEL CONSIDERARE CHE, DA UN PUNTO DI VISTA SOSTANZIALE, GLI ONERI FOSSERO STATI "PUNTUALMENTE CONSIDERATI", VISTO CHE IL GIUDIZIO SULL'EVENTUALE ANOMALIA O

MENO DI COSTI PARI A ZERO, EX ART. 97 DEL D.LGS 50/2017 E' DI ESCLUSIVA E DISCREZIONALE PERTINENZA DELLA STAZIONE APPALTANTE.

L'ordinanza impugnata si spinge, infine, a ritenere che, alla luce di quanto acquisito, può dirsi che, da un punto di vista sostanziale, gli oneri per la sicurezza siano stati *nella specie puntualmente considerati*.

La considerazione appare sconfinare dai compiti assegnati al Giudice amministrativo ove con essa si sia voluto esprimerne un giudizio circa la non anomalia di costi pari a zero. Il giudizio sulla anomalia dell'offerta è, infatti, oggetto di valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante. Il relativo giudizio non può, pertanto, essere assunto dal Giudice amministrativo se non in sede di verifica della ragionevolezza di quanto deciso dalla committente.

Alla luce di ciò, appare censurabile il giudizio di puntualità nell'indicazione dei costi espresso dal TAR, ove con esso si sia voluto escludere la sua anomalia.

Dinnanzi all'espressa indicazione, con l'offerta iniziale (secondo quanto previsto nel "modello di offerta economica"), degli oneri per la sicurezza pari a zero, il TAR Puglia, con ordinanza dell'11 gennaio 2017, numero 7, ha riammesso la ricorrente alla *gara per la sottoposizione ad un subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta*. Subprocedimento oggi disciplinato, per quel che riguarda gli oneri aziendali della sicurezza, dall'art. 97 comma 5 del D.lgs 50/2017.

Va da sé che, nel nostro caso, manca persino l'indicazione, in sede di gara, nell'offerta di *un costo zero* e una prova documentale giuridicamente opponibile, al di là della sua plausibilità, tale da documentare detto costo.

B. CIRCA IL PERICULUM IN MORA.

B. 1 QUINTO MOTIVO.

INSUSSISTENZA DEL LAMENTATO PERICULUM.

Va detto che il servizio è in fase assai avanzata, avendo quale sua scadenza naturale la fine dell'anno in corso.

La sua interruzione (inevitabile ove Esperia dovesse dimettere il servizio), finirebbe col configgere con le *esigenze imperative connesse all'interesse generale* considerate dall'art. 120 comma 8 ter del Codice di rito.

Come detto, appare sorprendente l'affermazione di Agape, secondo cui il mancato subentro nel servizio inciderebbe sulla sua *expertise*, visto che da ben 14 anni, senza soluzione di continuità, Agape gestiva, in Giardini Naxos, il medesimo servizio.

C. CONCLUSIONI

Per l'esposto e per quant'altro, la controinteressata appellante chiede

Voglia il Consiglio

contrariis reiectis, accogliere l'appello e, in riforma dell'impugnata ordinanza, respingere la domanda cautelare proposta da Agape. Con ogni conseguente statuizione in punto alle spese e ai compensi dei due gradi.

Precisa, quanto al contributo unificato, che non è previsto il suo versamento, trattandosi di appello cautelare (secondo quanto chiarito dal Segretario Generale della Giustizia Amministrativa sulle modalità di applicazione del contributo unificato nel processo amministrativo).

Allega:

- 1) copia informatica dell'ordinanza del TAR Sicilia – Catania (Quarta), numero i00462/2017 all'esito dell'udienza del 6 luglio 2017, pubblicata il giorno dopo, estratta dal fascicolo informatico con attestazione di conformità in calce;
- 2) fascicolo di parte di primo grado interamente digitale.

Salvis juribus

Oggi, 27 luglio '17

Avvocato Emanuele Carta

Avvocato Massimiliano Mangano

massimiliano mangano

Firmato digitalmente da massimiliano mangano
Data: 2017.07.27 16:47:24 +02'00'

Procura ad litem. Io sottoscritto quale presidente del consiglio d'amministrazione e legale rappresentante della SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE ESPERIA 2000, con sede legale in Siracusa, via San Cataldo, 4, partita IVA 01178830897, nomino miei procuratori e difensori, sia congiuntamente che disgiuntamente, nell'odierno giudizio promosso, dinnanzi al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, dalla SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE ESPERIA 2000 avverso l'ordinanza cautelare 00462/2017, emessa dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia Sezione distaccata di Catania, Quarta, all'esito dell'udienza del 6 luglio 2017, pubblicata il giorno dopo, non notificata, nell'ambito del giudizio iscritto al numero 00632/2017 del R.G., contro la SOCIETA' COOPERATIVA SOCIALE AGAPE, con sede in Giardini Naxos, via Vittorio Emanuele, 126/b, codice fiscale e partita IVA 01434010839 e nei confronti del COMUNE DI GIARDINI NAXOS, con sede in Giardini Naxos, Piazza Abate Cacciola, codice fiscale 00343940839, in persona del Sindaco e della COMMISSIONE GIUDICATRICE DI GARA, istituita presso lo stesso Comune, Settore I (per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare ai disabili per l'anno 2017), conferendo loro ogni facoltà di legge, l'Avvocato Emanuele Carta del Foro di Siracusa, con studio in Siracusa, via Brenta, 37, codice fiscale CRTMNL54C19C351H e PEC emanuele.carta@avvocatisiracusa.legalmail.it e l'Avvocato Massimiliano Mangano, con studio in Palermo, via Nunzio Morello, 40, codice fiscale MNGMSM63H24G273X e PEC avv.massimilianomangano@pecavvpa.it. Eleggo domicilio presso lo studio di quest'ultimo, in Palermo, via Nunzio Morello, 40 e dichiaro d'aver preso visione dell'informativa, ex art. 13 del D.Lgs 30.06.2003 n. 196 e consento al trattamento dei dati personali.

Siracusa, 27-07-17

Dottore Antonino Di Prisco

nella qualità

Antonino Di Prisco
Soc. Coop. Sociale
"ESPERIA 2000"
Il Presidente del
Consiglio di Amministrazione

La superiore firma è vera ed autentica.

Avvocato Emanuele Carta

Emanuele Carta

Avvocato Massimiliano Mangano

Massimiliano Mangano



RELATA DI NOTIFICA

Il sottoscritto Avv. Massimiliano Mangano, in virtù dell'autorizzazione del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Palermo, del 29 marzo 2007 e del 24 settembre 2014, ai sensi della Legge 21 gennaio 1994 n. 53, ha notificato per conto della **Società Cooperativa Sociale Esperia 2000** in persona del Presidente del Consiglio di Amministrazione e legale rappresentante dott. Antonino Di Prisco, il suesteso appello cautelare, facendone consegna di copia a mezzo del servizio postale con raccomandata A.R. spedita dall'Ufficio Postale di Palermo 9 in data corrispondente a quella del timbro postale:

1) previa iscrizione al n. 1692 del registro cronologico, alla **Società Cooperativa Sociale Agape** in persona del legale rappresentante pro tempore con sede in Giardini Naxos, Via Vittorio Emanuele, 126/b rappresentata e difesa in prime cure dall'Avv. Maria Rosa Petronio con studio in Catania, Viale Jonio, n. 21 - 95100 Catania, ed ivi consegnandone copia mediante servizio postale;

Raccomandata A.R. n.767597981184

Avv. Massimiliano Mangano

2) previa iscrizione al n. 1693 del registro cronologico, al **Comune di Giardini Naxos** in persona del legale rappresentante pro-tempore, domiciliato presso la sede, nella Piazza Abate Cacciola, 98035 Giardini Naxos (ME), ed ivi consegnandone copia mediante servizio postale;

Raccomandata A.R. n. 767597981173

Avv. Massimiliano Mangano



3) previa iscrizione al n. 1694 del registro cronologico, alla Commissione giudicatrice di gara istituita presso il Comune di Giardini Naxos, Settore I, per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare ai disabili per l'anno 2017, in persona del suo Presidente, con sede presso il Comune di Giardini Naxos, Piazza Abate Cacciola, 98035 Giardini Naxos (ME) ed ivi consegnandone copia mediante servizio postale;

Raccomandata A.R. n. 767597981162

Avv. Massimiliano Mangano



Al- 2

COMUNE DI GIARDINI NAXOS

PROVINCIA DI MESSINA

Codice Fiscale n.00 343 940 839

N. REG./2017

DISCIPLINARE DI INCARICO

L'anno duemiladiciassette, il giornodel mese di, in Giardini Naxos e nella Residenza Comunale.

Con la presente scrittura privata, avente fra le parti forza di legge, a norma dell'art. 1372 del Codice Civile, il Comune di Giardini Naxos (di seguito Comune), sede di Giardini Naxos, Piazza Abate Cacciola, C.F. 00 343 940 839, in persona del Responsabile dell'Ufficio Contenzioso, Dott.ssa Roberta Freni, la quale dichiara di intervenire in questo atto esclusivamente in nome, per conto e nell'interesse del Comune che rappresenta nella sua qualità;

Da una parte

E

L'Avv. con studio in, in via (d'ora innanzi indicato semplicemente come "il Professionista");
C.F. in qualità di legale dell'Ente
Dall'altra

Premesso che:

Il Comune di Giardini Naxos deve proporre opposizione **all'Appello cautelare promosso dalla Società Cooperativa Sociale Esperia 2000, dinanzi al CGA di Palermo;**

Con Deliberazione di Giunta Comunale n. del immediatamente esecutiva, si è provveduto ad autorizzare la rappresentanza legale del Comune nel giudizio di che trattasi;

Con la medesima Deliberazione di Giunta Comunale n. del è stato approvato lo schema del presente disciplinare di incarico legale.

Ciò premesso

Tra le parti sopra costituite, si conviene e si stipula il conferimento di un incarico di rappresentanza legale in giudizio, secondo le modalità e le condizioni che seguono.

ART. 1

L'incarico ha per oggetto la rappresentanza e difesa dell'Ente **nell'Appello cautelare promosso dalla Società Cooperativa Sociale Esperia 2000, dinanzi al CGA di Palermo;** per il solo grado o la sola fase del giudizio attualmente pendente.

L'Amministrazione rilascerà procura *ex art. 83 c.p.c.* al Professionista.

Il Professionista si impegna:

- nel periodo di vigenza del presente contratto – a non svolgere, in alcuna sede, attività processuale che possa in qualsiasi modo pregiudicare il Comune di Giardini-Naxos.
- a rappresentare e/o difendere l’Ente in giudizio, prendendo visione delle relative pratiche, presso la sede del Comune in orari preventivamente concordati, allo scopo di prelevare – in originale o in copia, in dipendenza delle esigenze della difesa dell’Ente – tutta la documentazione necessaria allo svolgimento dell’incarico ed in possesso dell’Amministrazione;
- a promuovere e/o resistere in giudizio, a redigere gli atti difensivi, ad intervenire alle udienze e, comunque, a svolgere tutta l’attività processuale per la tutela in giudizio del Comune.

All’atto della consegna verrà sottoscritto verbale.

Il Professionista al momento del ritiro della suddetta documentazione dichiara di aver preso visione del Codice di Comportamento disciplinare, di cui al D.P.R. 62/2013, pubblicato sul sito istituzionale dell’Ente, e di uniformarsi, nello svolgimento della attività inerente l’incarico, al contenuto dello stesso.

Il Professionista dichiara di aver presentato il proprio *curriculum vitae* per la pubblicazione sul sito istituzionale dell’Ente, disposta ai sensi del combinato disposto degli artt. 26, comma 2 e 27, comma 1, lett. f) del D.lgs. n. 33/2013.

La pubblicazione del *curriculum*, in base alle predette disposizioni normative, costituisce condizione legale di efficacia dell’incarico conferito di importo superiore ad € 1.000,00 ex art. 26, comma 3, del citato decreto legislativo.

ART. 2

E’ onere del professionista prima di formulare i rituali atti introduttivi, valutare, in base all’ordinaria esperienza forense, la fondatezza dei motivi a difesa delle ragioni dell’Ente e, in mancanza, darne tempestiva comunicazione.

ART. 3

Le parti, così come sopra indicate con il presente atto, ai sensi dell’art. 2233, terzo comma del Codice Civile, e dell’art. 2 bis della legge n. 248/2006, sottoscrivono e formalizzano la misura del compenso stabilita per l’intero procedimento dell’incarico, per cui L’Avv. (C.F.) assume la rappresentanza e la difesa del Comune di Giardini Naxos, giusta Delibera di Giunta Comunale n..... del ed accetta il compenso stabilito di €. **3.800,00** compreso IVA e CPA e spese generale di studio, come per legge, per l’intero procedimento.

ART. 4

E’ onere del professionista relazionare e tenere informato costantemente il Comune circa l’attività di volta in volta espletata, fornendo, senza alcuna spesa aggiuntiva, pareri, sia scritti sia orali, supportati da riferimenti normativi e giurisprudenziali, circa la migliore condotta giudiziale e/o stragiudiziale da tenere da parte del Comune in ordine alla questione dedotta in giudizio.

Senza alcuna spesa aggiuntiva, per propria iniziativa, la stessa Amministrazione potrà richiedere all’avvocato incaricato delucidazioni scritte, pareri tecnici in ordine alla opportunità di instaurare e/o proseguire il giudizio, di addivenire a transazioni, di sollevare eccezioni su tutti gli atti, adempimenti o comportamenti che, in conseguenza dell’instaurazione del giudizio dovessero rendersi necessari.

Per conseguenza l’incarico comprende anche l’eventuale predisposizione di atti di transazione della vertenza. Il Comune resta comunque libero di determinarsi autonomamente in relazione al parere fornito. Qualora richiesto, ai fini di chiarimenti, il legale assicura la propria presenza presso gli uffici comunali per il tempo ragionevolmente utile all’espletamento dell’incombenza. Il legale incaricato comunicherà per iscritto e con la massima celerità l’intervenuto deposito del provvedimento giurisdizionale. In quella stessa sede il professionista prospetterà ogni conseguente soluzione tecnica idonea a tutelare gli interessi del Comune, ivi comprese istruzioni e direttive necessarie per dare completa ottemperanza alle procedure giurisdizionali e prevenire pregiudizi per

l'amministrazione. Il professionista dovrà provvedere a propria cura alla registrazione, a fine contenzioso del provvedimento definitivo e/o della sentenza che conclude la controversia oggetto del presente incarico valutandone preliminarmente i termini e tempi convenienti per tutelare l'Ente. Le spese di registrazione sono a carico dell'Ente.

ART. 5

L'avvocato incaricato dichiara, altresì, di non avere in corso comunione d'interessi, rapporti d'affari o di incarico professionale né relazioni di coniugio, parentela od affinità entro il quarto grado con la controparte (o con i legali rappresentanti in caso di persona giuridica) sopra indicata e che inoltre non si è occupato in alcun modo della vicenda oggetto del presente incarico per conto della controparte o di terzi, né ricorre alcuna altra situazione di incompatibilità con l'incarico testé accettato alla stregua delle norme di legge e dell'ordinamento deontologico professionale. Fatta salva l'eventuale responsabilità di carattere penale o disciplinare, cui dovesse dar luogo la violazione anche di una sola delle predette prescrizioni, l'Amministrazione è in facoltà di risolvere il contratto ai sensi dell'art. 1453 e ss. del c.c. A tal fine il legale nominato si impegna a comunicare tempestivamente all'Amministrazione l'insorgere di ciascuna delle condizioni di incompatibilità richiamate precedentemente.

ART. 6

Al legale non è data facoltà di delegare terzi professionisti per l'adempimento del mandato ricevuto senza il preventivo e necessario consenso scritto da esprimersi nelle forme di legge da parte del Comune. Al legale, qualora ve ne sia la necessità, è data però la facoltà di farsi sostituire alle udienze da un proprio collaboratore e ciò secondo le norme previste dal codice di deontologia professionale, fermo restando che il legale rimane l'unico responsabile nei riguardi del Comune committente.

Qualora il legale incaricato debba ricorrere all'assistenza di un domiciliatario, ha facoltà di nominare un procuratore domiciliatario, del cui operato ne assume la responsabilità e senza maggiori oneri a carico dell'Ente.

ART. 7

Ai fini della presente convenzione, le parti eleggono domicilio come segue:

- l'Amministrazione in Giardini-Naxos, presso il Palazzo Municipale sito in Piazza Abate Cacciola;
- il Professionista in, via..... ;

ART. 8

Il Comune ha facoltà di revocare in qualsiasi momento l'incarico al legale nominato, previa comunicazione scritta da dare con lettera raccomandata munita di avviso di ricevimento, con l'obbligo di rimborsare le spese necessarie fino a quel momento sostenute per motivate ragioni.

ART. 9

Il legale ha facoltà di rinunciare al mandato per giusta causa, senza diritto al rimborso delle spese sostenute.

ART. 10

Il Comune si obbliga a fornire tempestivamente, per il tramite dei propri uffici e del proprio personale, ogni informazione, atti e documenti utili alla migliore difesa e richiesti dal legale.

ART. 11

Il compenso a saldo sarà liquidato e pagato, ad incarico espletato, previa presentazione di fattura. La liquidazione a saldo resta comunque subordinata al compimento di tutti gli adempimenti

competenti al professionista ivi inclusa la registrazione della sentenza e/o dei provvedimenti giudiziari adottati dall'autorità giudiziaria adita.

Nell'ambito dell'incarico conferito spetta al professionista **un anticipo pari ad €. 2000,00**, comprensivo di Cpa, Iva e ritenuta d'Acconto e spese generali di studio, da liquidarsi dietro presentazione di fattura e copia degli atti di costituzione o comparsa.

Non sono dovuti ulteriori pagamenti al Professionista sino al saldo, salvo che questi ne faccia richiesta motivata, in relazione ad effettive e documentate esigenze processuali (come, ad esempio, l'eccessivo protrarsi del contenzioso).

Si applicheranno integralmente le disposizioni fiscali vigenti.

ART. 12

La sottoscrizione del presente disciplinare di incarico costituisce accettazione integrale delle condizioni e delle modalità in esso contenute o richiamate e vale anche come comunicazione di conferimento dell'incarico.

ART. 13

Per quanto non previsto dalla presente convenzione, le parti rinviano alle norme del Codice Civile, a quelle proprie dell'ordinamento professionale degli avvocati.

ART. 14

La presente scrittura privata sarà registrata soltanto in caso d'uso, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2, tariffa parte seconda, allegata al DPR. 26.04.1986, n°13.

IL PROFESSIONISTA

L'AMMINISTRAZIONE

L'Avv., dichiara di aver preso conoscenza delle clausole contenute in tutti gli artt. del presente contratto e di approvarle espressamente.

IL PROFESSIONISTA

PROPOSTA DELIBERAZIONE DI GIUNTA MUNICIPALE

N. 144 DEL 18.08.2017

PARERE DEL RESPONSABILE DEL SERVIZIO

Ai sensi dell'art. 53 della L. 8/6/1990 n° 142 recepito dall'art. 1 della L.R. 11/12/1991 n° 48, così come sostituito dall'art. 12 della L.R. 23/12/2000 n° 30 e dell'art. 147 bis del D. Lgs. N° 267/2000 in ordine alla regolarità tecnica si esprime parere FAVOREVOLE

Giardini Naxos 17-08-2017

IL SEGRETARIO GENERALE
Dott.ssa Roberta Freni
IL RESPONSABILE DEL SETTORE
Sig.ra Antonella Monti

PARERE DEL RESPONSABILE DI RAGIONERIA

Ai sensi dell'art. 53 della L. 8/6/1990 n° 142 recepito dall'art. 1 della L.R. 11/12/1991 n° 48, così come sostituito dall'art. 12 della L.R. 23/12/2000 n° 30 e dell'art. 147 bis del D. Lgs. N° 267/2000 in ordine alla regolarità contabile si esprime parere FAVOREVOLE e si attesta la copertura finanziaria di € 3.800,00 sull'intervento Cap. 145 del bilancio comunale.

Giardini Naxos, 17-08-2017

IL RESPONSABILE DEL SETTORE II
Dott. Mario Cavallaro

The block contains a circular official stamp of the Municipality of Giardini Naxos, partially obscured by a large, stylized signature in black ink. The signature is written over the stamp and extends across the bottom right of the page.

Il presente verbale, dopo la lettura, si sottoscrive per conferma

IL Presidente

Pancrazio Lo Turco



L'Assessore Anziano

Dott. C. Villari





Il Segretario Generale

Dott.ssa P. Rappa



La presente è copia conforme all'originale

Li _____

Il Segretario Generale

CERTIFICATO DI PUBBLICAZIONE

Il sottoscritto Segretario, su conforme attestazione del responsabile della pubblicazione, certifica che la presente deliberazione è stata pubblicata all'Albo Pretorio on line il giorno _____ per 15 giorni consecutivi ai sensi e per gli effetti dell'art. 11 bis della L.R. 44/91 e che contro la stessa sono stati presentati reclami . In fede.

Dalla residenza Municipale li

Il responsabile della pubblicazione Albo

Il Segretario Generale

Il sottoscritto Segretario Generale, visti gli atti d'ufficio,

ATTESTA

che la presente deliberazione, in applicazione della L.R. 30 dicembre 1991, n. 44 e successive modifiche ed integrazioni, pubblicata all'albo on line, per quindici giorni consecutivi, dal _____ al _____ è diventata esecutiva il giorno _____

è divenuta esecutiva il giorno

è stata dichiarata immediatamente esecutiva

in data è stata trasmessa al settore per l'esecuzione

L'Istruttore Amministrativo

Il Segretario Generale
