

Prosegue il dibattito sulle conseguenze della mancata indicazione dei costi di sicurezza aziendale nell'offerta economica: la questione è matura per un pronunciamento dell'Adunanza Plenaria?

di Laura Di Giovanni

Data di pubblicazione: 12-11-2013

Tar Puglia, Bari, Sez. II, 22 ottobre 2013, n. 1429

Presidente Conti; Estensore Adamo

L'art. 87 del d.lgs. n. 163 del 2006 può essere interpretato nel senso che la stazione appaltante deve prevedere, già negli atti d'indizione della gara, l'indicazione da parte dei singoli concorrenti degli oneri di sicurezza aziendali e sanzionare la relativa mancanza con l'esclusione; ma se ciò non si è verificato, verrebbero poste in danno delle ditte partecipanti le conseguenze negative derivanti dalla stessa omissione della stazione appaltante. Sotto altro profilo, poi, la sanzione espulsiva non risulta conforme alla ratio del paradigma normativo di riferimento, che risponde all'esigenza di consentire alla stazione appaltante di verificare la congruità ed attendibilità dell'offerta, sotto il profilo della garanzia della sicurezza dell'esecuzione dell'appalto: invero, l'automaticità del meccanismo non solo impedirebbe il contraddittorio, ma contrasterebbe con i principi del diritto europeo enucleati dalla Corte di giustizia UE 15 maggio 2008 in C-148/2006.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

()

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 del codice del processo amministrativo;?sul ricorso numero di registro generale 1130 del 2013, proposto dalla Edilres s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Ruscigno, con

domicilio eletto in Bari, via De Rossi n. 16;

contro

Comune di Toritto, rappresentato e difeso dall'avv. Lorenzo Macchia, con domicilio eletto presso l'avv. Felice Eugenio Lorusso in Bari, via Amendola n. 166/5;

nei confronti di

Restauri Meda s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Emanuele Tomasicchio, con domicilio eletto presso l'avv. Francesco Paolo Di Modugno in Bari, via Maggiore Turitto, 3;

per l'annullamento

- della nota del Presidente della Commissione di gara — Responsabile *ad interim* del Settore LL.PP. e Patrimonio del Comune di Toritto, prot. n. 10988 del 23.7.2013, trasmessa via posta elettronica in pari data, recante “Comunicazione annullamento delle esclusioni operate nella seduta di gara del 11/04/2013 e comunicazione nuova aggiudicazione provvisoria”, alla quale è stata allegata la determinazione del Responsabile del Settore LL.PP. e Patrimonio n. 61 - settore 3 del giorno 11.7.2013 e il relativo prospetto *sub lett. C*);

- della determinazione del Responsabile del settore LL.PP. - Patrimonio n. 61 - settore 3 del giorno del giorno 11.7.2013, avente ad oggetto “(...) Annullamento dell’aggiudicazione provvisoria disposta con il verbale di gara n. 2 del 11/04/2013 e nuova aggiudicazione provvisoria dell’appalto”, con la quale l’anzidetto Responsabile ha determinato - tra l’altro - “di annullare in autotutela ai sensi dell’art. 21-*nonies* della Legge n. 241/1990, le esclusioni operate nel corso della procedura di gara di cui all’oggetto ed il verbale di gara n. 2 del 11/04/2013 nella parte in cui dispone l’aggiudicazione provvisoria; 3. di riformulare la graduatoria di gara, come riviene dal prospetto allegato con la lettera C al presente provvedimento (...); 4. di procedere alla nuova aggiudicazione provvisoria dell’appalto, in favore della ditta Restauri Meda s.r.l.; 5. di avviare le verifiche circa il possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara dal nuovo aggiudicatario e dal concorrente che lo segue in graduatoria”;

- del sopracitato prospetto allegato sub 3) alla predetta determinazione n. 61 del giorno 11.7.2013, recante la graduatoria di gara esitata dal disposto annullamento;

- della deliberazione della G.M. del Comune di Toritto n. 62 del giorno 8.7.2013, recante l’indirizzo al predetto Responsabile di “- riaggiudicare la gara tenendo conto della sentenza n. 619/2013 (*recte*: 980/2013) del TAR Puglia-Bari e quindi riammettendo in gara anche i concorrenti che hanno omesso di indicare nell’offerta economica i costi della sicurezza da rischio specifico o aziendale; - consegnare i lavori in via d’urgenza ai sensi dell’art. 1 ultimo periodo del D.Lgs. 163/2006 (...); 3.- di incaricare il responsabile del Settore LL.PP. — Patrimonio degli adempimenti consequenziali; (..) “;

- del provvedimento di sospensione (ex art. 21 *quater* della L. n. 241/1990) del provvedimento

di esclusione dalla gara dei predetti concorrenti, comunicato loro mediante le note del 16.5.2013, richiamate nelle predetta determinazione n. 61 del giorno 11.7.2013;

- della nota del Presidente della Commissione di gara — Responsabile *ad interim* del Settore LL. PP. e Patrimonio del Comune di Toritto, prot. n. 11472 del giorno 1.8.2013, trasmessa in pari data al sottoscritto difensore, recante diniego del riesame degli atti sopra indicati e del (ri)esercizio del potere di autotutela, chiesti dalla Edilres;

- ove occorra, del bando-disciplinare e dell'allegato modulo d'offerta relativi all'appalto in questione, nonché della determina del ridetto Responsabile n. 26 del giorno 8.3.2013 (con cui sono stati approvati), *in parte qua* e nei limiti dell'interesse fatto valere col presente ricorso;

- di ogni eventuale altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e consequenziale, ancorché ignoto, ivi compresa (ove lesiva) la nota-relazione del suddetto Responsabile del 2.5.2013 prot. n. 6639, nonché l'eventuale determinazione di aggiudicazione definitiva e di affidamento dei relativi lavori in favore della controinteressata e, comunque, di soggetto diverso della Edilres;

nonché

per l'aggiudicazione della gara in favore della Edilres, avendo questa formulato un'offerta che, in mancanza dell'azione amministrativa tradottasi negli atti oggi impugnati, sarebbe risultata aggiudicataria della procedura *de qua*;

nonché

per la declaratoria di inefficacia del relativo contratto di appalto, ove stipulato, nelle more della decisione della presente controversia, tra Comune e controinteressata e, comunque, soggetto diverso dalla odierna ricorrente;

nonché

per la declaratoria del diritto della Edilres a subentrare nel medesimo contratto, ove concluso prima della decisione della presente controversia, anche per la parte residua;

nonché

in via subordinata, per il risarcimento per equivalente monetario dei danni -patiti e patendi-conseguenti all'illegittima aggiudicazione, per i titoli e nella misura *infra* indicati, con riserva di meglio specificarli e quantificarli in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Toritto e della Restauri Meda s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2013 il cons. Giuseppina Adamo e uditi per le parti i difensori, avv.ti Giuseppe Ruscigno, Lorenzo Macchia e Emanuele Tomasicchio;

Comunicata alle parti in forma diretta ed esplicita la possibilità di adottare una sentenza semplificata, ricorrendone le condizioni previste;

Sentite le stesse ai sensi dell'art. 60 del codice del processo amministrativo, approvato con il decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104;

La ricorrente era risultata aggiudicataria provvisoria nell'appalto per l'esecuzione dei lavori di miglioramento delle prestazioni energetiche del palazzo municipale di Toritto, in base al verbale di gara n. 2 del giorno 11 aprile 2013; con determinazione del Responsabile del Settore Lavori pubblici-patrimonio del giorno 11 luglio 2013 n. 61 - Settore terzo, in conformità agli indirizzi stabiliti dalla Giunta municipale con deliberazione 8 luglio 2013 n. 62, tale aggiudicazione provvisoria è stata annullata e i lavori (sempre provvisoriamente) sono stati assegnati alla Restauri Media S.r.l.

In sostanza, la commissione era pervenuta alla prima aggiudicazione a seguito anche dell'esclusione dalla procedura selettiva di quei concorrenti (36 su 95) che avevano omesso d'indicare nell'offerta economica i costi relativi alla sicurezza da rischio aziendale; senonché, dopo la pubblicazione della sentenza del T.A.R. Puglia, seconda Sezione, 14 giugno 2013 n. 980 (erroneamente indicata nell'atto con il n. di ricorso 619/2013), il Comune di Toritto si è determinato a riammettere le ditte precedentemente espulse dal procedimento, ripetendo le operazioni di gara sfocianti nella nuova aggiudicazione provvisoria in favore della Restauri Media S.r.l.

La Edilres S.r.l. contesta innanzitutto che il richiamo alla citata sentenza possa ritenersi pertinente.

La pronuncia evidenzia infatti che "né la *lex specialis*, né soprattutto il modello A (cioè il modello di domanda di partecipazione) distinguono tra oneri per la sicurezza aziendale ed oneri da interferenza.

Ancora, la dizione usata dalla S.A. per individuare gli oneri predeterminati induce in errore, avendo la stessa S.A. qualificato gli oneri da essa quantificati come "oneri per la sicurezza" e

non oneri da interferenza.

La equivocità del bando è tanto evidente da aver indotto in errore la stragrande maggioranza dei partecipanti”.

Perciò conclude: “A fronte di una tanto evidente ed estrema equivocità della *lex specialis*, il bando, senza alcuna necessità di impugnazione, va interpretato in modo da garantire il *favor participationis*”.

L’argomento non ha pregio. Infatti la clausola del bando che, per la sua specificità e non ambiguità, secondo la prospettazione attorea, distinguerebbe il bando relativo ai lavori di miglioramento delle prestazioni energetiche da quello preso in considerazione nella sentenza n. 980/2013 consisterebbe nell’espressione “si fa rinvio (...) alla normativa vigente in materia”, che è invece palesemente generica. Soprattutto si deve evidenziare che questi due atti d’indizione facevano parte di un gruppo di quattro bandi che sono stati formulati tutti nei mesi di febbraio e marzo 2013 (come risulta sin dalla nota del Comune 16 maggio 2013 n. 7340 e come espressamente ribadito dalla deliberazione giuntales d’indirizzo e infine dal difensore in camera di consiglio) ed erano basati sul medesimo modello, tant’è che l’Amministrazione municipale nella nota n. 7340 anticipa che il giudizio del T.A.R. sui provvedimenti espressivi emessi nella procedura relativa ai lavori stradali (e cioè quelli impugnati con ricorso associante nella sentenza n. 980/2013) “può rappresentare un importante riferimento anche per le altre gare espletate”.

Né il tratto distintivo può rinvenirsi nella comunicazione che chiariva la necessità dell’indicazione degli oneri di sicurezza aziendali apparsa sul sito del Comune.

Di tale avviso non si conoscono gli estremi di pubblicazione; non si evince dagli atti neppure la data in cui le offerte - prima escluse e poi riammesse - siano state trasmesse, ma solo la data di scadenza per la presentazione (il giorno 8 aprile 2013 ore 9, perché alle 10 già si aprivano le buste). Esso comunque introduceva uno specifico nuovo adempimento, per cui (perché la prescrizione potesse valere anche ai fini dell’esclusione, nel rispetto della *par condicio*) perlomeno sarebbe stata necessaria una proroga dei termini per la presentazione, visto che probabilmente alcune offerte erano in via di spedizione o già spedite.

Tale conclusione non può essere smentita dall’argomento della ricorrente (speculare d’altronde a quello dell’eterointegrazione degli atti di gara, che ricorre di frequente nelle pronunce in materia), secondo la quale l’avviso costituiva un mero chiarimento, che esplicitava il senso del “rinvio (...) alla normativa vigente in materia” contenuto nel bando. Ciò perché in realtà (come più diffusamente illustrato in prosieguo) la precisa indicazione dei costi di sicurezza aziendale non è espressamente imposta da alcuna norma a pena di esclusione.

Ciò che però rileva in questa sede è soprattutto, in sé, la questione delle conseguenze discendenti dalla mancata indicazione nell’offerta economica dei costi aziendali, in ordine alla quale deve registrarsi un contrasto giurisprudenziale tra quanti ritengono che l’esclusione del concorrente sia in tal caso del tutto automatica, facendosi richiamo al concetto di eterointegrazione del bando e qualificando l’indicazione dei costi per la sicurezza da “rischio

specifico” come “elemento essenziale” dell’offerta, a norma dell’art. 46, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 e quanti (compresa l’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici) invece sostengono che l’omessa specificazione degli oneri da “rischio specifico” non potrebbe mai giustificare la sanzione espulsiva, stante che l’art. 87, quarto comma, del codice dei contratti non prevede l’esclusione dalla gara, ma impone un criterio da seguire per la valutazione della congruità dell’offerta, vietando all’impresa di dimostrare la remuneratività e l’attendibilità del ribasso effettuato contraendo gli oneri della sicurezza (T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 27 settembre 2012, n. 1700; Sez. II, 31 maggio 2013 n. 896; T.A.R. Umbria, 22 maggio 2013 n. 301; AVCP, parere 8 marzo 2012 n. 27).

Occorre rammentare che la base normativa del dibattito è rappresentata dal citato articolo 87, comma quarto, che si limita a prescrivere che “Non sono ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza” per poi concludere che “Nella valutazione dell’anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell’offerta e risultare congrui rispetto all’entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture”.

In definitiva la sanzione dell’esclusione non risulta espressamente prevista in alcuna delle norme rilevanti (articoli 87, comma quarto, e 86, comma 3-*bis*, del decreto legislativo n. 163/2006 e articolo 26, comma sesto, del decreto legislativo n. 81/2008).

Di conseguenza, per assicurare il rispetto del principio di “tassatività delle cause di esclusione”, di cui al comma 1 - *bis* dell’art. 46 del codice dei contratti pubblici, introdotto dal D.L. n. 70/2011, bisognerebbe dimostrare che l’omessa indicazione dei costi aziendali rientri nell’ipotesi di “difetto di altri elementi essenziali”.

Tale qualificazione è però oltre modo dubbia, considerato che tale dato non rappresenta un elemento decisivo ai fini dell’attribuzione del punteggio sul contenuto dell’offerta, bensì un costo separato da porsi a carico totale dell’impresa; nello stesso senso possono leggersi gli atti dell’Autorità di Vigilanza che, in sede di determinazione sui “bandi - tipo”, ai sensi dell’articolo 64, comma 4-*bis*, del codice dei contratti pubblici, non ha compreso la mancata indicazione degli oneri di sicurezza da “rischio specifico” tra le cause tassative di esclusione (AVCP, determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012).

In definitiva, occorre riconoscere che l’articolo 87, quarto comma, è collocato sistematicamente non già in sede di disciplina del contenuto essenziale delle offerte, bensì nell’ambito dei “criteri di verifica delle offerte anormalmente basse” e che perciò esso si riferisca alla valutazione che dev’essere effettuata nell’ambito dell’apposito sub-procedimento.

Nell’ipotesi (che ricorre nella fattispecie in esame) dunque in cui la *lex specialis* nulla abbia specificato in ordine all’onere d’indicare i costi di sicurezza aziendale, l’esclusione verrebbe a colpire (in contrasto con i principi di certezza del diritto, di tutela dell’affidamento e del *favor participationis*) concorrenti che hanno presentato un’offerta perfettamente conforme alle prescrizioni stabilite dal bando e dall’allegato modulo d’offerta; né può ritenersi ammessa la contestazione della mancanza nel bando della clausola che imponesse detta quantificazione a

pena di esclusione quando la selezione si è conclusa, in quanto il termine per impugnare tale atto d'indizione deve farsi decorrere dal momento della sua pubblicazione, attesa l'immediata percepibilità del vizio da parte delle imprese interessate alla partecipazione, che non possono strumentalmente riservarsi di chiedere l'annullamento della *lex specialis* di gara - e dell'intera procedura in via consequenziale - nell'ipotesi di esito non favorevole (T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 6 dicembre 2012, n. 2075; Cons. Stato, Sez. IV, 7 novembre 2012 n. 567; Sez. VI, 26 febbraio 2010 n. 1140).

L'articolo 87 può essere invece interpretato nel senso che la stazione appaltante, ritenendo indispensabile acquisire dati certi su questi costi aziendali da utilizzare in sede di verifica dell'anomalia, deve prevedere, già negli atti d'indizione della gara, l'indicazione da parte dei singoli concorrenti degli oneri di sicurezza aziendali e sanzionare la relativa mancanza; ma se ciò non si è verificato, verrebbero poste in danno delle ditte partecipanti le conseguenze negative derivanti dalla stessa omissione della stazione appaltante. D'altronde, a riprova dell'affidamento incolpevole dei concorrenti a poter partecipare alla selezione secondo gli adempimenti formali letteralmente previsti nel bando, rileva l'alto numero di esclusi per questa causa anche nella gara in esame.

Sotto altro profilo, poi, la sanzione espulsiva non risulta conforme alla *ratio* del paradigma normativo di riferimento, che risponde all'esigenza di consentire alla stazione appaltante di verificare la congruità ed attendibilità dell'offerta, sotto il profilo della garanzia della sicurezza dell'esecuzione dell'appalto: invero, l'automaticità del meccanismo non solo impedirebbe il contraddittorio, ma contrasterebbe con i principi del diritto europeo come enucleati nella sentenza della Corte di giustizia UE 15 maggio 2008 in C-148/2006.

Quanto alle censure riguardanti l'*iter* sfociante nella determinazione del Responsabile del Settore Lavori pubblici - Patrimonio del giorno 11 luglio 2013 n. 61 - Settore terzo, occorre innanzitutto chiarire che (al contrario di quanto presuppone l'istante) l'aggiudicazione provvisoria ha natura di atto endoprocedimentale, inserendosi nell'ambito della procedura di scelta del contraente come momento necessario ma non decisivo, in attesa dell'aggiudicazione definitiva; pertanto, versandosi ancora nell'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara e vantando in tal caso l'aggiudicatario provvisorio solo una aspettativa alla conclusione del procedimento, non s'impone la comunicazione di avvio del procedimento per il ritiro dell'aggiudicazione (*ex plurimis*: Cons. Stato, Sez. V, 18 febbraio 2011, n. 1055; 13 ottobre 2010, n. 7460; 12 febbraio 2010, n. 743; T.A.R. Puglia, Sez. I, 17 giugno 2009, n. 1526).

Sulla base di questa premessa si rivela infondata anche la contestazione d'incompetenza del Dirigente LL.PP., incompetenza che si radicherebbe nel fatto che l'insieme dei provvedimenti impugnati integrerebbero il caso di un *contrarius actus* rispetto alla prima esclusione dei concorrenti e alla precedente aggiudicazione provvisoria in favore della Edilres disposte dalla commissione.

Al proposito occorre tener presenti alcuni elementi di fatto rilevanti, come la circostanza che il detto Dirigente fosse anche il responsabile del procedimento, nonché il presidente della commissione e che quest'ultima fosse composta da altri due membri, rispettivamente con

funzione di testimone e di testimone-segretario, e ancora che, per quanto non acquisita documentalmente per l'opposizione della società ricorrente, la discussione in camera di consiglio ha avuto anche ad oggetto l'avvenuta ratifica dell'operato del Dirigente da parte della commissione. Inoltre è dubbio che la determina n. 61/2013 possa effettivamente qualificarsi come *contrarius actus*, considerato che essa è intervenuta nella procedura ancora non del tutto conclusa.

Il rigetto dell'azione demolitoria comporta la reiezione delle conseguenti domande, compresa quella risarcitoria, rispetto alla quale non si ravvisa nella fattispecie il danno ingiusto, per le ragioni sovraesposte.

Le particolarità dell'intera vicenda e il contrasto giurisprudenziale sopra segnalato giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione unica), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Antonio Pasca, Consigliere

Giuseppina Adamo, Consigliere, Estensore

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

La pronuncia dei Giudici pugliesi si incardina nell'attualissimo **dibattito circa gli effetti della mancata specificazione dei costi per la sicurezza c.d. "interni" nell'offerta economica** per la partecipazione ad una gara di appalto, nel caso in cui la *lex specialis* nulla preveda al riguardo.

Il delicato tema involge l'esatta individuazione della *ratio* del combinato disposto degli artt. 86, comma 3-*bis*, e 87, comma quarto, d.lgs. n. 163 del 2006, alla ricerca di un bilanciato contemperamento nell'applicazione dei diversi principi pertinenti – certezza del diritto ed eterointegrazione del bando da una parte; *favor participationis* e tutela dell'affidamento dall'altra – che consenta al contempo di tenere in debito conto anche l'omissione della stazione appaltante.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

La sentenza in commento respinge il ricorso dell'originaria aggiudicataria provvisoria di un appalto di lavori, insorta avverso la nuova aggiudicazione (anch'essa provvisoria), cui la stazione appaltante era pervenuta in esito alla riammissione in gara dei concorrenti precedentemente esclusi per non aver indicato nell'offerta economica i costi relativi alla sicurezza da rischio aziendale, in difetto di specifica previsione della *lex specialis*.

Al fondo della questione è l'**interpretazione del combinato disposto degli artt. 86, comma 3-*bis*, e 87, comma quarto, d.lgs. n. 163 del 2006**, che impongono la specificazione dei costi per la sicurezza sia in sede di elaborazione della documentazione di gara (si tratta dei c.d. "**costi per le interferenze**", predeterminati dalla stazione appaltante nel DUVRI e non soggetti a ribasso), sia in sede di formulazione dell'offerta economica (quanto ai c.d. "**costi interni**" o "**aziendali**", quantificati da ciascun concorrente in relazione allo specifico rischio d'impresa assunto, onde consentire alla stazione appaltante di valutare la congruità dell'offerta in fase di giudizio di anomalia).

I predetti obblighi sono altresì ribaditi nell'art. 26, comma sesto, d.lgs. n. 81 del 2008 (tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro) con espresso riferimento a tutti gli affidamenti di lavori, servizi e forniture.

Dal richiamato quadro normativo emerge, dunque, la puntuale **imposizione di obblighi tanto in capo alla stazione appaltante** (predisposizione ed indicazione dei costi di sicurezza per interferenze), **quanto in capo al concorrente** (specificazione dei costi di sicurezza aziendale nell'offerta): obbligo, quest'ultimo, non espressamente assistito da sanzione espulsiva.

Come noto, si registrano **discordanti posizioni** in giurisprudenza circa le conseguenze della mancata indicazione nell'offerta economica dei costi interni per la sicurezza, ove non

espressamente contemplati nella documentazione di gara.

Un **primo orientamento** – sino a poco tempo fa nettamente maggioritario – postula in ogni caso **l'automatica esclusione del concorrente**, facendo leva sul carattere immediatamente precettivo delle disposizioni citate. Stante l'inosservanza dell'obbligo legale imposto ai concorrenti per consentire alla stazione appaltante un'adeguata verifica circa l'attendibilità dell'offerta sotto il profilo del rispetto delle norme a tutela della sicurezza dei lavoratori, l'offerta risulta carente di un "*elemento essenziale*" e non può che essere esclusa, ai sensi dell'art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163 del 2006.

Secondo tale opzione esegetica, nessuna rilevanza può ascriversi alla mancanza di una specifica previsione al riguardo nella *lex specialis*, poiché in virtù della sussistenza di un obbligo legale a carico del concorrente deve trovare comunque applicazione il principio di "**eterointegrazione del bando**". Del resto, diversamente opinando, si perverrebbe al paradossale risultato di rendere scusabile un'**inammissibile ignorantia legis** (Cons. di Stato, Sez. III, 3 luglio 2013, n. 3565).

Né, infine, per ovviare all'omissione è ritenuto invocabile il potere-dovere di "*soccorso istruttorio*" di cui al citato art. 46, comma 1-*bis*, che non può esplicarsi in riferimento agli elementi costitutivi dell'offerta, ma soltanto alla regolarizzazione della documentazione sul possesso dei requisiti di cui agli articoli da 38 a 45, pena la violazione del principio della *par condicio*.

Inevitabile che – data la sempre crescente attenzione giurisprudenziale verso i profili di responsabilità dell'amministrazione e la valorizzazione del principio di leale collaborazione tra la parte pubblica e quella privata – cominciasse a percepirsi l'inadeguatezza di un così severo orientamento, che in nessun caso assegna rilievo all'inosservanza dell'onere della stazione appaltante (ricavabile dalle medesime norme richiamate) di far riferimento nella documentazione di gara anche alla specificazione dei costi di sicurezza aziendali, ove ritenuta necessaria a pena di esclusione.

Emerge così un **diverso indirizzo**, cui aderisce il Tar Puglia, che – pur partendo dalla medesima premessa dell'obbligatorietà dell'indicazione dei costi aziendali nell'offerta – argomenta dal principio di "**tassatività delle cause di esclusione**" ex art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163 del 2006 per concludere che l'omessa indicazione dei costi interni non può farsi rientrare nelle ipotesi di carenza di "*elementi essenziali*" dell'offerta idonee a giustificare l'esclusione.

Chiarisce al riguardo la sentenza annotata che il suddetto costo aziendale "*non rappresenta un elemento decisivo ai fini dell'attribuzione del punteggio sul contenuto dell'offerta, bensì un costo separato da porsi a totale carico dell'impresa*", e che "**l'art. 87, quarto comma, è collocato sistematicamente non già in sede di disciplina del contenuto essenziale delle offerte, bensì nell'ambito dei 'criteri di verifica delle offerte anormalmente basse' e che perciò esso si riferisce alla valutazione che dev'essere effettuata nell'ambito dell'apposito sub-procedimento**".

In altri termini, la disposizione in parola non è volta ad individuare (a pena di esclusione) un elemento essenziale dell'offerta, bensì a fornire alla stazione appaltante un parametro di valutazione dell'attendibilità dell'offerta sotto il profilo della sicurezza dell'esecuzione dell'appalto, vietando al concorrente di dimostrare l'attendibilità del ribasso contraendo i costi per la sicurezza, ove si faccia luogo a verifica di anomalia.

Così individuata la *ratio* dell'art. 87, i Giudici pugliesi rimarcano poi che la sanzione dell'esclusione si porrebbe, altresì, in insanabile contrasto con il principio – affermato a chiare lettere dalla Corte di giustizia nella nota pronuncia 15 maggio 2008, in C-148/2006 – della **contrarietà al diritto comunitario di ogni meccanismo di esclusione automatica delle offerte anormalmente basse**, tale da precludere alla stazione appaltante la possibilità di verificarne la composizione in contraddittorio con l'interessato.

A sostegno dell'esposta tesi vi è, infine, l'esigenza di salvaguardare l'**affidamento incolpevole** del concorrente che abbia osservato tutti gli oneri dichiarativi prescritti dal bando, confidando nella legittimità ed esaustività delle sue previsioni.

Ove sia stato l'omesso o ambiguo richiamo dei costi aziendali nella *lex specialis* ad indurre il concorrente in errore circa l'osservanza di un obbligo di legge, non può ammettersi che le conseguenze di tale errore ricadano unicamente sul concorrente incolpevole.

Se, nella pronuncia annotata, il richiamo a detto principio è solo accennato in ultimo, in altre decisioni del medesimo filone interpretativo lo stesso principio pare assurgere ad un ruolo centrale e fondante: in tal senso, Cons. di Stato, Sez. VI, 20 settembre 2012, n. 4999, chiarisce che *“un'impresa concorrente la quale, vista tale obbiettiva ambiguità, abbia presentato l'offerta senza l'esposizione dei detti costi e sia per tale motivo esclusa, lo sarebbe, in sostanza, non per avere volontariamente eluso prescrizioni di gara palesi ed inequivoche ma per aver ritenuto una loro interpretazione plausibile in quanto testualmente giustificabile, avendo maturato, di conseguenza, un fondato affidamento sulla legittimità della propria partecipazione alla procedura; affidamento che, per le obbiettive peculiarità del caso di specie, è tutelabile anche a fronte della ritenuta inosservanza della normativa richiamata dall'appellante, la cui non applicazione non è rimproverabile all'impresa offerente”*.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Entrambe le voci del richiamato dibattito appaiono ispirate da condivisibili esigenze.

L'**orientamento rigorista** è teso a **scongiurare il rischio di elusione** della stringente disciplina dettata dal Codice degli appalti e **dalle norme in tema di sicurezza sul lavoro** in relazione ai costi per la sicurezza: la mancata indicazione dei costi aziendali nell'offerta economica impedisce, o rende quantomeno arduo alla stazione appaltante valutare, in sede di giudizio di anomalia, la congruità ed affidabilità dell'offerta in relazione ad una componente

che involge **interessi di rilievo costituzionale**.

Ed è proprio in ragione del carattere costituzionalmente sensibile degli interessi protetti che tale indirizzo enfatizza l'obbligo dichiarativo imposto al concorrente, riconoscendone il carattere di "*elemento essenziale*" dell'offerta e ricollegando pertanto alla sua omissione la sanzione più grave.

L'indirizzo contrario all'esclusione è mosso dall'altrettanto meritevole intento di **tutelare l'affidamento del concorrente** e di **evitare una situazione di disparità tra le parti pubblica e privata**, in cui si incorrerebbe ritenendo che, degli obblighi previsti dagli artt. 86 e 87, soltanto quello gravante sul concorrente sia assistito da sanzione (peraltro gravissima), mentre l'inosservanza dell'obbligo imposto alla stazione appaltante non produca alcuna conseguenza negativa in capo a quest'ultima.

La seconda opzione interpretativa sembrerebbe, peraltro, **più fedele alla ratio ed alla collocazione sistematica degli artt. 86 e 87**, i quali recano, rispettivamente, i criteri per la individuazione e per la verifica delle offerte anormalmente basse, mentre le disposizioni sul contenuto essenziale dell'offerta sono contenute nell'art. 46 (il quale, nel testo novellato nel 2011, pone espressamente il principio di "*tassatività delle cause di esclusione*").

Detta teoria presenta, inoltre, il pregio di tener conto di evenienze particolari, come quella in cui i **costi aziendali di sicurezza siano a parere del concorrente inesistenti**. Come rilevato dall'Autorità di vigilanza nel parere 8 marzo 2012, n. 27, in tal caso l'impresa "*ben potrebbe decidere di astenersi dal fornire un'indicazione inutile dichiarando che i costi relativi alla sicurezza sono pari a zero, a meno che naturalmente il bando non richieda ugualmente tale indicazione*".

Da ultimo, la linea esegetica in questione consente di **evitare ogni rischio di violazione del divieto**, chiaramente sancito a livello comunitario, di introdurre meccanismi **di esclusione automatica delle offerte anomale**, ed appare più coerente con il procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte disegnato dall'art. 88, primo comma, del Codice degli appalti, come modificato dalla legge n. 102 del 1999, a mente del quale le giustificazioni delle voci di prezzo non devono più figurare nell'offerta, ma devono essere espressamente richieste dalla stazione appaltante.

In conclusione, gli opposti orientamenti in materia sembrano ormai così chiaramente delineati e sufficientemente radicati da rendere auspicabile un **intervento dell'Adunanza Plenaria** per orientare univocamente l'esegesi di un così sensibile insieme di disposizioni.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

- F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Ed. Dike, 2013;

- A. Manzi, *Commento agli artt. 86 ss.*, in F. Caringella, M. Protto (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Ed. Dike, Roma, 2012;
- V. Capuzza, *Le esclusioni non codificate dal D.Lgs. n. 163/2006 e dal D.P.R. n. 207/2010*, in *giustamm.it*, 10/2012;
- C. Boccia e A. Capparelli, *I criteri di selezione delle offerte, la commissione giudicatrice e le offerte anomale*, in F. Nardocci, L. D'Ottavi (a cura di), *I contratti pubblici. Nuovo commentario alla disciplina degli appalti*, Ed. Maggioli, 2012;
- M. Giustiniani, *Ignorantia iuris non excusat. Sull'obbligo generale di indicazione dei costi per la sicurezza aziendali anche in assenza di obblighi specifici in lex specialis*, in questa Rivista;
- M. Giustiniani, *Tra principio di affidamento e cause di esclusione: la geometria variabile di un confine che ancora si fatica a individuare questa volta investe i c.d. costi per la sicurezza*, in questa Rivista;
- F. Cioffarelli, *Sull'eterointegrazione degli atti di gara: configurabilità e limiti*, in questa Rivista.