

Il Tar Sicilia sugli oneri di sicurezza nelle pubbliche gare

di Maria Teresa Lubrano Lobiaco

Data di pubblicazione: 6-8-2014

Tar Sicilia – Catania, Sez. I, 28 luglio 2014, n. 2157

Presidente ff. Boscarino; Estensore Boscarino

E' illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto di lavori in favore di una ditta che ha ommesso di indicare nell'offerta gli oneri per la sicurezza. Infatti, il combinato-disposto di cui agli artt. 86, comma 3-bis e 87 del d.lgs. n. 163/2006 deve essere interpretato nel senso che l'obbligo di indicare i costi della sicurezza sussiste in relazione a tutte le tipologie di appalto e fa capo alle imprese già in sede di offerta, perché intanto gli enti possono tenere conto, in sede di valutazione di anomalia dell'offerta, dei costi per la sicurezza, in quanto le imprese abbiano indicato (e ovviamente nell'offerta) tali costi.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.; sul ricorso numero di registro generale 1244 del 2014, proposto da:
?Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti" S.C.P.A.,
rappresentato e difeso dagli avv. Attilio Luigi Maria Toscano e Bonaventura Lo Duca, con
domicilio eletto presso l'avv. Attilio L.M. Toscano in Catania, via Milano, 85;

contro

Ass. Beni Cult. e Id. Sic. - Dip. Beni Cult. e Id. Sic. - Soprintendenza Beni Cult. e Amb. di Catania, Uff. Reg. Espletam. Gare Appalti - Urega - Sez. Prov. di Catania, Regione Siciliana, Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilita', rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distr.le dello Stato di Catania, presso i cui Uffici sono domiciliati in Catania, via Vecchia Ognina, 149;

nei confronti di

Comitel Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Carlo Comandè, Serena Caradonna e Patrizia Saiya, con domicilio eletto presso l'avv. Liliana D'Amico in Catania, via V. Giuffrida, 37; Arkeo Restauri Srl, Ing. Due Srl, Mediterranea Engineering Srl; Progen Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Valeria Cirrincione, con domicilio eletto presso l'avv. Liliana D'Amico in Catania, via V. Giuffrida, 37;

per l'annullamento

-di tutti gli atti, verbali relativi alle attività della Commissione di gara e della Stazione Appaltante e le operazioni concernenti la procedura aperta per l'affidamento dell'appalto integrato del progetto di rifunzionalizzazione dei locali dell'ex G.I.L. - CIG 5152284741, a mezzo dei quali si è proceduto ad aggiudicare l'appalto alla Comitel srl;

-di tutti gli atti e verbali relativi alle attività della Commissione di gara e della Stazione Appaltante a mezzo dei quali si è proceduto ad ammettere e/o riammettere alla procedura in questione la Comitel srl e l'ATI Arkeo Restauri srl - Ing. Due srl;

-di tutti gli atti e del verbale della seduta del 19-2-2014; della nota prot. n° 32482 del 20-2-2014; della verbale di riaggiudicazione del 3-3-2014; del provvedimento prot. n° 3 dell'11-3-2014; della nota prot. n° 5711 del 21-3-2014; degli atti e/o provvedimenti di verifica dei requisiti, ancorché non conosciuti; degli eventuali atti e/o provvedimenti di verifica della congruità delle offerte, ancorché non conosciuti; nonché di ogni altro provvedimento connesso, antecedente o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ass. Beni Cult. e Id. Sic. - Dip. Beni Cult. e Id. Sic. - Soprintendenza Beni Cult. e Amb. di Catania e di Uff. Reg. Espletam. Gare Appalti - Urega - Sez. Prov. di Catania e di Comitel Srl e di Regione Siciliana e di Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilita' e di Progen Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 luglio 2014 la dott.ssa Maria Stella Boscarino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Richiamate le premesse in fatto con rinvio a quanto esposto nel ricorso introduttivo, il Collegio ritiene il ricorso fondato, sotto i profili (assorbenti) fatti valere con il primo ed il terzo dei motivi di ricorso.

Quanto al primo motivo, occorre premettere che l'art. 86 del codice dei contratti stabilisce, al comma 3-bis, che nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture.

Come si vede, tale disposizione fa chiaramente riferimento alle tre categorie di appalti pubblici.

A sua volta, l'art. 87 del codice dei contratti, nel disciplinare i "criteri di verifica delle offerte anormalmente basse", è inequivoco nel prevedere, al comma 4, 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".

Nel controdedurre, la controinteressata ha rappresentato che, in realtà, tale disposizione andrebbe riferita solo agli appalti di servizi o forniture, in tal modo interpretando, secondo un criterio peraltro fatto proprio anche da recente sentenza del Consiglio di Stato (peraltro in contrasto con precedente orientamento), l'ultima parte della citata disposizione.

Il Collegio ritiene però non condivisibile tale interpretazione, che non tiene conto di un normale criterio ermeneutico, secondo cui, laddove una disposizione, in un primo comma o una prima parte, enunci una regola di carattere generale, alla quale poi ne segue un'altra in apparente contrasto, è da ritenere che tale seconda indicazione abbia in realtà semplicemente voluto aggiungere una regola ulteriore, di specificazione cioè della prima.

Nel caso di specie, il Collegio ritiene che, nella prima parte del secondo alinea, dopo la virgola, la disposizione abbia voluto enunciare una regola di carattere generale, secondo cui i costi relativi alla sicurezza "devono essere specificamente indicati nell'offerta", in tutti i tipi di appalto, e per quanto riguarda gli appalti di servizi e forniture gli stessi devono risultare congrui rispetto a due parametri specifici, e cioè "l'entità e le caratteristiche" dei primi e delle seconde.

Ciò perché, nel caso di appalti di lavori, il confronto (ai fini della verifica di congruità) avviene tra i costi indicati nell'offerta e quelli quantificati nel piano di sicurezza e coordinamento, predisposto dalla stazione appaltante; invece, nell'ipotesi di servizi e forniture il confronto deve avvenire tra quanto indicato dall'offerente ed i parametri individuati dalla legge nel "l'entità e le caratteristiche" di tali tipologie di appalto.

Che questa prospettata sia l'unica interpretazione possibile è inequivocamente confermato dal D.Lgs. 09.04.2008 n. 81, di "attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro", il quale, all'art. 26, comma 6, non a caso richiamato dalla ricorrente, ha evidentemente voluto fugare ogni dubbio, disponendo nella prima parte che "nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza"; e nella seconda chiarisce che tale ultimo costo "deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture".

E d'altra parte, l'interpretazione in questione consente di conciliare la disposizione di cui all'art.87 comma 4 ult. parte (oltre che con la prima parte del medesimo comma e con il richiamato art.26 D.L.vo n.81/2008, altresì) con l'art.86 cod.contratti, comma 3-bis, che, come detto, fa riferimento alle tre tipologie di appalti pubblici; diversamente, tali disposizioni si porrebbero tra di loro in insanabile contrasto.

Ora, il comma 1-bis dell'art. 46 del Codice prevede che "la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali...".

Pertanto, l'obbligo di indicare i costi della sicurezza fa capo alle imprese già in sede di offerta, perchè in tanto gli enti possono tenere conto, in sede di valutazione di anomalia dell'offerta, dei costi per la sicurezza, in quanto le imprese abbiano indicato (e ovviamente nell'offerta) tali costi. Diversamente opinando, si dovrebbe ipotizzare che poi per tutte le imprese partecipanti l'ente chieda l'integrazione, prima di valutare l'anomalia. Conclusione irrazionale, e che collide col sistema di presentazione delle offerte, e con l'obbligo di completezza della documentazione.

Risulta altresì fondato il terzo motivo, in quanto nel corso della gara è cessata la validità dell'attestazione SOA senza che risulti che l'impresa interessata si sia sottoposta a verifica entro il termine di legge; al riguardo non può tenersi conto delle supposizioni esternate nella memoria della controinteressata, la quale avrebbe dovuto (e non lo ha fatto) comprovare rigorosamente che l'interessata avesse attivato la verifica triennale in tempo utile.

Il ricorso è dunque fondato e deve essere accolto, previo assorbimento degli ulteriori profili di censura.

Consegue da quanto detto che vanno annullati gli atti di ammissione alla gara dell'ATI Arkeo Restauri – Ing. Due e la successiva aggiudicazione .

L'annullamento dell'aggiudicazione comporta per l'Amministrazione l'obbligo di emendare le operazioni di gara dalle illegittimità rilevate e procedere a nuova aggiudicazione; considerato che non risulta sia stato nelle more stipulato il contratto d'appalto, e dunque permane la possibilità di reintegrazione in forma specifica, non vi è spazio qui per un riconoscimento risarcitorio per equivalente, peraltro domandato dall'odierna parte ricorrente solo in via subordinata, per il caso di impossibilità di conseguire la reintegrazione in forma specifica (id est, l'aggiudicazione della gara).

Le spese sono a carico delle parti resistenti, secondo la liquidazione operata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

- accoglie il ricorso in epigrafe nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati;

- condanna in parti uguali l'Amministrazione resistente e la controinteressata al pagamento in favore della società ricorrente, delle spese del giudizio, che liquida in complessivi Euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre oneri di legge e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 24 luglio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Maria Stella Boscarino, Presidente FF, Estensore

Dauno Trebastoni, Consigliere

Giuseppa Leggio, Consigliere

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

La sentenza in commento torna sul tema delle **conseguenze collegate alla mancata indicazione, direttamente in sede di offerta, dei costi per la sicurezza interni**. Oggetto specifico sottoposto alla disamina del Tar Sicilia è l'accertamento della sussistenza dell'obbligo di indicare i costi della sicurezza **in relazione a tutte le tipologie di appalto oppure solo con riferimento agli appalti di servizi o forniture**.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Come noto, i costi per la sicurezza si distinguono in **costi-oneri di sicurezza per le interferenze**, nella misura predeterminata dalla stazione appaltante e che non è soggetta a ribasso d'asta; e **costi-oneri di sicurezza da rischio specifico o aziendale (c.d. interni)**, la cui quantificazione è rimessa invece a ciascuno dei concorrenti in rapporto con la propria offerta economica.

Il Tar Sicilia, dopo aver ricordato che l'**art. 86, comma 3-bis, del Codice dei contratti** stabilisce che *“nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture [...]”*, ribadisce che tale disposizione fa chiaramente riferimento alle tre categorie di appalti.

Dopo aver riportato che il successivo **art. 87, comma 4**, aggiunge 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”*, il Collegio afferma che tale disposizione deve essere interpretata alla luce di un normale criterio ermeneutico per cui, allorché una disposizione enunci nella sua prima parte una regola di carattere generale alla quale ne segue un'altra in apparente contrasto, bisogna ritenere che la seconda indicazione sia una semplice specificazione della prima, operata attraverso l'aggiunta di una regola ulteriore.

Ciò premesso, il Collegio ha ritenuto che l'art. 87 del Codice enunci una **regola di carattere generale**, secondo la quale i costi relativi alla sicurezza "devono essere specificamente

indicati nell'offerta" in tutti i tipi di appalto e, una **regola specifica per gli appalti di servizi e di forniture**, in relazione ai quali i costi per la sicurezza devono risultare congrui rispetto ai parametri "dell'entità e delle caratteristiche". In proposito, il Tar Sicilia motiva affermando che, mentre nell'ipotesi di appalto di servizi e forniture il confronto ai fini della verifica di congruità deve avvenire tra quanto indicato dall'offerente ed i parametri individuati dalla legge nell'entità e le caratteristiche di tali tipologie di appalto, nel caso di appalti di lavori, tale confronto avviene tra i costi indicati nell'offerta e quelli quantificati nel piano di sicurezza e coordinamento, predisposto dalla stazione appaltante.

A conferma di ciò, i Giudici richiamano l'**art. 26, comma 6, del d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81**, che dispone che "*nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza*"; e che tale ultimo costo "*deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture*".

In aggiunta, sotto il profilo della *ratio* della norma, il Collegio afferma che questa è l'unica interpretazione che permette di ritenere l'art. 87, comma 4 ult. parte del Codice, non in contrasto con la prima parte del medesimo comma, con l'art. 26, comma 6, del d.lgs. n. 81/2008, nonché con il precedente art. 86, comma 3-bis.

Ciò stabilito, i Giudici passano al vaglio le **conseguenze della mancata indicazione dei costi per la sicurezza** osservando che il comma 1-bis dell'art. 46 del Codice prevede che "*la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali[...]*".

Pertanto, il Collegio accerta la sussistenza dell'obbligo, in capo alle imprese, di indicare i costi della sicurezza già in sede di offerta, dal momento che gli enti possono tener conto dei costi per la sicurezza, in sede di valutazione di anomalia dell'offerta, solo se le imprese abbiano indicato (e ovviamente nell'offerta) tali costi.

In conclusione, è stata dichiarata l'illegittimità dell'aggiudicazione della gara d'appalto di lavori in favore di una ditta che ha omesso di indicare nell'offerta gli oneri per la sicurezza.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Con la sentenza in commento il Tar Sicilia ha preso posizione su un **tema molto controverso**.

A fronte di un orientamento non sempre univoco della giurisprudenza, i Giudici siciliani hanno

affermando in maniera decisa che il combinato disposto degli artt. 86, comma 3-*bis*, e 87, comma 4, e 46, comma 1-*bis*, del Codice dei contratti, impone **l'esclusione automatica dalla gara pubblica** di una impresa che non abbia assolto all'onere di indicare in maniera specifica, in sede di offerta, tutti i costi relativi alla sicurezza.

A tale conclusione, la sentenza in esame, diversamente dalle altre vertenti sul medesimo tema, è giunta prescindendo del tutto dall'analizzare la controversa questione delle conseguenze della presenza di eventuali ambiguità, nel bando di gara, in ordine alla necessaria indicazione specifica dei costi per la sicurezza.

In proposito, rileva che la necessità di adempiere tale obbligo già in sede di offerta è stata considerata piuttosto ovvia dal Collegio che ha precisato che una diversa soluzione avrebbe comportato l'irrazionale conseguenza di obbligare l'ente a chiedere una integrazione a tutte le imprese partecipanti prima della valutazione.

Da segnalare, infine, che il Collegio abbia espressamente deciso di non condividere l'interpretazione (fatta propria da una recente sentenza del Consiglio di Stato) secondo la quale l'obbligo di indicare i costi della sicurezza possa esser riferito solamente agli appalti di servizi e forniture.

Ad ogni buon conto, in presenza di una legislazione così complessa, come quella sulla contrattualistica pubblica si avverte la necessità che il legislatore intervenga per rendere le norme del Codice univoche.

In ogni caso, dal momento che l'argomento dei costi della sicurezza interna sta divenendo sempre più caldo ed è stato affrontato in maniera differente in diverse pronunce del giudice amministrativo, anche se la questione non si considera ancora matura per una pronuncia dell'Adunanza Plenaria, tuttavia, si ritiene che un suo ulteriore approfondimento sia imprescindibile.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

A. Manzi, *L'anomalia e la congruità*, in F. Caringella, M. Giustiniani (a cura di), *I Contratti Pubblici*, Ed. Dike, 2014, pp. 1053 ss.; F. Caringella, M. Giustiniani, *sub. art. 87, Codice dei contratti pubblici annotato con la giurisprudenza*, Ed. Dike, 2014, pp. 549 ss.; A. Carella, *Gli oneri di sicurezza nelle pubbliche gare*, in *Il nuovo Diritto Amministrativo*, Ed. Dike, n. 2/2014, pp. 55 ss.; 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; M. Giustiniani, G. Vigliotti, *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; C. Del Regno, *Omessa indicazione dei costi per la sicurezza: un difficile bilanciamento tra l'interesse alla massima partecipazione alle gare*

di appalto e quello di parità di trattamento, in questa Rivista; L. Di Giovanni, *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?*, in questa Rivista; G. Vigliotti, *Costi di sicurezza: indicazione obbligatoria per tutti i concorrenti*, in *Corriere Merito*, 2013, 3, p. 332; I. Pietrolungo, G. Sartorio, *L'omessa indicazione degli oneri di sicurezza negli appalti pubblici*, in *Urb. e Appalti*, 2013, 2, p. 222; A. Camarda, *Mancata indicazione dei costi relativi alla sicurezza: è legittima l'esclusione dalla gara?*, in *Diritto e Pratica Amministrativa*, ottobre 2013, n. 10, p. 78.