

## Oneri di sicurezza 'aziendali' pari a 0 ed esclusione dalla gara d'appalto

di Michele Di Donna

Data di pubblicazione: 12-4-2017

1. E' illegittima l'esclusione dalla gara d'appalto di un operatore economico che, avendo riposto affidamento sui modelli acclusi agli atti di gara dalla stazione appaltante, abbia indicato nell'offerta economica gli oneri per la sicurezza cd. "aziendale" in misura pari a 0.

2. L'indicazione degli oneri aziendali in misura pari a 0 non è equiparabile, ai fini dell'esclusione, alla loro mancata indicazione.

(1) Conforme Cons. Stato, sez. III, 17 novembre 2015, n. 5240; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 4 giugno 2014, n. 3058. Non sono stati rinvenuti precedenti difformi.

(2) Conforme Cons. Stato, sez. V, 19 gennaio 2017, n. 223; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-ter, 13 dicembre 2016, n. 12442. Non sono stati rinvenuti precedenti difformi.

### Guida alla lettura

Nella vicenda scrutinata dal T.A.R. di Bari, un'azienda sanitaria aveva bandito una **procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50/2016** per l'affidamento del servizio di ritiro e recapito della propria corrispondenza postale.

Una cooperativa invitata alla gara, impugnava **ex art. 120 c.p.a.**, con istanza cautelare propulsiva, il provvedimento di sua **esclusione** disposto "automaticamente" dalla s.a. per aver presentato l'offerta economica recante gli **oneri per la sicurezza cd. "aziendali"** in misura **pari a 0**.

Il provvedimento d'urgenza veniva accolto dal Collegio che sanciva, dunque, la riammissione con riserva della ricorrente alla gara, onerando la stazione appaltante della verifica delle indicazioni fornite dall'o.e. sui costi della sicurezza nell'ambito del *sub*-procedimento di

anomalia.

Affrontando il merito della questione, il G.A. barese, con la sentenza segnalata ha rigettato, in via preliminare, l'eccezione di **inammissibilità del ricorso** levata dall'Azienda sanitaria per **mancata notificazione** del medesimo al **controinteressato**, precisando che, all'epoca del gravame, non essendo stata disposta l'aggiudicazione, non poteva essersi realizzato alcun consolidamento di siffatta parte processuale necessaria.

Confermando poi il convincimento recepito *in nuce* in sessione cautelare, ha accolto i due motivi di gravame sollevati dalla deducente che, frattanto, si era aggiudicata l'appalto essendo risultata la sua offerta, in esito al vaglio positivo della verifica dell'anomalia, la migliore in gara.

Quanto al primo aspetto, ha sottolineato l'adito G.A. che la ricorrente non poteva essere esclusa per aver indicato gli oneri della sicurezza aziendale pari a 0, avendo fatto legittimo affidamento su quanto previsto nei modelli acclusi agli atti di gara predisposti dalla stazione appaltante. Sul punto, ha evidenziato come, secondo giurisprudenza, nelle gare d'appalto l'applicazione dei principi di **tutela dell'affidamento** e di **correttezza dell'azione amministrativa**, in una con la generale **clausola di buona fede**, impediscono che le conseguenze di una condotta colposa imputabile alla s.a. possano essere trasferite in capo al soggetto partecipante con la comminatoria dell'esclusione dalla procedura (Cons. Stato, sez. III, 17 novembre 2015, n. 5240); allo stesso modo è ingiusta l'imputazione al concorrente delle conseguenze negative di un **errore indotto dalla disciplina di gara** o dal comportamento tenuto dall'amministrazione appaltante" (Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4991). In tal ché, con tutta evidenza il Tribunale ha posto maggior peso sul contegno della s.a. rispetto alla diligenza che l'o.e. deve osservare nella compilazione dell'offerta di gara: cui potrebbe, per ipotesi, conseguire infatti che, nonostante la p.a. recepisca un modello di atto di gara errato o fuorviante, l'o.e. è tenuto a non cadere in errore compilandolo, comunque, secondo legge.

Quanto al secondo profilo - inerente la **specifica questione dell'indicazione** dei costi per la sicurezza aziendali in misura **pari a zero** - ha ricordato il Collegio barese come Palazzo Spada abbia più volte riaffermato che, allorché un importo a questo titolo sia indicato, e sebbene questa indicazione risulti di ordine negativo ('pari a zero'), comportando che la concorrente nessuna spesa sosterrrebbe per questa voce, ogni questione di verifica del rispetto dei doveri concernenti la salute e sicurezza sul lavoro, **si sposta dal versante dichiarativo a quello sostanziale**, concernente la congruità di una simile quantificazione" (Cons. Stato, sez. V, 19 gennaio 2017, n. 223). Sul riguardo ha altresì rammentato che la giurisprudenza, pur nella vigenza del d.lgs. n. 163/2006, aveva (condivisibilmente) chiarito che l'indicazione nell'offerta economica, degli oneri della sicurezza aziendali pari a zero, è **formalmente rispettosa** della prescrizione contenuta nell'art. 87 del d.lgs. n. 163 *cit.*, specificando che, in tal caso, la quantificazione di tali costi assume rilievo ai fini del giudizio di anomalia, non risolvendosi in causa di esclusione dalla gara, ma **incidendo sulla valutazione della congruità dell'offerta** (così T.A.R. Lombardia, sez. IV, 27 ottobre 2016, n. 1977 e T.A.R. Lazio, sez. I *ter*, 13 dicembre 2016, n. 12442).

Alla luce di quanto innanzi, la pronuncia in esame sembra in ogni caso confermare alla

sostanza l'intento del legislatore, odiernamente perseguito mercé l'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, di evitare, in ossequio alla certezza del diritto, che l'**offerta** economica possa essere **modificata ex post** in uno dei suoi **elementi essenziali**, in sede di valutazione dell'anomalia (T.A.R. Campobasso, sez. I, 9 dicembre 2016, n. 513).

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**

**(Sezione Seconda)**

**ha pronunciato la presente**

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1537 del 2016, proposto da:  
C.O.R.E.L. Cooperativa Recapiti Espresso Loco a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Maria Fucci, Flavia De Bartolomeo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Michele Perrone, in Bari, Strada Torre Tresca, n. 2/A;

**contro**

Azienda Sanitaria per la Provincia di Foggia, in persona del Direttore generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Mescia, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Vincenzo Resta, in Bari, via Piccinni, n. 210;

**nei confronti di**

Mail Express Poste Private S.r.l.;

**per l'annullamento**

del provvedimento di esclusione, adottato nella seduta riservata del 29.11.2016, comunicato nella seduta del 5.12.2016 e confermato con successiva nota del 7.12.2016, dalla procedura negoziata indetta ex art. 36, comma 2, lett.b), del D.Lgs. n. 50 del 2016, per l'affidamento del servizio di ritiro e recapito della corrispondenza della A.S.L. Foggia;

di tutti i verbali ed in particolare dei verbali delle sedute del 29.11.2016 e del 5.12.2016;

- di ogni altro atto ai predetti presupposti, connessi o consequenziali, ancorché non conosciuti, inclusi ove occorra la D.D.G. n. 950/2016 di indizione, la lettera di invito alla gara ed il capitolato speciale di appalto, nei limiti di interesse della ricorrente;

per l'accertamento del diritto della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione della gara e, per l'effetto, di stipulare il contratto, anche a mezzo di subentro cui si rende sin d'ora disponibile, per l'intera durata dell'affidamento posto in gara;

nonché, per la declaratoria di inefficacia, anche retroattiva, del contratto se ed in quanto stipulato;

e per la condanna dell'Amministrazione aggiudicatrice al risarcimento del danno in forma specifica ovvero, in subordine, nella misura che sarà quantificata in corso di causa;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria per la Provincia di Foggia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 febbraio 2017 la dott.ssa Flavia Risso e uditi per le parti i difensori avv.ti Francesco Maria Fucci e Flavia De Bartolo, per la ricorrente e avv. Giuseppe Mescia, per l'azienda resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## **FATTO**

Con il gravame indicato in epigrafe, parte ricorrente ha impugnato il provvedimento di esclusione dalla procedura negoziata indetta ex art. 36, comma 2, lett. b), del D. Lgs. n. 50 del 2016, per l'affidamento del servizio di ritiro e recapito della corrispondenza della A.S.L. Foggia.

Avverso il provvedimento impugnato parte ricorrente ha dedotto l'illegittimità per violazione e/o erronea applicazione della *lex specialis*, per violazione del principio di affidamento e di quello del *favor participationis*, eccesso di potere per erronea presupposizione, difetto di istruttoria, illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà ed ingiustizia manifesta, per violazione e/o erronea applicazione della *lex specialis* ed in particolare dell'art. 11 della lettera di invito, violazione dei principi in tema di cause di esclusione, violazione dei principi dell'affidamento, del *favor participationis*, della trasparenza, pubblicità e par condicio, nonché di modifica postuma della

*lex specialis*, per violazione e/o erronea applicazione degli articoli 3, lett. hh), dell'art. 35, comma 2, lett. b) e 95, comma 10 del D.Lgs. n. 50/2016, per la violazione e/o erronea applicazione del D.Lgs. n. 81/2008, nonché delle norme e dei principi in tema di costi della sicurezza, violazione dell'art. 95, comma 10, del D.Lgs. n. 50/2016 ove applicabile.

Si è costituita in giudizio l'A.S.L. della Provincia di Foggia deducendo in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per mancata notifica all'effettivo controinteressato.

Con ordinanza n. 7 dell'11.1.2017, questo Tribunale ha accolto l'istanza cautelare presentata congiuntamente al ricorso nei ristretti limiti di una riammissione alla gara della ricorrente per la sottoposizione al sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, fatte salve pertanto le ulteriori determinazioni dell'Amministrazione resistente.

In data 31.1.2017, la ricorrente ha depositato in giudizio copia della nota dell'A.S.L. della Provincia di Foggia di richiesta giustificazioni ai sensi dell'art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016, con allegato il verbale del 17.1.2017, con il quale l'Amministrazione sanitaria, in esecuzione dell'ordinanza cautelare di questo Tribunale, ha riammesso in gara la ricorrente per la sottoposizione di quest'ultima al sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

In data 21.2.2017, l'A.S.L. della Provincia di Foggia ha depositato in giudizio copia del verbale della seduta pubblica del 20.2.2017, dal quale si apprende che il procedimento di verifica di anomalia dell'offerta si è concluso positivamente e che l'offerta della ricorrente è stata individuata come migliore offerta.

Nel verbale si legge altresì che il Presidente dava atto che, in qualità di responsabile unico del procedimento, avrebbe sottoposto all'approvazione del Direttore Generale apposita proposta di delibera di aggiudicazione della procedura negoziata di che trattasi.

All'udienza pubblica del 21.2.2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

## **DIRITTO**

1. – In via preliminare il Collegio deve esaminare l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dall'Azienda Sanitaria di Foggia per la mancata notifica del ricorso all'effettivo controinteressato, la Nexive S.c.a.r.l. Executrice Pony Service S.r.l., prima classificata.

Il Collegio, come già rilevato in sede cautelare, evidenzia che, dato che non era stata ancora disposta l'aggiudicazione (come confermato dalla stessa difesa dall'A.S.L. di Foggia durante la camera di consiglio del 10.1.2017) e non sussistendo, dunque, all'epoca della notifica del gravame, alcun controinteressato, la ricorrente non aveva l'obbligo di notificare il ricorso alla prima classificata.

Secondo consolidata giurisprudenza, infatti, fino al momento dell'aggiudicazione, non è ravvisabile un controinteressato cui necessariamente notificare il ricorso avverso l'esclusione.

Sul punto ci si limita a richiamare il Consiglio di Stato, il quale ha affermato che "...rispetto

*all'impugnazione di atti di esclusione da procedure di affidamento di contratti pubblici non sono configurabili posizioni di controinteresse, se non quando la gara sia stata definitivamente aggiudicata...*" (ex plurimis Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2016, n. 771; T.A.R. Bari, sez. I, 9 giugno 2016, n. 766).

2. - Nel merito, il ricorso è fondato e va accolto nei limiti già evidenziati in sede cautelare.

Il Collegio ritiene di poter procedere alla valutazione congiunta del primo e del quarto motivo di ricorso perché strettamente collegati.

Con il primo motivo di gravame, la ricorrente evidenzia che la lettera di invito contemplava fra i documenti di gara il "Mod. 4: modello di offerta economica", predisposto dalla stazione appaltante, il quale, in ordine ai costi per la sicurezza aziendale, prevedeva la necessità della loro indicazione, anche qualora gli stessi fossero stati pari a 0 (zero).

La ricorrente afferma di aver fatto affidamento sulla correttezza di tale indicazione e possibilità, attenendosi al "contenuto" del Modello 4 predisposto dalla stazione appaltante, formulando l'offerta economica con indicazione degli oneri aziendali della sicurezza in misura pari a zero.

Secondo la ricorrente, inoltre, manifesta sarebbe stata la violazione del principio del *favor participationis*, in quanto la formulazione del modello 4 e della *lex specialis* avrebbero dovuto indurre la Commissione di gara a favorire la permanenza della stessa nella procedura.

Con il quarto motivo di ricorso, poi, la ricorrente evidenzia che la stazione appaltante, dalla semplice indicazione dei costi per la sicurezza aziendali in misura pari a zero, ha tratto –automaticamente – senza procedere al sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta né comunque condurre alcuna istruttoria sul punto, la conclusione del mancato assolvimento degli oneri e adempimenti in tema di sicurezza, si da ritenere l'offerta per ciò priva di un elemento essenziale e meritevole di esclusione; laddove, in tema di costi aziendali per la sicurezza, la giurisprudenza avrebbe pacificamente sostenuto l'illegittimità dell'esclusione disposta in via automatica e senza la preventiva verifica di anomalia dell'offerta.

I motivi in esame sono fondati e vanno accolti con assorbimento delle altre censure.

Ed invero, nel verbale della seduta riservata del 29.11.2016 si legge che, ai sensi dell'art. 95, comma 10 del d.lgs. n. 50 del 2016, 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 e che, anche alla luce della sentenza del Consiglio di Stato, 14 aprile 2016, n. 1481, l'offerta economica della ricorrente, indicando i costi per la sicurezza legati ai rischi propri dell'attività di impresa pari a 0, sia priva di un elemento essenziale e qualificante richiesto dal vigente codice degli appalti e dalla *lex specialis*.

L'A.S.L. di Bari, inoltre, richiama l'art. IV/1 "Oneri e obblighi a carico dell'appaltatore" del Capitolato speciale d'appalto, il quale imporrebbe all'appaltatore di farsi carico di tutti gli oneri derivanti dall'esecuzione in sicurezza dei servizi oggetto dell'appalto, rispettando tutte le

disposizioni relative alla tutela antinfortunistica e sociale delle maestranze impiegate.

La stessa valutazione è confermata nel verbale della seduta pubblica del 5.12.2016.

Come già evidenziato in sede cautelare, nel caso di specie, non si configura un'ipotesi di mancata indicazione degli oneri per la sicurezza, ma di indicazione degli stessi in misura pari a 0.

È lo stesso “*modello di offerta economica - Mod. 4*”, richiamato dalla lettera di invito, a stabilire con dicitura riportata in grassetto che: “*N.B. l'indicazione dei costi per la sicurezza legati ai rischi propri dell'attività d'impresa, va effettuata nella presente offerta, a pena di esclusione, anche quando gli stessi sono pari a 0 (zero)*”.

Inoltre, l'art. 11 della lettera di invito precisa che “*La dichiarazione d'offerta dovrà contenere, pena l'esclusione, tutti gli elementi contenuti nell'allegato mod.4*”.

Ne consegue che la ricorrente non poteva essere esclusa per aver indicato gli oneri della sicurezza aziendale pari a 0, avendo fatto affidamento su quanto previsto negli atti di gara, a nulla rilevando quanto stabilito dall'art. IV/1 del Capitolato speciale d'appalto, atteso che tale disposizione individua gli obblighi a carico dell'appaltatore nella fase esecutiva del servizio e non una condizione posta a carico del concorrente ai fini della partecipazione alla gara.

Sul punto, si evidenzia comunque che, secondo pacifica e consolidata giurisprudenza, “*allorché la dichiarazione sia resa sulla scorta di modelli predisposti dalla stazione appaltante ed il concorrente incorre in errore indotto dalla formulazione ambigua o equivoca del modello, non possa determinarsi l'esclusione dalla gara per l'incompletezza della dichiarazione resa*” (ex plurimis Cons. Stato, sez. III, 17 novembre 2015, n. 5240).

Più di recente, il Consiglio di Stato, ha affermato che: “*Nelle gare pubbliche l'applicazione dei principi di tutela dell'affidamento e di correttezza dell'azione amministrativa, in una con la generale clausola di buona fede, impedisce che le conseguenze di una condotta colposa della Stazione appaltante possano essere traslate a carico del soggetto partecipante con la comminatoria dell'esclusione dalla procedura, così come non è ammissibile l'iscrizione in capo al concorrente delle conseguenze negative di un errore indotto dalla disciplina di gara o dal comportamento tenuto dall'Amministrazione appaltante...*” (Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4991).

Inoltre, per quanto riguarda la specifica questione dell'indicazione dei costi per la sicurezza aziendali in misura pari a zero, il Consiglio di Stato, con una recente sentenza, ha affermato che deve escludersi che l'indicazione di tali oneri pari a 0 comporti l'esclusione della concorrente per motivi di ordine formale, precisando che: “*allorché un importo a questo titolo sia indicato, e sebbene questa indicazione sia di ordine negativo, nel senso che nessuna spesa la concorrente sosterebbe per questa voce, ogni questione di verifica del rispetto dei doveri concernenti la salute e sicurezza sul lavoro si sposta dal versante dichiarativo a quello sostanziale, concernente la congruità di una simile quantificazione*” (Cons. Stato, sez. V, 19 gennaio 2017, n. 223; sul punto vedasi altresì T.A.R. Lazio, sez. I ter, 13 dicembre 2016, n.

12442 secondo il quale l'indicazione nell'offerta economica, degli oneri della sicurezza aziendali in misura pari a zero, è formalmente rispettosa della prescrizione contenuta nell'art. 87 del d.lgs. n. 163 del 2016, specificando che, in tal caso, la quantificazione di tali costi assume rilievo ai fini del giudizio di anomalia, non risolvendosi in causa di esclusione dalla gara, ma incidendo sulla valutazione della congruità dell'offerta e T.A.R. Lombardia, sez. IV, 27 ottobre 2016, n. 1977).

3.- Il ricorso pertanto, assorbita ogni altra censura, va accolto anche in conformità a quanto già affermato in sede cautelare e a quanto recentemente statuito dal Consiglio di Stato; per l'effetto, va annullato il provvedimento di esclusione oggetto di impugnazione, al fine della sottoposizione dell'offerta della ricorrente al procedimento di valutazione di anomalia dell'offerta.

Visto l'esito del ricorso, il Collegio può esimersi dall'esaminare le ulteriori domande presentate dalla ricorrente poiché divenute – allo stato - improcedibili.

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come in dispositivo.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Bari, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo accoglie e in parte lo dichiara improcedibile.

Condanna l'A.S.L. della Provincia di Foggia al pagamento delle spese di lite a favore della C.O.R.E.L. Cooperativa Recapiti Espresso Loco a r.l., liquidandole in euro 1.000,00 (mille/00), oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giacinta Serlenga, Presidente FF

Flavia Riso, Referendario, Estensore

Maria Colagrande, Referendario