

Bando di gara e oneri di sicurezza aziendale.

di Michela Colapinto

Data di pubblicazione: 30-5-2017

1. Alla luce dei principi eurounitari della tutela dell'affidamento, della certezza del diritto, della parità di trattamento, della non discriminazione, della proporzionalità e della trasparenza, per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del nuovo c.d. codice degli appalti pubblici e delle concessioni (D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50), nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio.

1) Conformi: Cons. Stato, sez. VI, 31 marzo 2017, n. 1495.

Guida alla lettura

La sentenza in esame torna ad affrontare il tema degli oneri della sicurezza aziendale negli appalti pubblici nella disciplina anteriore alla riforma di cui al D.Lgs. 50/2016.

L'art. 86 del D.Lgs. n. 163 del 2006, applicabile *ratione temporis*, prevede i criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse. Nell'ambito di tale generale disciplina il comma 3-*bis* 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, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture".

Com'è noto nella materia in esame si sono succedute tre sentenze della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Con la prima sentenza, 20 marzo 2015 n. 3, si è affermato che gli oneri di sicurezza aziendale, per assicurare l'interesse fondamentale alla tutela dei lavoratori, devono essere indicati, a pena di esclusione dalla procedura di gara, nelle offerte. Questo obbligo, si è ritenuto valere non solo per gli appalti di servizi e forniture, espressamente richiamati dal quarto comma dell'art. 87, ma anche per gli appalti di servizi. Venendo in rilievo una norma imperativa che

contempla un elemento essenziale dell'offerta non è consentito alla stazione appaltante effettuare il soccorso istruttorio.

Con la seconda sentenza, 2 novembre 2015 n. 9, si è puntualizzato che tale principio, stante la natura dichiarativa e non costitutiva dell'interpretazione giurisprudenziale, vale anche per gare in cui la fase di presentazione delle offerte si sia esaurita prima della pubblicazione sentenza n. 3 del 2015.

Con la terza sentenza n. 19 del 2016 si è aggiunto che, fermo restando i principi "astratti" posti dalle suindicate decisioni, la fattispecie concreta potrebbe fare emergere l'esigenza di tutelare l'affidamento delle imprese partecipanti con conseguente obbligo per la stazione appaltante di porre in essere l'attività di soccorso istruttorio. In particolare, la Plenaria ha affermato che l'obbligo sussiste quando la stazione appaltante non ha indicato nei documenti di gara la necessità di inserire nelle offerte anche i costi di sicurezza aziendale ed è ancora più stringente se nella predisposizione dei moduli per la presentazione dell'offerta la stazione appaltante non ha previsto l'indicazione della voce in questione. Si è, inoltre, puntualizzato che: i) detta esigenza di affidamento rileva non solo per le procedure antecedenti alla pubblicazione della sentenza n. 3 del 2015 ma anche in quelle successive; ii) l'omessa indicazione non può ritenersi un elemento essenziale dell'offerta quando l'impresa ha "sostanzialmente" rispettato tali obblighi e la omissione ha solo rilevanza formale.

Emerge, quindi, che condizione di operatività del soccorso istruttorio sia costituita dal "silenzio" degli atti della procedura in punto di onere di indicazione dei costi di sicurezza aziendale.

Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici disciplina gli oneri di sicurezza aziendale all'art. 95, comma 10, a mente del quale l'indicazione nell'offerta economica degli oneri di sicurezza c.d. aziendali o interni si prefigura quale obbligo ineludibile di legge, cosicché legittimamente è disposta l'esclusione del concorrente la cui offerta ne sia priva, senza che possa rilevare che gli atti di gara non contengano un'espressa previsione di esclusione, trattandosi di obbligo discendente dalla norma primaria ed operando quindi il meccanismo dell'eterointegrazione. Il concorrente che ha ommesso di indicare nell'offerta economica gli oneri di sicurezza c.d. aziendali o interni non può invocare il c.d. soccorso istruttorio, ammesso dalla giurisprudenza per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici e non applicabile in presenza dell'espressa previsione di legge e trattandosi di elemento essenziale dell'offerta.

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è superata ogni incertezza interpretativa, nel senso dell'inderogabilità dell'obbligo derivante dall'art. 95, comma 10. In presenza di una così esplicita disposizione di legge, è del tutto irrilevante se né la *lex specialis* di gara (bando e disciplinare), né il modello di offerta economica predisposto dalla stazione appaltante hanno 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 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.

Per il rispetto del principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, è prevista, quindi, l'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. In caso di mancata indicazione, dunque, la sanzione prevista è l'esclusione dalla gara.

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8059 del 2016, proposto da:

Ricciardello Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Gennaro Maria Amoroso e Francesco Marascio, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via G. B. Martini, 2;

contro

Provincia di Reggio Calabria, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Barresi, e domiciliata, ex art. 25 cod. proc. amm., presso la Segreteria sezionale del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

nei confronti di

Cosedil s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Umberto Ilardo, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Federico Cesi, 21;

Co.Ar.Co. Consorzio Artigiani Costruttori – soc. Consortile a r.l., Coop. Costruzioni Soc. Coop. in L.C.A., in persona dei rispettivi rappresentanti legali in carica, non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Calabria – Reggio Calabria, n. 00906/2016, resa tra le parti, concernente affidamento progettazione esecutiva ed esecuzione lavori per intervento su strada

pedemontana.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Reggio Calabria e di Cosedil s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2017 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Stagnaro, per delega di Amoruso, e Ilardo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Provincia di Reggio Calabria ha indetto una procedura aperta finalizzata all'affidamento della progettazione esecutiva e all'esecuzione dei lavori concernenti la realizzazione di una strada pedemontana, da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla gara hanno, tra l'altro, partecipato la Ricciardello Costruzioni s.r.l. e la COSEDIL s.p.a..

All'esito della procedura, la Ricciardello Costruzioni si è classificata al secondo posto dietro la COSEDIL alla quale è stata provvisoriamente aggiudicata la commessa.

Poiché le offerte delle dette concorrenti risultavano sospette di anomalia la stazione appaltante le ha sottoposte ad analisi.

Contestualmente, constatato che la Ricciardello Costruzioni non aveva indicato gli oneri della sicurezza aziendale, ha invitato l'impresa a integrare sul punto l'offerta economica.

Acquisita la documentazione recante la specificazione dei detti oneri e le giustificazioni atte a dimostrare la congruità della proposta contrattuale, la Provincia ha dato corso al procedimento di verifica, nell'ambito del quale ha disposto l'esclusione dalla gara della Ricciardello Costruzioni, rilevando che la sopravvenuta sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 2 febbraio 2015, escludeva la possibilità di sopperire alla mancata indicazione degli oneri della sicurezza aziendale mediante soccorso istruttorio, anche in assenza di una specifica previsione della lex specialis che imponesse di quantificare i detti oneri.

Dopodiché l'appalto è stato definitivamente aggiudicato alla COSEDIL.

Ritenendo tanto l'aggiudicazione, quanto la propria esclusione dalla gara illegittime, la Ricciardello Costruzioni le ha impugnate con ricorso, seguito da motivi aggiunti, proposto davanti al Tribunale amministrativo regionale per la Calabria – Sezione staccata di Reggio Calabria, il quale, con sentenza 8 settembre 2016, n. 906, lo ha respinto.

Avverso la detta sentenza la Ricciardello ha proposto l'odierno appello.

Per resistere al ricorso si sono costituite in giudizio la Provincia di Reggio Calabria e la COSEDIL.

Con successive memorie sia l'appellante, sia la COSEDIL hanno ulteriormente illustrato le rispettive tesi difensive.

Con atto ritualmente notificato alle controparti e depositato in giudizio in data 31 gennaio 2017, l'appellante ha, poi, rinunciato all'azione impugnatoria rivolta contro l'aggiudicazione in favore della COSEDIL, dichiarando di conservare interesse alla decisione limitatamente alla propria esclusione dalla gara.

Alla pubblica udienza del 4 maggio 2017, la causa è passata in decisione.

In via pregiudiziale il Collegio rileva che, conformemente alla volontà manifestata dalla Ricciardello Costruzioni con l'atto di rinuncia di cui sopra, l'odierno appello va esaminato con esclusivo riguardo alla domanda impugnatoria rivolta contro il provvedimento con cui la medesima è stata esclusa dalla gara, avendo costei in tale ambito confinato il proprio interesse ad agire.

Ciò priva la COSEDIL di ogni interesse ad opporsi alle contestazioni sul punto mosse dall'appellante.

Così delimitata la portata del giudizio, può passarsi all'esame delle merito del ricorso.

Col primo motivo di gravame l'appellante si duole dell'erroneità dell'affermazione con cui il giudice di prime cure ha ritenuto che la mancata specificazione degli oneri di sicurezza aziendale in sede di offerta possa costituire causa di esclusione della procedura selettiva, pur in assenza di una specifica prescrizione in tale senso nella disciplina di gara.

La pronuncia contrasterebbe, infatti, con i principi eurounitari di tutela del legittimo affidamento, di certezza del diritto, di libera circolazione, di libero stabilimento e di parità di trattamento.

La doglianza è fondata.

L'impugnata sentenza richiama integralmente l'orientamento dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato di cui alle sentenze 20 marzo 2015, n. 3 e 2 novembre 2015, n. 9, riguardo alle conseguenze della mancata indicazione degli oneri della sicurezza aziendale in sede di offerta.

Più di recente, però, la medesima Adunanza plenaria è nuovamente intervenuta sulla tematica con la sentenza 27 luglio 2016, n. 19 che, rettificando il precedente indirizzo, alla luce dei principi eurounitari della tutela dell'affidamento, della certezza del diritto, della parità di trattamento, della non discriminazione, della proporzionalità e della trasparenza, ha affermato che per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del nuovo c.d. codice degli appalti

pubblici e delle concessioni (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio (in termini anche Cons. Stato, V, 18 gennaio 2017, n. 194; 23 dicembre 2016, n. 5444; III, 27 ottobre 2016, n. 4527).

Il nuovo orientamento ha trovato conferma nell'ordinanza della Corte di Giustizia U.E., VI, 10 novembre 2016, in C-140/16, C-697/15 e C-162/16, secondo cui: "il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, come attuati dalla direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito dell'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 procedura e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un'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. I principi della parità di trattamento e di proporzionalità devono inoltre essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di concedere a un tale offerente la possibilità di rimediare alla situazione e di adempiere detto obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice".

La pronuncia riprende l'affermazione più generale fatta dalla stessa Corte di Giustizia nella sentenza della Sez. VI, 2 giugno 2016, in C-27/15, secondo la quale: "Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice".

L'odierna fattispecie trova la sua integrale disciplina nei principi di diritto enunciati della più recente giurisprudenza interna ed eurounitaria sopra richiamata.

Invero:

a) la procedura selettiva per cui è causa si è svolta sotto il vigore del Codice dei contratti pubblici del 2006;

b) è incontrovertibile che la disciplina di gara non richiedesse ai concorrenti di specificare

nell'offerta, tanto meno a pena di esclusione, gli oneri della sicurezza aziendale;

c) non è, infine, contestato che l'offerta economica della Ricciardello Costruzioni, rispettasse i costi minimi della sicurezza aziendale e ciò, nonostante l'esclusione sia stata disposta nell'ambito del procedimento finalizzato alla verifica di congruità delle offerte, posto che, come più sopra rilevato, l'avversato provvedimento espulsivo è motivato unicamente con riguardo alla mancata indicazione dei detti oneri, senza alcun riferimento ad un eventuale insufficienza dell'offerta a coprire i costi della sicurezza interna.

Obietta l'appellata amministrazione che il principio espresso dalla richiamata giurisprudenza non sarebbe applicabile laddove, come nella fattispecie, il criterio di aggiudicazione prescelto sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, atteso che in tal caso, l'indicazione dei degli oneri della sicurezza aziendale sarebbe preordinata a consentire alla stazione appaltante di valutare la congruità dell'offerta.

L'obiezione non coglie nel segno.

La specificazione dei detti oneri, infatti, rileva sempre (ex art. 87, comma 4, del decreto legislativo n. 163 del 2006) ai fini del giudizio di anomalia dell'offerta, qualunque sia il criterio di aggiudicazione prescelto (prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa) e il fatto che si consenta al concorrente, mediante il soccorso istruttorio, di specificare i costi della sicurezza in precedenza non indicati, non può avere alcuna influenza sulla verifica di congruità da condurre.

Alla luce delle considerazioni svolte, deve, dunque, ritenersi che erroneamente il giudice di prime cure abbia valutato non illegittima l'esclusione dalla gara dell'odierna appellante per l'omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendale.

Sotto questo profilo l'appello va, pertanto, accolto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

I mutamenti giurisprudenziali verificatisi in corso di causa giustificano l'integrale compensazione di spese e onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di quanto specificato in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie in parte il ricorso di primo grado e conseguentemente annulla il provvedimento di esclusione dalla gara dell'odierna appellante.

Spese compensate.

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