

## **Sulla legittimità della sanzione espulsiva comminata dalla lex specialis di gara relativa ad un appalto di servizi per la mancata indicazione degli oneri di sicurezza cd. interni.**

di Daniela Dell'Oro

Data di pubblicazione: 4-8-2016

1. Qualora, dall'esame della *lex specialis* di gara – individuata nella disciplina risultante dalla integrazione reciproca di bando e disciplinare, potendo anche il secondo, se richiamato dal primo, stabilire clausole di esclusione – risulti, a pena di esclusione, l'obbligo dell'indicazione degli oneri di sicurezza c.d. interni o aziendali, l'omessa indicazione, nell'apposito spazio nel modulo e negli allegati messi a disposizione «*form online*», dei relativi importi integra il vizio di incompletezza dell'offerta, che legittima la sanzione espulsiva.
2. La redazione del piano delle zone di pericolo interessate da fenomeni di frane, pericoli idraulici e valanghe richiede l'esecuzione di sopralluoghi e rilievi sul campo, con un'attività che implica l'adozione di apposite misure di sicurezza e di prevenzione antiinfortunistica a tutela dell'incolumità del personale ed implica, correlativamente, l'obbligo di indicare i relativi costi quale componente essenziale dell'offerta economica.
3. L'obbligo di indicare i costi di sicurezza interni è conforme ai principi di proporzionalità e di ragionevolezza e posto a tutela di preminenti interessi di sicurezza sui luoghi di lavoro protetti a livello costituzionale e comunitario, la cui violazione non può essere supplita dal ricorso all'istituto del soccorso istruttorio, pena la violazione dei principi di immodificabilità postuma della legge di gara, parità di trattamento dei concorrenti e tutela dell'affidamento.

1) *In senso conforme: Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 3/2015, Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 9/2015.*

### **Guida alla lettura**

La controversia - oggetto della sentenza che si annota - concerne la gara di appalto indetta in forma telematica per l'affidamento del servizio di redazione del 'Piano delle zone di pericolo'

comunali, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (a corpo e a prezzi unitari)

Il Collegio, all'esito dell'esame della *lex specialis* di gara – individuata nella disciplina risultante dalla integrazione reciproca di bando e disciplinare, potendo anche il secondo, se richiamato dal primo, stabilire clausole di esclusione – ha rilevato la sussistenza dell'obbligo, previsto a pena di esclusione, di indicazione degli oneri di sicurezza c.d. interni o aziendali.

Infatti, proprio il disciplinare di gara impone ai concorrenti di utilizzare i moduli predisposti dalla stazione appaltante e commina espressamente la sanzione espulsiva per la presentazione di offerte incomplete.

Ne discende che l'omessa indicazione - nell'apposito spazio nel modulo e negli allegati messi a disposizione «*form online*» - dell'importo dei costi interni aziendali riguardanti la sicurezza afferente all'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto (contenuti nei costi complessivi per l'intero periodo contrattuale) integra il vizio di incompletezza dell'offerta, espressamente sanzionata con l'esclusione dalla gara.

Il Collegio, allineandosi alla giurisprudenza del Consiglio di Stato in sede di Adunanza Plenaria (v. Ad. Plen. n. 3/2015), sottolinea che la previsione riferita ai soli oneri di sicurezza c.d. da interferenza (intesa come contatto rischioso tra il personale del committente e quello dell'appaltatore, oppure tra il personale di imprese diverse che operano nella stessa sede aziendale con contratti differenti) costituisce una voce che compete alla stazione appaltante e non ai concorrenti indicare (e che è diversa rispetto a quella relativa agli oneri di sicurezza interni).

Oneri di sicurezza da interferenza che, secondo la previsione del bando-tipo per le gare telematiche utilizzata dalla stazione appaltante, dovevano essere indicati (dalla stazione appaltante) solo per gli appalti di lavori, mentre nella specie si versa in fattispecie di appalto di servizi per la quale, in concreto, non si configurano oneri di sicurezza c.d. da interferenza (coerentemente non indicati nel bando), con conseguente uniformità tra bando e disciplinare.

La VI Sezione precisa che il dettato della *lex specialis* circa la necessaria indicazione, nell'ambito dell'offerta economica, degli oneri di sicurezza c.d. interni o aziendali è conforme alla disciplina legislativa di cui agli artt. 86, comma 3 *bis*, 87, comma 4, d.lgs. n. 163/2006 e 26, comma 6, d.lgs. n. 81/2008, che prescrive tale obbligo con espresso riferimento agli appalti di servizi e forniture e che, in merito agli appalti lavori, muove dal presupposto interpretativo della sua espressa previsione legislativa per il (solo) settore dei servizi e delle forniture.

Ne consegue che sarebbe stato impossibile, per la stazione appaltante, attivare il soccorso istruttorio in quanto l'offerta era mancante di un elemento essenziale, pena la violazione del principio della *par condicio competitorum* (v. Ad. Plen. n. 3/2015 e n. 9/2015).

Inoltre, il Collegio esclude che si versi in presenza di servizi relativi a prestazioni di natura prettamente intellettuale e riservate a professionisti abilitati, per le quali non si riscontrerebbero misure specifiche di prevenzione per la sicurezza sul lavoro.

Infatti, alla luce sia della disciplina normativa, primaria e secondaria, in materia di redazione dei piani delle zone di pericolo, sia della descrizione dell'esecuzione delle prestazioni contenuta nella stessa offerta, la redazione del piano delle zone di pericolo interessate da fenomeni di frane, pericoli idraulici e valanghe richiede l'esecuzione di sopralluoghi e rilievi sul campo, in zona montuosa esposta al verificarsi dei menzionati fenomeni idrogeologici.

Ricorre, quindi, lo svolgimento di un'attività che implica l'adozione di apposite misure di sicurezza e di prevenzione antiinfortunistica a tutela dell'incolumità del personale operante *in loco*, imposta dall'inderogabile disciplina vigente in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro (v. d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81), e, correlativamente, l'obbligo di indicare i relativi costi quale componente essenziale dell'offerta economica.

La VI Sezione rimarca, inoltre, che si versa in fattispecie di servizi elencati nell'allegato 'II A' al d.lgs. n. 163/2006, assoggettati alla disciplina del codice dei contratti pubblici dall'art. 20, comma 2, d.lgs. n. 163/2006.

I rilievi svolti inducono il Collegio a rigettare la tesi dell'esenzione, per i servizi di natura intellettuale, dell'obbligo di indicare i costi di sicurezza c.d. interni, nonché la tesi dell'erronea applicazione dell'art. 79 cod. proc. amm. per la mancata sospensione del giudizio in attesa della definizione di questioni pregiudiziali comunitarie pendenti in materia dinanzi alla Corte di Giustizia.

La peculiarità della fattispecie esaminata, la quale inerisce al settore degli appalti di servizi (e non di lavori) ed emerge dalla circostanza che l'onere di indicare i costi di sicurezza c.d. interni sin dalla presentazione dell'offerta risulta imposto dalla stessa *lex specialis* (e non dagli effetti etero-integrativi della normazione legislativa).

Si tratta di previsioni che il Collegio reputa conformi ai principi di proporzionalità e di ragionevolezza, a tutela di preminenti interessi di sicurezza sui luoghi di lavoro protetti a livello costituzionale e comunitario, la cui violazione non può essere supplita dal ricorso all'istituto del soccorso istruttorio, pena la violazione dei principi di immodificabilità postuma della legge di gara, parità di trattamento dei concorrenti e tutela dell'affidamento.

REPUBBLICA ITALIANA

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2500 del 2016, proposto da:  
Studio Associato IN.GE.NA., in proprio e quale capogruppo mandatario di costituendo r.t.i. con Geologia e Ambiente Studio Associato e Johann Kessler, titolare dello Studio Kessler Ingenierbüro, appresentati e difesi dagli avvocati Herald Jörg Gamper e Luca Mazzeo, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Giosué Borsi, 4;

***contro***

Comune di Marebbe, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Dieter Schramm e Patrizio Leozappa, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Giovanni Antonelli, 15;

***nei confronti di***

Baukanzlei Sulzenbacher & Partner, in proprio e quale capogruppo mandatario di costituendo r.t.i. con Planbüro ARE e Alpinplan Dr. Stephan Pichler - Dr. Erwin Tötsch, tutti rappresentati e difesi dagli avvocati Manfred Schullian, Ulrike Oberhammer e Luigi Manzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

***per la riforma***

della sentenza del T.R.G.A. - SEZIONE AUTONOMA DELLA PROVINCIA DI BOLZANO, n. 00078/2016, resa tra le parti e concernente: affidamento del servizio di redazione di piano delle zone di pericolo - risarcimento danni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti appellate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 9 giugno 2016, il Consigliere Bernhard Lageder e uditi, per le parti, gli avvocati Mazzeo, Schramm, Leozappa e Manzi;

1. PREMESSO che la sentenza, a norma dell'art. 120, commi 11, 10 e 6, cod. proc. amm., va redatta in forma semplificata;

2. CONSIDERATO, in linea di fatto, che la presente controversia inerisce alla gara di appalto indetta dal Comune di Marebbe con bando spedito il 10 giugno 2015 nelle forme della gara telematica, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di redazione del 'Piano delle zone di pericolo per il Comune di Marebbe', secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (a corpo e a prezzi unitari) al prezzo base di euro 194.300,00 (al netto dell'IVA), sfociata nell'aggiudicazione del servizio al r.t.i. capeggiato dallo studio Baukanzlei Sulzenbacher & Partner (d'ora in poi: r.t.i. Sulzenbacher), dopo che il r.t.i. capeggiato dallo Studio Associato IN.GE.NA. (d'ora in poi: r.t.i. IN.GE.NA.) con provvedimento della Commissione di gara del 14 agosto 2015 era stato escluso dalla procedura di evidenza pubblica con la testuale motivazione che «*nell'offerta economica (Allegato C1) non sono indicati costi interni aziendali riguardanti la sicurezza afferente all'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto*» (v. verbale del 14 agosto 2015);

3. RILEVATO che, con la sentenza in epigrafe, il Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano, ha respinto il ricorso principale n. 198 del 2015, proposto dal r.t.i. IN.GE.NA. avverso l'atto di esclusione del ricorrente e l'aggiudicazione in favore del r.t.i. Sulzenbacher – dichiarando di conseguenza improcedibile il ricorso incidentale proposto da quest'ultimo in qualità di controinteressato, con il quale erano stati dedotti motivi escludenti nei confronti del ricorrente principale (per la mancata prestazione di regolare cauzione provvisoria e per l'omessa sottoscrizione della documentazione relativa alle referenze tecnico-professionali) –, sulla base dei seguenti rilievi:

- le pronunce dell'Adunanza Plenaria n. 3/2015 e n. 9/2015, sebbene relative ad appalti di lavori, muovono dal presupposto interpretativo secondo cui l'art. 87, comma 4, d.lgs. n. 163/2006 impone espressamente l'obbligo dell'indicazione degli oneri di sicurezza aziendali nell'offerta proprio per gli appalti di servizi e di forniture, con conseguente indubbio assoggettamento del settore degli appalti di servizi a tale obbligo;

- non è condivisibile la deduzione di parte ricorrente secondo cui, trattandosi di servizio di natura intellettuale, non sarebbero configurabili oneri di sicurezza c.d. interni o aziendali, in quanto sia nel capitolato d'oneri, sia nelle direttive per la redazione dei piani delle zone di pericolo emanate in attuazione dell'art. 22-bis l. prov. 11 agosto 1997, n. 13 (l. urb. prov.) con deliberazione della giunta provinciale n. 712/2012, sia infine nella stessa offerta presentata dal r.t.i. ricorrente, erano previsti sopralluoghi e rilievi sul campo nelle aree di pericolo, implicanti l'esposizione del personale incaricato a rischi specifici connessi a tale attività;

- non sono ravvisabili i presupposti per l'invio pregiudiziale alla Corte di Giustizia in relazione alle questioni di compatibilità comunitaria sollevate dalla ricorrente, rispettivamente per la sospensione del giudizio ai sensi dell'art. 79 cod. proc. amm. in attesa della soluzione di questione analoga già pendente dinanzi alla Corte e sollevata da vari organi di giustizia amministrativa;

4. RITENUTA l'infondatezza dell'appello principale proposto dall'originario ricorrente r.t.i.

IN.GE.NA., sostanzialmente ripropositivo dei motivi di primo grado, seppur adattati all'impianto motivazionale dell'impugnata sentenza, per le seguenti ragioni:

- da un attento esame della *lex specialis* di gara – da individuarsi nella disciplina risultante dalla integrazione reciproca di bando e disciplinare, potendo anche il secondo, ove (come nella specie: v. pp. 4 e 5 del bando) richiamato dal primo, stabilire clausole di esclusione – emerge che la stessa prevedeva, a pena di esclusione, l'obbligo dell'indicazione degli oneri di sicurezza c.d. interni o aziendali;

- infatti, premesso che i concorrenti, ai sensi del disciplinare di gara (v. punto 2.5-*bis* e dell'ivi richiamato 74, comma 3, d.lgs. n. 163/2006) erano obbligati ad utilizzare i moduli predisposti dalla stazione appaltante (essendo l'offerta del prezzo determinata mediante prezzi unitari, per gli effetti della clausola di salvezza di cui al citato comma 3 dell'art. 74), e che per la presentazione di offerte incomplete era comminata espressamente l'esclusione dalla gara (v. comma 5 del punto 2.5-*bis*), si osserva che il r.t.i. IN.GE.NA. ha ommesso di indicare, nell'apposito spazio all'uopo riservato nel modulo, «*L'importo dei costi interni aziendali riguardanti la sicurezza afferente all'esecuzione della prestazione oggetto del presente appalto (contenuti nei costi complessivi per l'intero periodo contrattuale)* » (v. così, testualmente, l'allegato C1), così incorrendo nel vizio di incompletezza dell'offerta sanzionata con l'esclusione dalla gara;

- il punto 2., comma 3, del disciplinare di gara prescriveva la compilazione degli allegati messi a disposizione «*form online*», e il punto 2.5., comma 2, stabiliva che, per presentare l'offerta, il concorrente era tenuto a «*compilare il form online, indicando quanto richiesto, al netto degli oneri per la sicurezza e dell'IVA*», sicché non poteva sussistere dubbio alcuno circa la previsione, nella *lex specialis*, dell'obbligo dei concorrenti di specificare l'apposita voce degli oneri di sicurezza c.d. interni o aziendali, a pena di esclusione;

- inconferente è, al riguardo, la deduzione del r.t.i. appellante, secondo cui il bando in formato telematico, al punto II.2.1) rubricato «*Importo dell'appalto*», conteneva la previsione «*Costi per la sicurezza (nel caso di appalto di lavori)* », con il correlativo spazio rimasto non compilato, riferendosi, invero, tale previsione necessariamente ai soli oneri di sicurezza c.d. da interferenza (intesa come contatto rischioso tra il personale del committente e quello dell'appaltatore, oppure tra il personale di imprese diverse che operano nella stessa sede aziendale con contratti differenti), la cui indicazione compete alla stazione appaltante e non ai concorrenti (sulla differenza tra le due tipologie di oneri di sicurezza, v. Ad. Plen. n. 3/2015), ed i quali, secondo la previsione del bando-tipo per le gare telematiche utilizzata dalla stazione appaltante, dovevano essere indicati (dalla stazione appaltante) solo per gli appalti di lavori (sulla base di una valutazione senz'altro ragionevole, fondata sull'*id quod plerumque accidit*), mentre nella specie si versava in fattispecie di appalto di servizi per la quale, in concreto, non erano configurabili oneri di sicurezza c.d. da interferenza (i quali, dunque, del tutto coerentemente non sono stati indicati nel bando), con conseguente esclusione del paventato contrasto tra bando e disciplinare;

- la previsione della *lex specialis* circa la necessaria indicazione, nell'ambito dell'offerta economica, degli oneri di sicurezza c.d. interni o aziendali deve ritenersi conforme alla

disciplina legislativa di cui al combinato disposto degli artt. 86, comma 3 *bis*, 87, comma 4, d.lgs. n. 163/2006 e 26, comma 6, d.lgs. n. 81/2008, la quale, espressamente riferita agli appalti di servizi e forniture, prescrive tale obbligo (v. Ad. Plen. n. 3/2015, che, nel statuire tale obbligo per gli appalti lavori, muove dal presupposto interpretativo della sua espressa previsione legislativa per il settore dei servizi e delle forniture, con conseguente manifesta infondatezza della tesi del r.t.i. appellante circa l'inapplicabilità di tale disciplina al settore degli appalti di servizi);

- pertanto, per un verso, la *lex specialis* era legittima e, per altro verso, sarebbe stato impossibile per la stazione appaltante attivare il soccorso istruttorio in quanto l'offerta era mancante di un elemento essenziale, pena altrimenti la violazione del principio della *par condicio competitorum* (v. Ad. Plen. n. 3/2015 e n. 9/2015);

- correttamente è stata respinta la tesi dell'odierno appellante, secondo cui si verserebbe in presenza di servizi aventi ad oggetto prestazioni di natura prettamente intellettuali riservate a professionisti abilitati, per le quali non verrebbero in rilievo misure specifiche di prevenzione per la sicurezza sul lavoro, poiché, sia alla luce della disciplina normativa, primaria e secondaria in materia di redazione dei piani delle zone di pericolo (art. 22-*bis* l. urb. prov. e relative direttive attuative emanate con deliberazione della giunta provinciale n. 712 del 14 maggio 2012), sia alla luce della descrizione dell'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto contenuta nella stessa offerta formulata dal r.t.i. IN.GE.NA., ai fini della redazione del piano delle zone di pericolo interessate da fenomeni di frane, pericoli idraulici e valanghe è necessario eseguire sopralluoghi e rilievi sul campo, in zona montuosa esposta ai menzionati fenomeni idrogeologici, implicante l'adozione di correlative misure di sicurezza e di prevenzione antiinfortunistica a tutela dell'incolumità del personale operante *in loco*, imposta dall'inderogabile disciplina vigente in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro (v. d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81), e dunque, implicante l'obbligo di indicare i relativi costi quale componente essenziale dell'offerta economica;

- inoltre si versa in fattispecie di servizi elencati nell'allegato 'Il A' al d.lgs. n. 163/2006 (in particolare, si tratta dei servizi contemplati dalla categoria 12), ai quali, secondo la disposizione contenuta nell'art. 20, comma 2, d.lgs. n. 163/2006, si applica la disciplina del codice dei contratti pubblici;

- inconferenti sono pertanto i richiami dell'odierno appellante ad alcuni precedenti di questo Consiglio di Stato, asseritamente affermativi dell'esenzione dei servizi di natura intellettuale dall'obbligo di indicare i costi di sicurezza c.d. interni, in quanto o relativi a fattispecie concrete in cui non erano configurabili esposizioni a rischi specifici sul luogo di lavoro, o relativi a fattispecie rientranti nell'allegato 'Il B' al codice dei contratti pubblici, parzialmente esulanti dal relativo ambito applicativo ai sensi dell'art. 20, comma 1, d.lgs. n. 163/2006;

- destituito di fondamento è, infine, il profilo di censura con cui si deduce l'erronea applicazione dell'art. 79 cod. proc. amm. per la mancata sospensione del giudizio in attesa della definizione di questioni pregiudiziali comunitarie pendenti in materia dinanzi alla Corte di Giustizia, attesa la peculiarità della presente fattispecie, la quale inerisce al settore degli appalti di servizi (e non di lavori) ed è connotata dalla circostanza che l'onere di indicare i

costi di sicurezza c.d. interni sin dalla presentazione dell'offerta è stato imposto dalla stessa *lex specialis* (e non dagli effetti etero-integrativi della normazione legislativa) – con previsioni conformi ai principi di proporzionalità e di ragionevolezza, a tutela di preminenti interessi di sicurezza sui luoghi di lavoro protetti a livello costituzionale e comunitario –, la cui violazione non può essere supplita dal ricorso all'istituto del soccorso istruttorio, pena la violazione dei principi di immodificabilità postuma della legge di gara, di parità di trattamento dei concorrenti e di tutela dell'affidamento;

5. RITENUTA, per le esposte ragioni, l'infondatezza dell'appello principale, con conseguente assorbimento di ogni altra questione e con sequela di improcedibilità dell'appello incidentale (ripropositivo dei motivi del ricorso incidentale di primo grado di 'valenza escludente', correttamente dichiarato improcedibile dal T.r.g.a. per carenza di interesse in conseguenza dell'infondatezza nel merito del ricorso principale);

6. RITENUTA, in considerazione di ogni circostanza connotante la presente controversia, la sussistenza dei presupposti di legge per dichiarare le spese del presente grado di giudizio interamente compensate tra le parti;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (ricorso n. 2500 del 2016), respinge l'appello principale, dichiara improcedibile l'appello incidentale e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza; dichiara le spese del presente grado di giudizio interamente compensate tra tutte le parti.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2016, con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

Marco Buricelli, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere

