

## **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**

*di Marco Giustiniani*

*Data di pubblicazione: 20-7-2013*

Consiglio di Stato, Sez. III, 10 luglio 2013, n. 3706

Presidente Lignani; Estensore Simonetti

*In materia di costi della sicurezza, è necessario distinguere tra oneri di sicurezza per le interferenze, nella misura che viene predeterminata dalla stazione appaltante ed oneri di sicurezza da rischio specifico o aziendale (c.d. costi interni), la cui quantificazione spetta a ciascuno dei concorrenti in rapporto alla propria offerta economica. Nell'ipotesi in cui la lex specialis di gara indichi l'ammontare dei costi di sicurezza, precisando che gli stessi non sono modificabili, deve ritenersi che gli oneri di sicurezza siano quelli del primo tipo, lasciando liberi i concorrenti di quantificare e di graduare i propri costi interni di sicurezza, la cui previsione costituisce peraltro un obbligo di legge, ai sensi del combinato disposto degli artt. 86, co. 3 bis e 87, co. 4, del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 26 del d.lgs. 81/2008.*

*L'ambiguità della lex specialis di gara in punto di individuazione dei costi per la sicurezza e l'affidamento che ripone l'aggiudicatario nelle disposizioni speciali di gara predisposte dalla stazione appaltante conducono a negare che un concorrente possa essere escluso tout court per aver mal compreso una clausola dubbia della lex specialis (cfr. Cons. Stato, n. 4999/12). In tal caso, la mancata indicazione, almeno in termini chiari e comprensibili, dei costi di sicurezza nell'offerta comporta non già la radicale ed immediata esclusione dalla gara, ma la esclusione solamente all'esito negativo di una verifica più ampia sulla serietà e sulla sostenibilità dell'offerta economica nel suo insieme.*

**REPUBBLICA ITALIANA****IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8560 del 2012, proposto da:

Elisicilia S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Innocenti, con domicilio eletto presso Antonella D'Andrea in Roma, Piazzale delle Belle Arti 8;

***contro***

G.S.A. Gruppo Servizi Associati Soc. Cons. P.A., rappresentata e difesa dagli avv. ti Giorgio Orsoni, Andrea Pavanini, Valeria Zambardi, Lorenzo Acquarone, Marcello Bolognesi e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Confalonieri, 5;

***nei confronti di***

Irccs Azienda Ospedaliera San Martino-Ist Ist. Naz. Ricerca Cancro, A.N.I.S.A.- Associazione Naz. Imprese di Sorveglianza Antincendio, nessuna delle quali è costituita in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. LIGURIA: sezione II n. 1416/2012, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio antincendio nonché del servizio prevenzione antincendio e gestione emergenze

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di G.S.A. Gruppo Servizi Associati Soc. Cons. P.A.;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza di questa Sezione n. 4959/2012 con la quale è stata accolta la domanda

cautelare di sospensione dell'esecuzione della sentenza;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2013 il Cons. Hadrian Simonetti, uditi per le parti gli avvocati Innocenti, Orsoni, Zambardi e Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## **FATTO e DIRITTO**

1. L'IRCSS Azienda ospedaliera universitaria San Martino, con deliberazione del 29.3.2012, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio antincendio presso l'eliperficie aziendale, nonché del servizio di prevenzione incendi e gestione emergenze negli edifici di proprietà della stessa, per la durata di cinque anni, da aggiudicarsi al prezzo più basso.

La procedura è stata aggiudicata alla Elisicilia s.r.l., che ha formulato l'offerta più bassa.

2. G.S.A., gestore uscente, ha proposto ricorso avverso l'affidamento provvisorio e con motivi aggiunti ha impugnato inoltre l'aggiudicazione definitiva, deducendo una pluralità di vizi con i quali ha contestato:

-l'esecuzione anticipata del servizio, prima della scadenza del termine dilatorio;

-la mancanza della copertura finanziaria;

-l'assenza in capo ad Elisicilia dei requisiti tecnici, con particolare riferimento alla capacità tecnica e finanziaria, non avendo eseguito nell'ultimo triennio servizi per un importo minimo di euro 915.000, non potendo considerarsi a tal fine il servizio svolto per AREU di Milano, poiché non sarebbe stato reso in favore di una struttura sanitaria;

-la mancata verifica da parte della stazione appaltante di quanto dichiarato da Elisicilia, in violazione dell'art. 48 Codice dei contratti;

-l'incongruità dell'offerta di Elisicilia e l'illogicità del giudizio formulato dalla stazione appaltante, con particolare riferimento alla mancata indicazione dei costi per la sicurezza aziendale, non solo al momento dell'offerta ma anche in sede di verifica, nonché sotto l'ulteriore profilo del costo del personale, avendo Elisicilia previsto le ore non lavorate a causa di malattia, infermità, maternità nella percentuale di appena l'1%, senza giustificare tale dato;

-la circostanza che il sopralluogo obbligatorio sia stato effettuato alla contemporanea presenza di tutti i concorrenti.

3. Il Tar, giudicato inammissibile il ricorso introduttivo, ha reputato fondati i primi due motivi aggiunti relativi alla mancata dimostrazione e comunque alla mancata verifica della capacità

tecnica e finanziaria di Elisicilia, che quindi non raggiungerebbe la soglia del fatturato minimo richiesto; ciò sul presupposto che l'importo fatturato nei confronti di AREU di Milano non sia utilmente calcolabile in quanto il servizio ha avuto come base l'aeroporto di Bresso. Ha assorbito i restanti motivi.

4. Avverso la sentenza ha proposto appello Elisicilia, denunciando la violazione del bando di gara e dell'art. 48 del Codice dei contratti.

4.1. Quanto al primo profilo, ha sottolineato come il bando non distingue tra servizi analoghi prestati a favore di strutture sanitarie e servizi di prevenzione svolti presso strutture sanitarie, con la conseguenza che il proprio servizio – svolto in favore di AREU (che è struttura sanitaria), presso la base eliportuale HEMS di Bresso – rientrerebbe tra i servizi analoghi prestati presso strutture sanitarie pubbliche o private.

4.2. Quanto al secondo profilo, ha sostenuto che la stazione appaltante avrebbe effettuato le verifiche di legge, osservando che comunque un'eventuale omissione in tal senso non comporterebbe l'esclusione dalla gara ma la necessità di depositare i documenti non ancora richiesti.

4.3. Si è costituita la GSA originaria ricorrente in primo grado, con memoria depositata il 13.12.2012, con la quale ha anche riproposto, ai sensi dell'art. 101 c.p.a., i motivi assorbiti dal Tar concernenti la congruità dell'offerta economica, con particolare riferimento ai costi per la sicurezza e per il personale.

4.4. Nella camera di consiglio del 18.12.2012 è stata accolta la domanda cautelare, sul rilievo dell'apparente fondatezza dell'appello.

4.5. All'udienza del 7.6.2013, in vista della quale le difese hanno depositato ulteriori memorie, Elisicilia replicando anche ai motivi riproposti da GSA, la causa è passata in decisione.

5. Reputa il Collegio che, sulla scorta di quanto già accertato in sede cautelare, l'appello sia fondato, per le seguenti ragioni.

5.1. Si può infatti ragionevolmente ritenere che il servizio svolto in passato da Elisicilia presso la base eliportuale HEMS sia riconducibile nel novero dei servizi svolti presso strutture sanitarie pubbliche o private, potendo così essere computato al fine di soddisfare il requisito di cui alla lett. C) del punto III.2.2. del bando. Ciò sul rilievo che detto servizio, svolto in favore di un'azienda sanitaria regionale (AREU), avendo avuto ad oggetto l'emergenza sanitaria attraverso elicotteri, sia da considerarsi analogo se non proprio identico a quello oggetto di gara. Del resto, trattandosi del requisito di capacità tecnica, desumibile dai servizi analoghi resi in precedenza, non sarebbe ragionevole distinguere sulla base di elementi del tutto irrilevanti dal punto di vista della dimostrazione del requisito.

5.2. Tanto chiarito sul (piano del) possesso del requisito di capacità tecnica e finanziaria, ne consegue che anche la violazione dell'art. 48 del Codice dei contratti, se riferita (come sembrerebbe dalla lettura del motivo) solamente al medesimo requisito controverso, è

destinata a venire meno, non senza osservare come una simile violazione comunque non avrebbe potuto da sola condurre all'esclusione del singolo concorrente.

5.3. Il rilievo è determinante anche nell'esame dei motivi, assorbiti in primo grado, riproposti in appello dalla difesa di GSA, il primo dei quali concerne la congruità dell'offerta economica di Elisicilia, con particolare riferimento sia ai costi per la sicurezza che a quelli per il lavoro.

5.4. Quanto ai primi, si deve muovere dalla considerazione preliminare che la stazione appaltante aveva indicato nel bando costi della sicurezza pari a euro 62.000, oltre IVA, definendoli come non modificabili e non soggetti a ribasso.

5.5. Ciò posto, data per conosciuta la distinzione tra oneri di sicurezza per le interferenze, nella misura predeterminata dalla stazione appaltante, e oneri di sicurezza da rischio specifico o aziendale, la cui quantificazione spetta a ciascuno dei concorrenti in rapporto alla sua offerta economica (v. Cons. St., III, n. 212/2012), è molto probabile che nel caso in esame la stazione appaltante nel bando abbia inteso fare riferimento solamente ai costi del primo tipo, come dimostra la precisazione in merito alla loro non modificabilità; lasciando i concorrenti "liberi" di quantificare e di graduare i propri costi della sicurezza, la cui previsione costituisce peraltro un obbligo di legge, ai sensi del combinato disposto degli artt. 86, co. 3 bis e 87, co. 4, del Codice dei contratti e dell'art. 26 del d.lgs. 81/2008 (recante norme in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro).

5.6. La mancata indicazione, almeno in termini chiari e comprensibili, di tali costi, da parte di Elisicilia, pone la questione delle conseguenze derivanti da simile omissione: se ciò comporti per ciò solo la radicale ed immediata esclusione dalla gara oppure se tale esclusione sia possibile solamente all'esito – si intende, ove negativo - di una verifica più ampia sulla serietà e sulla sostenibilità dell'offerta economica nel suo insieme.

La Sezione non ignora come su tale questione, evidentemente di cruciale importanza anche su di un piano più generale, si confrontino indirizzi ed orientamento non sempre univoci, specie nelle ipotesi in cui sia la stessa legge di gara ad omettere il richiamo ai costi propri per la sicurezza (v. Cons. St., III, n. 4622/2012 e V, n. 4510/2012, relativamente ad un appalto escluso); ed è consapevole di come debba tenersi conto anche della particolarità del caso di specie nel quale, come peraltro non infrequentemente accade, il vizio di origine è in buona parte imputabile alla stazione appaltante che, nella redazione del bando, non ha distinto tra i due tipi di costi (v. ad esempio, per un ampio riconoscimento della buona fede, Cons. St., VI, n. 4999/2012).

5.7. Si è quindi dell'avviso che, quanto meno nel caso in esame, l'omissione del concorrente non possa condurre alla sua automatica esclusione ma debba comportare, da parte della stazione appaltante, una verifica più puntuale, e meglio argomentata, di quella sin qui posta in essere.

Vale infatti sottolineare come, neppure in sede di giustificazioni, l'amministrazione ha approfondito tale aspetto (cfr. nota del 27.6.2012 con cui le giustificazioni sono state richieste con riferimento a: organizzazione aziendale; forniture e disponibilità materiali; produttività); e

come la stessa linea difensiva di Elisicilia presenti margini di innegabile ambiguità, laddove da un lato sembra sostenere che i costi propri sarebbero compresi nei ricordati 62.000 euro indicati nel bando, teorizzando che altrimenti sarebbero sovrastimati (cfr. memoria 20.5.2013 a p. 3), e dall'altro parrebbe suggerire che quegli stessi costi, interni, possano trovare la loro copertura tra le spese generali, quantificate complessivamente in misura pari ad euro 52.172,70 (cfr. sempre memoria 20.5.2013 a p. 4) e/o grazie alla percentuale di utile indicata, pari all'8% (p. 5).

5.8. In questi termini la censura, contenuta nel terzo degli originari motivi aggiunti, è fondata ed il suo accoglimento comporta l'annullamento dell'aggiudicazione in favore di Elisicilia e pone a carico della stazione appaltante l'obbligo di un nuovo e motivato esame in merito alla congruità dell'offerta economica, con particolare riferimento ai costi interni della sicurezza nonché, a fronte delle articolate allegazioni di GSA, anche del costo del lavoro.

5.9. Dopodiché, solamente a seconda dell'esito di tale riesame, la stazione appaltante procederà ad aggiudicare la gara in favore di Elisicilia oppure procederà allo scorrimento della graduatoria.

6. L'esito complessivo del giudizio, nel segno della reciproca soccombenza, giustifica la compensazione delle spese.

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

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza),

definitivamente pronunciando così provvede:

-accoglie l'appello e il primo dei motivi riproposti da parte appellata ai sensi dell'art. 101 c.p.a. e pertanto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il terzo dei motivi aggiunti presentati in primo grado da GSA, respingendo ogni altra censura;

-per l'effetto annulla l'aggiudicazione in favore di Elisicilia ai sensi e nei termini di cui in motivazione;

-compensa le spese tra le parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Roberto Capuzzi, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

## BREVI ANNOTAZIONI

### L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

La sentenza dei giudici di Palazzo Spada torna su un tema che sta diventando sempre più caldo in giurisprudenza: le conseguenze circa la mancata indicazione – direttamente in sede di offerta – dei costi per la sicurezza interni ai concorrenti a gare pubbliche ai sensi degli artt. 86, comma 3-*bis*, e 87, comma 4, del Codice dei contratti pubblici.

Oggetto di disamina è infatti l'obbligo di escludere *tout court* l'offerta che non faccia alcun riferimento a tali costi oppure quello di procedervi solo all'esito di una specifica valutazione da effettuarsi ad opera della stazione appaltante a valle dell'aggiudicazione che contempri la sostenibilità dell'offerta anche con riferimento all'ammontare dei costi per la sicurezza.

### IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Come oramai pacificamente riconosciuto i costi od oneri 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. anche propri o interni)**, la cui quantificazione spetta invece a ciascuno dei concorrenti in rapporto alla sua offerta economica.

Ai sensi dell'**art. 86, comma 3-*bis*, del Codice**: *“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 [...]”*.

Ai sensi del successivo **art. 87, comma 4, secondo inciso, del Codice**: *“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”.*

Dal combinato disposto delle citate disposizioni assieme anche all'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008, la **più parte della giurisprudenza** fa discendere un **obbligo di legge all'indicazione già in sede di offerta dei costi per la sicurezza interni** (e ciò a prescindere da una specificazione in tal senso contenuta nella *lex specialis* della procedura).

La violazione (o comunque la semplice 'ignoranza') di tale obbligo dovrebbe comportare l'esclusione *tout court* e immediata dalla procedura dell'offerta 'incriminata'. In questo senso cfr. Cons. Stato, Sez. III, 28 agosto 2012, n. 4622; Cons. Stato, Sez. V, 31 luglio 2012, n. 4351.

La sentenza in commento, invece, prende in parte le distanze da tale orientamento giurisprudenziale, optando per una **sostanziale applicazione del principio dell'affidamento del concorrente nelle disposizioni contenute nella legge di gara.**

Secondo i giudici della Sezione Terza, sebbene si debba riconoscere l'obbligatorietà dell'indicazione in sede di offerta anche di questa tipologia di costi, in presenza di clausole ambigue del bando di gara, l'approccio del giudice deve essere meno severo. Infatti quando il vizio di origine è in buona parte imputabile alla stazione appaltante che, nella redazione del bando, non ha distinto tra i due tipi di costi, l'impresa concorrente non deve essere ritenuta responsabile dell'erronea applicazione della normativa vigente (in questo senso cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 settembre 2012, n. 4999).

Il Collegio è stato, dunque, dell'avviso che l'omissione del concorrente non possa condurre alla sua automatica esclusione, ma (tutt'al più e spostando di fatto l'inquadramento del vizio da una pura violazione di legge ad un più sofisticato eccesso di potere per difetto di istruttoria) debba comportare una verifica più puntuale, più argomentata e più motivata da parte della P.A. circa la sostenibilità – anche in ordine agli oneri per la sicurezza aziendali – dell'offerta aggiudicataria *in pectore*.

In questi termini, il Consiglio di Stato ha accolto la censura sollevata dal concorrente secondo classificato avverso l'aggiudicazione. L'effetto conformativo della pronuncia è stato, tuttavia, diverso da quello sperato dallo stesso ricorrente. Infatti, non venendo esclusa in sede giurisdizionale l'offerta aggiudicataria, la P.A. non procederà all'automatico scorrimento della graduatoria in suo favore, bensì sarà tenuta a sanare il vizio istruttorio stigmatizzato dai giudici, con la conseguenza che l'esito positivo del contenzioso nel caso di specie rischierà di trasformarsi in una delle oramai rinomate 'Vittorie di Pirro'.

## **CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE**

Il piccolo *revirement* del Consiglio di Stato in ordine alla specifica materia trattata assume una particolare rilevanza nell'ottica di una nuova – sebbene un po' in sordina – riaffermazione del principio dell'affidamento del privato-concorrente in quello che 'scrivono' le stazioni appaltanti.

In altri termini, è pur vero che l'ignoranza della legge non può scusare la sua violazione, ma è anche vero che in presenza di una legislazione così complessa, come quella sulle gare pubbliche, non è nemmeno possibile pretendere che tutti i costruttori e i fornitori di beni e servizi siano anche dei 'fini giuristi'.

Il principio di leale collaborazione tra pubblico e privato (di cui il principio dell'affidamento si ritiene essere un corollario) deve, dunque, sempre operare in via biunivoca, sia a favore della P.A., sia a favore del privato. Ne consegue che dove il concorrente si sia pedissequamente attenuto alle indicazioni, alle forme e alle modalità di presentazione delle offerte dettate dalle stazioni appaltanti, questo non può essere escluso per eventuali errori indotti dal medesimo soggetto che poi deve valutare la propria esclusione. In queste ipotesi dovrebbe supplire il dovere di soccorso di cui all'art. 46, comma 1, del Codice, ovvero – come nel caso della sentenza in commento – è l'Amministrazione che deve farsi carico dell'errore, provvedendo ad un supplemento istruttorio che non si sarebbe reso necessario se non vi fossero state ambiguità in *lex specialis*.

Da segnalare, infine, la difficoltà che incontrano gli operatori (pubblici e privati) del settore di fronte alle diverse interpretazioni che a livello giurisdizionale vengono date delle medesime disposizioni. In questo senso, emblematica è la circostanza che la medesima Sezione del Consiglio di Stato, solo sette giorni prima della sentenza in commento, affrontando un caso del tutto analogo, era arrivata a conclusioni pressoché opposte. Infatti, con la sentenza 3 luglio 2013, n. 3565, la Sezione Terza aveva ritenuto che le eventuali ambiguità del bando in ordine alla necessità di individuare ed esplicitare puntualmente e separatamente i costi di sicurezza (da interferenza e interni), non sono idonee a rimuovere il chiaro ed ineludibile onere di legge imposto dagli artt. 86, comma 3-*bis*, e 87, comma 4, del Codice. Ne consegue che il medesimo combinato disposto di norme imporrebbe l'esclusione automatica dalla gara pubblica di una impresa che non abbia correttamente assolto a tale onere.

Come visto, dunque, i confini tra affidamento ed esclusioni continuano a mantenere quella geometria variabile che li rende difficilmente individuabili agli operatori del settore, con la diretta conseguenza che dove il confine non è chiaro, maggiore è il margine di errore per chi vi si muove nelle immediate vicinanze.

## PERCORSO BIBLIOGRAFICO

A. Manzi, *Commento agli artt. 86 ss.*, in F. Caringella, M. Protto (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Ed. Dike, Roma, 2012, pp. 627 ss.

