

Ignorantia iuris non excusat. Sull'obbligo generale di indicazione dei costi per la sicurezza aziendali anche in assenza di obblighi specifici in lex specialis.

di Marco Giustiniani

Data di pubblicazione: 19-9-2013

Tar Sicilia, Palermo, Sez. I, sentenza 17 settembre 2013 n. 1683.
Pres. D'Agostino, Est. Tulumello

1. Deve essere annullata l'aggiudicazione di una gara di appalto in favore di una ditta che ha ommesso di indicare nell'offerta i costi per la sicurezza aziendale. Infatti, la mancata indicazione preventiva di tale tipologia di costi rende l'offerta incompleta sotto un profilo particolarmente pregnante, alla luce della natura costituzionalmente sensibile degli interessi protetti, impedendo così alla stazione appaltante un adeguato controllo sulla affidabilità della stessa e dell'impresa offerente. In altri termini, considerata la natura immediatamente precettiva della disciplina contenuta nelle norme in materia, idonea ad eterointegrare le regole procedurali di gara, l'offerta del concorrente priva dell'indicazione dei costi della sicurezza manca di un elemento essenziale e costitutivo, al quale deve ricollegarsi la sanzione dell'esclusione dalla gara anche in assenza di una specifica previsione nella lex specialis.

2. In considerazione che la indicazione dei costi per la sicurezza aziendale riguarda l'offerta, la stazione appaltante non può accedere allo strumento del soccorso in corso di gara (ex art. 46 del d.lgs. n. 163/2006).

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia
(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1061 del 2013, proposto da:
Bqs s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Ornella Sarcuto, con domicilio eletto presso il predetto difensore in Palermo, via La Farina n.11;

contro

Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate Dir. Reg. per la Sicilia, in persona dei rispettivi rappresentanti legali pro tempore rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, domiciliata in Palermo, via A. De Gasperi 81;

nei confronti di

Co.Mi. Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Gaetano Turrisi, con domicilio eletto presso il predetto difensore in Palermo, via Napoli n.84;

per l'annullamento

1°) del provvedimento del Direttore regionale della Sicilia dell'Agenzia delle Entrate, prot. n. 2013/23250 del 3 aprile 2013, comunicato con nota inviata a mezzo mail in data 15 aprile 2013, con il quale è stata disposta, in favore della co.mi. s.r.l., l'aggiudicazione definitiva dell'appalto per "l'affidamento in economia mediante cottimo fiduciario ai sensi dell'art. comma 1, lettera b), e comma 9, del d.igs. 163/06 del servizio di controllo accessi, portierato e videosorveglianza" presso alcuni uffici dell'agenzia;

2°) della nota inviata a mezzo mail dall'agenzia delle entrate in data 15 aprile 2013;

3°) del verbale del 5 giugno 2012, prot. n. 2012/38476, nella parte in cui la commissione di gara ha disposto l'ammissione della co.mi. nonostante l'offerta economica da questa prodotta non fosse corredata delle giustificazioni relative alle voci di prezzo offerte, ed in particolare non contenesse l'indicazione dei costi di sicurezza aziendale;

4°) del verbale del 29 novembre 2012, prot. n. 2012/79194, nella parte in cui la commissione di gara, "esaminati i chiarimenti richiesti in sede di verifica dell'anomalia", ha ritenuto idonea l'offerta della controinteressata, ed ha stilato la graduatoria provvisoria in cui la co.mi. s.r.l. risulta collocata al primo posto;

5°) della nota del 18 gennaio 2013, prot. n. 2012/4030, con la quale si comunica alla co.mi. s.r.l., e per conoscenza alla ricorrente, che la gara è stata aggiudicata provvisoriamente alla prima;

6°) ove occorra, della lettera di invito.

nonche' per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero Dell'Economia E Delle Finanze e di Agenzia Delle Entrate Dir. Reg. Per La Sicilia e di Co.Mi. Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 luglio 2013 il dott. Giovanni Tulumello e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato il 15-16 maggio 2013, e depositato il successivo 24 maggio, la società ricorrente ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità.

Si sono costituite in giudizio, per resistere al ricorso, l'amministrazione intimata e la società contro interessata.

Con ordinanza n. 392/2013 è stata accolta la domanda cautelare di sospensione degli effetti dei provvedimenti impugnati.

Il ricorso è stato definitivamente trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 9 luglio 2013. Il ricorso in esame contesta la legittimità degli atti della gara per l'affidamento in economia mediante cottimo fiduciario del servizio di controllo accessi, portierato e videosorveglianza" presso alcuni uffici dell'Agenzia delle Entrate.

Con il primo motivo di ricorso si contesta, in particolare, l'ammissione alla gara della contro interessata, la cui offerta economica non contiene l'indicazione dei costi per la sicurezza aziendale.

La censura è fondata.

Come già la Sezione ha avuto modo di osservare in sede di motivazione della richiamata ordinanza cautelare, richiamando la propria sentenza n. 124/2013, "La mancata indicazione preventiva dei costi per la sicurezza rende l'offerta incompleta sotto un profilo particolarmente pregnante, alla luce della natura costituzionalmente sensibile degli interessi protetti, impedendo alla p.a. un adeguato controllo sulla affidabilità della stessa: detto altrimenti, l'offerta economica manca di un elemento essenziale e costitutivo, con conseguente applicazione della sanzione dell'esclusione dalla gara anche in assenza di una specifica previsione in seno alla lex specialis, attesa la natura immediatamente precettiva della disciplina contenuta nelle norme citate, idonea ad eterointegrare le regole procedurali (su tale specifico punto: Cons. St., n. 4622/2012; n. 4849/2010 citate; T.a.r. Lazio, Roma, n. 7871/2011 cit.)".

Tale indirizzo esegetico è stato recentemente ribadito dal Consiglio di Stato, sez. III, nella sentenza 3 luglio 2013 n. 3565, secondo la quale:

"l'indicazione in sede di offerta degli oneri aziendali di sicurezza, non soggetti a ribasso, costituisce – sia nel comparto dei lavori che in quelli dei servizi e delle forniture - un adempimento imposto dagli artt. 86, co. 3 bis, e 87, co. 4, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 ss.mm.ii. all'evidente scopo di consentire alla stazione appaltante di adempiere al suo onere di verificare il rispetto di norme inderogabili a tutela dei fondamentali interessi dei lavoratori in relazione all'entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura da affidare;

- stante la natura di obbligo legale rivestita dall'indicazione, resta irrilevante la circostanza che la lex specialis di gara non abbia richiesto la medesima indicazione, rendendosi altrimenti scusabile una ignoranza legis;

- poiché la medesima indicazione riguarda l'offerta, non può ritenersene consentita l'integrazione mediante esercizio del potere/dovere di soccorso da parte della stazione appaltante (ex art. 46, co. 1 bis, cit. d.lgs. n. 163 del 2006), pena la violazione della par condicio tra i concorrenti".

Nel caso di specie è incontestata la premessa fattuale della censura (vale a dire la mancata indicazione, nell'offerta economica della contro interessata, dei costi per la sicurezza), mentre le contrarie argomentazioni in diritto sviluppate dalle parti resistenti appaiono infondate alla luce del richiamato, e consolidato, indirizzo giurisprudenziale.

In merito al secondo motivo di ricorso – e ferma restando la portata assorbente della fondatezza del primo motivo - il Collegio non può che richiamare quanto già osservato nella citata ordinanza n. 392/2013, nel senso che "l'aggiudicataria ha indicato un costo orario per il servizio di portierato incongruo, inferiore ai minimi salariali inderogabili, ed ha reso in merito giustificazioni implausibili".

Ne consegue che in accoglimento delle predette censure il ricorso dev'essere accolto, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna le parti resistenti, in solido fra loro, al pagamento in favore della parte ricorrente delle spese del presente giudizio che liquida, per ciascuna parte resistente, nella somma di euro duemila/00, oltre I.V.A. e C.P.A., oltre alla restituzione dell'importo del contributo unificato versato.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Filoreto D'Agostino, Presidente

Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore

Maria Cappellano, Primo Referendario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 17/09/2013.

BREVI ANNOTAZIONI**L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA**

Il Tar Palermo torna ad occuparsi della questione dei costi della sicurezza c.d. interni o aziendali. L'oggetto della sentenza è appunto l'accertamento di quali siano le conseguenze della mancata indicazione di tale tipologia di costi, direttamente in sede di offerta, anche in assenza di una espressa previsione della *lex specialis*.

La tematica trattata si divide in due distinti profili: i) il primo riguarda la eterointegrabilità di una carente legge di gara con la previsione codistica dell'obbligo di indicazione di tali costi; ii) il secondo, la possibilità per la stazione appaltante di procedere con il potere/dovere di soccorso la fine di 'sanare' eventuali carenze delle offerte sul punto.

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, la cui quantificazione è rimessa invece a ciascuno dei concorrenti in rapporto con la propria offerta economica.

In merito, l'art. 86, comma 3-bis, del Codice 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 [...]”.

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”.

Dalla lettura delle citate disposizioni in combinato disposto con l'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008, la giurisprudenza maggioritaria fa discendere un obbligo di legge all'indicazione, già in sede di offerta, dei costi per la sicurezza aziendali (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, il Tar Sicilia richiama le pronunce del Consiglio di Stato nn. 4622/2012 e 4849/2010, nonché quella del Tar Lazio, Roma, n. 7871/2011.

I giudici palermitani - attestandosi su tale orientamento – riconoscono dunque la debenza dell'esclusione dell'offerta carente sotto tale profilo, ritenendo irrilevante la circostanza che la lex specialis di gara non abbia richiesto la medesima indicazione, rendendosi altrimenti scusabile una ignorantia legis. In altri termini, il Tar opta per la eterointegrabilità della legge di gara con tale obbligo discendente direttamente dalla normativa di rango primario.

Ciò stabilito, i giudici passano al vaglio la possibilità di attivazione (in sanatoria) del potere/dovere di soccorso previsto dall'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006. Anche in questo caso l'opzione seguita è tranchant: poiché l'indicazione dei costi in parola riguarda l'offerta (e ne costituisce una parte integrante e ineludibile della stessa), non può ritenersene consentita l'integrazione mediante esercizio del potere/dovere di cui all'art. 46, del Codice, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Con la sentenza annotata il Tar Palermo re-incasella in uno strenuo ed indefettibile obbligo di esclusione la questione su cosa debba fare una stazione appaltante (che abbia la colpa di nulla aver specificato nella lex specialis) in presenza di una offerta che non contenga la specifica indicazione dei costi per la sicurezza aziendali.

A luglio, infatti, il Consiglio di Stato aveva compiuto un piccolo revirement in materia, riaffermando il principio dell'affidamento del privato-concorrente in quello che ‘scrivono’ le stazioni appaltanti (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 10 luglio 2013, n. 3706).

In quel caso, i giudici di Palazzo Spada - sebbene abbiano ritenuto che si dovesse riconoscere

l'obbligatorietà dell'indicazione in sede di offerta anche di questa tipologia di costi - in presenza di clausole ambigue del bando di gara, avevano optato per un approccio 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 avrebbe potuto essere ritenuta responsabile dell'erronea applicazione della normativa vigente (in questo senso cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 settembre 2012, n. 4999).

Pertanto, l'omissione del concorrente non avrebbe potuto 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) avrebbe dovuto 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 in questione. In questi termini, il Consiglio di Stato aveva accolto la censura sollevata dal concorrente secondo classificato avverso l'aggiudicazione, ma l'effetto conformativo della pronuncia non avrebbe condotto all'esclusione della concorrente aggiudicataria (con automatico scorrimento della graduatoria in favore del secondo), bensì alla riedizione della sola fase procedimentale di valutazione dell'anomalia dell'offerta.

Come appare, dunque, sussiste un evidente contrasto di approccio tra quello che è il filone maggioritario (confermato dalla sentenza del Tar in commento) e quelle che si presentano attualmente come prese di posizione giurisprudenziali in senso opposto (v. sentenza del Consiglio di Stato citata).

Ad ogni buon conto e a parere di chi scrive, 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 sulla contrattualistica pubblica (soprattutto in fase genetica), non è nemmeno possibile pretendere che tutti gli operatori del settore siano anche degli esperti interpreti e conoscitori del diritto.

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 in tutti quei casi in cui il concorrente privato si sia pedissequamente attenuto alle indicazioni, alle forme e alle modalità di presentazione delle offerte dettate dalle stazioni appaltanti, si ritiene che questo non possa essere escluso per eventuali errori indotti dal medesimo soggetto pubblico che poi deve valutarne l'ammissione o esclusione.

In queste ipotesi, contrariamente a quanto riaffermato dai giudici siciliani, dovrebbe effettivamente supplire il dovere di soccorso di cui all'art. 46, comma 1, del Codice, ovvero dovrebbe essere la stazione appaltante a farsi carico dell'errore, provvedendo ad un supplemento istruttorio che non si sarebbe reso necessario se non vi fossero state carenze nei dettami della *lex specialis*.

Come visto, dunque, l'argomento dei costi della sicurezza aziendali sta divenendo sempre più protagonista in diverse (e in parte contrastanti) pronunce del giudice amministrativo. Forse la questione non è ancora matura per una pronuncia dell'Adunanza Plenaria, tuttavia, si ritiene

che un suo ulteriore approfondimento (anche da diversi punti di visuale) sarà necessario per definire al meglio gli obblighi dei concorrenti in situazioni di affidamento in *lex specialis* predisposte 'non perfettamente' dalle stazioni appaltanti.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

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, Luglio 2013.