

È legittima l'esclusione dalla gara di una società che ha quantificato i costi della sicurezza aziendale nello 0,0%

di Sonia Zeroli

Data di pubblicazione: 23-11-2015

È legittima l'esclusione dalla gara di una società che non ha indicato i costi della sicurezza aziendale, che costituiscono elemento essenziale per la certezza, la determinazione e la congruità dell'offerta. Nel caso di specie, la società aveva indicato una percentuale dello 0,0%, e ciò violava le norme imperative e inderogabili di cui agli artt. 80 e 87 del d.lgs. 163/2006 e 26 del d.lgs. 83/2008.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato, sez. III

sul ricorso numero di registro generale 1881 del 2015, proposto da:
XXXXXXXXXX, rappresentata e difesa dagli avv. XXXX, con domicilio eletto presso XXXX;

contro

XXXXXX, rappresentata e difesa dall'avv. XXXXX, con domicilio eletto presso XXXXX;

nei confronti di

XXXXXX;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA – BARI - SEZIONE I n. 01379/2014, resa tra le parti, concernente affidamento servizio triennale di trasporto aereo di organi ed equipe medica per attività di espanto e trapianto nonchè dei pazienti -- risarcimento danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dxxxxxxxxxxxxx

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 maggio 2015 il Cons. Vittorio Stelo e uditi per le parti gli avvocati xxxxxxxxxxxx;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia – Bari – Sezione I con sentenza n. 1379 del 22 ottobre 2014 depositata il 18 novembre 2014, ha dichiarato inammissibili, con compensazione delle spese, ha dichiarato inammissibili i motivi aggiunti proposti da xxxxxxxx., con sede in xxxxx, rispettivamente avverso l'esclusione dalla gara, bandita dall'Azienda ospedaliera universitaria consorziale Policlinico di Bari con deliberazione n. 1326/2012 al prezzo più basso e con base d'asta di € 754.821 per l'affidamento del servizio triennale di trasporto aereo di organi ed equipe medica per attività di espianto e trapianto nonché di pazienti, disposta e comunicata nella seduta pubblica dell'11 dicembre 2013, e la deliberazione n. 1455 del 18 dicembre 2013, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria ad xxx, terza classificata nella prima graduatoria provvisoria, nonché avverso la deliberazione n.134 del 12 dicembre 2014, recante l'aggiudicazione definitiva.

Il T.A.R. ha dapprima rilevato la carenza di interesse in capo alla ricorrente riguardo al ricorso principale, posto che, anziché contestare le posizioni dell'aggiudicataria e della società xxxxx srl, anteposta in via provvisoria e poi anch'essa esclusa, ha dedotto in particolare l'illegittimità dell'esclusione motivata con l'indicazione dell'incidenza percentuale degli oneri di sicurezza nella misura dello 0,0%, con conseguente aggiudicazione, in caso di annullamento dell'esclusione delle prime due classificate in primo momento, alla xxxxx.

Ha soggiunto la inammissibilità derivata per difetto di interesse dei motivi aggiunti proposti avverso l'aggiudicazione definitiva e la ammissione di xxxxxa e xxxxx, ritenuti *ad abundantiam* tardivi perché le contestazioni si riferivano a fatti noti e rilevabili fin dal ricorso principale.

Ha rigettato infine nel merito le censure relative al provvedimento di esclusione, rammentando gli artt. 86 e 87 del D.Lgs. n. 163/2006 e 26 del D.Lgs. n. 81/2008, norme imperative ed inderogabili, nonché la giurisprudenza di questa Sezione, che afferma l'obbligo di indicare, negli appalti pubblici, i costi aziendali di sicurezza aziendale ("rischio specifico"), elemento essenziale per la certezza, determinatezza e congruità dell'offerta, indisponibili e incompressibili data la loro natura e le finalità perseguite, a pena di esclusione anche se non prevista nel bando.

E' stato evidenziato che nel caso l'art. 8 del disciplinare con l'annesso schema di domanda per l'offerta economica prescriveva tale indicazione a pena di esclusione, e la percentuale indicata dello 0,0% non poteva ritenersi come un mero adempimento formale ma concretava un'offerta intrinsecamente abnorme e palesemente non veritiera tanto da non consentire neanche il ricorso al soccorso istruttorio ovvero alla successiva verifica dell'anomalia.

2. La xxxxx s.r.l., con atto notificato il 18 febbraio 2015 e depositato il 10 marzo 2015, ha interposto appello contestando la inammissibilità del ricorso di primo grado dichiarata dal T.A.R. sussistendo invece l'interesse anche morale alla riammissione in gara e al reinserimento al secondo posto della graduatoria finale, posto che il provvedimento esclusivo e il ricorso sono intervenuti prima dell'aggiudicazione definitiva e della verifica dei requisiti con possibile avanzamento al primo posto, anche in considerazione dell'esclusione della xxxxx, prima in graduatoria provvisoria, che ha proposto anch'essa ricorso.

Deduce quindi la permanenza dell'interesse fino alla definizione del contenzioso con sentenze passate in giudicato dei disposti provvedimenti di esclusione e di aggiudicazione, e per di più i due ricorsi sono differenti soggettivamente e le situazioni non sono assimilabili, tanto che il ricorso della xxxxx non riproduce l'unica censura dedotta da xxxxx ed è stato respinto dal T.A.R. nel merito con sentenza n. 1378/2014.

Soggiunge che i motivi aggiunti contenevano anche una specifica censura per "illegittimità derivata" e sono stati proposti tempestivamente quando è stata percepita la concreta lesività degli atti impugnati, atteso che solo dopo il ricorso al T.A.R. si è appreso dell'impugnativa della xxxxx e che il ricorso principale era diretto nei confronti dell'aggiudicazione provvisoria, di natura endoprocedimentale e di lesività astratta e potenziale.

Nel merito sostiene che la percentuale dello 0,0% era connessa alla copertura dei costi in questione con il volume di fatturato pregresso nell'esercizio e al tipo di attività che è svolta tutta in sede, per cui tali costi non hanno avuto alcuna incidenza sull'offerta; in ogni caso detta indicazione, anche in presenza di formula non chiara e ambigua nella disciplina di gara, era stata comunque effettuata, e, anche per il *favor participationis*, andava semmai sottoposta alla successiva verifica dell'anomalia e della congruità dell'offerta.

Riproduce quindi le censure sollevate circa l'aggiudicazione definitiva all'xxxxxa, sia per illegittimità derivata in conseguenza della propria esclusione, sia per vizi propri, posto che: all'offerta economica non era stata allegata la fotocopia del documento di identità del suo sottoscrittore legale rappresentate della società; il triennio relativo ai servizi identici prestati non era quello chiesto nella *lex specialis*, taluni servizi non erano tali da essere utilizzati ai fini del triennio e i voli di trasporto sanitario si riferivano solo a pazienti e non anche organi e alla corrispondente equipe medica; mancava il possesso del Certificato di Operatore Aereo, essendo stato fatto ricorso all'avvalimento della società xxxxxxxxx s.r.l., il cui rappresentante legale ha fornito incomplete dichiarazioni ex art. 38 Codice Appalti, e non avendo un socio al 50% del capitale reso alcuna dichiarazione; l'avvalimento si riferisce solo al C.O.A. per cui la xxxxxa risulterebbe sprovvista dei requisiti necessari per il trasporto sanitario (mezzi e personale).

In via condizionata si ripropongono le censure avverso l'ammissione della xxxxx, che si è avvalsa della società xxxxxxxx s.r.o., per omessa dichiarazione ex art. 38 da parte di uno dei due amministratori legali rappresentanti; mancato possesso del triennio di servizi identici e non rispondenza degli aeromobili ai requisiti della disciplina di gara quanto alla velocità di 600 km/h, con conseguenti tempi e costi maggiori.

Conclude con la richiesta di aggiudicazione del servizio e di subentro nel contratto già stipulato formulando istanza risarcitoria.

Con memorie depositate il 12 e il 16 maggio 2015 ha ribadito i motivi dell'appello replicando alle controdeduzioni dell'Azienda Policlinico di Bari e preliminarmente che l'erronea indicazione del numero della sentenza impugnata, il n. 83, è dovuta all'erroneo riferimento al R.G. del giudizio, per l'appunto il n. 83, senza che ciò abbia influito sul contenuto dell'appello, corrispondente appieno alla sentenza stessa.

Conferma l'interesse al ricorso posto che xxxxx ha fatto acquiescenza alla propria esclusione dalla gara e alla sentenza del T.A.R. n. 1378/2014, per cui l'eventuale accoglimento del proprio appello la porrebbe al primo posto dinanzi ad xxxxxa con conseguente quantificazione della domanda risarcitoria.

3. L'Azienda Ospedaliera Universitaria Consorziale Policlinico di Bari si è costituita con atto depositato il 7 aprile 2015 e con memorie depositate il 12 e 15 maggio 2015 ha replicato argomentatamente ai motivi dell'appello difendendo le ragioni assunte a sostegno della sentenza impugnata e dell'operato dell'Amministrazione.

Insiste in particolare nella intempestività dei motivi aggiunti, ricostruendo l'iter delle operazioni di gara che hanno consentito alla appellante di apprendere tutti gli elementi necessari alla conoscenza degli atti fino agli ultimi accessi, rispetto ai quali in ogni caso la notifica dei motivi aggiunti ha superato i prescritti 30 giorni.

Soggiunge che anche le censure avverso il bando (in quanto già lesive) erano intempestive e che la *lex specialis* era comunque chiara circa l'obbligo di indicazione dei costi di sicurezza a pena di esclusione; contesta la tardività dei riferimenti della xxxxx al proprio fatturato pregresso, all'insussistenza del C.O.A. dell'aggiudicataria e alla carenza della fotocopia del documento di identità, che comunque costituirebbe una mera irregolarità; da ultimo l'istanza risarcitoria non è provata.

4. Il T.A.R. Puglia, con ordinanze nn. 70 e 165/2015, ha respinto le istanze sospensive dei provvedimenti impugnati per difetto di interesse e la Sezione, con ordinanza n. 1606 del 15 aprile 2014, ha respinto l'appello cautelare.

5. All'udienza pubblica del 28 maggio 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

6.1. L'appello è infondato nel merito e di conseguenza la sentenza impugnata va parzialmente riformata nei sensi di cui alla motivazione che segue, con il conseguente rigetto del ricorso di primo grado e dei motivi aggiunti perché infondati.

6.2. Occorre in via preliminare individuare l'oggetto del *thema decidendum*, seguendo a tal fine il percorso motivazionale del giudice di primo grado che si è soffermato sulle seguenti questioni:

- interesse dell'xxxxx al ricorso avverso l'aggiudicazione provvisoria alla xxxxxa e alla propria esclusione dalla gara;
- tempestività dei motivi aggiunti, ritenuti tardivi, proposti per illegittimità derivata e vizi propri avverso l'aggiudicazione definitiva alla xxxxxa, e in via condizionata avverso l'ammissione della xxxxx;
- fondatezza o meno dell'esclusione della xxxxx per la mancata indicazione degli oneri di sicurezza.

Occorre poi, a fini di chiarezza, sintetizzare le fasi della procedura di gara e del contenzioso come segue:

- aperte le buste, la prima graduatoria provvisoria vedeva prima la xxxxx seguita dalla xxxxx, dalla xxxxxa e dalla xxxxxxxx;
- nella seduta pubblica dell'11 dicembre 2013 sono state escluse la xxxxx e la xxxxx per inammissibilità dell'offerta a seguito della mancata indicazione dei costi per la sicurezza;
- con la deliberazione n. 1465/2013 veniva disposta l'aggiudicazione provvisoria del servizio all'xxxxxa;
- l'xxxxx, anche a seguito di mancato riscontro della propria nota ai sensi dell'art. 243 bis del D.Lgs. n. 163/2006 e del conseguente silenzio-rifiuto, ha proposto ricorso dinanzi al T.A.R. Puglia, che ha respinto le istanze sospensive presentate da xxxxx e xxxxx con ordinanze nn. 69 e 70/2014;
- con deliberazione n. 134/2014 è stata disposta l'aggiudicazione definitiva del servizio alla xxxxxa;
- l'xxxxx proponeva quindi motivi aggiunti avverso tale deliberazione sia per illegittimità derivata che per propri vizi, nonché avverso l'esclusione della xxxxx soggiungendo ulteriori motivi di inammissibilità dell'offerta;
- il T.A.R. ha respinto altra istanza sospensiva proposta dalla xxxxx con ordinanza n. 165/2014, e questa Sezione, con ordinanza n. 1606/2014, ha respinto l'appello cautelare;
- il T.A.R. in data 22 ottobre 2014 ha pronunciato la sentenza impugnata di inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti proposti dalla xxxxx.

6.3 Preliminarmente si ritiene di poter disattendere l'eccezione di inammissibilità dell'appello per la erronea indicazione del numero della sentenza impugnata, da attribuirsi a errore

materiale che non ha inciso affatto sui termini, sui contenuti e sulla comprensione del contenzioso.

6.4. Ciò premesso, quanto all'interesse ad agire si deve rilevare che le argomentazioni del T.A.R. circa la carenza di interesse in capo all'xxxxx al momento si sono limitate a constatare che le impugnative della xxxxx non avrebbero *pro tempore* conseguito alcuna utilità in caso di eventuale accoglimento venendo a favorire in concreto la xxxxx, che pure aveva proposto gravame avverso la propria esclusione, ritenendo quindi a tal fine insufficiente l'aspirazione alla riammissione alla gara.

Vero è però che, sul piano fattuale, poteva registrarsi, nel complesso delle censure proposte e nel contesto dinamico del contenzioso, un interesse sostanziale, concreto e attuale, anche se e proprio perchè collegato all'analogo ricorso della xxxxx e all'ulteriore proprio ricorso volto all'esclusione della stessa xxxxx, pertanto finalizzato comunque a conseguire l'annullamento delle operazioni di gara a partire dall'apertura delle buste, quindi la propria riammissione e poi l'aggiudicazione del servizio.

Si soggiunge, come peraltro riferito anche dall'appellante, che la xxxxx, dopo il rigetto dell'istanza sospensiva e dell'appello cautelare con le citate ordinanze del T.A.R. e di questa Sezione, non ha proposto appello avverso la sentenza del T.A.R. n. 1378 del 22 ottobre 2014 rendendo così definitiva la sua esclusione dalla gara per la mancata indicazione dei costi per la sicurezza; tale circostanza invero ha concretizzato viepiù in itinere e comunque attualmente l'interesse ad agire della xxxxx.

Tale considerazione vale per il ricorso principale e quindi anche in merito alla proposizione dei motivi aggiunti.

6.5. Quanto alla tempestività dei motivi aggiunti, a ben leggere gli atti, in effetti le censure sollevate possono rifarsi, come sottolineato dal T.A.R., in generale a fatti noti e rilevabili in sede di ricorso principale avverso l'aggiudicazione provvisoria, tanto da far impugnare da subito la disposta esclusione.

Purtuttavia va considerato che in effetti l'aggiudicazione provvisoria è atto di natura endoprocedimentale e che il ricorso era diretto in particolare avverso la disposta esclusione dalla gara e l'aggiudicazione provvisoria mentre i motivi aggiunti erano indirizzati avverso l'aggiudicazione definitiva censurata per vizi propri e per invalidità derivata e coinvolgeva oltre all'xxxxxa anche xxxxx, per cui solo a quel momento poteva aversi un quadro completo del contenzioso, delle specifiche situazioni delle concorrenti interessate e della concreta lesività collegata ai singoli atti.

6.6. In ogni caso, pure prescindendo dai suddetti profili di ammissibilità e di ricevibilità, la questione dirimente della vertenza si incentra sostanzialmente sul motivo, di merito, che ha escluso l'xxxxx dalla gara e che ha provocato in particolare il ricorso principale, e sul punto l'appello è infondato, concordando con le puntuali ed esaurienti argomentazioni già svolte comunque dal T.A.R. e alle quali ci si richiama anche per esigenze di economia processuale e per dovere di sinteticità.

In primis, le censure di ambiguità avverso la clausola della *lex specialis* e il relativo modulo, concernenti l'individuazione degli oneri aziendali per la sicurezza, possono ritenersi tempestive, posto che il pregiudizio si è concretato in effetti con l'applicazione di quella previsione con l'esclusione dalla gara, ma le stesse sono infondate, atteso che la disciplina di gara era ben chiara e non prestava il destro ad alcuna ambiguità, come dedotto dalla appellante.

La *lex specialis* (in particolare artt. 4, 7 e 8, all. B e Busta B) e lo schema di domanda per l'offerta economica in effetti prevedevano, a pena di esclusione, l'indicazione degli oneri di sicurezza e la percentuale di incidenza sul totale dell'importo stimato dell'appalto, per cui, anche alla luce delle norme e della giurisprudenza richiamate dal T.A.R., l'Amministrazione non poteva che escludere l'offerta dell'xxxxx perché inammissibile, né, ciò stante, poteva farsi ricorso al soccorso istruttorio o a richiesta di giustificazioni in sede di successiva verifica, posto che si era in presenza comunque di dichiarazione e requisito carenti *in nuce* e quindi non integrabili in alcun modo a meno di una inammissibile modifica dell'offerta.

Il requisito invero era richiesto ai fini della partecipazione e quindi fin dall'inizio a tutela della *par condicio*, della certezza e determinatezza dell'offerta anche riguardo alla voce in contestazione, attese le oggettive finalità perseguite (come la tutela della sicurezza dei lavoratori), in un settore particolarmente complesso e delicato quale quello oggetto del servizio da affidare.

La percentuale di incidenza dello 0,0% in effetti equivale oggettivamente e logicamente a mancanza dell'indicazione dei costi e quindi di un elemento essenziale dell'offerta economica per come strutturato dall'Amministrazione (cfr. III n. 2400/2015 relativa a offerte pari a zero), né può sostenersi che in ogni caso fosse stato adempiuto l'obbligo formale ("ossequio formale" secondo il T.A.R.) dell'indicazione salvo a vanificare la previsione di gara.

Né rilevano le considerazioni della xxxxx sul fatturato pregresso, sulle economie aziendali e sull'ammortamento dei costi nell'anno di esercizio che *ex adverso* testimoniano invece la fondatezza delle argomentazioni del primo giudice circa le caratteristiche di tale percentuale, volta per di più ad alterare la corretta competitività fra concorrenti.

Si soggiunge che anche parte della pregressa giurisprudenza, non sempre concorde come rilevato dal giudice di prime cure, consentiva la successiva indicazione dei costi della sicurezza e quindi censurava l'esclusione dalla gara solo ove tale prescrizione non fosse, come nella fattispecie, esplicitamente posta nella *lex specialis* e a pena di esclusione, e a supporto è ora sopravvenuta l'Adunanza Plenaria n. 3/2015, richiamata anche dall'Azienda Policlinico di Bari, che ha sancito in ogni caso l'obbligo di tale indicazione comunque a pena di esclusione, anche se non previsto nel bando di gara.

Può soggiungersi infine che la carenza di un elemento essenziale ai fini del possesso dei requisiti di partecipazione agli appalti pubblici e già in sede di dichiarazione è stata sanzionata anche per altri aspetti con varie sentenze pure di questa Sezione (fra le altre, nn. 3198 e 4543/2014), dell'Adunanza Plenaria n. 16/2014 e della Corte di Giustizia C-42/13 del 6 novembre 2014, con esclusione del soccorso istruttorio e con riferimento pure all'art. 39 D.L.

n. 90/2014 convertito in legge n. 114/2014.

In conclusione, l'esclusione della xxxxx per detta omissione era del tutto motivata e legittima, come confermato dal T.A.R., e l'infondatezza dell'appello sul punto, per la valenza pregiudiziale, esime dal valutare altri profili di merito dedotti dalla parte.

7. Per le considerazioni che precedono l'appello va respinto, con la modifica della formula dispositiva della sentenza appellata nel senso della reiezione nel merito del ricorso di primo grado e dei motivi aggiunti, siccome infondati.

La complessità della fattispecie induce a disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge nei sensi e nei limiti precisati in motivazione.

Spese di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 maggio 2015.

BREVI ANNOTAZIONI

di Sonia Zeroli

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

La sentenza in commento si occupa di una questione assai dibattuta e oggetto di continue pronunce, quale quella inerente all'indicazione degli oneri di sicurezza interna nella presentazione delle offerte per le procedure di gara.

Con la sentenza in esame, il supremo collegio conferma la precedente pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 3 del 2015, dando così origine ad un consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale la mancata indicazione degli oneri di sicurezza interna

comporta legittima esclusione dalla gara anche se il bando nulla abbia previsto al riguardo.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

La pronuncia in annotazione prende le mosse dal ricorso presentato da una società partecipante ad una gara, bandita dall'Azienda ospedaliera universitaria consorziale Policlinico di Bari, per l'affidamento del servizio triennale di trasporto aereo di organi ed *équipe* medica per attività di espianto e trapianto nonché di pazienti, spiccato innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia deducendo l'illegittimità della propria esclusione dalla gara in quanto sosteneva di aver ben indicato gli oneri di sicurezza interna, seppure formalmente nella misura dello 0,0%.

Il TAR pugliese, con pronuncia n. 1379/2014, aveva dichiarato inammissibile il ricorso, osservando come individuare i costi di sicurezza aziendali nella percentuale dello 0,0% concretava un'offerta intrinsecamente abnorme e palesemente non veritiera: gli artt. 86 e 87 del D.Lgs. n. 163/2006 e 26 del D.Lgs. n. 81/2008 sono norme imperative ed inderogabili, che comportano l'obbligo per le imprese partecipanti alle gare pubbliche di indicare i costi di sicurezza aziendale ("rischio specifico"), la cui quantificazione costituisce elemento essenziale per la certezza, determinatezza e congruità dell'offerta. La loro mancata indicazione comporta l'esclusione della società partecipante alla gara anche se tale "sanzione" non sia stata prevista nel bando.

La società esclusa presentava appello innanzi al Consiglio di Stato sostenendo, tra l'altro, che la quantificazione dei costi per gli oneri di sicurezza interna nella misura dello 0,0% era connessa alla possibilità di procedere alla copertura degli stessi con il volume di fatturato conseguito nell'esercizio pregresso e al tipo di attività, svolta tutta in sede. In altri termini, la ricorrente sosteneva che i costi in contestazione non solo erano stati formalmente indicati ma non avrebbero, di fatto, avuto alcuna incidenza sull'offerta presentata. In aggiunta, osservava come la disciplina di gara contenesse una formulazione non chiara e ambigua circa l'obbligo di indicazione dei costi suddetti, e che, per il *favor participationis*, non andava prevista l'esclusione della ricorrente dalla gara ma, semmai, sottoposta l'offerta a successiva verifica per accertarne l'anomalia e la congruità.

Il Consiglio di Stato rigetta il ricorso ritenendo l'appello non fondato osservando che:

- 1) la disciplina della gara era ben chiara, prevedendo, a pena di esclusione, l'indicazione degli oneri di sicurezza e la loro incidenza percentuale sul totale dell'importo stimato dell'appalto, e che, pertanto, non poteva dirsi sussistente alcuna ambiguità;
- 2) nonostante il *favor participationis*, non si poteva far ricorso all'istituto del soccorso istruttorio o chiedere giustificazioni in sede di successiva verifica, posto che si era in presenza comunque di una dichiarazione e di un requisito carenti *ab origine* e che, quindi, non potevano essere integrati in alcun modo a meno di una inammissibile e successiva modifica dell'offerta, a scapito della par condicio tra concorrenti;

3) indicare i costi della sicurezza nella percentuale del 0,0% equivale oggettivamente e logicamente alla loro mancata indicazione e, quindi, di fatto non poteva che risultare carente un elemento essenziale dell'offerta economica circostanza questa che legittima l'esclusione della ricorrente, anche se ciò fosse stato espressamente previsto nel bando di gara (in tal senso vedasi la recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 3/2015).

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Nel campo degli appalti pubblici occorre distinguere tra oneri di sicurezza per le interferenze ed oneri di sicurezza da rischio specifico o aziendale.

I primi sono contemplati dagli artt. 26, commi 3, 3-ter e 5, del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (*Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*) e 86, comma 3-ter, 87, comma 4, e 131 del Codice, e servono a eliminare i "rischi da interferenza", intesi 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. Sono quantificati a monte dalla stazione appaltante, nel D.U.V.R.I (documento unico per la valutazione dei rischi da interferenze, art. 26 del d.lgs. n. 81 del 2008) e, per gli appalti di lavori, nel P.S.C. (piano di sicurezza e coordinamento, art. 100 D. Lgs. n. 81/2008). Non sono soggetti a ribasso, perché ontologicamente diversi dalle prestazioni *stricto sensu* oggetto di affidamento.

Ai secondi (quelli interni o aziendali) si riferiscono l'art. 26, comma 3, quinto periodo, del d.lgs. n. 81 del 2008 e gli artt. 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, secondo periodo, del Codice, e sono quelli propri di ciascuna impresa connessi alla realizzazione dello specifico appalto, sostanzialmente contemplati dal DVR (documento di valutazione dei rischi).

La prima questione che si pone è l'individuazione dell'ambito applicativo delle disposizioni in commento.

In altri termini, e con maggior intento esplicativo, v'è da chiedersi se la disposizione di cui all'art. 87 quarto comma del codice degli appalti, riguardi soltanto gli appalti di servizi e di forniture, cui si riferisce espressamente l'inciso finale del testo, o se possa ritenersi applicabile anche agli appalti di lavori.

Dalla lettura del comma in questione emerge infatti che mentre il primo periodo ribadisce per tutti gli appalti che gli oneri della sicurezza non sono soggetti a ribasso d'asta in relazione al piano di sicurezza e coordinamento, il secondo periodo precisa che l'indicazione relativa ai costi della sicurezza deve essere sorretta da caratteri di specificità e di congruità ai fini della valutazione dell'anomalia dell'offerta, facendo però riferimento esplicito, questa volta, solo ai settori dei servizi e delle forniture.

In merito, due e contrapposti sono gli orientamenti di dottrina e giurisprudenza. Secondo il primo, la *ratio* della norma risponde a finalità di tutela della sicurezza dei lavoratori e, quindi, a

valori sociali e di rilievo costituzionale che assumono rilevanza anche nel settore dei lavori pubblici a cui, quindi, non può non far riferimento. Depone in tal senso anche la collocazione sistematica della norma citata, che è appunto inserita nella parte del Codice dedicata ai “Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture” (Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421? sez. V, 19 luglio 2013, n. 3929).

L'opposto orientamento (vedasi in particolare Cons. Stato, sez. V: 7 maggio 2014, n. 2343? 9 ottobre 2013, n. 4964) sostiene, al contrario, che l'obbligo di dichiarare, a pena di esclusione, i costi per la sicurezza interna - ex art. 87, comma 4, d.lgs. n. 163/2006 - si applica alle sole procedure di affidamento di forniture di servizi trovando appiglio in un dato testuale: l'art. 87 comma 4 non ha utilizzato la medesima dizione onnicomprensiva utilizzata nel comma 3-*bis* dell'art 86 del d.lgs. 163/2006.

Altra questione è quella relativa all'obbligatorietà, o meno, dell'indicazione degli oneri di sicurezza aziendale da parte dei concorrenti, anche nel caso in cui la *lex specialis* nulla prescriva in merito.

Anche su questo punto la giurisprudenza è oscillante, sebbene la sentenza in commenta consenta di far propendere l'interprete per un'interpretazione favorevole (cioè i costi della sicurezza interna vanno indicati a pena di esclusione anche se nulla prevede in merito il bando di gara).

Secondo un primo orientamento, le imprese partecipanti ad un appalto devono necessariamente includere nella loro offerta, a pena di illegittimità, oltreché gli oneri di sicurezza per le interferenze, anche i detti oneri di sicurezza da rischio specifico, o aziendali. Tale conseguenza viene fatta derivare dal combinato disposto degli artt. 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, del D. Lgs. 163/06, in conseguenza della loro imperatività, ed in ragione degli interessi di ordine pubblico ad esse sottesi, in quanto posti a presidio di diritti fondamentali dei lavoratori.

Secondo detto orientamento, neppure la mancanza di una specifica previsione sul punto nella *lex specialis* potrebbe giustificare l'omessa indicazione dei costi per la sicurezza aziendale, atteso il carattere immediatamente precettivo delle norme di legge sopra richiamate e quindi l'essenzialità dell'elemento in questione. Si afferma, inoltre, l'impossibilità di ricorrere al potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante (ex art. 46, comma 1 bis, del D. Lgs. 163/06), non potendosi consentire di integrare successivamente un'offerta dal contenuto inizialmente carente di un suo elemento essenziale (in tal senso: Cons. Stato, sez. III, n. 4622/2012; Cons. Stato, A.P. sentenza n. 9/2014 e, da ultimo, Cons. Stato, A.P. sentenza n. 3/2015).

Secondo altro orientamento, quando si tratti di appalti diversi dai lavori pubblici, e non vi sia una comminatoria espressa di esclusione, ove sia omesso da parte del concorrente lo scorporo degli oneri di sicurezza per rischio specifico, il relativo costo, poiché coesistente al prezzo offerto, rileva ai soli fini dell'anomalia di quest'ultimo, potendo, pertanto, darsi luogo all'esclusione solamente all'esito, ove negativo, di una verifica più ampia sulla serietà e sulla sostenibilità dell'offerta economica nel suo insieme. In altri termini, deve prevalere il principio

del *favor participationis* e, pertanto, le clausole incerte od ambigue devono interpretarsi nel senso più favorevole alla più ampia partecipazione (Cons. Stato, 04 marzo 2014, n. 1030; TAR Campania, 12 marzo 2014 n. 1492; TAR Lazio, 15 aprile 2014 n. 4073).

Anche l'AVCP (ora ANAC) ha avuto orientamenti diversi, dapprima infatti aveva ritenuto preferibile propendere per la seconda interpretazione sull'assunto che l'art. 87, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006 non dispone espressamente l'esclusione dalla gara di appalto in caso di mancata indicazione in sede di offerta dei costi relativi alla sicurezza. Successivamente ha modificato il suo orientamento preferendo l'opposta interpretazione secondo cui l'omessa indicazione dei costi di sicurezza nell'offerta può legittimamente determinare l'esclusione dalla gara d'appalto del concorrente per incompletezza dell'offerta, in quanto sussiste l'obbligo per i partecipanti alla gara di segnalare gli oneri economici che intendono sopportare per l'adempimento degli obblighi di sicurezza sul lavoro (cd. costi di sicurezza aziendale) - distinti dagli oneri, non soggetti a ribasso, finalizzati all'eliminazione dei rischi da interferenze - al fine di porre la stazione appaltante nella condizione di verificare il rispetto di norme inderogabili a tutela di fondamentali interessi dei lavoratori.

Con le più recenti pronunce, tuttavia, la giurisprudenza sembra aver definitivamente optato per l'interpretazione più rigorosa stabilendo – con la Adunanza Plenaria 3/2015- il principio di diritto secondo cui *“nelle procedure di affidamento di lavori i partecipanti alla gara devono indicare nell’offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l’esclusione dell’offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara”*.

Orbene, la sentenza in esame ha rafforzato questa posizione asserendo che la mera osservanza formale delle norme imperative e inderogabili di cui agli artt. 80 e 87 del d.lgs. 163/2006 e 26 del d.lgs. 81/2008, con la quantificazione dei costi per la sicurezza interna nella percentuale pari allo 0,0%, costituisce in ogni caso violazione della norme imperative sovra citate e legittima l'esclusione del concorrente dalla gara.