

## **Omessa indicazione degli oneri di sicurezza negli appalti di servizi e forniture di natura intellettuale ed affidati mediante cottimo fiduciario**

*di Giovanni Corbyons*

*Data di pubblicazione: 21-6-2016*

1. Non si applica alle ipotesi di cottimo fiduciario la previsione sancita in via generale dall'art. 86, comma 3-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, in ordine all'indicazione obbligatoria del costo relativo alla sicurezza, in particolare ove non sia stabilito dalla *lex specialis* della gara. Al cottimo fiduciario, per la sua particolare natura, non si applicano le rigide regole degli appalti sopra soglia. Pertanto è fortemente discutibile che possa trovare applicazione l'obbligo imposto dall'art. 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, riguardante la dichiarazione specifica dei costi relativi alla sicurezza, quantomeno nel senso di imporre tale dichiarazione a pena di esclusione.(1)

2. Non sussiste l'obbligo a pena di esclusione, per le imprese partecipanti a un appalto di forniture e di servizi intellettuali, di indicare già in sede di offerta gli oneri di sicurezza aziendale. Tali elementi vanno specificati e verificati ai soli fini del giudizio di anomalia. Infatti la *ratio*, dell'art. 87, comma 4, secondo periodo del d.lgs. n. 163 del 2006, può essere individuata, facendo riferimento al particolare tipo di prestazioni richieste negli appalti di servizi e forniture, rispetto a quelli per lavori e alla rilevanza di ciò nella fase di valutazione dell'anomalia (cui la norma si riferisce espressamente). Per di più in assenza di clausole nella *lex specialis* che impongano tale obbligo, e in presenza, al contrario, di clausole che lo escludano.(2)

*(1) Conforme: Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Catania, sez I, 11 febbraio 2016, n. 397; Consiglio di Stato, sez III, 21 ottobre 2015, n. 4810;*

*(2) Conforme: Consiglio di Stato, sez V, 16 marzo 2016, n. 1051; Consiglio di Stato, sez V, 11 dicembre 2016, n. 5651; In senso contrario: Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Napoli, sez I, 23 marzo 2016, n. 1510.*

## Guida alla lettura

La sentenza in commento affronta la questione dell'omessa indicazione degli oneri di sicurezza negli appalti di servizi e forniture di natura intellettuale ed affidati mediante cottimo fiduciario.

Il TAR Bologna in proposito dà conto di un orientamento giurisprudenziale secondo il quale **nelle ipotesi di cottimo fiduciario non trova applicazione l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza aziendale sancito dall'art. 86 d.lgs. n. 163 del 2006, in particolare nel caso in cui tale obbligo non sia previsto dalla *lex specialis* della gara.**

Tale conclusione discende dalle caratteristiche uniche legate alla natura del cottimo fiduciario, che è definito dall'art. 125 del d.lgs. n. 163 del 2006, quale procedura negoziata, e quindi più simile a una trattativa privata che a una vera e propria gara. Infatti, il cottimo fiduciario si caratterizza per una maggiore discrezionalità da parte della P.A., subordinata al solo rispetto dei tradizionali principi di trasparenza, imparzialità, e tutela della concorrenza.

Tuttavia, sottolinea il Collegio, qualora la *lex specialis* preveda espressamente l'indicazione degli oneri di sicurezza, la mancata specificazione degli stessi porterà all'esclusione dalla gara.

Il TAR giunge a conclusioni simili al sopracitato orientamento seguendo un differente percorso argomentativo che sposa gli arresti più recenti della giurisprudenza del Consiglio di Stato sul punto.

Secondo tale orientamento negli appalti di forniture e servizi di natura intellettuale l'incidenza del costo della sicurezza nell'offerta è minimo in quanto il rischio per la sicurezza è minimo.

Proprio da tale presupposto parte la sentenza in commento, per affermare **l'insussistenza per le imprese partecipanti a un appalto che coinvolga forniture e servizi di natura intellettuale di indicare già in fase di offerta gli oneri di sicurezza aziendale.** Con la conseguenza la mancata indicazione dei predetti oneri non comporterà l'illegittimità dell'aggiudicazione e l'esclusione dell'impresa dalla gara.

Tale conclusione si pone in linea con la *ratio* dell'art. 87 del Codice dei Contratti Pubblici dettata appunto tenendo conto delle particolari caratteristiche degli appalti di servizi e forniture e della rilevanza di tale caratteristiche nella fase di valutazione dell'anomalia.

Il TAR, inoltre, evidenzia come nel caso in esame la *lex specialis* non solo non prevedeva alcun obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza aziendale a pena di esclusione, ma per di più specificava che non si sarebbe proceduto all'elaborazione del DUVRI in quanto non richiesto per i servizi di natura intellettuale.

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna****(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 220 del 2016, proposto da:

SDS s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Nilo e Dario Dedonno, con domicilio legale presso la Segreteria del TAR Emilia Romagna in Bologna, Strada Maggiore 53;

***contro***

Azienda Unità Sanitaria Locale di Bologna, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Argnani e Arianna Cecutta, con domicilio presso l'Ufficio Legale dell'ente, via Castiglione 29;

***nei confronti di***

Società BT Enia Telecomunicazioni di Parma, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Giancarlo Cantelli, con domicilio eletto presso Giuseppe Germano in Bologna, via L. degli Andalò 3/2;

***per l'annullamento***

– della determinazione del Direttore USO Servizi Acquisti Metropolitan n.459 del 15.02.2016 comunicata a mezzo pec del 16 febbraio 2016;

per quanto di interesse

– degli atti di gara e del modulo di formulazione della offerta economica, laddove non è stato previsto l'obbligo di indicare i costi di sicurezza aziendale;

nonché

– di tutti i verbali di gara, per quanto di interesse della ricorrente, e di ogni atto presupposto, conseguente e derivato ancorché non conosciuto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Unità Sanitaria Locale di Bologna e della società BT Enia Telecomunicazioni di Parma;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2016 la dott.ssa Rosalia Maria Rita Messina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in esame la società SDS s.r.l. ha impugnato gli atti della procedura di individuazione del contraente indetta dalla AUSL di Bologna per l'affidamento del servizio di call center. La ricorrente è stata invitata, insieme ad altre ditte, a partecipare alla gara per il cottimo fiduciario avente per oggetto detto servizio, della durata di un anno e fino al raggiungimento della spesa massima di € 200.000,00.

La procedura di affidamento è regolata (si veda la lettera di invito, in atti) dall'art. 125 d. lgs. n. 163/2006.

Il criterio di aggiudicazione previsto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In particolare, la ricorrente contesta la mancata esclusione dalla gara della controinteressata società BT Enia Telecomunicazioni s.p.a. di Parma, graduata come prima all'esito della procedura selettiva oggetto della controversia, nella quale la ricorrente si è invece graduata come seconda.

Parte ricorrente sostiene l'illegittimità della mancata esclusione della predetta società in quanto questa aveva omesso di indicare i costi relativi alla sicurezza per i rischi aziendali.

Va precisato che nella lettera di invito e nel capitolato speciale non si faceva menzione dell'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza; nemmeno nella scheda fornita come modello per la formulazione dell'offerta se ne faceva cenno.

In giurisprudenza si registra un orientamento, sia in primo sia in secondo grado, secondo il quale nelle ipotesi di cottimo fiduciario non si applica la previsione dell'obbligo di indicare il costo relativo alla sicurezza sancito in via generale dall'art. 86, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006, ove in particolare, come nel caso di specie, tale obbligo non sia stabilito dalla *lex specialis* della gara. Si veda, in proposito, la decisione della III Sezione del Consiglio di Stato

n. 4810/2015, in cui, facendosi leva sulla peculiare natura del cottimo fiduciario – che non è una vera e propria gara, ma una trattativa privata, connotata da lata discrezionalità nel rispetto dei soli principi di trasparenza e imparzialità, nonché dei requisiti minimi di concorrenzialità – si esclude l'applicabilità delle rigide regole dettate per gli appalti soprasoglia; pertanto, nonostante lo scopo altamente sociale che la norma si propone, è fortemente discutibile che possa trovare rigida applicazione l'obbligo discendente dall'art. 87, comma quarto, del codice dei contratti pubblici, invocato dall'appellante, che concerne la dichiarazione specifica degli oneri sostenuti per la sicurezza aziendale, quantomeno nel senso di imporre una tale dichiarazione a pena di esclusione. Ovviamente, la lettera di invito può invece prevedere l'indicazione degli oneri di sicurezza e, in tal caso, la mancata specificazione degli stessi comporta l'esclusione dalla gara.

Questa Sezione è giunta a conclusioni simili seguendo un altro percorso argomentativo. In una recentissima decisione (n. 418/2016), resa su analoga controversia (alla quale si rimanda per ulteriore ragguaglio di precedenti giurisprudenziali), si è stabilita – sulla falsariga di una pronuncia della VI Sezione del Consiglio di Stato (n. 1798/2015) – e in relazione agli appalti di forniture e di servizi intellettuali (nel cui ambito il rischio cosiddetto specifico o aziendale ha minore possibilità di incidenza), l'insussistenza dell'obbligo delle imprese partecipanti di indicare già in sede di offerta – a pena di esclusione – i predetti oneri per la sicurezza. Tali elementi devono essere in simili ipotesi specificati e verificati ai soli fini del giudizio di anomalia; e ciò in quanto la *ratio* della disposizione contenuta nell'articolo 87, comma quarto, secondo periodo, del codice dei contratti pubblici, appare individuabile, in relazione agli appalti di servizi e forniture, con riguardo alla particolare tipologia delle prestazioni richieste per questi appalti rispetto a quelli per lavori e alla rilevanza di ciò nella fase della valutazione dell'anomalia (cui la norma è espressamente riferita).

Anche nel caso dal quale è scaturito il presente giudizio il servizio oggetto della procedura selettiva è un servizio di natura intellettuale per il suo intrinseco contenuto (attività di call center), che del resto come tale è stato qualificato dalla stazione appaltante nella lettera di invito, in cui si specifica (pag. 3, ultimo periodo della parte dedicata all'offerta economica) che il committente, valutate le attività oggetto dell'appalto, non elabora il DUVRI in quanto non richiesto per servizi di natura intellettuale.

In assenza dunque di clausole nella disciplina della gara che imponessero, per di più a pena di esclusione, l'indicazione dei costi per la sicurezza, e in presenza, al contrario, di clausole che escludevano tale obbligo, il ricorso va respinto.

Le spese si liquidano in dispositivo secondo il principio di soccombenza.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) respinge il ricorso in epigrafe.

Pone le spese di lite a carico della parte ricorrente, liquidandole, in favore delle parti resistenti, in € 8.000,00 (ottomila/00), in ragione di € 4.000,00 (quattromila/00) per ciascuna di esse, oltre

accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Rosalia Maria Rita Messina, Consigliere, Estensore

Laura Marzano, Consigliere