

Costi della sicurezza del lavoro

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 7-3-2017

Per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del c.d. nuovo Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio.

Guida alla lettura

Con la decisione in commento la V Sezione del Consiglio di Stato torna ad occuparsi del tema degli oneri di sicurezza, al riguardo meramente recependo l'assunto sancito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 27 luglio 2016 n. 19 la quale, conformemente alla Corte di Giustizia europea sez. VI 2 giugno 2016 in causa C-27/15, ha affermato che **per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del c.d. nuovo Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio.**

Precedentemente al varo del nuovo Codice dei contratti pubblici la giurisprudenza si era a lungo interrogata sulla necessità di inserire nell'offerta i costi della sicurezza sul lavoro.

Nel dettaglio, tale interrogativo era sorto con riferimento agli appalti di lavori, atteso che per i differenti appalti di servizi e forniture l'art. 87 comma 4 D.lgs. 163/2006, relativo agli oneri aziendali disponeva 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"*.

Anticipando la scelta successivamente effettuata dal legislatore del 2016, che al comma 10 dell'art. 95 del D.lgs. 50/2016 statuisce che *"nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e*

sicurezza sui luoghi di lavoro”, l’Adunanza Plenaria del 20 marzo 2015 n. 3 ha previsto che 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. Ciò sulla base di un’interpretazione sistematica degli articoli 26 comma 2 D.lgs. 81/2008 e 86 comma 3 *bis* e 87 comma 4 D.lgs. 163/2006.

Secondo il Supremo Consesso *“non appare coerente imporre alle stazioni appaltanti di tenere espresso conto nella determinazione del valore economico di tutti gli appalti dell’insieme dei costi della sicurezza, che devono altresì specificare per assicurarne la congruità, e non imporre ai concorrenti, per i soli appalti di lavori, un identico obbligo di indicazione nelle offerte dei loro costi specifici, il cui calcolo infine emergerebbe soltanto in via eventuale nella non indefettibile fase della non anomalia”*.

La conformità alla normativa europea dell’orientamento secondo cui l’omessa indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale comporta l’automatica esclusione dalla gara è stata messa in discussione da diverse decisioni di merito, le quali hanno così innalzato questione di compatibilità comunitaria dinnanzi alla Corte di Giustizia.

Senza attendere la pronuncia del Giudice europeo, e mitigando i principi precedentemente affermati dalle Plenarie 3 e 9 del 2015, l’Adunanza Plenaria 27 giugno 2016 n. 19 ha affermato che l’automatismo dell’esclusione derivante dalla mancata indicazione degli oneri di sicurezza, anche in assenza di siffatta indicazione nella *lex specialis* di gara, si pone in contrasto con i principi di certezza del diritto, tutela dell’affidamento, trasparenza, proporzionalità e *par condicio*.

Alla luce di quanto esposto il Supremo Collegio ha concluso che per le gare bandite anteriormente all’entrata in vigore del nuovo Codice appalti, nelle ipotesi in cui l’obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza non sia stato specificato dalla legge di gara, l’esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare la propria offerta nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio.

Negli stessi termini di contrasto tra l’automatica esclusione dalla gara in presenza di mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale e i diversi principi, di matrice sovranazionale, di certezza del diritto, tutela dell’affidamento e più in generale tutti i principi sottesi ad un corretto espletamento del procedimento di evidenza pubblica, si è altresì espressa la Corte di Giustizia europea con la pronuncia 2 giugno 2016 in causa C-27/15.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6603 del 2016, proposto da:
Fimeco Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Prozzo C.F. PRZRRT62T18F839E, con domicilio eletto presso Antonio Formiconi in Roma, via Cremera, n. 11;

contro

Consorzio Campale Stabile, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Eduardo De Ruggiero C.F. DRGDRD74S29F839B e Angela De Nisco C.F. DNSNGL70L63A783H, con domicilio eletto presso Francesco Ruggiero Gallo in Roma, via Brescia, n. 29;

Comune di Montefredane, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI SALERNO: SEZIONE I n. 01296/2016, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione dell'appalto integrato per la progettazione esecutiva e la realizzazione dei lavori di bonifica e messa in sicurezza della ex discarica comunale.

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Salerno, sez. I, con la sentenza 25 maggio 2016, n. 1296, ha accolto il ricorso proposto dall'attuale parte appellata Consorzio Campale Stabile, per l'annullamento:

- della determina del Settore Area Tecnica del Comune di Montefredane n. 116 del 19.11.2015, successivamente comunicata, con la quale s'è disposta l'approvazione dei verbali di gara e l'aggiudicazione dell'appalto integrato per la progettazione esecutiva e la realizzazione dei lavori di bonifica e messa in sicurezza della ex discarica comunale sita nel Comune di Montefredane, in favore dell'impresa FIMECO s. r. l. di Roma;

- della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, prot. 4335 del 20.11.2015;
- ove occorra, della determina n. 83/2015, d'aggiudicazione provvisoria dell'appalto, in favore dell'impresa Fimeco Srl;
- ove occorra, di tutti i verbali di gara, con i quali la Commissione ha disposto le ammissioni dei concorrenti e ha valutato le offerte tecniche ed economiche.

In sintesi l'adito tribunale ha ritenuto fondata la prima censura del ricorso principale di primo grado, con la quale s'è dedotto che la Fimeco Srl aggiudicataria andava esclusa dalla gara, per non aver indicato nell'offerta economica gli oneri di sicurezza aziendale, respingendo peraltro il ricorso incidentale proposto dalla Fimeco s.r.l, prioritariamente esaminato.

L'appellante ha contestato tale la sentenza, deducendone l'erroneità per ciò che riguarda l'accoglimento del primo motivo del ricorso principale di primo grado e riproponendo, nella sostanza, il primo e terzo motivo del ricorso incidentale di primo grado.

Si è costituito in giudizio il Consorzio appellato, chiedendo la reiezione del gravame.

All'udienza pubblica del 12 gennaio 2017 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Occorre preliminarmente rilevare che il TAR ha correttamente esaminato prima il ricorso incidentale dell'appellante Fimeco, le cui censure – limitatamente al primo ed al terzo motivo - sono ora riproposte in sede di appello.

Tuttavia, attese le più recenti pronunzie che consentono di ritenere superata la questione degli oneri di sicurezza, assume portata assorbente il primo motivo di appello relativo all'accoglimento del ricorso principale, idoneo a definire la controversia (giacché l'appellante si era reso aggiudicatario della gara cui si riferisce la controversia).

2. Osserva infatti la Sezione che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza del 27 luglio 2016 n. 19 (e, conformemente, Corte di Giustizia Europea, Sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15), ha affermato che per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del c.d. nuovo Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio.

Pertanto la sentenza impugnata, che ha accolto il ricorso di primo grado proprio per la mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, sulla base di un indirizzo

giurisprudenziale all'epoca vigente, è da ritenersi non corretta alla luce del ricordato pronunciamento dell'Adunanza Plenaria.

Nel caso concreto, inoltre, deve sottolinearsi che l'offerta dell'appellante Fimeco è stata anche sottoposta a verifica ai sensi degli artt. 87 e 88 del codice dei contratti, e in sede di verifica è stato dimostrato che si era tenuto conto anche degli oneri di sicurezza aziendale, a conferma della circostanza che non si è in presenza di una mancanza sostanziale di tale requisito, ma di una mera omessa indicazione da integrare in sede di regolarizzazione, proprio come statuito dall'anzidetta sentenza della Plenaria.

L'accoglimento del primo motivo di appello, con conseguente rigetto del ricorso principale, è come detto assorbente, non residuando alcun interesse all'esame degli altri motivi (primo e terzo del ricorso incidentale proposto in primo grado e riproposti in appello).

3. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

Le spese di lite del doppio grado di giudizio possono essere compensate, in ragione del mutato indirizzo giurisprudenziale.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello principale come in epigrafe indicato, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa le spese di lite del doppio grado di giudizio.

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