

Obbligo di indicare i costi di sicurezza interni nel caso di servizi intellettuali, anche nel caso di appalto sotto soglia

di Giovanni Ranalli

Data di pubblicazione: 22-6-2017

1. L'art. 95 co. 10 del D.lgs. n. 50 del 2016 ha risolto in maniera chiara la questione dell'onere di indicazione in sede di offerta dei costi aziendali concernenti la sicurezza sul lavoro.

2. La previsione normativa contenute nell'art. 95 co. 10 (*ante* decreto correttivo n. 56/2017) implica che l'impresa concorrente, anche nel caso di appalti sotto soglia afferenti servizi intellettuali, è obbligata ad indicare i costi di sicurezza, escludendosi la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio.

1. *Conforme T.A.R. Bolzano, 13 febbraio 2017, n. 62*
2. *Conforme T.A.R. Toscana, sez. I, 10 febbraio 2017, n. 217*

Guida alla lettura

La sentenza in commento riguarda l'appalto indetto dalla Regione Umbria nel gennaio 2017 per l'affidamento dei servizi per "Attività di supporto al Servizio Turismo, Commercio, Sport per l'Attività di Film Commissione della Regione Umbria". Il valore dell'appalto è sotto la soglia comunitaria. In particolare la ditta terza classificata ha impugnato l'aggiudicazione e chiesto l'esclusione della ditta aggiudicataria e della seconda classificata in quanto entrambe le imprese non avevano, ancorché il bando nulla prevedesse al riguardo, indicato i costi di sicurezza interni. Il Tar Umbria ha affermato che l'attuale previsione normativa di cui all'art. 95 co. 10 del D.lgs. n. 50 del 2016 (n.d.r. nella formulazione antecedente al correttivo di cui al D.Lgs. 19/04/2017, n. 56, Pubblicato nella Gazz. Uff. 5 maggio 2017, n. 103, S.O.) ha definitivamente risolto dubbi interpretativi sugli effetti escludenti dell'omessa indicazione dei costi di sicurezza interni. L'art. 95 co. 10 del D.lgs. n. 50 del 2016 stabiliva 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*". Pertanto, secondo il Tar Umbria, la norma vigente impone alle stazioni appaltanti di escludere dalle gare i concorrenti che, pur nel silenzio del bando, non indicano tali oneri. Secondo il Giudice Umbro l'esclusione opera (in coerenza alla chiara e puntuale disposizione normativa in commento):

- anche nel caso di servizi intellettuali (nell'ambito dei quali sarebbe riconducibile l'appalto in questione). Sul punto il Tar precisa che "*secondo la più recente giurisprudenza l'obbligo di indicare i costi di sicurezza interni sussista anche nell'ambito degli stessi servizi intellettuali, in quanto anche in un servizio di tal fatta*

non vi è assenza di rischi per la salute o la sicurezza dei lavoratori dell'impresa affidataria del servizio (T.A.R. Bolzano 13 febbraio 2017, n. 62 [...])”;

- anche nel caso di servizi sotto soglia. Il Giudice Umbro giunge a tale conclusione ritenendo che non siano ostative le linee guida emanate dall'ANAC n. 4/2016. Sul punto il Tar sostiene quanto segue: *“A diverse conclusioni infine non può giungersi ritenendo la regola posta dal citato art. 95 comma 10 non applicabile alle procedure sotto soglia in quanto non richiamata tra i principi applicabili nelle linee guida emanate dall'ANAC. n. 4, pubblicate in G.U. n. 274 del 23 novembre 2016. A prescindere dalla natura non normativa nè vincolante di tali linee guida (Consiglio di Stato parere n. 1903/2016, 13 settembre 2016) non è in discussione che la quantificazione specifica degli oneri aziendali per la sicurezza costituisca un portato dei più generali principi di economicità, efficacia, proporzionalità e trasparenza indicati dall'art. comma 1 del D.lgs. 50/2016”*.

Il Tar Umbria, inoltre, non ritiene possibile porre rimedio alla mancata indicazione dei costi di sicurezza interni mediante il soccorso istruttorio, oggi disciplinato dall'art. 83 comma 9, del D.lgs. 50 del 2016. Sostiene il Giudice Umbro che, in linea con quanto affermato dalla giurisprudenza, l'art. 83, comma 9 del D.lgs. n. 50/2016 ammette l'esercizio della facoltà di integrazione da parte dei concorrenti solo relativamente alle *“carenze di qualsiasi elemento formale della domanda”* (mentre, nella specie, viene in rilievo la carenza di un elemento *“sostanziale”*, perché attinente al contenuto dell'offerta economica) e comunque al fine di emendare *“la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, laddove l'indicazione degli oneri di sicurezza aziendale attiene direttamente, ai sensi del citato art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, all'offerta economica (T.A.R. Toscana, sez. I, 10 febbraio 2017).*

Preme infine evidenziare che la sentenza del Tar Umbria si riferisce, come sopra accennato, ad una fattispecie antecedente al D.lgs. n. 57 del 19 aprile 2017, recante il c.d. terzo correttivo al Codice degli Appalti.

L'art. 95 co. 10, così come sostituito dall'art. 60, comma 1, lett. e) D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 modifica nuovamente normativa stabilendo che *“Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)”*.

Con il terzo correttivo, dunque, risultano esclusi espressamente tra gli obblighi dichiarativi i servizi intellettuali e gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 93 del 2017, proposto da:

Studio Lumiere Società Cooperativa di Produzione Videocinematografica, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Rampini e Roberto Baldoni, con domicilio eletto presso lo studio Mario Rampini in Perugia, piazza Piccinino n. 9;

contro

Regione Umbria, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Natascia Marsala, con domicilio eletto presso il suo studio in Perugia, corso Vannucci 30;

nei confronti di

Gika Productions s.r.l. in qualità di capogruppo del costituendo Rti tra Gika Productions s.r.l. e Studio Marchese s.r.l.;

Società Consortile Ass For. Seo s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Filippo Bersani, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza Cola di Rienzo 69;

per l'annullamento***previa sospensiva***

A) della determinazione dirigenziale della Regione dell'Umbria - Direzione Regionale Risorse Finanziarie e Strumentali. Affari Generali e Rapporti con i livelli di Governo - Servizio Provveditorato, gare e contratti e gestione partecipate n. 441 del 23/1/2017, comunicata alla ricorrente a mezzo pec in data 26/1/2017 e con la quale sono stati affidati alla Società Consortile ASS.FOR. SEO S.r.l., per un importo comprensivo di oneri di legge par ad € 87.840,00, i servizi per "Attività di supporto al Servizio Turismo, Commercio, Sport per l'Attività di Film Commissione della Regione Umbria" di cui alle d.d. regionali n. 5973/2016, n. 7635/2016 e n. 10509/2016;

B) di tutti gli atti della procedura di gara e, in particolare, dei verbali relativi alle operazioni di apertura delle buste delle offerenti contenenti la documentazione "amministrativa", l'esame delle "offerte tecniche" e l'offerta economica;

C) in via subordinata, per quanto di ragione e nei termini di cui *melius* infra, della lettera di invito alla procedura in questione, della relativa nota di rettifica (in punto di individuazione del meccanismo di gara mediante il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa), nonché del capitolato speciale d'onori;

D) di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto e/o connesso e/o conseguente.

nonché per l'accertamento del diritto della ricorrente di ottenere l'aggiudicazione dei servizi in parola e, quindi, subentrare nel relativo contratto, previa declaratoria di inefficacia di quello eventualmente stipulato dalla Regione dell'Umbria con la Società Consortile ASS.FOR. SEO S.r.l.;

- per la declaratoria di inefficacia del contratto tra Regione dell'Umbria e la Società Consortile ASS.FOR. SEO S.r.l., ove *medio tempore* stipulato;

nonché in via subordinata

nella denegata ipotesi in cui l'adito TAR non dovesse dichiarare l'inefficacia del contratto, ove *medio tempore* stipulato, e accogliere la domanda di subentro, pur accertando l'illegittimità dell'aggiudicazione, per l'accertamento del diritto della ricorrente ad ottenere il risarcimento del danno per equivalente nella misura che ci si riserva di quantificare in corso di causa, oltre ad interessi e rivalutazione, con conseguente condanna della Regione dell'Umbria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Umbria e della Società Consortile Ass.For. Seo a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 aprile 2017 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Espone l'odierna ricorrente, società cooperativa di produzione videocinematografica, di aver partecipato alla procedura negoziata indetta dalla Regione Umbria ai sensi dell'art. 36 c. 2, lett. b) del D.lgs. 50 del 2016 con importo a base di gara ufficiosa di 87.840,00 e criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (80 punti all'offerta tecnica e 20 punti a quella economica) avente ad oggetto l'affidamento dei servizi per "Attività di supporto al Servizio Turismo, Commercio, Sport per l'Attività di Film Commissione della Regione Umbria" di cui alle d.d. regionali n. 5973/2016, n. 7635/2016 e n. 10509/2016.

Con determinazione dirigenziale della Regione dell'Umbria n. 441 del 23 gennaio 2017 è stata disposta l'aggiudicazione dei servizi in oggetto alla Società Consortile Ass. For. Seo s.r.l.

La ricorrente si è classificata al terzo posto dietro, oltre l'aggiudicataria, al costituendo RTI capeggiato da Gika Productions s.r.l.

Dalla documentazione agli atti non risulta allo stato stipulato il contratto d'appalto.

La ricorrente impugna il suddetto atto di aggiudicazione unitamente a tutti gli atti del procedimento ivi compresa la lettera di invito, deducendo motivi così riassumibili:

I. In via principale: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 95 comma 10, del D.lgs. 50/2016 e degli artt. 1 e 3 della lettera di invito: entrambe le offerte dei due operatori economici che hanno preceduto la ricorrente, ovvero la prima e la seconda classificata, avrebbero dovuto essere escluse stante la mancata indicazione dei costi aziendali contenenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, obbligo dichiarativo oggi direttamente sancito dall'art. 95 comma 10, del D.lgs. 50/2016; non sarebbe stato nella fattispecie nemmeno possibile l'attivazione del soccorso istruttorio attingendo l'indicazione degli oneri di sicurezza aziendale direttamente all'offerta economica; anche la *lex specialis*, d'altronde, avrebbe imposto ai partecipanti di tener conto in sede di offerta anche di tutti gli obblighi connessi alle disposizioni in materia di tutela della sicurezza dei lavoratori;

II. In via subordinata: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 95 commi 3, e 8, del D.lgs. 50/2016, eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione, travisamento, indeterminatezza, incompetenza della Commissione: stante la genericità ed indeterminatezza della *lex specialis* non sarebbe possibile ricomprendere l'iter logico seguito dalla Commissione per l'attribuzione dei punteggi dell'offerta tecnica alla ricorrente, con particolare riferimento alla valutazione del *curriculum* delle principali figure professionali.

Si è costituita la Regione Umbria eccependo l'inammissibilità del ricorso per mancata immediata impugnazione della *lex specialis* nella parte in cui sia ritenuto carente della indicazione dei costi di sicurezza non soggetti a ribasso e per genericità delle censure proposte in via subordinata. Quanto al merito evidenzia l'infondatezza di tutti i motivi *ex adverso* dedotti, poiché in sintesi:

- avendo la procedura negoziata ad oggetto l'affidamento di servizi di natura intellettuale sarebbe esclusa la predisposizione del DUVRI e la conseguente stima dei costi della sicurezza;
- sarebbe comunque ammissibile l'attivazione del soccorso istruttorio al fine di regolarizzare la carenza dell'obbligo dichiarativo.

Si è costituita altresì la società controinteressata evidenziando l'infondatezza di tutti i motivi *ex adverso* dedotti, poiché:

- né la *lex specialis* né la legge applicabile alla gara di che trattasi imporrebbero l'indicazione

in sede di offerta degli oneri di sicurezza;

- la sanzione espulsiva si porrebbe in contrasto con quanto recentemente affermato dalla Corte di Giustizia UE (sez. VI, ordinanza 10 novembre 2016 (causa C-162/16)) in tema di esclusione da gare d'appalto per mancata indicazione da parte dei concorrenti degli oneri di sicurezza aziendali.

Alla camera di consiglio del 4 aprile 2017, su accordo delle parti, la domanda incidentale cautelare è stata abbinata al merito stante l'imminente fissazione dell'udienza pubblica.

Con successiva memoria la cooperativa ricorrente ha replicato a tutte le eccezioni anche in rito sollevate dalle controparti, contestando tra l'altro la natura intellettuale del servizio di che trattasi e sostenendo la rilevanza anche nell'appalto *de quo* degli oneri aziendali per la sicurezza.

All'udienza pubblica del 21 aprile 2017, uditi i difensori, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

2. -E' materia del contendere la legittimità dell'aggiudicazione della procedura negoziata indetta ai sensi dell'art. 36 c. 2, lett. b) D.lgs. 50/2016 inerente i servizi per attività di supporto al Servizio Turismo, Commercio, Sport per l'Attività di Film Commissione della Regione Umbria.

Con il ricorso in epigrafe la cooperativa ricorrente, terza classificata, mira a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto contestando in via principale l'ammissione alla gara di entrambi gli operatori che la precedono, ovvero della Società Consortile Ass.For. Seo s. r.l. e del RTI capeggiato da Gika Productions s.r.l., stante la mancata indicazione da parte di quest'ultime degli oneri di sicurezza aziendali, in asserita violazione del disposto di cui all'art. 95 comma 10, del D.lgs. 50 del 2016. La ricorrente ha indicato nella propria offerta i suddetti oneri in 500,00 euro.

3. - Preliminarmente vanno esaminate le eccezioni in rito.

Ad avviso della difesa regionale il ricorso sarebbe inammissibile per mancata immediata impugnazione degli atti di gara, ritenuti direttamente lesivi per la ricorrente ove essi si intendano carenti della indicazione dei costi della sicurezza.

Ritiene il Collegio come la lettera di invito in realtà imponga ai concorrenti "di tener conto nella predisposizione dell'offerta degli obblighi connessi alle disposizioni in materia di sicurezza e protezione dei lavoratori, nonché delle condizioni di lavoro" si da non potersi dire direttamente lesiva dell'interesse azionato dalla cooperativa ricorrente.

D'altronde, per giurisprudenza pacifica, l'onere di immediata impugnazione del bando o del disciplinare di gara sussiste solo in caso di clausole c.d. escludenti, tra cui quelle che

impediscono la partecipazione alla gara, atteso che la lesività delle rimanenti clausole si manifesta solo per effetto della successiva applicazione da parte della commissione di gara, per cui nessun onere di immediata impugnativa è configurabile prima di questo momento (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. V, 11 ottobre 2016, n. 4184; T.A.R. Lombardia Milano sez. III, 20 febbraio 2017, n. 423).

Va detto che la ricorrente, congiuntamente all'aggiudicazione, ha ritualmente esteso l'impugnativa alla *lex specialis* nella parte in cui non ha espressamente configurato l'obbligo di quantificazione degli oneri ai sensi del nuovo disposto dell'art. 95 c. 10, del D.lgs. 50/2016.

3.1. - L'eccezione è pertanto del tutto priva di pregio e il ricorso ammissibile.

4. - Venendo al merito il ricorso è fondato e va accolto.

4.1. - Deve essere prioritariamente esaminato il I motivo di gravame, avendolo la ricorrente espressamente indicato come principale (Consiglio di Stato Ad. Plenaria 27 aprile 2015, n. 5) rientrando tale graduazione nel potere dispositivo di parte ricorrente.

5. - Occorre premettere che nel caso di specie, ai sensi dell'art. 1 della lettera di invito, è fatto obbligo ai concorrenti "di tener conto nella predisposizione dell'offerta degli obblighi connessi alle disposizioni in materia di sicurezza e protezione dei lavoratori, nonché delle condizioni di lavoro."

Ad avviso della Regione, all'appalto di che trattasi, in quanto inerente a servizi di natura intellettuale, non si applicherebbe la disciplina in tema di oneri di sicurezza aziendale dei lavoratori non avendo essi alcuna concreta incidenza, con conseguente radicale infondatezza della pretesa azionata dalla cooperativa ricorrente.

5.1. - Non ritiene il Collegio di poter condividere tale assunto.

5.2. - Anzitutto, perché in evidente contrasto con quanto dalla stessa stazione appaltante stabilito negli atti di gara, dal momento che il citato art. 1 della lettera di invito indica, al contrario, l'incidenza nell'appalto delle disposizioni in materia di sicurezza e protezione dei lavoratori, pur senza espressamente configurare l'obbligo di quantificazione degli oneri di sicurezza aziendali ai sensi del nuovo disposto dell'art. 95 c. 10, del D.lgs. 50/2016.

5.3. - In secondo luogo perché anche a voler opinare nel senso della irrilevanza degli oneri in questione per gli appalti di servizi di natura intellettuale, le prestazioni descritte nel capitolato speciale hanno carattere plurimo ed eterogeneo, quali - tra le tante - la fornitura dell'assistenza durante le riprese cinematografiche, garantire sopralluoghi assistiti con svolgimento di attività anche materiali da parte degli addetti e che non si esauriscono nella mera ideazione di proposte di una determinata *location* per le riprese. Ancora, il capitolato speciale impone a carico dell'aggiudicatario l'organizzazione di conferenze stampe e lo svolgimento di attività di *workshop*.

Come ben evidenziato dalla ricorrente, si tratta di un complesso di attività di cui non può a

priori escludersi il rischio di interferenze e che non appaiono suscumbibili nelle prestazioni di natura esclusivamente intellettuale, come ad esempio invece il servizio di consulenza assicurativa e brokeraggio (*ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 16 marzo 2016 n. 1051) o i servizi legali (T.A.R. Calabria Reggio Calabria sez. I, 13 gennaio 2016, n. 31).

D'altronde, diversamente da quanto opinato dalla difesa regionale, nessun rilievo può avere la circostanza che il servizio da acquisire non sia svolto all'interno della stazione appaltante, essendovi indubbiamente prestazioni che pur se svolte al di fuori non possono qualificarsi quali servizi intellettuali.

Giova infine evidenziare poi come secondo la più recente giurisprudenza l'obbligo di indicare i costi di sicurezza interni sussista anche nell'ambito degli stessi servizi intellettuali, in quanto anche in un servizio di tal fatta non vi è assenza di rischi per la salute o la sicurezza dei lavoratori dell'impresa affidataria del servizio (T.A.R. Bolzano 13 febbraio 2017, n. 62 e T.A.R. Emilia Romagna, sez. I, 13 marzo 2015 n. 268 relativamente a servizi informatici; Consiglio di Stato sez. VI, 13 luglio 2016, n. 3139 per servizi tecnici di progettazione comportanti sopralluoghi e rilievi).

5.4. - Tanto basta, secondo il Collegio, a ritenere nel caso di specie l'incidenza del rischio cosiddetto specifico o aziendale relativamente alla prestazione in esame.

5.5. - Per completezza, anche la giurisprudenza richiamata dalla difesa regionale in punto di non incidenza degli oneri di sicurezza aziendali sui servizi di natura intellettuale attiene a gare effettuate in vigenza del previgente D.lgs. 163/2006, risultando la disciplina in tema di relativi obblighi dichiarativi riformata per effetto dell'entrata in vigore del D.lgs. 50 del 2016.

6. - Ciò premesso è pacifico e non contestato come i due operatori economici che precedono la ricorrente non abbiano indicato in sede di offerta i suddetti oneri, mentre la ricorrente li ha puntualmente indicati, quantificandoli in 500,00 euro.

6.1. - Come noto in vigenza del Codice dei contratti pubblici approvato con D.lgs. 163 del 2006 e s.m. sul tema dell'esclusione da gare d'appalto dei concorrenti per mancata indicazione nell'offerta degli oneri di sicurezza aziendali è sorto ampio dibattito giurisprudenziale, specie per l'ipotesi in cui tale onere dichiarativo non fosse specificato nell'ambito della *lex specialis*.

Secondo un primo orientamento, ampiamente diffuso, l'esclusione del concorrente sarebbe da ritenersi anche in tal caso del tutto automatica, facendosi richiamo al concetto di eterointegrazione (art. 1374 c.c.) del bando e qualificando l'indicazione dei costi per la sicurezza da "rischio specifico" come "elemento essenziale" dell'offerta a norma dell'art. 46 comma 1-bis del Codice dei contratti pubblici, con la conseguenza che la relativa mancanza renderebbe la stessa incompleta e come tale, di per sé solo, suscettibile di esclusione (Consiglio di Stato, sez. III, 28 agosto 2012, n. 4622; id., sez. V, 23 luglio 2010, n. 4849; T.A.R. Lombardia Brescia 19 febbraio 2013, n.181; T.A.R. Lazio Roma sez. II, 7 gennaio 2013, n.66; T.A.R. Veneto sez. I, 22 novembre 2011, n.1720). La mancata indicazione degli oneri in questione renderebbe così l'offerta "del tutto incompleta" ed impedirebbe di conseguenza alla stazione appaltante "l'adeguato controllo sull'affidabilità dell'offerta stessa" (così

Consiglio di Stato, sez. V, 23 luglio 2010, n. 4849; T.A.R. Lazio, sez. I ter, 11 ottobre 2011, n. 7871; T.A.R. Lombardia - Brescia, sez. II, 20 aprile 2011, n. 583; T.A.R. Lombardia - Brescia, sez. I, 9 maggio 2011, n. 1217).

Secondo invece altra tesi, parimenti sostenuta sia in giurisprudenza che dall'Autorità di Vigilanza, la mancata indicazione degli oneri da "rischio specifico", non potrebbe mai giustificare la sanzione espulsiva, stante che l'art. 87 c. 4 del D.lgs. 163/2006 non dispone l'esclusione dalla gara, ma impone un criterio da seguire per la valutazione della congruità dell'offerta, vietando all'impresa di dimostrare la remuneratività e l'attendibilità del ribasso effettuato contraendo gli oneri della sicurezza (T.A.R. Puglia, sez. III, 28 agosto 2008, n. 2398, T.A.R. Lombardia Brescia sez. I, 9 giugno 2009, n. 1201, T.A.R. Sardegna sez. I, 7 aprile 2008, n. 638; T.A.R. Lazio - Roma, sez. II ter, 7 settembre 2012, n. 7630; T.A.R. Lazio - Roma sez. II, 14 giugno 2012, n.5465; T.A.R. Puglia Bari sez I, 27 settembre 2012, n. 1700;; AVCP parere n. 27 del 8 marzo 2012).

Secondo il suesposto orientamento, quindi, l'indicazione degli oneri *de quibus* potrebbe ben essere fornita dal concorrente in sede di sub - procedimento di valutazione dell'anomalia, giustificandosi l'esclusione in ipotesi di omissione da parte del concorrente solamente in tale fase, alla luce sia della collocazione sistematica della norma che della necessità di interpretazione coerente con la *ratio legis* e con i principi comunitari. Anche l'adito Tribunale aveva invero motivatamente aderito a tal secondo orientamento richiamandosi anche alla necessità di interpretazione del bando secondo buona fede, dovendo la stazione appaltante esplicitare gli oneri documentali e le relative sanzioni in caso di inosservanza (T.A.R. Umbria 22, maggio 2013 n. 301).

Il descritto contrasto giurisprudenziale è stato poi composto dall'Adunanza Plenaria con la sentenza del 27 luglio 2016, n. 19 secondo cui per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni, approvato con D.lsg. 18 aprile 2016, n. 50 - che ora come si dirà risolve la questione prevedendo espressamente, all'art. 95, comma 10, l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza: "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" -, 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.

Va aggiunto che la questione è stata altresì esaminata dalla Corte di Giustizia UE a seguito di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 TFUE, affermando che "il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, come attuati dalla direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito dell'inosservanza, da parte di detto offerente, dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro,

obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla procedura e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un'interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti" (Corte di Giustizia UE sez. VI, ordinanza 10 novembre 2016 (causa C-162/16)).

6. 2. - Tanto premesso, ritiene il Collegio che la questione dell'onere di indicazione in sede di offerta dei costi aziendali concernenti la sicurezza sul lavoro sia stata disciplinata e risolta a chiare lettere dal nuovo disposto dell'art. 95 comma 10, del D.lgs. 50/2016 applicabile *ratione temporis* anche alla procedura negoziata per cui è causa.

Infatti, il citato art. 95 comma 10 ha previsto 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" così lasciando chiaramente intendere in senso innovativo rispetto alla previgente disciplina contenuta negli artt. 87 c. 4, del D.lgs. 163/2006 (nonché nell'art. 26 c. 6 del D.lgs. 81/2008) che l'obbligo dichiarativo in questione discenda direttamente dalla legge, senza che all'uopo possa nemmeno invocarsi l'eventuale silenzio della *lex specialis*, risultando essa eterointegrata dall'inequivocabile nuovo disposto normativo (T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 3 maggio 2017, n. 2358).

La norma, senza eccezioni limitazioni o temperamenti di sorta (nemmeno quanto alla soglia economica dell'appalto) ha così chiaramente inteso affrontare e risolvere le delicate questioni interpretative sorte in riferimento alle gare effettuate in applicazione del vecchio Codice, laddove come visto al dato normativo non chiaro si aggiungeva non di rado la mancata specificazione di tal obbligo dichiarativo da parte delle stesse stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti di gara.

Nel caso di specie per altro la ricorrente ha esteso l'impugnativa anche alla *lex specialis* nella parte in cui pur richiamando i concorrenti all'obbligo (generico) di tener conto nella predisposizione dell'offerta degli obblighi connessi alle disposizioni in materia di sicurezza e protezione dei lavoratori, ha ommesso di richiedere la quantificazione puntuale degli oneri aziendali ai sensi del nuovo disposto del comma 10 dell'art. 95 citato.

6.3. - Ne consegue ad avviso del Collegio la irregolarità insanabile delle offerte economiche presentate dalle due imprese che precedono la ricorrente, in quanto non contenenti l'indicazione degli oneri aziendali.

6.4. - Non ritiene infatti il Collegio possibile porre rimedio a tale omissione mediante il soccorso istruttorio oggi disciplinato dall'art. 83 comma 9, del D.lgs. 50 del 2016.

Come già affermato dalla giurisprudenza, infatti, l'art. 83, comma 9, del D.lgs. n. 50/2016 ammette l'esercizio della facoltà di integrazione da parte dei concorrenti solo relativamente alle "carenze di qualsiasi elemento formale della domanda" (mentre, nella specie, viene in rilievo la carenza di un elemento "sostanziale", perché attinente al contenuto dell'offerta economica) e comunque al fine di emendare "la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo

85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica", laddove l'indicazione degli oneri di sicurezza aziendale attiene direttamente, ai sensi del citato art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, all'offerta economica (T.A.R. Toscana, sez. I, 10 febbraio 2017, n. 217; T.A.R. Molise 9 dicembre 2016, n. 513; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 3 maggio 2017, n. 2358).

6.5. - Improprio è anche il richiamo al principio di diritto affermato dalla Corte di Giustizia dell'UE (sez. VI, ordinanza 10 novembre 2016 (causa C-162/16)) dal momento che esso concerne gare effettuate nel regime di vigenza del D.lgs. 163 del 2006 laddove l'obbligo dichiarativo di cui si discute non risultava previsto né dalla legge né dagli atti di gara, discendendo esclusivamente da orientamento giurisprudenziale (peraltro non pacifico).

6.6. - A diverse conclusioni infine non può giungersi ritenendo la regola posta dal citato art. 95 comma 10 non applicabile alle procedure sotto soglia in quanto non richiamata tra i principi applicabili nelle linee guida emanate dall'ANAC. n. 4, pubblicate in G.U. n. 274 del 23 novembre 2016.

A prescindere dalla natura non normativa né vincolante di tali linee guida (Consiglio di Stato parere n. 1903/2016, 13 settembre 2016) non è in discussione che la quantificazione specifica degli oneri aziendali per la sicurezza costituisca un portato dei più generali principi di economicità, efficacia, proporzionalità e trasparenza indicati dall'art. comma 1 del D.lgs. 50/2016.

Inoltre, l'esaminato art. 95 comma 10 non opera, come visto, alcuna distinzione tra appalti sopra e sotto soglia, senza contare che il richiamo operato dalla *lex specialis* all'art. 95 del D.lgs. 50/2016 risulta comprensivo dello stesso obbligo previsto dal comma 10 (in questo senso T.A.R. Molise 9 dicembre 2016, n. 513).

6.7. - Alla stregua delle suesposte considerazioni il motivo principale del ricorso è fondato e va accolto, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione impugnata e subentro nell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 124 cod. proc. amm. come richiesto dalla ricorrente.

Le spese seguono la soccombenza, secondo dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così decide:

- a) accoglie la domanda di annullamento e per l'effetto annulla il provvedimento di aggiudicazione impugnato;
- b) dispone il subentro della ricorrente dell'aggiudicazione del servizio;

Condanna la Regione Umbria e la società consortile Ass. For. Seo s.r.l. alla refusione delle spese di lite in favore della cooperativa ricorrente, in misura di 1.500,00 (millecinquecento/00)

euro ciascuna, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Paolo Amovilli, Consigliere, Estensore

Enrico Mattei, Primo Referendario