

Parere n.54 del 23/04/2013

PREC 1/13/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'UNIVERSITA' POLITECNICA DELLE MARCHE – “*Procedura aperta per l'espletamento del servizio di pulizia degli immobili dell'Ateneo, per il periodo 1 gennaio 2013 – 31 dicembre 2017*” – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo a base d'asta: € 4.682.640,00, IVA esclusa – S.A.: UNIVERSITA' POLITECNICA DELLE MARCHE.

Oneri per la sicurezza da rischio specifico o aziendale. Mancata indicazione. Ammissione legittima per utilizzo moduli erronei predisposti dalla stazione appaltante.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 28 dicembre 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale l'Università Politecnica delle Marche, nella veste di Stazione appaltante per l'affidamento del servizio in oggetto, ha chiesto l'avviso dell'Autorità in ordine alla questione, prospettata nel corso della gara da una delle ditte partecipanti, la EURO & PROMOS GROUP soc. coop. p.a., circa la pretesa necessità di escludere dalla gara le offerte che non avessero indicato gli oneri per la sicurezza da rischio specifico o aziendale. Tale richiesta, avanzata richiamando il recente orientamento del Consiglio di Stato (Sez. III, n. 4622 del 28 agosto 2012), non è stata condivisa dalla Commissione di gara, osservando che l'impianto normativo della procedura selettiva non contempla alcuna sanzione escludente per tale specifica ipotesi. La Stazione appaltante, con apposita memoria, argomenta ulteriormente la ravvisata insussistenza della fattispecie escludente, evidenziando che la normativa di settore - art. 26, comma 6, del D.lgs. n. 81/2008; artt. 86, comma 3-bis e 87, comma 4, D.lgs. n. 163/2006; art. 4 *quater*, comma 1, lett. d), punto 1, del D.L. 1 luglio 2009, n. 78 - non fa alcun cenno agli oneri relativi alla necessaria adeguatezza del costo relativo alla sicurezza e comunque che, in base ad una lettura sistematica della citata disciplina, le voci di prezzo relative alla sicurezza non devono più figurare nell'offerta, bensì vanno dedotte nelle giustificazioni da sottoporre al giudizio di anomalia.

All'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 18 gennaio 2013, e che ha coinvolto tutte le ventotto imprese che hanno partecipato alla gara, hanno fatto seguito, in data 21 gennaio 2013, le controdeduzioni della Colser Servizi S.c.r.l., la quale osserva che la propria offerta include i costi specifici per la sicurezza, senza esplicitarli nel documento “*offerta economica*” al fine di adeguarsi al modello allegato agli atti di gara, e che ha già predisposto idonea tabella riepilogativa dell'offerta economica presentata. In pari data ha fatto pervenire le proprie deduzioni anche la Società Coop2001, la quale evidenzia che la propria offerta ha tenuto conto dell'importo di € 810,00, relativi agli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso, e che sono stati considerati i costi inerenti alla sicurezza aziendale ancorché non visibili nel modello relativo all'offerta economica per la mancanza della relativa voce.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la mancata indicazione, nell'offerta economica di alcune ditte partecipanti alla gara in oggetto, degli oneri per la sicurezza da rischio specifico o aziendale. A fronte della mancata esclusione delle suddette offerte economiche, la stazione appaltante chiede se la decisione della Commissione di gara possa ritenersi legittima.

Preliminarmente occorre individuare il quadro normativo applicabile nella fattispecie in relazione alla natura dell'appalto inerente la procedura in contestazione.

Le prestazioni dedotte in appalto sono riconducibili ai “*Servizi di pulizia degli edifici e di gestione delle proprietà immobiliari*” di cui alla Cat. n. 14 dell'All. IIA al D.lgs. n. 163/2006. Ne consegue che l'appalto è assoggettato, ai sensi dell'art. 20 comma 2 del detto decreto, alla integrale applicazione delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici, ivi comprese le disposizioni codicistiche di cui agli artt. 86 comma 3-bis e 87 comma 4.

Queste ultime stabiliscono, rispettivamente, 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.* (art. 86, comma 3 bis); e 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*” (art. 87, comma 4, ultimo periodo).

Le disposizioni appena citate non distinguono tra costi della sicurezza da rischio specifico o aziendale (la cui misura può variare in relazione ai contenuti dell'offerta e il cui ammontare è determinato da ogni concorrente in ragione delle altre voci di costo dell'offerta medesima) e costi della sicurezza da interferenze (quantificati dalla S.A. nel DUVRI e non soggetti a ribasso ex art. 86 comma 3-ter del D.lgs. n. 163/2006).

Al riguardo, questa Autorità non ravvisa argomenti giuridici per discostarsi dall'orientamento espresso dal Consiglio di Stato (Sez. III, 20 dicembre 2011 n. 6677), secondo cui le Imprese partecipanti ad una gara d'appalto devono includere nella loro offerta sia gli oneri di sicurezza per interferenze sia quelli relativi al rischio specifico (o aziendale).

In ordine agli effetti derivanti dall'omessa indicazione dei costi di sicurezza nell'offerta, la giurisprudenza è consolidata nel ritenere che tale omissione determini l'esclusione dalla gara d'appalto per incompletezza dell'offerta. La tesi trova consensi non solo tra i giudici di prime cure (T.A.R. Palermo, Sez. I, n. 124 del 17 gennaio 2013), ma anche da parte dello stesso Consiglio di Stato, secondo il quale il combinato disposto delle norme appena indicate impone ai concorrenti 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, e di consentire alla stessa la valutazione della congruità dell'importo destinato ai costi per la sicurezza (Cons. Stato, Sez. III, 28 agosto 2012, n. 4622; 19 gennaio 2012, n. 212; 3 ottobre 2011, n. 5421; Sez. V, 29 febbraio 2012, n. 1172; 23 luglio 2010, n. 4849; nello stesso senso: T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 17 ottobre 2012 n. 8522; Sez. I *ter*, 11 ottobre 2011 n. 7871). 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: in altri termini,

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. Stato n. 4622/2012; n. 4849/2010 citate; T.A.R. Lazio, Roma, n. 7871/2011 cit.). Né, tenendo conto dei principi giuridici appena richiamati, potrebbe rilevare la possibilità di chiedere ulteriori giustificazioni in merito agli elementi costitutivi dell'offerta, in quanto detta ulteriore fase di valutazione presuppone, in ogni caso, che l'offerta economica sia stata formulata con tutti i suoi elementi essenziali, uno dei quali è, per espressa ed inequivoca formulazione normativa, l'indicazione dei costi relativi alla sicurezza. Ciò si pone in linea con l'esigenza di assicurare un confronto concorrenziale tra tutte le partecipanti, sulla base di offerte correttamente formulate e complete di tutti gli elementi essenziali, nonché con la correlata esigenza di aggiudicare la gara all'offerta economicamente più conveniente.

Tale assunto, peraltro, è coerente con il principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 46, comma 1-bis, del D.lgs. n. 163/2006 (cfr. Determinazione Avcp n. 4 del 10 ottobre 2012).

Resta però da chiedersi se deve indurre a diverse conclusioni la circostanza, valorizzata dalle controinteressate, della mancanza della relativa voce nel modello predisposto dall'Amministrazione (Allegato "E" al disciplinare di gara) e reso obbligatorio ai fini della predisposizione dell'offerta.

Orbene, di recente la giurisprudenza ha deciso un caso, come quello in esame, in cui la Stazione Appaltante ha allegato al bando un modello di offerta economica che non prevedeva l'indicazione degli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso, prendendo atto della capacità dello stesso di indurre in errore coloro che se ne fossero avvalsi (Cons. Stato, Sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510). Si è infatti affermato, in casi simili, che l'esigenza di apprestare tutela all'affidamento inibisce alla stazione appaltante di escludere dalla gara un'impresa che abbia compilato l'offerta in conformità al facsimile all'uopo da essa predisposto (Cons. Stato, Sez. V, 5 luglio 2011, n. 4029); inoltre la circostanza che un concorrente abbia puntualmente seguito le indicazioni fornite dalla stazione appaltante non può ridondare a danno del medesimo, ancorché la detta modulistica non risulti esattamente conforme alle prescrizioni di legge, dovendo in tal caso prevalere il *favor participationis* (TAR Piemonte, Sez. I, 9 gennaio 2012 n. 5 e 4 aprile 2012 n. 458; Cons. Stato, Sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; Pareri precontenzioso n. 30 dell'8 marzo 2012 e n. 139 del 20 luglio 2011; Determinazione Avcp n. 4 del 10 ottobre 2012).

Deve quindi conclusivamente ritenersi, in applicazione della coordinate ermeneutiche sopra ricordate e in considerazione delle circostanze di fatto riconducibili alla erroneità dei moduli predisposti dalla S.A., che l'Università Politecnica delle Marche si sia correttamente determinata decidendo di non escludere le offerte in ragione della mancata indicazione degli oneri della sicurezza.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che, nell'ambito della procedura indetta dall'Università Politecnica delle Marche, non siano da escludere le offerte in ragione della mancata indicazione degli oneri della sicurezza.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia , Sergio Gallo

Il Presidente : Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 maggio 2013

Il Segretario : Maria Esposito