

Parere n.27 del 08/03/2012

PREC 234/11/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Saletto (Padova) – “*Procedura negoziata per l’affidamento del servizio di trasporto scolastico per il periodo 12 settembre 2011/30 giugno 2016*” – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo a base d’asta: euro 172.500,00 – S.A.: Comune di Saletto (Padova).

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 21 ottobre 2011 è pervenuta l’istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Saletto ha chiesto un parere in merito alla legittimità del provvedimento di aggiudicazione provvisoria disposto nei confronti della ditta Autoservizi Bellotto Paolo di Santa Margherita D’Adige, la cui offerta economica è stata ritenuta non regolare dalla Euro-Tours s.n.c, sola altra partecipante alla gara per l’affidamento del servizio in parola (su cinque invitate).

Pertanto, la Euro-Tours s.n.c, ha chiesto l’esclusione dell’aggiudicataria provvisoria adducendo la seguente motivazione “...*i costi di interferenza per la sicurezza non soggetti a ribasso d’asta, presumiamo siano stati computati dalla stazione appaltante in euro 0,00. Diversi sono invece i costi per la sicurezza e tutela dei lavoratori che l’impresa **DEVE** comunque sostenere e per legge **esplicitare in sede di offerta**. I suddetti costi andavano incorporati ed i loro importi unitari (piuttosto che percentuali) dovevano essere comunque dichiarati, anche fossero stati pari a 0,00*”.

Considerato, quindi, che non sono stati previsti rischi interferenziali di cui all’art. 26, comma 3, del D.Lgs n. 81/2008 e che, pertanto, l’importo dei relativi oneri di sicurezza è pari a zero, come da D.U.V.R.I. in data 6.6.2011, la S.A chiede il parere di questa Autorità in merito alla legittimità della disposta aggiudicazione.

All’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 27 ottobre 2011, la stazione appaltante ha difeso la legittimità della procedura seguita, mentre la ditta aggiudicataria provvisoria ha specificato di non avere indicato nell’offerta economica i suddetti costi per la sicurezza in quanto non richiesti dalla *lex specialis*.

La ditta Euro Tours ha viceversa sostenuto l’obbligatoria indicazione di tali costi nell’offerta economica, essendo gli stessi pertinenti all’attività di impresa.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità dell'aggiudicazione provvisoria disposta nei confronti della ditta Autoservizi Bellotto Paolo per le ragioni riportate in fatto.

Premesso che negli atti di gara non è ravvisabile alcuna prescrizione che impone, a pena di esclusione, l'indicazione dei costi della sicurezza diversi da quelli da interferenza – questi ultimi peraltro inesistenti nell'appalto in oggetto – si deve ricordare che, come affermato di recente dal Consiglio di Stato (cfr. sez. III, n. 5421 del 3 ottobre 2011 e n. 4330 del 15 luglio 2011, nonché da ultimo n. 212 del 19 gennaio 2012, che conferma TAR Lazio, Roma, sez. III *Quater*, n. 3620 del 27 aprile 2011), l'art. 86, comma 3-*bis*, e l'art. 87, comma 4, del Codice dei Contratti pubblici impongono, anche per gli appalti di servizi e forniture, la specifica indicazione nell'offerta economica di tutti i costi relativi alla sicurezza.

In particolare, gli oneri della sicurezza - sia nel comparto dei lavori che in quelli dei servizi e delle forniture - devono essere distinti tra oneri, non soggetti a ribasso, finalizzati all'eliminazione dei rischi da interferenze (che devono essere quantificati dalla stazione appaltante nel DUVRI) ed oneri concernenti i costi specifici connessi con l'attività delle imprese che devono essere indicati dalle stesse nelle rispettive offerte, con il conseguente onere per la stazione appaltante di valutarne la congruità (anche al di fuori del procedimento di verifica delle offerte anomale) rispetto all'entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura.

L'art. 86, comma 3-*bis*, e l'art. 87, comma 4, del d. lgs. n. 163 del 2006 impongono, pertanto, la specifica stima ed indicazione di tutti i costi relativi alla sicurezza, tanto nella fase della "*predisposizione delle gare di appalto*" (e quindi nella predisposizione della documentazione di gara), quanto nella fase della formulazione dell'offerta economica.

E con specifico riguardo alla formulazione dell'offerta economica, l'indicazione dei costi c.d. specifici (o aziendali), unitamente alle altre voci di prezzo di detta offerta, consente alla stazione appaltante di effettuare una puntuale valutazione della congruità dell'offerta ai fini dell'eventuale giudizio di anomalia della stessa.

Peraltro, anche l'art. 26, comma 6, del d.lgs. n. 81 del 9 aprile 2008 (recante norme in materia di tutela della salute e di sicurezza nei luoghi di lavoro), emanato in attuazione della delega prevista dall'art. 1, comma 1, della legge n. 123 del 2007, stabilisce 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 ed al costo relativo alla sicurezza, "*che deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture*".

Ciò significa che negli atti di gara devono essere specificamente indicati, separatamente dall'importo dell'appalto posto a base d'asta, i costi relativi alla sicurezza derivanti dalla valutazione delle interferenze, per i quali è precluso qualsiasi ribasso (art. 86, comma 3-*bis* e comma 3-*ter*, del d.lgs. n. 163/2006), trattandosi di costi ritenuti necessari per la tutela dei soggetti interessati. Gli atti di gara devono poi prevedere che nell'offerta economica siano indicati gli altri oneri per la sicurezza (da rischio specifico di impresa) che sono variabili perché legati all'offerta economica delle imprese partecipanti alla gara.

A loro volta, le imprese partecipanti devono includere nella loro offerta sia gli oneri di sicurezza per le interferenze (nella esatta misura predeterminata dalla stazione appaltante) sia quelli da rischio specifico (o aziendali), la cui misura può variare in relazione al contenuto dell'offerta economica,

trattandosi di costi il cui ammontare è determinato da ciascun concorrente in relazione alle altre voci di costo dell'offerta .

Circa poi la mancata indicazione nell'offerta economica dei costi relativi alla sicurezza, non sanzionata nella *lex specialis* con l'esclusione dalla gara, la stessa giurisprudenza è divisa tra un orientamento che ravvisa nel provvedimento di esclusione la giusta sanzione per il concorrente che abbia presentato un'offerta incompleta sotto un profilo particolarmente rilevante, alla luce della natura costituzionalmente sensibile degli interessi protetti (C.di stato sez. V, 23 luglio 2010 n. 4849, T.A.R. Friuli Venezia-G 14 luglio 2011 n. 348) e un diverso, opposto orientamento che nega la legittimità, in tal caso, di un provvedimento di esclusione.

Nel caso di specie siamo proprio in presenza di un inadempimento consistente nella mancata indicazione, all'interno dell'offerta economica, dei costi di sicurezza aziendali, inadempimento non sanzionato nella *lex specialis* con la sanzione dell'esclusione. Pertanto, tenuto conto che nel silenzio normativo l'esclusione dalla gara, che è sanzione gravissima, dovrebbe scaturire dalla violazione di una clausola del bando o della lettera di invito corredata proprio dalla sanzione dell'esclusione, sembra preferibile, rispetto all'offerta presentata dalla ditta Autoservizi Bellotto Paolo, propendere per quell'orientamento giurisprudenziale che nega la possibilità di una automatica esclusione dalla gara dell'impresa che ometta l'indicazione nell'offerta economica dei costi della sicurezza 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; pertanto la previsione di cui al citato art. 87, comma 4, deve essere considerata come un criterio da seguire per la valutazione della congruità dell'offerta, in sostanza vietando all'impresa di dimostrare la remuneratività e l'attendibilità del ribasso effettuato contraendo gli oneri della sicurezza”*.

La disposizione sopra richiamata si limita a disporre, infatti, che *“...nella valutazione dell'anomalia dell'offerta 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”*. La circostanza poi che tali costi debbano essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui, lascia intendere che tale specificazione sia subordinata alla esistenza degli stessi. Pertanto, nel caso in cui tali costi dovessero essere, a parere dell'impresa, inesistenti, questa ben potrebbe decidere di astenersi dal fornire un'indicazione inutile dichiarando che i costi relativi alla sicurezza sono pari a zero, a meno che naturalmente il bando non richieda ugualmente tale indicazione. A conferma di quanto sopra interviene altresì la considerazione sul nuovo procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte di cui all'art. 88, comma 1, del codice, sostituito dall'art. 4-quater, comma 1, lettera d), della legge 102 del 2009, secondo cui le giustificazioni delle voci di prezzo non devono più figurare nell'offerta (come avveniva nel previgente sistema), ma devono essere espressamente richieste dalla stazione appaltante. Ciò significa che la ditta in contestazione, nell'ambito del subprocedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, avrebbe potuto/dovuto, se richiesto dalla stessa stazione appaltante, presentare le proprie giustificazioni in ordine ai costi della sicurezza, esplicitando che nel caso di specie essi sono pari a zero.

Alla luce quindi di quanto sopra riportato ovvero tenuto conto:

della effettiva portata normativa degli artt. 86, comma 3-bis e 87, comma 4 del codice che non sanzionano con l'esclusione dalla gara la mancata indicazione nell'offerta economica dei costi relativi alla sicurezza;

della circostanza che la stazione appaltante non ha previsto, nella predisposizione della disciplina di gara, l'esclusione della ditta per l'omessa indicazione nell'offerta economica di detti costi;

del nuovo procedimento di verifica delle offerte anomale di cui all'art. 88, comma 1, come sopra richiamato;

della circostanza di fatto che nel caso di specie sono inesistenti i suddetti oneri di sicurezza aziendale,

può ritenersi legittimo l'operato della stazione appaltante che non ha escluso dalla gara la ditta Autoservizi Bellotto Paolo di Santa Margherita d'Adige nonostante questa abbia omesso di indicare nell'offerta economica i costi di sicurezza aziendali.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- la stazione appaltante non possa escludere dalla gara l'impresa che abbia omesso di indicare nell'offerta economica i costi di sicurezza aziendali, se la sanzione dell'esclusione non è espressamente prevista nella *lex specialis*;
- la legittimità dell'aggiudicazione provvisoria disposta nei confronti della ditta Autoservizi Bellotto Paolo non possa essere contestata per la sola mancata indicazione dei costi relativi alla sicurezza.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 15 marzo 2012

Il Segretario: Maria Esposito