

Parere n.118 del 17/07/2013

PREC 100/13/L

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 Marostica – “*Lavori di allargamento di via Zeggio*” – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – Importo a base d’asta: €112.274,00 oltre €1000 di oneri per la sicurezza – S.A.: COMUNE DI MAROSTICA

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 15 aprile 2013 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Marostica, nella veste di stazione appaltante per l’affidamento dei lavori in oggetto, ha chiesto l’avviso dell’Autorità in ordine alla questione, prospettata nel corso della gara da una delle ditte partecipanti, la Battaglin Costruzioni srl, circa la pretesa necessità di escludere dalla gara le offerte che non avessero indicato gli oneri per la sicurezza da rischio specifico o aziendale.

Delle quindici imprese concorrenti, tutte ammesse a seguito del vaglio della documentazione amministrativa, solo tre risultavano aver indicato nella propria offerta i costi della sicurezza specifici connessi con l’attività dell’impresa. A fronte della possibilità di escludere dodici delle quindici imprese partecipanti, pertanto, la commissione riteneva di dover rinviare il prosieguo delle operazioni di gara per i necessari approfondimenti giuridici.

La stazione appaltante, nella propria memoria allegata all’istanza di parere, ha precisato che la lettera d’invito nulla diceva in merito alla indicazione dei costi per la sicurezza da rischio specifico e che “*le ditte partecipanti hanno diligentemente utilizzato la modulistica proposta*”.

Inoltre, ha sottolineato ancora la stazione appaltante, in analoghe situazioni di mancata indicazione dei costi della sicurezza specifici connessi con l’attività d’impresa, le commissioni hanno optato per l’ammissione delle ditte, e non per l’esclusione delle stesse, nel caso in cui l’indicazione dei costi non fosse richiesta espressamente nel bando di gara.

In conclusione, ad avviso della stazione appaltante, “*la necessità di garantire la maggior concorrenza possibile e l’applicazione del favor participationis nei confronti delle ditte invitate, può essere ritenuto interesse pubblico prevalente tale da consentire la ammissibilità delle dodici offerte economiche che diversamente sarebbero da escludere*”

All’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 13 maggio 2013, e che ha coinvolto tutte le quindici imprese che hanno partecipato alla gara, hanno fatto seguito le controdeduzioni di quattro delle imprese coinvolte. In data 15 maggio pervenivano le controdeduzioni della Battaglin Costruzioni che, a sostegno della propria posizione, favorevole alla esclusione delle offerte prive dell’indicazione degli oneri da rischio specifico, citava la posizione assunta in una situazione analoga da altra stazione appaltante, mentre, in data 17 maggio, la Gelmini Costruzioni srl con propria nota sottolineava l’opportunità di annullare la procedura in autotutela per conformare la disciplina di gara alle prescrizioni normative. In fine, rispettivamente in data 22 maggio, e in data 23 maggio, hanno fatto pervenire le proprie controdeduzioni la Delta Scavi srl e la Edilcoral di Cortese Anders, sostenendo entrambe di aver diligentemente compilato la modulistica predisposta dalla stazione appaltante e di aver seguito le indicazioni della lettera di invito la quale non prevedeva l’indicazione dei costi della sicurezza specifici connessi con l’attività dell’impresa.

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. La stazione appaltante, avendo sospeso la procedura di gara, chiede parere in merito al corretto proseguimento delle operazioni di gara e alla necessità o meno di escludere le offerte prive della indicazione dei costi per la sicurezza da rischio specifico.

Preliminarmente occorre individuare il quadro normativo applicabile nella fattispecie in relazione alla natura dell'appalto inerente la procedura in contestazione; nello specifico, la procedura ha ad oggetto l'affidamento di lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria.

Pertanto, secondo quanto espressamente previsto dall'art.121, comma 1 D.lgs. 163/2006, ai contratti pubblici aventi per oggetto lavori, servizi, forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria si applicano anche le disposizioni della Parte II in quanto non derogate dalle norme del Titolo II (contratti sotto soglia comunitaria), 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).

Nel caso che ci occupa, tuttavia, occorre valutare il rilievo che assume la circostanza, evidenziata dalla stessa stazione appaltante, che il documento "*Lista delle lavorazioni e delle forniture*" predisposto dalla stazione appaltante e utilizzato dalle imprese concorrenti per la propria offerta economica, non prevedesse, nella tabella finale di riepilogo, alcuna voce relativa agli oneri per la sicurezza da rischio specifico.

L'Autorità ha già avuto occasione, recentemente, di affrontare, in sede precontenziosa, una questione del tutto analoga alla presente (Cfr. Avcp, Parere n.54 del 23.04.2013) ritenendo di condividere l'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa che, nel caso di una stazione appaltante che aveva allegato al bando un modello di offerta economica che non prevedeva l'indicazione degli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso, prendeva 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 le offerte prive dell'indicazione degli oneri della sicurezza da rischio specifico non vadano escluse dalla procedura di gara.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che, nell'ambito della procedura indetta dal Comune di Marostica, non siano da escludere le offerte in ragione della mancata indicazione degli oneri della sicurezza da rischio specifico.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Vice Presidente: Sergio Gallo

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 31 luglio 2013

Il Segretario Maria Esposito