

Parere n.169 del 23/10/2013

PREC 106/13/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Inzago – “Affidamento del servizio di pulizie ambienti comunali e attività accessorie correlate”- Importo a base d’asta €60.982,00 – S.A. Comune di Inzago.

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 9 aprile 2013 è pervenuta l’istanza indicata in epigrafe con la quale il Comune di Inzago, in persona del legale rappresentante pro tempore, ha chiesto un parere in merito alla legittimità della ammissione alla gara di tutte le cooperative partecipanti, pur in assenza dell’indicazione nell’offerta economica dei costi relativi alla sicurezza.

Esperate le prime fasi della procedura di gara (verifica regolarità documentazione e valutazione dell’offerta tecnica) in data 6 marzo 2013, in seduta pubblica, si è proceduto all’apertura delle offerte economiche, con l’attribuzione dei relativi punteggi e l’individuazione dell’offerta migliore in quella presentata dalla Cooperativa Sociale Il Granellino di Senapa.

La Cooperativa Ecoop Services chiedeva l’immediata esclusione delle Cooperative sociali Il Granellino di Senapa e Il Faro, per non aver esplicitato nell’offerta economica l’ammontare degli oneri di sicurezza aziendali.

Il Responsabile del procedimento con nota del 12.3.2013 — prot. 4530 — comunicava ai partecipanti l’avvio del procedimento finalizzato alla verifica della richiesta presentata dalla Ecoop Services, fissando il termine per la presentazione di eventuali osservazioni al 21.3.2013. Nel termine prescritto le Cooperative Sociali Il Granellino di Senapa e Il Faro producevano delle memorie. Con nota in data 29 marzo 2013, il Responsabile del procedimento informava le ditte partecipanti della volontà di richiedere parere all’Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici. In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 27 maggio 2013, hanno presentato memorie le Cooperative Sociali Il Faro, Il Granellino di Senapa ed Ecoop Services.

Ritenuto in diritto

La questione che viene qui in rilievo concerne la legittimità della ammissione alla gara in oggetto di tutte le cooperative partecipanti, operata dalla commissione pur in assenza dell’indicazione nell’offerta economica dei costi relativi alla sicurezza.

Il Comune istante evidenzia che:

- negli atti di gara non vi era nessuna prescrizione che imponesse, a pena di esclusione, l’indicazione degli oneri di sicurezza aziendali;
 - lo schema di offerta predisposto dalla stazione appaltante non prevedeva questa indicazione;
 - il non aver operato l’esclusione troverebbe sostegno anche nel parere dell’AVCP n. 27 del 8.3.2012, espresso su un caso analogo, nel quale si ritiene che " la stazione appaltante non possa escludere dalla gara l’impresa che abbia ommesso di indicare nell’offerta economica i costi di sicurezza aziendali, se la sanzione dell’esclusione non è espressamente prevista dalla lex specialis".
- Inoltre, evidenzia che i diversi orientamenti giurisprudenziali in materia potrebbero portare all’esclusione di tutte le Cooperative partecipanti e, quindi anche di Ecoop Services che ha ommesso di indicare i costi da interferenza predeterminati dalla stazione appaltante (cfr. C.d.S. 212/2012 "le

Imprese partecipanti devono includere necessariamente nella loro offerta sia gli oneri di sicurezza per le interferenze (nella esatta misura predeterminata dalla stazione appaltante), sia gli altri oneri di sicurezza 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").

Ritiene questo Consiglio di richiamare integralmente il proprio precedente in termini prec. 1/13/S parere n. 54 del 23.04.2013 secondo cui:

“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".

La fattispecie qui in esame è identica a quella tratta nel precedente parere sopra riportato, pertanto ritiene il Consiglio di poter addivenire alle medesime conclusioni ritenendo che il Comune di Inzago si sia correttamente determinato 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 dal Comune di Inzago non siano da escludere le offerte in ragione della mancata indicazione degli oneri della sicurezza in considerazione delle circostanze di fatto riconducibili alla erroneità dei moduli predisposti dalla S.A .

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 novembre 2013

Il Segretario Maria Esposito