

Contratti della P.A. - Offerta - Mancata indicazione dei costi sulla sicurezza - Esclusione - Solo ove espressamente previsto nel bando - Ratio della prescrizione - T.A.R. Roma Lazio sez. II 14 giugno 2012 n. 5465

Autore: sentenza

In: Giurisprudenza amministrativa

L'art. 87, comma 4 del codice dei contratti pubblici, nella versione applicabile ratione temporis, stabiliva che i costi relativi alla sicurezza "devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture" il precedente art. 86 co 3 bis - introdotto dall'art. 1 co. 909 della legge n. 296 del 27.12.2007 - poi modificato dall'art. 8 dalla legge 3.8.2007 n. 123- che ha riprodotto letteralmente l'art. 1 co 1 della l. n. 327 del 7.11.2000 - dispone altresì che "nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte (...)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".

In sede di prima applicazione dell'art. 86, comma 3-bis sono insorti complessi problemi interpretativi rappresentati all'Autorità di Vigilanza dei contratti pubblici, in particolare al fine di stabilire "se i costi della sicurezza non assoggettabili a ribasso siano soltanto quelli relativi alle misure preventive e protettive necessarie ad eliminare o ridurre al minimo i rischi di interferenza oppure siano tutti i costi riguardanti l'applicazione delle misure di sicurezza , ivi compresi quelli a carico dell'impresa connessi ai rischi relativi alle proprie attività", questione che è stata risolta nel senso che "è necessario considerare che le modifiche all'art. 86 del Codice dei contratti pubblici si collocano nell'ambito dei "criteri di valutazione delle offerte anormalmente basse", come recita espressamente la titolazione della disposizione citata. In quest'ottica, il legislatore ha chiesto alla stazione appaltante di valutare, nella verifica della congruità delle offerte, che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo

relativo alla sicurezza . Quest'ultimo costo, pertanto, deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, servizi e forniture. D'altro canto anche l'art. 87, comma 4, allo stesso riguardo del Codice dei contratti pubblici precisa 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 caratteristiche dei servizi e delle forniture" (....) Infine, occorre rilevare che i rischi dell'attività svolta da ciascuna impresa sono noti alla stessa in maniera puntuale, mentre non è possibile per la stazione appaltante conoscere le diverse realtà organizzative delle imprese che si aggiudicheranno il servizio o la fornitura, realtà cui sono strettamente connessi i rischi delle relative attività (Determinazione n. 3/2008 del 5.3.2008 sicurezza nell'esecuzione degli appalti relativi a servizi e forniture).

Sicché nella soluzione delle relative controversie è sempre stata richiamata la distinzione tra oneri di sicurezza finalizzati all'eliminazione dei rischi da interferenze quantificati dalla stazione appaltante nel DUVRI ed indicati nel bando separatamente dall'importo dell'appalto con preclusione di ogni facoltà di ribasso (trattandosi di costi necessari, finalizzati con tutta evidenza alla massima tutela del bene costituzionalmente rilevante dell'integrità dei lavoratori) ed "oneri di sicurezza aziendali" (cioè costi per la sicurezza connessi ai rischi specifici propri delle imprese appaltatrici e da queste solo conosciuti) che l'impresa concorrente deve indicare nella propria offerta e sui quali è invece possibile il confronto concorrenziale in quanto costi specifici connessi con le specifiche modalità di organizzazione dell'attività di impresa, che la stazione appaltante deve valutare sotto il profilo della congruità rispetto all'entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura.

Come chiarito dal Tar Sardegna, sez. I, n. 1047 del 26.6.2009 in un contenzioso concernente l'esclusione dalla gara della soc. SIRAM per violazione dell'obbligo di indicare in sede di offerta i costi relativi alla sicurezza "dalla lettura della disposizione in esame emergono, in particolare, due diversi effetti giuridici, i quali si dirigono, il primo, nei confronti dei concorrenti che intendano partecipare alle procedure di gara, imponendo loro di presentare l'offerta economica segnalando espressamente quali sono gli oneri economici che ritengono di dover sopportare al fine di adempiere esattamente agli obblighi di sicurezza sul lavoro. Il secondo effetto si verifica nei confronti dell'amministrazione appaltante, che è tenuta a valutare la congruità dell'importo destinato ai costi per la sicurezza ". In altri termini l'art. 86 co 3 bis da un lato impone alla PA, nel momento in cui predisporre il bando di effettuare una valutazione di congruità

del valore economico posto a base d'asta per evitare che essa sottovaluti i costi in parola e determini la presentazione di offerte incongrue, dall'altro impone nel momento della verifica della congruità delle offerte presentate di assicurare che l'impresa abbia previsto un ammontare adeguato con sufficiente margine per coprire i costi in parola e per evitare che i margini di profitto siano ricavati a discapito di tali oneri ed in tale prospettiva impone alle imprese concorrenti di specificare in sede di offerta economica i costi che l'azienda ritiene di subire tenuto conto della sua specifica organizzazione del lavoro.

Tuttavia, se da un lato è innegabile che in base al combinato disposto delle due norme i concorrenti sono tenuti nel formulare l'offerta ad indicare specificamente i costi per la sicurezza - al duplice fine di assicurare la consapevole formulazione dell'offerta con riguardo ad un aspetto nevralgico e di consentire alla stazione appaltante la valutazione della congruità dell'importo destinato ai costi per la sicurezza - dall'altro lato, non essendovi ex lege alcuna comminatoria di esclusione, non si può ritenere che la violazione di tale obbligo sia sanzionata con l'automatica esclusione, in assenza di una espressa previsione in tal senso nel bando di gara.

Una simile conclusione infatti non trova fondamento né sul piano dell'interpretazione letterale, non essendo l'adempimento in parola prescritto a pena di esclusione da nessuna delle norme citate, né sul piano della collocazione sistematica della disposizione in parola, inserita nell'ambito dei "criteri di valutazione delle offerte anormalmente basse" - anziché nella più appropriata sede della disciplina del contenuto essenziale delle offerte che sarebbe stata prescelta ove invece il legislatore avesse inteso introdurre l'automatismo esclusivo in questione - né nella stessa ratio della norma in esame che è quella "di consentire alla stazione appaltante di verificarne la congruità e l'attendibilità" dell'offerta sotto il profilo della garanzia della sicurezza dell'esecuzione dell'appalto. Se questa è la finalità perseguita dalla norma in esame, allora non si può che aderire a quell'orientamento che avverte che di tale prescrizione non può farsene applicazione formalistica, ipotizzando meccanismi di esclusione automatica delle offerte formulate in modo difforme, dato che i costi per la sicurezza da rischio specifico (o aziendali) costituiscono una componente dell'offerta economica che deve essere apprezzata anche sotto il profilo dell'idoneità delle spese previste per la sicurezza in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta che costituisce appunto il momento procedimentale più adeguato per valutarne l'effettiva congruità. Con la conseguenza che la mancata indicazione dei costi di sicurezza aziendali non può essere ritenuta come causa automatica di esclusione - salvo ovviamente che il bando non lo preveda espressamente - potendo questa essere disposta

solo se l'impresa non fornisce convincenti spiegazioni al riguardo (TAR Puglia, Lecce, Sez. III n. 2398/2008; TAR Calabria, Sez. II, 7.4.2010 n. 429; T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 9.6.2009 n. 1201; 21.2.2008 n. 138) considerato peraltro che queste sono meglio apprezzabili nella verifica, in contraddittorio con l'imprenditore interessato, delle specifiche modalità organizzative del servizio, delle attrezzature e del loro utilizzo da parte dei lavoratori, che rendono più concreto ed effettivo l'istituto in parola (ad.es.un conto è assicurare la pulizia di parti alte di un macchinario mediante l'utilizzo di persone su scale ed imbracature ed un conto effettuare la stessa operazione utilizzando un robottino). Altrimenti ragionando, e cioè ipotizzando la possibilità di esclusione automatica dell'offerta priva di tale indicazioni, anche in assenza di espressa comminatoria che trovi fonte nella legge o nella *lex specialis*, si finirebbe per violare il principio della tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 38 del Codice nonché gli stessi principi ispiratori della normativa comunitaria in materia, contraria ai meccanismi di esclusione automatica delle offerte.

In tal senso, d'altronde, s'è pronunciata di recente la predetta Autorità di Vigilanza evidenziando 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 (...) 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" (Parere n. 27 del 08/03/2012).

Né può essere trascurato, al riguardo, che l'indicazione dei costi aziendali per la sicurezza non consente, come nel caso della verifica del rispetto dei minimi salariali, alla stazione appaltante di verificare immediatamente e direttamente il rispetto di norme inderogabili a tutela di fondamentali interessi dei lavoratori, bensì solo il livello dei costi delle relative attività, che è cosa ben diversa. Va inoltre segnalato il rischio al riguardo ben evidenziato dagli operatori di settore, che, specie in assenza di parametri cui ancorare tale verifica, l'estrema discrezionalità della stazione appaltante, anziché perseguire l'obiettivo di un effettivo miglioramento delle condizioni di lavoro, finisca con il determinare "l'eventuale sopravvalutazione del costo del personale da parte del fornitore, scorporato dalla base di gara, pone il rischio di produrre un arbitrario e ingiustificato incremento della spesa pubblica" (Audizione presso l'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici della FIASO - Federazione Italiana Aziende Sanitarie e Ospedaliere del 29.9.2011).

È appena il caso di precisare che l'orientamento giurisprudenziale invocato dalla ricorrente si è formato in relazione a casi in cui l'amministrazione appaltante non aveva indicato nel bando di gara gli oneri di sicurezza connessi alla esecuzione dell'appalto, determinando incertezza sull'effettiva garanzia dei livelli di sicurezza dei lavoratori perseguiti mediante l'imposizione di tale onere (T.A.R. Liguria, sez. II, 11 luglio 2008, n. 1485; T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 05 dicembre 2008, n. 5755, ove espressamente viene chiarito che "se invece il costo per la sicurezza non è individuato dall'amministrazione aggiudicatrice quale specifica componente del costo del lavoro è necessario che il relativo importo venga scorporato dalle offerte dei singoli concorrenti e sottoposto a verifica per valutare se sia congruo rispetto alle esigenze di tutela dei lavoratori; nonché Tar Sardegna, sez. I, n. 1047 del 26.6.2009 confermata da C.d.S., sez. V, 23 luglio 2010, n. 4849, ove si sottolinea che "in assenza della preventiva fissazione del costo per la sicurezza da parte dell'amministrazione aggiudicatrice quale specifica componente del costo del lavoro, è

necessario che il relativo importo venga scorporato dalle offerte dei singoli concorrenti e sottoposto a verifica per valutare se sia congruo rispetto alle esigenze di tutela dei lavoratori"; nonché di recente, Cons.st. Sez. III, n. 5421 del 3.10. 2011; cfr. Cons.st. Sez. III, n. 6677 del 20.12.2011 e n. 212 del 19.1.2012 in cui l'esclusione automatica delle offerte carenti di tale indicazioni era espressamente prevista dal bando gara) e quindi non sono applicabili alla fattispecie in esame in cui, a differenza dei casi da questi presi in esame, è lo stesso bando di gara ad individuare i costi per la sicurezza (quantificati nella misura di . 5.776,30 al punto 1 sotto la voce "oneri per la sicurezza ") senza prevedere alcuna indicazione aggiuntiva da parte dei concorrenti e tantomeno a pena di esclusione.

<https://www.diritto.it/contratti-della-p-a-offerta-mancata-indicazione-dei-costi-sulla-sicurezza-esclusione-solo-ove-espressamente-previsto-nel-bando-ratio-della-prescrizione-t-a-r-roma-lazio-se/>