

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 03/02/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37772-quali-le-conseguenze-della-mancata-indicazione-dei-costi-interni-per-la-sicurezza-del-lavoro>

Autore: Previti Stefano

Quali le conseguenze della mancata indicazione dei costi interni per la sicurezza del lavoro?

Quali le conseguenze della mancata indicazione dei costi interni per la sicurezza del lavoro?

Stefano Previti

Nelle procedure di affidamento di lavori i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara.

Il fatto

Una società partecipava alla procedura indetta da un Comune per l'affidamento dei lavori di completamento e potenziamento della rete idrica comunale classificandosi in prima posizione con punti 93,11 (verbale di gara n. 5 del 17 aprile 2015), seguita dalla società seconda classificata con punti 82,36.

Tuttavia, su sollecitazione della società controinteressata, l'amministrazione prendeva atto che l'offerta economica della società aggiudicataria non recava specifica indicazione circa gli oneri per la sicurezza aziendali in violazione del principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 3/2015): quindi, con propria determinazione l'ente aggiudicava in via provvisoria l'appalto alla seconda classificata.

Avverso tale atto e la successiva aggiudicazione definitiva la società prima aggiudicataria ricorre innanzi al competente Tar Napoli.

La decisione del Tar Napoli

L'adito G.A. si sofferma, in primo luogo, sulla natura giuridica dell'aggiudicazione provvisoria.

Ciò al fine di evidenziarne la natura di atto endoprocedimentale, ad effetti ancora instabili e del tutto interinali, di per sé inidonea a generare nella ditta provvisoriamente aggiudicataria una posizione di vantaggio ovvero un ragionevole affidamento in ordine al provvedimento di aggiudicazione definitiva ed alla conseguente stipulazione del contratto.

Inoltre, ai sensi dell'art. 12, primo comma, del D.Lgs. n. 163/2006 l'aggiudicazione provvisoria è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici che si sostanzia in un controllo di legittimità sulla aggiudicazione provvisoria e sugli atti della procedura di gara.

Nel caso specifico, oggetto del suo intervento, sottolinea il Collegio giudicante è accaduto che all'esito dell'aggiudicazione provvisoria pronunciata dalla commissione giudicatrice, il Responsabile dell'Ufficio del Settore Tecnico del Comune ha ritenuto di non approvare l'aggiudicazione provvisoria, in ragione della omessa indicazione nella offerta economica della ricorrente degli oneri per la sicurezza interni.

Orbene, secondo il Collegio che l'avversata determinazione è stata legittimamente adottata dall'amministrazione appaltante: tale conclusione si impone alla luce dell'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3 del 20 febbraio 2015 secondo cui "Nelle procedure di affidamento di lavori i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara" (indirizzo ribadito, da ultimo, dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2015).

Alla formulazione del menzionato principio di diritto l'Adunanza Plenaria è pervenuta, tra l'altro, sulla base del seguente ragionamento:

- l'obbligo di procedere alla previa indicazione di tali costi, pur se non espressamente dettato dal legislatore, si ricava in modo univoco da un'interpretazione sistematica delle norme regolatrici della

materia di cui all'art. 26, comma 6, del D.Lgs. n. 81/2008, all'art. 86, comma 3-bis del D.Lgs. n. 163/2006 che recano nel primo periodo il seguente identico testo: "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";

- la compiuta previsione dei costi per la sicurezza risulta coerente con la prioritaria finalità della tutela della sicurezza del lavoro (che ha fondamento costituzionale negli articoli 1, 2 e 4 e, specificamente, negli articoli 32, 35 e 41 della Costituzione) che, a sua volta, trascende i contrapposti interessi delle stazioni appaltanti e delle imprese partecipanti, rispettivamente di aggiudicare alle migliori condizioni consentite dal mercato, da un lato, e di massimizzare l'utile ritraibile dal contratto, dall'altro (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3056/2014);

- l'obbligo di indicazione specifica dei costi di sicurezza aziendali deve essere necessariamente assolto dal concorrente, unico soggetto in grado di valutare gli elementi necessari in base alle caratteristiche della realtà organizzativa e operativa della singola impresa, venendo altrimenti addossato un onere di impossibile assolvimento alla stazione appaltante, stante la sua non conoscenza degli interna corporis dei concorrenti;

- quindi le stazioni appaltanti, nella predisposizione degli atti di gara per lavori e al fine della valutazione dell'anomalia delle offerte, devono determinare il valore economico degli appalti includendovi l'idonea stima di tutti i costi per la sicurezza con l'indicazione specifica di quelli da interferenze; i concorrenti, a loro volta, devono indicare nell'offerta economica sia i costi di sicurezza per le interferenze (quali predeterminati dalla stazione appaltante) che i costi di sicurezza interni che determinano in relazione alla propria organizzazione produttiva e al tipo di offerta formulata.

L'imperativo della specifica indicazione degli oneri di sicurezza aziendali a prescindere dalle prescrizioni di bando trova quindi univoco riconoscimento nel predetto approdo giurisprudenziale che ha sancito la regola della etero-integrazione delle prescrizioni contenute nella lex specialis.

Trattandosi di obbligo che il predetto orientamento della Plenaria fa discendere direttamente dal vigente quadro normativo, è evidente – secondo il Tar Napoli - che l'estromissione della ricorrente si poneva come attività necessitata, pertanto legittimamente svolta dall'amministrazione comunale alla quale compete il controllo di legittimità sull'aggiudicazione provvisoria e la relativa approvazione ai sensi dell'art. 12, primo comma, D.Lgs. n. 163/2006.

(di **Stefano Previti**, Avvocato in Roma, esperto di diritto degli appalti, dei nuovi contratti e new media)

T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 12/01/2016, n. 112

Respinge il ricorso

Decisioni conformi

"Nelle procedure di affidamento di lavori i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara"

(Consiglio di Stato, A.P., 20 febbraio 2015 n. 3)

Normativa di riferimento

D.Lgs. n. 163/2006

N. 00112/2016 REG.PROV.COLL.

N. 04028/2015 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4028 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

SA.CO.GEN. s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Giampiero Manzo, presso cui ha eletto domicilio in Napoli, viale Maria Bakunin, 41/43;

contro

Comune di Piana di Monte Verna, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Stefano Casertano, presso cui ha eletto domicilio in Napoli, via Pietro Colletta, 12;

Centrale di Committenza ASMEL Consortile s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante p.t., non costituito in giudizio;

nei confronti di

SOTECO s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Abenavoli, presso cui ha eletto domicilio alla via Vittorio Colonna, 14;

per l'annullamento

I) con il ricorso introduttivo:

della determinazione del Comune di Piana di Monte Verna n. 134 del 19 giugno 2015 recante aggiudicazione provvisoria della gara per l'affidamento dei lavori di completamento e potenziamento della rete idrica;

II) con i motivi aggiunti:

della determinazione n. 91 del 17 luglio 2015 recante aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore della SOTECO s.p.a.;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Piana di Monte Verna e della società SOTECO s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2015 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società SA.CO.GEN. s.r.l. partecipava alla procedura indetta dal Comune di Piana di Monte Verna (CE) per l'affidamento dei lavori di completamento e potenziamento della rete idrica comunale (importo di euro 1.296.262,55) classificandosi in prima posizione con punti 93,11 (verbale di gara n. 5 del 17 aprile 2015), seguita dalla SOTECO s.p.a., seconda classificata con punti 82,36.

Tuttavia, su sollecitazione della società controinteressata, l'amministrazione prendeva atto che l'offerta economica della società ricorrente non recava specifica indicazione circa gli oneri per la sicurezza aziendali in violazione del principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 3/2015): quindi, con la gravata determinazione n. 134/2015, l'ente aggiudicava in via provvisoria l'appalto alla seconda classificata.

Avverso tale atto e la successiva aggiudicazione definitiva (determinazione n. 91 del 17 luglio 2015) insorge la SOTECO s.p.a. con il ricorso in trattazione, deducendo violazione della lex specialis, eccesso di potere, violazione del principio dell'affidamento incolpevole, violazione degli artt. 87, 46 e 38 del D.Lgs. n. 163/2006, carenza di motivazione, violazione del principio del contrarius actus.

La ricorrente conclude con la richiesta di accoglimento del gravame, con annullamento dell'impugnato provvedimento di aggiudicazione.

Resiste in giudizio il Comune di Piana di Monte Verna che replica alle censure di parte ricorrente chiedendo il rigetto del gravame.

All'udienza pubblica del 16 dicembre 2015 la causa è stata spedita in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

Preliminarmente mette conto evidenziare che, benché conclusasi con una proposta di aggiudicazione provvisoria dell'appalto in favore della ricorrente (verbale di gara n. 5 del 17 aprile 2015), non risulta che sia stato formalmente adottato alcun provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della SA.CO.GEN s.r.l..

Come noto l'aggiudicazione provvisoria ha natura di atto endoprocedimentale ad effetti ancora instabili e del tutto interinali, di per sé idonea a generare nella ditta provvisoriamente aggiudicataria una posizione di vantaggio ovvero un ragionevole affidamento in ordine al provvedimento di aggiudicazione definitiva ed alla conseguente stipulazione del contratto.

Inoltre, ai sensi dell'art. 12, primo comma, del D.Lgs. n. 163/2006 l'aggiudicazione provvisoria è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici che si sostanzia in un controllo di legittimità sulla aggiudicazione provvisoria e sugli atti della procedura di gara.

Nel caso specifico, è accaduto che all'esito dell'aggiudicazione provvisoria pronunciata dalla commissione giudicatrice, il Responsabile dell'Ufficio del Settore Tecnico del Comune di Piana di Monte Verna - per conto del quale la Centrale di Committenza ASMEL aveva svolto le attività inerenti l'indizione della procedura - ha ritenuto di non approvare detta aggiudicazione provvisoria, in ragione della omessa indicazione nella offerta economica della ricorrente degli oneri per la sicurezza interni.

Ritiene il Collegio che l'avversata determinazione sia stata legittimamente adottata dall'amministrazione appaltante: tale conclusione si impone alla luce dell'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3 del 20 febbraio 2015 secondo cui *"Nelle procedure di affidamento di lavori i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara"* (indirizzo ribadito, da ultimo, dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2015).

Alla formulazione del menzionato principio di diritto l'Adunanza Plenaria è pervenuta, tra l'altro, sulla base del seguente ragionamento:

- l'obbligo di procedere alla previa indicazione di tali costi, pur se non espressamente dettato dal legislatore, si ricava in modo univoco da un'interpretazione sistematica delle norme regolatrici della materia di cui all'art. 26, comma 6, del D.Lgs. n. 81/2008, all'art. 86, comma 3-bis del D.Lgs. n. 163/2006 che recano nel primo periodo il seguente identico testo: *"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"*;

- la compiuta previsione dei costi per la sicurezza risulta coerente con la prioritaria finalità della tutela della sicurezza del lavoro (che ha fondamento costituzionale negli articoli 1, 2 e 4 e, specificamente, negli articoli 32, 35 e 41 della Costituzione) che, a sua volta, trascende i contrapposti interessi delle stazioni appaltanti e delle imprese partecipanti, rispettivamente di aggiudicare alle migliori condizioni consentite dal mercato, da un lato, e di massimizzare l'utile ritraibile dal contratto, dall'altro (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 3056/2014);

- l'obbligo di indicazione specifica dei costi di sicurezza aziendali deve essere necessariamente assolto dal concorrente, unico soggetto in grado di valutare gli elementi necessari in base alle caratteristiche della realtà organizzativa e operativa della singola impresa, venendo altrimenti addossato un onere di impossibile assolvimento alla stazione appaltante, stante la sua non conoscenza degli interna corporis dei concorrenti;

- quindi le stazioni appaltanti, nella predisposizione degli atti di gara per lavori e al fine della valutazione dell'anomalia delle offerte, devono determinare il valore economico degli appalti includendovi l'idonea stima di tutti i costi per la sicurezza con l'indicazione specifica di quelli da interferenze; i concorrenti, a loro volta, devono indicare nell'offerta economica sia i costi di sicurezza per le interferenze (quali predeterminati dalla stazione appaltante) che i costi di sicurezza interni che determinano in relazione alla propria organizzazione produttiva e al tipo di offerta formulata. L'imperativo della specifica indicazione degli oneri di sicurezza aziendali a prescindere dalle prescrizioni di bando trova quindi univoco riconoscimento nel predetto approdo giurisprudenziale che ha sancito la regola della etero-integrazione delle prescrizioni contenute nella *lex specialis*.

Tale considerazione consente di superare l'ulteriore rilievo con cui la società ricorrente lamenta la sostanziale spoliazione dei poteri della centrale di committenza (ASMEL), per essere stato adottato il provvedimento direttamente dal Comune di Piana di Monte Verna, anziché dalla commissione di gara cui spettava la valutazione delle offerte. Trattandosi di obbligo che il predetto orientamento della Plenaria fa discendere direttamente dal vigente quadro normativo, è evidente che l'estromissione della ricorrente si poneva come attività necessitata, pertanto legittimamente svolta dall'amministrazione comunale alla quale, come si è visto, compete il controllo di legittimità sull'aggiudicazione provvisoria e la relativa approvazione ai sensi dell'art. 12, primo comma, del Codice degli Appalti pubblici. Peraltro, non vi è stata alcuna ingerenza nella sfera di attribuzioni della commissione di gara, né alcuna valutazione tecnica dell'offerta o revisione dei punteggi da parte del Responsabile del procedimento.

Quindi, l'atto impugnato non configura un vero e proprio provvedimento di secondo grado, come tale soggetto all'applicazione della regola del *contrarius actus* oltre che del necessario raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato. Viceversa, si è in presenza della mancata conferma dell'aggiudicazione provvisoria precedentemente disposta in favore della ricorrente, con la sua conseguente rimozione; in altri termini, è lo stesso ed unico procedimento

di evidenza pubblica che si è concluso in senso negativo in considerazione della riscontrata carenza nell'offerta economica della società ricorrente.

Infine, non persuade il ragionamento sviluppato dalla ricorrente, secondo cui il principio giurisprudenziale concernente l'indefettibilità dell'indicazione degli oneri per la sicurezza "interni" non troverebbe applicazione alla procedura di evidenza pubblica di cui si controverte, il cui termine per la presentazione delle offerte scadeva il 26 gennaio 2015, quindi prima della pubblicazione della pronuncia della Plenaria n. 3/2015.

La deduzione è stata di recente respinta dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2015 la quale ha ribadito il tradizionale insegnamento in tema di esegesi giurisprudenziale, anche monofilattica, che attribuisce ad essa valore esclusivamente dichiarativo, privo quindi di carattere innovativo – costitutivo concludendo per l'applicazione del principio di diritto anche nelle procedure indette prima della Plenaria n. 3/2015 (*"In conclusione, se da un lato non sembra possibile elevare la precedente esegesi al rango di legge per il periodo antecedente al suo mutamento, dall'altro non possono essere sottotaciute le aspirazioni del cittadino alla sempre maggiore certezza del diritto ed alla stabilità della nomofiliachia, ma trattasi di esigenze che, ancorché comprensibili e condivisibili de jure condendo, nell'attuale assetto costituzionale possono essere affrontate e risolte esclusivamente dal legislatore"*).

E' infine priva di pregio la censura con cui la ricorrente lamenta la mancata indicazione degli oneri per la sicurezza da parte della società controinteressata. L'argomentazione è anzitutto sconfessata dalla stessa prospettazione contenuta nel ricorso perché la ricorrente riconosce che la SO.T.ECO. ha quantificato tali oneri in euro 2.000,00 pur dolendosi della genericità dei medesimi (secondo l'istante la società controinteressata avrebbe dovuto esprimere tali costi attraverso il c.d. modello "Itaca" ovvero attraverso altro strumento che consentisse alla commissione di valutare la congruità dei medesimi).

In ogni caso la doglianza è inammissibile per carenza di interesse perché la ricorrente non potrebbe trarre alcuna utilità dal suo eventuale accoglimento: ciò in quanto la medesima è stata legittimamente esclusa dalla procedura per le ragioni sopra illustrate così che, estromettendo anche la società aggiudicataria, l'appalto dovrebbe essere aggiudicato ad altra impresa utilmente classificata (dal verbale di gara del 17 aprile 2015 risulta infatti una graduatoria con n. 5 imprese) ma non alla SA.CO.GEN..

In conclusione, non resta che ribadire l'inconsistenza del gravame di cui, pertanto, si impone l'annullamento pur stimandosi equo disporre l'integrale compensazione delle spese processuali in considerazione delle oscillazioni giurisprudenziali sulle questioni esaminate e decise.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente FF

Carlo Dell'Olio, Consigliere

Gianluca Di Vita, Primo Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/01/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)