



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 616

DEL 7 giugno 2017

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50/2016 presentata da Wish it S.r.l./ Ministero della difesa Direzione Informatica 9. Divisione 3. Gara MEPA – Fornitura di servizi di supporto tecnico specialistico e di assistenza manutentiva dei sistemi in uso presso la Magistratura Militare - RDO n. 1354021. Importo a base di gara: 28.700,00 euro.

PREC 144/17/S

Oneri della sicurezza aziendale. Mancanza di indicazione nel bando di gara. Soccorso istruttorio. Esclusione. Illegittimità.

E' illegittima l'esclusione, senza previo esperimento del tentativo di soccorso istruttorio, in danno del concorrente che abbia indicato oneri della sicurezza pari a zero facendo affidamento sulle disposizioni della disciplina di gara.

Art.95 comma 10 D.lgs. 50/2016;

Il Consiglio

VISTA l'istanza prot. n. 13286 del 27 gennaio 2017, con cui la Wish it S.r.l. segnalava a questa Autorità l'illegittimità del bando di gara in quanto contrastante con la norma imperativa di cui all'art. 95 comma 10 D.lgs. 50/2016 e la conseguente illegittimità dell'esclusione disposta in suo danno dal Ministero della Difesa per aver indicato i costi della sicurezza pari a zero, in conformità alle condizioni predisposte nella lex specialis di gara, senza possibilità di regolarizzare tramite soccorso istruttorio;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 21 aprile 2017;

VISTA la documentazione in atti e le memorie prodotte dalle parti;

CONSIDERATO che le questioni giuridiche controverse prospettate dagli istanti possono essere decise ai sensi del Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;

RILEVATO che l'art. 4 ult. Periodo delle "condizioni di fornitura" nel disciplinare di gara relativo alla procedura in oggetto precisava: *"per la presente commessa non sono previsti oneri della sicurezza"* e il concorrente, facendo affidamento su tale previsione, indicava oneri della sicurezza pari a zero;

RILEVATO che la stazione appaltante ha poi escluso la società istante ritenendo l'offerta priva di un elemento essenziale ai sensi dell'art. 95 comma 10 del Codice e l'indicazione dei costi della



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

sicurezza pari a zero equivalente alla mancata indicazione degli stessi, senza attivare la procedura di soccorso istruttorio;

RILEVATO che nella propria memoria l'ente committente ha precisato che in relazione alla natura dell'appalto non sussistesse un rischio a interferenza specifico tale da richiedere delle particolari misure di sicurezza nell'esecuzione dei servizi di supporto tecnico- specialistico e assistenza manutentiva dei sistemi in uso presso la Magistratura militare e pertanto ha stabilito nell'art. 4 ult. periodo delle "condizioni di fornitura" nel disciplinare di gara "*per la presente commessa non sono previsti oneri della sicurezza*",

CONSIDERATO gli importi della sicurezza relativi ad un appalto possono essere distinti in due categorie: i costi della sicurezza e gli oneri aziendali della sicurezza. I costi della sicurezza sono quelli derivanti dalla stima effettuata nel piano di sicurezza e coordinamento (PSC), ai sensi dell'articolo 100 del d.lgs. n. 81/2008, o dall'analisi della stazione appaltante, quando il piano non sia previsto. Tali costi, a cui l'impresa è vincolata contrattualmente, rappresentano "l'ingerenza" del committente nelle scelte esecutive della stessa e attengono esclusivamente alle spese connesse al coordinamento delle attività nel cantiere, alla gestione delle interferenze o sovrapposizioni, nonché a quelle spese degli apprestamenti, dei servizi e delle procedure necessarie per la sicurezza dello specifico cantiere, secondo le scelte di discrezionalità tecnica del coordinatore della sicurezza in fase di progettazione o della stazione appaltante, valutate attraverso un computo metrico estimativo preciso. Gli oneri aziendali della sicurezza attengono, invece, ai costi aziendali necessari per la risoluzione dei rischi specifici propri dell'appaltatore, relativi sia alle misure per la gestione del rischio dell'impresa, sia alle misure operative per i rischi legati alle lavorazioni nell'esercizio dell'attività svolta da ciascun operatore economico.

La differenza sostanziale, pertanto, tra le due categorie consiste nella diversità delle caratteristiche e della funzione dei relativi obblighi gravanti, rispettivamente, sulla stazione appaltante e sull'operatore economico. Infatti, mentre la quantificazione dei costi è rimessa alle stazioni appaltanti, la determinazione e l'indicazione in sede di offerta degli oneri aziendali della sicurezza rappresenta, invece, un obbligo posto a carico degli operatori economici concorrenti;

CONSIDERATO che l'art. 95 comma 10, colmando una carenza normativa nel nostro ordinamento, definitivamente stabilisce l'indispensabilità dell'indicazione dei costi aziendali nell'offerta economica del concorrente: «*Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*»;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con le decisioni n. 19 e n. 20 del 27 luglio 2016, che anticipa l'intervento interpretativo della Corte di giustizia eurocomunitaria, ha definitivamente chiarito il tema controverso dell'applicabilità del soccorso istruttorio alle offerte carenti di indicazione di oneri della sicurezza aziendale, anche prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice: «*per le gare bandite anteriormente alla data di entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio»;*

CONSIDERATO che solo nel caso in cui si contesta al concorrente di avere formulato un'offerta economica senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento dei obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori vi è certamente incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta e la sua successiva sanatoria richiederebbe una modifica sostanziale del "prezzo" (perché andrebbe aggiunto l'importo corrispondente agli oneri di sicurezza inizialmente non computati). Laddove invece si contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri, la carenza, allora, non è sostanziale, ma solo formale. In questo caso il soccorso istruttorio, almeno nei casi di affidamento ingenerato dalla stazione appaltante, è doveroso, perché esso non si traduce in una modifica sostanziale del contenuto dell'offerta, ma solo nella specificazione formale di una voce che, pur considerata nel prezzo finale, non è stata indicata dettagliatamente. (vd. prec. Anac 80/17/F);

RITENUTO che, tenendo conto della specificazione della stazione appaltante, il bando di gara prevedeva l'assenza di oneri della sicurezza riferendosi alle spese generali connesse al coordinamento dell'attività di cantiere, alla gestione delle interferenze o sovrapposizioni rimesse alla propria discrezionalità tecnica ma non forniva alcuna prescrizione in ordine all'obbligo di indicare i costi della sicurezza in adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza dei lavoratori né menzionava alcun riferimento normativo all'art. 95 comma 10, e la clausola contestata di cui all'art. 4 del disciplinare agiva fuorviando il concorrente e ingenerando un falso affidamento nella possibilità di indicare costi pari a zero;

CONSIDERATO che l'attivazione del soccorso istruttorio rappresenta un obbligo gravante sulla stazione appaltante quando quest'ultima non abbia provveduto ad indicare nei documenti di gara la necessità di inserire nelle offerte anche i costi di sicurezza aziendale secondo l'orientamento giurisprudenziale assunto dal Consiglio di Stato sopra citato;

RITENUTO di conseguenza che sia illegittima l'esclusione in danno del concorrente, senza previa applicazione del soccorso istruttorio;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, l'operato della stazione appaltante non conforme alla disciplina normativa di settore.

Il Presidente

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 22 giugno 2017

Il Segretario Maria Esposito