

Parere n.77 del 9/05/2013

PREC 55/13/S.O.L.

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal R.T.I. De Cicco s.a.s./Edilelettra s.r.l. - "Realizzazione dei lavori e delle prestazioni necessarie per l'efficientamento e riqualificazione energetica del presidio ospedaliero "Perrino di Brindisi" -. Importo a base di gara € 8.099.626,00- S.A.: Azienda Sanitaria Locale Brindisi.

Artt. 86 co 3 bis e 87 co. 4 D.Lgs. 163/2006. Costi sicurezza. Omessa previsione *lex specialis* di gara. Onere derivante direttamente dalla legge. Legittima esclusione.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 7 febbraio 2013 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe con la quale il R.T.I. De Cicco s.a.s./Edilelettra s.r.l. ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione disposta per non avere specificato, nella composizione dell'offerta, i costi di sicurezza generici diversi da quelli specifici (oneri della sicurezza non soggetti a ribasso), così come previsto dall'art. 86 co. 3 bis e dall'art. 87 co. 4 D.Lgs. 163/2006. Con precisazione prot. N. 652 del 27.11.2012 la stazione appaltante ha informato i concorrenti che "*...ai sensi dell'art. 87 comma 4 del codice, nell'offerta economica dovranno essere specificati i costi della sicurezza generici diversi da quelli specifici (oneri della sicurezza non soggetti a ribasso)*".

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 20 marzo 2013, la stazione appaltante ha ribadito la legittimità del proprio operato.

Ritenuto in diritto

La questione qui controversa ruota intorno alla legittimità dell'esclusione del R.T.I. De Cicco s.a.s./Edilelettra s.r.l. per non aver specificato, nella composizione dell'offerta, i costi di sicurezza generici diversi da quelli specifici (oneri della sicurezza non soggetti a ribasso), così come previsto dall'art. 86 comma 3 bis e dall'art. 87 co. 4 D.Lgs. 163/2006. Al riguardo si ritiene opportuno specificare che gli oneri della sicurezza devono essere distinti tra oneri, non soggetti a ribasso, finalizzati all'eliminazione dei rischi da interferenze (che devono essere quantificati e individuati dalla stazione appaltante nel DUVRI) ed oneri concernenti i costi specifici connessi con l'attività delle imprese che devono essere indicati dalle stesse nelle rispettive offerte e che sono, pertanto, aperti al confronto concorrenziale, con il conseguente onere per la stazione appaltante di valutarne la congruità (anche al di fuori del procedimento di verifica delle offerte anomale) rispetto all'entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura. Il citato art. 86 comma 3-bis stabilisce 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).

L'art. 87 comma 4 del Codice prevede 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).

E' oramai principio consolidato, sia in giurisprudenza sia presso questa AVCP, quello secondo cui, ai sensi delle disposizioni sopra richiamate, sia l'amministrazione nella predisposizione degli atti di gara sia i concorrenti in sede di formulazione dell'offerta, sono tenuti ad indicare i costi relativi alla sicurezza (Consiglio di Stato, sez. III, n. 5421 del 3 ottobre 2011 e n. 4330 del 15 luglio 2011, nonché da ultimo n. 212 del 19 gennaio 2012, che conferma TAR Lazio, Roma, sez. III *Quater*, n. 3620 del 27 aprile 2011, T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, 18-10-2011, n. 992; Determinazione AVCP n. 3 del 5 marzo 2008; AVCP Parere n. 105 del 27.05.2010).

Per quanto riguarda i costi di sicurezza aziendali - posto che quelli da interferenze sono oggetto di previsione obbligatoria a cura della stazione appaltante nel Duvri - gli artt. 86, comma 3-bis e 87, comma 4, del d. lgs. n. 163 del 2006 impongono, pertanto, la loro obbligatoria previsione, con specifico onere da imporre ai concorrenti, sia nella "*predisposizione delle gare di appalto*" (e quindi nella predisposizione della documentazione di gara), sia in sede di formulazione e presentazione dell'offerta

economica.

E proprio con riferimento alla formulazione dell'offerta economica, l'indicazione dei costi c.d. specifici (o aziendali), unitamente alle altre voci di prezzo di detta offerta, consente alla stazione appaltante di effettuare una puntuale valutazione della congruità dell'offerta, anche ai fini dell'eventuale giudizio di anomalia della stessa.

Peraltro, l'art. 26, comma 6, del d.lgs. n. 81 del 9 aprile 2008 (recante norme in materia di tutela della salute e di sicurezza nei luoghi di lavoro), emanato in attuazione della delega prevista dall'art. 1, comma 1, della legge n. 123 del 2007, stabilisce 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 ed al costo relativo alla sicurezza, *"che deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture"*.

Tuttavia, fatta tale necessaria premessa, nel caso di specie si pone il problema della legittimità dell'esclusione della ditta concorrente tenuto conto che il bando di gara predisposto dall'Azienda Sanitaria Locale Brindisi non commina l'espressa esclusione del concorrente che non abbia specificato i costi di sicurezza specifici. Né la precisazione diramata dalla stazione appaltante in data del 27.11.2012 conteneva la comminatoria dell'esclusione.

In ordine a tale aspetto, la giurisprudenza è consolidata nel ritenere che l'omessa indicazione dei costi di sicurezza nell'offerta determina l'esclusione dalla gara d'appalto per incompletezza dell'offerta, anche nel caso, come quello in esame, in cui la *lex specialis* di gara non preveda tale specifica ipotesi di esclusione.

Il Cons. Stato (Sez. V, 29-02-2012, n. 1172) ha stabilito che *"Nelle gare d'appalto l'indicazione degli oneri aziendali per la sicurezza costituisce, in virtù degli artt. 86, comma 3-bis, e art. 87, comma 4, del d. lgs. n. 163 del 2006 (Codice degli appalti) un adempimento imposto dalla legge"*.

Si richiama inoltre il T.A.R. Lazio Roma (Sez. I, 17-10-2012, n. 8522) secondo cui *"La mancanza di una specifica previsione della lex specialis di gara, in materia di indicazione obbligatoria dei costi sostenuti per la sicurezza da parte degli offerenti, non esclude che le norme primarie contenute negli artt. 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, codice degli appalti, immediatamente precettive ed idonee ad eterointegrare le regole procedurali, impongano ad ogni concorrente di indicare separatamente i costi per la sicurezza (nella fattispecie il T.A.R. Lazio ha respinto l'impugnazione del provvedimento di esclusione tentata dai partecipanti interessati e fondata sul motivo di assenza, nel bando di gara, di un esplicito obbligo di indicazione degli oneri economici sostenuti per la sicurezza)"*.

La tesi, quindi, trova consensi sia tra i giudici di prime cure (cfr. anche T.A.R. Palermo, Sez. I, n. 124 del 17 gennaio 2013) che da parte del Consiglio di Stato, secondo il quale il combinato disposto delle norme sopra 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 pubblica amministrazione un adeguato controllo sulla affidabilità della stessa: in altri termini, l'offerta economica priva dell'indicazione degli oneri di sicurezza 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) secondo cui *"La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti"*.

Ne deriva pertanto che l'esclusione del Raggruppamento istante è stata legittimamente disposta in quanto, anche in assenza di una espressa disposizione della *lex specialis* di gara, è la legge che impone alla stazione appaltante di escludere il concorrente che non abbia indicato i costi relativi alla sicurezza.

Né può ipotizzarsi, nel caso di specie, il potere dovere dell'amministrazione di fare uso dei poteri di soccorso, notoriamente esperibili in caso di documentazione incompleta e non per consentire l'integrazione di un elemento costitutivo dell'offerta. Si richiama al riguardo la decisione del Consiglio di Stato (Sez. VI, 13-02-2013, n. 889) secondo cui *"Nelle gare pubbliche i limiti che, in generale, incontra il potere-dovere della commissione giudicatrice di chiedere un'integrazione documentale e regolarizzare le dichiarazioni lacunose o incomplete sono molto stringenti, dovendo conciliarsi con l'esigenza di par condicio, che esclude il soccorso a fronte d'inosservanza di adempimenti procedurali significativi o di omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara."*

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'Azienda Sanitaria Locale di Brindisi abbia legittimamente escluso dalla gara per l'affidamento dei lavori e delle prestazioni necessarie per l'efficientamento e riqualificazione energetica del presidio ospedaliero "Perrino" di Brindisi, il Raggruppamento De Cicco s.a.s./Edilelettra s.r.l. per non avere indicato nell'offerta economica i costi di sicurezza aziendali.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 23 maggio 2013

Il Segretario Maria Esposito