

Parere n.41 del 16/9/2014

PREC 79/14/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d. lgs. n. 163/2006 presentata dalla Mondialpol Security S.p.A. - "Servizio di vigilanza triennale ai varchi" - Importo a base di gara: euro 1.772.707,41 - S.A.: Autorità Portuale di Messina

Artt. 86 e 87, d.lgs. n. 163/2006 - Esclusione per omessa specificazione degli oneri di sicurezza in fase di offerta - Assenza nella *lex specialis* di gara di prescrizioni che prevedevano a pena di esclusione l'indicazione degli oneri di sicurezza

Il Consiglio

Considerato in fatto

L'Autorità Portuale di Messina ha indetto gara a procedura aperta, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, per l'affidamento del servizio triennale di vigilanza ai varchi, *control room* ed uffici amministrativi nei porti di Messina e Milazzo.

Con l'istanza di parere la Mondialpol Security S.p.A. espone di aver presentato offerta e, all'esito della seduta pubblica di apertura e verifica dell'offerta economica, di essere stata esclusa dalla gara. La disposta esclusione è stata così motivata: "la ditta non ha indicato nell'offerta gli oneri di sicurezza ai sensi dell'art. 87 n. 4 del D. lgs. 163/2006", peraltro richiamando, la stazione appaltante, in sede di esclusione, il parere di precontenzioso n. 77/2013.

La gara è stata successivamente aggiudicata.

La tesi della istante è che la detta esclusione sia illegittima trattandosi di gara avente ad oggetto i servizi di sicurezza (categoria 23, come indicato nel bando) ricompresi nell'allegato IIB del Codice dei contratti, servizi ai quali non si applicano le disposizioni del Codice, non rivenendosi peraltro nella *lex specialis* di gara alcuna prescrizione espressa che imponesse di indicare nell'offerta, ai sensi, appunto, dell'art. 87 comma 4 del Codice, gli oneri di sicurezza, all'uopo richiamando conforme giurisprudenza amministrativa.

Ritenuto in diritto

La questione qui controversa ruota intorno alla legittimità dell'esclusione della Mondialpol Security per non aver indicato nell'offerta gli oneri di sicurezza ai sensi dell'art. 87, comma 4, d.lgs. n. 163/2006.

L'art. 87, comma 4, d.lgs. n. 163/2006 prevede all'ultimo periodo 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".

Ferma restando la distinzione tra oneri di sicurezza per le cosiddette "interferenze" (che sono predeterminati dalla stazione appaltante e riguardano rischi relativi alla presenza nell'ambiente della stessa di soggetti estranei chiamati ad eseguire il contratto) ed oneri di sicurezza da rischio "specifico" o "aziendale" (la cui quantificazione spetta a ciascuno dei concorrenti e varia in rapporto alla qualità ed entità della sua offerta), va chiarito che, in via generale, l'omessa indicazione specifica sia dell'una che dell'altra categoria di oneri comporta la sanzione espulsiva, ingenerando incertezza ed indeterminazione dell'offerta e venendo, quindi, a mancare un elemento essenziale, ex art. 46, comma 1 bis, d.lgs. n. 163/2006 (Cons. Stato, Sez. III, 23.01.2014, n. 348).

Del resto, la giurisprudenza si è già pronunciata nel senso di riconoscere ai costi per la sicurezza da c.d. "rischio specifico" la valenza di un elemento essenziale, "sul fondamentale rilievo del carattere immediatamente precettivo delle norme di legge che prescrivono di indicare tali costi distintamente, norme idonee come tali ad eterointegrare le regole della singola gara, ai sensi dell'art. 1374 Cod. civ., e ad imporre, in caso di loro inosservanza, l'esclusione dalla procedura" (v. Cons. Stato, Sez. III, 28 agosto 2012, n. 4622; 29 febbraio 2012, n. 1172; 19 gennaio 2012, n. 212; 3 ottobre 2011 n. 542; Sez. V, 8 febbraio 2011, n. 846 e 23 luglio 2010, n. 4849).

In questo senso è, peraltro, il parere reso in sede di precontenzioso da questa Autorità, richiamato nel provvedimento di esclusione della società odierna istante (parere di precontenzioso n. 77 del 2013).

Tuttavia, occorre rilevare che nel caso di specie trattasi di appalto di servizi dal bando espressamente ricondotto alla categoria n. 23, di cui all'allegato II B del Codice così come, nella specie, alcuna indicazione espressa risulta recata dalla *lex specialis* di gara in ordine alla necessità, a pena di espulsione, di indicare in sede di offerta i detti costi. La più recente giurisprudenza ritiene che allorquando la procedura di gara abbia ad

oggetto, come appunto nella specie, una attività rientrante tra quelle di cui all'allegato II B del d.lgs. 163/06, per l'affidamento di questa si applicano solo i principi generali richiamati dall'art. 27 del d.lgs. 163/06 nonché gli artt. 65, 68 e 225, con la conseguenza della non necessaria applicabilità delle disposizioni di cui è ora questione, quelle in tema appunto di indicazione dei costi della sicurezza, agli appalti di servizi di cui all'allegato IIB, e ciò argomentandosi dal fatto che esse non sono richiamate dall'art. 20 comma 1 d.lgs. 163/06, non sono espressive di principi generali e neppure possono trasformarsi in norme di principio sol perché poste a presidio di interessi aventi una rilevanza costituzionale (cfr. da ultimo T.A.R. Piemonte, I Sezione, 8 maggio 2013 n. 576).

Con riferimento specifico, poi, agli appalti di servizi, il Consiglio di Stato è prevalentemente orientato nel senso che nel caso di appalti non aventi ad oggetto l'esecuzione di lavori pubblici — nei cui confronti si applica la norma dettata *ad hoc* dall'art. 131, d.lgs. n. 163 del 2006 (Piani di Sicurezza) — ed il cui bando di gara non contenga una comminatoria espressa, l'omessa indicazione nell'offerta dello scorporo matematico degli oneri di sicurezza per rischio specifico non comporta di per sé l'esclusione dalla gara, ma rileva ai soli fini dell'anomalia del prezzo offerto, nel senso che, per scelta della stazione appaltante, il momento di valutazione dei suddetti oneri non è eliso, ma è posticipato al sub-procedimento di verifica della congruità dell'offerta nel suo complesso (Cons. Stato, Sez. III, 18 ottobre 2013, n. 4070).

Sussiste un diverso orientamento interpretativo a mente del quale, quale che sia la tipologia dell'oggetto dell'appalto, le imprese partecipanti devono necessariamente includere nella loro offerta, a pena di illegittimità, oltreché gli oneri di sicurezza per le interferenze, anche i detti oneri di sicurezza da rischio specifico o aziendali. Tale conseguenza è fatta derivare dal combinato disposto degli artt. 86, comma 3 bis, e 87 comma 4, del d.lgs. n. 163/2006, in conseguenza della loro imperatività, e in ragione degli interessi di ordine pubblico a esse sottesi, in quanto posti a presidio di diritti fondamentali dei lavoratori (T.A.R. Veneto, Sez. I, 8 agosto 2013, n. 1050; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 5 aprile 2013, n. 765).

E, tuttavia, appare preferibile l'avviso per cui, quando si tratta di appalti diversi dai lavori pubblici, e non vi sia una comminatoria espressa d'esclusione, ove sia omesso da parte del concorrente lo scorporo degli oneri di sicurezza per rischio specifico, il relativo costo, poiché coesistente al prezzo offerto, rileva ai soli fini dell'anomalia di quest'ultimo, potendo pertanto darsi luogo all'esclusione solamente all'esito, ove negativo, di una verifica più ampia sulla serietà e sulla sostenibilità dell'offerta economica nel suo insieme (Cons. di Stato, Sez. III, 10 luglio 2013, n. 3706; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 9 gennaio 2014, n. 36; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 12 marzo 2014, n. 1492).

Ne consegue che l'art. 87, d. lgs. n. 163 del 2006 può essere interpretato nel senso che la stazione appaltante, ritenendo indispensabile acquisire dati certi sui costi di sicurezza aziendale da utilizzare in sede di verifica dell'anomalia, deve prevedere, già negli atti d'indizione della gara, e in modo chiaro, l'indicazione da parte dei singoli concorrenti degli oneri di sicurezza aziendali e sanzionare la relativa mancanza. Se ciò non si è verificato, verrebbero poste in danno delle ditte concorrenti (che hanno incolpevolmente fatto affidamento sulla possibilità di partecipare alla selezione secondo gli adempimenti formali letteralmente previsti nel bando) le conseguenze negative derivanti dalla stessa omissione dell'Amministrazione (T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 6 novembre 2013, n. 1495).

Quanto sopra, a maggior ragione vale rispetto agli appalti di servizi di cui all'allegato IIB, cui non trovano applicazione le norme del Codice se non nei limiti di quelle espressamente indicate all'art. 20 del Codice stesso.

Invero, più in generale, a fronte di un'oggettiva incertezza ingenerata dagli atti predisposti dalla stazione appaltante, deve prevalere il principio del "*favor participationis*" e, in particolare, a fronte di clausole incerte o ambigue, da interpretare nel senso favorevole alla più ampia partecipazione (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 1 marzo 2013, n. 557; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 12 luglio 2013 n. 1684).

In buona sostanza, nessuna esclusione può essere disposta sulla scorta di una lacuna formale indotta dall'amministrazione nella predisposizione degli atti di gara tant'è che un'applicazione formalistica della normativa avrebbe l'unico risultato, contrario alla "*ratio*", prima ancora che alla lettera della disciplina degli appalti, di un fattivo quanto inammissibile restringimento della concorrenza in assenza di qualsivoglia lesione sostanziale (T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 8 agosto 2013, n. 727).

Nel caso di specie, il disciplinare di gara, relativo ad un appalto di servizi di cui all'allegato IIB, non prevedeva l'esclusione per l'ipotesi della omessa o erronea specificazione degli oneri di sicurezza all'interno dell'offerta economica.

Pertanto, nessuna esclusione può essere disposta sulla scorta di una lacuna formale indotta dall'amministrazione nella predisposizione degli atti di gara e che, qualora fosse accompagnata da un'applicazione formalistica della normativa, avrebbe l'unico risultato, contrario alla "*ratio*" prima ancora che alla lettera della disciplina degli appalti, di un

fattivo quanto inammissibile restringimento della concorrenza in assenza di qualsivoglia lesione sostanziale (T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 8 agosto 2013, n. 727).

E' utile, però, rammentare che la riferita interpretazione non comporta che le imprese concorrenti siano del tutto esonerate dall'osservare le norme in materia di sicurezza sul lavoro e dal dovere di quantificare con precisione gli oneri della sicurezza, in difetto di una previsione specifica del bando; essa piuttosto comporta che, ove la stazione appaltante non abbia puntualmente indicato nel bando di gara l'ammontare degli oneri non soggetti a ribasso, ai sensi degli artt. 86 e 87 del Codice, le imprese che non li abbiano già indicati in sede di offerta potranno essere chiamate a specificarli successivamente, nell'ambito della fase di verifica dell'anomalia del ribasso, allorquando dovrà essere giustificata la sostenibilità ed attendibilità dell'offerta economica anche in relazione all'incidenza degli oneri per la sicurezza.

In base a tutto quanto sopra considerato.

Il Consiglio

ritiene, ai sensi di cui in motivazione, che l'Autorità Portuale di Messina, avuto riguardo alla categoria di servizi oggetto dell'appalto e alla formulazione della *lex specialis* di gara, abbia illegittimamente escluso dalla gara per l'affidamento del servizio triennale di vigilanza ai varchi, *control room* ed uffici amministrativi nei porti di Messina e Milazzo la società Mondialpol Security per non avere indicato nell'offerta economica i costi di sicurezza aziendali.

Il Presidente Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 25 settembre 2014

Il Segretario Maria Esposito