



DELIBERA N. 710

del 4 agosto 2020

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata dalla Sanità Più Società Cooperativa Sociale – Procedura aperta telematica per l'affidamento del servizio di assistenza integrata domiciliare (A.D.I.) – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: euro 536.995,00 – S.A.: Comune di Foggia - Ambito Territoriale

PREC 128/2020/S

Riferimenti normativi

Articolo 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Importi della sicurezza di un appalto - Costi della sicurezza e oneri di sicurezza aziendali – differenze

Oneri di sicurezza aziendali pari a zero – Inammissibilità - Esclusione

Massima

Importi della sicurezza di un appalto - Costi sicurezza e oneri di sicurezza aziendali – differenze

Gli importi della sicurezza relativi ad un appalto possono essere distinti in due categorie: i costi della sicurezza e gli oneri aziendali della sicurezza. La definizione dei primi spetta alla stazione appaltante, 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. Gli uni, dunque, sono costi non soggetti a ribasso, finalizzati all'eliminazione dei rischi da interferenze, gli altri sono oneri concernenti i costi specifici della sicurezza, connessi all'attività delle imprese, che devono essere indicati dalle stesse nelle rispettive offerte.



Oneri di sicurezza aziendali pari a zero – Inammissibilità - Esclusione

Nel caso in cui l'offerente non abbia formalmente omesso di dichiarare i costi della sicurezza aziendale, ma abbia affermato che gli stessi sono "pari a zero" tale dichiarazione ha natura meramente apparente, dal momento che, nella sostanza, essa si risolve nella negazione dell'obbligo che grava sull'impresa rispetto alla ostensione dei costi in questione e nella elusione delle esigenze di tutela sottese all'articolo 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016. Infatti, sebbene l'importo dei costi della sicurezza sia irrisorio rispetto all'ammontare complessivo dell'offerta, un'indicazione di quest'ultimi pari a zero si traduce in una formulazione dell'offerta priva di un elemento essenziale per la sua valutazione, ossia la concreta indicazione dei costi per la sicurezza, che risulta, quindi, essere stata omessa, legittimandone l'esclusione.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 4 agosto 2020

DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 42798 del 12 giugno 2020, presentata dalla Sanità Più Società Cooperativa Sociale relativamente alla procedura per l'affidamento del contratto in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante chiedeva all'Autorità di esprimersi in ordine alla legittimità del provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante per aver indicato costi della sicurezza aziendale pari a zero, circostanza ritenuta equivalente all'omessa dichiarazione degli stessi, ai sensi dell'articolo 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016;

RILEVATO che l'odierno istante giustificava, anche nella corrispondenza con l'amministrazione, l'aver indicato i costi della sicurezza come pari a zero con il fatto che «dichiarare che i costi della di sicurezza aziendali ulteriori a quelli non soggetti a ribasso sono pari allo 0% dell'importo al netto del ribasso offerto significava che i costi della sicurezza della Scrivente sono pari ad euro 7.992,01 (al netto dell'IVA), ossia pari al valore stabilito all'articolo 3.5 del bando di gara. Per la natura dell'appalto non ci sono oneri c.d di interferenze. [...] I costi della sicurezza stimati dalla stazione appaltante sono sufficienti a coprire tutti i costi della sicurezza in relazione a quell'appalto e nella specie i costi della sicurezza della Sanità Più erano pari ad euro 3.800,00 (IVA esclusa), quindi nettamente inferiori ai costi della sicurezza non soggetti a ribasso indicati dalla stazione appaltante (pari ad euro 7.992,01, IVA esclusa)»;

VISTA la documentazione di gara e, nello specifico, il punto 19.3 del disciplinare di gara, concernente la documentazione economica, nel quale si prevedeva che nell'offerta economica il concorrente dovesse indicare «a pena di esclusione, in cifre ed in lettere, il ribasso offerto, in riferimento al costo del servizio posto a base d'asta, pari ad Euro 502.137,85, il costo della manodopera e gli oneri di sicurezza aziendali, ai sensi dell'articolo 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016»;

VISTA l'offerta presentata dall'istante e depositata in atti;



VISTI, altresì, i verbali di gara e il provvedimento di esclusione comunicato in data 28 maggio 2020 da cui si evince che «la società, nell'offerta economica, indica come importo pari a 0 (zero) degli oneri della sicurezza aziendale, a norma dell'articolo 95, comma 10, del D.lgs. 50/16 e s.m.i.. Come riportato nella recente giurisprudenza, l'indicazione di oneri di sicurezza aziendali "pari a zero" implica l'esclusione del concorrente per carenza insanabile dell'offerta. Come chiarito di recente dal Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria, 24 gennaio 2019, n. 3) e dalla Corte di Giustizia UE (2 maggio 2019, n. 309), l'indicazione in sede di offerta degli oneri di sicurezza aziendale e dei costi della manodopera ex articolo 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. costituisce elemento essenziale dell'offerta, la cui omissione non è sanabile tramite soccorso istruttorio ex articolo 83, comma 9, del medesimo d.lgs. n. 50/2016. Ciò posto, l'indicazione in offerta dei predetti oneri di sicurezza aziendali pari a zero si traduce in una mancata indicazione degli stessi, privando così l'offerta di un elemento essenziale la cui carenza risulta insanabile e determinando l'esclusione del concorrente che vi sia incorso»;

VISTO il Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 18 giugno 2020, con nota prot. n. 45684;

VISTE le memorie delle parti e, in particolare, quella della stazione appaltante che, nel sostenere la legittimità del proprio operato evidenziava la differenza tra gli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso riportati nel bando di gara al punto n. 3.5, pari ad € 7.992,01 al netto dell'IVA, e i costi della sicurezza aziendale riportati al punto 19.3 del disciplinare di gara e nell'articolo 95, comma 10, del d.lgs. 50/2016 che l'operatore economico deve indicare nell'offerta economica a pena di esclusione, sottolineando altresì che mentre gli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso indicati nella disciplina di gara sono quelli connessi alle attività degli operatori riportati nel capitolato speciale d'appalto (assistenti sociali e o.s.s.) che interferiscono e si sovrappongono alle attività degli utenti a cui il servizio di assistenza domiciliare integrata è rivolto, i costi della sicurezza aziendale che l'operatore economico deve indicare nell'offerta economica a pena di esclusione fanno riferimento ai costi derivanti dal documento di valutazione dei rischi della singola impresa;

VISTE le ulteriori memorie depositate dalla Sanità Più Società Cooperativa Sociale, a conferma della posizione espressa in sede di presentazione dell'istanza;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità concerne la valutazione della legittimità dell'esclusione disposta nei confronti di un operatore economico che abbia indicato oneri della sicurezza aziendali pari a zero;

CONSIDERATO che, ai fini della risoluzione della questione, occorre preliminarmente definire la distinzione presente nell'ordinamento tra costi della sicurezza e oneri della sicurezza aziendale. 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 (cfr. in tal senso, ANAC, delibera n. 100 dell'8 febbraio 2017);

RILEVATO, dunque, che la differenza sostanziale 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. Nel caso dei costi della sicurezza, ovvero la stima dei costi connessi alle misure preventive e protettive finalizzate alla sicurezza dei lavoratori, è la stazione appaltante a definirli secondo le prescrizioni di cui al d.lgs. n. 81/2008 e ad indicarli nel bando di gara, nel rispetto dei principi di progettazione delle misure di prevenzione o riduzione dei rischi, così come analizzati nei documenti progettuali. Si tratta, dunque, di costi predeterminati, non suscettibili di ribasso in sede di offerta. Diversamente, gli oneri della sicurezza sono quegli oneri che l'impresa sostiene per attuare la normativa vigente in materia, relativi sia all'organizzazione della sicurezza aziendale, ovvero alle voci relative ai principali obblighi in materia di sicurezza di ogni impresa, sia alla gestione ed organizzazione del cantiere. Essi sono indicati dall'operatore economico nella propria offerta e costituiscono un elemento essenziale della stessa (cfr. Consiglio di Stato, Adunanze Plenarie n. 19/2016 e n. 20/2016). Pertanto, la definizione di tali oneri non è effettuata preventivamente dalla stazione appaltante, bensì è rimessa al singolo concorrente, che è tenuto ad indicarli specificamente in sede di offerta. Si tratta, dunque, da una parte di oneri (*rectius* costi) non soggetti a ribasso, finalizzati all'eliminazione dei rischi da interferenze, dall'altra, di oneri concernenti i costi specifici della sicurezza, connessi all'attività delle imprese, che devono essere indicati dalle stesse nelle rispettive offerte. I primi attengono, quindi, allo specifico appalto, per come definito dalla stazione appaltante, gli altri sono costi interni che l'impresa sostiene per la sicurezza nell'ambito dell'espletamento della propria attività economica (cfr. in tal senso, ANAC, delibera n. 100 dell'8 febbraio 2017);

CONSIDERATO che l'articolo 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 dispone che «nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a)»;

CONSIDERATO che l'articolo 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2020 espressamente stabilisce che il soccorso istruttorio è escluso per le carenze dichiarative relative all'offerta economica e all'offerta tecnica;

RILEVATO che in ordine alla portata immediatamente escludente della mancata indicazione dei costi della manodopera e degli oneri aziendali in materia di sicurezza si sono formati in giurisprudenza due orientamenti diametralmente opposti che hanno determinato la rimessione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato della risoluzione del contrasto interpretativo (da parte di Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza 25 ottobre 2018 n. 6069; Consiglio di Stato 26 ottobre 2018 n. 6122 e C.G.A.R.S. 20 novembre 2018 n. 772), la quale ha devoluto alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (ordinanze nn. 1, 2 e 3 del 24 gennaio 2019) la questione relativa alla compatibilità con i principi europei della normativa interna;

CONSIDERATO che, a pochi mesi dalla suddetta triplice rimessione, la Corte di Giustizia, con sentenza del 2 maggio 2019, C-309/18, si è pronunciata su un'analoga questione pregiudiziale che le era stata sottoposta dal TAR Lazio con ordinanza del 24 aprile 2018 n. 4562 statuendo che: «i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, contemplati nella direttiva 2014/24, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del



procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice». In particolare, la Corte di Giustizia, pur accertando la compatibilità della prescrizione escludente di cui all'articolo 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 con i principi di parità di trattamento e di trasparenza di derivazione europea, ha rilevato che nel caso in cui sussista una "materiale impossibilità" nell'indicazione di detti costi, il cui accertamento è devoluto al giudice nazionale, la stazione appaltante può accordare all'offerente «la possibilità di sanare la sua situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla legislazione nazionale in materia entro un termine stabilito dalla stessa amministrazione aggiudicatrice» (cfr. sul punto Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020 n. 7 e n. 8; Consiglio di Stato, sez. V, 24 gennaio 2020 n. 604; 10 febbraio 2020 n. 1008; 4 ottobre 2019 n. 6688; T.A.R. Lazio, 14 febbraio 2020 n. 1994; TAR Molise, 3 giugno 2019 n. 204; CGA, 16 luglio 2019 n. 683; ANAC delibera n. 208 del 26 febbraio 2020, n. 931 del 16 ottobre 2019, n. 828 del 18 settembre 2019, n. 417 e 420 del 2 maggio 2018);

CONSIDERATO che, alla luce dei suddetti principi, l'Autorità ha di recente affermato che «la mancata puntuale indicazione dei costi della manodopera in sede di offerta comporta necessariamente l'esclusione dalla gara, trattandosi di lacuna non suscettibile di soccorso istruttorio. Ove tuttavia sussista una "materiale impossibilità" che non consenta agli offerenti di indicare separatamente quei costi, la stazione appaltante può chiedere ai concorrenti di specificare successivamente, nell'ambito delle offerte economiche già formulate e da ritenersi non suscettibili di alcuna modifica, la parte di importo imputabile ai costi della manodopera» (cfr., da ultimo, ANAC delibera n. 208 del 26 febbraio 2020);

CONSIDERATO che, assumendo quale presupposto tali orientamenti interpretativi, è stata recentemente affrontata altresì la questione, analoga a quella di cui alla presente controversia, relativa alla dichiarazione di costi della sicurezza pari a zero: infatti, con la sentenza n. 204 del 3 giugno 2019, il TAR Molise ha statuito che nel caso in cui l'offerente, pur non avendo formalmente ommesso di dichiarare tali costi, affermando che gli stessi sono "pari a zero", ha di fatto posto in essere una dichiarazione avente natura meramente apparente, dal momento che, nella sostanza, essa si risolve nella negazione dell'obbligo che grava sull'impresa rispetto alla ostensione dei costi in questione e nella elusione delle esigenze di tutela sottese all'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti. Infatti, sebbene l'importo dei costi della sicurezza sia irrisorio rispetto all'ammontare complessivo dell'offerta, un'indicazione di quest'ultimi pari a zero si traduce in una formulazione dell'offerta stessa come priva di un elemento essenziale per la sua valutazione, ossia la concreta indicazione dei costi per la sicurezza, che risulta, quindi, essere stata omissa, legittimandone l'esclusione (cfr. sul punto, anche, Consiglio di Stato, sez. V, 14 aprile 2016 n. 1481);

RILEVATO che nel caso di specie il concorrente, pur non avendo ommesso l'indicazione dei costi della sicurezza aziendale, ne ha indicato un valore pari a zero;



RITENUTO che tale circostanza costituisce, sulla base degli orientamenti interpretativi sopra richiamati, violazione dell'articolo 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016;

RITENUTE, pertanto, infondate le doglianze sollevate dall'odierno istante avverso il provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che il provvedimento di esclusione disposto nei confronti dell'operatore economico istante sia conforme ai principi generali in materia di contratti pubblici.

Il Presidente f.f.

Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 7 agosto 2020

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente