



Presidente

Al Responsabile
(omissis)

Al Presidente
(omissis)

c/o Autorità di Sistema Portuale dello Stretto
Corso Vittorio Emanuele II, n.27, Messina

Fasc. Anac n. 5125/2021 (da citare nella corrispondenza)

Oggetto

Autorità di Sistema Portuale dello Stretto: Affidamento dei lavori di riqualificazione e rifunzionalizzazione degli Uffici e del Padiglione d'ingresso della Fiera di Messina (CIG: 7745386EB6; importo a base di gara: 9.885.895,90 euro.

Nota di definizione ai sensi dell'articolo 21 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici.

Con esposto acquisito al protocollo Anac con il numero 77027 del 25.10.2021 il Consorzio S.T.C., aggiudicatario estromesso della procedura in oggetto, segnalava l'illegittimo ribasso offerto sugli oneri di sicurezza aziendale da parte di alcuni concorrenti.

In particolare, in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione in favore del Consorzio, e successiva declaratoria di inefficacia del contratto nelle more stipulato, da parte del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (sentenza n. 713/2021) – adito in riforma della sentenza del TAR Catania (n. 904/2021) - a fronte della difformità tra l'offerta economica presentata dal medesimo in gara (recante un ribasso del 30,33% sull'importo posto a base di gara, inclusi gli oneri di sicurezza) e l'importo giustificato in seno al procedimento di verifica di anomalia, in sede di accesso alle offerte economiche degli altri partecipanti, aveva riscontrato la medesima anomalia del ribasso effettuato sugli oneri di sicurezza anche in capo agli altri concorrenti, incluso il secondo classificato che sarebbe dovuto subentrare come aggiudicatario in seguito alla declaratoria di annullamento.

Dagli elementi documentali acquisiti è emerso, infatti, che l'impresa seconda classificata e subentrante nel contratto - J2 - avrebbe ribassato la voce degli oneri di sicurezza (pari a 229.157,72 euro), inclusi nei costi di sicurezza, mentre non avrebbe operato il ribasso sui costi della sicurezza di cui al Piano di sicurezza e coordinamento pari a 344.027,63 euro, parimenti agli altri operatori.

Ritenendo per una possibile violazione dell'articolo 23 c. 16 D.lgs. 50/2016 secondo cui i costi della sicurezza non sono soggetti a ribasso, l'Ufficio ha inoltrato con nota prot. n. 90961 del 17.12.2021 richiesta informativa chiedendo informazioni sulle eventuali azioni intraprese in merito all'aggiudicazione in favore del secondo classificato e ai controlli svolti sull'offerta economica di questo e degli altri concorrenti.

Con nota acquisita al prot. Anac con il numero 94012 del 30.12.2021 Codesta Autorità di Sistema Portuale ha fornito il risconto richiesto evidenziando che " *Con decreto n. 155 del 04.08.2021 è stato disposto, in esecuzione della Sentenza C.G.A.R.S. n. 713/2021 del 16.07.2021, la declaratoria dell'annullamento dell'aggiudicazione disposta con Decreto di aggiudicazione n. 20 del 18.02.2020, del Decreto n. 53 del 25.03.2021 di rettifica del nominato Decreto n. 20/2021 e della cessazione dell'efficacia del contratto rep. n. 1476 del 01.12.2020 e*

successivo atto aggiuntivo rep. n. 1496 del 15.04.2021 a far data dal 30 agosto 2021 (45° giorno successivo alla pubblicazione della nominata sentenza C.G.A.R.S. n. 713/2021".

In merito al ribasso degli oneri di sicurezza il Rup, nel riportare le valutazioni espresse dall'Avvocatura dello Stato nel parere richiesto dall'Autorità portuale, rilevava che *"premesse che la sentenza ha definitivamente sancito sia l'esclusione dalla gara del Consorzio che il diritto della appellante principale all'aggiudicazione ed al subentro nel contratto, previa effettuazione, da parte dell'Amministrazione, dei dovuti controlli sui requisiti di partecipazione alla gara di cui all'art. 32, comma 7), del Codice, sembra da escludere la possibilità di rimettere in discussione, sia pure in modo speculare rispetto alla posizione dell'appellante principale nuova aggiudicataria, i profili, specificamente esaminati dal Collegio, relativi alle prescrizioni del bando di gara sulla non ribassabilità dei costi aziendali della sicurezza"*, ribadendo ulteriormente di aver *"ritenuto, perché oggetto di giudicato tra le parti, di non poter rimettere in discussione i profili relativi alle prescrizioni del bando di gara sulla non ribassabilità dei costi aziendali della sicurezza"*.

In merito all'avanzamento dello stato della procedura veniva, altresì, comunicato che, in esito ai controlli sui requisiti generali o speciali, l'Impresa E.S.A.S.- del Raggruppamento che sarebbe dovuto subentrare nel contratto con mandataria J.S.C.- è risultata priva dei requisiti di qualificazione ex art. 92 co. 2, D.P.R. n. 207/2010, e pertanto, escluso dalla procedura con diniego all'aggiudicazione della gara con decreto n. 204 del 19.10.2021, oggetto di ulteriore impugnativa al TAR Catania.

L'Ufficio, rilevando una violazione della normativa in materia di costi della sicurezza, nonché del principio di parità di trattamento e non discriminazione, ha inoltrato con nota prot. n. 11623 del 16.02.2022, comunicazione di avvio del procedimento di vigilanza con invito nei riguardi della stazione appaltante a fornire maggiori informazioni ed a rappresentare lo stato di avanzamento della procedura in seguito all'esclusione dalla gara del RTI J.S.C, C.C. Soc. Coop., I.E.S.A.S., segnalando gli eventuali ulteriori provvedimenti intrapresi in sede di autotutela a fronte delle circostanze e dei fatti venuti in rilievo alla luce delle considerazioni soprariportate.

Con la nota acquisita al protocollo Anac con il n. 17015 del 08.03.2022 l'Autorità di Sistema Portuale ha fornito il riscontro richiesto rilevando che *"Come si riscontra dalla documentazione gli oneri di sicurezza aziendale, stimati dal progettista in 229.157,72 euro, sono stati dichiarati dai concorrenti sopra citati con importi inferiori alla somma di 229.157,72 euro. Le riduzioni suddette non hanno influito comunque sull'importo di 344.027,63 euro corrispondente ai costi della sicurezza non soggetti a ribasso d'asta ai sensi dell'art. 23 comma 16 del D.Lgs. 50/2016"*.

In merito all'annullamento dell'aggiudicazione e declaratoria di inefficacia del contratto a danno dell'esponente, si precisava ulteriormente che essa è dovuta *"alla impropria somma all'importo offerto calcolato dall'aggiudicataria in euro 7.046.854,41 dell'importo aggregato sia degli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso di euro 344.027.63 che di quelli a carico dell'impresa di euro 229.157,27. Questi ultimi, in quanto oneri a carico dell'impresa, devono essere evidentemente incorporati dal calcolo in quanto già inclusi nelle singole voci di spesa che compongono l'ammontare del prezzo offerto di euro 7.046.854,41."*

Circa lo stato d'avanzamento della procedura la stazione appaltante non ha chiarito le azioni intraprese a seguito della determina n. 204 del 19.10.2021 con cui è stata disposta l'esclusione dalla gara del RTI J.S.C, C.C. Soc. Coop., I.E.S.A.S.

Orbene, non entrando nel merito dell'annullamento dell'aggiudicazione, già oggetto di giudicato da parte del giudice amministrativo, preme svolgere alcune precisazioni in merito agli oneri di sicurezza aziendali o interni. Tali oneri costituiscono costi propri e aggiuntivi relativi alle misure per la gestione del rischio dell'impresa e alle misure operative per i rischi legati alle lavorazioni nell'esercizio dell'attività svolta da ogni operatore economico, previsti in quota parte all'interno dell'analisi delle voci relative alle fasi di lavorazione.

Ai sensi dell'articolo 95 comma 10 del Codice, infatti, nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. Tali oneri, pertanto, entrando a far parte dell'offerta tecnica, sono liberamente valutabili dall'operatore in quanto rientranti nella sua capacità di organizzazione d'impresa, e, dunque, ribassabili, qualora la stazione

appaltante li indichi all'interno della documentazione atta alla formalizzazione dell'offerta da parte dell'operatore economico.

Gli oneri di sicurezza aziendale sono dunque distinti dai costi di sicurezza che costituiscono costi contrattuali derivanti dalla specificità dell'appalto e del cantiere, e stimati nel piano di sicurezza e coordinamento (PSC), ai sensi dell'articolo 100 del D.Lgs. 81/2008 da parte della stazione appaltante.

Come chiarito dall'Autorità " 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" e, pertanto non ribassabili da parte dell'operatore (Delibera n. 710 del 21 agosto 2020; in tal senso anche delibera n. 100 del 8 febbraio 2017).

Orbene se non sussistono dubbi sulla ribassabilità degli oneri di sicurezza aziendale, maggiori perplessità derivano dalle previsioni della lex specialis, in quanto nel capitolato speciale, all'articolo 2 rubricato "Ammontare dell'appalto" Tabella 2.A - che si riporta sotto a fini di maggiore chiarezza - è espressamente stabilito che l'importo da non assoggettare a ribasso ammonta a 573.185,35 €, ovvero costituito sia dai costi di sicurezza di cui al P.S.C. (punto 1), sia dagli oneri aziendali di sicurezza di cui (punto 2).

TABELLA 2.A

N.	Descrizione		Importo (euro)
1	Costi della sicurezza di cui al P.S.C.		344.027,63 €
a)		di cui, ascrivibili alla Cat. OG 1	238.452,34 €
b)		e di cui, ascrivibili alla Cat. OG 11	105.575,29 €
2	Oneri aziendali della sicurezza		229.157,72 €
a)		di cui, ascrivibili alla Cat. OG 1 (Tav. I.1 Allegato B)	165.990,62 €
b)		di cui, ascrivibili alla Cat. OG 11 (Tav. I.2 Allegato B)	63.167,10 €
3	Costo del personale		1.730.421,94 €
		di cui, ascrivibili alla Cat. OG 1 (Tav. I.1 Allegato C)	
		e di cui, ascrivibili alla Cat. OG 11 (Tav. I.2 Allegato C)	411.008,66 €
4		Importo non soggetto a ribasso d'asta (N. 1 + 2)	573.185,35 €
5	Importo totale dei Lavori (OG 1+OG 11)		10.115.053,62 €
6		Importo soggetto a ribasso d'asta (N. 5 - 2)	9.885.895,90 €
		di cui, ascrivibili alla Cat. OG 1	6.844.952,79 €
		e di cui, ascrivibili alla Cat. OG 11	3.040.943,11 €

Al riguardo si è espresso anche il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana nella sentenza n. 713/2021 nella quale ha rilevato che "La circostanza che gli oneri non soggetti a ribasso ammontino a € 573.185,35 e comprendano tanto i costi della sicurezza di cui al Piano di sicurezza e coordinamento, che i costi aziendali della sicurezza non può essere messa in discussione nella presente controversia".

Tale discrepanza è stata dunque rilevata dall'organo di giustizia amministrativa in via incidentale, a fronte della mancata impugnazione del bando che non ha consentito una valutazione sulle clausole dello stesso per il divieto di extra petitem. Nella sentenza, infatti, si chiarisce che "l'affermazione circa il fatto che debbano essere tenuti distinti gli oneri della sicurezza (non soggetti a ribasso) di euro 344.027.63 rispetto a quelli aziendali, pari a euro 229.157,27, in quanto questi ultimi, gravanti sull'impresa, sono ribassabili e inclusi nell'ammontare del prezzo

offerto di euro 7.046.854,41, non può quindi accogliersi in mancanza di apposita censura dedotta sul punto in primo grado rispetto alla lex specialis'.

La previsione della non ribassabilità (anche) degli oneri di sicurezza aziendale si pone, dunque, in contrasto con quanto previsto dall'articolo 95 comma 10 del Codice, in quanto, essendo previsti nell'offerta economica dell'operatore, sono liberamente valutabili dal medesimo, senza limitazione alcuna da parte della stazione appaltante.

Siffatta disposizione costituisce, pertanto, una limitazione della libertà di organizzazione d'impresa, poiché l'operatore non ha la possibilità di indicare oneri in misura maggioritaria o minoritaria, essendo già stati quantificati dalla stazione appaltante.

Nella nota di riscontro l'amministrazione rilevava, altresì, che *"L'importo a base d'asta considerato in sede di aggiudicazione di euro 9.885.895,90 è derivato dalla sottrazione degli oneri aziendali della sicurezza stimati dal progettista pari ad euro 229.157,27 dall'importo lavori di progetto di euro 10.115.053,62"*.

Ulteriore anomalia riguarda, infatti un'incongruenza dell'importo a base di gara previsto al punto II.2.1) del bando e fissato in "9 885 895,90 EUR + OS non soggetti a ribasso" e quanto previsto all'articolo 2 del capitolato, e precipuamente nella tabella 1.A che sotto si riporta.

TABELLA 1.A

N.	Descrizione	Importo (euro)
a)	Lavori Edili (Cat. OG 1)	€ 7.010.943,41
b)	Impianti tecnologici (Cat. OG 11)	€ 3.104.110,21
c)	Costi della sicurezza	€ 344.027,63
	Sommano	€ 10.459.081,25

In particolare il capitolato non contiene un'espressa quantificazione dell'importo a base di gara (quantificato nel bando in 9.885.895,90 €) in quanto specifica l'importo dei lavori ed il valore dell'intervento totale, né specifica gli oneri non ribassabili.

Come rilevato anche dal giudice amministrativo siciliano *"il disciplinare di gara prevede che l'importo totale dell'appalto è costituito da € 10.459.081,25 di lavori, all'interno dei quali sono presumibilmente inclusi oneri della sicurezza aziendale per € 229.157,62 (art. 2), e non anche i costi di sicurezza pari a euro 344.027,63"*.

Purtuttavia, si chiarisce che *"anche a ritenere che vi sia un contrasto, il bando prevale sul disciplinare: tra le singole previsioni, quel che assume prevalenza è il contenuto del bando di gara, in quanto le previsioni del capitolato speciale e del disciplinare possono soltanto integrare, ma non modificare, quelle poste dal bando"*.

In tal senso si esprime la giurisprudenza amministrativa secondo cui, sebbene il bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto costituiscano insieme la lex specialis della gara, sono atti autonomi aventi diverse funzioni, e, pertanto, in caso di contrasto tra le disposizioni sussiste una gerarchia differenziata con prevalenza del contenuto del bando di gara (Cons. St., sez. III, 10 giugno 2016 n. 2497; Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2012, n. 5297; Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2010, n. 3963), per cui le disposizioni del capitolato speciale possono soltanto integrare, ma non modificare le prime (Cons. Stato, sez. III, 29 aprile 2015, n. 2186; id. 11 luglio 2013, n. 3735; id., sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439).

A fronte, dunque, del riferimento all'importo a base di gara previsto nel bando e non nel capitolato, preme evidenziare che tale incongruenza comporta la violazione dell'obbligo di chiarezza che deve necessariamente guidare l'operato della stazione appaltante nella redazione degli atti della lex specialis.

Come chiarito anche dalla giurisprudenza "sussiste in capo all'amministrazione che indice la gara l'obbligo di chiarezza (espressione del più generale principio di buona fede), la cui violazione comporta – in applicazione del principio di autoresponsabilità – che le conseguenze derivanti dalla presenza di clausole contraddittorie nella lex specialis di gara non possono ricadere sul concorrente che, in modo incolpevole, abbia fatto affidamento su di esse (Consiglio di Stato, Sez. III, 3.3.202 n. 1816).

In base a quanto sopra esposto, ed in attuazione del relativo deliberato consiliare del 20 luglio 2022, si comunica la definizione del presente procedimento ai sensi dell'art. 21 del vigente Regolamento di Vigilanza in materia di contratti pubblici, con invito nei riguardi di codesta Stazione Appaltante a voler tener conto per il futuro di quanto specificatamente dedotto e rilevato nella presente comunicazione in vista di un più adeguato e puntuale rispetto della normativa in materia di appalti.

Si invita, inoltre, la Stazione appaltante a comunicare, entro 30 giorni dal ricevimento della medesima, le azioni intraprese a seguito della determina n. 204 del 19.10.2021 con cui è stata disposta l'esclusione dalla gara del RTI J.S.C, C.C. Soc. Coop., I.E.S.A.S.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente il 27 luglio 2022