

N. 04964/2013REG.PROV.COLL.
N. 06116/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 6116 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Regione Veneto, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Zanlucchi, Tito Munari, Ezio Zanon, ed Andrea Manzi, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Confalonieri 5;

contro

S.L.G. s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Alfredo Biagini, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via di Porta Castello, 33;

nei confronti di

Gelmini Costruzioni s.r.l., Schiavo s.r.l., Costruzioni Lazzarotto s.r.l. Unipersonale;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO, SEZIONE I, n. 01050/2013, concernente aggiudicazione appalto lavori di ripristino e consolidamento delle difese trasversali e longitudinali del torrente Orolo e del torrente

Timonchio

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di S.L.G. s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2013 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Manzi e Corsini per delega dell'avv. Biagini;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Oggetto del presente giudizio è la procedura negoziata ex artt. 57 e 122 cod. contratti pubblici per l'affidamento in appalto dei lavori di ripristino e consolidamento delle difese trasversali e longitudinali del torrente Orvolo e del torrente Timonchio, indetta dalla Regione Veneto con decreto in data 15 novembre 2012.

La procedura partecipava la S.L.G. s.r.l., la quale si classificava al quarto posto. Nel corso della gara, la società faceva constare che le concorrenti che l'avevano preceduta in classifica non avevano indicato nelle rispettive offerte gli oneri per la sicurezza aziendale e ne chiedeva l'esclusione. A fronte del contrario avviso dell'amministrazione aggiudicatrice, proponeva pertanto ricorso davanti al TAR Veneto per l'annullamento degli atti della procedura, ivi compresa l'aggiudicazione definitiva in favore della prima graduata Gelmini Costruzioni s.r.l.

2. Il TAR adito accoglieva l'impugnativa, osservando che:

- dal combinato disposto degli artt. 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, del codice dei contratti pubblici, nonché art. 26, comma 6, del d.lgs. n. 281 del 2008, recante norme in materia di tutela della salute e di sicurezza nei

luoghi di lavoro, discende l'obbligo per le imprese partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici di indicare nella loro offerta *“sia gli oneri di sicurezza per le interferenze (nell'esatta misura predeterminata dalla stazione appaltante), sia gli altri oneri di sicurezza da rischio specifico (o aziendali)”*;

- l'obbligo in questione è di carattere imperativo, in quanto posto a tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori, con conseguente valenza eterointegratrice ex art. 1374 cod. civ. della legge di gara, laddove questa nulla preveda sul punto, come nel caso di specie;

- l'omessa indicazione di tali oneri non può essere supplita mediante il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante, *“configurando un'ipotesi di “mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice” idoneo a determinare “incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta” per difetto di un elemento essenziale di quest'ultima”*.

3. Contro questa decisione è insorta la Regione Veneto, la quale obietta che:

- l'obbligo di indicare i costi per la sicurezza interna previsto dall'art. 87, comma 4, d.lgs. n. 163/2006 è valevole per le procedure di affidamento di forniture e servizi, ma non già per i lavori, mentre l'art. 86, comma 3-bis, nel riferirsi anche a quest'ultima tipologia contrattuale, si rivolge alle stazioni appaltanti ai fini della verifica dell'anomalia delle offerte;

- la sanzione espulsiva in caso di omessa indicazione di tali costi in caso di appalti di lavori si porrebbe pertanto in contrasto con il principio di tassatività sancito dall'art. 46, comma 1-*bis*, del citato d.lgs.

4. Si è costituita in resistenza la S.L.G. s.r.l., la quale ha controdedotto all'appello sottolineando che l'obbligo per le imprese concorrenti a procedure di affidamento di evidenziare nella propria offerta gli oneri per la sicurezza aziendale ha carattere generale ed è valevole per tutti i contratti pubblici, come già stabilito da questo Consiglio di Stato.

DIRITTO

1. Essendo fondato su una corretta interpretazione del quadro normativo

di riferimento, il quale conduce ad escludere che le imprese partecipanti a procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici siano tenute ad indicare nella propria offerta, a pena di esclusione, gli oneri per la sicurezza aziendale, l'appello deve essere accolto.

1.1 E' innanzitutto condivisibile l'osservazione dell'amministrazione appellante secondo cui, con specifico riguardo alle modalità di verifica dell'adeguatezza di detti oneri - operazione che ovviamente va effettuata per tutti i contratti pubblici ai sensi dell'art. 86, comma 3-bis - occorre distinguere i lavori da una parte ed i servizi e forniture dall'altra. Solo per questi ultimi l'art. 87, comma 4, più volte citato, impone infatti uno specifico obbligo dichiarativo alle imprese concorrenti, laddove per i lavori si deve invece fare riferimento alla quantificazione effettuata dalla stazione appaltante.

Più precisamente, il secondo periodo della disposizione in esame prescrive di indicare nell'offerta l'ammontare dei costi per la sicurezza interna onde consentire all'amministrazione di apprezzarne la congruità *“rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture”*.

Per i lavori, al contrario, la quantificazione è rimessa al piano di sicurezza e coordinamento ex art. 100 d.lgs. n. 81/2008, predisposto dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 131 cod. contratti pubblici.

1.2 Ad ulteriore conferma si può ricordare la disposizione contenuta nell'art. 24, comma 3, del regolamento di attuazione al codice dei contratti pubblici di cui al d.p.r. n. 207/2010, la quale include tra i documenti da allegare al progetto definitivo proprio il piano di sicurezza e di coordinamento di cui all'articolo 100 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, *“sulla base del quale determinare il costo della sicurezza, nel rispetto dell'allegato XV del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81”*. Il successivo art. 32, prevede poi che nell'analisi delle spese generali, destinata a confluire nel computo metrico estimativo da porre a base di gara, occorre anche procedere alla

quantificazione delle “*spese di adeguamento del cantiere in osservanza del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, di cui è indicata la quota di incidenza sul totale delle spese generali, ai fini degli adempimenti previsti dall’articolo 86, comma 3-bis, del codice;*” (art. 32, comma 4, lett. o, d.p.r. n. 207 citato).

Laddove poi il piano di sicurezza e coordinamento non sia necessario, le amministrazioni devono comunque compiere la stima dei costi per la sicurezza che ai sensi del comma 3 del citato art. 131, nonché del punto 4.1.2 del citato Allegato XV (“Contenuti minimi dei piani di sicurezza nei cantieri temporanei o mobili”) al testo unico sulla sicurezza sul lavoro di cui al d.lgs. n. 81/2008.

2. Inoltre, la Regione appellante giustamente evidenzia, in primo luogo, che l’art. 26, comma 6, del testo unico in materia di sicurezza sul lavoro, il quale prescrive che il costo del lavoro “*deve essere specificato*” anche per gli appalti di lavori pubblici, va coordinato con le specifiche disposizioni contenute nel codice dei contratti di cui al d.lgs. n. 163/2006, e dunque con gli artt. 87, comma 4, e 131 più volte ricordati e, in secondo luogo, che la giurisprudenza successiva, espressasi nel senso di porre a carico delle imprese il suddetto obbligo è relativa appunto ad appalti di servizi e forniture.

2.1 A quest’ultimo riguardo, per rimanere innanzitutto ai precedenti richiamati dalla S.L.G., la sentenza della III Sezione n. 212 del 19 gennaio 2012, concerne un appalto di servizi (noleggio, lavaggio, disinfezione, consegna e ritiro della biancheria e di tutti gli effetti tessili da un ospedale), sulla quale pronuncia vi è poi la successiva sentenza della medesima Sezione resa in sede di opposizione di terzo n. 2628 del 7 maggio 2012.

Vi sono poi alcune più recenti pronunce della III Sezione di questo Consiglio di Stato (sentenza 3 luglio 2013, n. 3565 e 10 luglio 2013, n. 3706) che in effetti, nel dare continuità all’indirizzo espresso dalle decisioni di cui sopra, sembrano affermare con portata generale l’obbligo di

dichiarare in sede di offerta gli oneri per la sicurezza aziendale.

Tuttavia, si tratta ancora una volta di sentenze rese in relazione ad appalti di servizi (assistenza domiciliare ad anziani non autosufficienti la prima ed antincendio la seconda), le quali non possono che avere valenza di *obiter*, dovendo più precisamente essere lette alla luce del carattere generale dell'obbligo, per le stazioni appaltanti, di verificare la congruità degli oneri per la sicurezza aziendale ex art. 86, comma 3-*bis*, del codice dei contratti pubblici, che le ridette pronunce hanno inteso ribadire.

Vale invece la pena di evidenziare la pronuncia di questa Sezione del 23 luglio 2010, n. 4849, sempre relativa ad appalti di servizi (manutenzione del patrimonio immobiliare), la quale ha posto in rilievo la differente disciplina sul punto tra servizi e forniture da una parte e lavori dall'altra: *“Il combinato disposto delle due norme (87, comma 4, e 86, comma 3-bis, d.lgs. n. 163/2006 n.d.e.) impone, quindi, ai concorrenti di segnalare gli oneri economici che ritengono di sopportare al fine di adempiere esattamente agli obblighi di sicurezza sul lavoro, al duplice fine di assicurare la consapevole formulazione dell'offerta con riguardo ad un aspetto nevralgico e di consentire alla stazione appaltante la valutazione della congruità dell'importo destinato ai costi per la sicurezza. La circostanza che solo nei bandi di gara relativi agli appalti di lavori, ai sensi dell'art. 131 del codice dei contratti pubblici, debbano essere evidenziati gli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso, fa sì che nelle altre procedure di gara, in assenza della preventiva fissazione del costo per la sicurezza da parte dell'amministrazione aggiudicatrice quale specifica componente del costo del lavoro, è necessario che il relativo importo venga scorporato dalle offerte dei singoli concorrenti e sottoposto a verifica per valutare se sia congruo rispetto alle esigenze di tutela dei lavoratori.”*

2.2 Nel caso deciso si è dunque chiarito che per supplire all'assenza di una preventiva quantificazione degli oneri per la sicurezza da parte dell'amministrazione, nelle sole procedure di affidamento dei servizi e forniture, tale indicazione deve essere fornito dalle imprese partecipanti.

Il rilievo è decisivo perché coglie un profilo emergente dalla speciale disciplina normativa riservata agli appalti di lavori, che appunto si connota per l'analisi preventiva dei costi per la sicurezza aziendale. La quale analisi si spiega alla luce della maggiore rischiosità insita nella predisposizione di cantieri, che a sua volta è all'origine della disciplina contenuta nel titolo IV del d.lgs. n. 81/2008 ("cantieri temporanei e mobili) ed in precedenza nel d.lgs. n. 494/1996, relativo al medesimo oggetto. In particolare, è da tale notoria maggiore rischiosità, assunta a presupposto della normativa in esame, che discende la necessità di apposita pianificazione dei profili inerenti la sicurezza delle maestranze, delle conseguenti misure di prevenzione dei rischi e degli oneri economici da esse rivenienti.

3. Alla luce di quanto finora osservato va disatteso anche il motivo di impugnazione riproposto in appello dalla S.L.G. ex art. 101, comma 2, cod. proc. amm., in cui questa si duole della mancata previsione nella normativa di gara dell'obbligo per le imprese concorrenti di indicare gli oneri della sicurezza da rischio aziendale.

4. Dall'accoglimento dell'appello consegue, in riforma della sentenza di primo grado, la reiezione del ricorso della S.L.G.

Per la novità della questione le spese del doppio grado di giudizio possono essere integralmente compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente
Francesco Caringella, Consigliere
Antonio Amicuzzi, Consigliere
Doris Durante, Consigliere
Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/10/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)