

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 199 del 2015, proposto dalla società Tecnolab Group di Flavio Pentassuglia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Pierfrancesco Zecca, con domicilio eletto presso Aldo Fontanelli in Roma, Via Emilio Dè Cavalieri, n. 11

***contro***

Ministero dell'Istruzione dell'Università e della ricerca, Istituto di Istruzione Secondaria Superiore di Cassano allo Ionio, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12

***nei confronti di***

Donato Grandi Impianto S.r.l.

***per la riforma della sentenza in forma semplificata del T.A.R. della Calabria,***

***Sezione II, n. 01624/2014***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca e dell'Istituto di Istruzione Secondaria Superiore di Cassano allo Ionio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 marzo 2015 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Pafundi per delega dell'avvocato Zecca e l'avvocato dello Stato Tidore;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

#### FATTO

L'appellante TecnoLab Group di Flavio Pentassuglia (d'ora in poi: 'la TecnoLab' o: 'la società appellante') riferisce che, con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. della Calabria e recante il n. 1442/2014, aveva impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva che l'Istituto di istruzione secondaria superiore di Cassano alla Ionio (CS) aveva disposto in favore dell'appellata Donato Grandi Impianti s.r.l. all'esito di una procedura per cottimo fiduciario relativa al progetto PON B-4 FESR 04 – POR Calabria – 2012-91 avente ad oggetto la fornitura di prodotti multimediali e i servizi di installazione.

In particolare, l'odierna appellante lamentava la mancata esclusione dalla procedura dell'odierna appellata per avere essa ommesso di indicare, sin dal momento dell'offerta, gli oneri di sicurezza da rischio specifico o aziendale.

Con la sentenza in epigrafe (resa in forma semplificata ai sensi dell'articolo 60 cod. proc. amm.) il Tribunale adito ha respinto il ricorso ritenendolo infondato

La sentenza in questione è stata impugnata in appello dalla TecnoLab la quale ne ha chiesto la riforma articolando plurimi motivi.

Con il primo motivo l'appellante chiede la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui ha ritenuto che, nel settore delle forniture e degli appalti di servizi intellettuali, il combinato disposto degli articoli 86, comma 3-bis e 87, comma 4 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n 163 non imporrebbe alle imprese partecipanti l'obbligo di indicare, già in sede di offerta, gli oneri per la sicurezza aziendale,

trattandosi di elementi che andrebbero viceversa specificati e verificati ai soli fini del giudizio di anomalia.

In tal modo statuendo i primi Giudici avrebbero erroneamente omissi di considerare:

- che la ratio della disciplina in tema di tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (volta a presidiare valori di rilievo costituzionale) impone in modo indefettibile la verifica della congruità dei relativi costi;
- che il complessivo quadro normativo impone che i costi relativi ai rischi cc.dd. ‘specifici’ propri delle imprese offerenti siano indicati già in sede di presentazione dell’offerta, non essendo condivisibile – e risultando in ultima analisi antisistemica – la tesi secondo cui tale indicazione rileverebbe ai soli fini della (successiva) verifica di anomalia;
- che, anche laddove la *lex specialis* di gara non abbia richiamato in modo espresso l’obbligo di indicare i richiamati costi (e nel caso in esame tale indicazione era effettivamente carente), non può comunque ritenersi che ciò faccia venir meno il richiamato obbligo di legge, versandosi – piuttosto – in un’ipotesi di eterointegrazione legale riconducibile alla previsione di cui all’art. 1339 cod. civ.;
- che, nelle medesime ipotesi, l’inevitabile conseguenza dell’omessa indicazione degli oneri di sicurezza cc.dd. ‘specifici’ è rappresentata dall’esclusione dalla gara, trattandosi di carenza di un elemento essenziale dell’offerta;
- che la sentenza di questo Consiglio n. 3056/2014 (richiamata dai primi Giudici a supporto delle proprie tesi) non potrebbe essere validamente richiamata, riguardando una diversa tipologia di gara;
- che, in ogni caso, la giurisprudenza di questo Consiglio ha chiarito che, nel caso degli appalti di servizi e di forniture (contrariamente al caso degli appalti di lavori), non sussiste alcun argomento legale atto ad esentare le imprese partecipanti

dall'obbligo di indicare, già in sede di predisposizione delle offerte, gli oneri per la sicurezza aziendale;

- che, inoltre, la sussistenza del richiamato obbligo nell'ambito delle gare del tipo di quella per cui è causa, resta confermata dalle peculiarità disciplinari del c.d. 'MEPA' (Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione).

Con il secondo motivo di appello, la TecnoLab osserva che l'appellata non potrebbe invocare in proprio favore neppure il principio della c.d. 'tassatività delle cause di esclusione' di cui al comma 1-*bis* dell'articolo 46 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (per come inserito dall'articolo 4 del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70). Ciò in quanto la medesima disposizione impone comunque l'esclusione dalla gara: a) nel caso di "*mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice (...) e da altre disposizioni di legge vigenti?*" (quale è l'ipotesi di mancata indicazione dei cc.dd. 'oneri di sicurezza specifici') ; b) per difetto di "*altri elementi essenziali [dell'offerta]*".

Anche in questo caso, la valenza irrimediabilmente escludente delle richiamate inadempienze produrrebbe i propri effetti indipendentemente da un'espressa previsione nell'ambito della *lex specialis* di gara.

Del resto, se è vero che la giurisprudenza di questo Consiglio ha talvolta sottolineato l'esigenza di garantire (anche attraverso il c.d. 'soccorso istruttorio') l'espansione del principio del *favor participationis*, è anche vero che l'applicazione concreta di tale principio deve essere coniugata con quella del concomitante principio della *par condicio* fra i partecipanti (e tale secondo principio risulterebbe gravemente violato laddove, a procedura avviata, si consentisse a un candidato di integrare un'offerta inizialmente viziata in modo radicale e irrimediabile).

Con il terzo motivo di appello, la TecnoLab chiede la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui i primi Giudici hanno osservato che, comunque, non sussistesse in atti alcun indice il quale deponesse nel senso della sussistenza di un effettivo rischio per i lavoratori connesso all'esecuzione dell'appalto.

Al riguardo l'appellante osserva:

- che, anche ad ammettere l'assenza di rischi specifici, ciò non avrebbe comunque esentato l'impresa offerente dal rendere una dichiarazione resa doverosa dagli articoli 86, comma 3-*bis* e 87, comma 4 del decreto legislativo n. 163 del 2006, sussistendo comunque un obbligo legale di rendere la dichiarazione (sia pure con un importo pari a 'zero');

- che, in ogni caso, non potrebbe affermarsi nel caso di specie l'assenza di un qualunque rischio connesso all'esecuzione, siccome l'appalto in parola presenterebbe "*fattori di rischio non elevati, ma comunque esistenti?*" (ricorso in appello, pag. 20). Ciò in quanto l'oggetto dell'appalto non si esauriva nella fornitura di materiale informatico, ma comportava altresì servizi di installazione e messa in funzione, nonché il servizio di assistenza post-vendita.

Si è costituito in giudizio il Ministero dell'Istruzione, dell'università e della ricerca il quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello.

Alla pubblica udienza del 17 marzo 2015 il ricorso è stato trattenuto in decisione

## DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da una società attiva nel settore informatico (la quale aveva partecipato a una gara di appalto a cottimo fiduciario per l'aggiudicazione di servizi informatici per un istituto scolastico di Cassano allo Jonio non risultando aggiudicataria) avverso la sentenza del T.A.R. della Calabria con cui è stato respinto il ricorso avverso la mancata esclusione della prima classificata.

2. Il ricorso è infondato.

2.1. E' pacifico che risulti del tutto determinante ai fini del decidere stabilire l'esatta portata dispositiva del secondo periodo del comma 4 dell'articolo 87 del 'Codice dei contratti', secondo cui "*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?*

I primi Giudici hanno prestato espressa adesione all'orientamento secondo cui, in relazione agli appalti di forniture e di servizi intellettuali (nel cui ambito il rischio c.d. 'specifico' o 'aziendale' ha minore possibilità di incidenza), il combinato disposto del comma 3-bis dell'articolo 86 e del comma 4 dell'articolo 87 del 'Codice' non impone alle imprese partecipanti l'obbligo, a pena di esclusione, di indicare già in sede di offerta gli oneri per la sicurezza in questione, trattandosi di elementi che vanno viceversa specificati e verificati ai soli fini del giudizio di anomalia (sul punto *–ex multis* -: Cons. Stato, V, 17 giugno 2014, n. 3056).

In sede di appello, la TecnoLab ha contestato tale ricostruzione, richiamando il diverso orientamento secondo cui, quanto meno nell'ambito degli appalti di servizi e di forniture (espressamente richiamati dal comma 4 dell'articolo 87, cit.), sussiste in capo all'impresa partecipante – e a pena di esclusione - l'indefettibile obbligo di indicare già in sede di offerta gli oneri di sicurezza cc.dd. 'specifici' o 'aziendali' e che tale obbligo, laddove inadempito, determinerebbe comunque l'effetto espulsivo a prescindere da un'espressa previsione in tal senso nell'ambito della *lex specialis* di gara (tanto, alla luce del principio di eterointegrazione della normativa speciale di gara, che opererebbe in considerazione dell'alto valore sistemico dei valori tutelati).

2.2. Ebbene, il Collegio osserva che la tesi affermata dai primi Giudici sia stata da ultimo condivisa nei suoi assunti di fondo dalla recente decisione dell'Adunanza plenaria 20 marzo 2015, n. 3.

La decisione in parola ha, sì, affermato un principio di diritto valevole nell'ambito dei soli appalti pubblici di lavori (statuendo che *“nelle procedure di affidamento di lavori i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara”*);

tuttavia essa ha reso chiarimenti che possono essere utilmente invocati al fine della soluzione della presente vicenda contenziosa.

In particolare, la richiamata decisione si è fatta carico di chiarire l'apparente antinomia interna che sembra caratterizzare il sistema dichiarativo in tema di pubbliche gare per la parte in cui:

- sembra imporre (e a pena di esclusione, secondo la tesi invocata dall'appellante) la previa, espressa indicazione dei costi di sicurezza cc.dd. 'specifici' o 'aziendali' nel caso di appalti di servizi e di forniture (tipicamente caratterizzati da una minore incidenza del rischio a carico dei lavoratori coinvolti);

- mentre – al contrario sembra non prescrivere la specificazione dei medesimi costi per le offerte negli appalti di lavori, “*nella cui esecuzione i rischi per la sicurezza sono normalmente i più elevati*” (punto 2.7 della motivazione).

La decisione dell'Adunanza plenaria su muove, quindi, nella direzione di una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni dinanzi richiamate (cui *adde* il comma 6 dell'articolo 26 del decreto legislativo n. 81 del 2008) e conclude nel senso che le stazioni appaltanti, nella predisposizione degli atti di gara per lavori e al fine della valutazione dell'anomalia delle offerte, devono determinare il valore economico degli appalti includendovi l'idonea stima di tutti i costi per la sicurezza con l'indicazione specifica di quelli da interferenze; i concorrenti, a loro volta, devono indicare nell'offerta economica sia i costi di sicurezza per le interferenze (quali predeterminati dalla stazione appaltante) che i costi di sicurezza interni che essi determinano in relazione alla propria organizzazione produttiva e al tipo di offerta formulata (*ivi*, punto 2.9.).

A questo punto, l'Adunanza plenaria si fa carico di individuare la corretta interpretazione da fornire alla previsione di cui al comma 4 dell'articolo 87 (la quale, secondo la più rigida lettura sostenuta dall'appellante, imporrebbe - e in modo apparentemente contraddittorio – per i soli appalti di servizi e di forniture l'obbligo

per i partecipanti di indicare già in sede di offerta l'ammontare dei costi per la sicurezza cc.dd. 'specifici' o 'aziendali').

Il Collegio conclude sul punto aderendo a una tesi in tutto compatibile con quella affermata dai primi Giudici.

Viene affermato al riguardo che la *ratio* del puntuale richiamo, nell'art. 87, comma 4, secondo periodo del Codice, della specifica indicazione dei costi per la sicurezza per le offerte negli appalti di servizi e forniture appare individuabile in relazione alla particolare tipologia delle prestazioni richieste per questi appalti rispetto a quelli per lavori e alla rilevanza di ciò nella fase della valutazione dell'anomalia (cui la norma è espressamente riferita). Ed infatti il contenuto delle prestazioni di servizi e forniture può essere tale da non comportare necessariamente livelli di rischio pari a quelli dei lavori, rilevando l'esigenza sottesa alla norma in esame, pur ferma la tutela della sicurezza del lavoro, di particolarmente correlare alla entità e caratteristiche di tali prestazioni la giustificazione dei relativi, specifici costi in sede di offerta e di verifica dell'anomalia (*ivi*, punto 2.9).

2.3. In definitiva, la ricostruzione in senso costituzionalmente orientato operata dall'Adunanza plenaria comporta il sostanziale ribaltamento dell'orientamento giurisprudenziale (espressamente invocato dalla società appellante) secondo cui il combinato disposto del comma 3-*bis* dell'articolo 86 e del comma 4 dell'articolo 87 del 'Codice dei contratti' avrebbe imposto oneri dichiarativi più pregnanti (e conseguenza escludenti più stringenti) a carico delle imprese partecipanti ad appalti di servizi e di forniture rispetto a quelle partecipanti ad appalti di lavori (nonostante la maggiore rischiosità che tipicamente caratterizza la seconda tipologia di appalti rispetto alla prima).

Ne discende la conferma del condiviso orientamento secondo cui nelle procedure ad evidenza pubblica la regola di specificazione (o separata indicazione) dei costi di sicurezza, ai sensi degli articoli 86 e 87 del decreto legislativo n. 163 del 2006 opera

in via primaria nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici in sede di predisposizione delle gare di appalto e di valutazione dell'anomalia, con la conseguenza che l'assenza di scorporo nel *quantum* fin dalla fase di presentazione dell'offerta non può risolversi in causa di esclusione dalla gara, anche alla luce dei criteri di tassatività della cause espulsive previsti dall'art. 46, comma 1-*bis*, del medesimo Codice (in tal senso: Cons. Stato, V, 2 ottobre 2014, n. 4907 – ipotesi di appalto di servizi -; *id.*, III, 4 marzo 2014, n. 1030 – ipotesi di appalto di servizi -).

2.4. Solo a fini di completezza si osserva che, nel caso in esame, la *lex specialis* di gara non prevedeva l'obbligo per le imprese partecipanti di indicare in sede di offerta i cc.dd. costi 'specifici' o 'aziendali' e – correlativamente – non comminava alcuna conseguenza escludente per la violazione di tale obbligo.

A tacere d'altro, del resto, laddove una siffatta clausola escludente fosse stata inclusa nell'ambito della *lex specialis*, essa sarebbe risultata di dubbia validità con riferimento al comma 1-*bis* dell'articolo 46 del 'Codice di contratti', stante l'insussistenza di una siffatta ipotesi legale di esclusione e la conseguente violazione del principio di tipicità e tassatività legale di tali clausole.

3. Per quanto riguarda, poi, le specificità del caso in esame, risulta in atti che – per le particolari caratteristiche dell'appalto per cui è causa – i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori interessati fossero sostanzialmente insussistenti (si trattava, come ricordato in narrativa, di un appalto avente ad oggetto la fornitura di materiale informatico e i servizi di installazione, messa in funzione e garanzia post-vendita).

La giurisprudenza della Sezione ha recentemente chiarito che il difetto – come nel caso in esame – di effettivi profili di rischiosità afferenti al tema della salute e della sicurezza sul lavoro nell'esecuzione dell'appalto rende sostanzialmente inutile l'inserimento nell'ambito della *lex specialis* di una clausola la quale ne preveda (ciò che avviene normalmente) l'obbligo di quantificazione sotto comminatoria di esclusione. D'altronde – è stato osservato -, il semplice rilievo che il bando nulla

prescriva al proposito, è sufficiente ad elidere la consistenza della censura, posto che la giurisprudenza ormai prevalente di questo Consiglio di Stato (cfr., per tutte, sez. III, 21 novembre 2014 n.5746) non ritiene l'inserimento nella *lex specialis* degli oneri di sicurezza alla stregua di quei principi del Codice dei contratti di carattere cogente ed inderogabile per i quali possa farsi luogo ad eterointegrazione delle prescrizioni di gara.

In tal senso, non è pertinente il richiamo alla decisione della Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato n. 9 del 25 febbraio 2014 che, sulla scia delle precedenti pronunce della stessa Adunanza plenaria (5 luglio 2012 n. 26 e 13 giugno 2012 n. 22), ha fatto riferimento alla possibilità di un'eterointegrazione del bando soltanto a fronte di norme imperative (che verrebbero ad integrare la disciplina di gara ai sensi dell'art. 1339 del cod.civ. - in tal senso: Cons. Stato, VI, 5 gennaio 2015, n. 18 -).

3.1. Le ragioni appena richiamate (e qui puntualmente condivise) palesano altresì l'infondatezza del terzo motivo di appello, in premessa meglio specificato.

3.2. Anche per tale ragione la sentenza in epigrafe deve essere confermata.

4. Per ragioni in tutto connesse a quelle sin qui esposte si ritiene che non possa pervenirsi a conclusioni diverse da quelle sin qui tracciate in relazione alle peculiarità del sistema 'MEPA – Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione' gestito da Consip s.p.a..

Al riguardo ci si limita ad osservare che il sistema in questione può prescrivere oneri dichiarativi e documentali solo nei limiti in cui ciò sia effettivamente prescritto dalla normativa di settore; al contrario non può in alcun modo ritenersi che le peculiarità di un siffatto sistema valgano *ex se* ad orientare la corretta interpretazione del pertinente paradigma normativo.

5. Ancora per ragioni in tutto connesse con quelle dinanzi esposte non può neppure essere accolto il secondo motivo di ricorso, con il quale si è osservato che la Donato Grandi Impianti s.r.l. avrebbe altresì dovuto essere esclusa dalla gara per cui è causa

per violazione della previsione di cui al comma 1-*bis* dell'articolo 46 del 'Codice dei contratti'.

Nel richiamare qui in modo espresso quanto già osservato retro, *sub* 2, ci si limita ad osservare che le modalità di predisposizione dell'offerta seguite da parte dell'impresa aggiudicataria non avevano determinato alcuna violazione delle prescrizioni previste dal 'Codice dei contratti' o da altre disposizioni di legge vigenti, né concretavano alcun difetto di elementi essenziali dell'offerta.

6. Per le ragioni sin qui esposte il ricorso in epigrafe deve essere respinto.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 marzo 2015 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Gabriella De Michele, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/04/2015

IL SEGRETARIO