

N. 03056/2014REG.PROV.COLL.

N. 02138/2014 REG.RIC.

N. 02792/2014 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 2138 del 2014, proposto da Atheste Costruzioni s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Cinti, con domicilio eletto presso la s.n.c. Legalcomm in Roma, viale Giuseppe Mazzini 112;

contro

Mag Costruzioni s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Stefania Lago e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso quest'ultimo, in Roma, via Federico Confalonieri 5;

nei confronti di

Ente Spes - Servizi alla persona educativi e sociali, rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Dal Prà, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Reggio D'Acì in Roma, via F. Confalonieri 5;

sul ricorso numero di registro generale 2792 del 2014, proposto da Ente Spes - Servizi alla persona educativi e sociali, rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Dal Prà, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Reggio D'Acì in Roma, via Federico Confalonieri 5;

contro

Mag Costruzioni s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Stefania Lago e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso quest'ultimo, in Roma, via Federico Confalonieri 5;

nei confronti di

Atheste Costruzioni s.r.l.;

per la riforma

quanto ad entrambi i ricorsi:

della sentenza breve del T.A.R. VENETO, SEZIONE I, n. 299/2014, resa tra le parti, concernente l'affidamento di un appalto per i lavori di recupero dei locali ex "Ceod" in via Tiepolo - Padova.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle rispettive parti appellate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2014 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Cinti, Manzi e Dal Prà;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'Ente S.p.e.s. – "servizi alla persona educativi e sociali" e la Atheste Costruzioni s.r.l. impugnano con separati appelli la sentenza del TAR Veneto indicata in epigrafe, con la quale è stata accolta l'impugnativa (ric. n. 157 del 2014) della Mag Costruzioni s.r.l. nei confronti degli atti della procedura negoziata per l'affidamento in appalto dei lavori di recupero locali ex Ceod in via Tiepolo – Padova, indetta dal predetto ente.

L'impresa ricorrente, partecipante alla procedura, impugnava gli atti fino all'aggiudicazione provvisoria disposta in favore della predetta Atheste Costruzioni, dolendosi del fatto che quest'ultima non avesse indicato nella propria gli oneri per la sicurezza aziendale.

2. Il TAR adito giudicava fondata la censura in base al seguente ragionamento:

- in virtù del combinato disposto degli artt. 86, comma 3-bis, cod. contratti pubblici e 26, comma 6, d.lgs. n. 81/2008 (testo unico sulla sicurezza sul lavoro), le imprese partecipanti a procedure di affidamento, anche di appalti pubblici di lavori, *"devono necessariamente includere nell'offerta, opportunamente scorporati onde consentire l'esatta valutazione della congruità dell'offerta stessa"*;

- le citate disposizioni di legge hanno carattere imperativo, essendo preordinate a tutelare i *“diritti fondamentali dei lavoratori”*, e quindi valenza eterointegratrice della normativa di gara;

- la quantificazione dei costi per la sicurezza, negli appalti di lavori, contenuta nel piano di sicurezza e coordinamento predisposto dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 131 cod. contratti pubblici, concerne gli oneri di sicurezza per le interferenze, ma non già quelli aziendali,

- questi ultimi *“costituiscono un elemento essenziale dell'offerta, sicché la loro omessa indicazione è vicenda ricompresa nell'elenco delle cause specifiche di esclusione previste dall'art. 46, I comma bis del Dlgs 163/2006”*; né tanto meno è possibile sanare l'omissione a mezzo del potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante ai sensi del comma 1 della medesima disposizione del codice dei contratti pubblici;

Il giudice di primo grado annullava quindi l'aggiudicazione provvisoria in favore della controinteressata, *“contestualmente disponendo il risarcimento in forma specifica mediante aggiudicazione della gara alla ricorrente”*.

3. Nel proprio appello l'Ente S.p.e.s. censura innanzitutto quest'ultima statuizione, osservando che in tal modo il giudice di primo grado ha violato il divieto di cui all'art. 34, comma 2, cod. proc. amm., essendosi pronunciato su un potere amministrativo non ancora esercitato, consistente nel caso di specie nell'approvazione degli atti di gara e nell'aggiudicazione definitiva.

Esso ripropone quindi l'eccezione di inammissibilità per difetto di interesse della ricorrente, sul rilievo che l'atto impugnato è l'aggiudicazione provvisoria, alla quale non è seguita, per effetto della sospensione concessa dal TAR inaudita altera parte ex art. 56 cod. proc. amm. nei confronti di tale atto, dall'aggiudicazione definitiva.

Nel merito, entrambe le parti appellanti censurano l'accoglimento del ricorso della Mag Costruzioni.

Quest'ultima si è costituita in resistenza in entrambi gli appelli.

Nel corso della camera di consiglio del 29 aprile 2013, il collegio ha rappresentato alle parti che la controversia poteva essere definita con sentenza in forma semplificata.

DIRITTO

1. Gli appelli devono essere riuniti ai sensi dell'art. 96 cod. proc. amm., perché rivolti nei confronti della medesima sentenza, e devono essere accolti perché fondati nel merito, potendo quindi prescindere dalle eccezioni pregiudiziali in essi prospettate.

Nessuno dei passaggi motivazionali adottati dal TAR a sostegno dell'accoglimento del ricorso, sopra elencati, risulta infatti condivisibile.

2. In primo luogo, contrariamente a quanto rilevato dal TAR, il combinato disposto degli artt. 86-comma 3-bis, d.lgs. n. 163/2006 e 26, comma 6, d.lgs. n. 81/2008 non impone alle imprese partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici di lavori l'obbligo, a pena di esclusione dalla gara, di indicare gli oneri per la sicurezza aziendale.

L'assunto si fonda su una non condivisibile esegesi della disposizione del codice dei contratti pubblici sopra citata, la quale recita testualmente: *“Nella predisposizione delle gare di appalto e*

nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture."

Come correttamente evidenziato dal difensore della originaria controinteressata, ed a confutazione dei contrari rilievi della Mag Costruzioni, la norma si rivolge quindi, in primo luogo, agli enti aggiudicatori, imponendo loro, *"nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte"*, di effettuare uno specifico apprezzamento della congruità dei costi del lavoro e della sicurezza indicati dalle concorrenti nelle loro offerte.

Ciò del resto si evince dalla rubrica della disposizione: *"criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse"*.

E' del pari incontestabile che la medesima norma prevede che il costo in questione *"deve essere specificamente indicato"*, ma va precisato che tale indicazione è funzionale alla predetta verifica di congruità e dunque all'attuazione del precetto cui soggiacciono le stazioni appaltanti.

L'art. 86 va poi coordinato con il successivo art. 87 (*"criteri di verifica delle offerte anormalmente basse"*), il quale prevede, al comma 4, 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."* Il medesimo comma 4 dispone inoltre che *"Non sono ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza in conformità all'articolo 131, nonché al piano di sicurezza e coordinamento di cui all'articolo 12, decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e alla relativa stima dei costi conforme all'articolo 7, d.P.R. 3 luglio 2003, n. 222"*.

Quindi, dal complesso delle disposizioni in esame si ricava che le stazioni appaltanti sono tenute a verificare gli oneri per la sicurezza ai fini del giudizio di anomalia dell'offerta e, in stretta conseguenza di ciò, che le imprese sono tenute ad indicare nella loro offerta detta voce di costo.

3. Del pari, come già affermato da questa Sezione (sentenza n. 4964 del 9 ottobre 2013), le medesime norme operano una distinzione tra appalti di lavori da una parte e appalti di servizi e forniture dall'altra.

Infatti, il ridetto art. 87, comma 4, specifica il più generale ed onnicomprensivo comma 3-bis dell'art. 86, imponendo alle imprese - partecipanti a procedure di affidamento della seconda tipologia di contratti - di indicare nell'offerta *"i costi relativi alla sicurezza"*.

Per la prima tipologia di giustificazioni, per contro, il precetto è significativamente diverso, giacché esso vieta giustificazioni (e dunque ribassi) rispetto agli *"oneri relativi alla sicurezza"* già stimati dalla stazione appaltante nel piano di sicurezza e coordinamento dalla stessa predisposto ai sensi del richiamato art. 131.

Per contro, in nessuna parte di queste tali disposizioni è previsto che per gli appalti di lavori pubblici si debbano indicare nell'offerta i costi per la sicurezza aziendale.

E soprattutto, in nessuna parte è prevista la comminatoria di esclusione per l'omessa indicazione degli stessi: certamente non per gli appalti di lavori, per i quali vi è una rigorosa analisi dei costi in questione da parte della stazione appaltante nella fase della progettazione, in virtù di puntuali

disposizioni del regolamento di attuazione di cui al d.p.r. n. 207/2010, come sottolinea l'appellante a pag. 9 dell'atto d'appello (e non rileva in questa sede verificare quale sia la soluzione nel caso di appalto di servizi e forniture).

All'interpretazione letterale finora svolta se ne salda una di carattere teleologico, la quale muove dalla circostanza che, come ampiamente visto finora, le disposizioni in esame regolano la verifica dell'anomalia dell'offerta.

Ne consegue che è in questa sede che l'obbligo di indicare (e giustificare) i costi per la sicurezza viene in rilievo, mentre risulta eccedente, rispetto al fine di consentire nella stessa sede tale verifica, pretendere che l'impresa provveda ad indicare i costi in questione già nella propria offerta.

3.1 Una diversa conclusione rispetto a quanto finora esposto non può essere ricavata nemmeno dall'art. 26, comma 6, d.lgs. n. 81/2008.

Quest'ultima disposizione è così formulata: *“Nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture”*.

Vi è certamente un'unificazione di disciplina per tutti gli appalti pubblici, ma il precetto in esso contenuto è rivolto ancora una volta agli *“enti aggiudicatori”*, ed è del pari indubbio che questa norma vada coordinata con gli artt. 86 e 87, le quali contengono disposizioni di maggiore dettaglio. Peraltro, ed a conferma di quanto ora detto, anche la norma in esame fa riferimento alla verifica dell'anomalia.

4. Non è condivisibile nemmeno il secondo passaggio argomentativo della sentenza di primo grado.

E' certamente indiscutibile che tutte le norme di legge finora analizzate perseguono l'obiettivo di assicurare la tutela dei lavoratori e che tale fine trascende i contrapposti interessi delle stazioni appaltanti e delle imprese partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici, rispettivamente di aggiudicare questi ultimi alle migliori condizioni consentite dal mercato, da un lato, e di massimizzare l'utile ritraibile dal contratto dall'altro.

Ma questo fine si può ampiamente realizzare attraverso l'obbligo per le stazioni appaltanti di effettuare una specifica valutazione della congruità del costo per la sicurezza, nella appropriata sede della verifica dell'anomalia dell'offerta.

4.1 Per contro, si rileva ingiustificatamente penalizzante per le imprese, e dunque per le esigenze della concorrenza che pure la legislazione sui contratti pubblici persegue, quello di sanzionare con l'esclusione dalla gara la mancata indicazione dei costi per la sicurezza aziendale.

E' infatti palese la sproporzione tra obiettivi perseguiti e risultati realizzati, giacché - al fine di tutelare la sicurezza ed i connessi diritti dei lavoratori - si preclude all'impresa di concorrere per l'affidamento di contratti pubblici per il solo fatto di non avere esposto nell'offerta i relativi costi per la sicurezza aziendale, quand'anche gli stessi risultassero congrui nell'unica sede deputata a tale verifica.

5. Ne consegue che perde rilievo la ipotizzata valenza eterointegratrice delle ridette disposizioni di legge nei confronti della normativa di gara, laddove cioè la prima sia interpretata nel senso finora esposto.

Peraltro, del potere di eterointegrazione deve essere fatto un uso accorto.

Come infatti di recente sottolineato dalla III Sezione di questo Consiglio di Stato, l'inserzione automatica di clausole prevista dall'art. 1339 cod. civ., in cui si sostanzia il meccanismo in questione, in tanto si giustifica in quanto occorra conformare il contenuto delle obbligazioni e di diritti nascenti da contratti già conclusi con esigenze di ordine imperativo non disponibili dai contraenti (sentenza, 2 settembre 2013, n. 4364).

Alla luce di questa considerazione, rispondente ad incontestati principi di teoria generale di diritto, è assai dubbia la operatività del meccanismo in questione nei confronti di aspetti che concernono lo svolgimento della procedura selettiva ed in particolare le modalità con cui le imprese formulano la loro offerta.

In un'altra recente decisione, la III Sezione ha anche affermato che l'eterointegrazione del bando di gara è configurabile in presenza di norme imperative recanti una rigida predeterminazione dell'elemento destinato a sostituirsi alla clausola difforme, ma non già nei casi in cui alle parti siano affidati la determinazione del corrispettivo e dei suoi elementi (sentenza 18 ottobre 2013, n. 5069). In questa pronuncia la III Sezione è quindi giunta alla conclusione, opposta a quella cui è pervenuto il TAR nella sentenza qui appellata, secondo cui è legittima la clausola del bando di gara che semplifichi le modalità di manifestazione dell'offerta economica relativamente agli oneri di sicurezza, in difformità agli artt. 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, d.lgs. n. 163/2006.

6. Che del potere di eterointegrazione debba essere fatto un uso accorto si trae conferma anche dal consolidato indirizzo della giurisprudenza amministrativa secondo cui la legge di gara deve essere interpretata secondo le regole dettate dagli artt. 1362 e ss. cod. civ., alla stregua dei quali si deve comunque attribuire valore preminente all'interpretazione letterale, in coerenza con i principi di chiarezza e trasparenza ex art. 1 l. n. 241/1990, mentre devono essere escluse interpretazioni integrative contrarie al canone della buona fede interpretativa di cui all'art. 1366 cod. civ. (C.d.S., Sez. III, 2 settembre 4364; Sez. V, 21 dicembre 2012, n. 6615, 5 settembre 2011, n. 4980).

In particolare non sono consentite interpretazioni volte ad enucleare significati impliciti nella normativa di gara, potenzialmente in grado quindi di ledere l'affidamento dei terzi e la massima partecipazione alla gara (C.d.S., Sez. V, 13 gennaio 2014, n. 72, 16 gennaio 2013, n. 238, 7 gennaio 2013, n. 7, 31 ottobre 2012, n. 5570).

In questa linea si colloca quindi la regola secondo cui la buona fede e l'affidamento - che le imprese partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici circa la necessità di rispettare le clausole della normativa di gara - non devono risolversi in loro danno, attraverso l'esclusione dalla gara (Sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5155).

6.1 Tale indirizzo è pertinente al caso di specie, in cui la stazione appaltante non aveva preteso la specificazione dei costi per la sicurezza aziendale in sede di offerta, ed è confermato dal fatto che, tranne la ricorrente di primo grado, tutte le imprese concorrenti alla procedura in contestazione non hanno indicato nella propria offerta i costi aziendali per la sicurezza.

7. Alla luce di quanto finora osservato, perde di rilievo l'ultimo argomento addotto dal TAR a sostegno della propria decisione, e cioè che il piano di sicurezza e coordinamento predisposto dalla

stazione appaltante ex art. 131 d.lgs. n. 163/2006 concerne i soli oneri da interferenza e non già i costi aziendali.

Questa corretta asserzione non è infatti idonea a superare i rilievi sopra svolti. Giova infatti ribadire che è nella pertinente sede del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta che la seconda tipologia di oneri possono essere apprezzati dalla stazione appaltante, senza tuttavia che questo doveroso accertamento debba necessariamente presupporre l'indicazione di tale voce di costo già nell'offerta.

7.1 L'assunto, peraltro, non trova rispondenza nel dato normativo, come ben evidenziato dal difensore della Atheste Costruzioni nella discussione.

A differenza dei servizi e delle forniture, gli appalti di lavori importano la necessità di istituire *"cantieri temporanei o mobili"* ai sensi del titolo IV del testo unico di cui al d.lgs. n. 81/2008 (in precedenza d.lgs. n. 494/1996), concetto sulla cui base la disciplina giuslavoristica concernente la sicurezza sul lavoro si è sviluppata, attraverso numerosi istituti, tra cui il piano di sicurezza e coordinamento previsto dagli artt. 100 del citato testo unico sulla sicurezza sul lavoro e 131 cod. contratti pubblici.

E' dunque in conseguenza dei rischi per la sicurezza derivanti dalla installazione e gestione del cantiere nel quale i lavori sono destinati ad essere svolti che sorge la necessità, in primo luogo, che la stazione appaltante provveda alla stima dei costi delle misure necessarie alla loro prevenzione di tali rischi, e, in seconda battuta, che l'impresa esecutrice dei lavori impieghi all'uopo i mezzi e le risorse previste a questo scopo.

A comprova di ciò va rilevato che l'art. 39 d.p.r. n. 207/2010 demanda al piano di sicurezza e coordinamento (con i documenti ad esso allegati), come integrato dalle indicazioni dell'aggiudicataria ex art. 131, comma 4, cod. contratti pubblici, l'intera problematica degli oneri per la sicurezza.

La citata disposizione prevede infatti che il piano in questione *"deve prevedere l'individuazione, l'analisi e la valutazione dei rischi in riferimento all'area e all'organizzazione dello specifico cantiere, alle lavorazioni interferenti ed ai rischi aggiuntivi rispetto a quelli specifici propri dell'attività delle singole imprese esecutrici o dei lavoratori autonomi"* (comma 2).

Questa disposizione, oltre a spiegare la diversa disciplina contenuta nel sopra esaminato art. 87, comma 4, d.lgs. n. 163/2006, rende evidente che per i lavori pubblici ogni questione inerente la congruità degli oneri per la sicurezza non costituisce requisito di validità delle offerte la cui mancanza ne determina l'esclusione.

8. In conclusione, in riforma della sentenza appellata deve essere respinto il ricorso di primo grado della Mag Costruzioni.

Le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate tra tutte le parti in causa, in ragione dell'esistenza di contrasti giurisprudenziali sulla questione controversa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, previa loro riunione, li accoglie entrambi e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado n. 157 del 2014.

Compensa tra tutte le parti 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 29 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/06/2014

IL SEGRETARIO

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