

MASSIMA – Deve (..) rimettersi all'Adunanza Plenaria la soluzione della questione preliminare relativa all'estensione dell'articolo 87, comma 4, del codice dei contratti pubblici anche ai contratti relativi a lavori pubblici.

Si chiede all'Adunanza Plenaria di verificare se, in ogni caso, la sanzione dell'esclusione debba essere comminata anche laddove l'obbligo di specificazione degli oneri non sia stato prescritto dalla normativa di gara; e se, ai fini della soluzione, possa avere rilievo la peculiarità della fattispecie, data dalla circostanza che viene in rilievo un appalto integrato, caratterizzato dall'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori sulla scorta di un progetto definitivo predisposto dalla stazione appaltante.

Ordinanza Consiglio di Stato n. 88 del 16/01/2015

N. 00088/2015 REG.PROV.COLL.

N. 04784/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA DI RIMESMISSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

sul ricorso numero di registro generale 4784 del 2014, proposto da:

Cogienne Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giancarlo Violante e Ruggi D'Aragone, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis in Roma, alla via Portuense, n. 104;

contro

Comune di Caserta, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Ceceri, con domicilio eletto presso lo studio legale Bdl in Roma, alla via Bocca di Leone, n. 78;

nei confronti di

Coedi Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Maria D'Angiolella, con domicilio eletto presso Luigi Maria D'Angiolella in Roma, via Terenzio, n. 7;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 02010/2014, resa tra le parti, concernente esclusione della ricorrente dalla gara avente ad oggetto progettazione ed esecuzione dei lavori di infrastruttura viaria Casola-Valle di Maddaloni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Caserta e di Coedi Srl;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Uuditi per le parti gli avvocati Giancarlo Violante Ruggi D'Aragone, Emilio Toma, su delega dell'avv. Giuseppe Ceceri, e Andrea Abbamonte, su delega dell'avv. Luigi Maria D'Angiolella;

1. Con la sentenza appellata il Primo Giudice ha respinto il ricorso, integrato da successivi motivi aggiunti, proposto dalla società Cogienne s.r.l., all'esito della procedura di gara avente ad oggetto la progettazione e l'esecuzione dei lavori relativi all' infrastruttura viaria Casola-Valle di Maddaloni, al fine di ottenere l'annullamento della aggiudicazione disposta a favore della Coedi s.r.l.

Tra gli atti impugnati è compresa l'esclusione della società appellante in ragione della mancata indicazione, nella propria offerta economica, degli oneri della sicurezza interni o aziendali.

2. Il Primo Giudice ha ritenuto che:

a) il bando, nel prevedere un livello di progettazione definitiva rimesso alla stazione appaltante, non impediva ai concorrenti una specificazione degli oneri relativi alla sicurezza; infatti, con riguardo ai costi interni o aziendali, solo le imprese partecipanti alla gara sono in possesso di tutti gli elementi utili per valutarne l'incidenza in rapporto all'entità e alla qualità dell' offerta economica;

b) l'obbligo di indicare gli oneri relativi alla sicurezza è desumibile dal disposto dell'art. 87, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, senza che sia all'uopo necessaria una specifica sanzione in seno alla *lex specialis*;

c) la violazione di tale prescrizione legislativa giustifica l'irrogazione della doverosa sanzione espulsiva.

Il Tar, inoltre, ha dichiarato inammissibili, per carenza di interesse, i primi e i secondi motivi aggiunti con cui la Cogienne s.r.l. aveva impugnato l'aggiudicazione definitiva disposta a favore della contro interessata Coedi s.r.l.

3. La società Cogienne a r.l., con l'appello principale in epigrafe specificato, contesta gli argomenti posti a fondamento del *decisum* di prime cure.

Si sono costituiti in giudizio, per resistere all'appello, il Comune di Caserta e l'aggiudicataria Coedi a r.l..

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 21 ottobre 2014 la causa è stata trattenuta per la decisione.

4 Ritiene la Sezione che il presente giudizio imponga l'esame di questioni di diritto che meritano, ai sensi dell'art. 99 del codice del processo amministrativo, di essere deferite all'esame dell'Adunanza Plenaria in ragione dei contrasti interpretativi emersi e dell'importanza dei principi di diritto in rilievo.

4.1. La fondamentale vexata quaestio attiene alla corretta interpretazione del disposto dell'art. 87, comma 4, del codice dei contratti pubblici, che il Primo Giudice individua come norma da cui discende l'obbligo, per le imprese partecipanti, di indicare, a pena di esclusione, gli oneri relativi alla sicurezza in maniera analitica sin dal momento della presentazione delle offerte.

4.2. E' in via preliminare necessario specificare che esistono due tipologie di costi relativi alla sicurezza, vale a dire quelli da interferenze e quelli interni o aziendali. La precisazione è fondamentale nella presente fattispecie, dato che l'estromissione dalla gara dell'appellante Cogienne è stata disposta proprio per la mancata indicazione dei costi della seconda categoria.

Volendo tracciare le caratteristiche fondamentali di ciascuna specie di costi, si osserva quanto ai primi, contemplati dagli artt. 26, commi 3-3ter-5, del D.Lgs. n. 81/2008, 86, comma 3 ter, 87, commi 4 e 131 del Codice dei Contratti, che essi:

- servono a eliminare i rischi da interferenza, intesa come contatto rischioso tra il personale del committente e quello dell'appaltatore, oppure tra il personale di imprese diverse che operano nella stessa sede aziendale con contratti differenti;
- sono quantificati a monte dalla stazione appaltante, nel D.U.V.R.I (documento unico per la valutazione dei rischi da interferenze, art. 26 D. Lgs. n. 81/2008); per gli appalti di lavori nel PSC (piano di sicurezza e coordinamento, art. 100 D. Lgs. n. 81/2008);
- non sono soggetti a ribasso, perché ontologicamente diversi dalle prestazioni stricto sensu oggetto di affidamento

In relazione agli oneri di sicurezza interni o aziendali, invece, si precisa che essi sono quelli propri di ciascuna impresa connessi alla realizzazione dello specifico appalto, sostanzialmente contemplati dal DVR, documento di valutazione dei rischi. Ad essi fanno riferimento l'art. 26, comma 3, quinto periodo, del D. Lgs. n. 81/2008 e gli artt. 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, secondo periodo, del Codice dei Contratti Pubblici.

Questi ultimi oneri sono soggetti a un duplice obbligo in capo all'amministrazione e all'impresa concorrente.

Per ciò che concerne la stazione appaltante, gli artt. 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, del codice dei contratti pubblici si riferiscono necessariamente agli oneri di sicurezza aziendali, visto che prendono in considerazione eventuali anomalie delle offerte e giudizi di congruità incompatibili con i costi di sicurezza da interferenze, fissi e non soggetti a ribasso. Ne deriva che per tali oneri la valutazione che si impone all'amministrazione non è la relativa predeterminazione rigida ma il dovere di stimarne l'incidenza, secondo criteri di ragionevolezza e di attendibilità generale, nella determinazione di quantità e valori su cui calcolare l'importo complessivo dell'appalto.

Quanto alle imprese che partecipano alle gare, invece, esse devono specificamente indicare gli oneri di sicurezza aziendali, dato che trattasi di valutazioni soggettive rimesse alla loro esclusiva sfera valutativa. Tale tipologia di oneri, infatti, varia da un'impresa all'altra ed è influenzata dalla singola organizzazione produttiva e dal tipo di offerta formulata da ciascuna impresa.

4.3. Tanto premesso, occorre verificare se l'articolo 87, comma 4, riferito agli oneri di sicurezza aziendali, sia prescrizione di respiro universale ovvero norma relativa ai soli appalti di servizi e di forniture, cui si riferisce espressamente l'inciso finale con il rinvio "all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture." Le criticità che hanno caratterizzato il percorso giurisprudenziale si annidano nella contraddittorietà che, in apparenza, connota la terminologia utilizzata dal Legislatore nel quarto comma dell'art. 87 del Codice degli Appalti. La norma, infatti, recita: "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, decreto del Presidente della Repubblica 3 luglio 2003, n. 222. 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".

Orbene, dalla lettura della disposizione si ricava che mentre il primo periodo ribadisce per tutti gli appalti che gli oneri della sicurezza non sono soggetti a ribasso d'asta e devono essere conformi al piano di sicurezza e coordinamento, il secondo periodo precisa, facendo riferimento esplicito questa volta solo ai settori dei servizi e delle forniture, che l'indicazione relativa ai costi della sicurezza deve essere sorretta da caratteri di specificità e di congruità ai fini della valutazione dell'anomalia dell'offerta.

4.4. A fronte dell'ambiguità della sopra riportata disposizione sono maturate due differenti opzioni interpretative.

4.4.1. Secondo una prima lettura, di matrice estensiva, la ratio della norma, che impone ai concorrenti di indicare già nell'offerta l'incidenza degli oneri di sicurezza aziendali, risponde a finalità di tutela della sicurezza dei lavoratori e, quindi, a valori sociali e di rilievo costituzionale che assumono rilievo anche nel settore dei lavori pubblici. Anzi, proprio in quest'ultimo settore il ripetersi di infortuni gravi, dovuto all'utilizzo di personale non sempre qualificato, porta a ritenere che l'obbligo di indicare sin dall'offerta detti oneri debba valere ed essere apprezzato con particolare rigore. Inoltre, depone in tal senso anche la collocazione sistematica della norma citata, che è appunto inserita nella parte del Codice dedicata ai "Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture" (Cons Stato, sez. III, 5 ottobre 2011, n. 5421; sez. V, 19 luglio 2013, n. 3929). Si è poi osservato (Cpns. Stato, sez. III, 3 luglio 2013, n. 3565) che "tale indicazione costituisce sia nel comparto dei lavori che in quelli dei servizi e delle forniture un adempimento imposto dagli artt. 86 comma 3 bis e 87 comma 4, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 all'evidente scopo di consentire alla stazione appaltante di adempiere al suo onere di verificare il rispetto di norme inderogabili a tutela dei fondamentali interessi dei lavoratori in relazione all'entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura da affidare; stante la natura di obbligo legale rivestita dall'indicazione, è irrilevante la circostanza che la lex specialis di gara non abbia richiesto la medesima indicazione, rendendosi altrimenti scusabile una ignorantia legis; poiché la medesima indicazione riguarda l'offerta, non può ritenersene consentita l'integrazione mediante esercizio del potere/dovere di soccorso da parte della stazione appaltante, ex art. 46 comma 1 bis, cit. d.lg. n. 163 del 2006, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti".

4.4.2. Tuttavia, recentemente, la giurisprudenza amministrativa (in particolare Cons. Stato, sez. V, 7 maggio 2014, n. 2343; 9 ottobre 2013, n. 4964) ha fornito una lettura diversa della norma, ritenendo che l'obbligo di indicare nell'offerta gli oneri di sicurezza aziendali riguardi solo gli appalti di servizi o di forniture in ragione della "speciale disciplina normativa riservata agli appalti di lavori, che appunto si connota per l'analisi preventiva dei costi della sicurezza aziendale, che sua vota si spiega alla luce della maggiore rischiosità insita nella predisposizione di cantieri". Seguendo questa linea interpretativa, si giunge ad affermare che "l'obbligo di dichiarare, a pena di esclusione, i costi per la sicurezza interna previsto dall'art. 87, comma 4, d.lgs. n. 163/2006 si applica alle sole

procedure di affidamento di forniture e di servizi. 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”.

Secondo questo approccio ermeneutico non può trascurarsi che è comunque obbligatoria la valutazione, ai fini della congruità dell'offerta, del costo del lavoro e della sicurezza in forza del comma 3 bis dell'art. 86 del Codice secondo cui: “...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”. In questa disposizione il Legislatore ha espressamente indicato tutte le possibili tipologie di appalti pubblici, compresi i lavori, per cui si deve opinare, a contrario, che, non avendo utilizzato la medesima locuzione estensiva nel comma 4 dell'art. 87, tale ultima norma va riferita ai soli contratti pubblici presi espressamente in considerazione, ossia quelli aventi ad oggetto servizi e forniture.

4.5. Alla luce di tali contrasti deve quindi rimettersi all'Adunanza Plenaria la soluzione della questione preliminare relativa all'estensione dell'articolo 87, comma 4, del codice dei contratti pubblici anche ai contratti relativi a lavori pubblici.

Si chiede all'Adunanza Plenaria di verificare se, in ogni caso, la sanzione dell'esclusione debba essere comminata anche laddove l'obbligo di specificazione degli oneri non sia stato prescritto dalla normativa di gara; e se, ai fini della soluzione, possa avere rilievo la peculiarità della fattispecie, data dalla circostanza che viene in rilievo un appalto integrato, caratterizzato dall'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori sulla scorta di un progetto definitivo predisposto dalla stazione appaltante.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, ne dispone il deferimento all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Spese al definitivo.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Manda alla segreteria della sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al segretario incaricato di assistere all'adunanza plenaria.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Carlo Saltelli, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 16/01/2015

IL SEGRETARIO

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