

Bando di gara

# Appalto di servizi: il bando è illegittimo senza oneri per la sicurezza<sup>1</sup>

CONSIGLIO DI STATO, sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421 - Pres. Lignani - Est. Cacace - La Pulitutto & La Cefil 2 s.r.l. c. ASL n. 6 di Sanluri

Ai sensi dell'art. 86, comma 3-*bis*, del D.Lgs. n. 163/2006, le amministrazioni aggiudicatrici, in sede di predisposizione dei bandi di gara, sono tenute ad indicare i costi relativi alla sicurezza derivanti dalla valutazione delle interferenze i quali, a pena d'illegittimità, vanno specificamente separati dall'importo dell'appalto posto a base d'asta, con preclusione di qualsivoglia facoltà di ribasso da parte dei concorrenti. Trattasi infatti di costi necessari, finalizzati con tutta evidenza alla massima tutela del bene costituzionalmente rilevante dell'integrità dei lavoratori. Tale principio si applica non solo agli appalti di lavori pubblici, ma anche a quelli di servizi e di forniture.

## IL COMMENTO *di Massimo Gentile*

---

Non sembrano esserci più dubbi. Il Consiglio di Stato pone fine alla questione interpretativa correlata alle modalità di indicazione degli oneri per la sicurezza negli appalti di servizi, ritenendo che anche per questi ultimi, al pari degli appalti di lavori, gli oneri vanno specificati in sede di bando e, in caso contrario, il bando diviene illegittimo. Nella pronuncia è altresì precisato che gli oneri della sicurezza vanno distinti tra oneri non soggetti a ribasso, finalizzati all'eliminazione dei rischi da interferenze (adeguatamente quantificati dalla stazione appaltante nel DUVRI e riportati per l'appunto in bando) ed oneri inclusi nell'offerta, ed aperti quindi al confronto concorrenziale. Tale ultima tipologia di oneri concernono i costi specifici connessi con l'attività delle imprese, da indicarsi a cura delle stesse nelle offerte, con conseguente compito per la stazione appaltante di valutarne la congruità (anche al di fuori del procedimento di verifica delle offerte anomale) rispetto all'entità ed alle caratteristiche delle prestazioni oggetto di affidamento.

---

### I termini del problema

Negli ultimi anni il legislatore è più volte intervenuto in materia di sicurezza sul lavoro (da ultimo con la L. n. 123/2007 e il D.Lgs. n. 6/2007), restringendo progressivamente i margini di discrezionalità e di autonomia delle stazioni appaltanti e de-

gli appaltatori, onde creare una disciplina finalizzata a tutelare il più possibile l'incolumità dei lavoratori.

---

<sup>1</sup> In coso di pubblicazione su Urbanistica e Appalti.

Il principale riferimento normativo è attualmente rinvenibile nell'art. 86 comma 3-*bis*<sup>2</sup> del D.Lgs. n. 163/2006, il quale dispone che nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture gli enti aggiudicatori, sia in sede di predisposizione delle gare di appalto, sia nell'ambito della valutazione dell'anomalia delle offerte, 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».

Il successivo comma 3-*ter* precisa in modo inequivocabile che il costo relativo alla sicurezza non può essere comunque soggetto a ribasso d'asta.

Le menzionate disposizioni vanno lette in coordinato disposto con l'art. 87 comma 4<sup>3</sup> del medesimo D.Lgs. n. 163/2006, in base al quale «Non sono ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza in conformità all'art. 131, nonché al piano di sicurezza e coordinamento di cui all'art. 12, D.Lgs. 14 agosto 1996, n. 494<sup>4</sup> e alla relativa stima dei costi conforme all'art. 7, D.P.R. 3 luglio 2003, n. 222<sup>5</sup>. 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».

In relazione alle richiamate disposizioni normative è stata più volte portata all'attenzione della giustizia amministrativa la questione interpretativa concernente l'individuazione delle modalità e dei termini attraverso i quali stazione appaltante e imprese concorrenti, in relazione ad appalti di servizi e forniture, sono tenute ad esplicitare l'ammontare economico degli oneri di sicurezza sottratti al confronto concorrenziale.

Ciò in quanto, contrariamente agli appalti di servizi e forniture, in riferimento al comparto dei lavori sussiste una disposizione – quella dettata dall'art. 131 del D.Lgs. n. 163/2006 – che specifica che gli oneri derivanti dall'attuazione del piano di sicurezza e coordinamento vanno evidenziati nei bandi di

gara e non sono soggetti a ribasso. Dunque per gli appalti di lavori alcun dubbio si pone in ordine alla necessità che la stazione appaltante individui in sede di gara l'ammontare di detti oneri e che le imprese partecipanti alla gara stessa tengano conto nelle proprie offerte degli stessi, non considerandoli ai fini del ribasso da offrire.

L'assenza di un'analogia disposizione nel settore delle forniture e dei servizi – accompagnata dalla presenza della richiamata disposizione di cui all'art. 87 comma 4 ultima parte del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i. – sembrerebbe costituire un elemento atto a favorire un'opzione ermeneutica del dato di legge secondo la quale, per detti appalti, la stazione appaltante ha facoltà di non indicare espressamente l'ammontare degli oneri della sicurezza correlati alle prestazioni oggetto di affidamento in sede di bando di gara, fermo restando l'obbligo di appurare, in sede di valutazione dell'anomalia delle offerte, che gli oneri della sicurezza indicati dai singoli concorrenti siano congrui con le prestazioni da eseguirsi.

## La posizione della giurisprudenza

La giurisprudenza di merito intervenuta sul tema ha ritenuto indispensabile che i concorrenti provvedano ad indicare, nell'ambito dell'offerta economica, gli oneri che gli stessi intendono sopportare relativamente alla sicurezza sul lavoro, «onde rendere consapevole l'offerta con riguardo agli aspetti della sicurezza dei lavoratori, in diretta applicazione del combinato disposto di cui agli artt. 87, comma 4 ed 86, comma 3-*bis* del D.Lgs. n. 163/06»<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Comma introdotto dall'art. 1, comma 909, lett. a), L. n. 296 del 2006 e successivamente sostituito dall'art. 8, comma 1, L. n. 123 del 2007.

<sup>3</sup> Comma dapprima modificato dall'art. 1, comma 909, lett. c), L. n. 296 del 2006 e successivamente dall'art. 3 del D.Lgs. n. 6 del 2007.

<sup>4</sup> Ora articolo 100 del D.Lgs. n. 81 del 2008.

<sup>5</sup> Ora punto 4 dell'allegato XV al D.Lgs. n. 81 del 2008.

<sup>6</sup> Da ultimo cfr. T.A.R. Veneto sez. I 22 novembre 2011, n. 1720. Sempre in giurisprudenza è stato affermato che «<sebbene si possa dubitare dell'automaticità dell'esclusione di offerte così formulate, in assenza di una espressa sanzione in tal senso nel bando di gara, tuttavia deve essere considerata la peculiare natura delle norme in materia di sicurezza del lavoro, finalizzate a garantire l'intangibilità dei diritti fondamentali della persona del lavoratore, quali quelli alla vita e alla salute, come emerge dall'ampia produzione legislativa degli ultimi anni. Il conseguimento di tali fini rappresenta, quindi, un obiettivo essenziale del sistema normativo in materia, che è altresì avvalorato da sicuri riferimenti costituzionali (artt. 2, 3, 32 e 38 della Costituzione). In particolare, la disciplina della previsione e della valutazione degli oneri di sicurezza nella fase di affidamento dei contratti pubblici esprime l'esigenza che il rispetto della normativa sulla sicurezza del lavoro sia assicurato anche quando la promozione di tale valore essenziale si ponga in contrasto con alcuni dei principi che governano il procedimento di affidamento dei contratti pubblici (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 9 maggio 2011, n. 1217)>>. Sotto questo profilo si giustifica, quindi, l'integrazione automatica delle norme del bando di gara (secondo il meccanismo previsto dagli artt. 1374 e 1339 c.c., come ha precisato, per altra ipotesi, Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2004, n. 7555), se queste non prevedano

L'esplicitazione, da parte del concorrente, degli oneri di sicurezza risponde infatti alla finalità di consentire alla stazione appaltante di verificarne la congruità e l'attendibilità, tenuto conto dell'interesse pubblico a garantire la sicurezza dell'esecuzione dell'appalto<sup>7</sup>.

Dalla disposizione contenuta nell'art. 87, comma 4, del codice dei contratti discendono quindi due corollari: il primo è che i concorrenti che intendano partecipare alle procedure di gara devono indicare espressamente, nell'offerta economica, quali siano gli oneri economici che ritengono di dover sopportare al fine di adempiere esattamente agli obblighi di sicurezza sul lavoro; il secondo è che l'amministrazione appaltante è tenuta a valutare la congruità dell'importo destinato ai costi per la sicurezza<sup>8</sup>, i quali non sono suscettibili di ribasso. Questa sembrerebbe essere la ragione per la quale il comma 4 dell'art. 87 del D.Lgs. n. 163 ha imposto ai concorrenti una specifica indicazione degli oneri in questione: la norma ha voluto chiaramente separare l'indicazione del corrispettivo per l'esecuzione della prestazione dai costi per garantirne la sicurezza.

Conseguentemente, la quantificazione degli oneri in questione deve essere chiara e non può essere né incerta né indeterminata, né può tradursi nell'inclusione dei relativi costi in una voce ampia e generica come quella delle spese generali, senza alcuna ulteriore specificazione. Diversamente, la *ratio legis* verrebbe vanificata atteso che, mancando l'indicazione dei costi, la stazione appaltante non avrebbe la possibilità di verificarne l'attendibilità e la serietà<sup>9</sup>.

A questo primario interesse pubblico vanno, invero, ricondotte le regole dettate dapprima dalla L. n. 327/2000 e poi dal codice dei contratti, che hanno sostanzialmente equiparato gli appalti di servizi e di forniture a quelli di lavori pubblici ai fini della tutela della sicurezza dei lavoratori<sup>10</sup>.

Tale ricostruzione ermeneutica è stata recentemente confermata dal Consiglio di Stato<sup>11</sup>, il quale ha affermato che 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

---

espressamente quanto obbligatoriamente disposto dalle norme dell'ordinamento.

<sup>7</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 24 novembre 2009, n. 5136.

<sup>8</sup> T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 26 giugno 2009, n. 1047.

<sup>9</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 9 maggio 2011, n. 1217.

<sup>10</sup> T.A.R. Liguria, sez. II, 13 novembre 2008, n. 1974.

<sup>11</sup> Sez. V, 23 luglio 2010, n. 4849.

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, sia necessario che il relativo importo venga scorporato dalle offerte dei singoli concorrenti e sottoposto a verifica, per valutare se risulti congruo rispetto alle esigenze di tutela dei lavoratori.

Secondo la richiamata decisione, anche in mancanza di una comminatoria espressa nella disciplina speciale di gara, l'inosservanza della prescrizione primaria che impone l'indicazione preventiva dei costi di sicurezza implica la sanzione dell'esclusione, in quanto rende l'offerta incompleta sotto un profilo particolarmente rilevante alla luce della natura costituzionalmente sensibile degli interessi protetti ed impedisce alla stazione appaltante un adeguato controllo sull'affidabilità dell'offerta stessa<sup>12</sup>.

Anche l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici<sup>13</sup> ha espresso il medesimo avviso, precisando che vi sono appalti di servizi in cui possono verificarsi rischi da "interferenze", per i quali è necessaria, da parte della stazione appaltante, la preventiva redazione del Documento Unico di Valutazione dei Rischi (DUVRI) e la conseguente indicazione, nel bando, degli oneri per la sicurezza non ribassabili e altri in cui non può essere postulato alcun onere in tal senso in capo alla stazione appaltante.

Ciò nonostante, secondo la stessa Autorità<sup>14</sup>, i concorrenti sono tenuti a indicare in ogni caso, nella propria offerta, i costi per la sicurezza dei quali deve essere dimostrata la congruità.

In buona sostanza, l'Autorità, ancorché confermi la necessità che i concorrenti provvedano ad indicare gli oneri per la sicurezza in sede di gara, ha rilevato

---

<sup>12</sup> Cfr. da ultimo: Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2011, n. 17; T.A.R. Umbria, sez. I, 20 gennaio 2011, n. 17; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 12 gennaio 2011, n. 26; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 18 marzo 2011, n. 1497. Sul punto si segnala anche una recente pronuncia di segno lievemente diverso (T.A.R. Veneto, sez. I, 22 novembre 2011, n. 172 cit.) secondo cui «nel caso in cui il bando ometta di specificare tale obbligo (il che non costituirebbe esimente, in virtù della valenza eterointegrativa delle disposizioni sopra richiamate), ma soprattutto il modello predisposto dall'amministrazione, che i concorrenti dovevano utilizzare per formulare l'offerta economica, non prevedeva alcuno spazio per l'inserimento dei dati relativi agli oneri di sicurezza» l'esclusione dalla gara del concorrente che abbia ommesso di indicare gli oneri della sicurezza in sede di offerta sarebbe da ritenere illegittima «in applicazione del principio generale del *favor participationis*».

<sup>13</sup> Determinazione n. 3 del 5 marzo 2008.

<sup>14</sup> Cfr. anche determinazione n. 10 del 25 febbraio 2010.

come occorra distinguere gli appalti di servizi che presentano rischi da “interferenze” da quelli in cui tale rischio è assente. Per questi ultimi la stazione appaltante non deve provvedere ad alcuna attività, considerata l'impossibilità da parte della stessa a individuare e quantificare economicamente gli oneri per la sicurezza correlati alla esecuzione delle prestazioni oggetto di affidamento.

L'impossibilità per la stazione appaltante di valutare i rischi dell'attività svolta da ciascuna impresa è conseguenza del fatto che detti rischi sono noti in maniera puntuale solo all'impresa medesima, risultando impossibile per la stazione appaltante conoscere le diverse realtà organizzative delle imprese che concorreranno per l'aggiudicazione del servizio, alle quali sono strettamente connessi i rischi delle relative attività.

Ciò si pone del resto in linea con le indicazioni contenute nella circolare interpretativa del Ministero del lavoro e della previdenza sociale n. 24 del 14 novembre 2007, la quale ha escluso dalla valutazione dei rischi da interferenza le attività che, pur essendo parte del ciclo produttivo aziendale, si svolgono in luoghi sottratti alla giuridica disponibilità del committente e, quindi, alla possibilità per la stazione appaltante di svolgere nei medesimi luoghi gli adempimenti di legge.

In relazione agli appalti ove sussistano rischi da interferenze è necessario invece che la stazione appaltante rediga il Documento Unico di Valutazione dei Rischi (DUVRI) dal quale ricavare l'indicazione degli oneri per la sicurezza non ribasabili da inserire nel bando di gara.

Sul contenuto del DUVRI si segnala una recentissima pronuncia della giurisprudenza di merito, la quale ha affermato che «dall'art. 3, comma 1, lett. a) della L. n. 123/2007, il quale modifica l'art. 7, comma 3, del D.Lgs. 16 settembre 1994 n. 626, discende che il DUVRI deve essere redatto solo nei casi in cui esistano "interferenze". In esso, dunque, non devono essere riportati i rischi propri dell'attività delle singole imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi, in quanto trattasi di rischi per i quali resta immutato l'obbligo dell'appaltatore di redigere un apposito documento di valutazione e di provvedere all'attuazione delle misure necessarie per ridurre o eliminare al minimo tali rischi».

Nella stessa sentenza è, altresì, confermato che «In assenza di interferenze non occorre redigere il DUVRI; in tal caso, tuttavia si ritiene opportuno che nella *lex specialis* di gara sia comunque indicato che l'importo degli oneri della sicurezza è pari a

zero»; in ogni caso, «La mancata specificazione della circostanza dell'assenza di interferenze da cui deriva la non doverosità della redazione del DUVRI, non travolge il procedimento di gara<sup>15</sup>.

### **La sentenza del Consiglio di Stato 3 ottobre 2011 n. 5421**

In tale contesto giurisprudenziale, si registra oggi l'interessante posizione assunta dalla terza Sezione del Consiglio di Stato con la sentenza in commento. La questione sottoposta ai giudici di Palazzo Spada prende le mosse dalla impugnativa dinanzi al TAR Sardegna di un bando di gara e degli atti connessi concernenti l'affidamento da parte di un ASL dei servizi di pulizia e sanificazione. La ricorrente lamentava, tra l'altro, la violazione dell'art. 86 comma 3-*bis* del codice dei contratti, attesa la mancata indicazione in sede di bando di gara dei costi per la sicurezza.

Secondo il Giudice di primo grado la prospettata violazione di legge non sussisteva atteso che:

- gli oneri per la sicurezza devono essere necessariamente indicati all'interno dei bandi di gara, con espressa esclusione dal ribasso d'asta, solo quando riguardano i piani di sicurezza (o documenti sostitutivi) collegati ad appalti di lavori pubblici;
- al di fuori di tale ipotesi, i costi per la sicurezza costituiscono una componente dell'offerta collegata alla più ampia voce del costo del lavoro;
- l'art. 86 comma 3-*bis*, laddove impone alle amministrazioni aggiudicatrici di fissare il valore economico dell'appalto posto a base di gara in modo che sia «adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza», non le vincola anche a indicare preventivamente, negli appalti di servizi, gli oneri per la sicurezza;
- al contrario – sempre secondo il TAR Sardegna – la norma va intesa nel senso che conferisce all'amministrazione la possibilità di stabilire, in tale ultima categoria di appalti, il costo per la sicurezza direttamente negli atti di gara;
- laddove invece il costo per la sicurezza non sia individuato dall'amministrazione aggiudicatrice, quale specifica componente del costo del lavoro (come avviene in particolare quando non sia possibile stabilire a priori un modello omogeneo di misure per la sicurezza), 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 lavoro».

<sup>15</sup> T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 9 novembre 2011, n. 388.

ratori.

Dunque, secondo il giudice di prime cure, non sussisterebbe uno specifico obbligo a carico della stazione appaltante di indicare il costo per la sicurezza in un bando di gara per l'affidamento di un appalto di servizi atteso che, in mancanza di tale indicazione, il relativo importo andrebbe "scorporato" dalle offerte dei concorrenti e sottoposto a verifica di congruità.

La sentenza veniva quindi appellata dall'originaria ricorrente ed il giudizio era deciso dalla sentenza del Consiglio di Stato di cui occupa.

Nella sentenza è, innanzitutto, precisato che gli oneri della sicurezza vanno distinti tra oneri non soggetti a ribasso finalizzati all'eliminazione dei rischi da interferenze (adeguatamente quantificati dalla stazione appaltante nel DUVRI) ed oneri inclusi nell'offerta ed aperti, quindi, al confronto concorrenziale.

Questi ultimi concernono i costi specifici connessi con l'attività delle imprese, da indicarsi a cura delle stesse nelle offerte rispettive, con conseguente onere per la stazione appaltante di valutarne la congruità (anche al di fuori del procedimento di verifica delle offerte anomale) rispetto all'entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura.

Osserva il Consiglio di Stato che «A tanto invero conduce l'inequivocabile tenore delle disposizioni dell'art. 86, comma 3-bis e dell'art. 87, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006, che impongono la specifica stima ed indicazione dei (e dunque di tutti i) costi relativi alla sicurezza, tanto nella fase della "predisposizione delle gare di appalto" (espressione che deve intendersi riferita alla "predisposizione" della documentazione di gara: bando, inviti e richieste di offerta), quanto nella fase della formulazione dell'offerta economica».

Ne consegue che, nella predisposizione della gara (e cioè dei bandi e della documentazione integrativa degli stessi), i costi relativi alla sicurezza derivanti dalla valutazione delle interferenze devono essere indicati separatamente dall'importo dell'appalto posto a base d'asta, con preclusione di qualsivoglia facoltà di ribasso dei costi stessi, in virtù della preclusione legale di indisponibilità di detti oneri da parte dei concorrenti, trattandosi di costi necessari, «finalizzati con tutta evidenza alla massima tutela del bene costituzionalmente rilevante dell'integrità dei lavoratori».

Secondo il Consiglio di Stato, quindi, la stazione appaltante in sede di predisposizione del bando di gara è tenuta ad individuare, sulla scorta delle risul-

tanze del DUVRI, l'ammontare degli oneri finalizzati all'eliminazione dei rischi da interferenze, il quale non forma oggetto del confronto concorrenziale.

Siffatta opzione interpretativa – osserva il Consesso – risulta del resto avvalorata dall'art. 26, comma 6, del D.Lgs. n. 281/2008, che, emanato in attuazione della delega prevista dall'art. 1, comma 1, della stessa L. n. 123/2007, stabilisce anch'esso che «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 ed al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato»; e che detto obbligo di indicazione si riferisca (anche) al bando si ricava agevolmente dal relativo criterio previsto dal punto 3) della lett. s) del comma 2 dell'art. 1 della citata legge delega, che prevede appunto la «revisione della normativa in materia di appalti prevedendo misure dirette a ... modificare la disciplina del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, prevedendo che i costi relativi alla sicurezza debbano essere specificamente indicati nei bandi di gara e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture oggetto di appalto».

Nella gara in questione nessuna voce era stata prevista per detti oneri, nonostante nel DUVRI facente parte degli atti di gara risultassero analiticamente esposte rilevanti "interferenze".

In tal senso, non può ritenersi idonea a superare la evidenziata posizione del Consiglio di Stato la considerazione del giudice di primo grado, secondo il quale – è utile ripetere – alla mancata individuazione dei costi per la sicurezza da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice, supplirebbe lo "scorporo" di detti costi dall'importo dalle singole offerte; ciò in quanto – come correttamente riportato nella pronuncia dei giudici di appello – i costi della sicurezza necessari per la eliminazione dei rischi da interferenze possono risultare solo dal DUVRI, che si configura quale adempimento derivante dagli obblighi, previsti oggi dall'art. 26, comma 3, del D.Lgs. n. 80/2008 e posti a carico del datore di lavoro committente, di promuovere la cooperazione ed il coordinamento tra lo stesso e le imprese appaltatrici, prevedendo i relativi costi, che non sono soggetti a ribasso (comma 5 dello stesso

art. 26).

La pronuncia del Consiglio di Stato conferma dunque, meglio circostanziandola, la posizione della giurisprudenza di merito intervenuta sul tema, assegnando alle amministrazioni aggiudicatrici il duplice e separato – anche sotto il profilo finalistico – compito previsto dalla legge:

- indicare in bando gli oneri per la sicurezza afferenti la prestazione da svolgersi presso le proprie strutture, ricavandolo dal DUVRI che la medesima è chiamata a predisporre;

- valutare le offerte presentate dai concorrenti al fine di accertare se l'indicazione dei restanti costi per la sicurezza – afferenti la parte di prestazione da eseguirsi presso i luoghi di lavoro della stessa impresa – siano congruenti.

Le conclusioni alle quali è pervenuto il Consiglio di Stato nella sentenza in esame, sono state anche più recentemente confermate da una pronuncia della medesima sezione<sup>16</sup> secondo cui negli atti di gara, devono essere specificamente indicati, separatamente dall'importo dell'appalto posto a base d'asta, i costi relativi alla sicurezza derivanti dalla valutazione delle interferenze, *“per i quali è precluso qualsiasi ribasso, trattandosi di costi ritenuti necessari per la tutela dei soggetti interessati”*. Gli atti di gara devono poi prevedere che, nell'offerta economica, siano indicati gli altri oneri per la sicurezza (da rischio specifico) che sono variabili perché legati all'offerta economica delle imprese partecipanti alla gara.

### **Partecipazione alla gara e legittimazione a ricorrere**

Nella medesima pronuncia 3 ottobre 2011, n. 5421 il Consiglio di Stato affronta anche il tema della legittimazione a ricorrere da parte dei concorrenti che non hanno presentato domanda di partecipazione alla gara e delle clausole della *lex specialis* di gara immediatamente lesive.

Come noto, l'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando di gara sussiste con riguardo a quelle sole disposizioni concernenti i requisiti soggettivi di partecipazione e a quelle che integrino un'immediata preclusione alla partecipazione alla gara. Siffatte clausole, infatti, sono considerate «immediatamente impugnabili allorché contengano

<sup>16</sup> Consiglio di Stato sez. III 19 gennaio 2012 n. 212.

impedimenti dell'ammissione dell'interessato alla selezione ... che risultino esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa, e non condizionate dal suo svolgimento e, perciò, in condizioni di ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara od alla procedura concorsuale»<sup>17</sup>.

Ogni diversa questione inerente all'applicazione del bando, del capitolato se del caso esistente, e di eventuali chiarimenti forniti può e deve essere dunque proposta unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, «dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento, e a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato»<sup>18</sup>, ovvero all'atto dell'impugnazione del provvedimento di esclusione o dell'aggiudicazione della commessa o di altro provvedimento che segni comunque, per l'interessato, un arresto procedimentale<sup>19</sup>.

Tuttavia, anche nei casi in cui è ammessa l'immediata ed autonoma impugnazione del bando di gara, il soggetto che aspira all'affidamento del relativo rapporto ha l'onere di manifestare tale interesse presentando la domanda di partecipazione alla procedura concorsuale<sup>20</sup>.

In difetto di tale iniziativa, la posizione del soggetto rimane indifferenziata rispetto a quella della generalità delle altre imprese presenti sul mercato e risulterebbe esclusa la possibilità di sottoporre alla necessaria verifica procedimentale l'effettiva sussistenza o meno di tutti i presupposti di qualificazione, compresi quelli non contestati.

Tale posizione è stata più volte confermata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo cui l'impugnazione immediata delle clausole del bando è ammissibile solo in presenza di due inderogabili condizioni concorrenti, ossia che l'impresa interessata abbia presentato una rituale domanda di partecipazione alla gara; che le clausole contestate definiscano, in modo puntuale, i requisiti soggettivi e/o oggettivi di partecipazione, impedendo, in modo

<sup>17</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 23 gennaio 2003, n. 1.

<sup>18</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., cit. Negli stessi termini si è espressa la giurisprudenza di primo grado, affermando che non è necessaria neppure «l'impugnazione immediata delle clausole dei bandi di gara che, pur dovendo considerarsi immediatamente lesive ... non risultano a tal fine univocamente chiare e vincolanti, sì da consentire interpretazioni diverse» (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 2 ottobre 2007, n. 9630).

<sup>19</sup> *Ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6408.

<sup>20</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., cit.

assoluto, la partecipazione a determinati soggetti<sup>21</sup>. Anche nell'ordinamento comunitario è stato riconosciuto che la partecipazione ad una procedura concorsuale può rappresentare, in linea di principio, una condizione da soddisfare per dimostrare l'interesse all'aggiudicazione dell'appalto, a meno che la mancata presentazione dell'offerta non sia causata dalla previsione, nel bando di gara o nel disciplinare, di "specifiche" discriminatorie di ostacolo all'essere in grado di fornire l'insieme delle prestazioni richieste<sup>22</sup>.

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia in commento, si pone sulla scia di un orientamento giurisprudenziale meno rigido<sup>23</sup>, affermando la sussistenza

---

<sup>21</sup> Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2010, n. 3017 e nello stesso senso Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2009, n. 102; Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2009, n. 594; Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2009, n. 6971. Sempre secondo il Consiglio di Stato «Il soggetto che non ha presentato domanda di partecipazione alla procedura di gara o di concorso non ha un interesse qualificato e differenziato ad impugnare gli atti della procedura, poiché l'interesse fatto valere dal ricorrente, in tale ipotesi, è esattamente quello di potere prendere parte alla procedura malgrado il bando non lo consenta ed allora, fermo l'onere di impugnare tempestivamente il bando nella parte lesiva, l'interesse così azionato dovrebbe essere comprovato dalla presentazione della domanda di partecipazione nel termine fissato dal bando» (Cons. Stato, sez. III, 29 marzo 2010, n. 1201). Anche secondo una recente giurisprudenza di merito l'onere di previa presentazione della domanda di partecipazione è da ritenere comunque sussistente, per la funzione "qualificante" che tale domanda svolge nei confronti della società interessata, facendole dismettere i panni del *quisque de populo* per acquisire quelli di soggetto concretamente inciso dalle prescrizioni del bando. Più nel dettaglio l'onere di presentazione della domanda «è determinato dall'esigenza che l'interesse del soggetto ricorrente risulti munito dei necessari requisiti di differenziazione, concretezza e personalità, mediante l'individuazione, nell'ambito indistinto dei soggetti potenzialmente interessati a concorrere all'aggiudicazione di un appalto pubblico (ambito astrattamente coincidente con tutte le imprese operanti nel settore cui quest'ultimo, in relazione al suo oggetto specifico, si riferisce), di quelle posizioni di interesse correlate alla procedura di aggiudicazione da un nesso tangibile e concreto, nesso che la presentazione dell'istanza di partecipazione è appunto destinata a fare emergere, mediante il conferimento in capo al soggetto offerente dello *status* di partecipante alla gara» (T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 13 ottobre 2011, n. 433).

<sup>22</sup> Corte Giust. CE, sez. VI, 12 febbraio 2004, causa C-230/02. Nello stesso senso cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2010, n. 5069 secondo la quale «qualora un'impresa non abbia potuto presentare domanda di partecipazione a una gara a causa della presenza di specifiche nel bando o nel disciplinare che ritiene discriminatorie, essa ha diritto a presentare ricorso avverso tali specifiche ancor prima che si concluda il procedimento di aggiudicazione».

<sup>23</sup> Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2009, n. 3446 e nello stesso senso anche Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3655 secondo cui «Quando il bando rechi una clausola direttamente inibitoria della partecipazione può essere impugnato a prescindere dalla presentazione della domanda di partecipazione e dall'impugnativa della successiva aggiudicazione; in questo caso il ricorrente, ai fini dell'ammissibilità del ricorso, deve - co-

dell'interesse a ricorrere a prescindere dalla mancata presentazione della domanda, posto che le denunciate illegittimità<sup>24</sup> incidono direttamente sulla formulazione dell'offerta, impedendone la corretta e consapevole elaborazione.

Ne consegue che, non solo la loro lesività può essere immediatamente contestata senza attendere l'esito della gara per rilevare il pregiudizio che da quelle previsioni è derivato, ma non può neppure porsi a carico di colui che intenda contestarle un onere di partecipazione alla procedura di gara, «dal momento che mette in discussione specifiche disposizioni della *lex specialis* di gara, ch'egli correttamente (se e nella misura in cui risultino effettivamente viziate) ritiene tali da impedirgli l'utile presentazione dell'offerta e dunque sostanzialmente impeditive della sua partecipazione alla gara».

A ben vedere, le clausole "escludenti", preclusive della partecipazione alla gara dei soggetti sforniti dei requisiti soggettivi richiesti, sembrerebbero da ritenere solo quelle che riguardano direttamente ed immediatamente gli aspiranti concorrenti - e non le loro offerte o le ulteriori attività connesse allo svolgimento della gara - ed identificano immediatamente i soggetti che, in quanto privi dei requisiti richiesti, sono concretamente incisi dalle stesse. Solo

---

munque - affermare di essere in possesso degli altri requisiti di partecipazione». Sempre secondo la giurisprudenza di legittimità cfr. inoltre Cons. Stato, sez. VI, 25 settembre 2007, n. 4927, nella quale è affermato che «L'impugnativa di un bando di gara e degli atti successivi è consentita solo al soggetto che abbia presentato la domanda di partecipazione alla procedura, salvo il caso in cui il bando contenga delle clausole che precludono del tutto la partecipazione alla gara». Nello stesso senso anche la giurisprudenza di merito (T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 4 settembre 2009, n. 1588) secondo la quale «Alla regola per cui per avere interesse all'impugnazione degli atti di una gara è necessario avervi presentato domanda di partecipazione si derogava nel solo caso in cui il bando sia formulato in maniera tale da precludere in radice la partecipazione della ricorrente, ragione per cui va dichiarato inammissibile, per difetto di interesse, un ricorso giurisdizionale, avverso clausole attributive dei punteggi, proposto da una ditta che non ha presentato domanda di partecipazione alla gara stessa». È stato altresì ulteriormente precisato che se è vero che in virtù di un principio generale il soggetto che non ha presentato domanda di partecipazione alla procedura per l'aggiudicazione di un appalto non ha interesse ad impugnare gli atti di gara, è altresì vero che l'interesse all'impugnativa va valutato in concreto; pertanto, qualora il ricorrente risulti leso in quanto la partecipazione alla procedura è preclusa dallo stesso bando, sussiste l'interesse a gravare la relativa determinazione - a prescindere dalla mancata presentazione della domanda - posto che l'impugnante ha proprio interesse ad impedire lo svolgimento della procedura selettiva (Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2003, n. 794 cit.; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 3 agosto 2005, n. 3943).

<sup>24</sup> La società ricorrente, oltre alla omessa indicazione nella disciplina di gara dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso, aveva anche contestato la indeterminatezza del complessivo valore contrattuale.

questi ultimi, infatti, attraverso un'autovalutazione relativa al possesso o meno dei requisiti, sono in grado di percepire autonomamente la valenza lesiva diretta ed attuale che la clausola possiede nei confronti del proprio interesse all'aggiudicazione, con possibilità di impugnazione del bando, nei termini di legge, senza necessità di presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

È fatto quindi riferimento ad una situazione preesistente al bando (relativa alla sfera giuridica personale dell'aspirante concorrente e del tutto indipendente dal successivo svolgimento della procedura), cui è ricollegato un effetto giuridico diretto, consistente nell'impossibilità di prender parte alla gara o alla procedura concorsuale, ovvero, nel caso in cui nonostante ciò la domanda di partecipazione venga presentata, nel vincolo imposto all'Amministrazione procedente di emanare nei confronti del soggetto privo dei requisiti un provvedimento di esclusione<sup>25</sup>.

Dette clausole debbono quindi essere tali da impedire assolutamente la partecipazione ovvero la formulazione di un'offerta da parte del concorrente.

Tuttavia, secondo un orientamento giurisprudenziale, l'immediata impugnazione delle clausole della *lex specialis* di gara, a prescindere dalla presentazione della domanda di partecipazione alla gara, deve ritenersi consentita anche nel caso in cui esse siano assolutamente irragionevoli, tali da non consentire una valida formulazione dell'offerta, per impossibilità ad effettuare quel calcolo di convenienza economica che ogni impresa deve essere in condizione di poter svolgere all'atto di valutare se partecipare o meno ad una gara pubblica<sup>26</sup>.

Lo stesso Consiglio di Stato ha precisato che «le clausole che incidono direttamente sulla formula-

zione dell'offerta, nel senso che impediscono ai partecipanti di formularla correttamente e compiutamente a motivo della omissione di taluni costi e della duplicazione di alcune voci di costo, devono essere immediatamente contestate a pena di irricevibilità, senza attendere l'esito della gara per rilevare il pregiudizio che da essa deriva, né è possibile sostenere che l'onere di immediata impugnazione deve intendersi limitato alle sole clausole che impediscono l'ammissione alla procedura di gara, atteso che la questione della immediata lesività non può essere circoscritta al solo ambito dei requisiti richiesti per partecipare alla gara, ma deve essere riguardata in sé, e come tale essa è propria di ogni situazione rispetto alla quale è certo che l'applicazione della clausola non potrà essere fatta se non in un unico senso, cioè quello che presenta con evidenza carattere di asserito pregiudizio»<sup>27</sup>.

Nella fattispecie oggetto di analisi, la mancata indicazione degli oneri della sicurezza da parte della stazione appaltante costituisce in effetti una condizione impeditiva della formulazione dell'offerta, considerato che il concorrente è privato della possibilità di conoscere l'ammontare di quella parte del corrispettivo destinato a fronteggiare gli oneri per la sicurezza non assoggettabile a ribasso, con conseguente impossibilità a ponderare con puntualità e congruità la propria offerta.

---

<sup>25</sup> Le prime pronunce a sostegno di tale indirizzo hanno rilevato da un lato che qualora il ricorrente risulti leso, in quanto la partecipazione alla procedura è preclusa dallo stesso bando, sussiste l'interesse a gravare la relativa determinazione, a prescindere dalla mancata presentazione della domanda, posto che l'impugnante ha proprio interesse a impedire lo svolgimento della procedura selettiva (Cons. Stato, sez. V, n. 794 del 2003); dall'altro che in presenza di una clausola preclusiva la presentazione della domanda si risolve in un adempimento formale che sarà inevitabilmente seguito da un atto di estromissione, con un risultato analogo a quello di un'originaria preclusione e perciò privo di una effettiva utilità pratica ulteriore (Cons. Stato, parere n. 149 del 2001).

<sup>26</sup> Cons. Stato, sez. V, decisioni 14 gennaio 2009, n. 102 e 31 ottobre 2008, n. 5455. In tale ipotesi l'onere di immediata impugnazione entro il termine decadenziale decorrente dalla loro conoscenza viene giustificato per l'obiettivo ostacolo che una clausola di tal genere pone alla formulazione dell'offerta sulla base di elementi prevedibili e non assolutamente aleatori.

---

<sup>27</sup> Cons. Stato, sez. IV, 26 novembre 2009, n. 7441. In tal senso si è espresso anche il TAR Piemonte secondo cui «sono soggette all'onere di immediata impugnazione le clausole del bando di gara che importino l'arresto procedimentale per il concorrente, comminando l'esclusione in ragione del mancato possesso di determinati requisiti di partecipazione ovvero definendo oneri partecipativi formali talmente gravosi da rendere impossibile l'elaborazione dell'offerta nel tempo utile richiesto dalla *lex specialis*; sfuggono, invece, all'onere dell'immediata impugnazione le clausole del bando di gara che, pur profilandosi a priori illegittime, manifestino la loro lesività solo *ex post*, ossia per via della concreta applicazione che di esse faccia l'organo di gara, solo allora emergendo la portata lesiva che fa sorgere l'attualità dell'interesse al ricorso» (T.A.R. Piemonte, sez. I, 21 dicembre 2009, n. 3718. In senso analogo anche T.A.R. Catanzaro, sez. II, 14 gennaio 2011, n. 59; T.A.R. Milano, sez. I, 10 agosto 2009, n. 4572; T.A.R. Lazio, sez. II, 24 luglio 2006, n. 6295 e più di recente T.A.R. Toscana, sez. I, 27 ottobre 2011, n. 1596).