

N. 00721/2015REG.PROV.COLL.

N. 08083/2014 REG.RIC.



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**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 8083 del 2014, proposto da:  
Borgomeo & Co s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa  
dagli avvocati Stefano Vinti e Ferruccio Barone, con domicilio eletto presso lo  
studio legale del primo in Roma, Via Emilia n. 88;

***contro***

Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, in persona del Ministro pro-  
tempore, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato,  
presso i cui uffici domicilia in Roma, Via dei Portoghesi, n. 12;

***nei confronti di***

Ernst & Young Financial Business Advisor s.p.a., in persona del legale  
rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio  
eletto presso il medesimo difensore in Roma, Via Principessa Clotilde n.2;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III BIS n. 5309/2014, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di assistenza tecnica a supporto dei compiti della direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione in materia di minori stranieri (accolti e non accompagnati) nonché risarcimento danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e di Ernst & Young Financial Business Advisor Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2014, il consigliere di Stato Giulio Castriota Scanderbeg e uditi per le parti l'avvocato Fedeli per delega dell'avvocato Vinti, l'avvocato Clarizia e l'avvocato dello Stato Garofoli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1.- La società Borgomeo & Co. s.r.l., risultata seconda graduata nella gara d'appalto indetta dal Ministero del lavoro per l'affidamento del servizio di assistenza tecnica a supporto dei compiti della Direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione in materia di minori stranieri, impugna la sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio 20 maggio 2014 n. 5309 che ha dichiarato improcedibile il ricorso di primo grado dalla stessa proposto in conseguenza dell'accoglimento del ricorso incidentale proposto dalla parte intimata in primo grado Ernst & Young Financial Business Advisors s.p.a., aggiudicataria della gara.

L'appellante si duole dell'erroneità della gravata sentenza, rilevando che l'indicazione nella propria offerta in relazione al costo della sicurezza del personale, rappresentata come pari a "zero", avrebbe dovuto ritenersi pienamente conforme

alle prescrizioni di gara, tenuto conto in particolare che era oggetto d'appalto un servizio di natura "intellettuale" e che pertanto non vi era alcun costo di sicurezza da dichiarare.

In ogni caso, stante la tassatività delle cause di esclusione indicate nell'art. 46, comma 1 bis, del Codice dei contratti pubblici, giammai la stazione appaltante, come ipotizzato dal Tar, avrebbe potuto far luogo all'esclusione della concorrente senza richiedere previamente i chiarimenti istruttori a sostegno della indicazione relativa ai costi per la sicurezza.

La società appellante ha quindi insistito per la reiezione del ricorso incidentale di primo grado e per l'accoglimento dell'originario ricorso, incentrato essenzialmente sulla indeterminatezza della offerta della aggiudicataria Ernst & Young Financial Business Advisors s.p.a. riguardo alla composizione del gruppo di lavoro che avrebbe dovuto affiancare l'autorità ministeriale nello svolgimento dell'assistenza tecnica oggetto d'appalto (e sulle correlative erronee determinazioni assunte dalla stazione appaltante in sede di verifica dell'offerta dell'aggiudicataria e di attribuzione alla stessa del punteggio, ritenuto dall'odierna appellante assolutamente incongruo).

Ha concluso l'appellante per l'accoglimento, con l'appello, del ricorso di primo grado e per l'annullamento dell'aggiudicazione ovvero, ove *medio tempore* fosse già intervenuto il contratto con l'aggiudicataria, per il risarcimento del danno da determinarsi nel 10% del ribasso offerto e nel 3% per la perdita delle *chances* lavorative.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione appellata per resistere all'appello e per chiederne la reiezione.

Si è altresì costituita la società Ernst & Young per contrastare l'appello e chiedere la conferma della impugnata sentenza.

All'udienza del 16 dicembre 2014 la causa è stata trattenuta per la sentenza.

2.- Come anticipato in fatto, nella impugnata sentenza il giudice di primo grado ha qualificato come “escludente” il ricorso incidentale proposto in primo grado dalla aggiudicataria Ernst & Young e, di conseguenza, lo ha esaminato in via prioritaria rispetto al ricorso principale, in ossequio all’indirizzo giurisprudenziale ormai costante di questo Consiglio di Stato (a seguito di Ad. plen. 25 febbraio 2014 n. 9); indi, esaminando il merito del predetto ricorso incidentale, ha accolto detta impugnazione sull’assorbente rilievo secondo cui il RTI Borgomeo & C. non avrebbe indicato nella propria offerta l’importo relativo agli oneri di sicurezza, prescritto a pena di esclusione dalla *lex specialis* di gara.

3.- Il Collegio ritiene che la sentenza meriti conferma, risultando effettivamente fondato, nei sensi divisati dai giudici di prime cure, il ricorso incidentale di primo grado.

4.- Come anticipato, la società C. Borgomeo & C. ha indicato, nella propria offerta economica, i costi della sicurezza in misura pari a “0”. Con tale indicazione la odierna società appellante ha inteso specificare di non sopportare costi per la sicurezza dei propri dipendenti, in relazione all’appalto di che trattasi. Col primo motivo, l’appellante deduce la piena legittimità di tale indicazione ( e la corretta determinazione della stazione appaltante di non far luogo alla sua esclusione) sulla base delle seguenti argomentazioni:

l’indicazione non sarebbe stata omessa (in quanto l’indicazione zero esprimerebbe un “preciso valore”) e non potrebbe essere assimilata, come erroneamente ritenuto dal Tar, alla ipotesi della mancata indicazione dei costi per la sicurezza; la stessa sarebbe il frutto di valutazioni autonome e discrezionali di essa concorrente che, in relazione alle modalità con cui intendeva svolgere i servizi oggetto d’appalto, si sarebbe correttamente determinata ad indicare un valore pari a zero;

al più si sarebbe potuto sostenere che l’indicazione non fosse congrua, ma ciò non avrebbe potuto comportare l’esclusione della concorrente dalla gara, quanto

piuttosto l'apertura di un sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, in cui la concorrente sarebbe stata ammessa, nel rispetto del principio del contraddittorio, a fornire le proprie giustificazioni;

in considerazione della particolare natura del servizio, lo stesso capitolato d'oneri ( art. 5) stabiliva che “ non sussiste l'obbligo di elaborazione del D.U.V.R.I. in quanto gli oneri di sicurezza per i rischi da interferenza sono pari a zero, tenuto conto della natura strettamente intellettuale del servizio”;

- l'onere di indicare il costo per la sicurezza aziendale discenderebbe dagli artt. 86, comma 3 bis e 87, comma 4, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, dal cui combinato disposto discenderebbe il suddetto obbligo anche nell'ipotesi in cui la *lex specialis* nulla disponga al riguardo. Tuttavia, laddove, come nella specie, si tratti di uno dei servizi contemplati dall'allegato II B del Codice dei contratti pubblici le disposizioni normative dianzi indicate non troverebbero applicazione ( in virtù dell'art. 20 d.lgs. cit., che richiama soltanto alcune delle disposizioni del Codice dei contratti). Non vi sarebbe dunque una base normativa di rango primario a sostegno della richiesta di indicazione degli oneri della sicurezza ed un'eventuale clausola di *lex specialis* che si ponesse contro le previsioni normative sarebbe da considerare nulla ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis del Codice dei contratti ( disposizione che introduce il principio della tassatività delle clausole di esclusione);  
-da ultimo, proprio in ragione della carenza di una sicura base normativa, la stazione appaltante avrebbe potuto al più attingere ai poteri di soccorso istruttorio di cui all'art. 46 del d.lgs. 163 del 2006, senza poter far luogo all'automatica esclusione della concorrente dalla gara, come erroneamente ritenuto dal Tar.

5.- Il Collegio è del parere che il motivo d'appello, nelle distinte declinazioni in cui lo stesso è stato articolato, non meriti di essere esaminato favorevolmente.

Va premesso che, in linea generale, nelle gare d'appalto l'indicazione degli oneri aziendali per la sicurezza costituisce, in virtù degli artt. 86, comma 3-bis, e art. 87,

comma 4, del d lgs. n. 163 del 2006 (Codice degli appalti) un adempimento direttamente imposto dalla legge (Cons. Stato - Sez. V, 29-02-2012, n. 1172) al punto che, anche a fronte della eventuale mancata previsione, nella *lex specialis* di gara, dell'onere dichiarativo e della correlata causa specifica di esclusione, le citate disposizioni normative devono ritenersi immediatamente precettive ed idonee ad eterointegrare le regole della procedura selettiva. Ma ciò che appare dirimente ( ed è argomento idoneo a superare la prospettata inapplicabilità alla gara in oggetto del richiamato paradigma normativo di rango primario) è che, nella specie, la *lex specialis* di gara prescriveva chiaramente ( cfr. allegato 5, fax simile di gara), a pena di esclusione, l'indicazione dell'importo relativo agli oneri della sicurezza e lo schema relativo all'offerta economica, conteneva un riquadro specifico (n.1) per l'indicazione degli oneri della sicurezza, adempimento assolto puntualmente dalla ricorrente incidentale ERNST & YOUNG.

Non appare convincente, al proposito, la tesi difensiva della odierna appellante, che ha invocato a sostegno della propria tesi difensiva l'art.5 del capitolato d'oneri, il quale precisava che "ai sensi di quanto disposto dall'art. 26 commi 1,2, 3 e 5 del D. lgs. n. 81/2008 e s.m.i, non sussiste l'obbligo di elaborazione del D.U.V.R.I. in quanto gli oneri di sicurezza per i rischi da interferenza sono pari a zero, tenuto conto della natura strettamente intellettuale del servizio."

E' qui evidente l'equivoco in cui incorre l'odierna parte appellante laddove sovrappone alla nozione di costi aziendali o "interni" quella inerente i costi da "interferenza", prevista all'art. 26 del d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 (strumento deputato unicamente ad indicare le misure da adottare per eliminare o, ove ciò non risulti possibile, ridurre al minimo esclusivamente i c.d. "rischi da interferenze" tra i propri lavoratori e quelli dell'impresa appaltatrice e prevederne i relativi costi della sicurezza). Orbene se, in relazione a tali ultimi costi, può ben dirsi che essi siano soltanto eventuali e che ben possono essere pari a zero in un servizio di natura

eminentemente intellettuale quale quello oggetto d'appalto) non altrettanto può ripetersi a proposito dei costi aziendali interni, che andavano necessariamente indicati e che non potevano essere pari a zero posto che, come correttamente rilevato dal giudice di primo grado, anche in un servizio intellettuale non vi può essere assenza di rischi per la salute o la sicurezza dei lavoratori dell'impresa affidataria del servizio ( si pensi solo, quali costi specifici per i rischi connessi al luogo di lavoro, come oggi previsto dal comma 3 bis dell'art.83 del Codice dei contratti pubblici, ai rischi alla salute derivanti dall'uso di strumenti informatici).

Pertanto, come correttamente rilevato dal giudice di primo grado, l'omessa previa indicazione dei costi per la sicurezza - sia nel comparto dei lavori che in quelli dei servizi e delle forniture- rende l'offerta incompleta sotto un profilo di particolare rilevanza, alla luce della natura costituzionalmente sensibile degli interessi protetti, impedendo alla stazione appaltante un adeguato controllo sull'affidabilità dell'offerta stessa, con il corollario che la sanzione per tale omissione non può che essere l'esclusione dalla gara, come espressamente stabiliva, nella fattispecie in esame, la *lex specialis* di gara.

La circostanza, quindi, che l'amministrazione abbia escluso la sussistenza di rischi da interferenze - e, nel caso in esame, l'obbligo di elaborazione del D.U.V.R.I. in quanto gli oneri di sicurezza per i rischi da interferenza sono pari a zero, "tenuto conto della natura strettamente intellettuale del servizio" - non esclude l'onere per l'impresa di prevedere e quantificare in sede di offerta i costi della sicurezza c.d. "da rischio specifico" il cui obbligo, come già evidenziato, deriva direttamente dalla disciplina generale in materia di contratti pubblici di cui ha fatto corretta applicazione la stazione appaltante nella redazione del bando di gara.

Tale adempimento, nel caso in esame, non è stato assolto, con la conseguenza che non può neppure aderirsi alla tesi esposta dal difensore della ricorrente principale, secondo cui tale aspetto, al più, avrebbe potuto essere preso in considerazione in

sede di esame della congruità dell'offerta. Ed infatti, il Capitolato d'oneri e disciplinare di gara allegato alla determina a contrarre dell'11 settembre 2013 prevedeva espressamente, all'art.12, che qualsiasi onere relativo al rispetto della normativa vigente a tutela dei lavoratori, anche sotto il profilo previdenziale e della sicurezza, fosse posto a carico dell'aggiudicatario, con esonero totale dell'amministrazione anche per eventuali ipotesi di infortunio di qualsiasi genere anche per attività svolte nei locali dell'amministrazione procedente, con la conseguenza che tali costi avrebbero dovuto senz'altro essere computati nell'ambito del rischio specifico della concorrente.

Né dalla documentazione fornita dalla concorrente in sede di gara avrebbero potuto trarsi elementi utili a rilevare la sussistenza dei costi specifici di sicurezza; dal che consegue l'inapplicabilità del precedente richiamato dall'odierna appellante a sostegno delle proprie tesi difensive (Cons. St. 22 gennaio 2014 n.330) e del principio normativo in tema di soccorso istruttorio (art. 46 d.lgs. cit.), disposizione questa che non può consentire (secondo la sua univoca interpretazione) integrazioni postume di indicazioni relative all'offerta mancanti agli atti di gara e ritenute essenziali sotto comminatoria di esclusione (pena altrimenti la violazione del principio della *par condicio competitorum*).

In definitiva, la peculiarità della prestazione oggetto d'appalto( da svolgersi nell'ambito di locali e con l'utilizzo di supporti tecnologici altrui, ma a rischio esclusivo dell'aggiudicatario) imponeva ai concorrenti a pena di esclusione (comminata dall'art.31, recante ulteriori cause di esclusione dalla procedura) di indicare espressamente i costi di sicurezza aziendale con indicazione numerica (necessariamente superiore allo zero), restando influente a tal fine la mera attestazione formale (priva di riscontro sostanziale) circa la "regolarità nei confronti delle norme in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro", pur richiesta da altra disposizione del disciplinare di gara (cfr.art.20 lett. g)).



In definitiva, alla luce dei rilievi che precedono, risulta corretta la sentenza impugnata che, sull'assorbente ritenuta fondatezza dell'esaminato motivo di ricorso incidentale di primo grado, ha dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso principale di primo grado dell'odierna società appellante.

L'appello va pertanto respinto e va confermata la impugnata sentenza..

6.- Va da sé che nessun seguito potrebbe avere, attesa la corretta declaratoria di improcedibilità del ricorso originario ( conseguente all'accoglimento dell'impugnazione incidentale di primo grado), la richiesta risarcitoria avanzata dalla odierna appellante già col ricorso introduttivo..La delibazione di quella richiesta suppone l'accertamento della sussistenza delle condizioni di legittima partecipazione alla gara della concorrente e della ricorrenza ( quantomeno) di un'alta probabilità di ottenerne l'aggiudicazione: condizioni che qui evidentemente non ricorrono, per quanto si è detto, già sotto il preliminare profilo della legittimazione partecipativa, rivelatasi insussistente in capo alla società Borgomeo &CO s.r.l..

7. Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sull'appello ( RG n. 8083/14), come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società appellante al pagamento, in favore delle parti appellate costituite, delle spese e degli onorari di questo grado di giudizio, che liquida in euro 2.000,00 (duemila/00) oltre iva e cpa, se dovuti, in favore del Ministero del lavoro e delle politiche sociali ed in euro 2.500,00( duemilacinquecento/00), oltre iva e cpa se dovuti, in favore della società Ernst & Young.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.  
Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2014, con  
l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere, Estensore

Bernhard Lageder, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/02/2015

IL SEGRETARIO

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