



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



ONERI DI SICUREZZA AZIENDALE E SOCCORSO ISTRUTTORIO

L'omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendale nell'ipotesi di contratti pubblici sotto soglia di importo superiore ai 40.000,00 euro e sopra soglia: esclusione dei concorrenti dalla procedura di gara in virtù dell'ordinanza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, confermata della Corte di Giustizia U.E.

di **Carmela Incarnato**
IUS/10 - DIRITTO AMMINISTRATIVO
Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile
Raffaele Giaquinto

Publicato, Martedì 7 Aprile 2020

Sommario: 1. I costi relativi alla manodopera e alla sicurezza aziendale e il soccorso istruttorio - 2. Il contrasto giurisprudenziale in materia: il rinvio della questione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e alla Corte di Giustizia UE - 3. Conclusioni

1. I costi relativi alla manodopera e alla sicurezza aziendale e il soccorso istruttorio

Per molti anni è stato dubbio se in caso di mancata indicazione degli oneri relativi alla manodopera e alla sicurezza aziendale la stazione appaltante potesse ammettere le imprese partecipanti alla procedura di gara a regolarizzare poi l'offerta attraverso l'istituto del c.d. soccorso istruttorio.

La discussione è stata parzialmente risolta dal decreto legislativo n. 56/2017, entrato in vigore il 20 maggio 2017, il quale, modificando l'art. 95, comma 10, del Codice dei contratti, ha stabilito che “nell’offerta economica l’operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell’articolo 36, comma 2, lettera a)”.

In virtù di tale disposizione, i costi in disamina sono essere requisito essenziale dell’offerta economica, e pertanto la mancata puntuale indicazione dei costi relativi alla sicurezza aziendale in sede di offerta determina l’esclusione del soggetto dalla procedura di gara senza la possibilità di far ricorso al del soccorso istruttorio.

Per dovere di completezza, si precisa che il soccorso istruttorio, disciplinato dall’art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016, è un istituto che permette ai soggetti partecipanti alla procedura di gara, su invito di regolarizzazione da parte della stazione appaltante, di poter sopperire a carenze degli elementi formali della domanda e del documento di gara unico europeo. Sul tema è intervenuto anche il T.A.R. Campania, sez. I, che con sentenza 16 luglio 2018, n. 4711, ha chiarito cosa si intende per carenza degli elementi formali della domanda: infatti ha stabilito che “con il termine “domanda” deve intendersi non solo la documentazione amministrativa inerente l’istanza di partecipazione e le dichiarazioni sostitutive di atto notorio e di certificazione presentate dal concorrente, ma tutto il complesso dei requisiti occorrenti per la partecipazione alla procedura di gara; invero, solo così intesa, può avere senso l’espressione “elemento formale della domanda”, contrapposto a quello “sostanziale”, riferibile alla concreta esistenza e disponibilità dei requisiti dichiarati e rappresentati; va aggiunto che nella nozione di carenza di elemento formale va compresa anche l’ipotesi di omessa indicazione tout court, sia perché la norma stessa del Codice si riferisce ad ipotesi di “mancanza, incompletezza e di ogni altra

irregolarità essenziale degli elementi" (escludendo quelli riferibili all'offerta), sia perché la sanatoria consente che siano "rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie".

Rientra sicuramente negli elementi formali della domanda, ad esempio, la mancata dichiarazione del possesso del requisito della cauzione provvisoria.

Pertanto sono esclusi da tale istituto le carenze relative all'offerta economica e tecnica: gli oneri di sicurezza interna, assolvendo la finalità di tutela della sicurezza dei lavoratori, costituisce un elemento essenziale, e pertanto, in presenza di una precisa norma che qualifica tali costi come costi obbligatori in sede di predisposizione dell'offerta economica, resta esclusa l'applicazione dell'istituto in esame.

2. Il contrasto giurisprudenziale in materia: il rinvio della questione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e alla Corte di Giustizia UE

Se da un punto di vista teorico sembra chiara la non applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza dei lavoratori, non si può dire lo stesso da un punto di vista pratico.

Infatti, se da un lato alcuni Tribunali Amministrativi Regionali hanno stabilito che l'omessa indicazione dei costi relativi alla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro comportano l'esclusione automatica del soggetto dalla procedura di gara, anche se tale requisito non è espressamente previsto nel bando di gara, in quanto in tal caso per tutti gli elementi necessari non espressamente previsti si applica la disciplina del decreto legislativo n. 50/2016 e ss. modiche^[1], dall'altro vi sono numerose sentenze a favore dell'applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio anche in caso di mancata indicazione dei costi relativi alla sicurezza sui luoghi di lavoro (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 3 ottobre 2017, n. 4611^[2]).

Un esempio chiaro di questi contrapposti orientamenti in materia è rappresentato dalla sentenza del T.A.R. Sicilia, Palermo, sezione III, del 5 luglio 2018, n. 1552 – che ha respinto il ricorso proposto da un'impresa contro il Comune di Palermo, che aveva escluso la suddetta impresa dalla procedura di gara indetta per la fornitura di autobus urbani, per la mancata indicazione, in sede di presentazione dell'offerta economica, dei costi relativi alla manodopera e oneri aziendali - appellata dinanzi al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, il quale, rivelata la presenza di un contrasto giurisprudenziale, con ordinanza del 20 novembre 2018, nn. 772 e 773, ha rimesso la questione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

L'Adunanza Plenaria, utilizzando la forma dell'ordinanza, nn. 1 – 3 del 2019, da un lato si è pronuncia in favore della tesi che esclude il ricorso allo strumento del soccorso istruttorio in tutte le ipotesi di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, in quanto, in virtù della norma prevista dall'art. 95, comma 10, l'obbligo di indicare i costi relativi alla sicurezza sui luoghi di lavoro “risponde all'evidente esigenza di rafforzare gli strumenti di tutela dei lavoratori, di responsabilizzare gli operatori economici e di rendere più agevoli ed efficaci gli strumenti di vigilanza e controllo da parte delle amministrazioni”; dall'altro rimette la questione dinanzi alla Corte di Giustizia UE, sollevando la questione pregiudiziale di compatibilità tra la tesi avallata e il diritto comunitario, sostenendo che “il principio di effettività dei principi dell'ordinamento giuridico comunitario dovrebbe condurre alla conclusione che la tutela della sicurezza del lavoro e dei diritti dei lavoratori debba comportare la legittimità comunitaria dell'esclusione dell'offerente che abbia omesso di dichiarare in sede di offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro per ragioni quindi, innanzitutto, di ordine sostanziale”.

La CGUE, nona sezione, con la sentenza del 2 maggio 2019 ha confermato l'orientamento assunto dall'Adunanza Plenaria, sostenendo che i principi comunitari, quali certezza del diritto, parità di trattamento e di trasparenza, non si pongono in contrasto con la normativa nazionale italiana. Pertanto, in caso di mancata indicazione dei costi ex art. 95, comma 10, del d.lgs. 50/2016, la stazione appaltante deve escludere, senza possibilità di far ricorso al soccorso istruttorio, l'impresa partecipante dalla procedura di gare: la sola ipotesi di non esclusione si contempla nella circostanza in cui tale possibilità sia prevista espressamente dalla normativa nazionale^[3].

3. Conclusioni

Per concludere, alla luce dell'orientamento dettato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, avallato dalla Corte di Giustizia Europea, la domanda da porsi è: quali sono le eccezioni che ammettono il ricorso al soccorso istruttorio in materia di oneri relativi alla sicurezza dei lavoratori?

La prima eccezione ricorre nel caso in cui il concorrente abbia individuato nel prezzo finale il costo degli oneri relativi alla sicurezza aziendale, senza però specificarli nel dettaglio dell'offerta economica: in tal caso il ricorso al soccorso istruttorio è ammesso, in quanto la carenza non si configura in senso sostanziale, ma soltanto formale, in quanto la sua specificazione dettagliata non va ad incidere sul contenuto dell'offerta presentata, ovvero non va a modificare in senso sostanziale il prezzo finale presentato^[4]. La seconda eccezione ricorre nell'ipotesi di contratti pubblici sottosoglia di importo inferiore ai 40.000,00 euro, eseguiti mediante affidamento diretto, ai sensi dell'art. 36, comma 2, letta

a, del Codice dei Contratti. Conseguo che per i contratti pubblici di importo superiore, benché sotto soglia, vige l'obbligo di indicare tali oneri all'interno dell'offerta economica, costituendone elemento necessario^[5]. Infine, per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti e delle concessioni, la disciplina del nuovo codice dei contratti non trova applicazione^[6].

Note e riferimenti bibliografici

[1] T.A.R. Trentino, Bolzano, Sez. I, 18 settembre 2017, n. 281. In pari senso, a titolo semplificativo ma non esaustivo, T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 17 novembre 2017, n. 2688; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 9 marzo 2018, n. 505; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 21 febbraio 2018, n. 2016).

[2]“La mancata indicazione da parte del concorrente ad una gara di appalto degli oneri di sicurezza interni alla propria offerta non consente l’esclusione automatica di quest’ultima, senza il previo soccorso istruttorio, tutte le volte in cui non sussista l’incertezza sulla congruità dell’offerta stessa, e il bando non preveda espressamente la sanzione dell’esclusione per il caso di omessa precisazione dei suddetti costi” (in pari senso T.A.R Lazio, Sez. II ter, 20 luglio 2017, n. 8819).

[3] Infatti, la CGUE, Sez. IX, nella sentenza del 2 maggio 2019, ha stabilito che: “la mancata indicazione separata dei costi in un’offerta economica presentata nell’ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico comporta l’esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell’ipotesi in cui l’obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d’appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione”.

[4] Con. Stato, Sez. III, 27 aprile 2018, n. 2554.

[5] T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 14 dicembre 2017, n. 1566

[6] Con. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n.19: “Per le gare bandite anteriormente all’entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni, approvato con d.lg. 18 aprile 2016, n. 50, nelle ipotesi in cui l’obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l’offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l’esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l’offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio” (in pari sensi successivamente Cons. St., Sez V, 14 marzo 2017, n. 1166; Cons. St., Sez V, 7 marzo 2017, n. 1073; Cons. St., Sez V, 13 febbraio 2017, n. 590; Cons. St., Sez V, 18 gennaio 2017, n. 194; Cons. St., Sez V, 17 novembre 2016, n. 4756).

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:
<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=4879>