

Oneri della sicurezza e soccorso istruttorio. Formalismo e sostanza a confronto

Autore: Alessandro Biamonte

In: Giurisprudenza commentata

Sulle conseguenze sanzionatorie relative all'omessa indicazione degli **oneri della sicurezza** e alla relativa assoggettabilità al regime del **soccorso istruttorio** si fronteggiano orientamenti discordanti di ardita composizione.

E' stato già osservato che la mancata evidenziazione dei costi della manodopera si pone in termini in parte diversi dalla mancata evidenziazione degli oneri di sicurezza (Cons. St., III, 27.4.2018 n. 2554; Cons. giust. sic., 7.6.2018 n. 344), tanto è vero che è stato ritenuto che il divieto di ricorrere al soccorso istruttorio per gli elementi dell'offerta tecnica ed economica di cui all'**art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016**, laddove si intendesse riferito anche ai chiarimenti sul rispetto degli obblighi in materia di sicurezza sul lavoro "non potrebbe mai costituire quell'eccezione consentita al legislatore interno dall'art. 56, par. 3, della Direttiva in virtù di una «contraria disposizione del diritto nazionale che attua la presente direttiva», poiché il divieto di ammettere qualsivoglia chiarimento sul punto costituirebbe evidentemente una disposizione nazionale violativa e non applicativa di tale Direttiva e, in parte qua, da disapplicarsi" (Cons. St., III, 27.4.2018 n. 2554).

L' Adunanza plenaria n. 19 del 2016

Secondo l'**Adunanza plenaria n. 19 del 2016** "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".

Tuttavia, considerato che la pronuncia si iscrive nel perimetro di un procedimento soggetto al D.Lgs. 163/2016, permangono perplessità non dissipate dagli ondivaghi arresti successivi.

Il dibattito giurisprudenziale

Oggi, secondo un primo indirizzo più restrittivamente formalistico (Cons. di Stato, V, 7.2.2017 n. 815,

sostanzialmente conformi Consiglio di Stato 28.2.2018 n. 1228, 12.3.2018 n. 1228, 25.9.2018 n. 653) in ordine all'obbligo di indicare puntualmente l'ammontare degli **oneri per la sicurezza c.d. interni o aziendali**, trova applicazione l'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 che, superando legislativamente le precedenti incertezze, ha statuito la necessità dell'indicazione di tale oneri per le gare indette nella vigenza del nuovo Codice dei contratti pubblici, per le quali non troverebbero dunque applicazione i principi di diritto formulati dalla sentenza dell'Adunanza plenaria 27.7.2016 n. 19, in tema di ammissibilità del soccorso istruttorio per il caso di mancata separata indicazione. Non sarebbe infatti possibile utilizzare l'istituto del soccorso istruttorio nel caso di incompletezze e irregolarità relative all'offerta economica anche al fine di "evitare che il rimedio... che corrisponde al rilievo non determinante di violazioni meramente formali possa contrastare il generale principio della par condicio concorrenziale, consentendo in pratica ad un concorrente (cui è riferita l'omissione) di modificare ex post il contenuto della propria offerta economica".

Sull'altro versante (Cons. St., III, 27.4.2018 n. 2554 e C.G.A., 7.6.2018 n. 344). l'orientamento seguito fa leva essenzialmente sulla (disciplina e sulla) giurisprudenza della Corte di Giustizia, in particolare sulle **pronunce 2.6.2016 in C- 27/15 e 10.11.2016, in C- 140/2016, e sull'Adunanza plenaria n. 19/2016**, ispirata a una impostazione sostanzialista della problematica. Così è stato precisato (CGA 344/2018 cit.) 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, ma si tratta piuttosto di stabilire quali siano le conseguenze nel caso in cui un simile obbligo non sia adempiuto e, in particolare, se ciò debba determinare in via automatica l'esclusione del concorrente dalla gara. Così, il Consiglio di Giustizia ha innanzi tutto osservato che testualmente il codice non commina alcun effetto espulsivo per l'inadempimento di tale obbligo; inoltre, un secondo profilo va letto in funzione della verifica della congruità dell'offerta economica, fase per la quale, ove si dubiti di tale serietà, è previsto, in primis dal diritto euro-unitario, un vero e proprio subprocedimento, da svolgersi in contraddittorio con l'offerente.

Pertanto è stato concluso che deve escludersi che la normativa faccia discendere dall'omessa indicazione dei costi per la sicurezza un effetto automaticamente espulsivo, in quanto tale approdo ermeneutico si porrebbe in contrasto con il quadro del diritto euro-unitario (v. art. 57, par. 6, della direttiva 24/2014), per come interpretato costantemente dalla Corte di giustizia UE; in precedenti in cui la Corte ha più volte ribadito che non è legittimo escludere il concorrente solo per un vizio formale della domanda o dell'offerta, a condizione che - nel caso degli oneri per la sicurezza - gli stessi siano stati sostanzialmente ricompresi nel prezzo dell'offerta, pur in difetto della loro preventiva specificazione.

L'incertezza di fondo ha peraltro già indotto il T.A.R. Lazio a investire la Corte di Giustizia UE di una questione pregiudiziale che valuti la coerenza con i principi di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto (unitamente ai principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza fissati nel TFUE) del combinato disposto degli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui l'omessa separata indicazione dei costi della manodopera nelle offerte economiche di una procedura di affidamento

di servizi pubblici sembrerebbe implicare, in ogni caso, l'esclusione della ditta offerente senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata non sia stato specificato nella documentazione di gara e, ancora, a prescindere dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispetti effettivamente i costi minimi della manodopera, in linea peraltro con una dichiarazione all'uopo resa dalla concorrente.

La sentenza di rimessione all'Adunanza plenaria

Ciò premesso, sussistono i presupposti ai sensi dell'**art. 99, comma 1 c.p.a.**, all'Adunanza plenaria le seguenti questioni di diritto, oggetto di contrasti giurisprudenziali:

se, per le gare bandite nella vigenza del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la mancata indicazione separata del costo della manodopera (e degli oneri di sicurezza) determini immediatamente e incondizionatamente l'esclusione del concorrente, senza possibilità di soccorso istruttorio, anche quando non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi costi e oneri nella formulazione dell'offerta, né vengono in rilievo profili di anomalia dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti costi oneri;

1) se, ai fini della eventuale operatività del soccorso istruttorio, assuma rilevanza la circostanza che la *lex specialis* taccia sull'onere di indicazione del costo della manodopera e degli oneri di sicurezza (come nel caso di specie) ovvero richiami espressamente l'obbligo di dichiarare il costo della manodopera e gli oneri di sicurezza.

2) se, per le gare bandite nella vigenza del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la mancata indicazione separata del costo della manodopera (e degli **oneri di sicurezza**) determini immediatamente e incondizionatamente l'esclusione del concorrente, senza possibilità di soccorso istruttorio, anche quando non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi costi e oneri nella formulazione dell'offerta, né vengono in rilievo profili di anomalia dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti costi oneri;

3) se, ai fini della eventuale operatività del **soccorso istruttorio**, assuma rilevanza la circostanza che la *lex specialis* taccia sull'onere di indicazione del costo della manodopera e degli oneri di sicurezza (come nel caso di specie) ovvero richiami espressamente l'obbligo di dichiarare il costo della manodopera e gli oneri di sicurezza.

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/oneri-della-sicurezza-soccorso-istruttorio-formalismo-sostanza-confronto/>