

Requisiti di partecipazione alla gara, tassatività delle cause di esclusione e ammissibilità del soccorso istruttorio nel caso di omissione degli oneri di sicurezza

Autore: Laura Facondini

In: Diritto amministrativo, Focus

Requisiti del bando di gara

La **possibilità di partecipare ad una gara ad evidenza pubblica è consentita solo agli operatori economici in possesso di determinati requisiti.**

È possibile distinguere due tipologie di requisiti: **quelli soggettivi, di ordine generale di onestà ed affidabilità morale e quelli oggettivi di capacità economica finanziaria e tecnico organizzativa.**

I requisiti soggettivi di moralità si sostanziano nell'assenza di condanne penali, di misure di prevenzione antimafia, di violazioni tributarie, di violazioni in materia di previdenza e assistenza di sicurezza sul lavoro. L'art. 80 comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede l'elenco dei reati per i quali, in caso di condanna, l'operatore economico viene escluso. In caso di mancanza di tali requisiti soggettivi l'esclusione dell'operatore è obbligatoria.

I requisiti oggettivi attengono alla capacità economica finanziaria e tecnico organizzativa.

L'art. 83 comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016, codice dei contratti pubblici, prevede che "i criteri di selezione riguardano esclusivamente: a) i requisiti di idoneità professionale; b) la capacità economica e finanziaria; c) le capacità tecniche e professionali".

La disciplina dei requisiti assume peculiare rilevanza poichè vengono in gioco interessi contrapposti, da un lato la concorrenza, il principio di massima partecipazione alle gare, dall'altro il rispetto dei principi della tutela dell'affidamento e di certezza del diritto.

Tassatività delle cause di esclusione e soccorso istruttorio

L'art. 83 comma 8 prevede la tassatività delle cause di esclusione, ispirandosi ai principi di massima partecipazione alle gare.

Il principio della tassatività delle cause di esclusione è stato interpretato in maniera sostanzialistica dalla giurisprudenza. L'**Adunanza plenaria n. 9 del 2014** ha affermato, in riferimento alla tassatività, che "la disposizione deve essere intesa nel senso che l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano adempimenti doverosi o introducano norme di divieto pur senza prevedere espressamente l'esclusione."

Il codice disciplina, all'art. 83, comma 9, la regola del soccorso istruttorio, ispirata a sua volta al principio di garantire la concorrenza e la più ampia partecipazione alla gara.

Pertanto, "Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perchè siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente e' escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Il soccorso istruttorio previsto dalla norma si riferisce a due tipologie di atti: la domanda ed il documento di gara unico europeo. Prevedendo per la prima la possibilità di sanare le carenze di qualsiasi elemento formale, per la seconda le possibilità di sanare la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale".

Il volume di approfondimento

É ammissibile il soccorso istruttorio nel caso di mancata indicazione degli oneri di sicurezza nell'offerta economica?

Si è posto in giurisprudenza la questione dell'ammissibilità del c.d. soccorso istruttorio nel caso di mancata indicazione degli oneri di sicurezza nell'offerta economica.

La sentenza dell'**Adunanza plenaria n. 19 del 2016** ha negato l'automatica esclusione per mancata

indicazione degli oneri di sicurezza sostenendone la contrarietà con i principi europei di tutela dell'affidamento, certezza del diritto, parità di trattamento.

L'Adunanza plenaria ha affermato che "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".

La sentenza ha chiarito che gli oneri di sicurezza rappresentano un elemento essenziale dell'offerta solo nel caso in cui si contesta al concorrente di avere formulato un'offerta economica senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento degli obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori.

Dunque solo se non sono stati neppure considerati vi è incertezza sul contenuto dell'offerta e la successiva sanatoria richiederebbe la modifica sostanziale del prezzo. Invece, se non sono stati specificati ma considerati è possibile il soccorso istruttorio.

L'Adunanza Plenaria

Tuttavia, l'Adunanza plenaria n. 19 del 2016 ha circoscritto la portata del principio enunciato alle gare bandite nel vigore del d.lgs. n. 163 del 2006, non invece nel quadro normativo del d.lgs. n. 50 del 2016. Pertanto, il dibattito giurisprudenziale non è ancora sopito.

Oggi, un primo indirizzo maggiormente formalistico propende per una rigorosa applicazione dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016.

Pertanto, l'operatore economico è tenuto ad **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 al momento della presentazione dell'offerta.

Un ulteriore indirizzo, maggiormente ispirato ad un approccio sostanzialistico ed in linea con l'Adunanza Plenaria n.19/2016 ha, invece, escluso che la normativa faccia discendere dall'omessa indicazione dei costi per la sicurezza un effetto automaticamente escludente.

Per tali ragioni la V Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'**Adunanza Plenaria** la questione "se per le gare bandite nella vigenza del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale 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 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 oneri; nonché se, ai fini della eventuale operatività del soccorso istruttorio, assuma rilevanza la circostanza che la lex specialis richiami espressamente l'obbligo di dichiarare gli oneri di sicurezza (Cons. St., sez. V, ord., 25 ottobre 2018, n. 6069).

Il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, dichiarandosi maggiormente propenso ad una soluzione escludente per esigenze di certezza del diritto e parità di trattamento, con ordinanza n. 1/2019 rimette alla Corte di Giustizia la seguente questione "se il diritto dell'Unione europea (e segnatamente i principi di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di libera circolazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi) ostino a una disciplina nazionale (quale quella di cui agli **artt. 83, comma 9, 95, comma 10 e 97, comma 5 del 'Codice dei contratti pubblici' italiano**) in base alla quale la mancata indicazione da parte di un concorrente a una pubblica gara di appalto dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza dei lavoratori comporta comunque l'esclusione dalla gara senza che il concorrente stesso possa essere ammesso in un secondo momento al beneficio del c.d. 'soccorso istruttorio', pur nell'ipotesi in cui la sussistenza di tale obbligo dichiarativo derivi da disposizioni sufficientemente chiare e conoscibili e indipendentemente dal fatto che il bando di gara non richiami in modo espresso il richiamato obbligo legale di puntuale indicazione."

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/requisiti-di-partecipazione-alla-gara-tassativita-delle-cause-di-esclusione-e-ammissibilita-del-soccorso-istruttorio-nel-caso-di-omissione-degli-oneri-di-sicurezza/>