

## Sull'esclusione dell'impresa che non indica i costi per la sicurezza: il nuovo Codice appalti ha posto veramente fine alla controversa questione?

di Giovanni Ranalli, Silvia Biancifiori

Data di pubblicazione: 18-10-2016

1. Ritenuto che – anche a voler condividere gli orientamenti giurisprudenziali citati dai resistenti, in ordine al fatto che, nella soggetta materia, l'offerente non debba essere tout court escluso per aver omesso di indicare ciò che nel bando non era previsto, resta indubbio che l'onere allegativo disposto mediante soccorso istruttorio debba essere puntualmente onorato dalla ditta che, da una parte è preavvisata – sia pure dopo la presentazione dell'offerta – sull'importanza di tali costi (importanza puntualmente evidenziata da numerosa giurisprudenza e non solo da AP 9/14), e dall'altra fruisce di una interlocuzione che le consente una integrazione postuma dell'offerta; pertanto, qualsiasi lacuna sulla precisa entità degli oneri di sicurezza, in sede di riscontro al soccorso istruttorio, deve essere valutata con la massima severità, ai fini della conseguente misura espulsiva, a prescindere se si tratti di appalto stricto sensu o concessione di servizi (per la quale le esigenze in questione restano immutate);

(1) Conforme Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 19 del 2016. In senso contrario, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 3 del 2015 e Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 9 del 2015.

### Guida alla lettura

Nella vigenza del sistema di cui al D.Lgs. 163/2006, nella materia delle cause di esclusione dalle gare d'appalto, la giurisprudenza amministrativa ha più volte affermato **il principio della cd. eterointegrazione del bando**, che tuttora si deve ritenere operante, secondo cui il bando di gara obbliga non solo a tutti gli adempimenti ed oneri in esso espressamente previsti ma anche a tutti quelli richiesti da norme imperative di legge che prevedono obblighi o divieti (in questo senso, Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 2014).

Cosicchè, in sostanza, il bando contiene anche clausole legali implicite, imposte da fonti

eteronome sulla falsariga della cd. eterointegrazione del contratto ex art. 1339 cc. Quando la legge prevede un divieto o un obbligo per mezzo di una norma imperativa è sottinteso ed implicito che si tratti di requisiti od oneri richiesti a pena di esclusione e che come tali debbano essere intesi. Pertanto la causa di esclusione non deve essere necessariamente recepita nel bando, perchè anche se questo non la recepisce esplicitamente è come se vi fosse, in quanto il bando viene, appunto, eterointegrato.

Con la conseguenza che la stazione appaltante deve escludere il concorrente qualora la legge preveda imperativamente l'assolvimento di determinati adempimenti o il possesso di determinati requisiti, perché l'effetto escludente è implicito nel carattere doveroso della norma. L'esclusione diventa pertanto una sanzione obbligatoria. Il che implica l'ulteriore conseguenza che un concorrente possa essere escluso dalla gara anche qualora, formalmente, abbia rispettato le disposizioni espresse dal bando.

Con la sentenza n. 3 del 2015, l'Adunanza Plenaria aveva infatti affermato che non sono legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, peraltro anche con riferimento alle procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si è conclusa prima della pubblicazione della citata decisione, stante la natura dichiarativa e non costitutiva dell'interpretazione giurisprudenziale. Il Consiglio di Stato era giunto a tali conclusioni sulla base di un'interpretazione sistematica delle norme in quel momento vigenti, ed in particolare del combinato disposto di cui agli artt. 46 co. 1bis, 87 co. 4 e 86 co. 3bis del D.Lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 26 co. 6 del D.Lgs. n. 81 del 2008, ravvisando nella indicazione degli oneri di sicurezza **un elemento essenziale dell'offerta economica**, la cui mancanza integrava una irregolarità essenziale dell'offerta medesima perché determinante una incertezza assoluta sul contenuto della stessa, come tale non sanabile mediante soccorso istruttorio.

Successivamente, l'ordinanza del Consiglio di Stato n. 1116/2016, così come la giurisprudenza di merito, hanno rilevato, a più riprese, il possibile contrasto con il diritto dell'Unione Europea della normativa nazionale, se interpretata, come fatto dall'Adunanza Plenaria, nel senso che, pur in assenza di specifica indicazione nella lex specialis dell'obbligo di indicare i costi della sicurezza, l'offerta che ne sia priva debba essere esclusa dalla stazione appaltante. Una simile impostazione non terrebbe infatti in debito conto, si è detto, il comportamento dell'amministrazione che induca in errore i concorrenti, laddove nei documenti di gara tale obbligo non venga richiamato e nemmeno nella predisposizione dei moduli per la presentazione dell'offerta la stazione appaltante preveda l'indicazione della voce in questione. (TAR Piemonte n. 1745/2015; TAR Molise n. 77/2016; TAR Marche n. 104/2016; TAR Campania, n. 990/2016).

Diversi TAR hanno così sollevato questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE in merito alla compatibilità della normativa nazionale, così come interpretata dall'Adunanza Plenaria, con i principi comunitari, invocando in primo luogo il principio della **tutela del legittimo affidamento**, allorchè la disciplina di gara non preveda espressamente l'obbligo di indicazione separata, nell'ambito dell'offerta economica, degli oneri di sicurezza aziendale, anche in considerazione del fatto che tale obbligo non può trarsi con certezza dal diritto positivo, il quale ha richiesto, non a caso, l'intervento dell'Adunanza Plenaria.

Si è posto invece come una voce fuori dal coro, il TAR Umbria che, con la sentenza n. 1/2016, pur rilevando che davanti alla Corte Europea erano prospettati profili di giustizia sostanziale, non ha però ritenuto sussistente un vulnus al principio di tutela del legittimo affidamento, come pure a quello di certezza del diritto e di proporzionalità, nonchè al principio del favor participationis e della parità di trattamento tra le imprese concorrenti, in una interpretazione certamente rigorosa, ma non priva di un fondamento di razionalità, in quanto strettamente connessa a garantire un'adeguata ponderazione dei costi interni per la sicurezza e salute dei lavoratori, che trova il proprio fondamento negli artt. 32, 35 e 41 della Costituzione, ed in ogni caso derivante da una esegesi giurisprudenziale, la quale, quand'anche proveniente dall'organo con funzione nomofilattica, ha valore puramente dichiarativo e non costituisce novum ius.

**In questo quadro è quindi intervenuta di nuovo l'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 19 del 2016**, evidenziando la necessità di dover rivedere e, per così dire, "mitigare" l'interpretazione troppo rigorosa formulata nel 2015, proprio al fine di evitare che l'automatismo dell'effetto escludente si ponga in contrasto con i principi di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento, nonchè con quelli che assumono particolare rilievo nell'ambito procedure di evidenza pubblica, ovvero i principi di trasparenza, proporzionalità e *par condicio*.

Il Consiglio di Stato ha infatti voluto precisare come gli oneri di sicurezza rappresentino un elemento essenziale dell'offerta (la cui mancanza è in grado di ingenerare una situazione di insanabile incertezza assoluta sul suo contenuto) solo nel caso in cui si contesti al concorrente di avere formulato un'offerta economica senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento degli obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori. In questa ipotesi, vi è certamente incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta e la sua successiva sanatoria richiederebbe una modifica sostanziale del "prezzo", proprio perché andrebbe aggiunto l'importo corrispondente agli oneri di sicurezza inizialmente non computati. Laddove, invece, (come nel caso oggetto del giudizio), non sia in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta, ma si contesti solamente che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri, **la carenza**, allora, non è sostanziale, ma **solo formale**.

In questi termini, quindi, l'Adunanza Plenaria "chiarisce" il principio di diritto indicato nelle precedenti sentenze nn. 3 e 9 del 2015, mitigando il rigore di un esito applicativo che, altrimenti, risulterebbe sproporzionato ed iniquo.

Su questa scia si pone il Tar dell'Aquila con la sentenza in commento. Il Collegio, seppur dichiarando di non voler entrare nel merito della questione, mostra però di condividere la rimediazione operata dal Consiglio di Stato di cui si è appena detto, secondo cui l'offerente non deve essere *tout court* escluso per il solo fatto che abbia ommesso di indicare ciò che nel bando non era previsto, laddove afferma che l'onere allegativo disposto mediante soccorso istruttorio debba essere puntualmente onorato dall'impresa, così implicitamente ammettendo l'esperibilità del soccorso istruttorio a fronte di una mancata indicazione dei costi di sicurezza e la legittimità della conseguente richiesta dell'amministrazione di integrazione postuma dell'offerta. A ben vedere, il Tar compie questa affermazione prescindendo perfino dalla questione se l'impresa avesse effettivamente considerato nella formulazione dell'offerta,

ancorchè implicitamente, i costi in questione e se quindi la carenza fosse, effettivamente, soltanto formale. Il Collegio ritiene infatti *tout court* legittima la richiesta di soccorso istruttorio formulata dall'amministrazione e stigmatizza invece la condotta dell'impresa per non aver indicato in maniera specifica i costi *de quibus*, nemmeno in sede di risposta alla richiesta di integrazione postuma avanzata dalla stazione appaltante.

Preme evidenziare che la sentenza in esame si colloca ancora nel quadro normativo previgente, rispetto al quale l'art. 95 del D.lgs. n. 50 del 2016 (nuovo Codice appalti), unitamente alle nuove disposizioni dettate dallo stesso decreto in materia di soccorso istruttorio, segna invece un obiettivo distacco: infatti, l'art. 83 del nuovo Codice appalti prevede espressamente, al comma 9, l'inapplicabilità del nuovo soccorso istruttorio alle ipotesi di incompletezza o di irregolarità essenziali afferenti l'offerta tecnica ed economica. Considerato, pertanto, che l'art. 95, comma 10, impone all'operatore economico di indicare all'interno dell'offerta economica i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, ne consegue che, nel caso di mancata indicazione dei predetti oneri, l'offerta risulterà insanabile mediante ricorso al soccorso istruttorio.

A questo riguardo, la pronuncia del Tar Salerno n. 1604 del 06/07/2016, una delle prime a fare applicazione della nuova normativa, ha evidenziato come **l'art. 95 ponga un preciso ed ineludibile obbligo legale** in sede di predisposizione dell'offerta economica, conseguentemente, senza nemmeno entrare nel merito se nel caso di specie la mancata indicazione degli oneri integrasse una carenza sostanziale oppure, al contrario, meramente formale, il Collegio ha respinto il gravame decretando la legittimità dell'esclusione.

Ma in realtà dei dubbi ancora permangono ed il nuovo Codice non sembra averli dipanati, almeno non del tutto.

Il tenore letterale delle norme sopracitate, che porta a ritenere doverosa l'esclusione, dovrebbe essere infatti temperato con le esigenze della prassi, ben evidenziate dall'Adunanza Plenaria con la pronuncia n. 19 del 2016, che sembrano rendere necessario, o quanto meno opportuno, un momento di **intermediazione/contraddittorio** con l'appaltatore che potrebbe aver presentato un'offerta nella sostanza comprensiva degli oneri, senza averla però dettagliata.

Allorquando oggetto di contestazione sia soltanto un'offerta che non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri, la carenza, si è detto, non è sostanziale, ma solo formale. In questo caso il soccorso istruttorio, almeno nei casi in cui ricorre una situazione di **affidamento** ingenerato dalla stazione appaltante - per non aver questa richiesto la separata indicazione degli oneri -, dovrebbe ritenersi doveroso, dal momento che lo stesso non determinerebbe una modifica sostanziale del contenuto dell'offerta, ma solo una specificazione formale di una voce che, seppur considerata nel prezzo finale, non è stata indicata dettagliatamente.

Non si tratterebbe infatti, in tal caso, di una integrazione postuma dell'offerta che, in effetti, in base alla nuova normativa deve ormai ritenersi esclusa, ma di una fase di mera specificazione dell'offerta stessa, attraverso una sorta di soccorso istruttorio specificativo e di chiarimento. A favore di una tale soluzione potrebbe invero invocarsi il disposto dell'art. 83, comma 9, del nuovo Codice laddove consente il soccorso istruttorio in relazione alle carenze di qualsiasi elemento formale della domanda.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 119 del 2016, proposto da:

Consorzio Futura - Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Anna Di Russo C.F. DRSNNA60M51D708Q, con domicilio eletto presso l'Avv. Carla Di Stefano in L'Aquila, via Guglielmo Marconi, 2;

***contro***

Azienda Pubblica di Servizi alla Persona - Asp N.2 della Provincia di Teramo, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Rita Capanna Pisce' C.F. CPNRTI67M68A488Y, con domicilio eletto presso l'Avv. Carmen Fasciano in L'Aquila, Strada Statale 80, 20/A;

***nei confronti di***

Agora' Sooc.Coop. Onlus, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocato Angela Ferrara C.F. FRRNGL67T62L628P, con domicilio eletto presso l'Avv.

Claudio Verini in L'Aquila, via G.Carducci, 30;  
Consorzio Valcomino - Soc. Coop. Sociale Ar.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

***per l'annullamento della nota dell'Asp n.2 della provincia di Teramo prot. 73/2016 in data 08.02.2016 recante "comunicazione di aggiudicazione definitiva"***

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Pubblica di Servizi Alla Persona - Asp N.2 della Provincia di Teramo e della Agora' Sooc.Coop. Onlus;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 luglio 2016 il dott. Paolo Passoni e uditi per le parti l'avv. Anna Di Russo per il Consorzio ricorrente, l'avv. Rodolfo Giampietro, su delega dell'avv. Rita Piscè Capanna, per l'Amministrazione resistente, e l'avv. Roberto Colagrande, su delega dell'avv. Angela Ferrara, per la parte controinteressata, presenti nei preliminari;

Visto il ricorso proposto dal Consorzio Futura – soc coop soc.- avverso le risultanze della gara indetta dall'Azienda Pubblica di Servizi alla persona - ASP n. 2 della provincia di Teramo per l'affidamento in concessione della Casa di riposo "S. Rita" di Atri (gara indetta con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, aggiudicata in via definitiva alla soc. controinteressata Agora con determina n. 3/16 del responsabile del procedimento);

Considerato che la censura in rilievo nella presente vertenza riguarda la mancata indicazione degli oneri di sicurezza da parte dell'offerta aggiudicataria, in assenza di esplicita previsione sul punto della lex specialis ;

Rilevato in particolare che secondo la ricorrente, tale deficit allegativo avrebbe dovuto condurre direttamente alla esclusione dell'offerta (come statuito dall'adunanza plenaria del consiglio di Stato n. 9/14, censurando invece la scelta della stazione appaltante di disporre sul punto soccorso istruttorio a favore della controinteressata, senza peraltro che neanche dalla documentazione tardivamente allegata (in particolare un "Piano Economico Previsionale") si sia potuto evincere l'indicazione puntuale di tali costi;

Viste le difese dell'amministrazione e della controinteressata, sostanzialmente preordinate a rilevare la rimeditazione, nelle più autorevoli sedi giurisdizionali, dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria in ordine alla doverosità allegativa degli oneri di sicurezza, pur in mancanza di previsioni del bando, ed in questo senso non rileverebbe il cambio di strategia



difensiva in corsa operato dal ricorrente consorzio, che solo con memorie di udienza avrebbe inteso postulare che, in realtà, l'obbligo di indicare quei costi sarebbe stato in qualche modo previsto dalla *lex specialis*;

Vista l'ordinanza istruttoria del tar n. 422/2016, con cui sono stati richiesti all'amministrazione intimata (ASP 2 di Teramo) "...appositi chiarimenti relativi al piano economico previsionale presentato dalla società controinteressata, successivamente al soccorso istruttorio accordato dall'amministrazione stessa, specificando in particolare se i costi di sicurezza, pur se non espressamente indicati, siano o meno aliunde desumibili dal contesto tecnico del nuovo documento prodotto in gara".

Ritenuto che può prescindersi dal noto dibattito giuridico relativo alla sussistenza o meno di un onere a pena di esclusione –a carico della ditta partecipante- di indicare comunque al momento di proposizione della sua offerta gli oneri di sicurezza, anche in senza che il bando abbia specificato alcunché (dibattito ben noto anche a questo Tar, che ha recentemente sospeso un giudizio in attesa della pronuncia sul punto da parte della Corte Europea, cfr. sentenza parziale n. 428/2016);

Ritenuto che nella specie sia dirimente –ai fini della fondatezza del gravame- il fatto che, nonostante il soccorso istruttorio accordato dall'amministrazione, la ditta aggiudicataria abbia riscontrato tale interlocuzione senza allegare in modo puntuale ed inequivocabile quei costi omessi in sede di offerta, come denunciato fra i motivi di ricorso e come anche emerso dagli esiti della citata ordinanza disposta sullo specifico punto (con risposta dell'amministrazione depositata in udienza, dai cui contenuti non sono emerse risultanze inequivocabili ed aritmeticamente tangibili sulla precisa consistenza di tali costi, viceversa solo "presunti" dall'amministrazione stessa, sulla base di una ravvisata congruità globale dell'offerta);

Ritenuto che –anche a voler condividere gli orientamenti giurisprudenziali citati dai resistenti, in ordine al fatto che, nella soggetta materia, l'offerente non debba essere tout court escluso per aver omesso di indicare ciò che il bando non era previsto, resta indubbio che l'onere allegativo disposto mediante soccorso istruttorio debba essere puntualmente onorato dalla ditta che, da una parte è preavvisata –sia pure dopo la presentazione dell'offerta- sull'importanza di tali costi (importanza puntualmente evidenziata da numerosa giurisprudenza e non solo da AP 9/14), e dall'altra fruisce di una interlocuzione che le consente una integrazione postuma dell'offerta; pertanto, qualsiasi lacuna sulla precisa entità degli oneri di sicurezza, in sede di riscontro al soccorso istruttorio, deve essere valutata con la massima severità, ai fini della conseguente misura espulsiva, a prescindere se si tratti di appalto stricto sensu o concessione di servizi (per la quale le esigenze in questione restano immutate);

Considerato pertanto che il sopra evidenziato deficit allegativo, in cui è incorsa la controinteressata nel dare séguito alla disposta integrazione accordata dalla stazione appaltante, avrebbe dovuto condurre alla esclusione della sua offerta;

Ritenuto che da ciò consegue la fondatezza del gravame, proposto dal Consorzio Futura, avverso l'aggiudicazione comunque disposta a favore della controinteressata, aggiudicazione

che va pertanto annullata;

Precisato che le spese di lite seguono la soccombenza nei sensi indicati in dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima) accoglie il ricorso in epigrafe, nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione;

Spese a carico (in parti uguali) dell'amministrazione e della controinteressata, che dovranno corrispondere alla ricorrente la somma di euro 3.000,00 (euro tremila/00), oltre agli accessori di legge;

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 27 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Amicuzzi, Presidente

Paolo Passoni, Consigliere, Estensore

Paola Anna Gemma Di Cesare, Primo Referendario