

ONERI DI SICUREZZA AZIENDALE E SOCCORSO ISTRUTTORIO

di Michela Colapinto

Data di pubblicazione: 26-11-2016

1. Per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 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

Guida alla lettura

E' noto l'ondivago orientamento giurisprudenziale circa le conseguenze determinate dalla mancata indicazione tra posizioni radicali **sull'esclusione automatica** dell'appaltatore, anche a prescindere da indicazioni specifiche nel bando di gara e/o nei vari atti tecnici (compreso il modello da utilizzare per l'offerta), e una posizione maggiormente sensibile, non solo al **dato letterale** che non prevedeva espressamente l'esclusione, verso l'applicazione almeno della forma evoluta del **soccorso istruttorio integrativo a pagamento** (di cui al pregresso comma 2-bis dell'articolo 38 D.Lgs. 163/2006 e ora al comma 9 dell'articolo 83 del nuovo codice degli appalti).

L'Adunanza Plenaria n. 3 del 20 marzo 2015 aveva escluso l'applicabilità del soccorso istruttorio alle offerte economiche prive della separata indicazione degli oneri di sicurezza interni o aziendali, relativamente alle gare nelle procedure di affidamento di lavori, sotto pena di esclusione della offerta, anche se non prevista nel bando di gara. **L'Adunanza Plenaria n. 9 del 2 novembre 2015** aveva precisato come non fossero legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, anche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si fosse conclusa prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria n.3 del 2015.

Sul presupposto della non conformità dell'orientamento espresso dalle Plenarie al diritto di matrice eurounitaria, diversi Tar (tra tutti Tar Piemonte- sez. II - **ordinanza del 16 dicembre 2015 n. 1745**) avevano rimesso, ex art. 267 TFUE (c.d. rinvio pregiudiziale), la questione alla Corte di Giustizia della U.E.; contestualmente le sezioni semplici del Consiglio di Stato

avevano stimolato un nuovo intervento nomofilattico della Plenaria sul tema.

E così, la pronuncia in **Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 27 luglio 2016, n. 19**, nell'attenta ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali – e soprattutto negli interventi dell'A.P. rispettivamente nn. 3 e 9/2015 – giunge ad affermare che, almeno fino all'entrata in vigore del decreto legislativo 50/2016 *“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”*.

Il principio affermato dall'Adunanza Plenaria è, altresì, conforme a quanto ritenuto dalla Corte di Giustizia (da ultimo nella recente **sentenza 2 giugno 2016, C-27/15**) secondo cui *“deve escludersi che una condizione di partecipazione alla gara possa determinare l'automatica esclusione dell'offerta, senza il previo esercizio del soccorso istruttorio, ove tale condizione non sia espressamente prevista dai documenti di gara e possa essere individuata solo con una interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale”*

Finalmente il nuovo D. Lgs. n. 50/2016 sembra porre la parola fine all'annosa questione relativa all'obbligo d'indicazione degli oneri di sicurezza interni o aziendali da parte di un concorrente, che tanto ha occupato la giurisprudenza in vigenza del precedente Codice (D. Lgs. n. 163/2006).

Nelle nuove procedure di gara indette ai sensi del D.Lgs n. 50 del 2016 (nuovo Codice degli appalti) l'indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale costituisce un preciso e ineludibile obbligo legale, che le imprese concorrenti sono sempre tenute a rispettare nella presentazione dell'offerta economica (**Tar Campania, Salerno, sez. I, 6 luglio 2016, n. 1604**).

La lettura **dell'articolo 95 del D.Lgs n. 50 del 2016**, unitamente alle nuove disposizioni dettate dallo stesso Codice in materia di soccorso istruttorio, segna, peraltro, un obiettivo distacco rispetto a quanto previsto nella previgente normativa: e infatti, l'articolo 83 del nuovo Codice 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'articolo 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. È opportuno aggiungere, infine, che, benché si tratti di un preciso ed ineludibile obbligo legale, le stazioni appaltanti dovranno sempre aver cura di ricordare ai concorrenti il predetto adempimento nella presentazione dell'offerta economica.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1952 del 2016, proposto da: Co.Ge.Pa. Costruzione Generali Passarelli S.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo Rti con Pa. Co. Pacifico Costruzioni S.p.a., in persona del legale, rappresentata e difesa dagli avv. Enrico Soprano, Giangiacomo Allodi e Arturo Massimo, con domicilio eletto presso Enrico Soprano in Roma, via degli Avignonesi, 5;

contro

Comune di Napoli, in persona del sindaco in carica , rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Andreottola, Eleonora Carpentieri, Fabio Maria Ferrari, con domicilio eletto presso Nicola Laurenti in Roma, via F. Denza, 50/A;

nei confronti di

Consorzio Cooperative Costruzioni - Ccc Soc. Coop., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso A. Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

Credentino Costruzioni Spa, in persona del legale rappresentante, non costituita in giudizio;

per la riforma della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 05568/2015, resa tra le parti, concernente affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di riqualificazione urbanistica e ambientale asse costiero - ris.danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Napoli e di Consorzio Cooperative Costruzioni - Ccc Soc. Coop.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 settembre 2016 il Cons. Sandro Aureli e uditi per le parti gli avvocati Arturo Massimo, Nicola Laurenti su delega dell'avvocato Eleonora Carpentieri, Lorenzo Lentini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La controversia riguarda una procedura di gara aperta, indetta dal comune di Napoli, con bando del 22 ottobre 2014, per l'affidamento della progettazione esecutiva e dei lavori di riqualificazione urbanistica ed ambientale dell'asse costiero, ed in particolare l'annullamento del provvedimento adottato dalla commissione di gara nella seduta di gara dell'8 maggio 2015, con il quale ha comunicato alla costituenda A.T.I. appellante che era stata decretata la sua esclusione ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis del D.Lgs. n. 163/2006 "per non aver indicato la quantificazione dei costi interni per la sicurezza del lavoro" poiché a tenore della sentenza del 20 marzo 2015, n. 3" dell'Adunanza . Plenaria di questo Consiglio di Stato "nelle procedure di affidamento di lavori i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel Bando di gara".

La sentenza impugnata redatta in forma semplificata ex art.60 c.p.a. , ha respinto il primo motivo del ricorso di primo grado, fondato sull'assenza di previsione nel bando e nel disciplinare di gara dell'obbligo di specificare nell'offerta gli oneri di sicurezza, osservando che l'Ad.Plen.n.3 del 2015 di questo Consiglio ha ritenuto irrilevante la necessità di tale specificazione.

Ha respinto il secondo motivo di ricorso relativo all'applicabilità ratione temporis alla gara in questione, del comma 1 ter dell'art.46 del codice, introdotto dal decreto legge n.90 del 24 giugno 2014 (con l'introduzione del c.d. soccorso istruttorio rinforzato), entrato in vigore prima del bando, non essendosi con esso comunque consentita la sanatoria di un'offerta mancante di un elemento essenziale (indicazione separata,nell'offerta economica, degli oneri della sicurezza aziendale, aggiungendo che con la sentenza n.9 del 2015 l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio ha escluso la sanabilità delle offerte con il soccorso istruttorio dell'omessa indicazione degli oneri della sicurezza aziendale anche per le procedure nella quali la fase di presentazione delle offerte si fosse conclusa prima della predetta pronuncia n.3 del 2015 atteso il carattere interpretativo di quest'ultima.

Ha respinto il terzo motivo di ricorso opponendo "l'obbligatorietà" del principio affermato nella già citata sentenza n.3 del 2015, venendo altrimenti compromesso irreparabilmente il principio di legalità nell'affidamento degli appalti pubblici.

Ha respinto infine il quanto ed ultimo motivo di ricorso rilevando che, per giurisprudenza consolidata di questa Sezione V (sent.n.1543/2015) sul preavviso di ricorso non si forma alcuna ipotesi di silenzio dell'Amministrazione ovvero di immotivato diniego dell'esercizio del

potere di autotutela.

Il Comune di Napoli si è costituito in giudizio riproponendo l'eccezione di tardività del ricorso, dal primo giudice non esaminata, del quale, nel merito, ha chiesto comunque il rigetto.

Anche la società cooperativa intimata si è costituita in giudizio per chiedere il rigetto del ricorso

Entrambe le società parti del giudizio hanno depositato memoria.

L'appello è fondato.

Deve a tal fine essere esaminata l'eccezione di tardività del ricorso di primo grado che il primo il Comune di Napoli ha riproposto non essendo stata esaminata dal primo giudice.

L'eccezione è infondata.

E' esatto, essendo in linea con l'orientamento di questo giudice (Cons. Stato Sez. Vn.2614/2013), quanto afferma il Comune sulla piena conoscenza dell'esclusione dalla gara dell'A.T.I. ricorrente a far data dalla seduta della commissione di gara dell' 8 maggio 2015, nella era presente il rappresentante di tale associazione temporanea.

Senonchè anche se si considera detto giorno come dies a quo, il ricorso di primo grado non è comunque tardivo essendo stato notificato alle controparti con raccomandata del 5 giugno 2015, mentre il giorno 9 giugno successivo, al quale si riferisce il comune nella sua eccezione, è quello, verosimilmente, in cui l'atto in questione è stato ricevuto, la cui irrilevanza ai fini della tempestività dell'impugnazione è pacifica a partire dalla nota sentenza della Corte Costituzionale n.477 del 2002 che in materia ha introdotto principi assolutamente innovativi che non possono essere ignorati.

Come già esposto, la sentenza di primo grado ha ritenuto legittima l'esclusione dalla gara dell'A.T.I. ricorrente, avendo quest'ultima presentato un'offerta economica nella quale non erano stati indicati separatamente i costi della sicurezza aziendale, in violazione di un obbligo che, alla luce dell'insegnamento esplicitato dalle note sentenze dell'Adunanza Plenaria di questo Consesso n.3 e n.9 del 2015, è da considerare essenziale ed ineludibile ,ancorché non previsto nella *lex specialis*, insuscettibile di soccorso istruttorio.

E' però parimenti noto alle società parti del presente giudizio, essendosi ad essa diffusamente riferite nei rispettivi scritti difensivi, seppure traendone opposte conclusioni, che sulla questione concernente gli effetti della mancata indicazione nell'offerta economica degli oneri della sicurezza aziendale è nuovamente intervenuta recentemente l'Adunanza plenaria di questo Consesso con la sentenza n.19 del 2016 .

In essa, dopo aver precisato il quadro normativo e giurisprudenziale nel quale dovevano essere collocate le proprie precedenti sentenze nn. n.3 e 9 del 2015, viene messo in evidenza che la questione delle conseguenze dell'omessa indicazione degli oneri della sicurezza

aziendale da parte di una società concorrente in una procedura di gara per l'affidamento di un contratto pubblico, deve essere affrontata dal lato sostanziale e non sul piano formale . Ciò alla luce dei principi enunciati dalla Corte di giustizia (da ultimo nella recente sentenza 2 giugno 2016, C-27/15)” per i quali deve escludersi che una condizione di partecipazione alla gara possa determinare l'automatica esclusione dell'offerta, senza il previo esercizio del soccorso istruttorio, ove tale condizione non sia espressamente prevista dai documenti di gara e possa essere individuata solo con una interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale” (punto 38).

Tale impostazione ha portato alla successiva enunciazione del principio di diritto secondo il quale “Per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 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”.

Venendo alla controversia in esame, non possono nutrirsi dubbi sul fatto che la sentenza dell'Adunanza Plenaria di questo Consesso n.19 del 2016 debba trovare applicazione anche nella procedura di gara, bandita il 22 ottobre 2014, dalla quale parte appellante è stata esclusa essendo la commissione di gara giunta a tale contestato esito procedendo alla pedissequa applicazione delle citate sentenze n.3 e n.9 del 2015.

Tanto non senza aggiungere che appare del tutto condivisibile, alla luce dell'esame degli atti di gara, l'affermazione di parte appellante secondo la quale la *lex specialis* non richiedeva affatto che nell'offerta economica venissero indicati separatamente gli oneri della sicurezza aziendali.

In conclusione, illegittimamente, in virtù della da ultimo richiamata sentenza dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, la commissione di gara ha escluso la società appellante, insieme altre tre concorrenti, senza prima avvalersi del soccorso istruttorio al fine di acquisire la componente economica in questione.

Il ricorso va quindi accolto.

La novità della questione esaminata consente la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

