

## **Oneri di sicurezza aziendali e soccorso istruttorio: la disciplina comunitaria tra nuovo e vecchio codice**

*di Luca Giaconi*

*Data di pubblicazione: 5-2-2017*

1. Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice.(1)

2. Sino a quando il procedimento amministrativo non è definitivamente concluso l'amministrazione conserva - salvi gli affidamenti riconosciuti dalla legge - integro il potere di emendarlo. Pertanto, la stazione appaltante, una volta rilevato di aver escluso la società concorrente senza aver preventivamente esercitato il potere di soccorso istruttorio, può attivarsi per porre rimedio alla lacuna, provvedendo a riaprire il procedimento e a chiedere alla detta concorrente le occorrenti integrazioni documentali. E ciò anche quando le offerte economiche siano già note, senza che la conoscenza delle altre offerte economiche formulate possa inficiare il procedimento.

Per un verso, se ne sussistono i giusti presupposti, il soccorso istruttorio è doveroso, non avendo l'amministrazione potere di scegliere se esercitarlo o meno. Per altro verso, dalla norma che lo disciplina (art. 38, comma 2-*bis*, d. lgs. n. 163 del 2006) non emergono limiti temporali al potere di disporlo, salvo quello naturale derivante dalla definitiva conclusione del procedimento di gara.(2)

(1) Conforme Cons. Stato, AP, 27 luglio 2016, n. 19;

(2) Conforme CGUE, Sez. VI, 10 novembre 2016, in C-140/16, C-697/15 e C-162/16;

## Guida alla lettura

La sentenza in commento, riguarda il problema inerente all'indicazione degli oneri di sicurezza aziendale per l'impresa concorrente, quale motivo di esclusione dalla procedura concorsuale e la possibilità di rimuovere l'irregolarità mediante l'istituto del soccorso istruttorio.

Tale profilo era già stato oggetto di pronunce dell'Adunanza Plenaria nelle quali il Consiglio di Stato aveva chiarito che *"in virtù di una interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 86, 87, comma 4, e 131 del D.Lgs. n. 163/2006, 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"* (cfr. Cons. Stato (Ad. Plen., 20.03.2015, n. 3). Pertanto, nel silenzio del vecchio codice dei contratti pubblici, era intervenuta la giurisprudenza ad elevare al rango di clausola di esclusione tipica la mancata indicazione degli oneri aziendali da parte dell'impresa partecipante alla gara. E ciò anche nel caso in cui tale condizione di partecipazione non fosse espressamente prevista nel disciplinare di gara.

Tuttavia, successivamente, il Consiglio di Stato tornava sulla questione con sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 19/2016, modificando parzialmente le proprie determinazioni alla luce dei principi individuati dalla Corte di Giustizia UE.

Segnatamente rileva l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che il contributo recentemente offerto dalla giurisprudenza comunitaria (cfr. Conforme CGUE, Sez. VI, 10 novembre 2016, in C-140/16, C-697/15 e C-162/16) all'elaborazione della portata dei principi di parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità (e, più in generale, di quelli di tutela dell'affidamento e di certezza del diritto), porta a ritenere che *"la regola della esclusione automatica, senza il previo esercizio del soccorso istruttorio, del concorrente che non abbia specificato nell'offerta gli oneri di sicurezza risulta sproporzionata e sostanzialmente iniqua"* (Cons. Stato, Ad. Plen., 27.07.2016, n. 19). Il Consiglio di Stato osserva che l'applicazione della regola dell'esclusione automatica, senza il previo soccorso istruttorio, si tradurrebbe in un risultato confliggente con i principi euro-unitari di tutela dell'affidamento, di certezza del diritto, di trasparenza, par condicio e proporzionalità, laddove la doverosità del previo ricorso al soccorso istruttorio non rappresenta un esito contrastante con i principi affermati dalla sentenza n. 3 del 2015.

Infatti, gli oneri di sicurezza rappresentano 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 contesta al concorrente di avere formulato un'offerta economica senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento dei obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori. In questa ipotesi, vi sarebbe certamente incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta e la sua successiva sanatoria richiederebbe una modifica sostanziale del "prezzo" (perché andrebbe aggiunto l'importo corrispondente agli oneri di sicurezza inizialmente non computati). Diversamente, laddove 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 contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri, la carenza, allora, non è sostanziale, ma solo formale. In questo caso, concludeva il Consiglio di Stato, il soccorso istruttorio è doveroso, perché esso

non si traduce in una modifica sostanziale del contenuto dell'offerta, ma solo nella specificazione formale di una voce che, pur considerata nel prezzo finale, non è stata indicata dettagliatamente.

A tal proposito, giova ricordare che con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 viene previsto all'art. 95, comma 10 che *“nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro”*.

Pertanto, oggi, la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio residua solo per le ipotesi non concernenti i costi relativi alla *“sicurezza e salute sul lavoro”* poiché il legislatore è intervenuto specificando la previsione nella nuova formulazione del Codice.

Tuttavia, alla luce dei principi enunciati dalla Corte di giustizia, da ultimo nella recente sentenza 2 giugno 2016, C-27/15, 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. Di talché, eccezion fatta per i contratti stipulati nella vigenza del nuovo Codice degli appalti, i base ai suddetti principi comunitari, deve ritenersi sempre ammissibile il soccorso istruttorio in tema di *“oneri aziendali”* a meno che gli stessi non possano determinare (come nel caso di quelli inerenti la sicurezza dei lavoratori) un'effettiva distorsione del prezzo dell'offerta. Peraltro, in relazione alla disciplina introdotta con d.lgs. n. 50/2016, la questione resta inevitabilmente aperta, dal momento che l'ampia formulazione dell'art. 80, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 (che ammettere il soccorso istruttorio con riferimento a *“qualsiasi elemento formale della domanda”*) può, ragionevolmente, indurre a ritenere che il soccorso istruttorio consente, comunque, di sanare l'offerta che sia viziata solo per la mancata formale indicazione separata degli oneri di sicurezza.

Nel caso di specie, poi il Consiglio di Stato, sulla base dei suesposti principi ha avuto modo di stabilire che la stazione appaltante può attivarsi con il soccorso istruttorio in ordine agli oneri di sicurezza aziendali, anche quando le offerte economiche siano già note agli altri concorrenti, proprio perché, da un lato il soccorso istruttorio è doveroso, dall'altro perché nella disciplina del d.lgs. n. 163/2006 non emergono limiti temporali al suo esercizio, eccezion fatta per la conclusione del procedimento di gara.

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3432 del 2016, proposto da:

Secci Natale s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Eulo Cotza e Paolo Cotza, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis, in Roma, via Portuense, 104;

***contro***

Comune di Villagrande Strisaili, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Sergio Segneri e Daniela Piras, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis, in Roma, via Portuense, 104;

***nei confronti di***

Impresa Luas di Giaccu Giovanni Antonio, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Mauro Barberio e Stefano Porcu, domiciliata ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria sezionale del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. Sardegna, Sezione I, n. 00087/2016, resa tra le parti, concernente affidamento lavori di sistemazione idrogeologica del rio S'arrescottu.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Villagrande Strisaili e di Impresa Luas di Giaccu Giovanni Antonio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2016 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Eulo Cotza, Sergio Segneri, Daniela Piras e Gianfranco Meazza, su delega di Mauro Barberio.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

Il Comune di Villagrande Strisaili ha bandito una procedura aperta, da aggiudicare col criterio del prezzo più basso, per l'affidamento dei lavori concernenti la sistemazione idrogeologica del rio S'Arrescottu, dell'importo a base d'asta pari a € 1.760.578.

All'esito delle operazione di gara l'appalto è stato affidato all'Impresa Luas di Giaccu Giovanni Antonio, la cui offerta è risultata la più vicina alla soglia di anomalia determinata previa esclusione dalla selezione della Co.Ge s.r.l..

Considerato che la permanenza in gara della detta concorrente, determinando una diversa soglia di anomala, avrebbe comportato l'aggiudicazione dell'appalto a proprio favore, la Secci Natale s.r.l. ha proposto ricorso davanti al Tribunale amministrativo della Sardegna col quale ha censurato il provvedimento espulsivo (determinato dall'omessa sottoscrizione del modello B contenente le dichiarazioni da rendere ex art. 38 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e l'accettazione delle condizioni di gara) adottato nei confronti della Co.Ge..

L'impresa Luas, dal canto suo, ha proposto ricorso incidentale diretto a contestare l'illegittima ammissione alla gara della ricorrente principale (stante l'omessa dichiarazione degli oneri di sicurezza aziendale) e quindi la sua legittimazione ad impugnare.

Con sentenza 29 gennaio 2016, n. 87 l'adito Tribunale amministrativo ha accolto il ricorso incidentale e conseguentemente dichiarato inammissibile quello principale.

Ritenendo la sentenza erronea e ingiusta la Secci Natale l'ha impugnata, chiedendo, in riforma della stessa, l'accoglimento del proprio ricorso di primo grado, anche ai fini risarcitori.

Per resistere all'appello si sono costituiti in giudizio il Comune di Villagrande Strisaili e l'Impresa Luas.

Alla pubblica udienza del 13 dicembre 2016 la causa è passata in decisione.

Con riguardo al capo di sentenza con cui il Tribunale amministrativo della Sardegna ha accolto il ricorso incidentale, ha carattere assorbente la censura con cui l'appellante si duole dell'erroneità dell'affermazione che la mancata specificazione degli oneri di sicurezza aziendale in sede di offerta potesse costituire causa di esclusione della procedura selettiva, pur in assenza di una specifica prescrizione in tale senso nella disciplina di gara.

La pronuncia contrasterebbe, infatti, con i principi eurounitari di tutela del legittimo affidamento, di certezza del diritto, di libera circolazione, di libero stabilimento, di parità di trattamento, di non discriminazione di proporzionalità e di trasparenza.

La doglianza è fondata.

L'impugnata sentenza richiama integralmente l'orientamento dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato di cui alle sentenze 20 marzo 2015, n. 3 e 2 novembre 2015, n. 9,

riguardo alle conseguenze della mancata indicazione degli oneri della sicurezza aziendale in sede di offerta.

Più di recente, però, la medesima Adunanza plenaria è nuovamente intervenuta sulla tematica con la sentenza 27 luglio 2016, n. 19 che, rettificando il precedente orientamento, alla luce dei principi eurounitari della tutela dell'affidamento, della certezza del diritto, della parità di trattamento, della non discriminazione, della proporzionalità e della trasparenza, ha affermato che per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del nuovo c.d. codice degli appalti pubblici e delle concessioni (d.lgs. 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 termini anche Cons. Stato, V, 23 dicembre 2016, n. 5444; III, 27 ottobre 2016, n. 4527).

Il nuovo orientamento ha trovato conferma nell'ordinanza della Corte di Giustizia U.E., VI, 10 novembre 2016, in C-140/16, C-697/15 e C-162/16, secondo cui *“il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, come attuati dalla direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito dell'inosservanza, da parte di detto offerente, dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla procedura e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un'interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti. I principi della parità di trattamento e di proporzionalità devono inoltre essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di concedere a un tale offerente la possibilità di rimediare alla situazione e di adempiere detto obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice”*.

La pronuncia riprende l'affermazione più generale della stessa Corte di Giustizia di cui alla sentenza della Sez. VI, 2 giugno 2016, in C-27/15, secondo la quale: *“Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice”*.

L'odierna fattispecie trova la sua integrale disciplina nei principi di diritto enunciati della più

recente giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di Giustizia U.E. sopra richiamata.

Invero:

a) la procedura selettiva per cui è causa si è svolta sotto il vigore del *Codice dei contratti pubblici* del 2006;

b) è incontrovertito che la disciplina di gara non richiedesse ai concorrenti di specificare nell'offerta, tanto meno a pena di esclusione, gli oneri della sicurezza aziendale, né tale prescrizione si rinveniva nei moduli predisposti dalla stazione appaltante per la formulazione dell'offerta;

c) non è, infine, contestato che l'offerta economica della Secci Natale, rispettasse i costi minimi della sicurezza aziendale.

Alla luce del descritto contesto, deve ritenersi che erroneamente il giudice di prime cure abbia valutato legittima l'esclusione dalla gara dell'odierna appellante per l'omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendale.

Occorre, a questo punto, procedere all'esame delle censure prospettate in primo grado col ricorso principale in questa sede riproposte.

Le doglianze formulate possono essere così sinteticamente riassunte:

a) l'intimato comune ha tardivamente esercitato il potere di soccorso istruttorio nei confronti della Co.Ge., in particolare ciò ha fatto dopo aver reso note le offerte economiche pervenute, cosicché la concorrente esclusa ha potuto valutare la mancanza di convenienza ad avvalersi dell'istituto;

b) considerato che la mancata risposta della Co.Ge. alle richieste di integrazione documentale avanzate dalla stazione appaltante è da ricondursi ad un errore a quest'ultima imputabile (l'aver attivato il soccorso istruttorio a offerte economiche cognitive), si sarebbe dovuto precedere alla sua ammissione alla gara (anche solo virtuale) ai fini del corretto calcolo della soglia di anomalia;

c) la *lex specialis* della gara, laddove da intendere nel senso di considerare, comunque, sanzionabili a pena di esclusione le carenze riscontrate nell'offerta della Co.Ge., sarebbe viziata per violazione dei principi concernenti il *favor* per la massima partecipazione e la tassatività delle cause di esclusione, nonché del principio che impone l'esercizio del soccorso istruttorio;

d) nei verbali di gara non sono riportate talune circostanze concernenti la procedura selettiva di che trattasi verificatesi tra il 31 dicembre 2014 (data del primo verbale di aggiudicazione provvisoria) e il 28 aprile 2015 (data della terza seduta della Commissione di gara), così come nel verbale n. 2 neppure si dà atto della presenza del difensore della ricorrente alla seduta a cui il medesimo si riferisce;

e) inconferente è, infine, la richiesta con cui alla Co.Ge. sono stati chiesti chiarimenti sulla quota che la stessa intendeva subappaltare essendo, in ogni caso, la concorrente in possesso (in proprio o per avvalimento) di qualificazioni idonee a consentirle di partecipare alla gara.

Le censure, che si prestano ad una trattazione congiunta, non meritano accoglimento.

Per pacifico principio, sino a quando il procedimento amministrativo non è definitivamente concluso l'amministrazione conserva - salvi gli affidamenti riconosciuti dalla legge - integro il potere di emendarlo.

Nel caso di specie, la stazione appaltante, una volta rilevato (anche sollecitata dall'esterno) di aver escluso la Co.Ge. senza aver preventivamente esercitato il potere di soccorso istruttorio, si è correttamente attivata per porre rimedio alla lacuna, provvedendo a riaprire il procedimento e a chiedere alla detta concorrente le occorrenti integrazioni documentali.

Il fatto che ciò sia avvenuto quando ormai le offerte economiche erano note, cosicché la Co.Ge. ha potuto valutare che non le conveniva avvalersi del beneficio perché, comunque, in considerazione dell'offerta economica formulata, non sarebbe risultata aggiudicataria, non inficia il procedimento.

Per un verso, se ne sussistono i giusti presupposti, il soccorso istruttorio è doveroso, non avendo l'amministrazione potere di scegliere se esercitarlo o meno. Per altro verso, dalla norma che lo disciplina (art. 38, comma 2-*bis*, d. lgs. n. 163 del 2006) non emergono limiti temporali al potere di disporlo, salvo quello naturale derivante dalla definitiva conclusione del procedimento di gara.

Che le concrete modalità con cui nella fattispecie l'amministrazione ha attivato il soccorso istruttorio abbiano finito per pregiudicare l'odierna appellante, è, poi, circostanza del tutto occasionale, come tale inidonea a viziare il procedimento.

Del resto, non è provato che tali modalità siano state seguite allo specifico scopo di danneggiare la Secci Natale così da rendere potenzialmente configurabile uno sviamento di potere.

Nemmeno ha fondamento la tesi per cui, nel caso descritto, la concorrente avrebbe dovuto, comunque, essere ammessa alla gara (anche solo virtualmente) pur non avendo corrisposto alla richiesta di integrazione documentale.

Quanto all'asserita incompletezza dei verbali della Commissione giudicatrice è sufficiente rilevare che il contenuto essenziale degli stessi ha ad oggetto la descrizione delle sole operazioni di gara, per cui è privo di rilevanza che negli stessi non risultino verbalizzate circostanze estranee a tali operazioni come quelle indicate dalla Secci Natale nell'atto d'appello.

Conclusivamente l'appello va respinto, seppur rivedendo la motivazione dell'impugnata sentenza.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di natura diversa.

La novità delle questioni affrontate giustifica l'integrale compensazione di spese e onorari di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore