

## Continua la saga giurisprudenziale degli oneri di sicurezza: la parola all'Adunanza plenaria

di Paolo Fontana, Massimiliano Viola

Data di pubblicazione: 31-10-2018

*È rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 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 sia in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta, né vengano in rilievo profili di anomalia dell'offerta, ma si contesti 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.*

### Brevi annotazioni

#### **1. L'emersione (e il consolidamento) di due opposti indirizzi ermeneutici.**

Con l'ordinanza in oggetto – e con la distinta ordinanza, della medesima Sezione, n. 6122 del 26 ottobre 2018 – è stata rimessa all'Adunanza plenaria la delicata questione (analoga a quella già sorta sotto la vigenza del d.lgs. n. 163/2006) circa le conseguenze della mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale nell'offerta presentata da un operatore economico nel contesto di una gara pubblica.

In buona sostanza, l'Adunanza Plenaria è chiamata a chiarire quali conseguenze debba produrre la mancata indicazione separata nell'offerta degli oneri di sicurezza e del costo della manodopera.

Si tratta di una *vexata quaestio* che ha dato origine a una vera e propria *saga giurisprudenziale*, nella quale si sono fronteggiati - senza esclusione di colpi - due opposti indirizzi ermeneutici: (i) l'uno di matrice formalistica, secondo cui l'omessa indicazione separata degli oneri di sicurezza e del costo della manodopera rappresenterebbe una carenza insanabile dell'offerta e dovrebbe pertanto comportare l'esclusione automatica dell'offerente, e (ii) l'altro di matrice sostanzialistica, secondo cui la mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza e del costo della manodopera sarebbe invece sanabile mediante il soccorso istruttorio, non potendo valere, di per sé, a costituire un'ipotesi di esclusione automatica dalla procedura competitiva.

#### **2. Il dato normativo.**

Prima di esaminare nel dettaglio i due opposti orientamenti giurisprudenziali, occorre richiamare il dato normativo rilevante.

Da un lato, viene in considerazione l'art. 95, comma 10, d.lgs. 50/2016, secondo cui *“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 ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell’articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell’aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all’articolo 97, comma 5, lettera d)”*.

Dall’altro lato, viene in considerazione l’art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016, secondo cui *“le carenze di **qualsiasi elemento formale** della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio”, con particolare riferimento alla “mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale (...) con esclusione di quelle afferenti all’offerta economica e all’offerta tecnica”*.

### **3. L’orientamento ‘sostanzialista’.**

Secondo un primo orientamento, di matrice sostanzialistica, la mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza e del costo della manodopera sarebbe sanabile mediante il soccorso istruttorio, non potendo valere, di per sé, a costituire un’ipotesi di esclusione automatica dalla procedura di gara.

Infatti, sebbene l’art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, prescriva effettivamente l’imprescindibile necessità di indicare separatamente gli oneri di sicurezza aziendali, qualificando quindi l’inosservanza di tale obbligo alla stregua di una *carezza formale essenziale* dell’offerta, tale norma andrebbe comunque letta nel suo combinato disposto con l’art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016, che ammette il soccorso istruttorio per tutte le irregolarità essenziali di natura formale.

In buona sostanza, pur avendo il legislatore previsto espressamente tale obbligo dichiarativo, secondo tale orientamento non potrebbe comunque essere impedita l’applicazione della disciplina in tema di soccorso istruttorio.

In termini, si vedano, *ex multis*: Tar Lazio, Roma, Sez. II-bis, 15 ottobre 2018, n. 5423; Tar Basilicata, Sez. I, 3 luglio 2018, n. 438; Tar Puglia, Lecce, Sez. III, ord. 7 febbraio 2018, n. 73; Tar Campania, Napoli, Sez. V, 11 maggio 2018, n. 3149; Tar Lazio, Roma, Sez. II-bis, 15 maggio 2018, n. 5423; Cons. St., Sez. III, 27 aprile 2018, n. 2554; Tar Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 16 gennaio 2018, n. 43; Tar Lombardia, Brescia, 14 luglio 2017 n. 912; Tar Sicilia, Catania, Sez. III, 12 dicembre 2016, n. 3217.

### **4. L’orientamento ‘formalista’.**

Secondo un diverso ed opposto orientamento, di matrice formalistica, l’omessa indicazione separata degli oneri di sicurezza e del costo della manodopera rappresenterebbe una carezza

insanabile dell'offerta e dovrebbe pertanto comportare l'esclusione automatica dell'offerente.

In particolare, secondo tale interpretazione, la previsione di cui all'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 andrebbe automaticamente a etero-integrare la *lex specialis* di gara eventualmente silente sul punto, senza che da ciò possa essere fatta discendere alcuna violazione del principio di parità di trattamento, atteso che l'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, in quanto norma di legge, è per definizione conoscibile *ex ante* da tutti i potenziali concorrenti.

Secondo l'indirizzo in parola, tale norma sarebbe talmente chiara nella sua formulazione da superare tutte le precedenti incertezze (relative al periodo di vigenza del vecchio Codice), non potendosi quindi fare applicazione alle gare bandite sotto la vigenza del d.lgs. n. 50/2016 dei principi di diritto formulati dalla sentenza dell'Adunanza plenaria 27 luglio 2016, n. 19, in tema di ammissibilità del soccorso istruttorio per il caso di mancata separata indicazione degli oneri di sicurezza.

In buona sostanza, secondo i sostenitori di tale indirizzo ermeneutico, aderendo all'orientamento di matrice sostanzialista si priverebbe di ogni effetto la novella legislativa che ha introdotto espressamente l'obbligo di separata indicazione degli oneri di sicurezza, mentre ciò non sarebbe ammissibile in ossequio al canone ermeneutico del c.d. *effetto utile*.

L'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, dovrebbe quindi essere letto nel senso di ritenere che – nel caso in cui un operatore abbia ommesso di indicare il costo stimato per gli oneri di sicurezza – tale circostanza possa comportare l'esclusione dalla gara soltanto qualora si contesti al ricorrente di aver formulato la propria offerta senza considerare tali costi, atteso che (soltanto) in queste ipotesi vi sarebbe incertezza circa il contenuto e la congruità della proposta economica. Viceversa, qualora 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 soltanto la mancata esplicitazione di tali costi, la relativa carenza sarebbe soltanto *formale*, per quanto *essenziale*; di conseguenza, il soccorso istruttorio sarebbe non soltanto possibile, ma addirittura doveroso poiché altrimenti, opinando diversamente, verrebbe meno la stessa ragion d'essere dell'istituto.

In termini, si vedano, *ex multis*: Cons. St., Sez. V, 25 settembre 2018, n. 5513; Tar Lazio, Roma, Sez. II, 12 giugno 2018, n. 6540; Tar Sardegna, Sez. I, 26 aprile 2018, n. 375; T.r.g.a. Bolzano, 18 aprile 2018, n. 138; Tar Puglia, Lecce, Sez. III, 13 aprile 2018, n. 642; Tar Campania, Napoli, Sez. II, 16 aprile 2018, n. 2494; Tar Campania, Napoli, Sez. I, 2 febbraio 2018, n. 725; Cons. St., Sez. V, 7 febbraio 2018, n. 815; Cons. St., Sez. V, 12 marzo 2018, n. 1555; Tar Sicilia, Catania, Sez. III, 9 marzo 2018, n. 505; Tar Calabria, Catanzaro, Sez. I, 28 maggio 2018, n. 1100; Tar Calabria, Catanzaro, Sez. I, 7 febbraio 2018, n. 337; Tar Lazio, Latina, Sez. I, 23 febbraio 2018, n. 86; Tar Calabria, Reggio Calabria, 25 febbraio 2017, n. 166; Cons. St., Sez. V, ord. 15 dicembre 2016, n. 5582; Tar Molise, Sez. I, 9 dicembre 2016, n. 513.

##### **5. L'ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria.**

La V Sezione del Consiglio di Stato, nell'ordinanza in commento, ha correttamente rilevato

l'esistenza di un contrasto nella giurisprudenza (non solo dei Tar, ma anche del Consiglio di Stato medesimo) in relazione alla valenza immediatamente escludente - senza previa attivazione del soccorso istruttorio - dell'inosservanza dell'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza e dei costi della manodopera di cui all'articolo 95, comma 10, d.lgs. 50/2016, specialmente nel caso in cui la *lex specialis* nulla dica sul punto.

Il contrasto investe la perdurante vigenza, dopo l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, del principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria con la sentenza n. 19/2016, in base al quale, "*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*".

Dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, la giurisprudenza aderente all'orientamento formalista - anche traendo spunto dal fatto che l'Adunanza plenaria n. 19/2016 ha circoscritto espressamente la portata del principio enunciato alle gare bandite nel vigore del d.lgs. n. 163/2006 - ha ritenuto che la mancata indicazione separata dei costi per la sicurezza aziendale non possa essere più sanata attraverso il soccorso istruttorio, ma che determini al contrario un automatismo espulsivo incondizionato, destinato ad operare anche nel caso in cui il relativo obbligo dichiarativo non sia stato richiamato dalla *lex specialis*.

Si valorizza, in tale direzione, la circostanza che nel nuovo Codice dei contratti pubblici esiste una previsione puntuale (l'art. 95, comma 10) che ha chiarito l'obbligo per i concorrenti di indicare nell'offerta economica i cc.dd. costi di sicurezza aziendali, dovendosi così superare le incertezze interpretative in ordine all'esistenza e all'ampiezza dell'obbligo dichiarativo generatesi nel vigore del d.lgs. n. 163/2006.

In senso contrario, tuttavia, un'altra parte della giurisprudenza - aderendo alla tesi sostanzialistica - ha ritenuto che anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, nonostante l'espressa previsione di un puntuale obbligo dichiarativo, la mancata indicazione separata degli oneri interni non determini ex se l'automatismo espulsivo (almeno nei casi in cui tale obbligo dichiarativo non sia stato richiamato nella *lex specialis*), a meno che si contesti al ricorrente di aver presentato un'offerta economica indeterminata o incongrua, perché formulata senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento degli oneri di sicurezza.

Tentando di ricostruire sistematicamente lo stato della questione, la Sezione ha evidenziato che la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio per qualsiasi elemento formale della domanda - secondo l'ampia formulazione dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 - sembrerebbe effettivamente ricomprendere anche la possibilità di sanare l'offerta viziata per una (formale, anche se essenziale) omissione dell'indicazione separata degli oneri sicurezza aziendali.

Invero, la semplice circostanza che l'art. 95, comma 10, del Codice, abbia previsto

espressamente la sussistenza di un obbligo di indicazione, in sede di offerta, dei costi per la manodopera e degli oneri di sicurezza interni, non sembrerebbe costituire un elemento tale da escludere *tout court* l'operatività del soccorso istruttorio.

A tal riguardo, infatti, proprio l'Adunanza plenaria – con la citata sentenza n. 19/2016 – aveva avuto modo di chiarire che *“laddove [...] non è 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”*.

Simili conclusioni, se estese anche alle gare indette sotto la nuova disciplina, imporrebbero il ricorso al soccorso istruttorio in tutti i casi in cui sia stata omessa la separata indicazione degli oneri di sicurezza, qualora non sia in contestazione che l'operatore economico li abbia comunque considerati nella sua offerta, e pertanto che quest'ultima possa ritenersi congrua.

Secondo la Sezione rimettente, la questione sarebbe suscettibile di opposta conclusione solo nell'ipotesi in cui si considerassero gli oneri di sicurezza come elemento (non già formale, bensì) sostanziale dell'offerta. In tal caso, un'eventuale integrazione dell'offerta in sede di soccorso istruttorio darebbe luogo a un'inammissibile modifica postuma della stessa; senonché, una simile conclusione si porrebbe in aperto contrasto proprio con quanto precisato dall'Adunanza plenaria nella citata sentenza n. 19/2016.

In questa ipotesi, vi sarebbe infatti un'incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta, la cui eventuale successiva sanatoria integrerebbe una modifica sostanziale del “prezzo”, atteso che alla cifra originariamente offerta andrebbe aggiunto l'importo corrispondente agli oneri di sicurezza inizialmente non computati. Laddove, invece, 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 soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri, la carenza, allora, non sarebbe sostanziale ma solo formale, e quindi sanabile a mezzo del soccorso istruttorio.

In tale contesto, l'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, si sarebbe limitato a rendere esplicito un obbligo dichiarativo che nel precedente sistema si ricavava implicitamente dal tessuto normativo, non potendosi quindi ritenere che tale norma rappresenti *“un elemento di novità di per sé in grado di escludere l'operatività del soccorso istruttorio, il quale, peraltro, nel passaggio dal vecchio al nuovo codice (specie con le ulteriori modifiche apportate in sede di correttivo: d.lgs. n. 56 del 2017) è stato persino potenziato (attraverso la generalizzazione del principio di gratuità e l'eliminazione dell'ambigua categoria delle c.d. irregolarità non essenziali)”*.

Ancora, la Sezione rimettente ha rilevato che (i) da un lato, non sembra potersi revocare in dubbio che l'indicazione degli oneri di sicurezza sia un obbligo previsto dalla legge a pena di esclusione e che, alla luce del chiaro tenore testuale della previsione ora contenuta nell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, sia idonea a eterointegrare il bando pur nel silenzio della *lex specialis*, ma che (ii) dall'altro lato, tale eterointegrazione (così come la portata potenzialmente escludente dell'obbligo dichiarativo di cui si discute) non pare argomento

sufficiente ad escludere l'operatività del soccorso istruttorio, costituendone anzi il presupposto applicativo, essendo il soccorso istruttorio concepito proprio per sanare inosservanze dichiarative e documentali previste a pena di esclusione.

Tutto ciò premesso e considerato, secondo i giudici rimettenti “*la qualificazione dell'omessa indicazione degli oneri di sicurezza in termini di elemento formale dell'offerta (nel caso in cui essi siano stati considerati ai fini del prezzo ed inglobati in esso) imporrebbe, quindi, di consentire il soccorso istruttorio a prescindere dalla circostanza, che di per sé non appare dirimente alla luce dell'esistenza di un pacifico principio di eterointegrazione, che la lex specialis abbia richiamato o meno il relativo obbligo dichiarativo*”.

Nonostante la dichiarata preferenza per l'orientamento di matrice sostanzialista, attesa l'indubbia sussistenza di un contrasto giurisprudenziale in materia, la V Sezione del Consiglio di Stato ha deciso di rimettere la soluzione dell'annosa questione all'Adunanza plenaria, alla quale è stato quindi chiesto (i) se la mancata indicazione separata degli oneri della sicurezza determini immediatamente e incondizionatamente l'esclusione del concorrente, senza possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio, anche qualora 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 unicamente la mancata specificazione – nell'offerta medesima – della quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri, e (ii) se, ai fini dell'eventuale operatività del soccorso istruttorio, assuma rilevanza la circostanza che la *lex specialis* richiami o meno l'obbligo di dichiarare separatamente gli oneri di sicurezza.

## **6. Considerazioni conclusive.**

A giudizio di chi scrive, merita senz'altro condivisione l'orientamento di matrice sostanzialistica, fatto proprio anche dai giudici rimettenti.

Sembrano univocamente militare in tal senso i canoni ermeneutici di tipo *teleologico*, *letterale* e *sistematico*.

Dal punto di vista *teleologico*, qualora si affermasse la radicale non sanabilità di una irregolarità meramente formale dell'offerta anche in assenza di contestazioni circa la sua effettiva congruità, si produrrebbe una conseguenza abnorme e manifestamente sproporzionata rispetto alla *ratio* sottesa all'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, che si propone di assicurare che gli operatori economici formulino le proprie offerte tenendo in debita considerazione gli oneri che la normativa in materia di sicurezza impone di sopportare.

Né sembra meritevole di pregio l'obiezione – formulata dai sostenitori della tesi formalistica – secondo cui aderendo all'orientamento sostanzialistico si priverebbe di ogni effetto la novella legislativa che ha introdotto espressamente l'obbligo di separata indicazione degli oneri di sicurezza.

Il c.d. *effetto utile* della novella di cui all'art. 95, comma 10, del Codice, sembra infatti consistere nell'aver *positivizzato* la natura *essenziale* dell'eventuale mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza, anche nei casi in cui il relativo obbligo dichiarativo non venga

esplicitato dalla *lex specialis* di gara, non già precludendo la possibilità di attivare il soccorso istruttorio, ma anzi creando il presupposto per la sua operatività.

Prima dell'intervento legislativo in commento, la mancata indicazione separata degli oneri interni poteva essere considerata quale *irregolarità essenziale* soltanto ove il relativo obbligo dichiarativo fosse stato esplicitato dalla *lex specialis*. Soltanto in tal caso, quindi, al mancato adempimento dell'onere avrebbe dovuto fare seguito l'attivazione del soccorso istruttorio, mentre nessuna conseguenza pratica si sarebbe potuta realizzare in mancanza di un'esplicita previsione dell'obbligo dichiarativo nei documenti di gara.

Viceversa, dopo la novella legislativa, l'automatica eterointegrazione della *lex specialis* con l'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, ad avviso degli scriventi impone di attivare il soccorso istruttorio in tutti i casi in cui la quota del prezzo riferita agli oneri di sicurezza non sia stata separatamente indicata, indipendentemente da una previsione in tal senso della *lex specialis*; proprio qui risiederebbe l'*effetto utile* della novella, che quindi non verrebbe affatto privata di ogni rilevanza pratica dall'eventuale adesione dell'Adunanza plenaria alla tesi sostanzialistica.

Diversamente opinando, (i) non soltanto si dilaterrebbe eccessivamente la portata dell'art. 95, comma 10, (ii) ma si comprimerebbe ingiustificatamente quella dell'art. 83, comma 9.

Dal punto di vista *sistematico*, la circostanza per cui la mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza sia stata qualificata dal legislatore quale *irregolarità formale essenziale*, certamente non autorizza a introdurre surrettiziamente in via ermeneutica un'inammissibile deroga ai principi in materia di soccorso istruttorio; non si capisce perché mai tutte le irregolarità formali essenziali dovrebbero essere sanabili con il soccorso istruttorio *tranne la mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza*.

Un'eventuale deroga di tal genere, peraltro non introdotta dal legislatore ma soltanto dalla giurisprudenza in via interpretativa (si pensi al brocardo latino che presiede ad ogni interpretazione di tipo letterale: *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*), risulterebbe del tutto avulsa dal sistema; ecco perché risultano senz'altro pregevoli le osservazioni articolate dalla Sezione rimettente, alle quali si auspica che l'Adunanza plenaria ritenga di conformarsi.