amministrativ@mente

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento
L. Ferrara, F. Rota, V. Sarcone

FASCICOLO N. 10-12/2015

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Enrico Carloni, Francesco Castiello, Salvatore Cimini, Caterina Cittadino, Gianfranco D'Alessio, Ruggiero Di Pace, Francesca Gagliarducci, Gianluca Gardini, Stefano Gattamelata, Maurizio Greco, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Francesco Saverio Marini, Gerardo Mastrandrea, Pierluigi Matera, Francesco Merloni, Riccardo Nobile, Luca Palamara, Giuseppe Palma, Germana Panzironi, Simonetta Pasqua, Filippo Patroni Griffi, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Umberto Realfonzo, Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Federico Titomanlio, Alessandro Tomassetti, Antonio Uricchio, Italo Volpe.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Masimo Pellingra, Carlo Rizzo, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

Oneri di sicurezza aziendale: Gli interventi della Plenaria e i successivi contrasti giurisprudenziali.
- Cons. Stato, Sez. IV, 12 gennaio 2016, n. 67
- T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 16 dicembre 2105, n. 1745

di Rosa Giordano

Sommario

1. Introduzione; 2. Le diverse tipologie degli oneri; 3. Gli interventi della Adunanza Plenaria; 4. I successivi contrasti giurisprudenziali; 5. Oneri di sicurezza e soccorso istruttorio.

1. Introduzione

Nel corso del 2015 un ruolo centrale ha avuto la questione concernente gli oneri di sicurezza interni cd. "Aziendali".

Al punto che si sono registrati due interventi dell'Adunanza Plenaria che hanno sancito l'obbligatorietà dell'indicazione dei predetti oneri all'interno dell'offerta economica, a prescindere che tale obbligo sia o meno previsto nella *lex specialis*.

Inoltre, con il secondo intervento, la Plenaria ha chiarito che tale obbligo si estendeva anche ai bandi pubblicati prima della stessa pronuncia.

Ciò nonostante, la questione non può considerarsi definita tantomeno i profili attenzionati dalla Giuspubblicistica, possono ritenersi consolidati.

In particolare, resta aperta la problematica del predetto obbligo formale in relazione agli appalti di servizi e forniture, nonché l'applicabilità del soccorso istruttorio almeno per le procedure bandite prima delle predette decisioni.

Come meglio si dirà *infra*, sul punto la giurisprudenza (con recenti pronunciati) ha ammesso il soccorso istruttorio in casi peculiari (ad esempio, nel caso di mancata dichiarazione di sentenze di condanna).

Ne consegue una contraddizione con la negazione del soccorso istruttorio nel caso di mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali.

Nonostante i predetti oneri non modificano in alcun modo l'offerta, rilevando solo ed esclusivamente nel successivo ed eventuale procedimento di anomalia.

Non solo.

In riferimento, agli appalti di lavori (per i quali gli interventi della Plenaria sembravano essere univoci) l'obbligatorietà dell'indicazione degli oneri aziendali, è stata fortemente contestata.

Ad oggi, la problematica è risultata di tale importanza al punto che con l'ordinanza n. 1745 del 16.12.2015, il TAR Piemonte ha rimesso la questione alla Corte di Giustizia Europea.

Inoltre, sempre successivamente agli interventi della Plenaria, la giurisprudenza ha ritenuto

non sanzionabile con l'esclusione il concorrente che non abbia indicato, nell'ambito di un appalto di lavori, l'incidenza dei costi di sicurezza già puntualmente predeterminati dalla Stazione Appaltante.
Sulla base di tali premesse, si analizzeranno le diverse tipologie di oneri di sicurezza previste dal codice dei contratti al fine di approfondire (sotto il profilo giurisprudenziale) le problematiche sottese (ancora oggi del tutto irrisolte).

2. Le diverse tipologie di oneri.
Le norme di settore e le previsioni del codice dei contratti prevedono due distinte tipologie di oneri per la sicurezza:
- oneri finalizzati all'eliminazione dei rischi da interferenze e quantificati dalla stazione appaltante nel c.d. DUVRI;
- costi specifici relativi all'attività dell'impresa/concorrente (quindi, oneri "interni").

I primi debbono essere indicati nel bando di gara (o, comunque, nell'atto indittivo della procedura), anche nell'ipotesi in cui siano pari a zero, a pena di illegittimità dello stesso.
Per l'effetto, l'eventuale loro ribasso determinerebbe l'esclusione del concorrente.
I predetti oneri da interferenza non sono stati oggetto delle recenti decisioni dell'Adunanza Plenaria (n. 3/2015 e n. 9/2015), che hanno riguardato i costi della sicurezza aziendali/interni.
Pertanto, può escludersi l'applicabilità dell'obbligo di indicazione dei predetti oneri da interferenza all'interno dell'offerta economica.
In proposito, la Sez. III del Consiglio di Stato, con la recente sentenza del 14.01.2016, n. 93 ha precisato che: "*Non vi è alcuna norma che imponga ai concorrenti, tanto meno a pena di esclusione, di riprodurre nell'offerta la quantificazione dei costi da interferenza già effettuata dalla stazione appaltante;*
- *una previsione in tal senso non avrebbe utilità, posto che i concorrenti non possono far altro che tenere conto di detta quantificazione all'atto della formulazione dell'offerta;*
- *le radicali differenze che investono la natura dei costi della sicurezza dell'uno e dell'altro tipo impediscono di estendere la regola della necessaria indicazione dei costi aziendali, anche ai costi da rischi da interferenza; l'art. 86, comma 3-bis, del Codice dei contratti pubblici, dove stabilisce che il "costo relativo alla sicurezza" debba essere "specificamente indicato", si rivolge, al tempo stesso: per i costi da interferenza/esterni, alla stazione appaltante, chiamata a fornire detta indicazione in occasione della predisposizione della gara d'appalto; per i costi aziendali/interni, ai concorrenti, ai fini della formulazione dell'offerta.*

Mentre la valutazione della serietà dell'offerta economica, ovvero la volontà di vincolarsi al rispetto delle norme a tutela della sicurezza dei lavoratori – sulla base delle quali l'appellante prospetta la necessità di un'indicazione specifica dei costi della sicurezza esterni - sono demandate alla verifica della congruità, ai sensi degli artt. 86 e 87 del Codice".
Ciò posto, gli oneri da "rischio specifico", risultano, quindi, quantificati dalla singola concorrente e rilevano solo in sede di valutazione dell'eventuale anomalia dell'offerta.
Sulle conseguenze dell'omessa indicazione, in sede di offerta, di tali secondi oneri, nonché sulla possibilità di un'integrazione postuma, le tesi interpretative non hanno raggiunto un punto di convergenza, come meglio dedotto *infra*.
Ogni esegesi in *subiecta materia* non può prescindere dalle norme del d.lgs. n. 163/2006, inserite nel relativo Capo III, dedicato alle "procedure di scelta del contraente e selezione delle offerte" e (ancor più in dettaglio) nella relativa Sezione V, rubricata "criteri di selezione delle offerte e verifica delle offerte anormalmente basse", che fanno menzione degli oneri per la sicurezza e dalle quali viene fatto derivare (dalla giurisprudenza che sostiene la sanzionabilità dell'omessa specificazione di tale indicazione)

l'obbligo per le imprese concorrenti di indicare gli stessi.
Trattasi dell'art. 86, comma 3 bis, e dell'art. 87, comma 4, del codice dei contratti.
L'art. 86, comma 3 bis, è una disposizione che si applica sia agli appalti di lavori che a quelli di servizi e alle forniture pubbliche ed è chiaramente rivolta alle Amministrazioni appaltanti in quanto definisce, a loro carico, due precisi obblighi (con riguardo agli oneri per la sicurezza), in sede sia di predisposizione dei bandi che di valutazione dell'anomalia:

a) l'obbligo di determinare un "valore economico" (ovvero un importo che "sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza");
b) l'obbligo di indicare specificamente il costo della sicurezza, che deve "risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture".

Nessuna disposizione di questo comma sancisce un obbligo in capo ai concorrenti.
Solo il comma 3 ter stabilisce che: "Il costo relativo alla sicurezza non può essere soggetto a ribasso d'asta", definendo, quindi, in negativo, un obbligo per tutti i concorrenti.
Tanto premesso, si è rimarcato che il citato comma 3 bis dell'art. 86, nella parte in cui fa obbligo agli enti aggiudicatori di definire un valore economico dell'appalto (che sia adeguato e sufficiente anche rispetto al costo relativo alla sicurezza e che "deve … risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture"), si riferisce unicamente a quei costi della sicurezza che siano conoscibili e predeterminabili dalle Amministrazioni, ovverosia agli oneri della sicurezza del "primo tipo", vale a dire quelli da "interferenza", che la stazione appaltante è in grado di individuare poiché afferenti al rischio da "contatto" tra i suoi dipendenti e il personale dell'impresa esecutrice/appaltatrice.
La limitazione del riferimento di questa norma solo a tale categoria di oneri discende, evidentemente, dalla circostanza che di essi la stazione appaltante è in grado a priori di individuarne le caratteristiche, in dipendenza della natura delle prestazioni affidate in appalto; del resto, non può revocarsi in dubbio che, ad esempio, un servizio di pulizia o di assistenza informatica comporterà un minore rischio da interferenza pericolosa con i dipendenti della P.A. rispetto ad un appalto per l'esecuzione dei lavori .
L'art. 86 del d.lgs. n. 163/2006 non è, dunque, strutturato (nel suo tenore lessicale e nella usa portata concettuale) in modo da far riferimento agli "oneri per la sicurezza interna", che l'Amministrazione non può conoscere in quanto dipendenti dalle caratteristiche intrinseche e dalla struttura delle singole imprese.
A tale seconda categoria di oneri fa invece riferimento, stante la sua formulazione in termini omnicomprensivi, l'art. 87, comma 4, del codice dei contratti, involgente sia gli oneri per la sicurezza da interferenza che quelli da rischio specifico; tuttavia essa limita agli appalti di lavori il suo raggio di applicazione sancendo che: "Non sono ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza in conformità all'articolo 131 , nonché al piano di sicurezza e coordinamento di cui all'art. 12, decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494" .
Ed è sulla base di tale premessa (lineare quanto inconfutabile) che il Consiglio di Stato ha precisato che i costi per la sicurezza aziendale, cui fa riferimento l'art. 87, comma 4, "… riguardano con tutta evidenza gli appalti di lavori pubblici e non quelli di servizi o forniture" (posizioni condivise dalle citate decisioni della Plenaria).
Al contempo, la collocazione dell'art. 87, comma 4, tra le norme della Sezione V (del Capo III), del codice dei contratti, rubricata "criteri di selezione delle offerte e verifica delle offerte anormalmente basse", e disciplinante quindi il

sub procedimento di verifica e scrutinio dell'anomalia delle offerte, conduce a sostenere la rilevanza di detti oneri unicamente ai fini del giudizio di congruità e non di quello preventivo di ammissibilità dell'offerta.
Dal punto di vista "testuale" non può trascurarsi che il secondo periodo del comma 4 in disamina dispone, letteralmente, che "nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture"; va da sé che l'incipit (id est: "nella valutazione di anomalia") di tale normativa sembra delimitare la rilevanza dell'indicazione nell'offerta dei costi per la sicurezza interna alla sola verifica di congruità o meno dell'offerta.
In altre parole, per quanto concerne gli appalti di servizi e di forniture, la parte finale della disposizione normativa ora esaminata dovrebbe ritenersi applicabile ai soli fini del sub procedimento di valutazione dell'eventuale anomalia dell'offerta.

3. Gli interventi dell'Adunanza Plenaria.

Prima dell'intervento della Plenaria, il prevalente orientamento giurisprudenziale sosteneva l'inapplicabilità agli appalti di lavori pubblici delle previsioni di cui agli artt. 86 e 87 del codice. Si riteneva, cioè, che le imprese partecipanti a procedure indette per l'affidamento di tali appalti non fossero obbligate a indicare nella loro offerta economica gli oneri per la sicurezza aziendale.
Alla luce delle divergenti posizioni della giuspubblicistica, la V Sez. del Consiglio di Stato, con l'ordinanza n. 88 del 16 gennaio 2015, ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione se l'art. 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, si applicasse anche ai contratti relativi ai lavori pubblici e se fosse sanzionabile con l'esclusione l'omessa indicazione degli stessi sin dal momento della presentazione delle offerte, anche laddove un simile obbligo non sia stato prescritto dalla normativa di gara.
Al contempo, in ragione della novella di cui al comma 2 bis dell'art. 38 del codice dei contratti si è posto il quesito della sanabilità, mediante l'istituto del soccorso istruttorio, di una omessa dichiarazione.
Nel dettare l'indirizzo interpretativo la Plenaria (con la sentenza del 20 marzo 2015 n. 3) ha sostenuto che nelle procedure di affidamento di lavori i partecipanti devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione, anche se non prevista nel bando; la mancata indicazione non è sanabile con il potere di soccorso istruttorio, non potendosi consentire di integrare un'offerta dal contenuto inizialmente carente di un suo elemento essenziale.
Le conclusioni della Plenaria si reggono sulla seguente ricostruzione normativa:

a) le stazioni appaltanti, nella predisposizione degli atti di gara per lavori e al fine della valutazione dell'anomalia delle offerte, devono stimare anche tutti i costi per la sicurezza con l'indicazione specifica di quelli da interferenze;
b) i concorrenti, a loro volta, devono indicare nell'offerta economica sia i costi di sicurezza per le interferenze (quali predeterminati dalla stazione appaltante) che i costi di sicurezza interni, in relazione alla propria organizzazione e all'offerta formulata.

Al contempo, il Supremo Consesso, al fine di prevenire agevoli contestazioni basate su una interpretazione letterale della norma, ha precisato che la ratio del puntuale richiamo, nell'art. 87, comma 4, del codice dei contratti pubblici, dell'indicazione dei costi per la sicurezza solo per gli appalti di servizi e forniture sarebbe riconducibile alla particolare tipologia delle prestazioni richieste per questi appalti e alla rilevanza di ciò nella fase della valutazione

dell'anomalia (cui la norma è espressamente riferita).

Sempre secondo la sentenza in rassegna, ai sensi dell'art. 46, comma 1-*bis*, del codice dei contratti, l'omessa specificazione, per gli appalti di lavori, dei costi in esame configura un'ipotesi di "mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice", idoneo a determinare "incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta" per difetto di un suo elemento essenziale, e comporta perciò, anche se non prevista nella lex specialis, l'esclusione dalla procedura dell'offerta difettosa per l'inosservanza di un precetto a carattere imperativo, non sanabile con il potere di soccorso istruttorio, non potendosi consentire di integrare un'offerta dal contenuto inizialmente carente di un suo elemento essenziale.

Non sono mancati, tuttavia, decisioni di segno contrario.

Nel richiamare precedenti specifici , si è evidenziato che "*Nel caso in cui il bando non contenga una comminatoria espressa, l'omessa indicazione nell'offerta dello scorporo matematico degli oneri per la sicurezza per rischio specifico non comporta di per sé l'esclusione dalla gara ma rileva solo ai fini dell'anomalia del prezzo*".

Al contempo, sul presupposto che prima dell'intervento dell'Adunanza Plenaria permaneva sul punto un'incertezza interpretativa, si è ritenuto che, relativamente alle gare svoltesi prima dell'intervento interpretativo della Plenaria, la loro mancata indicazione non potesse dar luogo tout court all'esclusione dell'impresa, rilevando solo nell'ambito del subprocedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta medesima.

Ma, soprattutto, la questione maggiormente dibattuta è rimasta l'applicabilità dell'istituto del c.d. soccorso istruttorio per sanare l'omessa indicazione di tale oneri in caso di bando pubblicato prima dell'intervento della citata sentenza n. 3 del 2015.

Nel definire l'indirizzo interpretativo anche in ordine a tale ultima questione, l'Ad. Plenaria (sentenza 02 novembre 2015, n. 9) ha ritenuto che: "Non sono 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 è conclusa prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria n. 3 del 2015".

Nonostante la perentorietà della decisione, le argomentazioni ivi rese non sembrano immuni da critiche, anche tenuto conto della svolta "sostanzialistica" registrata in tema di procedure di gara, con recessività di ogni ipotesi espulsiva non chiaramente e puntualmente prevista e, soprattutto, con la possibilità di sanare qualsiasi dichiarazione carente.

Le citate decisioni della Plenaria riguardano, *ratione materiae*, i soli appalti di lavori pubblici, lasciando aperti i dubbi interpretativi in riferimento alle altre tipologie di affidamento, ancor più qualora la relativa *lex specialis* nulla disponga sul punto.

Confortati anche da pertinenti statuizioni, può ritenersi che la questione in esame non rilevi in tema di concessioni di servizi, nel senso che, in tale tipologia di contratti pubblici, la non vincolatività dell'intero impianto normativo di cui al codice dei contratti conduce a ritenere non sanzionabile un'impresa che non abbia indicato i costi per la sicurezza interni, in assenza di una chiara previsione della *lex specialis*.

Va, al riguardo, precisato che il tratto distintivo della concessione di servizi viene individuato nelle modalità di remunerazione del soggetto affidatario e nell'attribuzione o meno in capo al soggetto stesso del rischio economico connesso alla gestione economico-funzionale dell'opera o del servizio; più specificamente, l'art. 30 del medesimo codice, al comma 2, afferma che nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente

nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio.
In altri termini, la distinzione attiene alla struttura del rapporto, che nell'appalto di servizi intercorre tra due soggetti (la prestazione è a favore della P.A.), mentre nella concessione di servizi pubblici intercorre tra tre soggetti, nel senso che la prestazione è diretta agli utenti.
La questione è stata risolta "negativamente" anche in riferimento agli appalti relativi ai servizi esclusi dall'applicazione del codice dei contratti pubblici (di cui all. II B al codice). Per essi, si è ritenuto che la mancanza nel bando di una previsione specifica non esentasse i concorrenti dal dovere di indicare gli oneri della sicurezza aziendale e dall'osservare le norme in materia di sicurezza sul lavoro, ma comportasse soltanto che, ove la stazione appaltante non si fosse autovincolata nella legge di gara ad osservare la disciplina dettata dai citati artt. 86, commi 3-bis e 3-ter, e 87, comma 4, il concorrente, che non avesse indicato i suddetti oneri nella propria offerta, dovesse essere chiamato a specificarli in fase di analisi della congruità dell'offerta, onde verificare il rispetto di norme inderogabili a tutela dei lavoratori .
Le superiori conclusioni risultano attagliabili anche agli appalti di servizi di tipo intellettuale, per i quali non si è ritenuta viziante l'assenza di una prescrizione al riguardo , data la mancanza di profili afferenti il tema della salute e della sicurezza sul lavoro .
Soluzioni divergenti riguardano anche gli appalti di servizi e di forniture.
In proposito, due opposti orientamenti si contendono il campo.
Secondo un primo orientamento, mentre per gli appalti di lavori vige una specifica norma di settore (id est: art. 131, d.lgs. n. 163/2006), per quelli di servizi e di forniture la valutazione del costo della sicurezza va posticipata alla fase del procedimento di verifica dell'anomalia.

Come *leading* case di tale orientamento viene indicata la decisione secondo cui: "*Quando si tratti di appalti diversi dai ll.pp. e non vi sia una comminatoria espressa d'esclusione ove sia omesso detto scorporo matematico degli oneri stessi, il relativo costo, appunto perché coessenziale e consustanziale al prezzo offerto, rileva ai soli fini dell'anomalia di quest'ultimo, nel senso che, per scelta della stazione appaltante (da interpretare sempre a favore del non predisponente), il momento di valutazione degli oneri stessi non è eliso, ma è posticipato al subprocedimento di verifica della congruità dell'offerta nel suo complesso*".
Si è, pertanto, sostenuto che: <<*… la mancata indicazione degli oneri da "rischio specifico", non [può, n.d.a.] mai giustificare la sanzione espulsiva, stante che l'art. 87 c. 4 del d.lgs. 163/2006 non dispone l'esclusione dalla gara, ma impone un criterio da seguire per la valutazione della congruità dell'offerta, vietando all'impresa di dimostrare la rimunerativà e l'attendibilità del ribasso effettuato contraendo gli oneri della sicurezza*>> .
Secondo tale arresto giurisprudenziale, l'indicazione degli oneri in questione "… *ben [può, n.d.a.] essere fornita dal concorrente in sede di sub procedimento di valutazione dell'anomalia, giustificandosi l'esclusione in ipotesi di omissione da parte del concorrente solamente in tale fase, alla luce sia della collocazione sistematica della norma che della necessità di interpretazione coerente con la ratio legis e con i principi comunitari*".
Anche perché, in mancanza di una chiara clausola espulsiva, la finalità della previsione dello scorporo dei costi *ex* art. 87, comma 4, cit., è quella di consentire alle PP.AA. un controllo successivo sull'eventuale anomalia delle offerte (da effettuarsi in contraddittorio), non potendo l'indicazione dei suddetti oneri <<elevarsi ad "elemento essenziale" dell'offerta (…) essendo essa non già un elemento decisivo ai fini dell'attribuzione del punteggio sul contenuto dell'offerta, bensì un costo separato da porsi a carico totale dell'impresa>> .

Tali considerazioni sono state ulteriormente ribadite in assenza, nel bando, della previsione, a pena di esclusione, di tale obbligo .
Analoghe problematiche si sono poste in riferimento agli appalti di forniture.
In proposito, si è precisato che: "*Non comportando (n.d.r. detti appalti) l'esecuzione di prestazioni che richiedano l'intervento di specifico personale presso la stazione appaltante, ma solo lo svolgimento di attività di intermediazione commerciale, senza produzione di alcun bene materiale, gli oneri di sicurezza sopportati dalla concorrente, per quanto certamente esistenti, sono conoscibili solo dalla stessa, in relazione alla sua struttura aziendale, e risulteranno altresì marginali, dal punto di vista quantitativo, rispetto agli oneri che invece comportano una prestazione di servizio da espletare all'interno delle strutture della stazione committente o la realizzazione di un opus pubblico*" .
Sempre per tale tipologia di appalti, l'illegittimità dell'esclusione di una ditta per l'omessa indicazione, nell'offerta economica, degli oneri per la sicurezza è risultata ancor più marcata in assenza di prescrizioni nel regolamento di gara.
Sull'opposto crinale si pongono altri (e altrettanto autorevoli) pronunciamenti, tra cui la decisione del Consiglio di Stato, sez. III, 23 gennaio 2014, n. 348 , in cui si sostiene la doverosa esclusione del concorrente che abbia omesso l'indicazione degli oneri *de quibus*.
Anche tale indirizzo giurisprudenziale è stato successivamente e più volte ribadito , con la specificazione che: "Gli oneri di sicurezza aziendali costituiscono un elemento essenziale dell'offerta, sicché la loro omessa indicazione è vicenda ricompresa nell'elenco delle cause specifiche di esclusione previste dall'art. 46, comma 1 bis, d.lgs. n. 163 del 2006" , per cui, in caso di omessa specificazione di tali costi, "l'offerta economica manca di un elemento essenziale e costitutivo, con conseguente applicazione della sanzione dell'esclusione anche in assenza di una specifica previsione in seno alla *lex specialis*".

4. I successivi contrasti giurisprudenziali.
Nonostante l'intervento delle citate decisioni della Plenaria, in giurisprudenza, anche nel 2016, il dibattito risulta ancora irrisolto.
In primis, va segnalata l'ordinanza n. 1745 del 16.12.2015, con la quale il TAR Piemonte, Torino, ha rimesso alla Corte di Giustizia Europea la questione se (nella materia degli appalti pubblici di lavori) i principi di diritto introdotti con le citate Plenarie possano essere declinati.
In particolare, si domanda se il principio della tutela del legittimo affidamento, insieme a quelli della certezza del diritto e della proporzionalità, come riconosciuti nel diritto dell'Unione europea, ostino, o no, ad una regola del diritto italiano, (anche sulla base della giurisprudenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato), che consenta di escludere da una procedura di evidenza pubblica un'impresa che abbia fatto affidamento, per l'appunto, sulla completezza degli atti amministrativi con i quali sia stata indetta una gara.
Aspetto centrale della questione è la valutazione dell'effettiva sussistenza di una colpa inescusabile nel comportamento dell'impresa che sia stata esclusa per la mancata indicazione degli oneri di sicurezza: si assume, infatti, che tale impresa, nel silenzio degli atti di gara, fosse tenuta ad eterointegrare la *lex specialis* non semplicemente con riguardo a quanto disposto, in via generale, dalla legge (oggettivamente di incerta applicazione) ma nei sensi derivanti dalla richiamata interpretazione estensiva fatta propria dall'Adunanza plenaria, anche indipendentemente dal fatto che quest'ultima si sia pronunciata anteriormente alla conclusione della fase di presentazione delle offerte.
In attesa della decisione della Corte di Giustizia, si riaccende il contrasto giurisprudenziale.

Difatti, con la sentenza n. 67 del 12.1.2016, la IV Sezione del Consiglio di Stato è intervenuta in merito ad una situazione in cui l'aggiudicataria si era astenuta dall'indicare gli oneri di sicurezza interna.
In particolare, il Giudice di appello ha rigettato il gravame ritenendo che il principio di diritto di cui alla invocata decisione dell'Adunanza Plenaria non sia applicabile alla fattispecie concreta "*riguardando un caso in cui la Stazione appaltante non aveva in alcun modo specificato e predeterminato i costi della sicurezza c.d. interni*".
Ivi si legge: "*Nella lex specialis dell'appalto di cui trattasi, al contrario, tali costi sono stati puntualmente stimati e l'art. 15 del bando non ha affatto – diversamente da quanto ritenuto l'appellante nei propri scritti difensivi – un contenuto tale da imporre al concorrente l'indicazione di alcunché in ordine agli oneri di cui trattasi. Tale articolo, invero, richiede unicamente la specificazione da parte dei concorrenti che il prezzo offerto sia riferito all'importo complessivo dell'appalto, comprensivo degli oneri di sicurezza predeterminati dalla Stazione Appaltante*".
Ebbene, Palazzo Spada, ha ritenuto non sanzionabile con l'esclusione il concorrente che non abbia indicato, nell'ambito di un appalto di lavori, l'incidenza dei costi di sicurezza già puntualmente predeterminati dalla Stazione Appaltante. Di avviso contrario è la Sez. V del Consiglio di Stato che con la sentenza del 3 febbraio 2016, n. 424 nel confermare i principi enunciati dalla Plenaria, ha precisato che: "*L'indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale costituisce un precetto inderogabile ai sensi del combinato disposto degli artt. 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, cod. contratti pubblici e 26, comma 6, t.u. sicurezza sul lavoro di cui al d.lgs. n. 81/2008, al cui rispetto le imprese partecipanti sono tenute anche in assenza di esplicita previsione di lex specialis (che dunque deve ritenersi così eterointegrata), e la cui violazione rende legittima l'esclusione dalla gara, (sentenza 20 marzo 2015, n. 3). Quindi, la stessa Adunanza plenaria ha chiarito che il principio in questione è operante anche per le procedure di gara svoltesi in epoca anteriore alla sua affermazione, negando che la pronuncia di nomofilachia, quale risultante dell'attività interpretativa ed enunciativa del significato e della portata di norme di legge, possa essere assimilata allo ius superveniens (sentenza 2 novembre 2015, n. 9). Con quest'ultima pronuncia si è inoltre escluso che l'omessa indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale possa essere sanata mediante il potere di soccorso istruttorio ex art. 46, comma 1, cod. contratti pubblici*".
Su tale questione, evidentemente di cruciale importanza anche su di un piano più generale, si auspica un intervento della CGUE che posa essere definitivo e, soprattutto frutto una valutazione complessiva della controversa questione.
Dando rilievo soprattutto al profilo sostanzialistico e non a quello meramente formale, nel rispetto dei principi generali del *favor partecipationis* e della parità di trattamento.

5. Gli oneri di sicurezza e il potere di soccorso istruttorio.

L'art. 39 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 (convertito con la legge n. 114 dell'11 agosto 2014), per le sole procedure bandite dopo la sua entrata in vigore, ha inserito il comma 2 bis all'art. 38 del d.lgs. 163 del 2006, introducendo una sanzione pecuniaria per la mancanza, l'incompletezza e ogni altra regolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive, obbligando la stazione appaltante (l'uso del verbo "assegnare" all'indicativo presente segnala la doverosità del comportamento) a concedere al concorrente un termine non superiore a dieci giorni per la produzione o l'integrazione delle dichiarazioni carenti, consentendo (anzi: imponendo) l'esclusione nel solo caso di inosservanza di tale ultimo adempimento.
La disposizione , seppur con un lessico foriero di incertezze interpretative (e, quindi, anche di contenzioso), individua la diversa fattispecie di

irregolarità non essenziali o di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, per la quale viene esclusa la necessità di regolarizzazione e, quindi, l'applicabilità della sanzione dell'esclusione.
Si tratta di una disposizione che, a prescindere dalle prevedibili difficoltà esegetiche sottese alla qualificazione come essenziali o meno delle irregolarità delle dichiarazioni, risulta finalizzata a superare le incertezze applicative del combinato disposto degli artt. 38 e 46 del d.lgs. cit., mediante la procedimentalizzazione del potere di soccorso istruttorio (che diventa doveroso per ogni ipotesi di mancanza o di irregolarità delle dichiarazioni sostitutive), configurando l'esclusione dalla procedura come sanzione legittimata unicamente dall'omessa produzione, integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni carenti, entro il termine assegnato dalla stazione appaltante (e non più da carenze originarie).
La portata applicativa di tale sanatoria postuma risulta significativamente ampliata dal nuovo comma 1 ter dell'art. 46 (anch'esso introdotto dal d.l. n. 90/2014), in virtù del quale: "Le disposizioni di cui all'articolo 38, comma 2 bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara".
Ebbene, per quanto propriamente interessa nella presente sede, va osservato che la novella evidenzia, quale indice ermeneutico, la chiara volontà del Legislatore di valorizzare il potere di soccorso istruttorio, al duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie.
In tale ottica, l'esclusione di un'impresa per omessa indicazione, nell'offerta economica, degli oneri di sicurezza "interni", in assenza di una chiara previsione della disciplina di gara (e di sanzione espulsiva) risulterebbe sproporzionata e censurabile.
Tanto premesso, le conclusioni rassegnate dalla Plenaria, con la decisione n. 9/2015 non sembrano condivisibili nella parte in cui escludono l'applicabilità del soccorso istruttorio anche per i bandi pubblicati prima della Plenaria, ovvero quando sul punto sussisteva un'assoluta incertezza interpretativa.
In primo luogo, l'indicazione degli oneri in esame non sembra costituire un elemento essenziale dell'offerta (né rileva ai fini della relativa comparazione), trattandosi, invero, di un costo sostenuto dalla concorrente che deve essere dichiarato in sede di offerta.
Si tratta, cioè, di una mera dichiarazione di parte, certamente inscrivibile tra quelle che il nuovo comma 1 ter dell'art. 46 ammette a sanatoria.
Peraltro, a prescindere dall'indicazione di tali costi, l'offerta resta immodifcabile, il contenuto della stessa non muta, né viene alterata la graduatoria (*recte*: nessuna lesione dei principi della concorrenza, del *favor partecipationis*).
Allo stesso tempo, l'ammissibilità del soccorso istruttorio risulta doverosa proprio in ragione dell'indirizzo ermeneutico seguito dalla Plenaria, in parte divergente da quello che, prima del relativo intervento, si presentava come maggioritario.
Con la conseguenza che risulterebbe oltremodo sanzionatoria l'esclusione di un'impresa che abbia presentato un'offerta nonostante che il bando non rechi alcuna clausola sul punto e pur essendosi conformata all'indirizzo giurisprudenziale prevalente alla data di tale presentazione.
Sarebbe stato preferibile quantomeno differenziare le procedure già avviate, consentendo, in tali ipotesi, la sanatoria postuma della dichiarazione sugli oneri *de quibus*, analogamente a criteri interpretativi già seguiti dalla stessa Plenaria per problematiche altrettanto controverse.

Si pensi, ad esempio, alla sentenza n. 21/2012, in cui la Plenaria ha sostenuto che: "In considerazione dei contrasti giurisprudenziali riguardanti l'ambito di applicazione dell'art. 38, co. 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006, i concorrenti - che prima della pubblicazione della sentenza della Adunanza Plenaria n. 10 del 2012 - non abbiano reso la dichiarazione di cui alla stessa lettera c), relativamente agli amministratori delle società partecipanti al procedimento di fusione o incorporazione - possono essere esclusi dalle gare solo se il bando abbia esplicitato tale onere di dichiarazione e la conseguente causa di esclusione; in caso contrario, l'esclusione risulta legittima solo ove vi sia la prova che gli amministratori per i quali è stata omessa la dichiarazione hanno pregiudizi penali".

In altri termini, l'assentibilità di una dichiarazione postuma, in sede di doveroso soccorso istruttorio, (avrebbe consentito di) contempera(re) idoneamente tutti gli interessi (pubblici e privati) sottesi alla fattispecie, impedendo che un adempimento (peraltro) non chiaramente scolpito nella legislazione di settore comporti l'esclusione di uno o più concorrenti, in tal modo tradendo la stessa *ratio* sottesa alle recenti novelle.

Ciò anche in conformità al principio ispiratore dell'istituto del soccorso istruttorio, ben evidenziato dal TAR Napoli, Sez. II, con la recente sentenza n. 456 del 27 gennaio. 2016, secondo cui: "*Nelle gare di appalto, il soccorso istruttorio previsto dall'art. 46, commi 1 e 1-ter del codice dei contratti pubblici, dopo le recenti modifiche apportate dal D.L. n. 90 del 2014, è attualmente un istituto di ampia portata che consente di sopperire, con l'integrazione, anche alla totale mancanza di un documento comprovante un requisito essenziale.*

L'art. 46 del codice dei contratti pubblici, nel disporre che le amministrazioni invitano, se necessario, le ditte partecipanti a fornire chiarimenti ed ad integrare la carente documentazione presentata, non ha inteso assegnare alle stesse una mera facoltà o un potere eventuale, ma ha inteso codificare un ordinario modo di procedere volto a fare valere la sostanza sulla forma, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, senza che, in assenza di regole tassative e di preclusioni imposte, l'esercizio di tale facoltà possa configurare una violazione della par condicio dei concorrenti rispetto ai quali, al contrario, assume rilievo l'effettività del possesso del requisito. In atto, quindi, l'esclusione dalla gara è prevista unicamente in caso di omessa produzione, entro il termine assegnato, della documentazione (riguardante anche fattori essenziali) riscontrata carente, ovvero nel caso di effettiva insussistenza dei requisiti richiesti dalla legge di gara".

In definitiva, la sanzione dell'esclusione dalla gara può, pertanto, essere adottata solo quale conseguenza dell'inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, all'obbligo di integrazione documentale entro il termine perentorio accordato a tal fine dalla stazione appaltante o per il caso di comprovata assenza dei requisiti di partecipazione, integranti una della tassativa cause di esclusione.

Ciò in quanto, ai fini della partecipazione alla gara, assume rilievo l'effettiva sussistenza dei requisiti di ordine generale in capo ai concorrenti e non le formalità né la completezza del contenuto della dichiarazione resa a dimostrazione del possesso dei predetti requisiti, dandosi così prevalenza al dato sostanziale della sussistenza dei requisiti rispetto a quello formale della completezza delle autodichiarazioni rese dai concorrenti.

Ne consegue che l'esclusione dalla gara potrà essere disposta non per la presenza di dichiarazione incompleta o omessa, ma esclusivamente nel caso in cui il concorrente non ottemperi alla richiesta della stazione appaltante ovvero non possieda, effettivamente, il requisito (TAR Lazio, Sez. II, 22 gennaio 2016, n. 798).