

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZE PLENARIE
N. 3 DEL 20 MARZO 2015 E N. 9 DEL 2 NOVEMBRE 2015
IN WWW.GIUSTIZIA-AMMINISTRATIVA.IT

GLI ONERI DI SICUREZZA INTERNI, TRA OBBLIGHI DICHIARATIVI E SOCCORSO
ISTRUTTORIO: LE SOLUZIONI PARZIALI DELLA PLENARIA

Francesco Armenante*

SOMMARIO: **1.-** Aspetti introduttivi **2.-** Le diverse tipologie di oneri **3.-** Gli interventi dell'Adunanza plenaria **4.-** Le questioni aperte: gli appalti diversi dai lavori pubblici **5.-** Possibili percorsi risolutivi

1.- Aspetti introduttivi

Le riflessioni che seguono riguardano una problematica recentemente sorta nel dibattito della giurispubblicistica e concernente l'interpretazione degli artt. 86 (comma 3 *bis* e comma 3 *ter*) e 87 (comma 4) del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006), oggetto di plurime e disorganiche novelle di cui alla legge n. 296 del 27 dicembre 2006¹, al d. lgs. n. 6 del 26 gennaio 2007², infine alla legge 3 agosto 2007 n. 123³.

Si tratta, in sintesi, dell'individuazione (o meno) dell'obbligo, in capo ai concorrenti, di specificare, in sede di offerta economica, i costi sostenuti per la sicurezza "interna" dell'azienda, anche in assenza di un'espressa richiesta del bando o dell'invito a gara⁴.

Laddove si dovesse concludere per tale doverosità, occorrerebbe valutare l'applicabilità della sanzione espulsiva e l'esperibilità (preventiva) del soccorso istruttorio.

Su tali aspetti gli indirizzi interpretativi sono risultati divergenti, con inevitabile pregiudizio per la celere conclusione delle gare; a decisioni⁵ che hanno sostenuto la non vincolatività di tale previsione, si sono contrapposte sentenze⁶ che ne hanno sanzionato l'omessa indicazione. L'incertezza interpretativa persiste, nonostante i recenti interventi dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (*ea est*: decisione n. 3 del 20 marzo 2015 e decisione n. 9 del 2 novembre 2015), posto che i canoni interpretativi ivi resi non sembrano del tutto esaustivi.

* Ricercatore di diritto amministrativo e docente di Scienza dell'Amministrazione presso l'Università degli Studi di Salerno.

¹ In particolare, l'art. 1, comma 909, della citata legge ha modificato sia il comma 2 *bis* dell'art. 86 (successivamente sostituito dall'art. 8 della legge n. 123 del 3 agosto 2007), sia il comma 4 dell'art. 87, a sua volta successivamente novellato dal d. lgs. n. 6/2007.

² Cfr. art. 3 del d. lgs. n. 6/2007.

³ Il cui art. 8 ha inserito il comma 3 *ter* all'art. 86, sancendo che: "*Il costo relativo alla sicurezza non può comunque essere soggetto a ribasso d'asta*".

⁴ Si ricorda che, per pacifico insegnamento giurisprudenziale, le clausole di esclusione dalle procedure concorsuali, in presenza delle quali il criterio teleologico recede rispetto a quello formale, con consequenziale estromissione dalla gara in caso di loro infrazione da parte delle imprese concorrenti, devono essere munite del crisma della specificità e della tassatività.

⁵ Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. III, sentenza 15/07/2014, n. 3927.

⁶ Cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. I, sentenza 28/07/2014, n. 2517.

2.- Le diverse tipologie di oneri

Le norme di settore⁷ e le previsioni del codice dei contratti⁸ prevedono due distinte tipologie di oneri per la sicurezza⁹:

- oneri finalizzati all'eliminazione dei rischi da interferenze e quantificati dalla stazione appaltante nel c.d. DUVRI¹⁰.

- 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 stesso¹¹.

Per l'effetto, l'eventuale loro ribasso determinerebbe l'esclusione del concorrente¹².

Gli oneri da "rischio specifico", invece, risultano quantificarli dalla singola concorrente e rilevano solo in sede di valutazione dell'eventuale anomalia dell'offerta¹³.

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*.

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 aziendale¹⁴.

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 (su cui si tornerà in seguito) 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, 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:

⁷ Combinato disposto dell'art. 26 del d. lgs. n. 81/2008 e dell'art. 16 del d. lgs. n. 106/2009.

⁸ Si tratta degli artt. 86 e 87 del codice, su cui ampiamente *infra*.

⁹ Cfr., anche, la determinazione dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, n. 3/2008.

¹⁰ Documento unico per la valutazione dei rischi da interferenza, di cui al citato art. 26.

¹¹ In tal senso, Cons. Stato, sez. IV, 7/11/2012, n. 5671; Cons. Stato, sez. III, 3/10/2011, n. 5421.

¹² *Ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 14/12/2011, n. 6558.

¹³ In senso conforme, Cons. Stato, sez. III, 10/08/2013, n. 3706.

¹⁴ In termini, Cons. Stato, sez. V, 17/06/2014, n. 3056, con il richiamo agli artt. 86, comma 3*bis*, d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163, e 26, comma 6, d. lgs. 9 aprile 2008 n. 81.

- 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 agevolmente 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 essenziale¹⁵.

Non sono mancati, tuttavia, decisioni di segno contrario.

Nel richiamare precedenti specifici¹⁶, 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"¹⁷.

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 sub-procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta medesima¹⁸.

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 2 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

¹⁵ Nel solco di tale orientamento, si pone TAR Toscana, sez. II, 4/05/2015, n. 700.

¹⁶ Cons. Stato, sez. III, n. 1030/2014; id., sez. VI, n. 3964/2014; id., sez. V, n. 4907/2014.

¹⁷ Cons. Stato, sez. III, 7/09/2015, n. 4132. Anche il TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 14/10/2015, n. 1325 ha ritenuto che: "Nel caso in cui nella *lex specialis* della gara non fosse stata prevista alcuna comminatoria di esclusione per l'omessa indicazione degli oneri di sicurezza, non poteva essere disposta l'esclusione per tale motivo, atteso anche che la predetta mancanza non è prevista tra le cause di esclusione elencate all'art. 46, comma 1-*bis*, del codice dei contratti pubblici".

¹⁸ Cfr. TAR Campania, Salerno, sez. I, 18/08/2015, n. 1794.

gara, con recessività di ogni ipotesi espulsiva non chiaramente e puntualmente prevista e, soprattutto, con la possibilità di sanare qualsiasi dichiarazione carente.

4.- Le questioni aperte: gli appalti diversi dai lavori pubblici

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 statuizioni¹⁹, può ritenersi che la questione in esame non rilevi in tema di concessioni di servizi, nel senso che, in tale tipologia di contratti pubblici²⁰, 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*²¹.

Va, al riguardo, precisato che il tratto distintivo della concessione di servizi²² 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 lavoratori²³.

¹⁹ Secondo l'Adunanza plenaria, sentenza 7/05/2013, n. 13: “Sebbene le direttive appalti abbiano tendenzialmente escluso dal proprio ambito di applicazione le concessioni di servizi, l'affidamento delle stesse, secondo la giurisprudenza comunitaria e nazionale, non può essere sottratto ai principi espressi dal Trattato in tema di concorrenza. Tale regola è stata codificata nell'articolo 30, comma 3, del codice dei contratti pubblici. Il quale, unitamente alla definizione dell'istituto stesso (al comma 2), recepisce gli orientamenti espressi dalla Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario del 12 aprile 2000”.

²⁰ Si pensi alla gara per l'installazione dei distributori automatici di bevande nei locali dell'Amministrazione precedente.

²¹ Cons. Stato, sez. V, 30/06/2014, n. 3291, secondo cui le imprese non possono essere escluse dalla gara, per mancata specificazione degli oneri di sicurezza in sede di presentazione dell'offerta, nel caso di gara per l'affidamento di una concessione di servizi pubblici, provvedimento la cui emanazione, ai sensi dell'art. 30 del codice dei contratti pubblici, non soggiace alle norme puntuali recate dal codice, ma ai soli principi generali della materia, principi tra i quali non è annoverabile la *regula iuris* fissata dalla norma di cui all'art. 86, comma 4, cit..

²² Che viene definita dalla direttiva n. 2004/18/CE, nonché dal codice dei contratti pubblici (art. 3, comma 12) come “il contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo”.

²³ Consiglio di Stato, sez. III, 28/09/2015, n. 4537.

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 riguardo²⁴, data la mancanza di profili afferenti il tema della salute e della sicurezza sul lavoro²⁵.

Maggiormente controversa è la soluzione per 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 decisione²⁶ 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 coesistente 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 sub-procedimento di verifica della congruità dell'offerta nel suo complesso”²⁷.

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 remuneratività e l'attendibilità del ribasso effettuato contraendo gli oneri della sicurezza>>²⁸.

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”²⁹.

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>>³⁰.

Tali considerazioni sono state ulteriormente ribadite in assenza, nel bando, della previsione, a pena di esclusione, di tale obbligo³¹.

²⁴ Consiglio di Stato, sez. VI, 05/01/2015, n. 18, concernente l'affidamento del servizio di assistenza tecnica, monitoraggio, controllo e valutazione di programmi comunitari funzionali ad orientare l'appaltatore per la ottimale gestione di tali programmi.

²⁵ Il medesimo Collegio ha osservato che non è consentito l'inserimento nella *lex specialis* degli oneri di sicurezza alla stregua di quei principi del codice dei contratti di carattere cogente ed inderogabile per i quali possa farsi luogo ad eterointegrazione delle prescrizioni di gara.

²⁶ Cons. Stato, sez. III, 18/10/2013, n. 5070; *id.*, 4/03/2014, n. 1030; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 9/01/2014, n. 36; TAR Lazio, Roma, sez. II *ter*, 3/02/2014, n. 1314.

²⁷ I prodromi di tale massima si rinvencono già in Consiglio di Stato, sez. III, 10 luglio 2013, n. 3706.

²⁸ TAR Umbria, sez. I, 22/05/2013, n. 301.

²⁹ In senso conforme, si vedano anche: TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 9/06/2009, n. 1201, TAR Sardegna, sez. I, 7/04/2008, n. 638; TAR Lazio, Roma, sez. II *ter*, 7/09/2012, n. 7630; TAR Lazio, Roma, sez. II, 14/06/2012, n. 5465; TAR Puglia, Bari, sez. I, 27/09/2012, n. 1700. In termini parere AVCP n. 27 dell'8/03/2012.

³⁰ In termini, TAR Umbria n. 301/2013, *cit.*.

³¹ TAR Basilicata, 23/12/2013, n. 810.

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”³².

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 gara³³.

Sull’opposto crinale si pongono altri (e altrettanto autorevoli) pronunciamenti, tra cui la decisione del Consiglio di Stato, sez. III, 23 gennaio 2014, n. 348³⁴, 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 ribadito³⁵, 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”³⁶, 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*”³⁷.

5.- Possibili percorsi risolutivi

Ogni prospettiva risolutiva delle questioni aperte, non può prescindere dalle norme (più volte menzionate) 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.

³² TAR Campania, Napoli, sez. III, 4/03/2014, n. 1306.

³³ Consiglio di Stato, sez. V, 17/03/2015, n. 1375.

³⁴ Nel caso deciso da tale sentenza, invero, l’appellante lamentava che non fossero state escluse due imprese - tra cui l’aggiudicataria - che avevano entrambe omesso di indicare i costi della sicurezza da interferenza e, per di più, una di esse anche quelli aziendali o da rischio specifico.

³⁵ TAR Veneto, sez. I, 10/12/2013, n. 1388.

³⁶ Si rammenta che l’art. 46, comma 1 *bis*, del d. lgs. n. 163/2006, introdotto dall’art. 4 del d. l. n. 70/2011 (convertito dalla l. n. 106/2011), recante il principio di tassatività delle cause di esclusione, prevede, tra le cause di esclusione, oltre quelle normativamente previste, la non integrità o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi “tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte” e sancisce la nullità di clausole escludenti ulteriori rispetto a quelle indicate. E’ stato, al riguardo, chiarito (Cons. Stato, Ad. Plen., 16/10/2013, n. 23, Ad. Plen. n. 9/2014; Ad. Plen., 30/07/2014, n. 16) che la costruzione della disposizione contenuta nel suindicato art. 46, comma 1 *bis*, impone una sua esegesi ed applicazione nel senso che la sanzione dell’esclusione dev’essere ritenuta operativa non solo nei casi in cui sia stata espressamente prevista dallo stesso codice, ma anche quale conseguenza dell’inosservanza di adempimenti doverosi stabiliti dallo stesso codice, ancorché non espressamente a pena di esclusione.

³⁷ E’ quanto sostenuto dal TAR Campania, Salerno, sez. I, 6 marzo 2014 n. 536.

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 rimarcato³⁸ 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" o 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.

Di essi la stazione appaltante è in grado *a priori* di individuarne le caratteristiche, in dipendenza della natura delle prestazioni da appaltarsi; del resto, non può revocarsi in dubbio che, ad esempio, un servizio di assistenza informatica comporterà un minore rischio da interferenza con i dipendenti della P.A. rispetto ad un appalto per l'esecuzione dei lavori³⁹.

L'art. 86 del d.lgs. n. 163/2006 non fa riferimento (nel suo tenore lessicale) 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 riferimento, stante la sua formula omnicomprensiva, 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: "Nono sono ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza in conformità all'articolo 131⁴⁰, nonché al piano di sicurezza e coordinamento di cui all'art. 12, decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494"⁴¹.

Ed è sulla base di tale premessa (lineare quanto inconfutabile) che il Consiglio di Stato⁴² 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

³⁸ TAR Campania, Napoli, III sez., sentenza 15/07/2014, n. 3927.

³⁹ Trattasi di oneri che rivestono la massima importanza nello svolgimento della commessa pubblica poiché, involgono la sicurezza di tutto il personale coinvolto nell'esecuzione della prestazione appaltata, sia dipendente dell'ente aggiudicatore sia appartenente alle imprese appaltatrici.

⁴⁰ L'art. 131 del codice, dedicato ai piani di sicurezza, è inserito nel Titolo III, rubricato "Disposizioni ulteriori per i contratti relativi ai lavori pubblici", ricompreso nel Capo I, "Programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori".

⁴¹ Recante disposizioni di attuazione della c.d. direttiva cantieri e che disciplina il p.s.c. (piano di sicurezza e coordinamento), che deve predisporre l'impresa partecipante a gare di appalto di lavori pubblici.

⁴² Con la sentenza resa dalla sez. V, 22/01/2014, n. 330.

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 deve ritenersi applicabile ai soli fini del *sub* procedimento di valutazione dell’eventuale anomalia dell’offerta⁴³.

Per l’effetto, l’esclusione di un concorrente a causa dell’omessa specificazione di tali costi, in assenza di una puntuale previsione della *lex specialis* (e di una contestuale sanzione espressa di esclusione) sarebbe del tutto sproporzionata, ben potendo la stazione appaltante verificare, in sede di giudizio sull’anomalia, se l’offerta sia stata predisposta considerando gli stessi.

A condurre ad una diversa conclusione, ovvero all’esclusione della concorrente, potrebbe essere solo un’espressa previsione della *lex specialis* che, oltre a richiedere l’indicazione in sede di offerta economica anche degli oneri *de quibus*, ne sanzioni, sempre *expressis verbis*, l’eventuale omissione.

Del resto, l’irragionevolezza di una sanzione espulsiva sembra derivare anche dalle recenti scelte legislative, tese a valorizzare il momento competitivo, favorendo il soccorso istruttorio nella fase iniziale di verifica dei requisiti.

In particolare, l’art. 39 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 (convertito con la legge n. 114 dell’11 agosto 2014⁴⁴), 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 disposizione⁴⁵, seppur con un lessico foriero di incertezze interpretative (e, quindi, anche di contenzioso⁴⁶), individua la diversa fattispecie di irregolarità non essenziali o di mancanza

⁴³ Ne consegue che l’omessa specificazione dei costi aziendali o da rischio specifico rileva, in assenza di specifica ed espressa comminatoria di esclusione, solo nella fase eventuale in cui la stazione appaltante debba procedere a valutare la congruità dell’offerta presentata, se e in quanto sospettata di anomalia.

⁴⁴ In G.U. n. 190 del 18 agosto 2014, recante misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l’efficienza degli uffici giudiziari.

⁴⁵ Letteralmente, la disposizione in esame, a seguito della conversione del decreto legge, prevede che: “La mancanza, l’incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all’uno per mille e non superiore all’uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, nè applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla

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 esecutive 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.

In tale ottica, 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 del 20 marzo 2015, 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 sanatoria⁴⁷.

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 laddove il bando non rechi alcuna clausola sul punto e qualora l'offerta sia stata formulata in conformità all'indirizzo giurisprudenziale prevalente alla data della sua 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,

fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, nè per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte".

⁴⁶ Come espressamente osservato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, 30/07/2014, n. 16.

⁴⁷ Sulla casistica delle carenze sanabili, cfr. Determina ANAC dell'8 gennaio 2015 n. 1, in G.U. n. 22 del 28 gennaio 2015, recante criteri interpretativi dei divisati comma 2 *bis* dell'art. 38 e comma 1 *ter* dell'art. 46.

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) tempera(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 (e citate) novelle.