

Oneri della sicurezza aziendali: nuovo caos applicativo per gli appalti di lavori pubblici

1 Aprile 2015

Si ritiene necessario tornare sulla delicata questione concernente gli oneri della sicurezza aziendali, in quanto il Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria, si è recentemente pronunciato su tale tema, con una sentenza che sembra destinata a rimettere in discussione i chiarimenti che erano stati forniti al riguardo sia dall'ANAC, con il bando tipo n. 2 del settembre scorso, sia da ITACA, con il documento recante “**Verifica di congruità degli oneri aziendali della sicurezza nei contratti di lavori pubblici**” (cfr. *News Ance n. 19579 del 5 marzo 2015*).

Si ricorda, infatti, che l'ANAC, nel bando-tipo n. 2, anche su sollecitazione dell'ANCE, ha tentato di fare chiarezza su tale controverso tema, che da lungo tempo è al centro di un vivace dibattito giurisprudenziale e dottrinario e che ha visto l'affermazione di posizioni spesso opposte e contraddittorie.

In particolare, l'ANAC ha chiarito che, negli appalti di lavori pubblici, non esiste un obbligo giuridico di indicazione preventiva degli oneri della sicurezza aziendali, in quanto tale indicazione è menzionata espressamente dalla normativa vigente, ed in particolare dall'art. 87, comma 4 del codice dei contratti, unicamente per gli appalti di forniture e servizi. Ciò premesso, il bando-tipo ha anche evidenziato che un'eventuale richiesta del bando di gara di indicazione preventiva vada comunque considerata legittima, in quanto si tratta di una prescrizione che le stazioni appaltanti possono ritenere utile al fine di acquisire, precocemente, informazioni necessarie ad effettuare la successiva verifica di congruità delle offerte. Tuttavia, ha precisato l'ANAC, in aderenza al dettato normativo e al principio di tassatività delle cause di esclusione, di cui all'articolo 46, comma 1 bis del codice, in nessun caso il bando potrà formulare tale richiesta di indicazione a pena di esclusione. Essa, inoltre, potrà avvenire anche in un momento successivo, cioè direttamente in sede di verifica dell'anomalia delle offerte.

La soluzione interpretativa adottata nel bando-tipo, al quale come noto le stazioni appaltanti sono tenute a conformarsi, salvo deroghe debitamente motivate nella delibera a contrarre, è stata sposata anche nel documento redatto da ITACA, al quale ANCE ha partecipato, che ha individuato un metodo per facilitare lo svolgimento, da parte della stazione appaltante, della verifica di congruità degli oneri della sicurezza aziendali.

In questo contesto, che sembrava aver raggiunto un punto di equilibrio, almeno a livello dottrinario, si è inserita una recente sentenza dell'**Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 3 del 20 marzo 2015**, che, su deferimento della V sezione dello stesso CdS, è stata investita della questione interpretativa concernente l'estensione dell'articolo 87, comma 4 del codice anche agli appalti di lavori pubblici.

Nella pronuncia il Consiglio di Stato ha ritenuto di sposare la linea interpretativa più rigida, secondo la quale, al di là della formulazione testuale delle norme, l'obbligo di indicazione preventiva degli oneri della sicurezza inserito nell'articolo 87, comma 4, è da ritenersi applicabile anche agli appalti di lavori pubblici, per ragioni di logicità e di coerenza rispetto alla prioritaria finalità della tutela della sicurezza del lavoro. Quest'ultima trova fondamento costituzionale e trascende i contrapposti interessi delle stazioni appaltanti e delle imprese, i quali mirano, per le prime, ad aggiudicare i contratti pubblici alle migliori condizioni consentite dal mercato e, per le seconde, a massimizzare l'utile ritraibile dal contratto.

Inoltre, secondo la sentenza, l'omessa specificazione dei costi di sicurezza interni configura un'ipotesi di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice, idoneo a determinare incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta per difetto di un suo elemento essenziale; perciò, anche se non prevista nella *lex specialis*, tale omessa indicazione comporta l'esclusione dell'offerta dalla procedura di gara, per

inosservanza di un precetto a carattere imperativo, non sanabile con il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante.

A testimonianza del caos giurisprudenziale esistente sul punto, è interessante notare che l'Adunanza Plenaria è stata investita della questione interpretativa legata agli oneri della sicurezza negli appalti di lavori pubblici dalla V sezione del Consiglio di Stato (con ordinanza di rimessione del 16 gennaio 2015, n. 88), e che la stessa V sezione ha pronunciato, tre giorni prima dell'Adunanza Plenaria, la **sentenza n. 1375 del 17 marzo 2015** con la quale, in un diverso contenzioso, ha sostenuto, con argomentazioni del tutto ragionevoli, pertinenti e condivisibili, la tesi interpretativa opposta a quella affermata dall'Adunanza Plenaria.

In particolare, la V sezione afferma che in nessuna parte della normativa vigente è previsto, per gli appalti di lavori pubblici, un obbligo di indicazione in offerta dei costi per la sicurezza aziendali comminato a pena di esclusione; infatti, le stazioni appaltanti sono tenute a verificare gli oneri della sicurezza in sede di verifica dell'anomalia, come si evince dalla rubrica dell'articolo 86, che fa riferimento ai *“Criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse”*. Inoltre, continua la pronuncia, *“se è vero che le norme perseguono l'obiettivo di assicurare la tutela dei lavoratori e che tale fine trascende i contrapposti interessi delle stazioni appaltanti di aggiudicare i contratti pubblici alle migliori condizioni consentite dal mercato e delle imprese partecipanti alle relative procedure di massimizzare l'utile ritraibile dal contratto, va rilevato che detto fine può essere realizzato anche attraverso l'obbligo, per le stazioni appaltanti, di effettuare una specifica valutazione della congruità del costo per la sicurezza nella appropriata sede della verifica dell'anomalia dell'offerta”*.

Viceversa, continuano i giudici della V sezione, sarebbe palese la sproporzione tra obiettivi perseguiti e risultati realizzati se, al fine di tutelare la sicurezza e i connessi diritti dei lavoratori, si impedisse all'impresa di concorrere per l'affidamento di un contratto pubblico per il solo fatto di non aver esposto nell'offerta i relativi costi per la sicurezza aziendale, quand'anche gli stessi risultassero congrui nell'unica sede ove tale verifica va effettuata.

Inoltre, la V sezione interviene anche sul profilo attinente la tesi dell'eterointegrazione del bando di gara, sostenendo una tesi diversa dall'Adunanza Plenaria, secondo la quale la mancata indicazione degli oneri della sicurezza aziendali comporterebbe comunque l'esclusione dalla gara, anche in assenza di una espressa richiesta del bando.

Specificano i giudici della V sezione, infatti, che *“l'eterointegrazione può aver luogo con cautela, poiché l'inserzione automatica di clausole in tanto si giustifica in quanto occorra conformare il contenuto delle obbligazioni e di diritti nascenti da contratti già conclusi, con esigenze di ordine imperativo non disponibili dai contraenti. In base a questa considerazione, è assai dubbia l'operatività del meccanismo in questione nei confronti di aspetti che concernono lo svolgimento della procedura selettiva ed in particolare le modalità con cui le imprese formulano la loro offerta”*.

Per completezza di analisi, si segnala altresì che è successiva all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la **sentenza n. 305 del 24 marzo 2015 del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la regione Sicilia**, nella quale si affermano principi opposti a quelli espressi dall'Adunanza Plenaria.

In particolare, il C.G.A. ha osservato che l'obbligo di indicare i costi per la sicurezza interna viene ricavato dalla lettura degli articoli 86 ed 87 del codice dei contratti pubblici, i quali, tuttavia, riguardano la fase di verifica dell'anomalia delle offerte e non la fase della gara, e che non prevedono espressamente alcuna conseguenza in termini di esclusione dell'offerente. Quanto all'articolo. 87, inoltre, si precisa che non risulta neppure certissimo che la norma debba considerarsi riferita anche agli oneri di sicurezza “interni”, essendo tale norma riferita unicamente ai servizi e alle forniture.

Tutto ciò premesso, considerato l'alto livello di incertezza interpretativa che accompagna la questione e la gravità delle conseguenze che possono derivarne per le imprese concorrenti alle gare, Ance sta operando affinché trovi spazio una soluzione definitiva al problema, di carattere

normativo. Nelle more, la questione sarà evidenziata al Presidente dell'ANAC, anche in considerazione del forte contrasto creatosi tra la posizione sostenuta da una parte autorevole della giurisprudenza e le indicazioni inserite nel bando-tipo.

Nell'attesa che si raggiunga una situazione di maggiore chiarezza, si suggerisce alle imprese partecipanti a procedure di gara per lavori pubblici di adottare un comportamento cautelativo, al fine di evitare provvedimenti di esclusione dalla gara e conseguente contenzioso "a valle". In particolare, si suggerisce di indicare sistematicamente l'importo degli oneri della sicurezza aziendali in offerta, avvalendosi, ai fini della relativa quantificazione, della formula parametrica che è stata predisposta ed indicata nel documento ITACA, recante "Verifica di congruità degli oneri aziendali della sicurezza nei contratti di lavori pubblici".

Naturalmente, si darà tempestiva comunicazione di ogni aggiornamento emerga sul punto.