

Prot. n. 285/C/2018

Preg.mi Sigg.
Titolari e/o Legali Rappresentanti
delle Imprese associate
LORO SEDI

Ragusa, 16 Ottobre 2018

Oggetto: **Appalti pubblici: imperativo separare importi sicurezza e manodopera.**

È obbligatoria l'indicazione separata nell'offerta economica dei costi della manodopera e degli oneri aziendali sulla sicurezza, poiché trattasi, nel primo caso, di informazioni che solo l'operatore economico, datore di lavoro, può conoscere, e, nel secondo, di un adempimento alle disposizioni in tema di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, da quantificarsi in rapporto all'offerta economica e all'organizzazione propria e autonoma dell'impresa concorrente.

1. La sentenza 5513/2018 del Consiglio di Stato

Il Consiglio di Stato (sez. V, 25 settembre 2018, n. 5513) è intervenuto ancora una volta sull'annosa questione degli effetti della mancata indicazione separata in offerta degli oneri della sicurezza, cui, con l'ultima riformulazione del Codice, si è aggiunta la problematica della mancata indicazione del costo del lavoro.

Nel caso specifico, la stazione appaltante aveva prima escluso i concorrenti in difetto di tale indicazione separata, per poi riammetterli in un secondo momento nonostante il bando di gara prevedesse esplicitamente l'obbligo di indicare nell'offerta economica di ciascun concorrente, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali, concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

A tale proposito, il Collegio ritiene che, in quest'ambito, sia individuabile un punto di svolta nell'adozione del cd. "decreto correttivo" (d.lgs. n. 56 del 2017) al Codice dei contratti (d.lgs. 50/2016), che, tra le tante novità introdotte, ha riformulato l'art. 95, comma 10.

Quest'ultimo dispone che: «*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 [...] . Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto dall'art. 97, comma 5, lett. d)*».

Secondo il Collegio, non può quindi più applicarsi l'orientamento che circoscriveva la portata applicativa dell'obbligo di indicazione di tali oneri in ragione dell'esigenza di tutelare i principi euro-unitari di tutela dell'affidamento, certezza del diritto, parità di

trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza (Cons. Stato, Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 19 e 20, e Cons. Stato, V, 4 luglio 2018, n. 4106 con riferimento alle gare bandite prima dell'entrata in vigore del Codice e, successivamente, in mancanza di previsioni escludenti nella legge di gara).

Il Consiglio di Stato ha quindi adottato il diverso orientamento che ritiene imprescindibile l'indicazione degli oneri della sicurezza in offerta, perché diversamente si finirebbe per *«contrastare il generale principio della par condicio concorrenziale, consentendo in pratica a un concorrente (cui è riferita l'omissione) di modificare ex post il contenuto della propria offerta economica»* (Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2018, n. 815).

Inoltre, secondo lo stesso Collegio in difetto di una separata indicazione nelle offerte di detti costi e oneri, verrebbe meno l'obiettivo della norma e della previsione della *lex specialis*, che *«è evidentemente quello di verificare il rispetto delle prescrizioni in materia di retribuzione, assicurazione obbligatoria e sicurezza del lavoro»*.

Per tali motivi, la mancata indicazione di detti importi comporta, sempre secondo il Collegio, una omissione che cade su un elemento essenziale dell'offerta, derivante da una disposizione dal carattere sostanziale ed idonea a determinare una vera incertezza sul contenuto dell'offerta economica o un'inammissibile sua alterazione e, pertanto, legittimo motivo di esclusione.

Il concorrente deve essere escluso, perché laddove l'offerta riporti la dichiarazione di un singolo valore, la stazione appaltante non può sostituirsi al concorrente separando detti costi e oneri, conoscibili solo da quest'ultimo, e neppure è possibile attivare il soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione degli oneri per la sicurezza c.d. "interni" o "aziendali".

Infatti, a mente dell'art. 83, comma 9 del Codice - anch'esso riformulato da cd. decreto correttivo - nessuno può fare ricorso al soccorso istruttorio per *«integrare o regolarizzare le mancanze, le incompletezze ed ogni altra irregolarità essenziale afferenti all'offerta tecnica ed economica»*, essendo stato tale istituto confinato alle sole ipotesi di carenze degli elementi formali (vedi anche TAR Genova, 12 giugno 2018 n. 516).

Il Consiglio di Stato ha concluso che nel caso di specie - a fronte dell'espressa previsione normativa e alla chiara disposizione escludente della *lex specialis* - non vi fosse ragione di dubitare dell'illegittimità della riammissione delle imprese, prima escluse, che avevano omesso nella propria offerta la materiale separazione dei costi della manodopera e degli oneri suddetti (vedi anche Cons., sez. V, 7 febbraio 2018, n. 815).

2. Il punto sulla giurisprudenza opposta

Nonostante la decisa indicazione della sentenza 5513/2018, rimane però un margine incertezza, laddove il Collegio evidenzia che - a fronte di una causa escludente esplicitata nel bando di gara - nel caso specifico non potrebbe applicarsi il diverso orientamento secondo cui *“non si potrebbe inferire l'esclusione ... ove l'espulsione non sia espressamente comminata dalla lex specialis”* (Cons. Stato, III, 21 aprile 2018, n. 2554, in continuità rispetto all'interpretazione antecedente al codice).

La giurisprudenza in materia si è infatti divisa sulla possibilità di attivare il soccorso istruttorio, in assenza di specifiche indicazioni del bando sugli effetti della mancata separazione in offerta di detti oneri e costi (*cf.*, ad es., nel senso dell'automatismo escludente questo stesso Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2018, n. 518, T.A.R. per la Campania, sede di Napoli, 27 marzo 2018, n. 1952 e, in senso contrario, T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, 20 luglio 2017, n. 8819).

Peraltro, su tale tema si aspettava la risposta della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, che invece ha dichiarato irricevibile la questione sollevata per l'assenza di interessi transfrontalieri rilevanti in quel giudizio (Corte di Giustizia UE, sez. VI, 23 novembre 2017, in C-486/17, remissione T.A.R. di Potenza, ord. 25 luglio 2017 n. 525).

Ciò nonostante, l'orientamento favorevole al soccorso istruttorio ritiene che la soluzione automaticamente escludente si ponga in contrasto con l'indirizzo del diritto UE (v., per tutte, Corte di Giustizia UE, sez. VI, 10 novembre 2016, in C-162/16), secondo cui dal quadro della normativa eurounitaria – quello precedente della direttiva 2004/18/CE che, però, sul punto è stata “replicata” senza alcuna sostanziale modifica dalla direttiva 2014/14/UE – *«non emerge che la mancanza di indicazioni, da parte degli offerenti, del rispetto di tali obblighi determini automaticamente l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione»*, per cui potrebbe ipotizzarsi una violazione del divieto di goldplating (Cons. Stato, III, 2554/2018 cit.).

In tal senso, altra giurisprudenza ritiene l'esclusione *tuot court* in possibile difformità dal diritto europeo, laddove prescinda dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispetti effettivamente i costi minimi di sicurezza aziendale (TAR Torino sent. 14 giugno 2018, n. 750) TAR Basilicata, sez. I, ordinanza 25 luglio 2017, n. 525).

Per quanto riguarda l'indicazione dei costi per la manodopera, anche la soccorribilità della mancata indicazione di tali costi è questione controversa nella giurisprudenza, in cui si sono avute pronunce di segno contrastante, basate sull'interpretazione letterale ovvero sistematica delle norme contenute nel codice dei contratti pubblici (Consiglio di Stato, Sez. V, ord. 28 settembre 2018, n. 5589), non per forza connesse alla parallela problematica dell'indicazione degli oneri.

Infatti, vi è un orientamento che ritiene inapplicabile ai costi del lavoro lo stesso schema interpretativo utilizzato per gli oneri di sicurezza (e quindi l'eventuale soccorso istruttorio), perché in caso di mancata indicazione dei primi verrebbe impedito alle

stazioni appaltanti di verificarne il rispetto dei minimi salariali retributivi di cui all'art. art. 97, co. 5, lett. c) (Tar Sicilia, Palermo, 5 luglio 2018, n. 1552)

A tal riguardo, tuttavia, si ricorda che con ordinanza 24 aprile 2018, n. 4562 il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. II bis, ha rimesso alla Corte di giustizia U.E. il seguente quesito interpretativo : *«se i principi comunitari [...] ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dal combinato disposto degli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, secondo la quale l'omessa separata indicazione dei costi della manodopera nelle offerte economiche di una procedura di affidamento di servizi pubblici determina, in ogni caso, l'esclusione della ditta offerente senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata non sia stato specificato nella documentazione di gara e, ancora, a prescindere dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispetti effettivamente i costi minimi della manodopera, in linea peraltro con una dichiarazione all'uopo resa dalla concorrente»*.

3. Indicazioni alle imprese

La disciplina in vigore, per le ragioni sopra elencate, è ancora in attesa di maggiori certezze rispetto alla soccorribilità dell'omessa indicazione di oneri della sicurezza e costi della manodopera, laddove non specificato nella documentazione di gara.

Ciò impone un atteggiamento prudente e attento nella compilazione delle offerte, poiché l'art. 95, co. 10 del Codice potrebbe ben essere interpretato (dalla stazione appaltante o da un altro concorrente) nel senso indicato dalla sentenza 5513/2018 in commento, che impone sempre di escludere l'offerta economica che non rechi l'indicazione separata degli oneri della sicurezza dei costi della manodopera, senza possibilità di ammettere la ditta al soccorso istruttorio, anche a prescindere dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispetti effettivamente i costi minimi di sicurezza aziendale.

Cordialità


ANCE RAGUSA
II VICE PRESIDENTE
(Geom. Giovanni Bonometti)