

**Mancata indicazione degli oneri di sicurezza:
perché non è possibile escludere senza soccorso istruttorio¹**

di Massimo Gentile

Le pronunce dell'Adunanza Plenaria del 2015 (la n. 3/2015 e la n. 9/2015) hanno trasformato la questione concernente l'indicazione degli oneri della sicurezza "aziendali" in un "grimaldello" da utilizzare al fine di rovesciare gli esiti delle gare di appalto.

Come noto, i giudizi di Palazzo Spada hanno:

- con la pronuncia n. 3/2015, chiarito che l'omessa specificazione nelle offerte dei costi di sicurezza interni 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, come tale, comporta *"anche se non prevista nella lex specialis, l'esclusione dalla procedura"*;
- con la pronuncia n. 9/2015, precisato che tale principio vale *"anche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si è conclusa prima della pubblicazione"* della predetta decisione dell'Adunanza Plenaria n. 3/2015.

Ora, sulla scia di siffatte pronunce, alcune aggiudicazioni sono state impugnate da parte di quelle imprese accorte e diligenti che, avendo puntualmente recepito le indicazioni dell'Adunanza Plenaria – e quindi specificato, in sede di offerta, l'ammontare degli oneri della sicurezza - si sono trovate nella condizione di poter lamentare la illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore di imprese che, viceversa, avevano omesso siffatta specifica. E' evidente che, al di là di ogni perplessità che può sorgere in ordine alla interpretazione delle norme fornita dall'Adunanza Plenaria², ad oggi appare

¹ In corso di pubblicazione su www.appaltiecontratti.it.

² Sul tema si richiama l'ordinanza del TAR Piemonte Ordinanza della sez. II 16 dicembre 2015 n. 1745, con la quale è stata rimessa alla Corte di Giustizia europea la questione della compatibilità con i principi comunitari, dal combinato disposto degli artt. 87, comma 4, e 86, comma 3-bis, del Codice, e dall'art. 26, comma 6, del d.lgs. n. 81 del 2008 *"così come interpretato, in funzione nomofilattica"*, richiamato da Arrigo Varlaro Sinisi *"Subappalto necessario" e "oneri per la sicurezza aziendale": due dilemmi sulla via della soluzione"*, sempre www.appaltiecontratti.it.

piuttosto arduo il compito di chi deve sostenere che, a termini di legge, la specificazione di detti oneri al momento dell'offerta non è obbligatoria.

Sul punto, infatti, la posizione del massimo organo di giustizia amministrativa, che piaccia o no, è chiara ed inequivocabile.

Ciononostante, si pone un problema.

Dato per scontato che l'indicazione di cui occupa costituisce elemento essenziale dell'offerta, ci si chiede se la omissione di siffatta indicazione possa essere sanzionata con l'esclusione dalla gara senza previo esperimento del soccorso istruttorio previsto dal combinato disposto di cui agli articoli 38, comma 2 bis, e 46, comma 1 ter, del Codice.

Tali articoli prevedono espressamente che *“la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive”* che *“devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara”* non possono determinare l'esclusione se non è preventivamente espletato il procedimento previsto al medesimo articolo 38, comma 2 bis (sanatoria della manchevolezza, previo pagamento della sanzione prevista nella legge di gara).

Un lettore non particolarmente attento potrebbe affermare che anche tale questione è stata risolta dall'Adunanza Plenaria con la richiamata sentenza del 20 marzo 2015, n. 3, laddove è stato chiarito che, nel caso di mancata indicazione degli oneri per la sicurezza, il soccorso istruttorio non può essere attuato.

Ad avviso di chi scrive tale chiarimento non è sufficiente per dirimere la questione.

Si osserva, infatti, che nella sentenza dell'Adunanza Plenaria non si fa riferimento al “nuovo” soccorso istruttorio introdotto dalla legge 11 agosto 2014, n. 114 – che ha convertito in legge con modificazioni, il decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 recante “misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari” - ma esclusivamente a quello sancito dall'articolo 46, commi 1 e 1-bis.

Tale mancato riferimento è conseguenza della circostanza che la nuova (e stravolgente) disciplina del “soccorso istruttorio” è entrata in vigore successivamente alla data di pubblicazione del bando oggetto della menzionata

sentenza dell'Adunanza Plenaria, nei confronti della quale, dunque, detto soccorso era inapplicabile *rationae temporis*.

Ecco il motivo per il quale l'Adunanza Plenaria non opera alcun richiamo agli articoli 46, comma 1-ter e 38, comma 2-bis.

Si tratta di articoli che non potevano rilevare nel caso sottoposto alla sua attenzione.

La sentenza non può dunque costituire un riferimento ai fini della soluzione della problematica in parola, atteso che la pronuncia non affronta la questione – che riveste valore dirimente – dell'applicabilità della procedura, introdotta dalla novella del 2014, del soccorso istruttorio previo versamento della “sanzione”.

Né può ritenersi atta a superare la questione, l'altra pronuncia della Plenaria (2 novembre 2015, n. 9), la quale si è limitata ad affermare che il principio sancito nella precedente decisione trova applicazione “*anche per le procedure nelle quali la presentazione delle offerte è anteriore*” a detta decisione.

Tale precisazione è, infatti, conseguenza della domanda rivolta alla Plenaria (contenuta nell'ordinanza di rinvio) “*se sia legittimo il «soccorso istruttorio – per omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali – nei casi in cui la fase procedurale di presentazione delle offerte si sia perfezionata prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria n. 3 del 2015*”.

In buona sostanza, la decisione da ultimo richiamata non ha carattere “innovativo” ma “dichiarativo” (*rectius* interpretativo), atteso che affronta (esclusivamente) la questione concernente la sussistenza o meno di un eventuale distinzione, ai fini dell'applicazione del principio precedentemente affermato dalla medesima Adunanza Plenaria, tra gare anteriori e posteriori alla decisione.

Nessun riferimento è invece contenuto alla discriminante tra gare anteriori e posteriori al nuovo soccorso istruttorio “a pagamento”.

In conclusione, l'esclusione del concorrente senza possibilità di utilizzo del nuovo soccorso istruttorio non è stata presa in considerazione dall'Adunanza Plenaria (né nella sentenza n. 3 del 2015, né nella successiva n. 9 del 2015), la quale si è limitata ad escludere l'utilizzo del soccorso istruttorio così come disciplinato ante Decreto Legge n. 90/2014 (convertito dalla legge n. 114/2014).

E' pleonastico sottolineare la sussistenza di una differenza abissale tra le due forme di soccorso istruttorio.

Nel primo caso – ovverosia quello preso a riferimento dalle pronunce dell'Adunanza Plenaria - la possibilità di “sanare” eventuali manchevolezze era limitata esclusivamente ai casi di precisazione o chiarimento - privi comunque di valore sostanziale - del contenuto di documentazione ed elementi già prodotti.

Nel secondo caso, tale possibilità è stata estesa ad ogni ipotesi di carenza essenziale rilevata nella documentazione prodotta dal concorrente, come chiaramente previsto dagli articoli 46, comma 1-ter e 38, comma 2-bis del Codice.

Peraltro, l'indicazione degli oneri di sicurezza aziendali interni non può nemmeno considerarsi un elemento “essenziale”, non suscettibile di integrazione in base al nuovo soccorso istruttorio, quantomeno per due ordini di ragione:

- si tratta di oneri “interni” all'importo offerto, insuscettibili di modificare l'offerta;
- l'integrazione dell'indicazione degli oneri di sicurezza aziendali successiva alla conoscenza delle offerte non muta la misura di queste, non condiziona la graduatoria né altera in alcun modo il rapporto tra le diverse offerte concorrenti e men che meno ne comporta l'incertezza assoluta.

In sintesi, è opinione di chi scrive che, da un lato, le pronunce dell'Adunanza Plenaria non possono costituire un riferimento atto a sostenere l'inapplicabilità del soccorso istruttorio ex articoli 38, comma 2 bis, e 46, comma 1 ter, del Codice al caso della mancata indicazione degli oneri per la sicurezza e, dall'altro lato, che sussistono valide argomentazioni per ritenere siffatto soccorso istruttorio pienamente operante.

Ai Giudici il compito di esaminare (meglio) tale profilo.