

**Il TAR della Basilicata rimette alla Corte di giustizia la questione interpretativa se, nel vigore del nuovo codice sui contratti pubblici, l'omessa indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale possa costituire legittima causa di esclusione allorché l'obbligo di indicazione separata non sia stato specificato nella *lex specialis***

[Tar Basilicata, sez. I, ordinanza 25 luglio 2017, n. 525 – Pres. ed Est. Caruso](#)

**Appalti pubblici – Oneri di sicurezza aziendale – Omessa indicazione in assenza di espressa prescrizione nella *lex specialis* – Esclusione dalla gara – Compatibilità con il diritto europeo – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia U.E.**

*Deve essere rimessa alla Corte di giustizia dell'UE la seguente questione pregiudiziale ex art. 267 del TFUE:*

*a) Se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, unitamente ai principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza, di cui alla direttiva n. 2014/24/UE, 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. Lg.vo n. 50/2016, secondo la quale l'omessa separata indicazione dei costi di sicurezza aziendale, nelle offerte economiche di una procedura di affidamento di appalti 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 nell'allegato modello di compilazione per la presentazione delle offerte, ed anche a prescindere dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispetti effettivamente i costi minimi di sicurezza aziendale (1)*

---

(1) I. - Il rinvio pregiudiziale è stato occasionato da una controversia in materia di affidamento di servizi sanitari sottosoglia, indetto nella vigenza del nuovo codice dei contratti pubblici, in cui la commissione di gara, rilevando l'omessa specifica indicazione nell'offerta economica degli oneri di sicurezza, ha consentito la "regolarizzazione" dell'offerta medesima mediante "soccorso istruttorio".

Il provvedimento di ammissione è stato poi impugnato da una delle imprese concorrenti lamentando la violazione del d. lgs. n. 50 del 2016 nella parte in cui prevede l'obbligo di indicazione separata, all'atto della predisposizione delle offerte per partecipare ad una procedura ad evidenza pubblica di affidamento di appalto di servizi, dei costi interni di sicurezza aziendale (ai sensi dell'artt. 95, comma 10, a mente del quale "nell'offerta

economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro"), con divieto di successiva sanatoria (a mente dell'art. 83, comma 9, che esclude la sanabilità delle carenze essenziali della domanda di partecipazione "afferenti all'offerta tecnica e all'offerta economica"), anche qualora siffatta indicazione separata non sia prevista nel modulo predisposto dall'amministrazione per la presentazione delle offerte, secondo l'orientamento giurisprudenziale nazionale allo stato prevalente (v. T.a.r. per la Calabria, Reggio Calabria, 25 febbraio 2017, n. 166; Cons. Stato, sez. V, ord. 15 dicembre 2016, n. 5582; T.a.r. per il Molise, 9 dicembre 2016, n. 513; T.a.r. per la Campania, Salerno, 6 luglio 2016, n. 1604 citate in motivazione cui *adde* T.a.r. per la Campania, Napoli, sez. III, 3 maggio 2017, n. 2358; *contra* (e con ampia ricostruzione della problematica) si veda di recente Ta.r. per il Lazio, sez. I bis, 17 maggio 2017, n. 7042).

La natura inderogabile di siffatto obbligo legale, da assolvere sin dalla fase di predisposizione dell'offerta economica e senza possibilità di successiva integrazione, viene giustificata dalla giurisprudenza amministrativa nazionale al fine di garantire la massima trasparenza dell'offerta economica nelle sue varie componenti, evitando che la stessa possa essere modificata *ex post* nelle sue componenti di costo, in sede di verifica dell'anomalia, con possibile alterazione dei costi della sicurezza al fine di rendere sostenibili e quindi giustificabili le voci di costo riferite alla fornitura del servizio o del bene.

Il T.a.r., richiamati gli orientamenti del giudice nazionale e comunitario formati nella vigenza del d. lgs. 163/2006, dubita della compatibilità comunitaria delle sopravvenute disposizioni del d. lgs. 50/2016, che, con portata innovativa rispetto al passato, prevedono oggi espressamente l'obbligo di dichiarazione separata, in sede di predisposizione dell'offerta economica, dei costi aziendali per la sicurezza, vietando in tal caso (stando almeno all'orientamento prevalente anche se non univoco cfr. sul punto T.a.r. per il Lazio n. 7042 del 2017 cit.) il ricorso al soccorso istruttorio.

L'ordinanza di rimessione ritiene, in particolare, che l'inderogabilità di siffatto obbligo legale si ponga in contrasto con il diritto comunitario e, segnatamente, con i principi di tutela dell'affidamento, del *favor participationis* e della proporzionalità, valevoli anche per gli appalti sotto soglia, nei casi in cui l'indicazione separata degli oneri di sicurezza non sia espressamente prevista nel modulo predisposto dall'amministrazione per la presentazione delle offerte.

Ciò in quanto:

a) L'impresa ha fatto affidamento, per l'appunto, sulle indicazioni fornite dalla stessa stazione appaltante ai fini della partecipazione ad una gara attenendosi alla modulistica a tal fine predisposta sicché è dubbio che possa configurarsi una colpa "sanzionabile" con l'esclusione nel comportamento di chi abbia omesso l'indicazione degli

oneri di sicurezza interni sebbene prescritta dalla legge. Tale conseguenza viene ritenuta in contrasto anche con i principi di proporzionalità e di certezza del diritto;

b) in assenza di espressa e motivata contestazione circa la congruità dell'offerta rispetto ai costi di sicurezza aziendale, la sanzione dell'esclusione verrebbe a configurarsi quale conseguenza di una violazione meramente formale in violazione dei principi comunitari del *favor participationis* e della parità di trattamento sostanziale tra le imprese concorrenti, con l'effetto anche di restringere indebitamente la platea dei possibili concorrenti e, quindi, con sostanziale violazione dei connessi principi di libera concorrenza e di libera prestazione dei servizi nell'ambito del territorio dell'Unione europea.

II. – In relazione alla precedente normativa (europea e nazionale) si sono pronunciate:

c) [Corte giust. UE sez. VI, 10 novembre 2016, C-162/16, Spinosa](#) (in *Appalti & Contratti*, 2016, fasc. 12, 22 (m); nonché oggetto della [News US in data 25 novembre 2016](#) secondo cui «il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, come attuati dalla direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito dell'inosservanza, da parte di detto offerente, dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla procedura e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un'interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti. I principi della parità di trattamento e di proporzionalità devono inoltre essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di concedere a un tale offerente la possibilità di rimediare alla situazione e di adempiere detto obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice») che, a sua volta, richiama [Corte giust. UE, 2 giugno 2016, C-27/15, Pippo Pizzo](#) (oggetto della [News US in data 5 luglio 2016](#) nonché in *Foro it.*, 2017, IV, 206 con nota di CONDORELLI), secondo cui «Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice»);

d) [Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 19](#) (oggetto della [News US in data 1 agosto 2016](#), nonché in *Foro it.*, 2017, III, 309, con nota di GAMBINO, cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza), secondo cui *<<Per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, qualora l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara e dalla modulistica allegata ma sia assodato che sostanzialmente l'offerta abbia tenuto conto dei costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio>>*, che, a sua volta ha chiarito i principi espressi dalla medesima Adunanza plenaria nelle sentenze 2 novembre 2015, n. 9 e 20 marzo 2015, n. 3 (rispettivamente in *Foro it.*, 2016, III, 65 e 114 con note di CONDORELLI e TRAVI cui si rinvia per ogni ulteriore approfondimento), secondo cui rispettivamente: I) *<< 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 20 marzo 2015, n. 3>>*; II) *<< Nelle procedure di affidamento di lavori, i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara>>*;

e) Cons. St., sez. III, 9 gennaio 2017, n. 30 secondo cui *«E' illegittima l'esclusione dell'impresa che non abbia indicato nella propria offerta economica gli oneri della sicurezza aziendale, ove la stessa non sia stata invitata dalla stazione appaltante a regolarizzare l'offerta, nel doveroso esercizio dei poteri del soccorso istruttorio al cospetto della loro mancata predeterminazione negli atti di gara»*.