

Oneri di sicurezza aziendali e soccorso istruttorio:

Storia finita?

Riassumiamo la complessa vicenda fino ad oggi.

Il Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 20 marzo 2015, n. 3, ha ritenuto che la mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali in sede di offerta sia causa di esclusione, a prescindere dalle previsioni del bando di gara (e, aggiungo, della completezza o meno dei modelli messi a disposizione in quanto equiparabili agli atti di gara o allegati agli stessi). Ha ritenuto altresì che il vizio non sia superabile con il soccorso istruttorio.

A tale orientamento si è adeguata ANAC con il comunicato del Presidente del 27 maggio 2015, invitando all'adeguamento dei bandi di gara sul punto.

La sentenza tuttavia parla sempre del soccorso istruttorio ex art. 46, commi 1 e 1-bis, non cita **mai** l'art. 46, comma 1-ter (che, col "gemello" articolo 38, comma 2-bis, è entrato in vigore dopo la pubblicazione del bando di cui alla gara scrutinata) inapplicabile *rationae temporis*.

La sentenza ha dunque lasciato irrisolto il dubbio sul fatto che il vizio di mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali in una gara indetta e regolata dalle nuove disposizioni introdotte nell'estate del 2014, sia o meno sanabile con il cosiddetto nuovo soccorso istruttorio "a pagamento".

Tanto è vero che anche dopo la pronuncia dell'Adunanza Plenaria, il Consiglio di Stato, sez. III, 13 maggio 2015, n. 2388, ha ritenuto soccorribile lo stesso vizio; questa sentenza però non è significativa in quanto trattava di una gara ex allegato II-B al Codice, esentata dall'applicazione della disciplina relativa agli oneri di sicurezza aziendali; successivamente anche Consiglio di Stato, sez. III, 7 settembre 2015, n. 4132, ha affermato che la mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali nell'offerta economica non può comportare l'esclusione nel caso in cui il bando non contenga una comminatoria espressa (la sentenza non cita il soccorso istruttorio ma non ammettendo l'esclusione ne conferma indirettamente l'applicabilità).

Non aggiunge granché, purtroppo, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 novembre 2015, n. 9, affermando che «è inammissibile il soccorso istruttorio e dovuta l'esclusione del concorrente che non abbia indicato i costi di sicurezza aziendali anche per le procedure nelle quali la presentazione delle offerte è anteriore alla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 3 del 2015». Tale affermazione è infatti conseguenza della domanda (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».

Si afferma dunque che la decisione n. 3 non è “innovativa” ma “dichiarativa” (ovvero interpretativa), per cui l’obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza aziendali e la doverosa esclusione (senza soccorso istruttorio) in caso di mancata indicazione si applica anche se verificatasi prima della stessa decisione. In altri termini prende in esame la discriminante tra gare **anteriori e posteriori alla decisione** (dichiarando inesistente tale discriminante) ma non prende in esame, nemmeno questa volta, la discriminante tra gare **anteriori e posteriori al nuovo soccorso istruttorio** “a pagamento”.

T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 18 novembre 2015, n. 5329, significativa perché con riferimento ad una gara bandita il 13 ottobre 2014, quindi **dopo** l’entrata in vigore del nuovo soccorso istruttorio (avvenuta il 25 giugno 2014 quanto al decreto-legge n. 90 del 2014 e il 19 agosto 2014 quanto alle modifiche introdotte dalla legge di conversione n. 114 del 2014), richiama le precedenti Adunanza Plenaria n. 3 e n. 9, conferma l’esclusione senza possibilità di soccorso istruttorio (nemmeno del nuovo soccorso istruttorio a pagamento).

A tale conclusione il T.A.R. giunge (facendo proprie le motivazioni della Adunanza Plenaria) argomentando che l’indicazione degli oneri di sicurezza aziendali costituisce **elemento essenziale** dell’offerta con la conseguenza che, la sua omissione, ne comporta l’inevitabile e immediata esclusione ai sensi dell’articolo 46, comma 1-bis, senza possibilità di integrazione postuma.

Quindi la questione si sposta dal piano della “ammissibilità o meno” del soccorso istruttorio, al piano, diverso e di più difficile lettura, della condizione se gli oneri di sicurezza aziendali costituisca un elemento essenziale dell’offerta, la cui assenza è pertanto non soccorribile.

Se la conclusione è questa, ovvero gli oneri di sicurezza aziendali, secondo le conclusioni del giudice amministrativo, sono elemento essenziale dell’offerta, allora rientrano certamente nel perimetro ristretto dell’articolo 46, comma 1-bis, con la doverosa esclusione in caso di mancata indicazione (essendo pacifica, per ovvii motivi universalmente condivisi, l’intangibilità dell’offerta e la irrimediabilità di vizi che ne inficino l’integrità e la certezza).

Resta tuttavia dubitabile se tale l’indicazione sia un elemento essenziale dell’offerta, se si considera che:

a) indicati o meno, appunto perché “interni” all’importo a base di gara soggetto a ribasso, l’offerta resta comunque immodificabile; 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;

b) in fase di giustificazioni (e, a maggior ragione in fase di esecuzione del contratto) la misura degli oneri di sicurezza aziendali indicati preventivamente a corredo dell'offerta o indicati solo in seguito al soccorso istruttorio, può essere motivatamente (od oggettivamente) mutata in più o in meno, senza che ciò porti alla modifica dell'importo del corrispettivo offerto.

Appare pertanto evidente che il soccorso istruttorio sul punto non può in alcun modo compromettere l'integrità e la certezza dell'offerta. A ciò parrebbe conseguire che l'indicazione degli oneri di sicurezza aziendali possa degradare da elemento **«essenziale»** dell'offerta a **«mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni ... che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge»** e, in relazione all'articolo 46, transitare dal perimetro del comma 1-bis a quello del comma 1-ter, quindi dalla sanzione dell'esclusione immediata alla possibilità di soccorso istruttorio con rinvio all'articolo 38, comma 2-bis.

In conclusione, se allo stato dell'arte l'assenza di indicazione degli oneri di sicurezza aziendali sembra comportare l'inevitabile esclusione del concorrente, resta lo spazio per una possibile futura "apertura" mediante un diverso orientamento del giudice amministrativo, dal momento che quello attuale non appare pienamente convincente.

21 novembre 2015
