



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 2 DEL 11 gennaio 2017

Oggetto: istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs.50/2016 presentata da D.F.P. Engineering s.r.l. – Servizio di supporto alla progettazione architettonica esecutiva e di progettazione paesaggistica del verde, della parte illuminotecnica e dell’arredo urbano nonché della segnaletica e degli elementi di comunicazione nell’ambito del progetto “Infrastrutture a servizio degli immobili esistenti e aree esistenti e aree esterne” CUP E62C14000210006 – CIG 6742914CA6 - Importo a base di gara euro: 41.435,72 - S.A.: Mostra d’Oltre Mare S.p.A.

PREC 84/16/L

Oneri di sicurezza aziendali – mancata indicazione nel bando di gara dell’obbligo di dichiararli – esperibilità del soccorso istruttorio - limiti

In una gara indetta in vigore del d.lgs. n. 50/2016, nella cui *lex specialis* non è previsto l’obbligo di indicare gli oneri di sicurezza aziendale, qualora il concorrente non li abbia indicati specificamente, l’amministrazione è tenuta ad applicare il principio del soccorso istruttorio entro i limiti indicati dalle Adunanze Plenarie n. 19 e 20 del 27 luglio 2016, nonché secondo i principi espressi dalla Corte di giustizia nella sentenza del 10 novembre 2016, ovvero previa verifica della natura sostanziale o formale dell’eventuale integrazione dell’indicazione degli oneri. Nel primo caso, infatti, il soccorso istruttorio non potrebbe essere esperito, in quanto il concorrente, formulando un’offerta economica senza considerare gli oneri di sicurezza, nel sanare la propria offerta, apporterebbe una modifica sostanziale all’offerta medesima, in violazione dei principi generali in materia dei contratti pubblici. Nel secondo caso, invece, avendo il concorrente indicato un prezzo comprensivo degli oneri di sicurezza, senza tuttavia chiarirne l’importo, l’amministrazione potrebbe procedere alla richiesta di integrazione mediante soccorso istruttorio, trattandosi di una specificazione formale di una voce, già prevista nell’offerta, ma non indicata separatamente.

Articolo 95 d.lgs. n. 50/2016

Articolo 83 del d.lgs. n. 50/2016

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 27 ottobre 2016, prot. n. 159089 è pervenuta l’istanza di parere presentata da D.F.P. Engineering s.r.l. relativamente alla procedura di gara in epigrafe, con la quale è stato



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

rappresentato che in data 1 luglio 2016, la stazione appaltante Mostra D'Oltre Mare S.p.A. aveva indetto la procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando per l'affidamento del servizio di supporto alla progettazione architettonica esecutiva e di progettazione paesaggistica del verde, della parte illuminotecnica e dell'arredo urbano nonché della segnaletica e degli elementi di comunicazione nell'ambito del progetto "Infrastrutture a servizio degli immobili esistenti e aree esistenti e aree esterne" alla quale partecipavano tre degli otto operatori invitati e che, in esito alle verifiche effettuate, erano rimasti in gara due operatori: RTP dott.ssa arch. Patrizia Lampa e RTP DFP Engineering – dott. geol. Massimiliano Lauderio.

L'istante ha rappresentato altresì che in gara era emerso che il RTP dott.ssa arch. Patrizia Lampa aveva omesso di indicare espressamente gli oneri aziendali.

Tale indicazione non era prevista nella *lex specialis*, tuttavia, secondo quanto rappresentato dall'istante, in ragione degli orientamenti giurisprudenziali in materia, nonché delle disposizioni di cui all'articolo 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui «*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*», la stessa è obbligatoria e la mancata dichiarazione degli oneri di sicurezza aziendali comporta l'esclusione del concorrente.

Con nota del 1 dicembre 2016, prot. n. 178293, è stato avviato il procedimento di precontenzioso.

Hanno partecipato al procedimento Mostra d'Oltremare e il RTP dott.ssa arch. Patrizia Lampa, i quali, rispettivamente, hanno sostenuto la correttezza dell'operato della stazione appaltante in ragione del fatto che l'obbligo di indicazione degli oneri aziendali non era previsto nella *lex specialis* e che in ragione della natura intellettuale dell'affidamento oggetto di gara, secondo un orientamento giurisprudenziale espresso dal TAR Campania, sez. V, sentenza n. 4150 del 2 settembre 2016, non sussiste in capo ai concorrenti l'obbligo, a pena di esclusione, di indicare già in sede di offerta gli oneri per la sicurezza aziendale, trattandosi di elementi che viceversa vanno specificati e verificati ai soli fini del giudizio di anomalia.

Ritenuto in diritto

La questione giuridica sottoposta all'attenzione dell'Autorità con l'istanza di parere in epigrafe presuppone la necessità di definire la sussistenza dell'obbligo di indicazione dei costi della sicurezza e l'eventuale possibile esperibilità del soccorso istruttorio in caso di mancata dichiarazione. Questioni che sono state oggetto di numerose pronunce di questa Autorità e della giurisprudenza amministrativa che, in vigenza del vecchio codice, giungevano alla conclusione della legittimità dell'esclusione del concorrente che non aveva indicato i costi di sicurezza, pur se



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

non espressamente richiesti dalla *lex specialis* (cfr. in tal senso, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza n. 9/2015).

Il nuovo Codice ha introdotto una specifica disposizione in merito ai costi aziendali: infatti, l'articolo 95, al comma 10, prevede che 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.

Recentemente, sulla questione è nuovamente intervenuta l'Adunanza Plenaria cui è stato richiesto di pronunciarsi sul seguente quesito: se il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria n. 9/2015 è rispettoso dei principi euro-unitari, di matrice giurisprudenziale, della tutela dell'affidamento e di certezza del diritto, dei principi di libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, nonché dei principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza.

Il Consiglio di Stato, nell'Adunanza Plenaria n. 19/2016 e nell'Adunanza Plenaria n. 20/2016, ha affermato che *«per le gare bandite anteriormente alla data di entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i 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»*.

Secondo quanto affermato dal Consiglio di Stato gli oneri di sicurezza rappresentano un elemento essenziale dell'offerta, la cui mancanza è in grado di ingenerare una situazione di insanabile incertezza assoluta sul suo contenuto, solo nel caso in cui si contesta al concorrente di aver formulato un'offerta economica senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento degli obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori. In questa ipotesi, vi è certamente incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta e la sua successiva sanatoria richiederebbe una modifica sostanziale del "prezzo", in quanto andrebbe aggiunto l'importo corrispondente agli oneri di sicurezza.

Laddove, invece, non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifichi la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri, la carenza, allora, non è sostanziale ma solo formale. In questa ipotesi, il soccorso istruttorio - almeno nei casi in cui l'amministrazione abbia ingenerato nei concorrenti un affidamento circa la non sussistenza dell'obbligo di indicare nell'offerta economica gli oneri di sicurezza non prevedendolo negli atti di gara - è doveroso, perché esso non si traduce in una modifica



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

sostanziale del contenuto dell'offerta, ma solo in una specificazione formale di una voce che, pur considerata nel prezzo finale, non è stata indicata dettagliatamente.

Tale orientamento trova conferma nella successiva giurisprudenza amministrativa.

In particolare, rileva in questa sede la recente pronuncia del TAR Sicilia, Catania, sez. III, sentenza n. 3217 del 12 dicembre 2016 che, richiamando quanto statuito nelle menzionate Adunanze Plenarie, ha affermato che il Consiglio di Stato ha sostanzialmente anticipato la soluzione cui è approdata la Corte di giustizia dell'UE con la sentenza Sez. VI, 10 novembre 2016, C-140/16, C-697/15, C-162/16, la quale ha affermato che *«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.»*

La Corte di giustizia, dunque, evidenzia il necessario rispetto dell'obbligo del "clare loqui" che incombe sulle stazioni appaltanti, obbligo che è funzionale a garantire la *par condicio* fra i concorrenti.

La Corte richiama anche l'obbligo di trasparenza, che *«ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice»*, che impone che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri e afferma, infine, che i due principi della trasparenza e della parità di trattamento richiedono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione a un appalto siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché questi ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi vincoli valgono per tutti i concorrenti.

In ragione di tali considerazioni, il TAR Sicilia citato ritiene che, sebbene l'Adunanza Plenaria abbia ammesso il soccorso istruttorio per le offerte relative alle gare anteriori alla entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, entrato in vigore il 19 aprile 2016), tuttavia le medesime conclusioni siano applicabili alle gare indette dopo l'entrata



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

in vigore del nuovo codice degli appalti, anche alla luce dei principi enunciati e ribaditi da Corte di Giustizia.

In particolare, viene precisato che il disposto di cui all'articolo 83, comma 9, del d.lgs n. 50/2016, che esclude l'applicabilità della procedura di soccorso istruttorio per la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale «*affendenti all'offerta tecnica ed economica*», dopo l'intervento della Corte di Giustizia con la sentenza del 10 novembre 2016 debba essere temperato con le esigenze considerate nella pronuncia, ovvero la necessità, in applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, di una intermediazione/contraddittorio con l'appaltatore, che potrebbe aver presentato comunque un'offerta comprensiva degli oneri senza averla però dettagliata.

Ne consegue che l'esclusione del concorrente non possa essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato dalla stazione appaltante, nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio, a regolarizzare l'offerta.

Alla luce di tali considerazioni, nel caso di specie, trattandosi di procedura di gara indetta in vigore del d.lgs. n. 50/2016, nella cui *lex specialis* non era previsto l'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza, può ritenersi applicabile il principio di diritto enunciato dalle menzionate sentenze, con conseguente applicabilità del soccorso istruttorio previa necessaria distinzione da parte dell'amministrazione, secondo quanto chiarito dal Consiglio di Stato, della natura sostanziale o formale dell'eventuale integrazione degli oneri.

Nel primo caso, infatti, il soccorso istruttorio non potrebbe essere esperito, in quanto il concorrente, formulando un'offerta economica senza considerare gli oneri di sicurezza, nel sanare la propria offerta, apporterebbe una modifica sostanziale all'offerta, in violazione dei principi generali in materia dei contratti pubblici.

Nel secondo caso, invece, avendo il concorrente indicato un prezzo comprensivo degli oneri di sicurezza, senza tuttavia chiarirne l'importo, l'amministrazione potrebbe procedere alla richiesta di integrazione mediante soccorso istruttorio, trattandosi di una specificazione formale di una voce, già prevista nell'offerta, ma non indicata separatamente.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che in una gara indetta in vigore del d.lgs. n. 50/2016, nella cui *lex specialis* non era previsto l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza aziendale, qualora il concorrente non li abbia indicati specificamente, l'amministrazione è tenuta ad applicare il principio del soccorso istruttorio entro i limiti indicati dalle Adunanze Plenarie n. 19 e 20 del 27 luglio 2016, nonché secondo i principi espressi dalla Corte di Giustizia nella



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

sentenza del 10 novembre 2016, ovvero previa verifica della natura sostanziale o formale dell'eventuale integrazione dell'indicazione degli oneri stessi.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 23 gennaio 2017
Il segretario Rosetta Greco