

lavoro e rivestono pertanto un ruolo molto importante, quantomai alla luce dell'odierna cronaca degli incidenti sul lavoro.

Essi vanno tenuti distinti dagli oneri per la sicurezza "da interferenza" che riguardano i contatti rischiosi che possono aversi tra personale della stazione appaltante e dell'appaltatore, ovvero tra le varie imprese che partecipano all'esecuzione dell'appalto. Questi ultimi sono indicati nell'offerta ma non sono soggetti a ribasso, in quanto predeterminati dalla stazione appaltante; pertanto, non afferiscono alla componente variabile dell'offerta (sul punto v. Cons. Stato, Sez. III, 3 agosto 2020, n. 4907).

Il c. 5 dell'art. 95 (criteri di aggiudicazione dell'appalto) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prevedeva che le stazioni appaltanti nel disporre i criteri di aggiudicazione, ai sensi del c. 4, ne dessero adeguata motivazione e indicassero nel bando di gara il criterio applicato per selezionare la migliore offerta. Ai sensi del successivo c. 10 lo stesso articolo disponeva che nell'offerta economica l'operatore dovesse 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 ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'art. 36, c. 2, lett. a) dello stesso codice dei contratti.

Ai sensi del codice precedentemente vigente le stazioni appaltanti, in relazione ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione, erano tenuti a procedere alla verifica del rispetto di quanto previsto all'art. 97, c. 5, lett. d), in ordine al costo minimo salariale del personale, voce per la quale non sono ammesse giustificazioni, analogamente agli oneri di sicurezza sui luoghi di lavoro, di cui al piano della sicurezza *ex art.* 100 d.lgs. n. 81/2008.

L'obbligo di indicazione nell'offerta economica dei costi aziendali relativi all'adempimento delle disposizioni sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, pur non essendo previsto, a pena di nullità, dalle disposizioni codicistiche, tuttavia, si ricava in modo univoco da un'interpretazione logico-sistematica delle norme regolatrici della materia che impongono alle S.A. di tenere conto di tutti i costi nella determinazione del valore economico in tutti gli appalti, alla luce di una lettura costituzionalmente orientata delle norme e anche in considerazione del fatto che la tutela della sicurezza dei lavoratori è un bene di primaria importanza e non può, in alcun caso, essere considerato recessivo.

Alla luce dello strumentario normativo, la mancata indicazione da parte del concorrente degli oneri di sicurezza nell'ambito dell'offerta economica non consente l'esclusione automatica, senza il previo soccorso istruttorio, nelle ipotesi in cui non sussista incertezza sulla congruità dell'offerta, anche con riferimento all'incidenza della percentuale degli oneri e il bando non preveda espressamente l'esclusione in caso di omessa precisazione.

Gli oneri di sicurezza aziendali ed il soccorso istruttorio

Sommario: 1. *Definizione di oneri di sicurezza aziendali.* – 2. *Il soccorso istruttorio.* – 3. *La decisione del Consiglio di Stato nell'alveo della giurisprudenza in materia.*

1. Definizione di oneri di sicurezza aziendali

Si definiscono oneri di sicurezza aziendali i costi aziendali che il datore di lavoro deve sostenere nel rispetto delle misure obbligatorie per legge, al fine di ridurre i rischi specifici connessi all'attività svolta e come misure necessarie alla riduzione dei rischi nelle fasi di lavoro.

Gli oneri di sicurezza aziendali sono, fra l'altro, quelli che l'impresa deve sostenere per garantire la sicurezza dei lavoratori nell'esecuzione dell'appalto e per meglio dire, concernono l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di

La necessaria indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale consente alla stazione appaltante di verificare in che modo l'operatore economico sia giunto a formulare il prezzo offerto. Soprattutto se, allo scopo di rendere maggiormente conveniente l'offerta, abbia eccessivamente sacrificato proprio tale voce di costo. Essa risponde, dunque, all'esigenza di tutela del lavoro, sotto il profilo della salute e della sicurezza dei lavoratori (art. 32 Cost.), così come l'altrettanto necessaria indicazione dei costi della manodopera in vista della tutela del lavoro sotto il profilo della giusta retribuzione, di cui all'art. 36 Cost. (in termini v. Cons. Stato, Sez. V, 19 ottobre 2020, n. 6306).

2. Il soccorso istruttorio

Le carenze di elementi formali della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo, di cui all'art. 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica. A termini dell'art. 83 dello stesso d.lgs. n. 50/2016 nella procedura di soccorso istruttorio la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni (15), perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara.

In sede di giustificazioni delle singole voci di costo, la modifica delle offerte risulta essere di regola ammessa, non solo qualora collegata a sopravvenienze di fatto o di diritto, ma anche nell'ipotesi di ricalcolo delle stesse, ingenerato da originari e comprovati errori di calcolo, a condizione che resti ferma l'entità originaria dell'offerta economica, nel rispetto del principio dell'immodificabilità, che presiede la logica della *par condicio* tra i concorrenti (così, tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 16 marzo 2020, n. 1873). Tale soluzione incontra, tuttavia, un limite importante nella circostanza che la modifica della composizione dell'offerta non deve essere tale da alterare l'equilibrio economico dell'appalto, allocando diversamente voci di costo nella sola fase delle giustificazioni. Per quanto attiene ai limiti della revisione della specifica voce degli oneri di sicurezza aziendale, quale elemento costitutivo dell'offerta, appare necessaria un'identificabilità autonoma ed una rigida inalterabilità, a presidio degli interessi pubblici sottesi alla relativa disciplina legislativa (Cons. Stato, Sez. III, 31 maggio 2022, n. 4406; Sez. V, 11 dicembre 2020, n. 7943; Sez. V, 24 aprile 2017, n. 1896), di cui all'art. 97, c. 5, d.lgs. n. 50/2016. In ogni caso, dirimente risulta il fatto che la causa di esclusione per incongruità dell'offerta nell'ipotesi di incongruità degli oneri aziendali della sicurezza abbia fondamento in una previsione normativa specifica.

Peraltro, tale previsione risulta confermata anche dall'art. 110 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 che in

merito esclude la possibilità di giustificazioni per anomalie concernenti il trattamento salariale dei lavoratori e gli oneri di sicurezza di cui alla vigente normativa.

Sul punto, già dal 2018 l'Anac con deliberazione 14 novembre 2018, n. 1069, aveva chiarito che la stazione appaltante, anche nel caso in cui il bando non avesse espressamente previsto l'obbligo di indicazione dei costi della manodopera, fosse tenuta a verificare i costi della manodopera, rivolgendo all'operatore economico domande volte a identificare la natura formale o veramente sostanziale della mancata indicazione.

In ordine alle modalità di calcolo, il vecchio ordinamento richiedeva un calcolo non facile dei costi aziendali interni riferiti al singolo appalto. Attualmente la questione è risolta nel senso che si tratta esclusivamente di costi annui dell'azienda, che altro non possono essere che quelli storici, sostenuti negli anni antecedenti alla gara, con i dovuti eventuali aggiustamenti. Poiché la stazione appaltante ha la possibilità di richiedere i giustificativi dei costi aziendali di sicurezza, è importante che l'operatore economico dichiari quei costi in maniera da renderli facilmente ostensibili con documenti di immediata disponibilità.

3. La decisione del Consiglio di Stato nell'alveo della giurisprudenza in materia

La pronuncia in commento torna a sottolineare una tematica assai importante già affrontata in precedenza anche dall'Adunanza plenaria del 20 marzo 2015, n. 3, che aveva interpretato l'art. 87, c. 4 del vecchio codice, imponendo anche ai concorrenti alle gare di appalto di lavori pubblici l'obbligo di indicare nell'offerta, sebbene non richiesto dal bando di gara, gli oneri di sicurezza aziendali. Alla luce del citato pronunciamento, l'omessa specificazione di tali oneri rappresenta un motivo di incertezza dell'offerta tale da comportare l'esclusione dell'impresa, peraltro, non sanabile con il ricorso al soccorso istruttorio della stazione appaltante.

A sostegno dell'affermazione di tale principio di diritto, l'Adunanza plenaria portava alcuni argomenti riferiti, innanzitutto, alla circostanza che da nessuna delle norme del codice e del regolamento di esecuzione, emergevano prescrizioni o elementi preclusivi circa l'indicazione dei costi interni nelle offerte per l'affidamento di lavori; mentre assumeva rilievo decisivo l'obbligo di procedere alla previa indicazione di tali costi.

La questione degli oneri di sicurezza aziendale è tornata all'attenzione dell'Adunanza plenaria nel luglio del 2016, allorquando, l'Alto Consesso ha mitigato le ricadute delle precedenti pronunce, affermando che "l'automatismo dell'effetto escludente per mancata indicazione degli oneri di sicurezza, anche in presenza di indicazioni in tal senso da parte del bando e della modellistica, si pone in contrasto con i principi di certezza del diritto, tutela dell'affidamento, nonché con quelli che assumono particolare rilievo nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, di

trasparenza, proporzionalità e pari trattamento tra i concorrenti”.

A seguito dell’entrata in vigore del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (come modificato dal decreto correttivo d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56), l’Alto Consesso con la pronuncia n. 19/2016 ha preso atto delle modifiche introdotte dall’art. 97, c. 5, ove viene fissato il precetto secondo il quale nell’offerta economica gli operatori economici devono indicare i costi della manodopera e gli oneri di sicurezza.

In prosieguo di tempo, la Sez. V del Consiglio di Stato, con pronuncia n. 177 del 15 gennaio 2018, aveva specificato che gli oneri aziendali rientravano nella sfera di valutazione del singolo operatore economico e non potevano essere determinati in modo generico, in quanto necessariamente collegati con l’organizzazione produttiva della singola azienda e con il tipo di offerta ed aventi il carattere di voce di costo non soggetta a ribasso e non afferente alla componente variabile dell’offerta per l’esecuzione dell’appalto.

La norma stabilisce, espressamente il precetto secondo cui nell’offerta economica gli operatori devono indicare i costi della manodopera e gli oneri di sicurezza. Ciò nonostante, sono sorti in giurisprudenza due contrapposti orientamenti: un orientamento sostanziale, che consente a determinate condizioni la salvezza dell’offerta economica mancante della prescritta indicazione, e uno formalista, che, invece, propende per l’esclusione dell’operatore economico dalla gara.

A fronte di tale contrasto giurisprudenziale, l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (Sez. V, 3 febbraio 2016, n. 404) ha rimesso la questione alla Corte di giustizia dell’Unione europea, argomentando in senso favorevole alla tesi espulsiva e, nello stesso tempo, ritenendo necessario, per la verifica della compatibilità di tale soluzione con il diritto comunitario, sottoporre al vaglio del giudice europeo la questione pregiudiziale circa la compatibilità di tale tesi con la disciplina euro-unitaria.

Anche la pronuncia in commento ha affrontato la questione del rinvio pregiudiziale ai sensi dell’art. 267 Tfu (Lisbona 13 dicembre 2007), in ordine alla compatibilità con il diritto euro-unitario ed in particolare con i principi di proporzionalità, non discriminazione e parità di trattamento della normativa nazionale. Nello specifico sarebbe stata consentita l’esclusione dalla procedura di gara del concorrente che, chiamato a giustificare gli oneri aziendali per la sicurezza e la salute nei luoghi di lavoro, ne abbia precisato l’ammontare, rettificando quello precedente, senza, in alcun modo, intaccare l’equilibrio dell’offerta economica. Alla stregua di quanto già costituente indirizzo giurisprudenziale consolidato, la Sezione del Consiglio di Stato ha ribadito che *quello del rinvio pregiudiziale non è un rimedio esperibile automaticamente su richiesta delle parti, dovendo il giudice stabilirne la necessità*; ciò anche nell’ottica di sottoporre all’attenzione della Corte di giustizia solo questioni realmente rilevanti e non già risolte alla stregua di consolidato indirizzo

giurisprudenziale. Nel caso specifico la Corte di giustizia Ue con ord. n. C-309/18 del 2 maggio 2019 aveva ritenuto compatibile con i principi del diritto euro-unitario la disciplina nazionale che consentiva l’esclusione di un’impresa, senza possibilità di soccorso istruttorio, nel caso di mancato rispetto dell’obbligo di indicare separatamente e correttamente i costi della manodopera e della sicurezza aziendale, a prescindere anche dall’incidenza di tali voci sull’equilibrio complessivo dell’offerta.

PAOLA COSA
