

**La regola e l'eccezione: l'ammissibilità del soccorso istruttorio per omessa indicazione separata dei costi degli oneri della sicurezza.
Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 2 aprile 2020, nn. 7-8**

di Maria Carmen Agnello*

18 dicembre 2020

Sommario: 1. Introduzione: il quadro giuridico e la *quaestio iuris*. – 2. La questione pregiudiziale: il vuoto nella normativa nazionale. – 3. Il nodo interpretativo: l'individuazione del rapporto tra regola ed eccezione. – 4. Conclusioni: il bilanciamento tra garanzie procedimentali ed oneri dichiarativi.

1. Introduzione: il quadro giuridico e la *quaestio iuris*

L'Adunanza Plenaria con due pronunzie gemelle ha affrontato una questione giuridica oggetto di contrasto giurisprudenziale in merito alle conseguenze derivanti dall'omessa indicazione separata dei costi della manodopera e/o degli oneri di sicurezza aziendale nell'offerta presentata dagli operatori economici in sede di gara.

Ancor prima di esporre il dibattito giurisprudenziale è necessario delineare il perimetro regolatorio vigente. Secondo quanto previsto dall'art. 95, c. 10, d.lgs. n. 50/2016, ogni operatore economico "deve" indicare i "propri" costi relativi alla manodopera e sicurezza, quali elementi costitutivi dell'offerta economica, ad eccezione delle fattispecie relative alle "forniture senza posa in opera" dei "servizi di natura intellettuale" e degli affidamenti ai sensi dell'art. 36, c. II lett. a). Nell'adempimento di quanto prescritto la stazione appaltante svolge il ruolo di consentire l'osservanza di tale obbligo attraverso la predisposizione della documentazione di gara chiara e completa, in grado di garantire la par conditio tra i partecipanti alla gara.

* Funzionario Provveditorato ed Economato ARNAS Garibaldi di Catania.

La questione giuridica affrontata dalla giurisprudenza amministrativa ed europea riguarda le conseguenze derivanti dalla sopra esposta carenza dichiarativa relativa a tali costi. ed in specie se la sanzione da applicare di esclusione è sanabile attraverso la procedura del soccorso istruttorio, come previsto dall'art. 83, c. 9 del d.lgs. n. 50/16, che esclude in modo espresso le ipotesi di carenze documentali attinenti "all' offerta economica e tecnica".

Per un verso, secondo l'impostazione giurisprudenziale consolidata nelle procedure ad evidenza pubblica, sussiste una causa di esclusione per ogni norma imperativa che preveda in modo espresso un obbligo o un divieto, quale effetto di etero-integrazione delle previsioni escludenti contenute nella *lex specialis*. Per altro verso, l'ammissibilità del soccorso istruttorio quale misura di *self executing* ha delle notevoli conseguenze nella fase iniziale delle procedure, in quanto l'applicazione eviterebbe esclusioni automatiche consentendo ex post ad un operatore economico di sopperire alle proprie carenze o omissioni documentali attraverso integrazioni o correzioni documentali.

In merito alla questione giuridica esposta sussiste il seguente contrasto giurisprudenziale. Il primo orientamento formalistico espresso dal Consiglio di Stato (sez. V, 07.02.2018 n. 815) ha sostenuto in modo più rigoroso che l'inosservanza dell'art. 95, c. 10 determina l'esclusione automatica dell'operatore economico partecipante ad una procedura di gara, stante la natura imperativa dell'art. 95, c. 10 nell'imporre l'esposto obbligo documentale agli operatori economici. La conseguenza di tale impostazione è l'inammissibilità del soccorso istruttorio in quanto tali carenze documentali riguardano l'offerta economica, fattispecie espressamente esclusa dall'art. 83, c. 9.

La seconda impostazione c.d. sostanzialistica ha favorito la partecipazione procedimentale, sostenendo sia che la mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale non può determinare l'esclusione dalla gara dell'operatore economico, che ammettendo la sanatoria di tale situazione attraverso il soccorso istruttorio (Cons. Stato III, 27.04.2018 n. 2554). Tale impostazione è orientata a garantire la massima partecipazione procedimentale rilevando che l'art. 95, c. 10 non prevede la sanzione dell'esclusione, derivante dall'inosservanza esposta. Una diversa interpretazione sarebbe contraria alla ratio ispiratrice degli ultimi interventi normativi in materia che hanno inteso alleggerire gli oneri documentali e della giurisprudenza europea che ha favorito la partecipazione attraverso l'applicazione della parità di trattamento e proporzionalità nelle procedure selettive bilanciata con il principio del *clare loqui*. (Corte di Giustizia, C-27/15; C-140/16)

Nelle fattispecie al vaglio del giudice amministrativo di I e II grado è stata rilevata l'illegittimità della condotta attuata dalla stazione appaltante, come evidenziata dall'appellante, stante la mancata attivazione dell'esclusione nei confronti dell'aggiudicataria per omessa dichiarazione relativa ai costi della sicurezza, rispetto alla seconda classificata, che ha ottemperato a tale obbligo.

La vicenda coinvolge il rapporto tra la conformità delle offerte degli operatori economici agli adempimenti documentali, richiesti dalla stazione appaltante e l'ammissibilità del soccorso istruttorio, onde sanare tali inosservanze. La pronuncia sarà analizzata nella duplice prospettiva delle conseguenze per la stazione appaltante e gli operatori economici partecipanti alle procedure di gara.

2. La questione pregiudiziale: il vuoto della normativa nazionale

Pur aderendo alla tesi formalistica, l'Adunanza Plenaria con l'ordinanza n. 1//2019 ha rinviato alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in merito alla corretta interpretazione del diritto europeo, non solo in relazione ai principi europei, ma anche considerando la norma, che impone agli Stati membri di adottare misure adeguate per garantire l'osservanza degli obblighi dichiarativi in materia di sicurezza sul lavoro di cui all'art. 18 della Dir. 2014/24/UE. In specie, la questione pregiudiziale riguarda la compatibilità degli art. 83, c. 9, 95, c.10 e 97, c.5 del Codice dei contratti pubblici con il diritto dell'Unione europea ed in particolare alla disciplina nazionale laddove prevede l'esclusione dalla gara del concorrente che non indichi separatamente i costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza dei lavoratori, senza applicare il soccorso istruttorio. Il suddetto rinvio pregiudiziale riguarda la questione esposta "pur nell'ipotesi in cui la sussistenza di tale obbligo dichiarativo derivi da disposizioni sufficientemente chiare e conoscibili e indipendentemente dal fatto che il bando di gara non richiami in modo espreso il richiamato obbligo legale di puntuale indicazione".

La soluzione al quesito interpretativo espressa dalla Corte di Giustizia, il 2 maggio 2019, causa C-309/18 ha costituito un canone interpretativo seguito della successiva giurisprudenza amministrativa in fattispecie analoghe (Cons. Stato, V, 24 gennaio 2020, n. 604; V, 10 febbraio 2020 n. 1008 e T.A.R. Lazio, 14 febbraio 2020 n. 1994). La Corte di Giustizia ha chiarito il seguente rapporto tra regola ed eccezione secondo in cui la regola dell'"effetto espulsivo" dalla partecipazione ad una gara è stata estesa per inosservanza dell'art. 95, c. 10, d.lgs. n. 50/2010. Ciò risponde "*ai principi di certezza del diritto, parità di trattamento e trasparenza, espressi nella dir.2014/24/UE (...), che non ostano all'applicazione della normativa nazionale al procedimento principale*", secondo cui l'omessa indicazione separata dei costi della manodopera nell'offerta economica in un appalto pubblico, comporta l'esclusione senza ammettere il soccorso istruttorio, "*anche quando l'obbligo di indicare i costi separatamente non è specificato nella documentazione della gara, sempre ch  tale condizione di esclusione siano previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione*".

L'eccezione alla regola, invece   individuabile secondo la Corte di Giustizia quando sussiste una "*materiale impossibilit  di indicazione come fatto legittimante il soccorso istruttorio*" ed in specie "*se le disposizioni della documentazione di gara non*

consentono l'indicazione di tali voci di costi nelle offerte economiche, quindi "l'interpretazione in base ai principi di trasparenza e di proporzionalità consente agli offerenti di sanare tale situazione al fine di ottemperare a tali obblighi entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice". Alla stregua di tale interpretazione l'applicazione del soccorso istruttorio è stata limitata alle fattispecie in cui la carenza dichiarativa degli operatori economici è imputabile alla stazione appaltante che non ha reso possibile ottemperare a tali obblighi attraverso una documentazione di gara completa.

L'esposta pronunzia della Corte di Giustizia non ha risolto in modo definitivo le questioni afferenti ai margini applicativi tra la regola dell'effetto di esclusione e l'eccezione di ammissibilità del soccorso istruttorio nella specifica ipotesi individuata dalla giurisprudenza dell'oggettiva "impossibilità" per gli operatori economici di indicare i suddetti costi. La Corte di Giustizia demanda al giudice del rinvio di individuare le concrete situazioni in cui sussiste tale situazione, ossia quando è "in effetti materialmente impossibile indicare i costi della manodopera conformemente all'art. 95, c.10, del codice dei contratti pubblici ed in specie se la documentazione di gara può generare confusione in capo agli offerenti, nonostante il rinvio alle disposizioni del codice (punto 30), al fine di un'eventuale applicazione del soccorso istruttorio.

Tale interpretazione espressa dalla giurisprudenza europea è conforme all'orientamento giurisprudenziale che bilancia l'automatismo dell'esclusione e l'applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio, attraverso i principi del diritto europeo. Tale impostazione, giustifica le carenze documentali quando derivano da un'impossibilità oggettiva, imputabile alla Stazione appaltante e non ad un mero comportamento omissivo o carente attribuibile agli operatori economici. L'orientamento esposto nel favorire le tutele procedurali lascia ancora irrisolto un nodo interpretativo per gli operatori del diritto, relativo all'individuazione e valutazione di tale "impossibilità" ossia alle circostanze concrete che di fatto non consentono agli operatori economici di non potere adempiere all'obbligo, così come previsto dal legislatore nazionale.

3. Il nodo interpretativo: l'individuazione del rapporto tra regola ed eccezione

Nella fattispecie al vaglio dell'Adunanza Plenaria, la regola è individuata nell'esclusione dell'offerta economica carente di indicazione separata dei costi per la sicurezza per "dichiarata compatibilità con il diritto europeo degli automatismi espulsivi conseguenti al mancato rispetto delle previsioni di cui all'art. 95, c 10, codice dei contratti pubblici", mentre le questioni residue riguardano l'ambito applicativo dell'eccezione alla suddetta regola di esclusione automatica e di ammissibilità di sanare tale carenza attraverso l'applicazione del soccorso istruttorio.

Nella vicenda, l'Adunanza Plenaria segue lo schema concettuale applicato dalla Corte di giustizia nella causa C-309/18, applicato al caso di specie previo accertamento del giudice amministrativo dei seguenti elementi di fatto, relativi ai divergenti comportamenti posti in essere dagli operatori economici partecipanti alla procedura di gara. Al riguardo, si rileva che l'impresa aggiudicataria ha omesso nell'offerta economica di indicare i costi della manodopera come previsto dall'art. 95 d.lgs. n. 50/2016 e richiesto dalla *lex specialis*, a differenza dell'appellante che ha dimostrato in giudizio l'osservanza degli oneri dichiarativi di cui all'art. 95, c. 10, attraverso la documentazione dell'offerta. Nella vicenda solo dopo la notifica del ricorso della seconda classificata, la stazione appaltante ha chiesto all'aggiudicataria, chiarimenti in ordine ai "*costi del personale al fine di verificare il rispetto di quanto previsto dall'art. 97, c.5 lett. d), d.lgs. n. 50/2016*".

Nella fattispecie esposta, occorre capire se sussistono i presupposti, individuati dalla Corte di Giustizia applicativi dell'eccezione relativa all'ammissione al soccorso istruttorio, rispetto la regola di esclusione automatica, quando l'offerta non rechi la separata indicazione dei costi. Alla stregua dell'interpretazione espressa dall'Adunanza Plenaria l'istituto del soccorso istruttorio è applicabile solo quando la carenza documentale deriva da situazioni di impossibilità oggettiva nell'indicare le suddette voci, derivante dalla mancata predisposizione di moduli o di spazi a ciò preposti nella documentazione di gara, mentre diversamente un'offerta priva di tali oneri implica l'esclusione automatica.

Tuttavia, nella fattispecie esaminata dall'Adunanza Plenaria è stato accertato il presupposto individuato dalla Corte di giustizia relativo all'impossibilità documentale, nella specifica circostanza di avere determinato "*confusione*", lesiva dell'affidamento ingenerato nell'offerente, derivante dalla documentazione di gara come elaborata dalla Stazione Appaltante. Tuttavia, nel caso in questione, l'appellante ha materialmente osservato gli oneri dichiarativi di cui all'art. 95, c.10, del codice dei contratti pubblici, così smentendo di fatto l'esistenza di un impedimento alla suddetta dichiarazione. Da quanto esposto il Supremo Consesso ha rilevato l'illegittimità procedurale con conseguente accoglimento del motivo sollevato in sede di appello ed annullamento dell'intera procedura di gara, in quanto l'offerta dell'aggiudicataria carente di tale indicazione andava esclusa dalla partecipazione alla gara, senza consentire alcuna possibilità successiva di sanare tale carenza documentale attraverso l'applicazione del soccorso istruttorio, come invece avvenuto.

L'impostazione seguita dall'Adunanza Plenaria circoscrive l'applicazione del soccorso istruttorio quale rimedio sanante di irregolarità dichiarative degli operatori economici, attraverso un accertamento non solo della documentazione della gara, ma al comportamento complessivo degli offerenti al fine di rilevare dalle divergenze, elementi di contraddittorietà documentali non sanabili.

4. Conclusioni: il bilanciamento tra garanzie procedurali ed oneri dichiarativi

Al riguardo, il fatto legittimante il soccorso istruttorio implica che la carenza documentale dell'operatore economico sia imputabile alla "materiale impossibilità di indicazione" ossia ad una condotta posta in essere dalla stazione appaltante, che non ha garantito le condizioni di completezza di tali indicazioni attraverso la documentazione richiesta. In tale contesto il soccorso istruttorio costituisce l'istituto fulcro nel bilanciare l'interesse alla parità di condizioni in coerenza alle garanzie procedurali previste dal Codice dei contratti pubblici, a tutela dell'affidamento e del confronto concorrenziale.

Tale impostazione giurisprudenziale, per un verso ha dissipato dei dubbi interpretativi, per altro verso ne mantiene altri relativi al grado di esaustività della documentazione di gara rispetto all'osservanza degli obblighi dichiarativi e dei margini di discrezionalità della pubblica amministrazione nel disporre tali esclusioni. Un'impostazione eccessivamente rigorosa potrebbe inficiare procedimenti così come gravare le stazioni appaltanti in contrasto con l'attuale impostazione normativa orientata a favorire la semplificazione documentale.

Bibliografia

L. Capaldo, e L.Paolucci, Introduzione al nuovo codice degli appalti: Le nuove regole per l'affidamento di concessioni e dei contratti pubblici, Key editore, 2016; A.Carullo e G.Iudica, Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati, Cedam 2018.

M. Corradino, Gli appalti pubblici dopo la legge sblocca cantieri: Una guida per operatori economici e le stazioni appaltanti, FrancoAngeli, 2019.

S. Cresta, Indicazione degli oneri di sicurezza e di costi della manodopera nelle gare d'appalto: i recenti approdi giurisprudenziali, TEME, n. 5/6, 2020.

V. Di Martino, Indicazione separata dei costi della manodopera: l'Adunanza Plenaria chiarisce i termini dell'obbligatorietà dell'esclusione, TEME, n. 5/6, 2020.