

Quotidiano del Sole 24 Ore

Edilizia e Territorio

Stampa

Chiudi

03 Ott 2018

Appalti, manodopera e sicurezza: esclusa l'impresa che non separa i costi nell'offerta

Roberto Mangani

Le corrette modalità di formulazione dell'offerta con riferimento ai due elementi del costo della manodopera e degli oneri di sicurezza aziendali continuano ad essere oggetto di dibattito e di contrastanti interventi giurisprudenziali. Nel regime normativo antecedente all'entrata in vigore del D.lgs. 50/2016 si era a lungo discusso - specie con riferimento agli appalti di lavori - se fosse obbligatoria l'indicazione separata in sede di offerta degli oneri di sicurezza aziendali. Il D.lgs. 50 ha modificato il quadro normativo preesistente introducendo una previsione specifica che si occupa del tema. L'articolo 95, comma 10 stabilisce infatti che nell'offerta economica il concorrente deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavori.

In questo modo il legislatore da un lato ha inserito l'obbligo di indicare anche i costi della manodopera e non sono gli oneri di sicurezza; dall'altro ha dato un'indicazione puntuale, volta a superare l'incertezza che era stata generata dal quadro normativo previgente. In realtà quest'ultimo risultato è stato solo parzialmente raggiunto, poiché si è posto il tema del grado di vincolatività della previsione introdotta, specie con riferimento all'eventuale utilizzo del soccorso istruttorio. In particolare si è posto il tema se, a fronte della mancata indicazione separata dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza la relativa offerta vada immediatamente esclusa ovvero si possa procedere a chiedere all'offerente un'integrazione ricorrendo al soccorso istruttorio.

I costi della manodopera

In relazione ai costi della manodopera una recentissima sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 25 settembre 2018, n. 5513 ha stabilito che la mancata separata indicazione degli stessi comporta l'immediata esclusione dell'offerta.

Nel caso di specie il concorrente, non avendo provveduto all'indicazione separata dei costi della manodopera, aveva tuttavia sostenuto che ciò non comportava alcuna incertezza sui contenuti dell'offerta né una modifica del prezzo. Ciò che veniva contestato, infatti, non era la mancata considerazione dei costi della manodopera ai fini della formazione del prezzo, bensì esclusivamente la mancanza della loro indicazione separata. In questo contesto residuava peraltro in capo all'ente appaltante il potere di valutare, in sede di verifica della congruità dell'offerta, l'adeguatezza dei costi della sicurezza, comprensivi dei costi della manodopera.

Questa linea argomentativa non è stata condivisa dal Consiglio di Stato. Il giudice amministrativo ha ritenuto in primo luogo che la norma sia chiara nell'imporre ai concorrenti la separata indicazione dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza aziendali. Dal punto di vista sostanziale occorre poi tenere presente che per quanto riguarda i costi della manodopera solo il concorrente ne può conoscere l'entità, così che la loro determinazione non può essere il frutto di una modalità astratta e precostituita - come tale applicabile anche

dall'ente appaltante - volta a scorporare tali costi dal prezzo offerto.

Ragionamento non dissimile vale per gli oneri di sicurezza aziendali. Anche questi sono il risultato di valutazioni che rientrano nella totale discrezionalità dell'offerente, che tengono conto della specifica organizzazione dell'impresa. Come tali non possono essere determinati in via autonoma dall'ente appaltante, ricorrendo a formule precostituite.

Dal punto di vista della ratio della norma la mancanza della separata indicazione non consente, secondo il giudice amministrativo, di verificare il rispetto delle prescrizioni in materia di retribuzioni, assicurazione obbligatoria e sicurezza del lavoro, vanificando così la finalità ultima che il legislatore intendeva perseguire. Non si tratta quindi di un'omissione meramente formale, ma di una mancanza che incide su aspetti sostanziali dell'offerta.

Ciò comporta che non è attivabile neanche il soccorso istruttorio, posto che lo stesso non può essere utilizzato per sanare irregolarità afferenti all'offerta. Di conseguenza, se l'offerta economica si sostanzia in un valore unico, che non dà evidenza degli elementi per i quali il legislatore ha imposto l'indicazione separata – costo della manodopera e oneri per la sicurezza – l'offerta stessa va esclusa.

Gli oneri di sicurezza aziendali

Il tema dell'indicazione separata in sede di offerta si è posto, come accennato, anche per gli oneri di sicurezza aziendali. Si tratta di una problematica analoga a quella sopra esaminata relativa ai costi della manodopera.

Rispetto ad essa la giurisprudenza prevalente ha assunto una posizione simile a quella sopra illustrata con riferimento ai costi della manodopera. Secondo tale indirizzo la mancanza di indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale priva l'offerta di un elemento essenziale, con conseguente impossibilità di attivare il soccorso istruttorio.

A quest'ultimo proposito non possono neanche trovare applicazione i principi affermati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 27 luglio 2016, n. 19, che ammetteva il ricorso al soccorso istruttorio per il caso di mancata indicazione separata degli oneri della sicurezza. Tale principio, infatti, è stato affermato con riferimento a un quadro normativo antecedente all'entrata in vigore del D.lgs. 50, così che non può trovare spazio a fronte di una norma sopravvenuta - l'articolo 95, comma 10 del D.lgs. 50 - che esplicitamente richiede tale indicazione separata. Da qui la conclusione nel senso dell'immediata esclusione delle offerte che non risultano conformi alla prescrizione normativa (tra le più recenti Cons. Stato, Sez. V. 28 febbraio 2018, n. 1228).

Il diverso orientamento europeo (e dello stesso Consiglio di Stato)

A fronte di questo indirizzo prevalente, si pone tuttavia un diverso orientamento interpretativo che ha trovato accoglimento anche presso lo stesso Consiglio di Stato. La sentenza della Sez. III, 27 aprile 2018, n. 2554 ha infatti affermato che la soluzione dell'immediata esclusione delle offerte si pone in contrasto con l'indirizzo proprio della normativa comunitaria, che non prevede tale sanzione per un inadempimento che resta di carattere formale.

In questa cornice l'articolo 95, comma 10 non va letto separatamente, ma va interpretato in un contesto più ampio che tenga conto, ad esempio, anche della disposizione contenuta all'articolo 97, comma 5, lettera c), che prevede la possibilità di sottoporre a verifica di congruità gli oneri di sicurezza aziendali qualora vi sia il sospetto che gli stessi siano incongrui o comunque non sia possibile definirne l'entità a causa della loro mancata indicazione in sede di offerta.

Deve quindi ritenersi che l'esclusione automatica conseguente alla mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza sia illegittima, in quanto non consente al concorrente di dimostrare, eventualmente anche in sede di giustificazioni, che la sua offerta comprende detti oneri e che gli stessi sono congrui. In questa logica è pienamente legittimo attivare il soccorso istruttorio, cosicché il concorrente possa precisare l'entità degli oneri già inclusi, ancorché non

separati, nel prezzo offerto. In questo modo non si ha alcuna alterazione dell'offerta, e la mancata indicazione separata degli oneri della sicurezza si risolve in una violazione meramente formale, come tale sanabile attraverso il soccorso istruttorio.

Le prescrizioni di gara e la compatibilità comunitaria

Entrambe le posizioni sopra riassunte si fondano su argomentazioni degne di considerazione. La prima interpretazione, più restrittiva, trova la sua motivazione fondamentale nel dato letterale della nuova norma introdotta dal D.lgs. 50: a differenza di quanto previsto in passato, nell'attuale regime normativo il legislatore si è espresso in maniera chiara circa la necessità che nell'offerta vi sia l'indicazione separata degli oneri della sicurezza e dei costi della manodopera. È stato peraltro ritenuto che l'esistenza della norma non sia in sé risolutiva di tutti i problemi. Secondo un certo orientamento è infatti sempre necessario che, in applicazione di tale norma, nei documenti di gara sia espressamente previsto l'obbligo di indicazione separata dei suddetti elementi. Se invece tale prescrizione non è riportata è sempre attivabile il soccorso istruttorio. Più in generale si è posto il tema se una norma come quella da ultimo inserita dal legislatore nazionale, intesa come immediatamente escludente l'offerta che non sia ad essa conforme, sia compatibile con i principi dell'ordinamento comunitario e in particolare con quelli di non discriminazione, di libera prestazione dei servizi e di libertà di stabilimento.

La limitazione alla concorrenza

Un'interpretazione di questo tipo, infatti, finisce per limitare in maniera ingiustificata la concorrenza, andando peraltro a penalizzare proprio gli operatori di altri paesi della Ue, meno abituati a muoversi nella complessità del quadro normativo nazionale.

Anche tenendo conto di quest'ultima considerazione, la soluzione più ragionevole, almeno in astratto, sembra essere quella che ammette il soccorso istruttorio quando la mancata indicazione degli oneri di sicurezza e dei costi della manodopera costituisce un vizio formale e non sostanziale, nel senso che degli stessi il concorrente ha tenuto conto in sede di predisposizione dell'offerta, anche se poi non li ha materialmente evidenziati in maniera separata all'atto della relativa presentazione.

Va tuttavia detto che nella pratica questa soluzione non sempre è facilmente applicabile. Infatti, qualora l'offerta non sia fondata sui prezzi unitari ma si componga di un unico prezzo non è agevole stabilire se nella sua formulazione si sia tenuto conto degli oneri di sicurezza e del costo della manodopera. In definitiva, nonostante la formulazione letterale dell'articolo 95, comma 10, restano dei dubbi sulla legittimità dell'esclusione automatica delle offerte che non evidenziano in maniera separata gli oneri per la sicurezza e i costi della manodopera. Resta infatti sullo sfondo il possibile ricorso al soccorso istruttorio, tenuto conto della finalità dell'istituto che è quello di evitare le esclusioni fondate su elementi formali che non incidono sulla sostanza dell'offerta.



P.I. 00777910159 - Copyright Il Sole 24 Ore - All rights reserved