

Marco Salina

**CORTE DI GIUSTIZIA
DELL'UNIONE EUROPEA,
SESTA SEZIONE, ORDINANZE
10 NOVEMBRE 2016**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

APPALTI PUBBLICI (rinvio pregiudiziale - articolo 99 del regolamento di procedura della Corte - appalti pubblici - direttiva 2004/18/CE - direttiva 2014/24/UE - partecipazione a una procedura di gara - offerente che ha omissso di indicare nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro - obbligo giurisprudenziale di fornire tale indicazione - possibilità di rettificare tale omissione)

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, SESTA SEZIONE, ordinanze 10 novembre 2016 nelle cause C-697/15, *MB S.r.l. c. Società Metropolitana Acque Torino*

(SMAT) S.p.a.; C-140/16, *Edra Costruzioni Soc. coop. c. Comune di Maiolati Spontini*; C-162/16, *Spinosa Costruzioni Generali S.p.A. c. Comune di Montedoruni*.

Già in altre occasioni, sulle pagine di questa *Rivista*, si è avuto modo di trattare il tema degli oneri della sicurezza aziendali o, meglio, dell'obbligo per i concorrenti ad una gara pubblica di indicare l'incidenza di tali oneri fin dalla presentazione dell'offerta e delle conseguenze — in termini di esclusione secca, ovvero di possibilità del soccorso istruttorio — della sua eventuale inosservanza. L'interesse delle passate segnalazioni, in realtà, superava lo specifico tema degli oneri della sicurezza, a ben vedere piuttosto specifico e settoriale, e derivava dal fatto che queste controversie sono state l'occasione per un aspro dibattito giurisprudenziale interno e di una sorta di "insubordinazione" di alcuni T.A.R. alle indicazioni impartite dal Consiglio di Stato (e addirittura dall'Adunanza Plenaria), per sopire il quale è stato infine necessario interpellare la Corte di Giustizia UE.

Infatti, dopo che l'Adunanza Plenaria aveva affermato (sent. n. 3/2015), e poi riaffermato (sent. n. 9/2015), la necessità di escludere tutti i concorrenti che non avessero esplicitato nelle rispettive offerte l'incidenza degli oneri di sicurezza aziendale, anche a prescindere dall'esistenza di un'espressa previsione della *lex specialis* di gara, i giudici di primo grado, ritenendo con ciò violati i superiori principi comunitari, si sono avvalsi del rimedio del rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE; le ordinanze della Corte di Giustizia qui segnalate rispondono ai rinvii pregiudiziali svolti, rispettivamente, dalle ordinanze T.A.R. Piemonte n. 1745/15, T.A.R. Marche n. 104/16 e T.A.R. Molise n. 77/16. La criticità posta in luce dai T.A.R. si appuntava sul fatto che l'ordinamento nazionale — quanto meno per gli appalti di lavori — non prevede(va) con chiarezza l'onere della specifica indicazione degli oneri di sicurezza interni o aziendali, che risultava piuttosto introdotto in via pretoria attraverso le citate pronunce dall'Adunanza Plenaria nn. 3 e 9/2015. Da ciò traendone che l'esclusione dalla gara (in caso di mancata indicazione) avrebbe violato il principio di tassatività delle cause di esclusione e, più in generale, i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di parità di trattamento, di non discriminazione, di mutuo riconoscimento, di proporzionalità e di trasparenza, da ultimo ribaditi anche nella direttiva n. 2014/24/UE.

Invero nella pendenza dei succitati procedimenti pregiudiziali la questione di ordine sostanziale ha perso d'interesse, perché sul piano normativo è intervenuto l'art. 95 co. 10 d.lgs. 50/2016, il quale ha chiaramente sancito, almeno per le gare bandite a decorrere dal 19 aprile 2016, l'obbligo a carico dell'operatore economico di indicare (in sede di offerta) i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. Quanto poi alle gare di epoca antecedente, è nuovamente intervenuta l'Adunanza Plenaria, la quale, rettificando il proprio precedente orientamento (forse a presagio della pronuncia europea attesa a breve), ha affermato che, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificatamente indicato dalla legge di gara, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare la propria offerta, nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio (Ad. Plen. n. 19/2016).

Ora a nostro avviso anche le ordinanze delle Corti di Giustizia qui segnalate, fra di loro speculari nella parte di diritto, meritano la segnalazione, perché affermano principi di ampio respiro ed applicazione, che ancora una volta superano il tema specifico degli oneri della sicurezza.

Infatti la Corte UE ha chiarito che il principio di parità di trattamento impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione delle loro offerte e implica quindi che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti gli offerenti; mentre l'obbligo di trasparenza, che ne costituisce il corollario, ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Tale obbligo implica 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, così da permettere, in primo luogo, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, in secondo luogo, all'amministrazione aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione. La Corte ha altresì precisato che i principi di 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. E ciò anche perché, qualora il diritto di partecipazione ad una procedura di aggiudicazione fosse condizionato ad una data interpretazione del diritto nazionale (come nella specie quella offerta dalle citate sentenze Ad. Plen. nn. 3 e 9 del 2015), ovvero alla prassi di una determinata autorità nazionale, ciò si tradurrebbe in una condizione particolarmente sfavorevole per gli offerenti stabiliti in altri Stati membri, il cui grado di conoscenza del diritto nazionale e della sua interpretazione, nonché della prassi delle autorità nazionali, non può essere comparato a quello degli offerenti nazionali.

La conclusione della Corte, dunque, è stata nel senso per cui, in assenza di un chiaro obbligo di indicazione contenuto nei documenti di gara, l'Amministrazione è tenuta a concedere all'offerente un termine per rimediare in via istruttoria alla mancata indicazione dei costi interni della sicurezza.

Come si diceva, il tema sostanziale dell'indicazione degli oneri di sicurezza aziendale in sede d'offerta può dirsi ormai definitivamente sopito, sia per le gare bandite prima del nuovo Codice che per quelle successive. A quanto pare, però, questi anni di travagliati contrasti giurisprudenziali non sono trascorsi vanamente, essendo stati quanto meno l'occasione per affermare, con ancora maggiore chiarezza rispetto al passato, alcuni fondamentali principi di tutela per tutti quegli operatori economici che quotidianamente si affacciano al complesso mondo delle gare e pubbliche, caratterizzato da una continua evoluzione e dalla ricerca di una stabilità tanto necessaria quanto, al momento, ancora lontana.

MARCO SALINA