

■ **RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO PUBBLICO COMUNITARIO** ■

Anno XXVI Fasc. 1 - 2016

ISSN 1121-404X

Marco Salina

RASSEGNE E SEGNALAZIONI

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

RASSEGNE E SEGNALAZIONI (*)

(a cura di Leonardo Baroni, Stefano D'Ancona e Paolo Provenzano)

SEGNALAZIONI

APPALTI PUBBLICI (*appalti pubblici di lavori - costi della sicurezza aziendale - mancata indicazione - conseguenze - principi di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto - principi di libera circolazione e di libertà di stabilimento - principi di parità di trattamento e non discriminazione - principi di mutuo riconoscimento, proporzionalità e trasparenza - rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE*)

T.A.R. PIEMONTE, TORINO, SEZ. II, ordinanza n. 1745, 16 dicembre 2015.

Con l'ordinanza che si segnala il TAR Piemonte ha formulato alla Corte europea il seguente quesito interpretativo: *“Se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, unitamente ai principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza, di cui (da ultimo) alla direttiva n. 2014/24/UE, ostino ad una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dal combinato disposto degli artt. 87, comma 4, e 86, comma 3-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, e dall'art. 26, comma 6, del d.lgs. n. 81 del 2008, così come interpretato, in funzione nomofilattica, ai sensi dell'art. 99 cod. proc. amm., dalle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nn. 3 e 9 del 2015, secondo la quale la mancata separata indicazione dei costi di sicurezza aziendale, nelle offerte economiche di una procedura di affidamento di lavori pubblici, determina in ogni caso l'esclusione della ditta offerente, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata non sia stato specificato né nella legge di gara né nell'allegato modello di compilazione per la presentazione delle offerte, ed anche a prescindere dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale”.*

Non si può però comprendere la rilevanza di tale pronunciamento, né la risonanza che esso ha avuto nel contesto giuridico nazionale, se prima non si svolge una breve ricostruzione dell'appassionato dibattito giurisprudenziale che, soprattutto nell'ultimo anno, si è sviluppato intorno al tema dell'indicazione dei costi

(*) La Rubrica ha lo scopo di fornire con le “Segnalazioni” una prima e sommaria informazione sulle principali pronunce delle Corti europee ed italiane, ritenute rilevanti per le finalità divulgative della Rivista, nonché offrire attraverso le “Rassegne” l'esplicazione di alcune riflessioni ed analisi più accurate opportunamente integrate con i relativi richiami alla dottrina e normativa di riferimento.

Evidentemente, con l'inserimento di una pronuncia in questa rubrica, non si esclude la possibilità che la Rivista ritenga opportuno ritornare sull'argomento, in questo o in altri spazi editoriali, con ulteriori approfondimenti e commenti.

interni di sicurezza aziendale, in particolare nell'ambito delle gare per l'affidamento di appalti pubblici di lavori.

Sul punto, come si dirà meglio in seguito, la normativa nazionale non è affatto chiara, perché non spiega se anche per gli appalti di lavori, così come per quelli di forniture e servizi, il concorrente sia tenuto all'indicazione specifica e separata, nell'ambito della propria offerta economica, dell'incidenza degli oneri per la sicurezza, né quale sia la conseguenza della mancata indicazione degli oneri stessi. E così la soluzione al quesito è stata di fatto rimessa all'interpretazione dei TT.AA.RR., prima, poi del Consiglio di Stato e, infine, quando il *mare magnum* di opinioni tra loro discordanti non è parso ulteriormente tollerabile, anche dell'Adunanza Plenaria, alla quale, come è noto, il nostro Ordinamento riserva una funzione di sintesi e nomofilachia (art. 99 d.lgs. 104/10). Dunque, con la sentenza n. 3/2015, il massimo organo di giustizia amministrativa ha chiarito che anche negli appalti di lavori il concorrente ha l'obbligo di indicare specificatamente i costi per la sicurezza aziendale e che, in mancanza, indipendentemente dal fatto che l'onere fosse (o meno) previsto nel bando, l'offerta denuncia un vizio essenziale e non sanabile, a cui consegue l'esclusione secca dalla gara.

All'indomani della citata pronuncia si sono registrati veri e propri sconvolgimenti per molte gare in corso. Solo poche stazioni appaltanti, infatti, non si sono curate dell'affermazione della Plenaria, accettando il rischio di un contenzioso; altre sono corse a chiedere ai concorrenti di integrare le proprie offerte, ovviamente solo se le buste economiche erano ancora sigillate; altre ancora hanno adottato l'atteggiamento più rigoroso, escludendo tutte le imprese che non fossero in regola con il (nuovo) obbligo, se del caso dichiarando deserta la gara. Anche in giurisprudenza non sono mancate oscillazioni, dovendosi distinguere fra quei Tribunali che hanno comunque perseverato nell'ammettere il soccorso istruttorio e, così, l'indicazione postuma degli oneri di sicurezza e quelli che, sia pure dichiarando di condividere il principio della Plenaria, hanno però spalancato la porta alle eccezioni, prevedendo, ad esempio, che l'esclusione non potesse valere per le gare antecedenti alla sentenza n. 3/2015. Pertanto non stupisce se, a pochi mesi di distanza dal primo pronunciamento, l'Adunanza Plenaria è tornata ad esprimersi sul tema, con la sentenza n. 9/2015, con cui ha ribadito che l'omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendale non è sanabile e che tale principio deve valere per tutte le gare, indipendentemente dalla data in cui sono state indette.

Proprio qui s'innesta l'ordinanza del TAR Piemonte. Perché non essendo percorribili ulteriori rimedi a livello nazionale i giudici torinesi, evidentemente poco convinti della soluzione resa e ribadita dalla Plenaria, hanno posto la questione direttamente alla Corte di Giustizia. In effetti l'ordinanza di rimessione, sia pure redatta con apprezzabile garbo istituzionale, non nasconde le radicate perplessità per un intervento di interpretazione estensiva che non trova riscontro nelle norme di legge, tanto è vero che la questione pregiudiziale non verte sulla compatibilità di queste ultime con l'ordinamento comunitario, quanto, piuttosto, sulla compatibilità con i principi europei dell'interpretazione che di tali norme nazionali è stata sancita dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Il presupposto da cui muove il giudice rimettente, è che nessuna norma prevede l'obbligo, anche per gli appalti di lavori, di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale: non l'art. 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, in punto di verifica delle offerte anormalmente basse, perché l'obbligo di specifica indicazione dei costi sulla sicurezza aziendale è qui

letteralmente riferito ai soli appalti di servizi e forniture; ma neppure gli artt. 86, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006 e 26, comma 6, del d.lgs. n. 81 del 2008 che, con formulazioni analoghe, parrebbero riferire l'obbligo di specifica indicazione agli enti aggiudicatori e non ai concorrenti.

Il TAR Torino, dunque, si è posto l'interrogativo se la normativa nazionale, così interpretata, sia compatibile con i principi euro-unitari, di matrice giurisprudenziale, della tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, unitamente ai principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza, di cui (da ultimo) alla direttiva n. 2014/24/UE.

La questione, in particolare, tende ad appurare se, nella materia degli appalti pubblici di lavori, i richiamati principi euro-unitari possano essere declinati nel senso che, laddove la normativa di gara (bando e disciplinare) non abbia prescritto espressamente, ai fini della valida partecipazione a una gara d'appalto per lavori pubblici, la separata indicazione dei costi di sicurezza aziendale nell'offerta economica, quei principi possano giustificare l'esclusione dalla gara dell'impresa che non abbia indicato, nella propria offerta economica, i costi per la sicurezza aziendale, nonostante altre concorrenti lo abbiano invece fatto, anche in chiave di rispetto del canone di *favor participationis*.

Le perplessità del giudice remittente muovono dalla considerazione dell'insistenza di una colpa inescusabile nel comportamento dell'impresa che sia stata esclusa per la mancata indicazione degli oneri di sicurezza, in ragione di un contesto normativo di incerta applicazione ed in assenza di una specifica richiesta della *lex specialis* di gara. Così facendo, infatti, si finisce per restringere indebitamente la platea dei possibili concorrenti, con sostanziale violazione dei connessi principi di libera concorrenza e di libera prestazione dei servizi nell'ambito del territorio dell'Unione sanciti dal TFUE. È chiaro, infatti, che la censurata normativa italiana potrebbe viepiù comportare discriminazioni applicative nei confronti delle imprese comunitarie non italiane che volessero partecipare ad un appalto di lavori bandito da un'amministrazione aggiudicatrice italiana, attese le oggettive difficoltà di conoscenza del diritto italiano, quale risultante dalla riportata interpretazione c.d. nomofilattica dell'Adunanza plenaria.

MARCO SALINA