

cartacea + web

La Rivista

NEL DIRITTO

con aggiornamento on line www.neldiritto.it

Marzo 2016 - n. 3

NEL DIRITTO
EDITORE

PARTE I
CIVILE

▲ Il Punto di Dottrina

di Gianluca MAZZOTTA e Assunta AMBROSCA

La rinuncia ai diritti reali, in particolare la rinuncia abdicativa e la rinuncia liberatoria alla quota indivisa di comproprietà..... 327

▲ Il Dibattito nella Giurisprudenza

di Maria IANNONE

L'*aliud pro alio* nella vendita forzata (Cass., sez. III, 29 gennaio 2016, n. 1669) 334

▲ La Rassegna di Giurisprudenza annotata

di Alessandro GALATI

Contratto di trasporto 1. Danneggiamento subito dal viaggiatore ed onere della prova..... 342

Prova della prestazione 2. Onere della prova dell'esecuzione della prestazione e ruolo della fattura commerciale..... 345

Accessione 3. Indennizzo del costruttore e opera edificata in violazione delle leggi urbanistiche..... 347

▲ Il Focus sul Processo

di Francesco FRADEANI

Sulla ricorribilità in Cassazione dell'ordinanza d'inammissibilità pronunciata dalla Corte d'appello ai sensi dell'art. 348 ter c.p.c. 1. Sono censurabili con il ricorso straordinario in Cassazione tutti i vizi processuali propri nell'ordinanza pronunciata ai sensi dell'art. 348 ter c.p.c..... 351

La funzione riparatoria della pubblicazione della sentenza ai sensi dell'art. 120 c.p.c. 2. La pubblicazione della sentenza può essere disposta indipendentemente dall'esistenza o dalla prova di un danno attuale poiché mira a prevenire un eventuale pregiudizio futuro..... 355

La rinuncia all'insinuazione nel passivo del fallimento non impedisce la riproposizione della domanda rinunciata. 3. La rinuncia all'insinuazione al passivo compiuta dal creditore cedente non impedisce al cessionario di riproporre la domanda rinunciata in applicazione dell'art. 310 c.p.c. 357

▲ La Sentenza del mese

di Egidio COSCONATI

Vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio: una lettura (troppo) rigorosa dell'art. 2744 c.c. 359

PARTE II
PENALE

▲ Il Punto di Dottrina

di Maria Hilda SCHETTINO

La revisione del sistema sanzionatorio tributario: i profili penali della riforma..... 368

▲ Il Dibattito nella Giurisprudenza

di Luca DELLA RAGIONE

Il problema del concorso nel delitto di trasferimento fraudolento di valori e la questione del dolo specifico di fattispecie (Cass. pen., Sez. VI, ud. 27 novembre 2015, n. 3043)..... 377

▲ La Rassegna di Giurisprudenza annotata

di Silvia Lo Forte

Circonvenzione di persone incapaci 1. Il delitto di cui all'art. 643 c.p. sussiste anche nell'ipotesi in cui gli atti indotti siano analoghi a quelli preesistenti allo stato di incapacità 386

Istigazione alla corruzione 2. Le caratteristiche dell'offerta del reato di cui all'art. 322 c.p. 388

L'elemento soggettivo del delitto di calunnia 3. I "presupposti di insussistenza" del dolo di calunnia	390
---	------------

▲ Il Focus sul Processo

di Gianmichele PAVONE

Ricusazione 1. Sull'inammissibilità dell'istanza di ricusazione a fronte della sola adozione di un provvedimento processuale abnorme.....	393
Parte civile 2. Sul divieto di decidere sulla responsabilità civile in caso di assoluzione per vizio di mente.....	395

▲ La Sentenza del mese

di Marzia PELLEGRINO

La problematica rilevanza penale delle valutazioni nel nuovo assetto dei reati di false comunicazioni sociali: il revirement della Cassazione.....	399
--	------------

▲ Il Punto di Dottrina

di Umberto CELLAI

La disciplina pubblicitica dei giochi e delle scommesse tra monopolio statale, mercato unico europeo e vuoti normativi.....	410
---	------------

▲ Il Dibattito nella Giurisprudenza

di Vinicio BRIGANTE

L'eterointegrazione degli oneri di sicurezza aziendali (Cons. St., Sez. V, 30 dicembre 2015, n. 5873).....	416
---	------------

▲ La Rassegna di Giurisprudenza annotata

di Valentina CARUCCI, Viviana RASCIO e Cecilia FRAJOLI GUALDI

Abilitazione all'esercizio della professione forense 1. Sull'insufficienza della trascrizione di arresti giurisprudenziali nel tema del candidato al fine di giustificare l'annullamento delle prove scritte.....	423
Concorsi pubblici e idoneità psico-fisica 2. Sul momento del possesso dei requisiti psico-fisici richiesti dai bandi di concorso e sulla loro valutazione.....	425
Divieto di integrazione della motivazione in corso di causa 3. Sull'inammissibilità dell'integrazione postuma della motivazione di un atto amministrativo realizzata mediante gli scritti difensivi.....	427

▲ Il Focus sul Processo

di Alessandro AULETTA, Viviana RASCIO e Nicolle PURIFICATI

Giurisdizione in materia di ausili pubblici 1. Sulla inammissibilità della q.l.c. dell'art. 133, comma 1, lett. b) c.p.a. nella parte in cui non ricomprende, tra le controversie di giurisdizione esclusiva ivi previste, quelle relative all'attribuzione ed al ritiro di benefici economici dalla mano pubblica.....	430
Docenti universitari e riparto di giurisdizione 2. Sul riparto di giurisdizione in tema di controversie inerenti professori e ricercatori universitari.....	433
Giudizio di ottemperanza 3. Sull'estensione del concetto di "ottemperanza" nel sistema della giustizia amministrativa.....	437

▲ La Sentenza del mese

di Marco CROCE

La problematica del "Buono scuola" tra sospetti di incostituzionalità, erogazione di un servizio pubblico e realizzazione della libertà di scelta educativa.....	440
--	------------

PARTE IV
COSTITUZIONALE

▲ Il Punto di Dottrina

di Marco CECILI

La sussidiarietà e l'*early warning mechanism*: tra diritto e politica 448

▲ La Rassegna di Giurisprudenza annotata

di Valeria SPADA

Contrasto all'evasione fiscale e autonomia finanziaria delle Regioni speciali 1. La Corte torna a pronunciarsi sui meccanismi di riserva all'erario del gettito sommerso 456

▲ La Sentenza del mese

di Francesca ROMEO

Le prime ricadute ordinamentali del caso Taricco: la Corte chiamata ad attivare i controllimiti..... 461

L'OPINIONE

di Wilma PAGANO

Lesione dell'affidamento incolpevole a seguito di (legittimo) annullamento in autotutela del prove-dimento favorevole: profili di giurisdizione 467

Concorso per Magistratura 2016

I Memo manuali

un vero compendio pensato e realizzato per agevolare la memorizzazione visiva attraverso tavole sinottiche e riquadri esplicativi



catalogo completo su www.neldirittoeditore.it

con
aggiornamento
on line

NEL DIRITTO
EDITORE

Richiedi informazioni

- alla libreria di zona • al tuo agente
- Servizio Clienti: 080.3349219 - 3883265396
- info@neldiritto.it



LA RIVISTA NELDIRITTO

Registrata presso il Tribunale di Trani n. 02/09 del 19.01.2009

Direttore responsabile: M. E. Mancini

Direzione scientifica

Guido **ALPA**

Giovanni **FIANDACA**

Roberto **GAROFOLI**

Franco Gaetano **SCOCA**

Comitato scientifico

Alessandro **AULETTA** (Magistrato ordinario e

dottore di ricerca in diritto amministrativo)

Maria Rosaria **BONCOMPAGNI** (Avvocato)

Carlo **BUONAURO** (Magistrato amministrativo)

Pina **CARLUCCIO** (Magistrato ordinario)

Giuseppe **CASSANO** (Avvocato)

Giuseppe **CHINÈ** (Magistrato amministrativo)

Egidio **COSCONATI** (Direttivo M.E.F.)

Giulia **FERRARI** (Magistrato amministrativo)

Rosaria **GIORDANO** (Magistrato ordinario e
Dottore di ricerca in Tutela giurisdizionale dei
diritti)

Lucia **GIZZI** (Magistrato ordinario e Dottore di
ricerca in diritto penale)

Giovanni **GRASSO** (Magistrato amministrativo)

Giovanni **GUIDA** (Magistrato della Corte dei

Conti e Professore a contratto di Diritto
romano)

Maria Cristina **IEZZI** (Avvocato)

Vincenzina **MAIO** (Avvocato)

Francesco Saverio **MARINI** (Professore)

Alfonso **MEZZOTERO** (Avvocato dello Stato)

Mauro **OREFICE** (Magistrato Corte dei Conti)

Nicola **PIGNATELLI** (Avvocato e Professore

associato abilitato di Diritto amministrativo)

Aristide **POLICE** (Professore)

Pietro Maria **PUTTI** (Professore)

Alberto **ROMEO** (Magistrato e Dottore di

ricerca in procedura penale)

Saverio **RUPERTO** (Professore)

Giuseppe **SANTALUCIA** (Magistrato ordinario)

Gianluca **SANTORO**

Paolo **SPAZIANI** (Magistrato Ordinario)

CONCEPT E GRAPHIC DESIGN

Aranea internet marketing s.r.l. • 70056

Molfetta (BA) - www.araneamarketing.it

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI MARZO

2016 DA:

Grafica 080 Srl • 70026 Modugno (Ba) Via dei
Gladoli, 6 - Z.I. ASI Lotto F1/F2

ISSN 2280-921X | ISBN 978-88-6657-733-1

© NELDIRITTO EDITORE srl, Roma

L'elaborazione dei testi, anche se curata con
scrupolosa attenzione, non può comportare
specifiche responsabilità per eventuali
involontari errori o inesattezze.

La traduzione, l'adattamento totale o parziale,
con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i
film, le fotocopie), nonché la memorizzazione
elettronica, sono riservati per tutti i paesi.

I lettori che desiderano essere informati sulle
novità di Neldiritto Editore possono scrivere a
info@neldiritto.it o visitare il sito
www.neldirittoeditore.it

Condizioni di Abbonamento

☐ **SINGOLO NUMERO = € 18**

☐ **ABBONAMENTO ANNUALE STANDARD ALLA RIVISTA NELDIRITTO = € 195,00**

comprendente 11 numeri + accesso a tutte le pronunce indicate nei numeri cartacei su
www.neldiritto.it

ABBONAMENTO ANNUALE SPECIALE ALLA RIVISTA NELDIRITTO = € 220,00

comprendente 11 numeri + accesso on line a tutte le pronunce e a tutta la banca dati di
www.neldiritto.it

☐ Da oggi **ABBONAMENTO ANNUALE** anche in formato digitale!!! = **€ 98,90**

Abbonati su www.neldirittoeditore.it

Per abbonamenti rivolgersi in libreria o scrivere a info@neldiritto.it

AVVERTENZA

Gentile lettore, è possibile visualizzare le **pronunce** contraddistinte dall'apposito simbolo sono
consultabili on line sul sito www.neldiritto.it utilizzando la password che si trova alla fine del
presente fascicolo.

Autori hanno collaborato in questo numero

Assunta AMBROSCA, Avvocato

Alessandro AULETTA, Magistrato ordinario presso il Tribunale di Napoli Nord e Dottore di ricerca in
Diritto amministrativo

Vinicio BRIGANTE, Dottorando di ricerca in Diritto dell'economia presso l'Università degli Studi di
Napoli Federico II

Valentina CARUCCI, Avvocato

Marco CECILI, Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Roma Tor
Vergata

Umberto CELLAI, Dottore in Giurisprudenza

Egidio COSCONATI, Direttivo M.E.F.

Marco CROCE, Professore a contratto di Istituzioni di Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di
Firenze

Luca DELLA RAGIONE, Magistrato Ordinario presso il Tribunale di Torre Annunziata e Dottore di
ricerca in Diritto penale presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II

Francesco FRADEANI, Dottore di ricerca in Diritto processuale civile e docente a contratto presso l'Università
degli Studi di Macerata

Cecilia FARAJOLI GUALDI, Avvocato, Cultore della materia di Diritto costituzionale presso l'Università
degli Studi Roma 3

Alessandro GALATI, Assegnista di ricerca, già Dottore di ricerca in Autonomia individuale o collettiva
presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata

Maria IANNONE, Magistrato Ordinario

Silvia LO FORTE, Dottore di ricerca in Fondamenti di Diritto europeo e metodologia comparatistica
presso l'Università degli Studi di Palermo

Gianluca MAZZOTTA, Avvocato

Wilma PAGANO, Magistrato Ordinario in Tirocinio presso il Tribunale di Napoli

Gianmichele PAVONE, Avvocato e Cultore della materia in Diritto processuale penale presso
l'Università del Salento

Marzia PELLEGRINO, Dottoranda di ricerca in Diritto dell'economia

Niccolle PURIFICATI, Avvocato e Dottore di Ricerca in Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università
degli Studi di Roma Tor Vergata

Viviana RASCIO, Avvocato, Dottoranda di ricerca in Tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento
interno e internazionale presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II

Francesca ROMEO, Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Roma
Tor Vergata

Maria Hilda SCHETTINO, Avvocato specializzato in diritto penale d'impresa

Valeria SPADA, Dottoressa in giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata

Ecco il nuovo **FOCUS MAGISTRATURA**

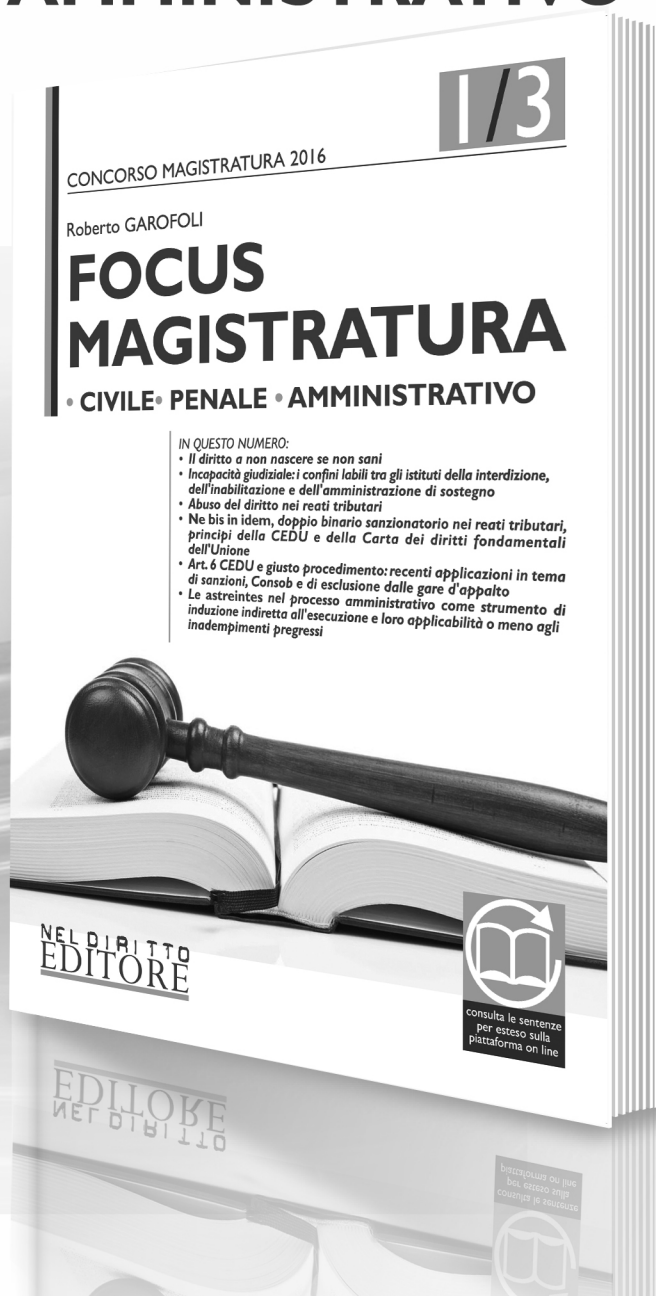
• CIVILE • PENALE • AMMINISTRATIVO

1/3

IN QUESTO NUMERO:

- **Il diritto a non nascere se non sani**
- **Incapacità giudiziale: i confini labili tra gli istituti della interdizione, dell'inabilitazione e dell'amministrazione di sostegno**
- **Abuso del diritto nei reati tributari**
- **Ne bis in idem, doppio binario sanzionatorio nei reati tributari, principi della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione**
- **Art. 6 CEDU e giusto procedimento: recenti applicazioni in tema di sanzioni, Consob e di esclusione dalle gare d'appalto**
- **Le astreintes nel processo amministrativo come strumento di induzione indiretta all'esecuzione e loro applicabilità o meno agli inadempimenti pregressi**

COMPRA IL KIT:
3 NUMERI A SOLI € 54



www.neldirittoeditore.it

**NEL DIRITTO
EDITORE**

Richiedi informazioni

- alla libreria di zona • al tuo agente
- Servizio Clienti: 080.3349219 - 3883265396
- info@neldiritto.it



▲ L'eterointegrazione degli oneri di sicurezza aziendali

di Vinicio BRIGANTE

Il Consiglio di Stato ripercorre il percorso ermeneutico tracciato dall'Adunanza Plenaria in tema di esclusione del concorrente per mancata indicazione dei costi di sicurezza interni in sede di offerta (Cons. St., Sez. V, 30 dicembre 2015, n. 5873).



Procedure di affidamento di lavori – Indicazione degli oneri di sicurezza interni – Esclusione dalla procedura anche se non previsto dal bando – Tutela della sicurezza del lavoro – Eterointegrazione del bando di gara – Omessa specificazione dei costi determina incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta

In tutte le gare pubbliche indette per l'affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture le imprese sono obbligate a indicare in sede di offerta economica gli oneri di sicurezza aziendali (c.d. costi di sicurezza interni), e tale obbligo costituisce un precetto imperativo che integra la *lex specialis* ove questa sia silente sul punto o comunque compatibile con esso, nel rispetto del principio di tassatività attenuata delle cause di esclusione, sancito dall'art. 46 del codice dei contratti pubblici; e, nel caso di mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, non sono legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, anche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si sia conclusa.

▲ ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cons. St., Ad. Plen, 20 marzo 2015, n. 3; Cons. St., 17 novembre 2015, n. 5246; T.A.R. Veneto, Sez. I, 12 dicembre 2015, n. 1370
Difforme	C.G.A.R. Sicilia, 24 marzo 2015, n. 305; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 12 novembre 2015, n. 1569

Con la sentenza in esame, il Consiglio di Stato analizza la portata che riveste l'indicazione dei costi di sicurezza interni in sede di offerta, anche nell'ipotesi in cui il bando di gara non lo richieda espressamente, nel rispetto del principio di tassatività attenuata delle cause di esclusione, soffermandosi anche sulla possibilità di esercitare il potere di soccorso istruttorio.

With the above mentioned judgment, Council of State analyzes the extent of indication of the internal security charges during the tender subscription phase, even if the call for tenders doesn't provide it, in compliance with the obligatory nature of exclusions, with specific reference to the possibility of regularizing the question for tender.

SOMMARIO

1.- La vicenda in esame. 2.- Gli oneri per la sicurezza nel Codice dei Contratti pubblici. 2.1- Lettura estensiva della norma. 2.2- Orientamento contrario alla eterointegrazione del bando di gara. 3.- La soluzione dell'Adunanza Plenaria. 4.- Il dibattito in seguito alla decisione della Plenaria. 5.- Esercitabilità del soccorso istruttorio. 6.- Rimessione della questione alla CGUE e brevi riflessioni conclusive.

1.- La vicenda in esame

Nella vicenda decisa dalla pronuncia in commento, il

Comune di Taranto aggiudicava, in favore di una società cooperativa, l'affidamento dei servizi generali per la funzionalità e la fruibilità delle strutture pubbliche del Comune stesso.

L'aggiudicazione definitiva era soggetta a ricorso, laddove si richiamava, quale argomentazione a supporto dell'annullamento degli atti di gara, **la mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali da parte dell'aggiudicataria**, nonostante il bando di gara non prevedesse una espressa comminatoria di esclusione per tale mancato adempimento.

La III Sezione del T.A.R. Puglia, Sezione di Lecce, con sentenza 13 novembre 2014, n. 2769, accoglieva il ricorso, annullando l'aggiudicazione, rilevando che **l'omessa dichiarazione degli oneri di sicurezza aziendali costituisce un adempimento imposto all'evidente scopo di consentire alla stazione appaltante di adempiere il suo onere di verificare il rispetto di norme inderogabili** a tutela dei fondamentali interessi dei lavoratori in relazione all'entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura da affidare.

A parere del Collegio, anche in assenza di una comminatoria espressa di esclusione da parte della *lex specialis*, l'inosservanza della prescrizione primaria, che impone l'indicazione preventiva dei costi di sicurezza implica la sanzione dell'esclusione in quanto rende l'offerta incompleta sotto un profilo particolarmente rilevante alla luce della natura costituzionalmente sensibile degli interessi protetti ed impedisce alla stazione appaltante un adeguato controllo sull'affidabilità dell'offerta stessa¹.

A fronte di tali argomentazioni, il T.A.R. accoglieva il ricorso, annullando l'aggiudicazione impugnata; l'aggiudicataria interponeva appello avverso la sentenza di primo grado, evidenziando che l'incidenza dei costi di sicurezza aziendali andrebbe vagliata nella sede propria della valutazione della anomalia dell'offerta.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza in commento, riafferma **il principio di diritto in forza del quale le imprese hanno l'obbligo di indicare in sede di offerta gli oneri di sicurezza interni e tale obbligo costituisce un precetto imperativo che eterointegra il bando di gara.**

2.- Gli oneri per la sicurezza nel Codice dei Contratti pubblici.

La vicenda sottoposta al vaglio della V sezione del Consiglio di Stato involge tematiche di primario rilievo, quali l'obbligo di indicazione dei costi di sicurezza interni da parte dei concorrenti, in relazione al più ampio dibattito relativo alla **tutela della sicurezza dei lavoratori** nel sistema dei lavori pubblici², e la portata effettiva del "nuovo" soccorso istruttorio in relazione alla dequotazione dei vizi formali nelle procedure di gara ad evidenza pubblica.

La pronuncia si pone in un contesto normativo quanto mai mutevole, nella auspicabile prospettiva che il recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE possa assicurare un maggior livello di certezza del diritto nel settore dei lavori pubblici e possa definire in modo chiaro i rapporti che intercorrono tra il principio di tassatività delle cause di esclusione e l'istituto del soccorso istruttorio³.

L'esigenza di tutelare posizioni giuridiche soggettive che

godono di copertura costituzionale, quali **la tutela della salute dei lavoratori** ex art. 36 Cost., ha condotto a una rilettura in chiave critica del principio di libera concorrenza, da perseguire non come valore in sé, ma da interpretare quale strumento di benessere collettivo teso a realizzare proficuamente il modello di economia sociale di mercato altamente competitiva, perseguito dalla normativa europea⁴.

L'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza, quale strumento di tutela del valore costituzionale della salute dei lavoratori, **si pone come valore da perseguire in senso assoluto ed è destinato a contemperare anche la tutela della concorrenza**, nella specifica declinazione del *favor participationis*.

La necessità o meno, per gli operatori economici, di indicare, in sede di partecipazione a gare di lavori, gli oneri di sicurezza interni, ha generato interpretazioni spesso difformi⁵.

Il codice dei contratti pubblici e il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, individuano **due distinte categorie di oneri relativi alla sicurezza rilevanti ai fini dell'affidamento degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, gli oneri c.d. interferenziali o esterni e gli oneri aziendali o interni**⁶.

Il costo derivante dalle c.d. interferenze è diretto alla eliminazione dei rischi derivanti dal contatto rischioso tra il personale del committente e quello dell'appaltatore, o di imprese diverse che operano nella stessa sede aziendale con contratti differenti⁷, e si tratta di oneri posti a garanzia di *standard* minimi ed inderogabili in materia di tutela dei lavoratori.

Tali costi non sono relativi alle prestazioni *strictu sensu* oggetto di affidamento e devono essere tenuti distinti dall'importo posto a base d'asta e pertanto non sono soggetti a ribasso; inoltre tali costi devono essere quantificati a monte dalla stazione appaltante ed indicati nel Documento Unico per la valutazione dei Rischi da Interferenze (DUVRI), per gli appalti di servizi e forniture e, nel Piano di Sicurezza e Coordinamento, relativamente agli appalti di lavori.

Gli oneri di sicurezza interna o aziendali sono relativi ai rischi specifici dell'attività delle imprese, sono intimamente correlati all'esecuzione dell'appalto e la relativa quantificazione è rimessa alla sfera valutativa della singola impresa in quanto varia in rapporto alla qualità e all'entità dell'offerta e alla singola organizzazione produttiva dei concorrenti⁸.

⁴ Si veda in tal senso M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Mercato concorrenza regole*, 3/2014.

⁵ Cons. St., Sez. V, 11 dicembre 2015, n. 5651; sono sottratti a questo rigore, per un verso, gli appalti di servizi di natura prettamente intellettuale e, per altro verso, in caso di silenzio sul punto da parte della *lex specialis*, gli appalti di servizi rientranti nelle tipologie di cui all'all. II B. d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, poiché le attività da svolgersi non sono caratterizzate da profili di interesse in tema di sicurezza sul lavoro. In particolare, non si profilano in tale ambito rischi da interferenze esterne.

⁶ A. LONGO, E. CANZONIERI, *Indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale nei lavori: la parola all'A.P.*, in *Urb. e app.*, 5/2015

⁷ Cons. St., Sez. V, ord. 16 gennaio 2015, n. 88

⁸ Cons. St., Sez. V, 1 agosto 2015, n. 3769; nelle gare pubbliche gli oneri interni per la sicurezza aziendale, distinti da quelli c.d. da interferenze, costituiscono una voce di costo dell'offerta, come questa soggetti pertanto a ribasso, perché correlati alla capacità di ciascuna impresa

¹ Cons. St., Sez. V, 23 luglio 2010, n. 4849

² In senso ampio sul tema si veda G.C. FIGUERA, *Il costo del lavoro nel Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 8-9/2015.

³ Sul punto si veda, in senso critico, C. CONTESSA, *Oneri per la sicurezza e soccorso istruttorio: un nodo da sciogliere in vista del nuovo 'Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione'*.

Nel senso che la possibilità di individuare in via interpretativa degli adempimenti formali a pena di esclusione (come accaduto con riguardo agli oneri di sicurezza: v. *infra*) porti alla vanificazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione affermato dalla Adunanza Plenaria nella decisione n. 9 del 2014, si v. GAROFOLI-AULETTA, *Codice amministrativo ragionato*, II ed., Roma-Molfetta, 2016, spec. 972 e ss..

Tali oneri sono soggetti al confronto concorrenziale, al pari degli altri valori dell'offerta economica presentata, e la congruità degli stessi deve essere valutata in relazione alle caratteristiche dell'appalto, ex art. 86, comma 3 bis, d.lgs. 163/2006, anche al di fuori del procedimento di verifica delle offerte anomale, prescindendo in tal senso dalla collocazione sistematica della norma⁹.

La disposizione che ha generato un notevole contrasto interpretativo è rappresentata dal secondo periodo dell'art. 87, comma 4, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163¹⁰, in relazione ai soli costi di sicurezza interni.

Costituisce approdo pacifico della giurisprudenza l'assunto secondo cui il ruolo della stazione appaltante, in materia di oneri interni, non sia quello di provvedere a una determinazione tassativa degli stessi ma quello di stimarne l'incidenza, secondo criteri di ragionevolezza e di attendibilità generale¹¹.

La questione che ha generato un notevole dibattito, riguarda l'eventuale obbligo in capo all'offerente di indicare gli oneri di sicurezza aziendali anche in sede di gara di lavori, in quanto la norma fa espresso riferimento esclusivamente agli appalti di servizi e forniture.

Le differenti soluzioni interpretative hanno ricadute applicative in tema di conseguenze derivanti dall'omessa indicazione degli oneri in sede di offerta e in tema di legittimo esercizio dei poteri di soccorso istruttorio.

2.1- Lettura estensiva della norma.

Una prima impostazione, accreditata dalla dottrina¹², ha ritenuto che l'obbligo di specificare gli oneri aziendali di sicurezza sussista anche nell'ipotesi degli appalti di lavori, al di là della formulazione testuale della disposizione, risultando altrimenti impossibile, per la stazione appaltante, un adeguato controllo sull'affidabilità dell'offerta¹³.

partecipante alla gara di ottenere economie anche in relazione ai costi sostenuti per la salute e la sicurezza dei propri lavoratori, salva la verifica della loro congruità demandata alla stazione appaltante; in altri termini, al pari delle altre voci di costo, anche gli oneri per la sicurezza aziendale compongono l'offerta economica e dunque concorrono a determinare il ribasso che ciascun partecipante a procedure di affidamento di appalti pubblici è tenuto ad offrire.

⁹ L'art. 86, comma 3 bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 è collocato nella sezione relativa alla verifica delle offerte anormalmente basse, ma secondo una impostazione pretoria l'onere di valutazione che grava in capo alla stazione appaltante di valutare la congruità degli oneri di sicurezza non è limitato a tale fase sub procedimentale, ma è esteso a tutta la procedura di gara; in tal senso cfr. T.A.R. Veneto, Sez. I, 8 agosto 2013, n. 1050, Cons. St., Sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421

¹⁰ Il comma 4, art. 87, d.lgs. 163/2006 dispone che: "Non sono ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza in conformità all'art. 131, nonché al piano di sicurezza e coordinamento di cui all'art. 12, d.lgs. 14 agosto 1996, n. 494 e alla relativa stima dei costi conforme all'art. 7, d.P.R. 3 luglio 2003, n. 222. Nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificatamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture".

¹¹ Cons. St., Sez. V, ord. 16 gennaio 2015, n. 88

¹² CARINGELLA-PROTTO, *Codice dei Contratti Pubblici*, Roma, 2012

¹³ Nelle gare pubbliche la scelta dell'Amministrazione di attivare il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è ampiamente discrezionale e inoltre le valutazioni sul punto devono essere compiute, con riguardo alla serietà dell'offerta nel suo complesso e non con riferimento alle singole voci dell'offerta; il giudizio di inattendibilità,

Una simile interpretazione soddisfa la finalità di tutela dei lavoratori e perviene al superamento del dato letterale mediante la valorizzazione della collocazione sistematica dell'art. 87 richiamato, inserito nella parte del Codice dei contratti pubblici dedicata a "lavori, servizi e forniture".

Secondo tale orientamento, gli oneri di sicurezza aziendale rappresentano un elemento costitutivo dell'offerta economica, che consente alla stazione appaltante di verificare il rispetto di norme poste a tutela di esigenze di ordine imperativo, la cui omessa indicazione determina la sanzione dell'esclusione dalla gara, anche in assenza di una specifica previsione in tal senso della *lex specialis*, attesa la natura precettiva della disposizione, idonea ad eterointegrare il bando di gara¹⁴.

In tale prospettiva non può essere nemmeno invocato il dovere di soccorso istruttorio, in quanto la mancata indicazione degli oneri di sicurezza interni, costituendo, secondo tale lettura, un elemento essenziale dell'offerta, determina un'incertezza assoluta sul contenuto della stessa, tale da impedire ogni possibile successiva integrazione, che si tradurrebbe in una violazione del principio della *par condicio competitorum*¹⁵.

2.2- Orientamento contrario alla eterointegrazione del bando di gara.

Per differente ricostruzione, che valorizza il dato letterale della norma, nel caso di appalti di lavori pubblici non sussiste l'obbligo, per i concorrenti, di indicare i c.d. oneri di sicurezza interni, a pena di esclusione, in assenza di esplicite clausole contenute nella *lex specialis*.

La decisione di sanzionare con l'esclusione dalla gara la mancata indicazione dei costi per la sicurezza aziendale si rivela ingiustificatamente penalizzante per le imprese e, ancor prima, per le esigenze della concorrenza.

Coerentemente con tali premesse, una lettura congiunta degli artt. 1339 e 1341 c.c. induce a ritenere che non ogni eterointegrazione del bando di gara è possibile in modo automatico, in difetto del *clare loqui* della stazione appaltante

tuttavia, può investire anche singole voci, quando per la loro importanza ed incidenza sull'offerta complessiva, rendano l'intera operazione economica implausibile e, per l'effetto, insuscettibile di accettazione da parte dell'Amministrazione, in quanto insidiata da indici strutturali di carente affidabilità. In altri termini, non è escluso che si giunga ad un giudizio globale di anomalia dell'offerta attraverso la valutazione di singole voci, qualora queste ultime rappresentino una parte rilevante dell'offerta stessa e siano tali da incidere sulla sua attendibilità complessiva; in tal senso cfr. T.A.R. Marche, Sez. I, 21 dicembre 2015, n. 919.

¹⁴ T.A.R. Veneto, Sez. I, 5 marzo 2014, n. 299; le imprese partecipanti ad una gara d'appalto, sia essa di servizi o di forniture o di lavori, devono necessariamente includere nell'offerta, opportunamente incorporati onde consentire l'esatta valutazione della congruità dell'offerta stessa, oltre agli oneri di sicurezza da interferenza, anche gli importi relativi agli oneri di sicurezza da rischio specifico (o aziendali), la cui misura può variare in relazione al contenuto dell'offerta economica: di questi oneri l'ordinamento prevede, infatti, l'indicazione con norme immediatamente precettive (cfr. art. 86, comma 3 bis, d.lgs. n. 163 del 2006 e art. 26, comma 6, d.lgs. n. 81 del 2008) e tali da eterointegrare, in virtù del loro carattere imperativo (in ragione degli interessi di ordine pubblico che tutelano, in quanto poste a presidio di diritti fondamentali dei lavoratori), l'eventuale omissione o la diversa regolamentazione contenuta nella legge di gara.

¹⁵ Cons. St., Sez. V, 20 novembre 2013, n. 5470.

su quale deve essere il parametro vincolante per tutte le imprese partecipanti, atteso che il meccanismo sostitutivo ex art. 1339 c.c. riesce ad operare solo in presenza di norme imperative recanti una rigida predeterminazione dell'elemento destinato a sostituirsi alla clausola difforme; viceversa esso non trova applicazione laddove siano comunque affidati alle parti la quantificazione, l'esatto corrispettivo, nonché il metodo e la concreta manifestazione dell'elemento in questione, come nell'ipotesi dei c.d. costi della sicurezza da rischio specifico¹⁶.

L'inserzione automatica di clausole ex art. 1339 c.c. si giustifica ove occorra conformare il contenuto di obbligazioni e diritti nascenti da contratti già conclusi con esigenze di ordine imperativo, non disponibili dai concorrenti, fattispecie che non si verifica nell'ipotesi dell'indicazione dei costi di sicurezza interni.

Inoltre la *lex specialis* deve essere interpretata ex art. 1362 e ss. c.c., in base ai quali si deve attribuire valore preminente all'interpretazione letterale, escludendo le interpretazioni volte ad enucleare significati impliciti in grado di ledere il legittimo affidamento dei privati e la massima partecipazione alla gara.

A tale interpretazione letterale si aggiunge quella di carattere teleologico, in quanto le norme in esame si riferiscono alla fase di verifica dell'anomalia delle offerte e risulterebbe sproporzionato pretendere che l'impresa provveda all'indicazione dei costi già in sede di presentazione dell'offerta¹⁷.

A corredo ulteriore di tale impostazione rileva il profilo emergente dalla speciale normativa riservata agli appalti di lavori, che si connota per l'analisi preventiva dei costi per la sicurezza aziendale, analisi giustificata dalla maggior rischiosità insita nella predisposizione di tali appalti; è da tale notoria maggiore rischiosità, assunta a presupposto del d.lgs. 81/2008, che si deduce la necessità di apposita pianificazione dei profili inerenti la sicurezza delle maestranze, delle conseguenti misure di prevenzione dei rischi e degli oneri economici da esse rinvenienti¹⁸.

Pertanto, nelle gare pubbliche, l'obbligo di indicazione in sede di offerta del costo relativo alla sicurezza è imposto dal legislatore esclusivamente per le procedure relative agli appalti di servizi e forniture, mentre in materia di lavori pubblici la quantificazione è rimessa, al piano di sicurezza e coordinamento, ex art. 100, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

3.- La soluzione dell'Adunanza Plenaria.

Sul contrasto ermeneutico suesposto si è resa necessaria la rimessione della questione all'Adunanza Plenaria, che si è pronunciata con la sentenza 20 marzo 2015, n.3, mediante l'enunciazione di un principio di diritto che non ha tuttavia trovato piena e conforme attuazione nella giurisprudenza successiva, cui tuttavia si uniforma la sentenza in commento.

Nelle procedure di affidamento di lavori, i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara, com'è

dato evincere da una lettura costituzionalmente orientata degli art. 86 e 87, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che rinviengono la propria ratio nella tutela di un valore di primario rilievo, quale la sicurezza dei lavoratori.

L'onere di procedere all'indicazione di tali costi, anche nelle gare di appalti di lavori, pur se non dettato *expressis verbis* dal legislatore, deve essere assolto dal concorrente, unico in grado di valutare e quantificare gli elementi necessari in base alle caratteristiche della singola realtà organizzativa.

Tale obbligo integra un precetto imperativo che eterointegra la legge di gara, ove questa sia silente sul punto¹⁹, e la relativa attribuzione di tale onere in capo al concorrente è coerente con la natura di tali rischi, la cui quantificazione costituirebbe un'incombenza di impossibile assolvimento per la stazione appaltante, stante la sua non conoscenza degli *interna corporis* delle imprese.

La Plenaria evidenzia, inoltre, che **sarebbe irragionevole non prescrivere la specificazione dei costi interni per le offerte di lavori, nella cui esecuzione i rischi per la sicurezza sono normalmente i più elevati.**

L'apparato argomentativo seguito dalla Plenaria perviene a un ampliamento degli strumenti posti a tutela dei lavoratori, ma conduce al restringimento della platea dei concorrenti, mediante la previsione dell'estromissione dalla gara di concorrenti che non hanno violato alcun obbligo di legge, in netta controtendenza con l'*iter* legislativo che ha condotto all'indicazione normativa del principio di tassatività delle cause di esclusione.

4.- Il dibattito in seguito alla decisione della Plenaria.

La soluzione ermeneutica prospettata dalla Plenaria è sconfessata da un filone giurisprudenziale successivo che, mediante la valorizzazione del *favor participationis* e del legittimo affidamento dei privati, mette in discussione il principio di diritto enunciato.

Per tale impostazione, gli articoli 86 e 87 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 non si riferiscono alle modalità di presentazione delle offerte, e nessuna disposizione normativa prescrive alcuna conseguenza escludente connessa all'omessa indicazione degli oneri di sicurezza interni.

Coerentemente con tali premesse, secondo tale opzione interpretativa, **non possono essere escluse le imprese che, nella propria offerta economica, non hanno indicato separatamente i costi della sicurezza aziendali, nel caso in cui l'obbligo di scorporo di tali costi dall'offerta economica non emerge né dalla specifica disciplina di gara né, tanto meno, dalla modulistica predisposta dalla stazione appaltante, dovendosi in ogni caso, a fronte di clausole ambigue sui requisiti di ammissione e sulle cause di esclusione, privilegiare il *favor participationis* e dovendo al più ritenersi che la valutazione dell'idoneità dell'offerta, anche nella prospettiva del soddisfacimento degli oneri connessi alla salvaguardia delle condizioni di sicurezza del lavoro, sia rimandata alla fase di verifica della congruità dell'offerta²⁰.**

In definitiva, in tale ottica, il principio generale del legittimo affidamento e il principio, di matrice comunitaria, del *favor participationis* hanno valore preminente rispetto al

¹⁶ Cons. St., Sez. V, 3 febbraio 2015, n. 512.

¹⁷ C. MUCIO, *Indicazione degli oneri per la sicurezza negli appalti di lavori*, in *Urb. e app.*, 11/2014.

¹⁸ I. FILIPETTI, M. PECORARI, *Gli oneri aziendali per la sicurezza: differenze tra lavori, servizi e forniture*, in *Urb. e app.*, 2/2014.

¹⁹ Cons. St., Sez. V, 30 dicembre 2015, n. 5873.

²⁰ T.A.R. Piemonte, Sez. II, 12 novembre 2015, n. 1569.

meccanismo della eterointegrazione del bando di gara²¹.

5.- Esercitabilità del soccorso istruttorio.

La sentenza in commento si determina anche in tema di esercizio del potere di soccorso istruttorio, nel caso di mancata indicazione degli oneri di sicurezza interni, sulla scia di un'impostazione pressoché unanime sul punto.

L'omessa specificazione dei costi di sicurezza interni è un'ipotesi di mancato adempimento idonea a determinare incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta, per difetto di un elemento essenziale e comporta l'esclusione dalla procedura dell'impresa nel rispetto del principio di tassatività attenuata delle cause di esclusione, ex art. 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici.

Coerentemente con le coordinate ermeneutiche²² tracciate in tema di ampiezza del soccorso istruttorio, l'inosservanza di un precetto a carattere imperativo non è sanabile con il potere in questione, il cui esercizio si risolverebbe in un'inammissibile integrazione postuma di un'offerta inizialmente carente di un suo elemento essenziale²³.

6.- Rimessione della questione alla CGUE e brevi riflessioni conclusive.

Il contrasto ermeneutico in tema di obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza interni, in sede di presentazione delle offerte, ha condotto il T.A.R. Piemonte, con ordinanza 16 dicembre 2015, n. 1745, a rimettere il quesito interpretativo alle cure della Corte di Giustizia²⁴, nella prospettiva di recepimento della direttiva n. 2014/24/UE.

La questione interpretativa rimessa al vaglio della Corte di Giustizia, riguarda la compatibilità della normativa nazionale, così come interpretata dai citati arresti pretori della Plenaria, con i principi euro-unitari della tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto.

Il quesito è diretto a chiarire se, negli appalti di lavori, i richiamati principi sovranazionali possano condurre all'esito di mantenere in gara l'impresa che non abbia indicato, nella propria offerta, i costi per la sicurezza aziendale, ma abbia rispettato dal punto di vista sostanziale la normativa in tema di sicurezza dei lavoratori²⁵.

²¹ C.G.A.R. Sicilia, Sez. giurisdizionale, 24 marzo 2015, n. 15

²² Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9

²³ Cons. St., Ad. Plen., 2 novembre 2015, n. 9; Id., 13 novembre 2015, n. 10.

²⁴ Il C.G.A.R. Sicilia, con ordinanza 15 gennaio 2015, n. 1 ha rimesso alla CGUE una questione analoga, con riferimento all'istituto dell'avvalimento; il Collegio ha rimesso Corte di giustizia il quesito se i principi del diritto dell'Unione europea, e segnatamente quelli di tutela del legittimo affidamento, di certezza del diritto e di proporzionalità, ostino, o no, a una regola dell'ordinamento di uno Stato membro che consenta di escludere da una procedura di evidenza pubblica un'impresa che non abbia percepito, perché non espressamente indicato dagli atti di gara, un obbligo - il cui inadempimento sia sanzionato con l'esclusione - di provvedere al versamento di un importo per i fini della partecipazione alla predetta procedura e ciò nonostante che l'esistenza di detto obbligo non sia chiaramente desumibile sulla base del tenore letterale della legge vigente nello Stato membro, ma sia tuttavia ricostruibile a seguito di una duplice operazione giuridica, consistente, dapprima, nell'interpretazione estensiva di talune previsioni dell'ordinamento positivo dello stesso Stato membro e, poi, nella integrazione - in conformità agli esiti di tale interpretazione estensiva - del contenuto precettivo degli atti di gara.

²⁵ T.A.R. Piemonte, Sez. II, ordinanza 16 dicembre 2015, n. 1745; nel

L'obbligo di indicazione separata dei costi aziendali non si desume dalla lettera delle disposizioni di diritto positivo, ma si ricava dalla richiamata interpretazione nomofilattica fornita dalla Adunanza Plenaria, che non ha comunque risolto l'oggettiva incertezza interpretativa che ancora permane sulla questione.

La tutela del legittimo affidamento, la certezza del diritto e la proporzionalità sono principi generali del diritto dell'Unione Europea di applicazione trasversale.

L'aspetto centrale della questione è la valutazione dell'effettiva sussistenza di una colpa inescusabile nel comportamento dell'impresa.

Il Collegio osserva, inoltre, che l'applicazione della normativa in tema di indicazione degli oneri di sicurezza, come interpretata dalla Plenaria, esclude l'esercizio del soccorso istruttorio e conduce all'automatica esclusione delle imprese che non abbiano scorporato gli oneri dall'offerta, indipendentemente dal fatto che il requisito sia, in concreto, posseduto, con la conseguenza di restringere indebitamente la platea dei possibili concorrenti, con relativa violazione dei principi di libera concorrenza.

Emerge pertanto, in controtendenza con le tendenze ermeneutiche prevalenti, una preponderanza del profilo formale (mancata indicazione separata) rispetto al principio sostanziale (effettivo rispetto dei costi di sicurezza interni); in assenza di specifiche indicazioni della *lex specialis*, il costo degli oneri di sicurezza per rischio specifico resta coesistente al prezzo offerto e rileva pertanto ai soli fini dell'anomalia, potendo darsi luogo all'esclusione solamente in caso di esito negativo di una verifica più ampia sulla serietà e la sostenibilità dell'offerta economica, diversamente saremmo in presenza di una palese sproporzione tra obiettivi perseguiti ed obiettivi realizzati, poiché, al fine di tutelare la sicurezza ed i connessi diritti dei lavoratori, si precluderebbe all'impresa di concorrere per l'affidamento di contratti pubblici per il solo fatto di non avere esposto nell'offerta i relativi costi per la sicurezza aziendale, quand'anche gli stessi risultino congrui nella sede deputata a tale verifica²⁶.

In attesa della interpretazione della Corte di Giustizia e del recepimento delle direttive del 2014, è opportuno svolgere brevi riflessioni conclusive su una questione che coinvolge profili sistematici di assoluto rilievo.

Come rilevato²⁷, innalzare i costi di sicurezza interni ad elemento costitutivo delle offerte rivela una *voluntas* diretta a esporre gli stessi al confronto concorrenziale, deriva che, alla luce del valore costituzionale di cui sono espressione, è assolutamente da evitare.

Sottoporre i costi di sicurezza delle imprese alla libera competizione vuol dire esporre un valore di rilievo costituzionale al ribasso su base d'asta.

Tale impostazione inoltre risulta coerente con l'introduzione del comma 3 bis, nell'art 82²⁸ del Codice dei contratti pubblici,

caso di specie l'unica mancanza dell'impresa è stata l'omessa indicazione separata dei costi di sicurezza, fermo restando che tali costi risultano comunque coperti dall'offerta presentata

²⁶ T.A.R. Abruzzo, Sez. I, 12 febbraio 2015, n. 97

²⁷ A. RUFFINI, *La querelle sugli oneri di sicurezza aziendali*, in *Urb. e app.* 6/2015

²⁸ Il comma 3 bis, art. 82, d.lgs. 163/2006 dispone che: "Il prezzo più basso e' determinato al netto delle spese relative al costo del

ad opera del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, applicabile agli appalti da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso, a norma del quale il costo del lavoro andrebbe sempre quantificato dall'ente aggiudicatore *ex ante* e scorporato dal prezzo posto a base d'asta, in quanto costo puro e incompressibile²⁹.

Tale lettura risulta insuscettibile di applicazione con riferimento alle gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, vista la suesposta difficoltà per le stazioni appaltanti di conoscere l'organizzazione interna delle imprese e di conseguenza la relativa impossibilità di quantificare *ex ante* gli oneri di sicurezza interni.

Tuttavia, la determinazione dei costi del lavoro, in quanto non negoziabili per la natura costituzionale del valore che sono diretti ad assistere, non dovrebbe essere demandato *tout court* alla quantificazione delle imprese, ma dovrebbe essere quantomeno orientato, nella determinazione minima, in un'apposita pianificazione da parte della stazione appaltante, come si può ricavare da una lettura costituzionalmente orientata anche dell'art. 131, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nel quadro di una corretta ed equilibrata definizione dei valori fondamentali relativi al rapporto sussistente fra le regole del mercato e le garanzie da apprestare a quel coacervo di diritti incompressibili della persona e, dunque, anche del lavoratore³⁰.

▲ Riferimenti normativi

Art. 87, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163

1. Quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede all'offerente le giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara, nonché, in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relative agli altri elementi di valutazione dell'offerta, procedendo ai sensi dell'articolo 88. All'esclusione può provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio.

2. Le giustificazioni possono riguardare, a titolo esemplificativo:

- a) l'economia del procedimento di costruzione, del processo di fabbricazione, del metodo di prestazione del servizio;
- b) le soluzioni tecniche adottate;
- c) le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti, o per prestare i servizi;
- d) l'originalità del progetto, dei lavori, delle forniture, dei servizi offerti;
- e) [il rispetto delle norme vigenti in tema di sicurezza e condizioni di lavoro]
- f) l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato;
- g) il costo del lavoro come determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali; in mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico

personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro".

²⁹ G.C. FIGUERA, *op. cit.*, la direttiva 24/2014/UE prevede un unico criterio di aggiudicazione costituito dall'offerta economicamente più vantaggiosa che esclude, a priori, dal nuovo codice dei contratti pubblici una disposizione analoga a quella prevista dall'art 82, comma 3 bis.

³⁰ P. CERBO, *La scelta del contraente negli appalti pubblici fra concorrenza e tutela della "dignità umana"*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 1875 e ss.

più vicino a quello preso in considerazione

3. Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge.

4. Non sono ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza in conformità all'articolo 131, nonché al piano di sicurezza e coordinamento di cui all'articolo 12, decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e alla relativa stima dei costi conforme all'articolo 7, d.P.R. 3 luglio 2003, n. 222. Nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture.

4-bis. Nell'ambito dei requisiti per la qualificazione di cui all'articolo 40 del presente decreto, devono essere considerate anche le informazioni fornite dallo stesso soggetto interessato relativamente all'avvenuto adempimento, all'interno della propria azienda, degli obblighi di sicurezza previsti dalla vigente normativa.

5. La stazione appaltante che accerta che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato, può respingere tale offerta per questo solo motivo unicamente se, consultato l'offerente, quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine stabilito dall'amministrazione e non inferiore a quindici giorni, che l'aiuto in questione era stato concesso legalmente. Quando la stazione appaltante respinge un'offerta in tali circostanze, ne informa tempestivamente la Commissione.

Art. 46, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163

1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

1-bis. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.(1)

1-ter. Le disposizioni di cui articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara.

▲ Giurisprudenza

Cons. St., Sez. V, 30 dicembre 2015, n. 5873

In tutte le gare pubbliche indette per l'affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture le imprese sono obbligate a indicare in sede di offerta economica gli oneri di sicurezza aziendali (c.d. costi di sicurezza interni), e tale obbligo costituisce un precetto imperativo che integra la *lex specialis* ove questa sia silente sul punto o comunque compatibile con esso, nel rispetto del principio di tassatività attenuata delle cause di esclusione, sancito dall'art. 46 del codice dei contratti pubblici; e, nel caso di mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, non sono legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, anche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si è conclusa.

Cons. St., Ad. Plen., 20 marzo 2015, n. 3

Nelle procedure di affidamento di lavori i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara, come è dato evincere da un'interpretazione sistematica delle norme regolatrici della materia date dagli art. 26 comma 6, d.lg. 9 aprile 2008 n. 81 e 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163; non appare coerente, infatti, imporre alle stazioni appaltanti di tenere espresso conto nella determinazione del valore economico di tutti gli appalti dell'insieme dei costi della sicurezza, che devono altresì specificare per assicurarne la congruità, e non imporre ai concorrenti, per i soli appalti di lavori, un identico obbligo di indicazione nelle offerte dei loro costi specifici, il cui calcolo, infine, emergerebbe soltanto in via eventuale, nella non indefettibile fase della valutazione dell'anomalia.