

Oneri aziendali della sicurezza tra Adunanza Plenaria e Corte di Giustizia Europea: è davvero una questione di sicurezza sul lavoro?

1) Gli oneri aziendali della sicurezza tornano alla Corte di Giustizia

Oramai da qualche anno il tema degli “oneri aziendali della sicurezza” impazza nelle aule della Giustizia Amministrativa, con la giurisprudenza spaccata in due e ripetuti coinvolgimenti anche della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e della Corte di Giustizia dell’Unione Europea.

La questione riguarda l’obbligo per il concorrente di indicare nella offerta economica “gli oneri aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro”, sancito attualmente dall’art. 95 comma 10 del D.Lgs. n. 50/2016 (Codice dei Contratti Pubblici).

Secondo una tesi, la mancata indicazione nell’offerta costituisce causa di esclusione e non è suscettibile di soccorso istruttorio; secondo la tesi opposta, non può farsi luogo alla esclusione del concorrente ma si deve ricorrere al soccorso istruttorio (a condizione che risulti che l’importo degli oneri di sicurezza è stato considerato nella formulazione dell’offerta economica).

Di fronte a questa contrapposizione, che aveva recentemente indotto il Consiglio di Stato a rimettere (nuovamente) la questione all’Adunanza Plenaria, quest’ultima con tre ordinanze gemelle (n. 1-2-3/2019) pubblicate il 24 gennaio 2019 ha deciso di rinviare la questione alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea.

La Plenaria ha tuttavia anche formulato sul punto alcune considerazioni concernenti l’obbligo dichiarativo, ed è su queste che vogliamo soffermare l’attenzione in questa nota: la richiesta della Plenaria alla Corte, di valutare se l’obbligo di indicare gli oneri a pena di esclusione sia conforme al diritto europeo che impone agli Stati “misure adeguate” per garantire il rispetto degli obblighi nel diritto del lavoro, costituisce l’occasione per fare il punto sul rapporto tra le regole del Codice dei Contratti e la normativa di sicurezza sul lavoro e sul modo in cui il tema della sicurezza (e dei relativi costi) viene affrontato nella normativa sugli appalti pubblici.

2) Il dibattito giurisprudenziale riguarda il contenuto dichiarativo dell’offerta, non la sicurezza della prestazione offerta: l’obbligo di dichiarare, non l’obbligo di lavorare in sicurezza

Nel contesto del procedimento amministrativo di aggiudicazione dell’appalto e del relativo contenzioso, la questione è sorta come conflitto tra *par condicio* dei concorrenti da un lato (che sarebbe pregiudicata in caso di mancata esclusione: tesi formalistica) e principi di massima partecipazione alle gare, tassatività e tipicità delle cause di esclusione dall’altro lato (che sarebbero pregiudicati dalla esclusione per una mancanza formale: tesi sostanzialistica).

E’ una questione, peraltro, che nella giurisprudenza amministrativa non si pone ora più nei termini

iniziali. Il conflitto interpretativo era nato infatti nella vigenza del Decreto 163/2006 (che non conteneva un obbligo espresso di indicazione degli oneri nell'offerta) e riguardava il fatto, se potesse aversi esclusione di un concorrente per la violazione di un obbligo (di indicare gli oneri aziendali della sicurezza) non previsto da una norma di legge, e neppure dalla *lex specialis*, ma da una interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale; la conclusione era stata che l'esclusione non poteva essere disposta se non dopo l'esercizio del soccorso istruttorio (Adunanza Plenaria n. 19/2016).

La questione si pone ora in termini diversi, in quanto l'art. 95 comma 10 del Codice ha introdotto l'esplicito obbligo di indicare gli oneri aziendali della sicurezza.

Su questa novità la tesi - definita dalla stessa Adunanza Plenaria come "formalistica" - ha confermato e rafforzato il proprio favore per un "automatismo espulsivo senza possibilità di soccorso istruttorio".

Tuttavia anche dopo la modifica normativa ha continuato a prosperare anche la tesi opposta, "sostanzialistica", favorevole al soccorso istruttorio "a meno che si contesti al ricorrente di aver presentato un'offerta economica indeterminata o incongrua, perché formulata senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento degli oneri di sicurezza".

Non è secondario osservare che, nel mutato contesto normativo, l'argomento principalmente necessario alla tesi "sostanzialistica" per poter negare efficacia escludente alla esplicita previsione dell'art. 95 comma 10 (nonché al principio di etero-integrazione del bando per i casi di silenzio della *lex specialis*) diventa quello della qualificazione degli oneri della sicurezza come elemento dell'offerta ai fini della gara.

Il principio accolto dalla tesi sostanzialistica, infatti, è che gli oneri aziendali non possono essere qualificati incondizionatamente come elemento sostanziale dell'offerta (come tale insuscettibile di soccorso istruttorio, pena una modifica *ex post* dell'offerta medesima), e che sicuramente non lo sono "quando non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta".

Proprio questo era il tenore della ordinanza di rimessione (Cons. Stato n. 6069/2018) alla Adunanza Plenaria, che chiedeva di decidere se un'offerta priva di indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale sia causa di esclusione senza possibilità di soccorso istruttorio ***"anche quando non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli oneri di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta, né vengono in rilievo profili di anomalia dell'offerta"***.

A ben guardare, la diatriba sulla efficacia escludente della omessa indicazione degli oneri aziendali si è da sempre sviluppata dando per enunciato questo presupposto, ma senza mai compiutamente analizzarlo. Anche in Adunanza Plenaria n. 19/2016, ad esempio, si trova l'affermazione secondo cui *"nel caso oggetto del giudizio", "non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza"*; poi però la frase continua con *"si contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri"*: se ne deduce che l'adempimento di sicurezza non è in discussione non perché il Giudice ne abbia vagliato l'esistenza, ma semplicemente per la mancanza di contestazione sul punto da parte del ricorrente in giudizio. Poiché la contestazione sulla sicurezza sostanziale di quel concorrente non fa parte del giudizio, allora "la carenza non è sostanziale, ma solo formale".

La domanda determina l'oggetto del giudizio, dunque; ed in base a questo principio tutta la giurisprudenza si è sviluppata sul tema della incompletezza formale/sostanziale dell'offerta, ma non

più di tanto sul tema della mancanza di sicurezza nella prestazione offerta. Il che probabilmente spiega anche l'eterogenea tipologia delle espressioni utilizzate nelle pronunce per esprimere questo presupposto di "sicurezza sostanziale" non contestata: a volte si afferma che l'offerta è stata formulata "considerando i costi derivanti dal doveroso adempimento degli oneri di sicurezza"; a volte che "non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza"; a volte che "dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale". Il senso comunque è chiaro: il fatto che il concorrente rispetti le norme di sicurezza non è in discussione; quello che manca è (soltanto) la indicazione (formale?) degli oneri all'interno dell'offerta.

Non dovendo decidere sulla sicurezza sostanziale della prestazione offerta, ma soltanto sul significato della presenza di una certa voce all'interno dell'offerta economica, la giurisprudenza amministrativa non ha mai avuto la necessità di domandarsi, che cosa esattamente il concorrente dovesse dichiarare; non si è mai dovuto interrogare su cosa il legislatore esattamente volesse ottenere, da una siffatta dichiarazione. La giurisprudenza non si è mai interrogata, dunque, su cosa si debba indicare, quando si indicano "gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro"; né sul perché questi oneri vadano indicati; né, infine e soprattutto, su quale sia il bene giuridico tutelato da tale obbligo di indicazione. Alla fine, nessuna delle sentenze si è mai interrogata, su cosa siano gli oneri aziendali della sicurezza, a cosa serva la loro indicazione, quale sia il loro posto nel sistema normativo che regola la sicurezza nei luoghi di lavoro.

3) Per l'Adunanza Plenaria, l'obbligo di indicazione degli oneri è uno strumento di tutela dei lavoratori

Il tema del conflitto tra *par condicio* dei concorrenti da una parte e massima partecipazione dall'altra parte, generato dalla diversa valutazione sulla tassatività delle cause di esclusione o sulla portata del principio di etero-integrazione del bando di gara, rimane ancora oggetto di discussione, ma non rappresenta più il tema unico ed esclusivo, nelle argomentazioni su cui l'Adunanza Plenaria n. 1/2019 basa la sua adesione alla tesi dell'automatismo espulsivo.

Nella sua enunciazione per punti, essa innanzitutto condivide le ragioni della tesi formalistica: "attualmente esiste una disposizione del diritto nazionale che fissa in modo del tutto chiaro l'obbligo" (punto primo); "i concorrenti hanno l'obbligo di 'indicare' tali costi e non soltanto quello - più generico - di 'tenerne conto' ai fini della formulazione dell'offerta", con la conseguenza "di carattere testuale" che deve trovare applicazione l'art. 83 comma 9 del Codice che esclude il soccorso istruttorio "per le carenze dichiarative relative 'all'offerta economica e all'offerta tecnica'" (punto secondo); secondo la giurisprudenza nazionale (si richiama Adunanza Plenaria n. 9/2014), "nella materia delle pubbliche gare esiste una causa di esclusione per ogni norma imperativa che preveda in modo espresso un obbligo o un divieto" (punto terzo); "il beneficio del soccorso istruttorio si giustificava al fine di assicurare il rispetto dei principi di certezza del diritto, di tutela dell'affidamento, di trasparenza, proporzionalità e *par condicio*", e ciò in uno scenario in cui "mancava una norma che, in maniera chiara e univoca, prescrivesse espressamente la doverosità della dichiarazione relativa agli oneri di sicurezza"; ma essendoci ora tale norma "è venuta meno la ragione (unica) che aveva indotto l'Adunanza Plenaria ad ammettere il soccorso istruttorio" (punto quarto).

Però questi argomenti non sono ritenuti, evidentemente, da soli sufficienti (tanto più considerato il tenore dell'ordinanza di remissione); e così l'Adunanza Plenaria porta la discussione oltre i principi della gara pubblica (*par condicio*, massima partecipazione, ecc.) e affronta il tema ulteriore e

specifico che concerne portata e significato dell'obbligo dichiarativo rispetto al bene giuridico tutelato.

Ecco allora che la Adunanza Plenaria sviluppa un ulteriore argomento, che essa stessa qualifica come *“di carattere sostanziale”*: l'obbligo di indicare i costi *“risponde all'evidente esigenza di rafforzare gli strumenti di tutela dei lavoratori, di responsabilizzare gli operatori economici e di rendere più agevoli ed efficaci gli strumenti di vigilanza e controllo da parte delle amministrazioni”* con la conseguenza che *“il concorrente che formuli un'offerta economica omettendo del tutto di specificare quali siano gli oneri connessi alle prestazioni lavorative non commette soltanto una violazione di carattere formale, ma presenta un'offerta di fatto indeterminata nella sua parte più rilevante, in tal modo mostrando un contegno certamente incompatibile con l'onere di diligenza particolarmente qualificata che ci si può ragionevolmente attendere da un operatore professionale”* (punto quinto).

Come si vede, la risposta al quesito dell'ordinanza rimettente è tranciante: l'obiezione propria della tesi sostanzialistica, secondo cui non può escludersi il concorrente quando l'adempimento degli obblighi di sicurezza non sia in discussione pur mancando l'indicazione in offerta dei relativi oneri, è una obiezione che viene rimossa a priori (a tal punto che non viene neppure affrontata).

La tesi sostanzialistica interpreta l'art. 95 comma 10 distinguendo tra adempimenti di sicurezza in senso sostanziale, e indicazione formale dei corrispondenti oneri nell'offerta: altro è il rispetto degli obblighi di sicurezza, altro è la indicazione nell'offerta economica di una voce di costo corrispondente; omettere di indicare gli oneri non significa necessariamente non adempiere agli obblighi di sicurezza. Proprio in questi termini, infatti, la questione era stata deferita alla Adunanza Plenaria.

Nella risposta della Adunanza Plenaria, e nella ordinanza con cui questa rimette la questione alla Corte di Giustizia, questa distinzione non esiste più; con il proprio quinto argomento *“di carattere sostanziale”* la Plenaria non distingue più tra carenza dichiarativa in casi di rispetto sostanziale degli obblighi e carenza dichiarativa in caso di mancato rispetto degli obblighi.

Affermando che quando manca l'indicazione degli oneri della sicurezza allora l'offerta è per definizione *“indeterminata nella sua parte più rilevante”*, ed il *“contegno”* del concorrente è *“certamente incompatibile con l'onere di diligenza particolarmente qualificata”* che ci si attende da un operatore professionale, la Plenaria attribuisce all'obbligo di indicazione degli oneri aziendali una funzione sostanziale.

4) Il bene giuridico tutelato è la sicurezza dei lavoratori, o è la serietà dell'offerta ai fini della verifica di congruità degli oneri aziendali?

L'attribuzione di natura *“sostanziale”* all'obbligo ai fini di tutela dei lavoratori avviene tuttavia, nella pronuncia, in una maniera per così dire *“mediata”*.

L'Adunanza Plenaria attribuisce di fatto rilevanza sostanziale all'obbligo, però non formula espressamente l'equazione secondo cui una offerta con indicazione degli oneri aziendali equivale ad esecuzione della prestazione in sicurezza, né quella di segno contrario secondo cui la mancata indicazione degli oneri significa necessariamente una prestazione non sicura. Ed infatti, anche testualmente, il concorrente che non indica gli oneri è qualificato come privo di *“diligenza”*; il vizio dell'offerta economica è di essere *“indeterminata nella sua parte più rilevante”*; l'esigenza è quella di rendere *“più agevoli ed efficaci gli strumenti di vigilanza e controllo da parte delle*

amministrazioni”: non è affatto certo dunque, né la Plenaria lo afferma, che un concorrente che omette la dichiarazione sia anche un operatore professionale “non sicuro”, e che in caso di aggiudicazione gli obblighi di sicurezza non saranno rispettati.

Del resto, se davvero fosse stata questa l’equazione, non sarebbe stata necessaria la remissione della questione alla Corte di Giustizia, cui la Plenaria chiede di chiarire l’ambito oggettivo dell’art. 18 par. 2 della Direttiva 2014/24 là dove impone agli Stati di adottare “misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell’esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro”: non sarebbe stato necessario perché sarebbe stata fuor di dubbio la rispondenza al diritto dell’Unione europea, e all’art. 18 della Direttiva nello specifico, di una norma nazionale che avesse per contenuto diretto e specifico una misura di tutela della sicurezza dei lavoratori.

Parimenti, se l’indicazione degli oneri servisse alla tutela sostanziale dei lavoratori, ci si dovrebbe porre l’ulteriore questione se sia legittima l’esclusione dell’obbligo per le forniture senza posa in opera, per i servizi di natura intellettuale ed ancor più per gli affidamenti diretti fino a 40.000 euro: è principio pacifico che le norme di sicurezza sul lavoro devono avere applicazione generale a tutti i lavoratori e non sono ammissibili deroghe di sorta. Forse la deroga ha una sua giustificazione, se l’obbligo riguarda un profilo procedimentale e di accertamento, non un profilo sostanziale; ma anche questo è un tema non esplorato.

Di “*serietà ed appropriatezza dell’offerta*”, del resto, parla la stessa Adunanza Plenaria, nella parte in cui motiva perché ritiene che la tesi escludente, da essa condivisa, risponda ai principi del diritto comunitario e, tra di essi, a quello della “*effettività della tutela economica e sociale del lavoro e della sicurezza dei prestatori*”.

Secondo l’Adunanza, “*in una gara d’appalto una offerta presuppone la puntuale valutazione del ‘punto di convenienza’ della commessa sul piano finanziario ed organizzativo e, dunque, la stesura di un vero e proprio business plan, comprendente cioè tutti gli oneri diretti, indiretti ed eventuali*”; l’obbligo di indicare gli oneri aziendali della sicurezza nelle offerte garantisce dunque che essi non siano “*un artato ‘costruito’ postumo, di carattere meramente formale*”, ed impedisce “*le più fantasiose allocazioni postume di valori indeterminati (e/o percentuali generiche) operati con riferimento talvolta alle spese generali, talvolta agli imprevisti, talvolta agli oneri indiretti, talvolta agli utili, ecc.*”: al contrario, l’obbligo di indicazione nell’offerta impone all’operatore economico di far emergere fin da subito gli oneri della sicurezza come “*un ‘dato oggettivo’ che ha il suo presupposto logico, economico e fattuale nel computo economico di tutti gli oneri, ivi compresi quelli aziendali per la sicurezza del personale, che sono connessi all’affare*”.

La conclusione è che “*la mancata dichiarazione costituisce un elemento in grado di far dubitare della serietà ed appropriatezza dell’offerta*”.

La riprova definitiva che la sicurezza dei lavoratori è tutelata dall’art. 95 comma 10 soltanto per via mediata, attraverso la verifica della serietà dell’offerta, si rinviene nella stessa pronuncia, là dove la Plenaria rimette alla Corte di Giustizia il proprio quesito interpretativo individuando la disciplina nazionale da esaminare non soltanto nell’art. 95 comma 10 (oltre che nell’art. 83 comma 9 che regola il soccorso istruttorio) ma anche nell’art. 97 comma 5 del Codice dei Contratti: cioè la norma che, come noto, regola il procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta.

Il ragionamento del Collegio sembra essere dunque che la mancata indicazione degli oneri impedisce alla Stazione Appaltante di verificare se gli oneri aziendali sono congrui “rispetto all’entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture” (dove, se accerta che sono “incongrui”, la Stazione Appaltante esclude l’offerta); qui si consumerebbe il *vulnus* alla “esigenza di

rendere più agevoli ed efficaci gli strumenti di vigilanza e controllo da parte delle amministrazioni”.

In conclusione: la mancata indicazione degli oneri aziendali della sicurezza non consente di verificare se essi sono congrui rispetto all’entità e alle caratteristiche della prestazione oggetto di appalto; un’offerta che non consente questa verifica manca di serietà e di appropriatezza; pertanto l’offerta va esclusa.

Rispetto allo scenario giurisprudenziale di provenienza, ci sembra di poter individuare un elemento di novità: la preliminare verifica se l’adempimento degli obblighi di sicurezza sia comunque rispettato (così da rendere soltanto “formale” la mancata indicazione degli oneri) è esclusa a priori (sicché diventa irrilevante che sia stato contestato in ricorso o meno) perchè la appropriatezza dell’offerta in punto sicurezza si compie attraverso lo strumento della indicazione dei costi aziendali.

5) La verifica di congruità degli oneri aziendali di sicurezza nella normativa

Se così è, tuttavia, emerge una criticità assai rilevante.

Le fattispecie oggetto dei giudizi da cui sono scaturite le tre pronunce gemelle riguardano l’omessa indicazione dei costi della manodopera, e non degli oneri di sicurezza.

Soltanto in virtù di una lettura per così dire “unificante” in cui, come del resto in molte sentenze precedenti, la riflessione è stata sviluppata in maniera generale considerando indifferentemente i due distinti valori economici che l’art. 95 comma 10 impone di indicare nell’offerta, cioè appunto i costi della manodopera, e gli oneri aziendali della sicurezza, le ordinanze di rimessione alla Corte li menzionano entrambi, così come indicano in maniera generale l’art. 97, comma 5 del Codice senza distinzione di lettere.

Questa omogeneizzazione della prospettiva, tuttavia, non ha tenuto conto che le due ipotesi non sono tra loro sovrapponibili, e che diversa è la loro disciplina normativa.

La prima differenza è contenuta proprio nell’art. 95 comma 10, che prevede sì l’obbligo di indicare entrambi i costi, ma mentre per i costi della manodopera prevede poi anche la verifica di congruità da parte delle stazioni appaltanti “prima dell’aggiudicazione”, non prevede tale adempimento per gli oneri della sicurezza.

Rispetto a questi ultimi manca proprio quella fase procedimentale che la mancata indicazione degli oneri di sicurezza andrebbe a pregiudicare e che per questo renderebbe l’offerta “non seria”; manca proprio la fase che, secondo questa lettura, garantirebbe effettività alla tutela dei lavoratori.

Il fatto che la verifica della congruità sia prevista dall’art. 97 comma 5 lettera c) non appare sufficiente a superare questa obiezione: basti considerare che la verifica della congruità degli oneri aziendali di cui all’art. 97 comma 5 lettera c) è prevista soltanto in presenza di una verifica dell’anomalia, non per tutte le offerte; il che equivarrebbe a sostenere, che il legislatore non ritiene necessario tutelare i lavoratori se operano nel contesto di appalti aggiudicati ad offerte non anomale.

L’applicazione dell’art. 95 comma 10 nella prospettiva dell’art. 97 comma 5 lettera c), limitatamente agli oneri aziendali della sicurezza, continua dunque a costituire un supporto normativo non compiuto, al fine di fondare una tesi escludente.

La seconda differenza è che il costo della manodopera costituisce un dato numerico la cui

“congruità” è verificabile rispetto a dei valori di riferimento predeterminati (cfr. art. 23 comma 16); gli oneri aziendali della sicurezza costituiscono al contrario un elemento che non è predeterminato né nei minimi né in assoluto; più in generale, sono un elemento che non ha una sua previsione normativa di alcun tipo.

Il che significa, che mentre per i costi della manodopera la ricaduta “sostanziale” dell’obbligo di indicazione dei costi in quanto “strumentale” alla verifica di congruità ha un suo riscontro sia nella previsione generale di tale verifica, sia nella esistenza di un dato oggettivo per il compimento della verifica medesima, ciò non può dirsi altrettanto per gli “oneri aziendali della sicurezza”.

E allora, per poter aderire o meno alla interpretazione della Plenaria che vede nell’obbligo di indicazione dei costi aziendali della sicurezza uno strumento di effettiva tutela e nella indicazione in offerta un elemento sostanziale della stessa, occorre porsi l’ultima domanda, quello fino ad oggi mai posta: cosa sono gli oneri aziendali della sicurezza, e qual è il significato dell’obbligo di indicarli nell’offerta.

6) Gli oneri aziendali della sicurezza negli appalti pubblici e negli appalti privati

Mentre gli oneri aziendali della sicurezza devono essere indicati (anche se non sempre) quando si applica il Codice dei Contratti, che però non dice né cosa sono, né come quantificarli, essi non sono disciplinati, anzi neppure mai menzionati, nel Decreto n. 81/08 (il cosiddetto Testo Unico della Sicurezza sul Lavoro) o più in generale nelle disposizioni in materia di sicurezza e salute sui luoghi di lavoro, quelle cioè che prevedono gli adempimenti, cui questi oneri si riferiscono.

Non manca soltanto una disposizione sul criterio di quantificazione, manca proprio una norma che imponga di indicare gli oneri della sicurezza “aziendali” negli appalti e quindi, prima ancora, che dica cosa essi siano; il riferimento usualmente è costituito infatti dai lavori di fonti tecniche, a volte istituzionali come ad esempio ITACA (1).

Questo certo non è dovuto ad una scarsa attenzione del sistema normativo di sicurezza sul lavoro al tema dei costi della sicurezza: al contrario, avere introdotto un obbligo di esplicitazione dei costi della sicurezza costituì una delle più rivoluzionarie novità del sistema normativo introdotto dal D.Lgs. n. 626/94 e poi confermato dalle norme che lo seguirono. Ma erano (sono) i costi della sicurezza “aggiuntivi” rispetto alla organizzazione del datore di lavoro: in particolare, i costi per gestire i rischi da interferenza delle lavorazioni negli appalti intra-aziendali dell’art. 26 e nei cantieri edili del titolo IV del Decreto 81.

Altri oneri non esistono, e non sono mai né menzionati, né disciplinati, il che non costituisce una dimenticanza del legislatore, né comporta affatto un vuoto di tutela: semplicemente, non esistono nella normativa perché non è attraverso il costo aziendale della prestazione, che la normativa di sicurezza persegue il proprio obiettivo di tutela della persona del lavoratore.

Al legislatore della sicurezza non interessa sapere quanto costa all’operatore economico l’adempimento degli obblighi di sicurezza propri della sua attività; gli interessa sapere che l’obbligo è adempiuto nella sostanza.

Questo vale altrettanto anche quando l’operatore economico svolge la propria prestazione in favore di un terzo, nel contesto di un rapporto di appalto: la serietà dell’offerta in punto sicurezza, come elemento strumentale alla effettiva tutela dei lavoratori, e quindi la garanzia che l’affidamento all’appaltatore non viene compiuto sacrificando la salute di questi ultimi, non è perseguita dal committente attraverso complesse e per molti versi improbabili analisi dell’offerta economica, né

attraverso obblighi a ciò propedeutici di redazione dell'offerta secondo voci obbligatorie; la garanzia della sicurezza si ottiene con il ben più sostanziale - questi sì! - strumento della verifica dell'idoneità tecnico-professionale dell'appaltatore. Ai sensi dell'art. 26 (per gli appalti intra-aziendali) e dell'art. 90 (per gli appalti aventi ad oggetto lavori edili) del Decreto 81/08, il committente verifica i requisiti sostanziali di sicurezza dell'esecutore per quanto concerne gli obblighi di sicurezza sul lavoro, in relazione ai lavori, servizi e forniture "da affidare". Che questo obbligo, pur pacificamente applicabile anche agli appalti pubblici, non trovi particolare attenzione nel Codice dei Contratti, probabilmente è indice assai significativo dell'approccio assai poco "sostanziale" che il legislatore dell'appalto pubblico ha mostrato da sempre nei confronti del tema (2).

Ma c'è un altro aspetto di diritto positivo, che va considerato.

Le misure di sicurezza, e più in generale gli adempimenti cui gli oneri aziendali indicati nell'offerta del concorrente dovrebbero riferirsi, non devono essere indicate nell'offerta del concorrente, e non sono quindi note alla stazione appaltante. Non devono essere indicati gli adempimenti generali ai quali ad esempio ITACA ricollega gli "oneri gestionali annui", da indicare "in quota parte"; ma neppure vengono indicate le misure preventive connesse allo specifico appalto, cui sono connessi gli "oneri operativi"; non a caso la verifica di congruità si basa sul riscontro rispetto a parametri convenzionali.

Se sicuramente è condivisibile la critica dell'Adunanza Plenaria alle "fantasiose allocazioni postume", non si può tuttavia negare che in ogni caso l'intera operazione di verifica della congruità degli oneri aziendali si svolge sulla base di un parametro di riferimento del tutto astratto, e certo non disegnato sugli specifici contenuti dell'offerta oggetto di verifica; e questo perché manca a monte un dato normativo certo al quale fare riferimento; più in generale, perché a monte il sistema della sicurezza non è finalizzato a questo tipo di verifica né lo considera come un momento importante (anzi, non lo considera proprio). In sostanza, se anche la allocazione del concorrente non fosse né fantasiosa né abnorme (e un operatore economico appena attento agli aspetti formali non avrà difficoltà in questo senso), nondimeno non vi è nessuna certezza che ad una allocazione adeguata corrisponda l'adempimento concreto degli obblighi.

Nel momento in cui l'obbligo di dichiarare gli oneri aziendali di sicurezza non costituisce più un argomento esclusivo del diritto degli appalti pubblici, e quindi esce dall'ambito del contenzioso sul procedimento e gli si attribuisce valenza di misura sostanziale di tutela dei lavoratori, tutte queste questioni devono essere affrontate e risolte; non già, tuttavia, con un mero richiamo a sacrosante ma generiche esigenze di tutela del lavoro e dei lavoratori, bensì attraverso una analisi compiuta del sistema di sicurezza sul lavoro, dei suoi obblighi, dei suoi adempimenti.

Opinare diversamente significa, tra l'altro, assumere che negli appalti privati - dove l'obbligo dichiarativo non è previsto - il legislatore avrebbe consentito la realizzazione di un sistema contrattuale in cui l'offerta del concorrente sottintende la possibile violazione di diritti fondamentali dei lavoratori.

7) Conclusioni. L'esclusione dell'offerta priva di indicazione degli oneri della sicurezza è una misura "adeguata" a tutelare la sicurezza dei lavoratori?

La pronuncia dell'Adunanza Plenaria avrà impatto sulle gare future, o dobbiamo aspettarci che si protragga il dibattito giurisprudenziale fino almeno alla pronuncia della Corte di Giustizia?

Potrebbe accadere che la tesi sostanzialistica segni il passo, stante il chiaro pronunciamento della

Adunanza Plenaria per la soluzione formalistica, a maggior ragione in quanto rivestita di un argomento almeno dichiaratamente sostanziale.

Ma questo potrà dipendere, a nostro avviso, dal tenore delle questioni che saranno portate all'attenzione dei Giudici; ma anche da come saranno formulate le offerte, naturalmente; e prima ancora, da come saranno formulati i bandi di gara.

Certo potrà rivelarsi non più sufficiente, per negare la tesi escludente, rifarsi alla tassatività delle cause di esclusione o alla massima partecipazione alle gare, lasciando nell'ombra il tema della adeguatezza sostanziale dell'offerta in punto di sicurezza come è accaduto finora; ma la tesi sostanzialistica potrebbe invece trovare ancora una sua ragione d'essere, se oggetto del contendere diventasse la valutazione della ritenuta (in)adeguatezza dell'offerta dal punto di vista della sicurezza sul lavoro; il che potrebbe avvenire attraverso un esame in concreto dei contenuti, ad esempio, della documentazione amministrativa, qualora fosse stata indicato dal concorrente anche il possesso di un sistema di gestione della sicurezza, o di un modello organizzativo 231, da cui trarre elementi suscettibili di giudizio sostanziale; o ancora un esame dei contenuti della offerta tecnica, se formulata dal concorrente dando rilievo anche alle misure operative finalizzate alla sicurezza dei lavoratori.

La dichiarazione degli oneri aziendali come elemento sostanziale dell'offerta è presupposto che la Plenaria dà per scontato e che merita invece attenzione ed approfondimento.

Alla fine, negare ad un operatore economico il diritto a concorrere a causa di una omissione dichiarativa, argomentando con ragioni di serietà dell'offerta, impone di poter affermare con certezza che l'obbligo dichiarativo davvero concorre da solo a quella serietà, non ricavabile da altri elementi dell'offerta medesima; ma prima e più ancora, negare ad un operatore economico il diritto a concorrere per una omissione dichiarativa, argomentando con ragioni di tutela dei lavoratori, impone di poter affermare con certezza che l'obbligo dichiarativo è elemento essenziale ed indispensabile per garantire quella tutela.

Giovanni Scudier e Lucia Casella

NOTE

(1) Si veda ad esempio il documento di ITACA - Istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale, organo tecnico della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, intitolato *"Verifica della congruità degli oneri aziendali della sicurezza nei contratti di lavoro pubblici: aggiornamento delle prime indicazioni operative, rev. Settembre 2015"*.

Esso definisce gli oneri aziendali come quelli *"afferenti all'esercizio dell'attività svolta da ciascun operatore economico (detti anche, in giurisprudenza piuttosto che in dottrina, costi ex lege, costi propri, costi da rischi specifici o costi aziendali necessari per la risoluzione dei rischi specifici propri dell'appaltatore), relativi sia alle misure per la gestione del rischio dell'operatore economico, sia alle misure operative per i rischi legati alle lavorazioni e alla loro contestualizzazione, aggiuntive rispetto a quanto già previsto nel PSC e comunque riconducibili alle spese generali"*; precisa che *"Il legislatore non ha previsto un elenco specifico degli oneri aziendali della sicurezza"*; ai fini del calcolo degli oneri aziendali, propone per la verifica di congruità una formula basata sulla *"determinazione di un parametro convenzionalmente stabilito di incidenza degli oneri aziendali rispetto alle spese generali presunte dell'operatore economico. La valutazione di congruità avviene pertanto tramite il confronto di tale parametro con l'importo della sicurezza indicato"*. Analogamente

offrono dei parametri predeterminati numerosi prezzari regionali o di settore.

(2) Non mancano, nella storia della normativa sugli appalti pubblici, i casi di disposizioni che mostrano, nei confronti della sicurezza, un approccio sotto forma di misure simboliche più che di misure sostanziali concretamente applicabili: basti citare l'obbligo previsto dall'art. 31 della Legge Merloni e poi riproposto dall'art. 131 del Decreto 163/2006, secondo cui l'appaltatore doveva dopo l'aggiudicazione redigere un Piano di Sicurezza Sostitutivo del Piano di Sicurezza e Coordinamento, in tutti i casi in cui quest'ultimo per legge non doveva essere redatto, avente i medesimi contenuti di quello e quindi le misure di prevenzione dei rischi interferenziali, pur mancando la pluralità di imprese che sono condizione necessaria per il PSC.