

“Subappalto necessario” e “oneri per la sicurezza aziendale”: due dilemmi sulla via della soluzione ?

Dell'avv. Arrigo Varlaro Sinisi¹

Nella cause di impugnativa di atti di gara innanzi ai giudici amministrativi, tra i motivi di ricorso più frequente vi è la questione del cosiddetto “subappalto necessario” – e il dubbio amletico se il concorrente abbia o meno l’obbligo di indicare, in sede di offerta, il nominativo dell’impresa subappaltatrice, in tutti i casi in cui il concorrente medesimo non sia in possesso delle categorie SOA relative ai lavori da affidare in subappalto – .

Altra problematica oggetto di dubbi amletici, sempre nelle pronunce della giurisprudenza amministrativa, è quella che riguarda gli “oneri per la sicurezza aziendale” e il dilemma se il concorrente abbia o meno l’obbligo di indicarli in sede di offerta.

1. Il subappalto necessario

Relativamente alla prima delle menzionate problematiche², il dilemma può dirsi definitivamente superato a seguito della pronuncia dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 2 novembre 2015.

Il massimo Consesso amministrativo – alla cui pronuncia, ricordiamo, sono tenuti ad uniformarsi i giudici di merito – ha affermato che dall’esame della

¹ In www.appaltiecontratti.it 12/1/2016.

² Al riguardo, sulle pagine di questa Rivista, si veda il nostro contributo in data 10/6/2013, “*Quando scatta l’obbligo di dichiarare in gara il nominativo del subappaltatore*”, nonché in data 30/5/2012 “*Il <<subappalto>> in gara: per il Consiglio di Stato non è una partita a poker*”.

vigente normativa di riferimento non emerge alcun obbligo, per il concorrente, di indicare il nome del subappaltatore all'atto dell'offerta, neanche nei casi in cui, ai fini dell'esecuzione delle lavorazioni relative a categorie scorporabili a qualificazione necessaria, risulta indispensabile il loro subappalto ad un'impresa provvista delle relative qualificazioni (cosiddetto “**subappalto necessario**”).

In altre parole, sulla base dell'attuale normativa, il concorrente che partecipa ad un gara per l'affidamento di un appalto di lavori, nel caso in cui non sia in possesso di una o più delle categorie di lavorazioni (OG e/o OS), può limitarsi a dichiarare che affiderà dette lavorazioni in subappalto, non incombendo, sullo stesso, anche l'onere (*rectius* l'obbligo) di indicare il nominativo del subappaltatore. Obbligo che, sempre secondo l'attuale quadro normativo (art. 118 del Codice dei contratti pubblici), sorge solo in fase in esecuzione, allorquando l'aggiudicatario dovrà chiedere alla stazione appaltante l'autorizzazione al subappalto.

Tale pronuncia pone, dunque, definitivamente fine al contrasto giurisprudenziale sorto in materia, chiarendo, definitivamente, che, in caso di cosiddetto “subappalto necessario”, in sede di offerta, non occorre indicare il nominativo del subappaltatore.

La questione di cui si discute potrebbe, tuttavia, nel breve periodo, tornare di attualità, sebbene per ulteriori e diversi profili problematici. La Legge delega in materia di contratti pubblici, già approvata dalla Camera e in corso di approvazione definitiva al Senato, prevede, infatti (ed in linea con la direttiva comunitaria in materia), che il concorrente, che intende eseguire una parte dei lavori attraverso il subappalto, lo dovrà dichiarare in sede di offerta, indicando all'uopo una rosa di almeno tre possibili candidati.

Non resta, quindi, che attendere gli sviluppi normativi per conoscere se ed eventualmente quali profili problematici presenterà la “nuova” disposizione e di come gli stessi saranno risolti dalla giurisprudenza.

2. Oneri per la sicurezza aziendale

Altro tema “caldo”, oggetto, come già detto, di particolare attenzione da parte della giurisprudenza amministrativa, è quello relativo al “dilemma” se il concorrente ad una gara pubblica abbia o meno l’obbligo di esporre, già in sede di offerta, l’importo degli oneri interni per la sicurezza aziendale.

La questione non riguarda, evidentemente, gli oneri per la sicurezza aziendale, derivanti da interferenze (contemplati dagli articoli 26, commi 3, 3-ter e 5, del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e 86, comma 3-ter, 87, comma 4, e 131 del Codice) i quali servono a eliminare i rischi da interferenza, intesa come contratto rischioso tra il personale del committente e quello dell’appaltatore, oppure tra il personale di imprese diverse che operano nella stessa sede aziendale con contratti differenti. Tali oneri, infatti, sono quantificati a monte dalla stazione appaltante, nel DUVRI e, per gli appalti di lavori, nel PSC (piano di sicurezza e coordinamento, art. 100 D. Lgs. n. 81/2008).

L’oggetto del dilemma riguarda, invece, i cosiddetti oneri “interni o aziendali”, cui si riferiscono l’art. 26, comma 3, quinto periodo, del D.Lgs n. 81 del 2008 degli artt. 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, secondo periodo, del Codice. Tali oneri sono quelli propri di ciascuna impresa e sono quelli connessi alla realizzazione dello specifico appalto, sostanzialmente contemplati dal DVR (documento di valutazione dei rischi). In relazione a tali oneri, la stazione appaltante ha il dovere di prenderli in considerazione **solo al fine di valutare eventuali anomalie delle offerte**, atteso che gli stessi oneri sono fissi e, quindi, non soggetti a ribasso. Le imprese, dal canto loro, hanno l’onere di indicare l’importo di tali oneri, dato che trattasi di valutazioni soggettive rimesse alla loro esclusiva sfera valutativa.

Ebbene, in giurisprudenza è controverso se l’obbligo di indicare tali oneri riguarda solo i contratti di servizi e forniture, ovvero anche quelli di lavori. L’Adunanza Plenaria n.3/2015 ha risolto il contrasto, nel senso di ritenere tale obbligo deve essere intendersi esteso anche ai contratti di “lavori”. In particolare,

il supremo Consesso ha evidenziato che, sebbene la norma di riferimento (art. 87, comma 4, del Codice), richiama l'indicazione nelle offerte dei costi per la sicurezza soltanto per gli appalti di servizi e forniture, ai fini della valutazione dell'anomalia, l'obbligo deve essere esteso anche ai contratti di "lavori", poiché sarebbe incoerente imporre alle stazioni appaltanti di tenere espressamente conto, nella determinazione del valore economico di tutti gli appalti, dell'insieme dei costi della sicurezza 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 emergerebbe soltanto in via eventuale, nella non indefettibile fase della valutazione dell'anomalia.

In buona sostanza, ed anche allo scopo di assicurare una maggiore tutela di garanzia dei diritti fondamentali dei lavoratori, l'Adunanza Plenaria in commento ha stabilito che *"le stazioni appaltanti, nella predisposizione degli atti di gara per lavori e al fine della valutazione dell'anomalia delle offerte, devono determinare il valore economico degli appalti includendovi l'idonea stima di tutti i costi per la sicurezza con l'indicazione specifica di quelli da interferenze; i concorrenti, a loro volta, devono indicare nell'offerta economica sia i costi di sicurezza per le interferenze (quali predeterminati dalla stazione appaltante) che i costi di sicurezza interni che essi determinano in relazione alla propria organizzazione produttiva e al tipo di offerta formulata"*.

Sotto un diverso profilo, la medesima Adunanza Plenaria ha precisato, inoltre, che l'omessa indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale in sede di offerta configura una ipotesi di *"mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice"*, idoneo a determinare *"incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta"* per difetto di un suo elemento essenziale e comporta, perciò, anche se non prevista nella *lex specialis*, l'esclusione dalla procedura dell'offerta difettosa per l'inosservanza di un precetto a carattere imperativo che impone un determinato adempimento ai partecipanti alla gara, non sanabile con il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante, di cui al comma 1-bis dell'art. 46

del Codice, non potendosi consentire di integrare successivamente un'offerta dal contenuto inizialmente carente di un suo elemento essenziale.

3. Le questioni aperte i tema di “oneri per la sicurezza aziendale”.

L'Adunanza Plenaria n.3/2015 sopra citata ha, dunque, chiarito che l'omessa indicazione degli oneri della sicurezza nell'offerta configura la carenza di un elemento essenziale di quest'ultima che, pertanto, non può essere sanata dal concorrente attraverso il cosiddetto “soccorso istruttorio” ex art. 46 comma 1-bis del Codice dei contratti pubblici. La stessa pronuncia, tuttavia, nulla dice circa la possibilità di sanare una tale carenza attraverso il soccorso previsto al successivo comma 1-ter dell'art. 46 sopra menzionato. Pur non potendosi escludere che una tale omissione configura la carenza di un “elemento” sanabile ai sensi della predetta norma.

Per altri versi, si rileva che la giurisprudenza formatasi successivamente alla richiamata pronuncia dell'Adunanza Plenaria, ha affrontato – e risolto in maniera tutt'altro che uniforme - ulteriori e diverse questioni, sempre connesse alle conseguenze per omessa indicazione, in sede di offerta, degli oneri di cui trattasi.

Taluna giurisprudenza ha affermato che non possono essere escluse da una gara le imprese che, nella propria offerta economica, non abbiano indicato i costi della sicurezza aziendale, nel caso in cui l'obbligo di scorporo di tali oneri non era previsto dalla *lex specialis* di gara. Nello specifico il TAR Piemonte Sez. II 12 novembre 2015, n. 1569 ha affermato che *“alla luce della giurisprudenza amministrativa, anche della Sezione, formatasi pur successivamente alla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 3 del 2015), dalla gara pubblica 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 (come nella presente fattispecie) 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 (cfr., in tal senso, di recente, TAR Abruzzo, L'Aquila, sent. n. 571 del 2015), 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'offerta (cfr. TAR Piemonte, sez. I, sent. n. 1170 del 2015; Id., questa II sez., sent. n. 854 del 2015).

D'altra parte, altre pronunce ritengono che, nei contratti pubblici di lavori, servizi o forniture, gli oneri interni per la sicurezza aziendale devono essere sempre indicati in sede di offerta, anche in assenza di una specifica previsione della *lex specialis* di gara (*ex multis* Cons St. Sez. V 30 dicembre 2015, n. 5873; in senso contrario, *ex multis* Cons St. Sez III 22 dicembre 2015, n. 5815).

In ogni caso, ed in termini più ampi, si rileva che, di recente, un giudice di merito (TAR Piemonte Sez. II, Ordinanza 16 dicembre 2015, n. 1745) ha rimesso alla Corte di Giustizia Europea la soluzione al dilemma se possa ritenersi legittima o meno l'esclusione di un concorrente da una gara, per il solo fatto di aver omesso di indicare in sede di offerta gli oneri per la sicurezza di cui trattasi, tenuto conto che tale obbligo non deriva direttamente da una norma, ma da una interpretazione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, cui spetta, come noto, la funzione nomofilattica, in forma della quale i giudici di merito sono tenuti ad uniformarsi alle pronunce del massimo Consesso amministrativo.

Insomma, il tema di cui trattasi appare tutt'altro che un capitolo chiuso.