

## COMMENTI ESAME 2019 - ATTO GIUDIZIARIO

### **Atto giudiziario in materia di diritto civile**

Con atto notificato il 15 giugno 2018 Tizio unico figlio di Sempronio defunto cita in giudizio Caio esponendo che con contratto del 10 aprile 2012 Mevio aveva apparentemente venduto a Caio un appartamento sito in Roma, ma che tale vendita per la quale era stato regolarmente pagato il prezzo convenuto era relativamente simulata sul piano soggettivo dal momento che il vero acquirente del bene era stato suo padre all'epoca ancora in vita. Chiede dunque previa declaratoria del carattere simulato della compravendita l'accertamento dell'inclusione del predetto immobile nel patrimonio ereditario del padre di Sempronio così da poter far valere sul cespite i diritti a lui spettanti per successione legittima.

A sostegno della propria domanda l'attore indica alcuni elementi a suo dire indicativi di una fattispecie simulatoria e segnatamente il rilascio da parte di Caio in favore di Sempronio delle utenze idriche ed elettriche l'esecuzione di lavori di ristrutturazione dell'immobile con denaro del de cuius nonché l'omessa fissazione della residenza presso l'immobile da parte dell'acquirente apparente.

Caio si costituisce tempestivamente in giudizio senza sollevare specifiche eccezioni, ma limitandosi a negare la dedotta simulazione.

Alla prima udienza il giudice aditi rinvia la causa per la precisazione delle conclusioni all'udienza del 20 ottobre 2019 nella quale assegna alle parti i termini di cui all'art. 190 c.p.c. e invita le stesse a prendere posizione nei propri scritti difensivi anche sulla questione sollevata d'ufficio concernente l'eventuale necessità di integrare il contraddittorio nei confronti di Mevio.

Il candidato assume le vesti del legale di Caio rediga l'atto difensivo richiesto svolgendo le difese più utili a tutelare la posizione del proprio assistito.

### Commento

La traccia impone di difendere il diritto di proprietà di Caio su un immobile dalla azione di simulazione intentata dal figlio di colui che dovrebbe essere il reale acquirente del bene.

Come noto, la simulazione (articoli 1414 e ss) può essere: i) assoluta, quando le parti non abbiano voluto concludere il contratto e pertanto con un separato e segreto accordo dichiarino di non volerne gli effetti; ovvero ii) relativa quando le parti creino l'apparenza di un contratto diverso da quello effettivamente voluto dalle stesse.

Una terza *species* si ha con l'interposizione fittizia di persona che è ugualmente una simulazione relativa, riguardante però l'identità di una delle parti, sicché nel contratto simulato appare come contraente un soggetto (detto interposto) che è persona diversa dal reale contraente (interponente).

Anche in questo caso la volontà di far concludere ad altri il contratto deve risultare da un apposito accordo di simulazione, detto controdiagnosi.

L'effetto della declaratoria di simulazione del contratto comporta che il negozio sia privo di effetti, nel caso di simulazione assoluta, mentre nell'ipotesi di simulazione relativa o di interposizione fittizia di persona l'effetto è quello di rendere efficace il contratto dissimulato e

di “correggere” l'identità delle parti del contratto, facendo emergere la figura dell'interponente.

Coerentemente con tale impostazione, il nostro ordinamento disciplina differentemente gli effetti della simulazione tra le parti (articolo 1414) rispetto a quelli nei confronti dei terzi (articolo 1415).

Poiché l'effetto della dichiarazione di simulazione è quello sopra illustrato, ben si comprende come la problematica rituale imposta dalla traccia quando richiede di affrontare la questione dell'integrazione del contraddittorio a Mevio sia da risolvere in senso negativo.

Infatti nel caso di compravendita che abbia avuto integrale esecuzione il venditore diverso dall'interposto non ha alcuna ragione da far valere in causa, in quanto l'unico effetto dell'accertamento della simulazione sarebbe che la dichiarazione di volontà manifestata nel contratto dalla parte (il venditore nell'ipotesi di interposizione fittizia del compratore) spiegherebbe i suoi effetti nei confronti di un soggetto diverso dall'interposto.

Ciò comporta che l'estensione del contraddittorio al venditore non appaia conciliabile con l'art. 100 c.p.c., a norma del quale per proporre una domanda o per contraddire alla stessa occorre avervi interesse; infatti, il venditore nei cui confronti la vendita abbia avuto completa esecuzione non ha da far valere in giudizio alcuna sua ragione in contrasto o in concomitanza con le altre parti in causa.

Tale principio è stato più volte illustrato dalla giurisprudenza, affermando, da ultimo, che: *“in sostanza, nella simulazione relativa per interposizione fittizia della persona dell'acquirente, ove siano state adempiute le obbligazioni tipicamente connesse alla causa del negozio (trasferimento del bene e pagamento del corrispettivo) la sentenza che accerti l'interposizione e dichiari che l'interponente è l'effettivo acquirente produce integralmente i suoi effetti “utili” anche in assenza dell'alienante. Dal punto di vista di chi vende la modificazione soggettiva della parte compratrice - salvo eccezioni che devono, però, formare oggetto di specifica allegazione e dimostrazione - è irrilevante e l'accertamento giudiziale in assenza dell'alienante, che non può trarre alcuna utilità (giuridicamente ed economicamente rilevante) dalla dichiarazione di simulazione relativa, rimane integralmente efficace nei confronti dell'interposto e dell'interponente, in quanto uniche parti vincolate dall'intesa simulatoria”* (Cass. Sez. Un. n. 11523/2013 su Codice Civile commentario per articolo, Celt, ed. 2019 pag. 927 e Codici Civile e Penale CELT 2019 pag. 863).

Dal tenore della traccia non emergono eccezioni al principio posto dalle Sezioni Unite, in quanto sembra chiaro che nel nostro caso si tratti di una compravendita già conclusa e gli effetti dell'accertamento della simulazione non possano avere alcuna conseguenza in capo al venditore (in particolare sull'incasso da parte di questi del prezzo della vendita), apparendo quindi del tutto indifferente l'identità dell'acquirente.

In ogni caso si trattava di un problema posto in via esclusiva ed autonoma dal giudice si cui non si era instaurato contraddittorio con controparte, e data la sua irrilevanza per Caio avrebbe potuto anche essere ragionevole e giustificato limitarsi a rimettersi a giustizia.

Risolto questo primo problema in rito che, nonostante sia posto dalla traccia alla fine della narrazione, deve logicamente essere trattato per primo, in ragione della sua natura, rimane da contestare l'asserita interposizione simulatoria sostenuta da Tizio.

Per la verità sul punto la traccia non dà molte indicazioni, limitandosi a prospettare una difesa di Tizio fondata su presunzioni, costituite dal rilascio da parte di Caio in favore di Sempronio delle utenze idriche ed elettriche, l'esecuzione di lavori di ristrutturazione dell'immobile con denaro del *de cuius* nonché l'omessa fissazione della residenza presso l'immobile da parte dell'acquirente apparente.

In ordine alla difesa di Caio, invece, la traccia si limita ad indicare che nel corso della causa non erano state sollevate specifiche eccezioni, ma era stata unicamente negata la simulazione. In realtà una difesa sul punto è possibile sul piano probatorio, tenuto conto della norma che regola la prova della simulazione (articolo 1417), secondo la quale tra le parti la prova della simulazione non si può dare per testimoni o per presunzioni, ma solo col deposito dell'accordo di simulazione. Per cui ci si deve affidare alla prova scritta o in mancanza alla confessione o al giuramento. Salvo che non si possa far valere l'illiceità del negozio.

I terzi invece possono dare la prova della simulazione anche per testimoni o per presunzioni. Al riguardo, tuttavia, va fatta un'ulteriore considerazione, relativamente al fatto che, nel nostro caso, il soggetto che intende far valere la simulazione non è il contraente, ma il suo erede.

Si devono quindi valutare le domande che lo stesso propone, al fine di verificare se siano le medesime che avrebbe potuto proporre il contraente del contratto simulato (suo dante causa), ovvero domande che attengono alla sua propria qualità di erede.

Nel caso in cui l'erede agisca chiedendo l'accertamento della simulazione al fine di far accertare contestualmente anche la lesione della propria quota di legittima, infatti, egli fa valere un proprio diritto ed è quindi terzo rispetto alla prova e non sconterà le limitazioni imposte dal predetto articolo 1417 alle parti. Ove invece egli chieda unicamente la declaratoria della simulazione del negozio, si può sostenere che egli agisca quale successore a titolo universale del *de cuius* e perciò incontri gli stessi limiti sulla prova che questi avrebbe incontrato.

In questo senso si esprime la giurisprudenza (da ultimo Cass. 15510/18 su Codice Civile commentario per articolo, Celt, ed. 2019 pag. 931 e Codici Civile e Penale CELT 2019 pag. 865) sostenendo che: *"l'erede legittimario che agisca per l'accertamento della simulazione di una vendita compiuta dal "de cuius", siccome dissimulante una donazione affetta da nullità per difetto di forma, assume, rispetto ai contraenti, la qualità di terzo - con conseguente ammissibilità della prova testimoniale o presuntiva senza limiti o restrizioni - quando abbia proposto la domanda sulla premessa dell'avvenuta lesione della propria quota di legittima. In tale situazione, infatti, detta lesione assurge a "causa petendi" accanto al fatto della simulazione ed il legittimario, benché successore del defunto, non può, pertanto, essere assoggettato ai vincoli probatori previsti per le parti dall'art. 1417 c.c., non rilevando la circostanza che egli, quale erede legittimo, benefici non solo dell'effetto di reintegrazione della summenzionata quota, ma pure del recupero del bene al patrimonio ereditario per intero, poiché il regime probatorio non può subire differenziazioni a seconda del risultato finale cui conduca l'accoglimento della domanda"*.

Alla luce di tale principio, poiché Tizio ha proposto la sola domanda di accertamento della simulazione relativa intervenuta tra il *de cuius* e Caio, si può sostenere che egli abbia agito quale erede universale di Sempronio, e quindi, come già sostenuto nella comparsa di costituzione e risposta, egli in quanto parte dell'accordo non possa dimostrare l'esistenza dell'accordo simulatorio tramite testimonianze o presunzioni, ma solo tramite il deposito dell'accordo simulatorio. Ciò non è avvenuto per cui si deve concludere per il rigetto della domanda formulata da Tizio in quanto infondata e non provata, come da conclusioni rassegnate con la comparsa di costituzione e risposta.

## **Atto giudiziario in materia di diritto penale**

Tizio che ha già riportato tre condanne per reati puniti solo con la multa intende acquistare un motociclo usato, tramite una rivista di annunci economici, contatta Caio.

I due si incontrano in Piazza Angelica.

Caio consegna il motociclo e i documenti a Tizio che a sua volta consegna un assegno di 2000 euro a Caio.

Subito dopo l'incontro Tizio si reca nel vicino Commissariato di Polizia e denuncia il furto dell'assegno appena consegnato a Caio.

All'uscita però Tizio viene fermato dagli agenti insospettiti dal numero di telaio abraso sul motociclo.

Da un breve controllo al terminale informatico emerge che lo stesso era provento di furto e che i documenti erano falsi.

Dalle indagini successive emerge anche la falsità della denuncia di furto dell'assegno.

Tizio viene dunque sottoposto a processo e all'esito condannato alla pena di due anni di reclusione per il reato di calunnia in relazione alla denuncia dell'assegno, e di due anni di reclusione ed euro 1000 di multa per la ricettazione del motociclo.

Il candidato assume le vesti del legale di Tizio, rediga l'atto ritenuto più idoneo alla difesa dello stesso.

### Commento

La traccia proposta impone di prendere in esame gli elementi costitutivi del delitto di ricettazione. Non pare infatti contestabile, nel caso di specie, l'accusa di calunnia, tenuto conto che per pacifica giurisprudenza, integra la fattispecie *de quo* la condotta del privato che denunci lo smarrimento o il furto di assegni bancari dopo averli consegnati in pagamento ad altro soggetto, simulando, così, ai danni del prenditore del titolo le tracce del reato di furto o di ricettazione. Ciò avviene anche laddove il reato sia posto a carico di ignoti (se agevolmente individuabili, come nel caso di specie) e seppure la denuncia venga presentata prima della negoziazione dei titoli (Cass. pen. n. 8045/2016).

Venendo dunque al delitto di ricettazione, come noto tale fattispecie punisce chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato, al fine di procurare a sé o a d altri un profitto, acquista, riceve od occulta denaro o altri cose provenienti da delitto.

La traccia impone di concentrarsi in particolare sull'elemento psicologico del reato. Il dolo della ricettazione è *misto*, perché generico, quanto alla coscienza e volontà di ricevere cose provenienti da delitto, e specifico, quanto al fine di trarne profitto per sé o per altri.

Ed è proprio sulla componente generica del dolo che occorre concentrarsi. Per la configurabilità del delitto di ricettazione è infatti necessaria la consapevolezza della provenienza del bene ricevuto.

Tale consapevolezza può desumersi dalla qualità delle cose, dalle circostanze della cessione, dalle caratteristiche tipologiche del cedente, dal prezzo della cosa eccetera, purché i sospetti sulla res siano gravi ed univoci così da generare in qualsiasi persona di media avvedutezza e secondo la comune esperienza la certezza che non possa trattarsi di cose legittimamente detenute.

Non vi è dubbio però che, nel caso di specie, l'elemento psicologico possa presentarsi anche nella forma del dolo eventuale, che è configurabile in presenza della rappresentazione da parte dell'agente della concreta possibilità della provenienza della cosa da delitto e dunque nell'accettazione di tale eventualità.

Pur tuttavia, è necessaria a tal riguardo una situazione fattuale inequivoca, che impone all'agente una scelta consapevole tra l'agire, accettando l'eventualità di commettere una ricettazione, e il non agire, sicché può affermarsi che il dolo eventuale è ravvisabile quando l'agente rappresentandosi l'eventualità della provenienza delittuosa della cosa, non avrebbe agito diversamente anche se di tale provenienza avesse avuto la certezza.

Vi è poi da sottolineare come un conto sia l'atteggiamento di accettazione dell'eventualità della provenienza illecita della cosa, il quale indica una sorta di indifferenza relativamente a tale circostanza – atteggiamento definibile in termini di dolo eventuale – un conto invece la negligenza di colui il quale, pur sussistendo oggettivamente il dovere di sospettare circa l'illecita provenienza dell'oggetto, non si sia neppure posto il problema ed abbia, quindi, colposamente realizzato la condotta vietata; in tale evenienza dovrà infatti parlarsi non già di ricettazione, bensì di incauto acquisto punibile ai sensi dell'art. 712 c.p. fattispecie contravvenzionale che punisce chi acquista o riceve cose che, per la loro qualità o per la condizione di chi le offre o per l'entità del prezzo si abbia motivo di sospettare che provengano da reato (Cass. pen. 20 aprile 2010 n. 15119).

In sostanza, nel delitto di ricettazione è ravvisabile il dolo eventuale quando la situazione fattuale – nella valutazione operata dal giudice di merito in conformità alle regole della logica e dell'esperienza – sia tale da fare ragionevolmente ritenere che non vi sia stata una semplice mancanza di diligenza nel verificare la provenienza della res, ma una consapevole accettazione dell'eventualità che la cosa fosse di illecita provenienza.

Vi è da aggiungere infine che occorrono per la ricettazione circostanze più consistenti di quelle che danno semplicemente motivo di sospettare che la cosa provenga da delitto, sicché un ragionevole convincimento che l'agente ha consapevolmente accettato l'eventualità della provenienza delittuosa può trarsi solo dalla presenza di dati di fatto inequivoci, che rendano palese la concreta possibilità di una tale provenienza. In termini soggettivi ciò vuol dire che il dolo eventuale nella ricettazione richiede un atteggiamento psicologico che, pur non attingendo il livello della certezza, si colloca su di un gradino immediatamente più alto di quello del mero sospetto, configurandosi in termini di rappresentazione da parte dell'agente della *concreta possibilità* della provenienza della cosa da delitto (Cass. SSUU n. 12433/09, Cass. n. 13117/2016 su Codice Penale commentario per articolo, Celt, ed. 2019 pag. 1378 e Codici Civile e Penale CELT 2019 pag. 2426).

Riportando i principi enunciati al caso di specie, si evidenziano alcuni elementi fattuali dai quali è possibile dedurre la carenza in capo a Tizio del dolo tipico della ricettazione. Egli ha infatti acquistato il motoveicolo dopo aver individuato l'acquirente su una rivista di annunci, per un prezzo presumibilmente congruo (Euro 2.000) e - soprattutto - a seguito della consegna da parte di Caio dei documenti relativi (sebbene ex post rivelatisi falsi).

Tenuto conto di ciò, potrà invocarsi una sentenza di assoluzione dal reato ascritto *perché il fatto non costituisce reato* con conseguente rideterminazione della pena. Peraltro, ciò consentirà di richiedere la sospensione condizionale della sanzione residua, dal momento che non pare che Tizio abbia mai usufruito di tale beneficio (il riferimento ai precedenti costituiti da condanne per reati puniti con sola pena della multa sembra andare in questa direzione).

In subordine, si potrà eventualmente invocare una diversa qualificazione giuridica del fatto con derubricazione nella meno grave fattispecie di incauto acquisto (art. 712 c.p.) laddove la Corte dovesse comunque ritenere che Tizio abbia omesso negligenemente di verificare la provenienza del veicolo in particolare non prendendo visione del numero di telaio.

## **Atto giudiziario in materia di diritto amministrativo**

### **Questione giuridica affrontata in Traccia n. 9 ter al Corso IUS&LAW anno 2019**

L'impresa Alfa partecipa nel 2019 a una procedura di gara sopra la soglia comunitaria indetta da una AUSL per l'affidamento del servizio triennale di raccolta e smaltimento di rifiuti sanitari pericolosi da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito della procedura l'impresa Alfa si classifica al secondo posto mentre risulta aggiudicataria l'impresa Beta unica partecipante alternativa che ha presentato un'offerta economica di molto inferiore a quella di Alfa non sottoposta a verifica di anomalia ai sensi dell'art. 97 comma 3 D.lgs n. 50/2016.

Decorso il termine di 35 gg. previsti dall'art. 32 comma 9 Dlgs n. 50/2016 e nell'imminenza della sottoscrizione del contratto di appalto da parte dell'impresa Beta l'impresa Alfa a seguito di accesso agli atti della gara scopre che l'aggiudicataria pur avendo dichiarato nella sua offerta economica che il prezzo presentato è comprensivo di tutti i costi a suo carico non ha indicato l'importo degli oneri di sicurezza aziendale (elemento non espressamente richiesto nel bando di gara nel quale era contenuto un generico rinvio alle norme del codice dei contratti pubblici) come pure che in relazione a tale aspetto l'AUSL appaltante prima dell'aggiudicazione ha acquisito da Beta mediante soccorso istruttorio un documento integrativo recante l'indicazione di detta voce.

Il candidato assume le vesti del legale di Alfa rediga l'atto giudiziale più adeguato a tutelare ogni ragione della propria assistita

#### **Commento**

Il quesito richiede la redazione di un ricorso avverso l'aggiudicazione della gara, poiché l'offerta dell'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per violazione degli artt. 95 e 83 del Codice dei Contratti Pubblici, mentre la stazione appaltante si è avvalsa, in modo illegittimo, del meccanismo del c.d. "soccorso istruttorio".

In via pregiudiziale di rito, è opportuno soffermarsi sulla tempestività del ricorso.

Ai sensi dell'articolo 120 del C.p.a., ai fini della decorrenza del termine per impugnare gli atti di gara la stazione appaltante non è più obbligata, nella comunicazione d'ufficio dell'avvenuta aggiudicazione ex art. 76 D.Lgs. 50/2016, a esporre le ragioni di preferenza dell'offerta aggiudicata, ovvero, in alternativa, ad allegare i verbali della procedura; tuttavia, il termine di trenta giorni per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre dal momento della comunicazione, ma può essere incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto che si ritenga leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di legittimità ove questi non siano oggettivamente evincibili dalla richiamata comunicazione. Qualora la stazione appaltante rifiuti illegittimamente l'accesso, o tenga comportamenti dilatori che non consentano

l'immediata conoscenza degli atti di gara, il termine non inizia a decorrere e il potere di impugnare dall'interessato pregiudicato da tale condotta amministrativa non si "consuma"; in questo caso il termine di impugnazione comincia a decorrere solo a partire dal momento in cui l'interessato abbia avuto cognizione degli atti della procedura.

In tal senso, Consiglio di Stato, sez. V, 20/09/2019 n. 6251.

Pertanto, nel caso di specie, si deve ritenere che il dies a quo per la notifica del ricorso da parte della ricorrente Alfa, sia iniziato a decorrere solo all'esito dell'ostensione degli atti di gara.

Per quanto concerne il merito del motivo di ricorso, negli affidamenti dei contratti pubblici, come noto, le stazioni appaltanti devono tenere in particolare considerazione la tutela della sicurezza del lavoro, sia nella fase di selezione dell'aggiudicatario, che nella fase di esecuzione del contratto. In tal senso, assumono particolare rilievo i costi che gli affidatari devono sostenere per il rispetto delle regole sulla sicurezza dei propri dipendenti.

Gli oneri della sicurezza devono essere distinti tra oneri, non soggetti a ribasso di gara, finalizzati all'eliminazione dei rischi da interferenze che devono essere quantificati e individuati dalla stazione appaltante nel DUVRI (cfr. art. 26 D.Lgs. 81/2008), ed oneri concernenti i costi specifici connessi con l'attività delle imprese che devono essere indicati dalle stesse nelle rispettive offerte e che sono, pertanto, aperti al confronto concorrenziale, con il conseguente onere per la stazione appaltante di valutarne la congruità (anche al di fuori del procedimento di verifica delle offerte anomale) rispetto all'entità ed alle caratteristiche della prestazione da eseguirsi.

In tal senso, il Codice dei Contratti Pubblici stabilisce un obbligo di specifica indicazione, nei documenti di gara, dell'indicazione di questi ultimi costi aziendale. Infatti l'art. 95, comma 10, del D.Lgs. 50/2016, come modificato dal D.Lgs. 56/2017, prevede che *"nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)".*

D'altro canto, in relazione al soccorso istruttorio, l'art. 83, comma 9, del D.Lgs. 50/2016 prevede che *"le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere".*

Pertanto, il nuovo Codice dei Contratti non ammette comunque che il soccorso istruttorio possa essere utilizzato nel caso di incompletezze e irregolarità relative all'offerta economica; tale esclusione è anche intesa ad evitare che il rimedio del soccorso istruttorio - istituto che corrisponde al rilievo non determinante di violazioni meramente formali - possa contrastare il generale principio della par condicio concorrenziale, consentendo in pratica a un concorrente (cui è riferita l'omissione) di modificare ex post il contenuto della propria offerta economica.

Sotto la vigenza del precedente Codice dei Contratti (D.Lgs. 163/2006) si riteneva che nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non fosse stato specificato dalla legge di gara, e non fosse in contestazione che dal punto di vista sostanziale

l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non potesse essere disposta se non dopo che lo stesso fosse stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio (cfr. sent. Cons. St. Ad. Plen. n. 3 e 9 del 2015).

In relazione alla valenza immediatamente escludente dell'inosservanza dell'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza e costi della manodopera di cui all'art. 95, comma 10, del D.Lgs. 50/2016, specie nel caso di silenzio sul punto della *lex specialis*, è sorto un contrasto giurisprudenziale.

Un primo orientamento interpretativo ritiene che, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti Pubblici e nonostante l'espressa previsione di un puntuale obbligo dichiarativo ex art. 95, comma 10, la mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale non determinerebbe di per sé l'automatismo espulsivo, almeno nei casi in cui tale obbligo dichiarativo non sia espressamente richiamato nella *lex specialis*, 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. Secondo tale tesi, la mancata indicazione degli oneri aziendali non comporta l'automatica esclusione dell'impresa concorrente che, pur senza evidenziare separatamente nell'offerta gli oneri per la sicurezza, li abbia comunque considerati nel prezzo complessivo dell'offerta. In tale direzione deporrebbe la considerazione per cui l'isolato esame dell'art. 95 comma 10 non sarebbe in sé decisiva per affermare il suo carattere imperativo, a pena di esclusione, e l'effetto ipso iure espulsivo della mancata formale evidenziazione di tali costi nel contesto dell'offerta economica; infatti l'art. 95 comma 10 dovrebbe essere letto insieme con l'art. 97, comma 5, lett. c), dello stesso Codice, il quale prevede al contrario che la stazione appaltante escluda il concorrente solo laddove, in sede di chiarimenti richiesti, detti oneri risultino incongrui. Tale soluzione non comporterebbe poi alcuna violazione del disposto dell'art. 83 comma 9 D.Lgs. n. 50/16, in quanto il consentire all'impresa di specificare la consistenza degli oneri per la sicurezza già inclusi (ma non distinti) nel prezzo complessivo dell'offerta non si tradurrebbe in alcuna manipolazione o alterazione in corso di gara dell'offerta stessa contrastante con le regole di trasparenza e parità di trattamento tra le concorrenti. Inoltre, in base al canone interpretativo "*ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*", l'aggiunta di un diverso ed ulteriore adempimento rispetto a quelli tipizzati finirebbe per far dire alla legge una cosa che legge non dice e che, si presume, non voleva dire. Infine, tale orientamento salvaguarderebbe i diversi principi di massima partecipazione alle gare e di tassatività e tipicità delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8 del nuovo Codice.

Sul punto, ex multis, Cons. Stato sent. 27 aprile 2018, n. 2554.

Un contrapposto orientamento ritiene che, con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, la mancata indicazione separata dei costi per la sicurezza aziendale non avrebbe più potuto essere sanata attraverso il soccorso istruttorio, perché la norma in esame avrebbe determinato, al contrario, un automatismo espulsivo incondizionato a prescindere dalla assenza di uno specifico obbligo dichiarativo nella *lex specialis*.

L'art. 95, comma 10 del Codice dei contratti avrebbe dunque chiarito l'obbligo per i concorrenti di indicare nell'offerta economica i c.d. costi di sicurezza aziendali ed avrebbe superato le incertezze interpretative, in ordine all'esistenza e all'ampiezza dell'obbligo dichiarativo, definite dall'Adunanza plenaria con le sentenze nn. 3 e 9 del 2015, ritenendo che, con tale escamotage, si finirebbe per consentire in pratica ad un concorrente (cui è riferita l'omissione) di modificare ex post il contenuto della propria offerta economica.

Infatti l'obbligo di indicazione sarebbe chiaramente sancito dalla legge e la sua violazione determinerebbe conseguenze escludenti a prescindere dal dato che l'esclusione non sia stata testualmente enunciata dagli articoli 83 e 95 del Codice in quanto precetto posto a salvaguardia dei diritti dei lavoratori cui presiedono le previsioni di legge, che impongono di approntare misure e risorse congrue per preservare la loro sicurezza e la loro salute.

Attualmente esiste una disposizione del diritto nazionale che fissa in modo del tutto chiaro tale obbligo di indicazione; non si può pertanto parlare di obbligo non adeguatamente conoscibile dal concorrente, a causa di lacune del bando di gara, che possa giustificare la mancata indicazione. Del resto, nessun argomento sembra sostenere la tesi secondo cui una clausola escludente potrebbe operare solo se espressamente richiamata dal bando o dal capitolato e non anche direttamente in base a una legge adeguatamente chiara, come l'articolo 95 comma 10. Se si aderisse a tale impostazione si determinerebbe l'effetto, evidentemente contrario al generale principio di legalità, per cui sarebbe la stazione appaltante a scegliere quali disposizioni imperative di legge rendere in concreto operanti e quali no, semplicemente richiamandole ovvero non richiamandole nei bandi e nei capitolati.

Inoltre, secondo questa tesi, va poi escluso il soccorso istruttorio per la mancata indicazione degli oneri di sicurezza, poiché gli oneri di sicurezza rappresentano (sempre e comunque) non un elemento formale dell'offerta, ma un elemento sostanziale della stessa, con la conseguenza che l'indicazione postuma attraverso il soccorso istruttorio consentirebbe al concorrente di determinare una inammissibile modifica ex post dell'offerta. L'inapplicabilità del soccorso istruttorio deriva anche da un'interpretazione letterale della norma: l'articolo 83 comma 9 stabilisce che il soccorso istruttorio è espressamente escluso per le carenze dichiarative relative "all'offerta economica e all'offerta tecnica". A sua volta l'articolo 95, comma 10 stabilisce in modo espresso che i costi della manodopera e quelli per la sicurezza dei lavoratori costituiscono, appunto, elementi costitutivi dell'offerta economica. Lo stesso articolo 95 comma 10 stabilisce, poi, che i concorrenti hanno l'obbligo di "indicare" tali costi e non soltanto quello - più generico - di "tenerne conto" ai fini della formulazione dell'offerta. Ne consegue che, in base ad espresse disposizioni del diritto nazionale, la mancata indicazione dei costi per la manodopera e la sicurezza dei lavoratori non sia sanabile attraverso il meccanismo del soccorso istruttorio in quanto tale mancata indicazione è espressamente compresa fra i casi in cui il soccorso non è ammesso.

In tal senso, Cons. Stato Ad.Plen. ord.za 24/01/2019 n. 1.

Tale orientamento ha trovato conforto (e specificazione) nell'intervento della Corte di Giustizia UE (sez. IX, sent. 02/05/2019, causa C-309/18), la quale ha chiarito che i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, contemplati nella direttiva 2014/24, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale (art. 95 comma 10), secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, solo quanto le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche (ossia solo se per gli offerenti sia in effetti materialmente impossibile indicare i costi della manodopera nei moduli di gara), allora i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel

senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione.

Nel caso di specie, seppur il bando di gara non prevede l'obbligo di indicazione degli oneri aziendali di sicurezza, tale obbligo (con carattere espulsivo) deriva direttamente dalla legge; sicché l'offerta di Beta deve essere esclusa. E la stazione appaltante neppure avrebbe potuto attivare il soccorso istruttorio, dal momento che non sussisteva alcun impedimento che rendesse impossibile ai concorrenti di indicare tale valore economico: tant'è che la ricorrente Alfa ha potuto perfettamente ottemperare alla prescrizione in esame, attraverso la puntuale compilazione dei moduli di gara (che, si deve supporre, contemplavano la voce per l'indicazione degli oneri aziendali).