

N. 06069/2018 REG.PROV.COLL.
N. 03043/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA DI RIMESIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3043 del 2018,
proposto da:

Raggio di Sole Società Cooperativa Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo, 323;

contro

Comune di Cisternino, Consorzio per l'Inclusione Sociale dell'Ats Fasano – Ostuni – Cisternino, non costituiti in giudizio;

nei confronti

La Scintilla Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Misserini, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Barnaba Tortolini, 30 (Placidi);

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE, Sezione III, n. 00640/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della La Scintilla Società Cooperativa Sociale;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 luglio 2018 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Luca Tozzi e Giuseppe Misserini;

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia- sede di Lecce la società Raggio di Sole Società Cooperativa Onlus (di seguito "*Raggio di Sole*", "*società ricorrente*", o "*società appellante*") impugnava gli atti della procedura di gara bandita dal Consorzio per l'inclusione sociale dell'A.T. Fasano-Ostuni- Cisternino (nel prosieguo anche soltanto "*il Consorzio*" o "*C.I.I.S.A.F.*") per l'affidamento in concessione (dal 2 gennaio 2018 al 3 luglio 2019) dell'asilo nido del Comune di Cisternino (per un valore di euro 133.155,00 e da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 95 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50) conclusasi con l'aggiudicazione a favore della società La Scintilla Sociale Società Cooperativa Sociale (di seguito "*la Scintilla*"), lamentando "*Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 83, 95 comma 10 Decreto legislativo n. 50 del 2016) - Difetto ovvero carenza di istruttoria- Illogicità ovvero irragionevolezza manifesta*".

1.1. Prima di ricorrere in giustizia, Raggio di Sole, seconda in graduatoria, aveva chiesto alla Stazione appaltante di escludere dalla procedura la controinteressata a causa dell'omessa indicazione nella sua offerta economica dei costi della manodopera come previsto dall'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016 e dalla *lex specialis*, ed inoltre di prendere visione ed estrarre copia di tutta la documentazione di gara e dell'offerta dell'aggiudicataria.

1.2. A seguito di tale richiesta, tuttavia, la Stazione appaltante dapprima adottava una determinazione di conferma della precedente aggiudicazione e quindi, dopo la

notifica del ricorso introduttivo, chiedeva all'aggiudicataria, in sede di soccorso istruttorio, chiarimenti in ordine ai *“costi del personale al fine di verificare il rispetto di quanto previsto dall'art. 97, comma 5 lett. d), del d.lgs. n. 50 del 2016”*

1.3. Pertanto, con motivi aggiunti al ricorso, la società ricorrente domandava, altresì, l'annullamento dei seguenti ulteriori atti: *a)* della determinazione del Consorzio n. 26 del 22 gennaio 2018 di mera conferma dell'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata La Scintilla; *b)* della determinazione del Consorzio n. 377 del 28 dicembre 2017; *c)* di tutti i verbali di gara, con particolare riferimento a quelli del 14 dicembre 2017 e del 15 dicembre 2017; *d)* ove e per quanto lesiva, della nota del C.I.I.S.A.F. prot. n. 80 del 9.1.2017; *e)* ove e per quanto lesiva, della nota dell'11 gennaio 2018 trasmessa alla società La Scintilla Sociale Cooperativa Sociale per richiesta di chiarimenti ex art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016; *f)* del verbale di verifica del costo della manodopera del 18 gennaio 2018; *g)* di ogni ulteriore provvedimento connesso, presupposto e consequenziale, se ed in quanto lesivo.

1.4. Con i motivi aggiunti proposti, la ricorrente censurava gli atti impugnati, deducendo che essi fossero inficiati per violazione e falsa applicazione di legge, difetto di istruttoria, illogicità e irragionevolezza manifesta, sviamento di potere, difetto di motivazione: si doleva, infatti, dell'attivazione del soccorso istruttorio da parte della Stazione appaltante, mediante richiesta dei suddetti chiarimenti che non avrebbero tuttavia, ad avviso della ricorrente, consentito di sanare le asserite illegittimità della procedura di gara.

1.5. Con la sentenza indicata in epigrafe, nella resistenza di Consorzio C.I.I.S.A.F. e della società controinteressata La Scintilla, il Tribunale amministrativo regionale ha respinto il ricorso, ritenendolo infondato nel merito, non ravvisando le dedotte illegittimità nell'operato dell'Amministrazione resistente a ragione della ritenuta

infondatezza delle censure inerenti l'omessa indicazione, nell'offerta economica dell'aggiudicataria, dei costi della manodopera.

1.6. In particolare, il giudice di prime cure ha evidenziato che correttamente la Stazione appaltante aveva tutelato il legittimo affidamento della società controinteressata a non essere esclusa dalla gara per una causa che non era prevista quale motivo di esclusione né dal bando né dagli altri documenti di gara: e ciò nonostante siffatta indicazione sia espressamente richiesta dal combinato disposto degli articoli 83 e 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione, risultante dalla novella di cui al decreto correttivo del 19 aprile 2017, n. 56, *ratione temporis* applicabile alla procedura di gara *de qua* (bandita il 23 novembre 2017) e malgrado l'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale il quale ha statuito che il nuovo Codice, rimuovendo ogni incertezza sulla sussistenza di siffatto obbligo, non ammetterebbe il soccorso istruttorio per tali lacune dichiarative in quanto determinanti incompletezze e irregolarità dell'offerta economica (Consiglio di Stato, V, 7 febbraio 2018, n. 815). Ad avviso del Tribunale amministrativo regionale, invece, anche tale orientamento più rigoroso ricollegherebbe l'immediata applicabilità della prescrizione normativa di cui all'art. 95, comma 10 del d.lgs. 50 del 2016 e l'ammissibilità dell'eterointegrazione del bando di gara, silente sul punto, all'esistenza di una siffatta previsione in punto di separata indicazione almeno nella lettera di invito o nel modulo dell'offerta economica, del tutto mancante nel caso di specie.

2. Per la riforma della detta sentenza ha proposto appello l'originaria ricorrente Raggio di Sole.

2.1. Con il primo motivo di impugnazione (rubricato "*error in iudicando-sulla violazione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016*") l'appellante censura la sentenza per aver ritenuto legittima la decisione di non escludere l'offerta dell'aggiudicataria, benché carente di indicazioni sul costo della manodopera, a

ragione della mancata previsione di un siffatto obbligo nella *lex specialis* ritenuta non eterointegrabile dalle previsioni di legge.

2.2. Secondo l'appellante, tale tesi è errata e merita riforma in quanto l'eterointegrazione della *lex specialis* con gli obblighi direttamente imposti dal vigente ordinamento giuridico (e perciò agevolmente conoscibili dai partecipanti ad una gara pubblica) costituirebbe, al contrario di quanto ritenuto in sentenza, adempimento necessario: ne conseguirebbe che l'omessa indicazione nell'offerta economica dell'ammontare degli oneri della sicurezza e dei costi per la manodopera, in quanto prescrizione discendente da una norma primaria, avrebbe dovuto comportare l'esclusione della concorrente, pur nel silenzio della *lex specialis*.

2.3. Inconferente sarebbe poi, sempre ad avviso dell'appellante, il richiamo ai precedenti giurisprudenziali di questo Consiglio operato dal primo giudice: ciò in quanto, per un verso, siffatte pronunce avevano escluso l'eterointegrazione in ipotesi affatto diversa, in quanto relativa all'individuazione dei requisiti di partecipazione ad una procedura di gara, lì dove nessuna violazione della *par condicio competitorum* conseguirebbe ad un'eterointegrazione del bando con l'obbligo di indicazione dei costi della manodopera, in quanto adempimento derivante dalla legge e, quindi, conoscibile con certezza *ex ante*; per altro verso, le sentenze dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio (Cons. di Stato, Ad. Plen. n. 9 del 2014; Cons. Stato, Ad. Plen., n. 19 del 27 luglio 2016) e la decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sentenza 2 giugno 2016 in C-27/15, c.d. sentenza "Pippo Pizzo") esprimerebbero principi valevoli solo in vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici (di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) allorché l'esistenza di un siffatto obbligo non discendeva da previsione di legge, ma era desunto da attività interpretativa in quanto frutto di un'esegesi giurisprudenziale (in particolare dell'art. 87, comma 4, del Codice di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, relativo agli oneri aziendali) consolidatasi per effetto della sentenza dell'Adunanza plenaria

n. 3 del 2015, in presenza di orientamenti oscillanti ed in un contesto normativo ove non era chiaro se detta indicazione costituisse elemento essenziale dell'offerta economica o soltanto requisito per valutare la congruità dell'offerta nel sub procedimento di valutazione dell'anomalia.

2.4. In quel contesto, infatti – nel precisare gli orientamenti espressi da Adunanza Plenaria n. 3 del 20 marzo 2015 (che aveva chiarito la sussistenza di un obbligo, a pena di esclusione, di separata indicazione e quantificazione nell'offerta economica dei costi per la sicurezza interni o aziendali per la sicurezza anche nelle procedure di affidamento relative ai contratti pubblici di lavori ritenendo che un siffatto adempimento, pur se non dettato *expressis verbis* dal legislatore, si ricavasse “*in modo univoco da un’interpretazione sistematica delle norme regolatrici della materia*” e “*da una lettura delle norme costituzionalmente orientata*”) e n. 9 del 2 novembre 2015 (che si era pronunciata in senso negativo sulla legittimità dell’uso dei poteri attinenti al soccorso istruttorio nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, anche per le procedure nelle quali la fase di presentazione delle offerte si era conclusa prima della pubblicazione della decisione dell’Adunanza Plenaria n. 3 del 2015) – l’Adunanza plenaria aveva statuito che l’esclusione dei concorrenti non potesse conseguire al mancato adempimento di un obbligo non espressamente imposto dalla legge generale o dalla *lex specialis*, ma derivante solo in via di interpretazione giurisprudenziale delle norme di legge, se non previa ammissione al soccorso istruttorio. Tuttavia, le stesse pronunzie dell’Adunanza Plenaria numeri 19 e 20 del 2016, citate dal tribunale a conforto della correttezza del suo ragionamento, chiarivano che tali principi (che operavano una “mitigazione” del meccanismo di esclusione derivante dalla mancata indicazione degli oneri di sicurezza, da non intendersi in senso assoluto a fronte dell’esigenza di salvaguardare i principi euro-unitari della tutela dell’affidamento, delle certezze del diritto, di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza)

sarebbero applicabili alle sole gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 che ora risolve la questione prevedendo espressamente, all'art. 95, comma 10, l'obbligo di indicare, nell'offerta economica, gli oneri per la sicurezza e i costi della manodopera.

3. Parimenti, l'appellante evidenzia come non sarebbe condivisibile l'esegesi operata dal primo giudice in relazione ai principi giurisprudenziali affermati da questo Consiglio (di cui alla sentenza della Sezione V, n. 815 del 7 febbraio 2017), che nel richiamato precedente (in fattispecie in cui l'obbligo di indicazione degli oneri era stabilito anche dalla *lex specialis*) aveva invece chiarito che "*quand'anche si ritenesse (...) che la lettera di invito non fosse sul punto del tutto chiara, è tuttavia indubitabile che l'obbligo emergesse con adeguata chiarezza dalla litera legis*": sicché la relativa violazione avrebbe dato comunque luogo all'esclusione della concorrente non potendo operare neppure il meccanismo del soccorso istruttorio.

4. Con il secondo motivo l'appellante censura la sentenza impugnata per non aver dichiarato l'illegittimità della condotta della stazione appaltante la quale, con i chiarimenti richiesti alla controinteressata solo dopo la notifica del ricorso, avrebbe operato un tardivo e inammissibile soccorso istruttorio sì da consentirle di sanare le carenze dell'offerta economica a suo tempo presentata: in particolare, il tribunale avrebbe a torto ritenuto che l'Amministrazione si sia limitata ad effettuare la verifica della congruità del costo della manodopera, comunque compreso nell'offerta economica della controinteressata anche se non separatamente indicato (al fine di verificarne la rispondenza ai minimi di cui alle Tabelle ministeriali nel contraddittorio con l'impresa), con le modalità del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97 comma 5 lett. d), espressamente richiamato dall'art. 95, comma 10, del Codice dei Contratti Pubblici; ma in ciò non si sarebbe avveduto che tale opzione ermeneutica consentirebbe, di fatto, a valle dell'aggiudicazione, di indicare per la prima volta, in sede di verifica di congruità,

un valore economico che doveva essere invece specificato nell'offerta, così trasformando il subprocedimento di verifica di congruità in un soccorso istruttorio utile a sanare la carenza di un'indicazione obbligatoria ed essenziale per legge.

5. Con il terzo motivo, infine, l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui non ha ravvisato l'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione aggiudicatrice per non aver attivato il subprocedimento di verifica dell'anomalia o per averlo comunque attivato tardivamente, solo dopo l'approvazione dell'aggiudicazione definitiva (qui intervenuta con la determinazione n.377 del 28 dicembre 2017, impugnata con il ricorso introduttivo) di cui invece detto procedimento costituiva presupposto di emissione, e non già soltanto mera condizione di efficacia.

5.1. Con lo stesso mezzo l'appellante è tornata poi a dolersi dell'insostenibilità dell'offerta economica dell'aggiudicataria e dell'illogicità ed irragionevolezza del giudizio di congruità formulato dalla stazione appaltante, censura che il tribunale avrebbe omesso del tutto di delibare così non riscontrando la palese illegittimità dell'operato della Commissione per essersi limitata a stabilire che il valore del costo della manodopera fosse in linea con i minimi tabellari di cui al Contratto Collettivo Nazionale del Lavoro (CCNL) senza tuttavia esplicitare alcuna motivazione, seppur generica o sull'offerta complessivamente valutata, in relazione alla sostenibilità dell'offerta in rapporto al costo indicato della manodopera.

6. La Sezione preliminarmente rileva l'esistenza di un contrasto nella giurisprudenza di questo Consiglio di Stato in relazione alla valenza immediatamente escludente (a prescindere dal soccorso istruttorio) dell'inosservanza dell'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza e costi della manodopera di cui all' articolo 95, comma 10, del d.lgs. 50 del 2016, specie nel caso di silenzio sul punto della *lex specialis*.

7. L'art. 95, comma 10, del d.lgs. 50 del 18 aprile 2016, come modificato dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, testualmente dispone: *“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)”*.

8. L’interpretazione delle prescrizioni di legge di cui alla norma da ultimo citata ha dato luogo a due orientamenti all’interno di questo Consiglio di Stato (e analogo contrasto si rinviene, come si dirà, anche nell’ambito della giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali).

9. In sintesi, il contrasto riguarda la perdurante vigenza, dopo l’entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50) del principio di diritto enunciato dall’Adunanza plenaria con la sentenza n. 19 del 2016, in base al quale, *“nelle ipotesi in cui l’obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l’offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l’esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l’offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio”*.

9.1. Dopo l’entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, una parte della giurisprudenza, anche prendendo spunto dal fatto che la sentenza n. 19 del 2016 ha circoscritto espressamente la portata del principio enunciato alle gare bandite nel vigore del D.Lgs. n. 163 del 2006, ha ritenuto che la mancata indicazione separata dei costi per la sicurezza aziendale non possa essere più sanata attraverso il previo soccorso istruttorio, ma determini, al contrario, un

automatismo espulsivo incondizionato, destinato ad operare anche nel caso in cui il relativo obbligo dichiarativo non sia richiamato dalla *lex specialis*.

Si valorizza, in tale direzione, la circostanza che nel nuovo Codice dei contratti pubblici esiste una previsione puntuale (l'art. 95, comma 10), la quale ha chiarito l'obbligo per i concorrenti di indicare nell'offerta economica i c.d. costi di sicurezza aziendali, così superando le incertezze interpretative in ordine all'esistenza e all'ampiezza dell'obbligo dichiarativo, che, nel vigore del d.lgs. n. 163/2006, avevano originato i contrasti interpretativi poi risolti dall'Adunanza plenaria con le sentenze nn. 3 e 9 del 2015.

9.2. In senso contrario, tuttavia, un'altra parte della giurisprudenza ha ritenuto che anche dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, nonostante l'espressa previsione di un puntuale obbligo dichiarativo ex art. 95, comma 10, la mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale non determini di per sé l'automatismo espulsivo (almeno nei casi in cui tale obbligo dichiarativo non sia 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.

10. Il primo indirizzo interpretativo fa capo alla citata sentenza del Consiglio di Stato, V, 7 febbraio 2017, n. 815.

10.1. Nello specifico caso oggetto di tale pronunzia, attinente ad una gara informale ai sensi dell'articolo 162 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, indetta dal Ministero della difesa per l'affidamento della fornitura di servizi di connettività satellitare, la lettera di invito disciplinava le modalità di formulazione dell'offerta richiedendo espressamente ai partecipanti di precisare i costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro e di attenersi al modello per la presentazione dell'offerta allegato.

10.2. L'appellante aveva impugnato in primo grado gli atti di gara sostenendo che la Commissione avrebbe dovuto escludere dalla procedura l'offerta dell'appellata, anziché concedere il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, stante l'incompletezza della dichiarazione relativa ai costi di sicurezza.

10.3. In tale occasione la V Sezione di questo Consiglio ha ritenuto che, per ciò che attiene l'obbligo di indicare puntualmente l'ammontare degli oneri per la sicurezza c.d. interni o aziendali, trova applicazione l'articolo 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 che, superando legislativamente le precedenti incertezze, ha statuito la necessità dell'indicazione di tale oneri per le gare indette nella vigenza del nuovo Codice dei contratti pubblici, per le quali non troverebbero dunque applicazione i principi di diritto formulati dalla sentenza dell'Adunanza plenaria 27 luglio 2016, n. 19, in tema di ammissibilità del soccorso istruttorio per il caso di mancata separata indicazione.

10.4. Secondo quanto affermato nella detta decisione non sarebbe infatti possibile utilizzare l'istituto del soccorso istruttorio nel caso di incompletezze e irregolarità relative all'offerta economica anche al fine di *“evitare che il rimedio... che corrisponde al rilievo non determinante di violazioni meramente formali possa contrastare il generale principio della par condicio concorrenziale, consentendo in pratica ad un concorrente (cui è riferita l'omissione) di modificare ex post il contenuto della propria offerta economica”*.

10.5. Dalla suindicata sentenza sono poi ricavabili le ulteriori seguenti statuizioni: a) anche a ritenere, come fatto dal primo giudice, che la lettera di invito non fosse sul punto del tutto chiara, era tuttavia indubitabile che l'obbligo emergesse con adeguata chiarezza dalla *litera legis* e che la società appellata lo avesse disatteso; b) l'appellata, prevedendo che l'ammontare di detti oneri era pari *“all'un per cento del margine dell'offerta”* aveva, poi, ancorato la determinazione del *quantum* di tali oneri ad un parametro incerto e fluttuante, rendendone così incerta la quantificazione; e anche a voler ammettere una siffatta relazione si dovrebbe allora

concludere “che l’impresa possa ridurre il livello delle spese destinate alla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro laddove le ricadute economiche della commessa presentino un andamento negativo”; c) che non poteva affatto condividersi la tesi dell’appellata secondo cui “la mancata indicazione dei detti oneri non porterebbe senz’altro alla esclusione” in quanto, una volta accertato che tale obbligo di indicazione è chiaramente sancito dalla legge, la sua violazione determina conseguenze escludenti a prescindere dal dato che l’esclusione non sia stata testualmente enunciata dagli articoli 83 e 95 del *Codice*: ciò in quanto un’inadeguata indicazione non lede solo interessi di ordine dichiarativo o documentale, ma si pone *ex se* in contrasto con i doveri di 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.

11. A questo indirizzo interpretativo paiono aver aderito le sentenze della V Sezione del Consiglio di Stato 28 febbraio 2018 n. 1228, 12 marzo 2018, n. 1228, 25 settembre 2018, n. 653.

12. Va precisato che in tutte le fattispecie esaminate dalle richiamate sentenze, l’obbligo di separata indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale era stato imposto, a pena di esclusione, ai partecipanti alla procedura di gara dalla *lex specialis* della procedura, mediante un’espressa previsione contenuta nel disciplinare o nella lettera di invito, a differenza della fattispecie che ha dato luogo alla presente ordinanza di rimessione all’Adunanza plenaria, ove il bando nulla disponeva sul punto.

13. Il secondo indirizzo interpretativo è stato, invece, espresso da Cons. Stato, III, 27 aprile 2018, n. 2554.

13.1. Tale sentenza riguardava la domanda di annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara per la mancata specifica quantificazione degli oneri della sicurezza interna da parte dell’appellante nella propria offerta economica e dell’aggiudicazione definitiva adottati nell’ambito di una procedura negoziata

avente ad oggetto la prestazione di forniture indetta dall'Azienda Sanitaria Locale Roma 6.

13.2. In detta fattispecie secondo il giudice di prime cure *“il nuovo codice dei contratti pubblici ha innovato il diritto vigente e ha previsto espressamente, nell’art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, l’obbligo di indicare gli oneri per la sicurezza interna nell’offerta tecnica, al contempo precludendo, nell’art. 83, comma 9, del medesimo d.lgs. n. 50 del 2016, il soccorso istruttorio con riguardo alle mancanze dell’offerta economica e tecnica”*.

13.3. Partendo da tali premesse, il giudice di primo grado aveva dunque concluso che, pur nell’assenza di una chiara ed inequivoca previsione, nella *lex specialis* di gara, di un obbligo avente ad oggetto l’espressa specifica indicazione degli oneri dell’offerta economica, si debba pervenire all’esclusione della concorrente, a fronte di un quadro normativo ormai chiaro rispetto alle disposizione del precedente Codice degli appalti, ed in virtù del meccanismo dell’eterointegrazione, per effetto del quale la previsione imperativa di legge, è venuta a completare il quadro dei requisiti richiesti dalla legge di gara per la validità dell’offerta.

13.4. Tale tesi non è stata condivisa dalla III Sezione di questo Consiglio la quale, nel riformare la sentenza in accoglimento dell’appello proposto, ha evidenziato, pur nella consapevolezza dell’esistenza di orientamenti non univoci, che l’obbligo codificato nell’art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 non comporta l’automatica esclusione dell’impresa concorrente che, pur senza evidenziare separatamente nell’offerta gli oneri per la sicurezza aziendali, li abbia comunque considerati nel prezzo complessivo dell’offerta.

13.5. Secondo tale indirizzo, dunque, l’isolato esame dell’art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 non sarebbe in sé decisivo, nemmeno sulla base dei principi contenuti nella sentenza n. 9 del 25 febbraio 2014 dell’Adunanza Plenaria, 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: ciò in quanto tale norma deve essere letta insieme con l'art. 97, comma 5, lett. c), dello stesso Codice, il quale prevede al contrario – e in coerenza con l'art. 69, par. 2, lett. d), della Direttiva 2014/24/UE e con tutto l'impianto della nuova normazione europea – che la stazione appaltante escluda il concorrente solo laddove, in sede di chiarimenti richiesti, detti oneri risultino incongrui.

Tale soluzione, secondo l'orientamento in parola, non comporterebbe poi alcuna violazione del disposto dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, 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.

13.6. Tale orientamento, a differenza del precedente, fonda dunque l'esegesi operata sul canone interpretativo espresso nel brocardo *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*, in base al quale ogni opzione ermeneutica che si risolvesse nell'aggiunta di un diverso ed ulteriore adempimento rispetto a quelli tipizzati deve essere rifiutata in quanto finirebbe per far dire alla legge una cosa che legge non dice e che, si presume, non voleva dire.

13.7. Peraltro, mentre il primo indirizzo privilegia il principio di *par condicio competitorum*, il secondo orientamento sembrerebbe inteso a salvaguardare i diversi principi di massima partecipazione alle gare e di tassatività e tipicità delle cause di esclusione (prima previsto dall'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, ed attualmente disciplinato dall'art. 83, comma 8, del nuovo Codice dei contratti pubblici): in base al principio da ultimo citato le cause di esclusione dalla gara, in quanto limitative della libertà di concorrenza, devono essere ritenute di stretta interpretazione, senza possibilità di estensione analogica (cfr. Cons. Stato, V, sentenza n. 2064 del 2013), con la conseguenza che, in caso di equivocità delle disposizioni che regolano lo

svolgimento della gara, deve essere preferita quell'interpretazione che, in aderenza ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza, eviti eccessivi formalismi e illegittime restrizioni alla partecipazione.

Ebbene, nell'ipotesi in parola, in base al secondo indirizzo giurisprudenziale, l'esclusione non potrebbe farsi derivare automaticamente dall'applicazione della legge, non prevedendo l'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 alcuna sanzione espulsiva né richiedendo tale disposizione alcuna "specificata" indicazione degli oneri per la sicurezza interna. Secondo tale orientamento, infatti, ciò non sarebbe casuale in quanto il legislatore nazionale, nell'attuare la Direttiva 2014/24/UE non si è realmente discostato dall'orientamento sostanzialistico del diritto eurounitario, che (da ultimo ed espressamente nell'art. 57 di tale Direttiva) non ha mai inteso comprendere l'inadempimento di questo mero obbligo formale – la mancata indicazione degli oneri per la sicurezza interna separatamente dalle altre voci dell'offerta – tra le cause di esclusione.

13.8. Si perviene così ad affermare che tale formalistica ipotesi escludente contrasterebbe sia con la lettera dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, non comminante espressamente l'effetto espulsivo, sia con la *ratio* della norma, la cui finalità è quella di consentire la verifica della congruità dell'offerta economica anche sotto il profilo degli oneri aziendali "concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro", ritenuto dal codice di particolare importanza per la salute dei lavoratori, in sede verifica dell'anomalia, in coerenza con le previsioni del legislatore europeo nell'art. 18, par. 2, e nell'art. 69, par. 2, lett. d), della Direttiva 2014/24/UE e nel *Considerando* n. 37 della stessa Direttiva, il quale rimette agli Stati membri l'adozione di misure non predeterminate al fine di garantire il rispetto degli obblighi in materia di lavori.

13.9. In base a tale seconda esegesi, la direttiva 2014/24/UE di cui le norme del nuovo Codice costituirebbero attuazione avrebbe "replicato" senza sostanziali

modifiche il previgente quadro della normativa eurounitaria (di cui alla direttiva 2004/18/CE), in virtù del quale la mancanza di indicazioni, da parte degli offerenti, del rispetto di tali obblighi non determinerebbe automaticamente l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione: la soluzione automaticamente escludente si porrebbe, quindi, in contrasto con i principi euro-unitari (si veda per tutte Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. VI, 10 novembre 2016, in C/162/16), ove l'impresa dimostri, almeno in sede di giustificazioni, che sostanzialmente la sua offerta comprenda gli oneri per la sicurezza e che tali oneri siano congrui.

14. Analogo contrasto interpretativo si rinviene, come si è già accennato, nella giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali.

14.1. La tesi c.d. formalistica (favorevole all'automatismo espulsivo senza possibilità di soccorso istruttorio) è stata accolta, ad esempio, da Tar Umbria Perugia, I, n. 56 del 22 gennaio 2018, T.a.r. per la Calabria, I, 6 febbraio 2018, n. 332 e 7 febbraio 2018, n. 337; T.a.r. Sicilia Catania, III, 31 luglio 2017, n. 1981; T.a.r. Campania, Salerno, Sez. I, 5 gennaio 2017, n. 34.

14.2. La contraria tesi c.d. sostanzialistica, che ammette il soccorso istruttorio (almeno quando risulti che l'importo degli oneri di sicurezza è stato considerato nella formulazione dell'offerta economica e salva la verifica di congruità dell'offerta), risulta accolta da Tar Campania-Napoli, sentenze n. 521 del 6 agosto 2018, n. 3149 dell'11 maggio 2018 e n. 4611 del 3 ottobre 2017; T.a.r. Lazio-Roma, n. 8119 del 20 luglio 2017; T.a.r. Lombardia-Brescia, n. 912 del 14 luglio 2017; T.a.r. Sicilia-Palermo, n. 1318 del 15 maggio 2017.

15. La questione è stata anche oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata (ord. 25 luglio 2017, n. 525), che ha, in particolare, indirizzato alla Corte il seguente quesito interpretativo: *“se i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del*

diritto, unitamente ai principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza, di cui alla direttiva n. 2014/24/UE, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dal combinato disposto degli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, del D. Lg.vo n. 50/2016, secondo la quale l'omessa separata indicazione dei costi di sicurezza aziendale, nelle offerte economiche di una procedura di affidamento di appalti pubblici, determina, in ogni caso, l'esclusione della ditta offerente senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata non sia stato specificato nell'allegato modello di compilazione per la presentazione delle offerte, ed anche a prescindere dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispetti effettivamente i costi minimi di sicurezza aziendale”.

Il Giudice europeo ha dichiarato irricevibile la questione sollevata dal Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata per l'assenza di interessi transfrontalieri rilevanti in quel giudizio (Corte di Giustizia UE, sez. VI, 23 novembre 2017, in C-486/17). Di recente, tuttavia, analoga questione pregiudiziale è stata nuovamente sottoposta all'attenzione della Corte di giustizia dal T.a.r. per il Lazio (ordinanza 24 aprile 2018, n. 4562).

16. In questo quadro giurisprudenziale, caratterizzato anche dalla pendenza dinnanzi alla Corte di giustizia di una questione analoga a quella oggetto del presente giudizio, il Collegio si trova di fronte, sotto il profilo del metodo, a tre diverse soluzioni, tutte astrattamente percorribili: a) disporre la sospensione c.d. impropria del giudizio, in attesa che si pronunci il giudice europeo (in tal senso, si è orientato, ad esempio, Cons. Stato, V, 28 settembre 2018, n. 5589); b) sollevare, analogamente a quanto hanno fatto alcuni tribunali amministrativi regionali, una questione pregiudiziale di corretta interpretazione del diritto dell'Unione Europea, per verificare se ed in che misura esso osti all'applicazione del c.d. automatismo

espulsivo; c) affrontare la questione nel merito e, preso atto del contrasto interpretativo interno, rimetterne la risoluzione all'Adunanza plenaria.

16.1. Il Collegio (alla luce anche delle indicazioni “di metodo” già esplicitate, proprio su analoga vicenda, dalla sentenza n. 19 del 2016 dell'Adunanza plenaria) ritiene di optare per l'ultima delle soluzioni indicate. Il tempestivo intervento dell'Adunanza plenaria potrebbe sortire il duplice positivo effetto, da un lato, di risolvere in via preventiva i dubbi di compatibilità comunitaria sottesi alla questione pregiudiziale di cui si è dato atto, e, dall'altro, di superare la “causa ostativa” che ha già determinato (e potrebbe ancora determinare) la sospensione ex art. 79, comma 1, c.p.a. di diversi giudizi amministrativi pendenti anche in grado di appello. La scelta di rimettere la questione all'Adunanza plenaria soddisfa, inoltre, un'esigenza di economia processuale, se si tiene conto della concreta possibilità di una pronuncia in tempi più brevi rispetto a quelli occorrenti per la definizione della questione pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia.

17. Tornando al merito della questione oggetto di contrasto, il Collegio sottopone all'Adunanza plenaria le ulteriori seguenti considerazioni.

18. Nel vigore del precedente Codice dei contratti pubblici, la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 19 del 2016 aveva chiarito che gli oneri di sicurezza rappresentano un elemento essenziale dell'offerta (la cui mancanza è in grado di ingenerare una situazione di insanabile incertezza assoluta sul suo contenuto) solo nel caso in cui si contesta al concorrente di avere formulato un'offerta economica senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento degli obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori. In questa ipotesi, secondo l'Adunanza plenaria vi è incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta e la sua successiva sanatoria richiederebbe una modifica sostanziale del “prezzo” (perché andrebbe aggiunto l'importo corrispondente agli oneri di sicurezza inizialmente non computati).

Laddove, invece, non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta, ma si contesta soltanto che questa non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri, la carenza, allora, non è sostanziale, ma solo formale.

In questo caso, ha precisato la citata sentenza n. 19 del 2016, il soccorso istruttorio è doveroso, perché esso non si traduce in una modifica sostanziale del contenuto dell'offerta, ma solo nella specificazione formale di una voce che, pur considerata nel prezzo finale, non è stata indicata dettagliatamente.

19. Sebbene l'Adunanza plenaria n. 19 del 2016 abbia circoscritto la portata del principio enunciato alle gare bandite nel vigore del D.Lgs. n. 163/2006, dichiarando espressamente di prescindere – perché il tema non era oggetto del contendere e la relativa norma non era applicabile *ratione temporis* – dagli effetti derivanti dal nuovo Codice, non può, tuttavia, non evidenziarsi che l'ampia formulazione dell'art. 80, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016 (che ammette il soccorso istruttorio con riferimento a “qualsiasi elemento formale della domanda”) sembra consentire, anche nella vigenza del nuovo Codice, di sanare l'offerta che sia viziata solo per la mancata formale indicazione separata degli oneri di sicurezza.

20. Sotto tale profilo, invero, la circostanza che, oggi, l'art. 95, comma 10, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, abbia esplicitato che sussiste per l'operatore economico l'obbligo di indicare in sede di offerta i propri costi per la manodopera e gli oneri di sicurezza aziendali non sembra rappresentare elemento di novità di per sé sufficiente a determinare il superamento del principio di diritto enunciato dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 19 del 2016. Non va, infatti, dimenticato che anche nel vigore del previgente Codice, l'Adunanza plenaria aveva già desunto (v. in particolare sentenza n. 3 del 2015) l'esistenza di un obbligo normativo operante in tutte le gare d'appalto (ivi comprese quelle di lavori) di indicare, a pena di

esclusione, gli oneri di sicurezza, precisando, altresì, che pur nel silenzio della *lex specialis*, tale obbligo dichiarativo eterointegrava il bando di gara.

Sotto tale profilo, l'art. 95, comma 10, D.Lgs. n. 50 del 2016 si è limitato a rendere esplicito un obbligo dichiarativo che nel precedente sistema si ricavava, comunque, implicitamente dal tessuto normativo. Non pare, tuttavia, che tale espressa previsione normativa concernente l'obbligo di indicare i costi di sicurezza aziendale sia un elemento di novità di per sé in grado di escludere l'operatività del soccorso istruttorio, il quale, peraltro, nel passaggio dal vecchio al nuovo codice (specie con le ulteriori modifiche apportate in sede di correttivo: d.lgs. n. 56 del 2017) è stato persino potenziato (attraverso la generalizzazione del principio di gratuità e l'eliminazione dell'ambigua categoria delle c.d. irregolarità non essenziali).

21. Non sembra neanche che possa essere messo in discussione che l'indicazione degli oneri di sicurezza sia un obbligo previsto dalla legge a pena di esclusione e che, alla luce del chiaro tenore testuale della previsione ora contenuta nell'art. 95, comma 10, cit., il relativo obbligo dichiarativo sia capace di eterointegrare il bando pur nel silenzio della *lex specialis*. L'ammissibilità di un fenomeno di eterointegrazione del bando, specie da parte di norme legislative di contenuto univoco, è stato già chiaramente riconosciuto in più occasioni dalla stessa Adunanza plenaria (cfr. sentenza n. 9 del 2014, richiamata e condivisa dalle sentenze nn. 3 e 9 del 2015 e n. 19 del 2016) e, anche rispetto a tale profilo, non sembra che il nuovo Codice contenga elementi di novità capaci di sovvertire tale conclusione.

L'eterointegrazione (e prima ancora la portata potenzialmente escludente dell'obbligo dichiarativo di cui si discute) non appare, tuttavia, argomento sufficiente ad escludere l'operatività del soccorso istruttorio, ma, anzi, ne costituisce il presupposto applicativo. Il soccorso istruttorio, invero, opera proprio

(od ormai solo) per le c.d. irregolarità essenziali: cioè le inosservanze dichiarative e documentali richieste a pena di esclusione.

22. L'esclusione del soccorso istruttorio per la mancata indicazione degli oneri di sicurezza potrebbe semmai essere argomentata diversamente, ovvero ritenendo che gli oneri di sicurezza rappresentino (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 (senz'altro inammissibile) modifica *ex post* dell'offerta.

Sotto tale profilo, tuttavia, l'incondizionata qualificazione degli oneri di sicurezza in termini di elemento sostanziale dell'offerta si porrebbe in contrasto con quanto precisato dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 19 del 2016, la quale, come si è già ricordato, aveva espressamente specificato (cfr. par. 35 della motivazione) che: *“gli oneri di sicurezza rappresentano un elemento essenziale dell'offerta (la cui mancanza è in grado di ingenerare una situazione di insanabile incertezza assoluta sul suo contenuto) solo nel caso in cui si contesta al concorrente di avere formulato un'offerta economica senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento dei obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori. In questa ipotesi, vi è certamente incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta e la sua successiva sanatoria richiederebbe una modifica sostanziale del “prezzo” (perché andrebbe aggiunto l'importo corrispondente agli oneri di sicurezza inizialmente non computati). Laddove, invece, (come avviene nel caso oggetto del presente giudizio), non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri, la carenza, allora, non è sostanziale, ma solo formale”*.

23. Applicando il principio di diritto appena richiamato, la qualificazione dell'omessa indicazione degli oneri di sicurezza in termini di elemento formale dell'offerta (nel caso in cui essi siano stati considerati ai fini del prezzo ed inglobati

in esso) imporrebbe, quindi, di consentire il soccorso istruttorio a prescindere dalla circostanza, che di per sé non appare dirimente alla luce dell'esistenza di un pacifico principio di eterointegrazione, che la *lex specialis* abbia richiamato o meno il relativo obbligo dichiarativo. Proprio tale rilievo apre ad una opzione esegetica che in parte differisce anche da quella accolta dalla III Sezione di questo Consiglio di Stato nella già citata sentenza n. 2554 del 2018, o da quella sottesa alla questione pregiudiziale attualmente al vaglio della Corte di giustizia, nelle quali, invece, sembra attribuirsi rilievo dirimente, ai fini di ammettere o negare il soccorso istruttorio, proprio a questo dato formale (ovvero il richiamo o meno nella *lex specialis* del relativo obbligo dichiarativo). Conclusione che sembra, tuttavia, contraddire, o, comunque, attenuare, la portata del principio di etero-integrazione, che la stessa giurisprudenza dell'Adunanza plenaria ha in più occasioni ritenuto operante, specie se l'obbligo legislativo risulta puntuale e univoco (come, puntuale e univoco appare essere, appunto, quello previsto dall'art. 95, comma 10, D.Lgs. n. 50 del 2016).

24. Alla luce delle considerazioni che precedono, il Collegio ritiene, pertanto, di sottoporre, ai sensi dell'art. 99, comma 1 Cod. proc. amm., all'Adunanza plenaria le seguenti questioni di diritto, oggetto di contrasti giurisprudenziali: “1) *Se, per le gare bandite nella vigenza del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale determini immediatamente e incondizionatamente l'esclusione del concorrente, senza possibilità di soccorso istruttorio, anche 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, né vengono in rilievo profili di anomalia dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri.* 2) *Se, ai fini della eventuale operatività del soccorso istruttorio, assuma rilevanza la circostanza che la lex specialis richiami espressamente l'obbligo di dichiarare gli oneri di sicurezza?*”.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, ne dispone il deferimento all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Manda alla segreteria della Sezione per gli adempimenti di competenza, e, in particolare, per la trasmissione del fascicolo di causa e della presente ordinanza al segretario incaricato di assistere all'Adunanza plenaria.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO