



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA**

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.
sul ricorso numero di registro generale 1048 del 2019, proposto da
C.O.T. soc. cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Ignazio Scuderi, con domicilio digitale come
da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ersu Palermo - Ente regionale per il diritto allo studio, in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Salvatore Vincenzo
Greco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Ksm Service s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e
difeso dall'avvocato Nicola Seminara, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Domenico
Cantavenera in Palermo, via Notarbartolo n.5;

G.S.A. Gruppo Servizi Associati s.p.a., Sialia scarl s.r.l., Già Poligal Consorzio scarl s.r.l. non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima) n. 2521/2019, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ersu Palermo - Ente regionale per il diritto allo studio e di Ksm Service s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2019 il Cons. Sara Raffaella Molinaro e uditi per le parti gli avvocati Ignazio Scuderi, Salvatore Vincenzo Greco e Nicola Seminara;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Il direttore ERSU di Palermo, con determina 5 giugno 2019, numero 112 - comunicata con nota del R.U.P. del 6 giugno 2019, numero 52225/2019 di protocollo -, ha disposto l'aggiudicazione nei confronti della ditta KSM Service s.r.l. dell'appalto relativo "*...all'affidamento del servizio di portierato/reception presso le residenze universitarie dell'ERSU di Palermo per la durata di anni tre più eventuale rinnovo biennale...*", CIG.7353151C27, per l'importo complessivo di €. 4.764.520,80, oltre IVA.

2. C.O.T. Soc. Cooperativa (di seguito "COT"), avendo partecipato alla gara ed essendosi collocata al quarto posto nella graduatoria, ha impugnato innanzi al TAR Sicilia - Palermo il provvedimento di aggiudicazione, e ogni atto presupposto, fra cui tutti i verbali di gara ed in particolare il verbale di seduta riservata del 22 gennaio 2019, numero 24 e del 5 febbraio 2019, numero 25 e il verbale di seduta

pubblica del 12 febbraio 2019, numero 26, la nota del RUP del 14 febbraio 2019 numero 1951 di protocollo, con cui è stata data comunicazione della proposta di aggiudicazione della gara in oggetto alla Ditta K.S.M. Service s.r.l., e la nota con la quale il R.U.P. ha respinto il reclamo della ricorrente, proponendo, domanda di accertamento e di declaratoria del diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione e la stipula del contratto, nonché, in subordine, per la condanna dell'Amministrazione appaltante al risarcimento per equivalente, nell'ipotesi in cui non fosse possibile il risarcimento in forma specifica, con condanna al pagamento delle relative somme con interessi legali e rivalutazione da quantificarsi nella misura del 15% dell'importo a base d'asta del contratto (di cui 12% per lucro cessante e 3% per perdita di qualificazione e di *chances*), ovvero nella maggiore o minore somma che risulterà in corso di giudizio.

3. In estrema sintesi, sono state articolate censure di violazione dell'obbligo di indicare i costi della manodopera da parte della seconda e terza classificata, di violazione dell'art. 97, comma 5, lett. d), d. lgs. n. 50 del 2016 (mancato rispetto dei minimi salariali) da parte della terza classificata, violazione dell'art. 97, comma 5, lett. d), e dell'art. 95, commi 10, 16 e 23 d. lgs. n. 50 del 2016 da parte della prima classificata (offerta asseritamente incongrua in sede di verifica di anomalia).

4. Il Tar, con sentenza 31 ottobre 2019, n. 2521, ha respinto il ricorso.

5. COT ha impugnato la sentenza davanti a questo CGARS, articolando una censura avverso la sentenza impugnata e riproponendo i motivi non esaminati in primo grado.

6. Nel giudizio di appello si sono costituiti l'ERSU di Palermo e KSM Service s.r.l.

7. Con il ricorso in appello COT ha chiesto l'emanazione di misure cautelari, anche mediante l'adozione di misure cautelari monocratiche, ai sensi degli artt. 56, 62, co. 2 e 98, comma 2, c.p.a.

8. Il Presidente del CGARS, con decreto 7 novembre 2019, ha respinto la richiesta di misure cautelari monocratiche, fissando, per la discussione, la camera di consiglio dell'11 dicembre 2019.

9. Alla camera di consiglio dell'11 dicembre 2019, sentite sul punto le parti, la causa è stata introitata per la decisione con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

10. COT, con il ricorso in appello, ha dedotto un unico motivo di erroneità della sentenza, derivante dal rigetto della censura, sollevata in primo grado, relativa alla mancata indicazione dei costi della manodopera nelle offerte economiche della seconda e della terza classificata, e ha riproposto, a seguire, le doglianze dedotte con il ricorso originario.

10.1. Nella sentenza il giudice di primo grado ha respinto il ricorso avendo ritenuto l'infondatezza del primo motivo (riguardante la seconda e la terza classificata), e ha assorbito le rimanenti censure, restando in gara, con punteggi superiori a quelli della ricorrente, la seconda e la terza graduata. Ciò dopo aver ritenuto, alla luce della sentenza della Corte giustizia Unione Europea Sez. IX, 2.5.2019, C-309/18 e della *lex specialis* e dei documenti della procedura selettiva, che l'omessa indicazione dei costi della manodopera, oggetto del primo motivo del ricorso al Tar, non assuma autonoma rilevanza escludente nell'ambito della gara controversa, così sussistendo la possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice.

10.2. In sintesi COT, in sede di appello, ha dedotto l'erroneità della sentenza del Tar per non avere considerato:

- il portato dell'articolo 95, comma 10, del d. lgs. n. 50 del 2016, ai sensi del quale “*nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera*”, con

conseguente esclusione dell'offerta carente di tale indicazione e impossibilità di procedere al c.d. soccorso istruttorio;

- la previsione contenuta nell'art. 15. 1 del disciplinare che rafforzerebbe l'obbligo di inserire nell'offerta il costo della manodopera, dal momento che dispone che *“nella busta C - Offerta Economica – deve essere contenuta, a pena di esclusione, l'Offerta economica, secondo il modello predisposto da questa Amministrazione di cui all'Allegato 4 e contenere il ribasso percentuale unico offerto, espresso sia in cifre che in lettere, sulle tariffe orarie di cui all'Allegato 5, come pure ogni altro elemento, riportato nel predetto modello, necessario a consentire all'Ente la valutazione della congruità dell'offerta economica”*;
- il contenuto dell'art. 17.8 del disciplinare, dove si stabilisce che *“ai sensi dell'art. 95, comma 10 del d.lgs. 50/2016 l'offerta economica deve indicare specificatamente che sono comprese e compensate le spese del costo del lavoro e degli obblighi connessi alle disposizioni in materia di sicurezza e protezione dei lavoratori e alle condizioni di lavoro a carico dell'Impresa, la quale deve dimostrare, in sede di eventuale verifica dell'anomalia delle offerte, che gli stessi sono congrui rispetto a quelli desumibili dai prezziari o dal mercato”*;
- il portato dell'art. 18.3.iii del disciplinare, che dispone l'esclusione de *“i concorrenti che non soddisfino le condizioni di partecipazione stabilite dal Codice, dal regolamento e dalle altre disposizioni di legge vigenti”*.

Ne deriva, ad avviso dell'appellante, che la *lex specialis* imporrebbe l'obbligo per i concorrenti di dichiarare separatamente i costi della manodopera e che i documenti di gara non avrebbero ingenerato alcuna situazione *“di obiettiva ambiguità e comunque di poca chiarezza rispetto alla sussistenza del relativo obbligo dichiarativo”*.

Sarebbe errata, altresì, l'affermazione, contenuta nella sentenza gravata, circa l'impossibilità di modificare il modulo formato *word* predisposto dalla stazione appaltante, in modo da potervi inserire i dati relativi al costo del lavoro. Sicché sarebbe stato possibile, e anche doveroso, variare il modello al fine di potervi inserire i riferimenti derivanti dagli oneri della manodopera.

COT ha criticato, altresì, la sentenza per avere ritenuto che sussistano i presupposti che possano giustificare “*la possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione*”, atteso che la sanabilità dell’omissione, per ottemperare all’obbligo previsto dalla normativa razionale, andrebbe confinata al caso eccezionale in cui si sia verificata una materiale impossibilità di indicare i costi della manodopera (cfr. punto 30 della sentenza della Corte di Giustizia), che nel caso di specie sarebbe stata insussistente.

Ciò anche in considerazione del fatto che il comma 9 dell’art. 83 del d. lgs. n. 50 del 2016 non ammette il soccorso istruttorio per le carenze dell’offerta economica, richiamando sul punto un pronunciamento di questo CGA del 2019 (sentenza 16 luglio, n. 683).

11. L’ERSU e KSM hanno controdedotto rilevando che i documenti di gara non contengono riferimenti all’obbligo di indicazione dei costi della manodopera e citando, a tal fine, gli stessi passi degli atti di gara utilizzati dall’appellante per sostenere le proprie ragioni.

In particolare, l’ERSU ha richiamato il contenuto dell’ordinanza del Consiglio di Stato 28 ottobre 2019 – ritenendo che questa superi l’orientamento di cui è espressione la sentenza, citata da controparte, n. 683 del 2019 - e della sentenza 4 ottobre 2019, n. 6688.

KSM ha rilevato, altresì, che la modifica di un modulo di gara da presentare a pena di esclusione, com’era nella gara in esame, può esporre il concorrente all’esclusione e che la controversia oggetto della sentenza n. 683 del 2019, invocata nel ricorso in appello, riguarda un appalto il cui disciplinare, contrariamente alla procedura controversa, richiedeva espressamente, a pena di esclusione, “*l’indicazione dei costi relativi al costo lavorativo e ai costi aziendali della sicurezza, ai sensi dell’art. 95 d. lgs. 50 del 2016*”.

12. In replica COT, oltre a richiamare le tesi già sostenute con l'atto di impugnazione, ha sottolineato come la Corte di Giustizia, con la citata sentenza in C-309/18, abbia ritenuto sussistere la possibilità di ricorrere al c.d. soccorso istruttorio solo in presenza di un'impossibilità oggettiva e non superabile con la peculiare diligenza richiesta ai partecipanti ad una procedura di gara, che non si riscontrerebbe nel caso di specie, e come la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza 15 novembre 2019, n. 5666, abbia affermato la sussistenza di un automatismo espulsivo non superabile con il soccorso istruttorio.

13. L'appello va respinto.

13.1. Si disputa della necessità o meno di indicare, a pena di esclusione, anche ove non espressamente indicato nel bando di gara, gli oneri di sicurezza e i costi aziendali nell'offerta economica. Il Collegio rileva che la Corte di Giustizia, con sentenza 2 maggio 2019, C-309/18, a composizione dei dubbi di compatibilità eurounitaria della disciplina italiana, ha affermato che *“i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE (...) devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale 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, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, 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 e di ottemperare agli*

obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice".

Nella gara oggetto della presenta controversia si ricade, ad avviso del Collegio, nella situazione fattuale ipotizzata dalla Corte di giustizia, ossia una legge di gara che non consentiva agli offerenti in modo chiaro di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche.

In particolare:

a) non prevede l'obbligo di indicazione separata dei costi della manodopera l'art. 15.1. del disciplinare di gara laddove stabilisce che nella busta C deve essere inserita, a pena di esclusione, l'offerta economica, redatta secondo il modello di cui all'allegato 4, che deve contenere, fra l'altro, ogni elemento, riportato nel predetto modello, necessario a consentire all'Ente la valutazione della congruità dell'offerta economica;

b) a sua volta il modulo contenuto nell'allegato 4 prescrive che il concorrente dichiarare che *"nell'offerta economica presentata sono comprese e compensate le spese del costo del lavoro e degli obblighi connessi alle disposizioni in materia di sicurezza e protezione dei lavoratori e alle condizioni di lavoro a carico dell'impresa, la quale deve dimostrare, in sede di eventuale verifica dell'anomalia delle offerte, che gli stessi sono congrui rispetto a quelli desumibili dai prezzi o dal mercato"*, così lasciando intendere che gli oneri di sicurezza e i costo del lavoro devono essere prodotti *ex post* in sede di eventuale verifica dell'anomalia dell'offerta;

c) l'art. 17.8 del disciplinare stabilisce che, ai sensi dell'art. 95, comma 10 del d.lgs. 50/2016, l'offerta economica deve indicare specificatamente quanto disposto dall'allegato.

Una corretta esegesi dell'allegato induce il Collegio a ritenere che la dichiarazione circa la ricomprensione e la compensazione delle risorse destinate a sostenere il costo del lavoro nell'ambito del complessivo importo offerto è cosa diversa dalla

dichiarazione separata di quei costi. Il riferito richiamo all'art. 95, comma 10 del d.lgs. 50 del 2016 non può che essere letto nel senso che la sottoscrizione della dichiarazione prescritta dall'allegato 4 esaurisce, in base alla *lex specialis*, l'adempimento dell'obbligo di indicazione dei costi della manodopera di cui al citato art. 95, comma 10, atteso che è la stessa *lex specialis* a effettuare il collegamento, prescrivendo una modalità specifica per la dichiarazione riguardante gli oneri da lavoro.

A fronte delle suddette prescrizioni di gara risulta ininfluenza il portato dell'art. 18.3.iii del disciplinare, che prevede l'esclusione de "*i concorrenti che non soddisfino le condizioni di partecipazione stabilite dal Codice, dal regolamento e dalle altre disposizioni di legge vigenti*", posto che non si rinviene, per i motivi anzidetti, un obbligo di indicazione separata dei costi della manodopera al quale riconnettere la sanzione dell'esclusione di cui al citato art. 18.3.iii.

Né può valere in senso contrario l'asserita (in tesi) possibilità di modificare il modello contenuto nel predetto allegato 4, atteso che, da un lato, non si può pretendere che l'offerente modifichi, in assenza di una specifica indicazione in tal senso, un modulo prescritto a pena di esclusione e, dall'altro lato, la circostanza che l'inserimento del costo della manodopera richieda una modifica dei documenti di gara rende oltremodo incerta la stessa sussistenza dell'obbligo.

Nella gara per cui si disputa, pertanto, la *lex specialis* non solo non commina l'esclusione quale conseguenza dell'omessa indicazione separata dei costi del personale – contrariamente a quanto previsto nel bando di cui alla sentenza di questo CGARS n. 683 del 2019, invocata nel ricorso in appello, la quale riguarda un appalto sotto soglia, in cui il disciplinare richiedeva espressamente, a pena di esclusione, "*l'indicazione dei costi relativi al costo lavorativo e ai costi aziendali della sicurezza, ai sensi dell'art. 95 D. lgs. 50 del 2016*" - ma neppure prevede quella specificazione,

atteso che impone esclusivamente al concorrente di dichiarare di avere ricompreso gli oneri della manodopera nell'importo offerto.

Nella gara oggetto della presenta controversia si è, pertanto, in presenza di quella condizione (documentazione che non prevede l'obbligo di indicazione separata dei costi della manodopera) che, creando una situazione di impossibilità e confusione per il candidato a indicare il costo del lavoro (sentenza citata della Corte di Giustizia, p. 30, citato dall'appellante), attribuisce all'Amministrazione, nell'interpretazione della Corte di Giustizia, il potere di accordare la facoltà di sanare la propria posizione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla legislazione nazionale in materia entro un termine stabilito dalla stessa amministrazione aggiudicatrice (sentenza citata, p. 31). La facoltà di sanare, attraverso il soccorso istruttorio, le irregolarità della domanda di partecipazione in punto di costi della manodopera indicati nell'offerta economica trova una coerente composizione anche rispetto al divieto, richiamato dall'appellante e contenuto nell'art. 83, comma 9, del d. lgs. n. 50 del 2016, di impedire l'operatività del soccorso istruttorio in relazione alle irregolarità dell'offerta economica. Quest'ultimo, infatti, è funzionale a quel principio di parità di trattamento al quale risponde anche la regola del soccorso istruttorio e più in generale il sistema dell'evidenza pubblica. Il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono, infatti, essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito del mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti (Corte di Giustizia, 2 giugno 2016, nella causa C-27/15, p. 51).

Si deve anche aggiungere che all'epoca di svolgimento della gara per cui è processo, non era stata ancora pubblicata la sentenza della C. giust. UE e vi era margine di incertezza sulla esegesi della normativa nazionale, che nell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, pur prevedendo il dovere di indicare i costi della manodopera e gli oneri aziendali, non prevede espressamente la pena di esclusione; solo in via esegetica, e non senza diversi arresti, si è pervenuti ad affermare che siccome costi della manodopera e oneri aziendali vanno indicati "nell'offerta economica" e siccome non è ammesso il soccorso istruttorio se mancano elementi dell'offerta, la omissione è sanzionata con l'esclusione. Il bando di gara nella vicenda *de quo* risente dei contrasti esegetici dell'epoca in cui è stato pubblicato, optando per l'esegesi – pure ad un certo punto seguita da alcune pronunce sia del Consiglio di Stato che del CGARS - secondo cui costi della manodopera e oneri aziendali non sono elementi costitutivi dell'offerta, ma "giustificativi dell'offerta" che possono essere prodotti anche *ex post* in sede di verifica dell'anomalia.

Nella prospettiva sopra delineata è, pertanto, corretto il riferimento, contenuto nella sentenza gravata, alla sussistenza della facoltà degli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice.

14. Conclusivamente il motivo d'appello non merita di essere accolto, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

Quanto sopra esime il Collegio dal valutare i motivi del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, non esaminati dal Tar e riproposti in appello, che restano improcedibili per difetto di interesse, come ritenuto dal Tar. Si deve dunque confermare la sentenza del Tar anche nella parte in cui ha assorbito le censure rivolte contro la prima classificata. Invero, essendo infondate le censure volte a conseguire l'esclusione della seconda e terza classificata, nessun vantaggio l'odierna appellante, quarta classificata, trarrebbe da un ipotetico accoglimento delle censure

rivolte contro la prima classificata, in quanto non potrebbe comunque conseguire l'aggiudicazione, essendo preceduta in graduatoria dalla seconda e dalla terza, la cui ammissione in gara ha resistito al giudizio.

15. Le oscillazioni giurisprudenziali sulla questione di diritto per cui è causa giustificano la compensazione delle spese nel presente grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del presente grado di giudizio compensate.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Marco Buricelli, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Giuseppe Verde, Consigliere

Maria Immordino, Consigliere

L'ESTENSORE

Sara Raffaella Molinaro

IL PRESIDENTE

Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO