

Sulle conseguenze della mancata indicazione degli oneri di sicurezza: il quesito all'Adunanza plenaria anche da parte del CGRS

di Licia Grassucci

Data di pubblicazione: 22-11-2018

Sono sottoposte, ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a., all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le seguenti questioni di diritto: "1) se, per le gare bandite nella vigenza del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la mancata indicazione separata del costo della manodopera (e degli oneri di sicurezza) 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 costi e 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 costi e oneri; 2) se, ai fini della eventuale operatività del soccorso istruttorio, assuma rilevanza la circostanza che la lex specialis taccia sull'onere di indicazione del costo della manodopera e degli oneri di sicurezza ovvero richiami espressamente l'obbligo di dichiarare il costo della manodopera e gli oneri di sicurezza".

Il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha rimesso la stessa questione all'Adunanza Plenaria con due distinte ordinanze^[1]. A loro volta, i quesiti seguono quelli, di uguale tenore, già formulati dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato e fissati per la discussione all'udienza del 12 dicembre 2018^[2].

Sulla questione di diritto circa la valenza immediatamente escludente (a prescindere dal soccorso istruttorio) dell'inosservanza dell'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza e dei costi della manodopera di cui all'art. 95, comma 10, d.lgs. 50/2016, specie nel caso di silenzio sul punto della *lex specialis*, insistono opposti orientamenti giurisprudenziali.

L'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 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)".

In base ad un primo orientamento, la previsione è imposta a pena di esclusione e, anche se non ripetuta nel bando di gara, non consente il soccorso istruttorio.

Secondo un altro orientamento, invece, l'indicazione degli oneri di sicurezza e del costo della

manodopera non attiene agli elementi costitutivi dell'offerta, ma alle sue giustificazioni e, pertanto, l'omessa indicazione a corredo dell'offerta non sarebbe causa di esclusione per la sola omissione formale, dovendosi attivare il soccorso istruttorio.

Il problema si pone in relazione alla sentenza 27 luglio 2016, n. 19, con la quale l'Adunanza plenaria, con riferimento al codice appalti del 2006, ha ritenuto che l'omessa indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale, qualora al riguardo non sia stato specificato nulla dalla legge di gara e gli stessi non siano in contestazione dal punto di vista sostanziale, non comporta l'esclusione del concorrente se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio.

Dopo l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici e specificamente del citato art. 95, comma 10, una parte della giurisprudenza, anche prendendo spunto dal fatto che la sentenza n. 19 del 2016 della Plenaria ha circoscritto espressamente la portata del principio enunciato alle gare bandite nel vigore del d.lgs. n. 163/2006, 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*[\[3\]](#).

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*). Alla soluzione opposta si giungerebbe, invece, solo qualora si contestasse 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[\[4\]](#).

Il problema assume rilevanza generale sul piano socio-economico oltre che giuridico. Infatti, a fronte dell'incertezza del quadro normativo e delle oscillazioni della giurisprudenza, al riguardo si registrano differenti prassi delle stazioni appaltanti, talune che ammettono e altre che escludono le offerte per l'omissione formale.

Pertanto, come evidenziato dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, si auspica che l'Adunanza plenaria, qualunque sia la decisione che verrà assunta, limiti al futuro gli effetti del principio di diritto che enuncerà[\[5\]](#).

[\[1\]](#) L'altra ordinanza è la n. 773 del 20 novembre 2018.

[\[2\]](#) Ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a. sono state sottoposte all'Adunanza plenaria del

Consiglio di Stato le seguenti questioni di diritto: “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”(Cons. Stato, Sez. V, 25 ottobre 2018, n. 6069; Id., 26 ottobre 2018, n. 6122).

[3] Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2017, n. 815, secondo cui non sarebbe 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”. Sul punto, v. anche altre sentenze della V Sezione del Consiglio di Stato (28 febbraio 2018, n. 1228; 12 marzo 2018, n. 1228; 25 settembre 2018, n. 653).

[4] Cons. Stato, Sez. III, 27 aprile 2018, n. 2554; Cons. G.A. Reg. Sic., 7 giugno 2018, n. 344. Questo indirizzo fa leva essenzialmente sulla disciplina e sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia e sul precedente dell’Adunanza plenaria n. 19 del 2016.

Un’interpretazione della nuova normativa sui contratti pubblici che faccia discendere dall’omessa indicazione dei costi per la sicurezza un effetto automaticamente espulsivo si porrebbe in contrasto con il quadro del diritto euro-unitario (art. 57, par. 6, della direttiva 24/2014), per come interpretato costantemente dalla Corte di giustizia UE (sentenze 2.6.2016 in C- 27/15 e 10.11.2016, in C- 140/2016). Infatti, la Corte ha più volte ribadito che non è legittimo escludere il concorrente solo per un vizio formale della domanda o dell’offerta, a condizione che - nel caso degli oneri per la sicurezza - gli stessi siano stati sostanzialmente ricompresi nel prezzo dell’offerta, pur in difetto della loro preventiva specificazione. Con ciò avvalorando la bontà della soluzione già fatta propria dalla Plenaria n. 19/2016, nella vigenza del codice del 2006, nel senso che la mancata indicazione degli oneri per la sicurezza interna non giustifica l’immediata esclusione dalla gara o l’annullamento dell’aggiudicazione.

[5] Si tratta del cd. *overruling*, già applicato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza del 22 dicembre 2017, n. 13. In quella occasione il Collegio ha attribuito alla propria decisione un effetto *ex nunc* in base a tre ordini di considerazioni: a) l'obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare; b) l'esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata; c) la necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche. V. anche Cass., Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144.

Leggi l'ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria

Pubblicato il 20/11/2018

N. 00772/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00718/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

sul ricorso numero di registro generale 718 del 2018, proposto da Industria italiana autobus s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Molinari, Alessandro Tozzi, Laura Di Giovanni, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Guido Molinari in Roma, via degli Scipioni, 281, e PEC come da Reginde del Ministero della giustizia;

contro

Comune di Palermo, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Carmelo Lauria, con domicilio eletto presso il suo studio in Giustizia, Pec come da Registro PPAA del Ministero della giustizia;

nei confronti

Iribus Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Carlo Malinconico, con domicilio eletto presso lo studio Gabriele La Malfa Ribolla in Palermo, via Nunzio Morello, 40 e PEC come da Reginde del Ministero della giustizia;

per la riforma della sentenza breve del T.A.R. SICILIA – PALERMO, III n. 1552/2018

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Palermo e di Iribus Italia s.p.a.;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2018 il Cons. Giuseppe Verde e uditi per le parti gli avvocati Nicola Giudice su delega di Alessandro Tozzi, Carmelo Lauria, Riccardo Rotigliano su delega di Carlo Malinconico;

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, sezione terza – Palermo, l'Industria Italiana Autobus s.p.a ha impugnato la nota prot. n. 680050 del 7.5.2018 con la quale il Comune di Palermo ha disposto l'esclusione della società ricorrente dalla procedura aperta per la fornitura di n. 33 autobus urbani, suddivisa in n. 2 lotti, relativamente al lotto n. 1, trasmessa a mezzo PEC in pari data nonché del provvedimento prot. n. 700246 dell'11.5.2018, con il quale il Comune di Palermo ha disposto l'aggiudicazione di entrambi i lotti alla Iribus Italia s.p.a.

L'Industria italiana autobus ha chiesto la condanna del Comune resistente al risarcimento del danno subito dalla ricorrente per la illegittima esclusione: in via principale, in forma specifica mediante reingresso nella procedura; ovvero, in via gradata, per equivalente economico.

1.1. Le doglianze dedotte in primo grado atenevano alla:

I) violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. - eccesso di potere per carenza di motivazione;

II) violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli articoli 83, comma 9 e 95, comma 10 - eccesso di potere per difetto di istruttoria;

III) violazione e falsa applicazione dell'articolo 95, comma 10 - eccesso di potere per travisamento dei fatti; e chiedendo, in subordine il risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati.

Parte ricorrente ha sostenuto che gli atti impugnati sarebbero illegittimi in quanto avrebbe errato la commissione di gara nel non consentire, attraverso il soccorso istruttorio, di rimediare alla mancata espressa indicazione dei costi per il personale, da considerarsi un mero errore formale; inoltre l'appalto per cui è causa dovrebbe farsi rientrare nelle ipotesi delle forniture senza posa in opera, per le quali non opera la prescrizione dell'indicazione separata dei costi per la mano d'opera.

2. Con la sentenza breve indicata in epigrafe il giudice di prime cure ha respinto il ricorso e compensato le spese fra le parti.

2.1. La sentenza impugnata non ignora che sulla questione di diritto su cui ruota la controversia insistono recenti approdi giurisprudenziali che sono giunti alla conclusione che tale omissione non determinerebbe, di per sé, l'esclusione dell'offerta dalla gara; dal momento che la mancata evidenziazione dei costi della manodopera si pone in termini in parte diversi dalla mancata evidenziazione degli oneri di sicurezza (Cons. St., III, 27.4.2018 n. 2554; Cons. giust. sic., 7.6.2018 n. 344).

2.2. Il Tar Sicilia ritiene però che il percorso motivazionale delle citate decisioni del Consiglio di Stato e del CGARS non sia convincente:

“Al fine di sgombrare il campo da qualsiasi possibile errata ricostruzione di questioni di carattere pregiudiziale, che comunque influenzano la presente decisione, ritiene in primo luogo il collegio, in linea con la costante giurisprudenza amministrativa, che una chiara disposizione di legge, prescrittiva di specifici oneri, determina la così detta eterointegrazione degli atti di gara, di modo che quelle prescrizioni di legge diventano comunque regole vincolanti per la gara che viene in rilievo, ancorché non riprodotte tra le specifiche disposizioni per essa dettate.

Inoltre la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di chiarire che l'omesso rispetto di tali puntuali indicazioni - ove non rimediabile all'interno degli strumenti previsti nell'ambito del procedimento volto all'aggiudicazione di appalti pubblici - determina l'esclusione dalla gara, seppur non espressamente prevista (per entrambi i principi cfr. Consiglio di Stato A.P. n. 19 del 27 luglio 2016).

Ciò premesso le indicazioni contenute al comma 10 dell'art. 95 del codice degli appalti hanno indubbiamente le caratteristiche di una norme cogenti, che prescrivono specifici oneri in ordine alla modalità di redazione della parte economica di un'offerta presentata nell'ambito di una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico; tali disposizioni in particolare prescrivono la necessità di indicare i costi di manodopera e gli oneri di sicurezza.

In primo luogo rileva il collegio che il termine “indicare” ha un inequivoco significato, diverso dal termine “considerare”; non è pertanto condivisibile la conclusione a cui giunge la sopra richiamata decisione del C.G.A. secondo la quale la norma sarebbe rispettata ove gli oneri di sicurezza fossero stati considerati, seppur non specificati (rectius indicati); e ciò anche a prescindere dalle difficoltà concrete di evitare successive manipolazioni di comodo della parte economica dell'offerta presentata.

Giunti pertanto alla conclusione che la disposizione che viene in rilievo richiede, con carattere di cogenza, la specifica indicazione dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza, e non la loro semplice considerazione nell'indistinta offerta economica presentata, ritiene altresì il collegio che l'indicazione di tali oneri non possa costituire oggetto di soccorso istruttorio, per ragioni logiche e letterali, diversamente da quanto sembra ritenere la decisione della terza sezione del Consiglio di Stato sopra richiamata (il C.G.A. in realtà pone la questione in termini diversi).

Invero il comma 9 dell'art. 83 del codice degli appalti esclude espressamente che il soccorso istruttorio possa riguardare carenze relative all'offerta economica, oltre a quelle dell'offerta tecnica, all'evidente scopo di evitare manipolazioni di comodo dell'offerta precedentemente presentata; inoltre se è vero che il comma 10 dell'art. 95 richiede espressamente che vengano autonomamente indicati taluni oneri - come ritiene il collegio sulla base delle considerazioni svolte - la loro omessa evidenziazione non è un'omissione formale, ma integra pienamente la violazione sostanziale della prescrizione di legge.

Un ultimo argomento di carattere logico - sistematico.

La norma che viene in rilievo non si inserisce, anche sistematicamente, nell'ambito della disciplina dell'anomalia, come afferma il C.G.A.: la norma ha l'evidente scopo di perseguire l'interesse, assunto ad interesse generale, del rispetto dei diritti dei lavoratori (sia come condizioni salariali che di sicurezza degli ambienti di lavoro), che prescinde dalla serietà complessiva dell'offerta presentata, oggetto dell'eventuale sub procedimento sull'anomalia dell'offerta; e tale interesse viene perseguito imponendo a chi presenta un'offerta di evidenziare gli oneri di manodopera e di sicurezza, al fine di consentire la verifica della loro congruità (per gli oneri di manodopera espressamente prevista), perché è socialmente inaccettabile che la fisiologica dinamica concorrenziale, nell'acquisizione di appalti pubblici, induca alla violazione dei diritti dei lavoratori.

Diversamente da quanto sembra ritenere le sopra richiamata sentenza del Consiglio di Stato - correttamente interpretata la norma che viene in rilievo - non è vero che è possibile individuare una linea di continuità tra le disposizioni dettate nell'ambito del d.lgs. n. 163/2006 e quelle del d.lgs. n. 50/2016: l'art. 87, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006 prescrive la necessità di indicare gli oneri di sicurezza, con riferimento alle giustificazioni che possono essere fornite in caso di offerta anomala (ingenerando forti dubbi sul fatto che tale omissione potesse essere rilevata anche in caso di offerta non anomala, e comunque riconducendo la questione all'ambito logico della valutazione delle offerte anomale), mentre l'attuale disciplina pone, in termini generali e inequivoci, l'obbligo di incorporare gli oneri di manodopera e di sicurezza, dalla restante parte dell'offerta economica, mutando completamente il quadro e la ratio stessa ad essa sottesa, riconducibile non tanto alla verifica della serietà dell'offerta nel suo complesso, ma ad una tutela preventiva e maggiormente penetrante dei diritti dei lavoratore; inoltre il comma 9 dell'art. 83 esclude, con altrettanta chiarezza, la possibilità di attivare il soccorso istruttorio.

In conclusione il collegio ritiene che l'art. 95, comma 10, indichi una specifica vincolante modalità di redazione dell'offerta economica, con la necessaria indicazione separata degli

oneri di manodopera e di sicurezza; che il mancato rispetto di tale vincolante prescrizione non possa essere sanato attraverso il soccorso istruttorio e che determini l'esclusione dalla gara."

3. Per la riforma della detta sentenza ha proposto appello l'originaria ricorrente Industria Italiana Autobus s.p.a.

Il ricorso in appello deduce l'erroneità della sentenza impugnata perché si basa sull'assunto che consentire l'accesso al soccorso istruttorio, nel caso in esame, comporterebbe (a) la manipolazione dell'offerta economica, (b) la lesione dei diritti dei lavoratori.

3.1. Preliminarmente l'appellante,

- richiama la giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo cui *"non è violato il disposto dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, il quale esclude dal soccorso istruttorio le incompletezze afferenti all'offerta tecnica ed economica, quando la stazione appaltante consenta all'impresa di specificare la consistenza degli oneri per la sicurezza già inclusi (ma non distinti) nel prezzo complessivo dell'offerta, senza ovviamente manipolare o modificare in corso di gara l'offerta stessa in violazione della trasparenza e della parità di trattamento tra i concorrenti"* (Cons. St., III, 27.4.2018 n. 2554);

- considera *"ineccepibile l'esclusione del concorrente che nella propria offerta esponga costi di mano d'opera tali da consentire alla stazione appaltante di verificare che l'offerta economica sia costituita in violazione dei limiti salariali. Inaccettabile è invece escludere il concorrente che nessuna violazione ha commesso rispetto a tali limiti, quantomeno prima di aver eventualmente accertato che tale violazione sia contenuta nella documentazione di gara"*.

3.2. L'appello è affidato ai seguenti motivi:

l) violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 - eccesso di potere per carenza di motivazione: l'esclusione della società appellante è stata disposta in violazione dell'art. 95, comma 10 del d.lgs. n. 50/2016 nella parte in cui ha ritenuto di non consentire il soccorso istruttorio in relazione ad una irregolarità di carattere evidente formale e non sostanziale, ed in palese carenza di un adeguato supporto motivazionale.

Parte appellante richiama al riguardo l'ordinanza 24.4.2018 n. 4562, con cui il TAR del Lazio – Roma, II-bis, nel sospendere il giudizio, ha rimesso alla Corte di Giustizia UE il seguente quesito:

"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.lgs. n. 50/2016, secondo la quale

l'omessa separata indicazione dei costi della manodopera nelle offerte economiche di una procedura di affidamento di servizi 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 nella documentazione di gara e, ancora, a prescindere dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispetti effettivamente i costi minimi della manodopera, in linea peraltro con una dichiarazione all'uopo resa dalla concorrente";

I) violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli articoli 83, comma 9 e 95, comma 10 d.lgs. n. 50/2016 - eccesso di potere per difetto di istruttoria: con il presente motivo la società appellante critica la sentenza impugnata per la posizione assunta in merito al soccorso istruttorio escluso in ragione della natura dell'art. 95, comma 10 che, secondo il Tar indica "una specifica vincolante modalità di redazione dell'offerta economica, con la necessaria indicazione separata degli oneri di manodopera e di sicurezza; che il mancato rispetto di tale vincolante prescrizione non possa essere sanato attraverso il soccorso istruttorio e che determini l'esclusione dalla gara".

Le doglianze avanzate con il presente motivo richiamano la già citata giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo cui "*il divieto di ricorrere al soccorso istruttorio per gli elementi dell'offerta tecnica ed economica di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, laddove si intendesse riferito anche ai chiarimenti sul rispetto degli obblighi in materia di sicurezza sul lavoro, non potrebbe mai costituire quell'eccezione consentita al legislatore interno dall'art. 56, par. 3, della Direttiva in virtù di una «contraria disposizione del diritto nazionale che attua la presente direttiva», poiché il divieto di ammettere qualsivoglia chiarimento sul punto costituirebbe evidentemente una disposizione nazionale violativa e non applicativa di tale Direttiva e, in parte qua, da disapplicarsi*" (Cons. St., III, 27.4.2018 n. 2554). Con la conseguente conclusione per cui "*l'obbligo di considerare espressamente gli oneri per la sicurezza aziendale (cc.dd. oneri interni) nell'offerta economica, ora codificato dall'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, non comporta l'automatica esclusione dell'impresa concorrente che, pur senza evidenziarli separatamente nell'offerta, li abbia comunque considerati nel prezzo complessivo dell'offerta*". Secondo l'appellante, in conclusione, il ricorso al soccorso istruttorio non inciderebbe sull'offerta economica che rimane immutata così che il principio della *par condicio* è nel caso di specie impregiudicato;

III) violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 10 - eccesso di potere per travisamento dei fatti: secondo l'appellante il servizio di manutenzione in *full service* non rientrerebbe tra le forniture con posa in opera, o tra i servizi in senso proprio, e ciò perché la conclusione cui è pervenuta la sul punto la Stazione appaltante non sarebbe coerente con la fattispecie qui in esame rispetto alla quale la manutenzione rientrerebbe proprio tra le forniture *senza* posa in opera, rispetto alle quali agisce l'esclusione di cui al comma 10, articolo 95.

3.3. La società appellante chiede,

- che in accoglimento dei suesposti motivi sia annullata la propria esclusione dalla gara nonché, per illegittimità derivata, l'aggiudicazione;

-in subordine, la sospensione del giudizio in attesa della pronuncia già richiesta dal Tar Lazio, sezione seconda bis (ordinanza 24.4.2018 n. 4562) alla Corte di giustizia UE sul punto ovvero la rimessione della questione alla C. giust. UE da parte del Consiglio di giustizia amministrativa;

- la condanna del Comune di Palermo al risarcimento del danno patito dall'odierna ricorrente in conseguenza della illegittima esclusione, e precisamente:

a) in via principale, al risarcimento in forma specifica mediante riammissione alla procedura;

b) in via gradata, al risarcimento per equivalente economico, con riferimento alla perdita di *chance* ed alla lesione dell'immagine, con riserva di successiva quantificazione in corso di giudizio, sussistendo nella specie tutti gli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c.

4. Il Comune appellato ha eccepito l'inammissibilità dell'appello in quanto la società appellante si sarebbe limitata a riproporre in appello le doglianze già prospettate con il ricorso introduttivo, da qui la conclusione che l'appello sarebbe inammissibile *"in quanto generico e non supportato da specifiche critiche nel merito del percorso argomentativo seguito dal primo Giudice"*.

Nel merito il Comune ritiene che la determinazione assunta dalla stazione appaltante di esclusione della società appellante sia corretta e chiede che il ricorso sia rigettato e la sentenza impugnata sia confermata.

5. Si è costituita in appello la controinteressata Società Iribus s.p.a. che preliminarmente eccepisce l'inammissibilità del ricorso in appello. Si sostiene che l'appello violerebbe l'obbligo previsto dall'art. 101 c.p.a. di specifica indicazione delle censure contro i capi della sentenza gravata, genericamente criticata come erronea, si aggiunge ancora che l'appello si limita poi alla pedissequa e letterale riproposizione dei motivi di primo grado.

Nel caso in esame la sentenza impugnata ben amministra sia il novellato l'art. 95 comma 10 del d.lgs. 50/2016 che l'art. 83 comma 9 del nuovo codice, il quale escluderebbe espressamente il soccorso istruttorio per gli elementi dell'offerta economica.

La difesa della società controinteressata risponde all'appello con precise controdeduzioni:

- il primo motivo dell'appello sarebbe infondato perché il bando di gara prevedeva chiaramente all'art. 19 che il soccorso istruttorio, è ammesso [...] con i limiti e le modalità di cui all'art. 83 comma 9 del Codice". Ingiustamente, quindi, la ricorrente lamenterebbe il mancato soccorso istruttorio. L'istituto è regolato nell'art. 83, comma 9, del nuovo Codice secondo cui sono escluse dal suo ambito applicativo le incompletezze *"afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica"*. Costituiscono inoltre sempre per la citata disposizione *"irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa"*.

Corretta sarebbe l'espulsione dell'appellante disposta dalla stazione appaltante.

- il secondo motivo di appello sarebbe infondato perché l'art. 95 comma 10 parla in modo inequivocabile di espressa indicazione degli oneri. Ciò al fine di tutelare la genuinità del confronto concorrenziale da un lato e, dall'altro, di evitare indebiti abbassamenti dei costi del lavoro, oltre i limiti salariali previsti, una volta che l'offerta specificamente non li indichi. Si sostiene che la determinazione espulsiva adottata dalla stazione appaltante avrebbe escluso il potenziale rischio di alterazione della *par condicio* non potendosi considerare detta stazione responsabile per l'inadeguata formulazione dell'offerta economica della società appellante;

- infondato, infine, sarebbe anche il terzo motivo dell'appello: l'oggetto principale dell'appalto, innanzitutto, era la fornitura di n. 33 autobus urbani, comprensiva anche del servizio di manutenzione *full service*. Non dunque una fornitura senza posa in opera, bensì un servizio di manutenzione.

La società controinteressata:

- ritiene che l'infondatezza dell'appello esclude la fondatezza della domanda risarcitoria;

- pur consapevole che la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza 25.10.2018 n. 6069 ha deferito la questione all'Adunanza plenaria, ritiene che *"va anche considerato che altro sono gli oneri della sicurezza e altro è il costo della manodopera, che inevitabilmente incide sulla formulazione dell'offerta economica in modo variabile e quindi non omogeneo nelle varie offerte"*.

6. Il Collegio preliminarmente rileva l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale 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'art. 95, comma 10, d.lgs. 50/2016, specie nel caso di silenzio sul punto della *lex specialis* (come accade nella vicenda odierna).

7. L'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, e s.m.i. 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 della disposizione ha dato luogo a due orientamenti, quello secondo cui la previsione è imposta a pena di esclusione, anche se non ripetuta nel bando di gara, e non consente il soccorso istruttorio; quello, seguito dalla III sezione del Consiglio di Stato e da questo Consiglio di giustizia, secondo cui la indicazione degli oneri di sicurezza e del costo della manodopera non attiene agli elementi costitutivi dell'offerta, ma alle sue giustificazioni, e pertanto l'omessa indicazione a corredo dell'offerta non sarebbe causa di esclusione per la sola omissione formale, dovendosi attivare il soccorso istruttorio.

9. In sintesi, il contrasto riguarda la perdurante vigenza, dopo l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici 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. 19/2016 ha circoscritto espressamente la portata del principio enunciato alle gare bandite nel vigore del d.lgs. n. 163/2006, 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, 7.2.2017 n. 815.

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'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 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 27.7.2016 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".

11. A questo indirizzo interpretativo paiono aver aderito le sentenze della V Sezione del Consiglio di Stato 28.2.2018 n. 1228, 12.3.2018 n. 1228, 25.9.2018 n. 653.

12. Il secondo indirizzo interpretativo è stato, invece, espresso da Cons. St., III, 27.4.2018 n. 2554 e da questo Consiglio con la sentenza 7.6.2018 n. 344. Come chiarito dal CGA con la decisione da ultimo richiamata, l'indirizzo qui in esame fa leva essenzialmente sulla (disciplina e sulla) giurisprudenza della Corte di Giustizia, in particolare sulle pronunce 2.6.2016 in C-27/15 e 10.11.2016, in C-140/2016, e sul ricordato precedente dell'Adunanza plenaria del 2016, ispirato ad una visione e ad una soluzione sostanzialista del problema.

Tanto premesso, non è (più) dubitabile che il legislatore del 2016 prescriva adesso 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". Si tratta piuttosto di stabilire quali siano le conseguenze nel caso in cui un simile obbligo non sia adempiuto e, in particolare, se ciò debba determinare in via automatica l'esclusione del concorrente dalla gara tanto più in un caso, come quello odierno, in cui la *lex specialis* nulla indicava in tema di oneri di sicurezza e costi della manodopera.

A questa domanda il precedente del Cons. giust. sic. 7.6.2018 n. 344 ha ritenuto che si debba rispondere muovendo da due considerazioni.

La prima è che testualmente il codice non commina alcun effetto espulsivo per l'inadempimento di tale obbligo.

La seconda considerazione ha a che vedere con la finalità di questo obbligo di legge, che è in funzione della verifica della congruità dell'offerta economica, fase per la quale, ove si dubiti di tale serietà, è previsto, in primo luogo dal diritto euro-unitario, un vero e proprio subprocedimento, da svolgersi in contraddittorio con l'offerente.

Il CGA (sentenza n. 344/2018) ha così disatteso un'interpretazione della nuova normativa sui contratti pubblici, quale quella seguita nella sentenza qui impugnata, che faccia discendere dall'omessa indicazione dei costi per la sicurezza un effetto automaticamente espulsivo, in quanto tale approdo ermeneutico si porrebbe in contrasto con il quadro del diritto euro-unitario (v. art. 57, par. 6, della direttiva 24/2014), per come interpretato costantemente dalla Corte di giustizia UE; in precedenti in cui la Corte ha più volte ribadito che non è legittimo escludere il concorrente solo per un vizio formale della domanda o dell'offerta, a condizione che - nel caso degli oneri per la sicurezza - gli stessi siano stati sostanzialmente ricompresi nel prezzo dell'offerta, pur in difetto della loro preventiva specificazione. Con ciò avvalorando la bontà della soluzione già fatta propria dalla Plenaria n. 19/2016, nella vigenza del codice del 2006, nel senso che la mancata indicazione degli oneri per la sicurezza interna non giustifica

l'immediata esclusione dalla gara o l'annullamento dell'aggiudicazione.

13. In questo quadro giurisprudenziale, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza 25.10.2018 n. 6069 ha deferito, in una controversia analoga a quella qui in esame, la soluzione all'Adunanza plenaria.

14. Questo Collegio, preso atto del contrasto interpretativo, per la cui soluzione propende a favore della tesi già sostenuta dal precedente della sezione n. 344/2018, a sua volta ne rimette la risoluzione all'Adunanza plenaria.

A titolo di collaborazione, ritiene che sia da preferire la tesi che consente il soccorso istruttorio.

Oltre agli argomenti già esposti dal precedente della sezione n. 344/2018, che il Collegio fa propri, si osserva che:

a) consentire il soccorso istruttorio in presenza di una omissione formale non significa affatto consentire che l'operatore economico possa comprimere la tutela dei lavoratori; non è in discussione che gli oneri di sicurezza e il costo della manodopera vadano giustificati e debbano rispettare tutte le norme vigenti;

b) trasformare in elemento costitutivo dell'offerta un elemento che è invece una giustificazione dell'offerta (attesa la diretta incidenza causale del costo della manodopera e degli oneri di sicurezza sull'importo finale dell'offerta), si traduce in un contrasto con il diritto europeo, per come interpretato dalla Corte di giustizia, che ha sempre ritenuto che le giustificazioni dell'offerta debbano essere successive e non preventive.

Infine, il Collegio rileva che l'incertezza del quadro normativo e le oscillazioni della giurisprudenza hanno comportato differenti prassi delle stazioni appaltanti, talune che ammettono e altre che escludono le offerte per l'omissione formale. Tanto andrebbe considerato in sede di decisione della Plenaria, attribuendo ad essa, quale che ne sia l'esito, un effetto *ex nunc* con sanatoria dell'operato delle stazioni appaltanti difforme dalla (emandanda) soluzione della Plenaria.

Sembrano infatti ricorrere, nella specie, tutti i presupposti in presenza dei quali la Plenaria ha già ritenuto che sia possibile limitare al futuro gli effetti del principio di diritto da essa enunciato [Cons. St., ad. plen., 22.12.2017 n. 13: "*a) l'obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare; b) l'esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata; c) la necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche*"].

Alla luce delle considerazioni che precedono, il Collegio ritiene, pertanto, di sottoporre, ai sensi dell'art. 99, comma 1 c.p.a., 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 del costo della manodopera (e degli oneri di sicurezza) 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 costi e 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 costi oneri;

2) se, ai fini della eventuale operatività del soccorso istruttorio, assuma rilevanza la circostanza che la lex specialis taccia sull'onere di indicazione del costo della manodopera e degli oneri di sicurezza (come nel caso di specie) ovvero richiami espressamente l'obbligo di dichiarare il costo della manodopera e gli oneri di sicurezza".

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, rimette all'Adunanza plenaria i quesiti di cui in motivazione.

Spese al definitivo.

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 Palermo nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Silvia La Guardia, Consigliere

Carlo Modica de Mohac, Consigliere

Giuseppe Barone, Consigliere

Giuseppe Verde, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giuseppe Verde

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO