

Publicato il 24/01/2019

N. 00001/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00015/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 15 di A.P. del 2018,
proposto da

Raggio di Sole Società Cooperativa Onlus, in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso
dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC
da Registri di Giustizia e 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 Soc. Coop. Soc., in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso
dall'avvocato Giuseppe Misserini, con domicilio digitale come

da PEC da Registri di Giustizia e 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 di La Scintilla Soc. Coop. Soc.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2018 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Tozzi Luca, e Misserini Giuseppe.

1.§. L'oggetto della controversia

La “Raggio di Sole Società Cooperativa Onlus”, seconda in graduatoria, impugna la sentenza con cui il TAR Puglia - sede di Lecce ha respinto il suo ricorso avverso l’aggiudicazione alla società “La Scintilla Sociale Società Cooperativa Sociale” della procedura di gara bandita dal “Consorzio per l’inclusione sociale dell’A.T. Fasano-Ostuni- Cisternino “diretta all’affidamento in concessione dell’asilo nido del Comune di Cisternino (per un valore di euro 133.155,00.

Il primo giudice ha giudicato legittima la mancata esclusione della società controinteressata dalla gara, da parte della Stazione appaltante, a causa dell’omessa indicazione nella sua

offerta economica dei costi della manodopera, ritenendo che tale prescrizione avrebbe costituito una causa non indicata quale motivo di esclusione dagli articoli 83 e 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016. Né tale obbligo sarebbe stato previsto dal bando, dal disciplinare di gara, dalla lettera di invito, dal modulo dell'offerta economica per la gara oggetto del presente giudizio. Inoltre nella modulistica predisposta sulla piattaforma M.E.P.A., da utilizzare obbligatoriamente per la redazione dell'offerta economica, non sarebbe stato previsto il campo per l'inserimento della relativa dichiarazione.

La Società Raggio di Sole ha quindi appellato la predetta sentenza lamentando in sintesi:

1.) Con la prima rubrica che:

-- la decisione di non escludere l'offerta dell'aggiudicataria di indicazioni sul costo della manodopera, per la mancata previsione di un siffatto obbligo nella *lex specialis*, sarebbe erroneamente fondata sulla ritenuta non etero-integrabilità dalle previsioni del bando con l'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016. Pur nel silenzio della *lex specialis*, la mancata indicazione degli oneri della sicurezza e dei costi per la manodopera avrebbe dovuto comportare l'esclusione della concorrente perché si sarebbe trattato di un adempimento necessario, derivante da una norma primaria, come tale, quindi, conoscibile con certezza *ex ante*;

-- il richiamo ai precedenti giurisprudenziali che avevano escluso l'eterointegrazione sarebbero inconferenti perché relativi ai requisiti di partecipazione ad una procedura di gara;

-- le pronunce dell'Adunanza Plenaria (Cons. di Stato, Ad. Plen. n. 9 del 2014; Cons. Stato, Ad. Plen., n. 19 del 27 luglio 2016) e 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 giurisprudenziale di interpretazione dell'art. 87, comma 4, del Codice di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, relativo agli oneri aziendali (di cui alla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 3 del 2015, e nn. 19 e 20 del 2016). I predetti principi sarebbero stati pertanto applicabili alle sole gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, che ora risolverebbe 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;

-- non avrebbe tenuto conto dell'indirizzo di questo Consiglio di Stato (cfr. Sezione V, n. 815 del 7 febbraio 2017), che 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"*.

2.) Il secondo motivo è affidato alle deduzioni che la sentenza impugnata sarebbe erronea per non aver dichiarato l'illegittimità della condotta della stazione appaltante la quale, su richiesta di chiarimenti della controinteressata successiva

alla notifica del ricorso, avrebbe operato un tardivo e inammissibile soccorso istruttorio per consentire di sanare le carenze dell'offerta economica a suo tempo presentata. L'accertamento della congruità, rispetto alle tabelle ministeriali, del costo della manodopera compreso nell'offerta economica della controinteressata ricorrendo alle 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, avrebbe consentito, a valle dell'aggiudicazione, di indicare per la prima volta, in sede di verifica di congruità, un valore economico, che invece doveva essere specificato nell'offerta, sanando la carenza di un'indicazione obbligatoria per legge.

3.) Con il terzo motivo si lamenta l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui:

-- non ha ravvisato l'illegittimità della attivazione del subprocedimento di verifica dell'anomalia successivamente all'approvazione dell'aggiudicazione definitiva. Tale verifica costituiva il presupposto dell'aggiudicazione e non già soltanto una condizione di efficacia della stessa;

-- ha concluso per la insostenibilità dell'offerta economica dell'aggiudicataria nonostante l'illogicità e l'irragionevolezza del giudizio di congruità formulato dalla stazione appaltante,

-- ha omesso di delibare sulla palese illegittimità dell'operato della Commissione che, senza alcuna motivazione, si sarebbe limitata ad affermare che il valore del costo della manodopera

sarebbe stato in linea con i minimi tabellari di cui al Contratto Collettivo Nazionale del Lavoro (CCNL).

Si sono costituiti in giudizio “La Scintilla Sociale” ed il Consorzio per l’Integrazione e l’Inclusione Sociale dell’Ambito Territoriale Sociale di Cisternino – Fasano – Ostuni (C.I.I.S.A.F.) eccependo l’inammissibilità, l’improcedibilità e comunque l’infondatezza nel merito dell’appello.

2.§. Le questioni pregiudiziali poste dall’ordinanza di rimessione a questa Adunanza Plenaria n. 6122 del 26 ottobre 2018.

La Quinta Sezione preliminarmente:

-- ha rilevato l’esistenza di un contrasto nella giurisprudenza di questo Consiglio di Stato in relazione alla valenza immediatamente escludente 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*;

-- pur prendendo atto della pendenza dinnanzi alla Corte di giustizia di una questione analoga a quella oggetto del presente giudizio, che è stata rimessa dal TAR per il Lazio (ordinanza 24 aprile 2018, n. 4562), non ha ritenuto di dover disporre la sospensione c.d. impropria del giudizio, né di sollevare analoga questione pregiudiziale di corretta interpretazione del diritto dell’Unione Europea;

-- ha invece ritenuto di dover sottoporre all’Adunanza plenaria, ai sensi dell’art. 99, comma 1, cod. proc. amm., la questione di diritto interno relativa all’interpretazione dell’art.

95, comma 10, del d.lgs. 50 del 18 aprile 2016 e s.m.i., quale mezzo atto a risolvere preventivamente in tempi più brevi i dubbi di compatibilità comunitaria e superare così 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.

3.5. Le posizioni delle parti

L'appellante Raggio di Sole, con memoria per l'Adunanza Plenaria in data 26 novembre 2018, ha ribadito come, nel vigente quadro normativo, non vi sarebbe più ragione di consentire agli operatori che hanno violato l'art. 95, comma 10 del d.lgs. di integrare un elemento essenziale dell'offerta economica, perché si finirebbe “per consentire agli operatori economici di “aggiustare” le varie voci in violazione della *par condicio*”. Di tale orientamento sembrerebbe non dubitare la stessa ordinanza di rimessione con i ripetuti richiami alla sentenza della V Sez. n. 815/2018.

A sua volta con memoria per l'Adunanza Plenaria del 26 novembre 2018, la controinteressata Scintilla Sociale ha osservato che l'interpretazione sostanzialistica della norma appare del tutto coerente con la finalità di accertare la congruità in concreto del costo della manodopera.

Con ulteriori scritti difensivi per in replica le predetti parti hanno ulteriormente ribadito le proprie argomentazioni.

Uditi i difensori delle parti all'udienza pubblica di discussione, il ricorso è stato ritenuto quindi in decisione alla udienza pubblica del 12 dicembre 2018.

4.§. L'individuazione dei termini della questione nell'ordinanza di rimessione

La Sezione Quinta ha osservato che l'art. 95, comma 10, del d.lgs. 50 del 18 aprile 2016, ha dato luogo a due orientamenti concernenti la perdurante, o meno, 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”*.

4.§.1. Un primo orientamento interpretativo, sul presupposto per cui il principio enunciato in quella sede fosse limitato alle gare bandite nel vigore del precedente d.lgs. n. 163 del 2006, ha ritenuto che, con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, la mancata indicazione separata dei costi per la sicurezza aziendale non avrebbe più potuto essere sanata attraverso il soccorso istruttorio, perché la norma avrebbe determinato, al contrario, un automatismo espulsivo

incondizionato a prescindere dalla assenza di uno specifico obbligo dichiarativo nella *lex specialis*.

Per la V Sezione, l'art. 95, comma 10 del Codice dei contratti avrebbe dunque chiarito l'obbligo per i concorrenti di indicare nell'offerta economica i c.d. costi di sicurezza aziendali ed avrebbe superato le incertezze interpretative, in ordine all'esistenza e all'ampiezza dell'obbligo dichiarativo, definite dall'Adunanza plenaria con le sentenze nn. 3 e 9 del 2015, ritenendo che, con tale *escamotage*, si finirebbe per consentire “... in pratica ad un concorrente (cui è riferita l'omissione) di modificare *ex post* il contenuto della propria offerta economica” (cfr. Sez. V 7 febbraio 2017, n. 815, e nello stesso senso *idem* 28 febbraio 2018 n. 1228, 12 marzo 2018, n. 1228, 25 settembre 2018, n. 653).

In particolare nella ricordata sentenza n. 815 cit. la Sezione V aveva rilevato che:

- in quei casi 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;
- l'obbligo emergerebbe comunque con adeguata chiarezza dalla *litera legis* in quel caso disattesa dalla società appellata;
- l'appellante avrebbe, poi, ancorato la determinazione del *quantum* di tali oneri ad un parametro incerto e fluttuante quale l'“ *un per cento del margine dell'offerta*”, per cui il livello delle spese destinate alla tutela della salute e della sicurezza sul

lavoro avrebbero potuto essere compromesse in caso in cui “..*ricadute economiche della commessa presentino un andamento negativo*”;

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

4.§.2. Il secondo orientamento interpretativo ha affermato invece che, anche dopo l’entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici e nonostante l’espressa previsione di un puntuale obbligo dichiarativo ex art. 95, comma 10, la mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale non determinerebbe di per sé l’automatismo espulsivo, almeno nei casi in cui tale obbligo dichiarativo non sia espressamente richiamato nella *lex specialis*, a meno che si contesti al ricorrente di aver presentato un’offerta economica indeterminata o incongrua, perché formulata senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento degli oneri di sicurezza (come affermato dalla Sezione III del Cons. Stato nella sentenza 27 aprile 2018, n. 2554).

In quella vicenda, la III Sezione, pur nella consapevolezza dell’esistenza di orientamenti non univoci, ha riformato la sentenza in accoglimento dell’appello proposto, evidenziando 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.

In tale direzione sarebbero rilevanti le considerazioni per cui:

-- 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;

-- l'art. 95, comma 10 deve essere letto 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 disciplina europea – che la stazione appaltante escluda il concorrente solo laddove, in sede di chiarimenti richiesti, detti oneri risultino incongrui;

-- tale soluzione non comporterebbe poi alcuna violazione del disposto dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 cit., 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;

-- in base al canone interpretativo di cui al brocardo *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*, l'aggiunta di un diverso ed ulteriore adempimento rispetto a quelli tipizzati finirebbe per far dire alla legge una cosa che legge non dice e che, si presume, non voleva dire;

-- se 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 di cui all'art. 83, comma 8 del nuovo. In base a tale disposizione 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), per cui in caso di equivocità delle disposizioni deve essere preferita l'interpretazione che, in aderenza ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza, eviti eccessivi formalismi e illegittime restrizioni alla partecipazione;

--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 2014/247UE, non si è realmente discostato dall'orientamento sostanzialistico del diritto dell'Unione, espressamente posto dall'art. 57 di tale

Direttiva), e 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;

-- la 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;

-- la direttiva 2014/24/UE di cui le norme del nuovo Codice costituiscono attuazione avrebbe *“replicato”* senza sostanziali modifiche la previgente direttiva 2004/18/CE, in virtù della 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 dell'Unione (per tutte Corti di Giustizia dell'Unione Europea, sez. VI, 10 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.

5.§. Analogo contrasto interpretativo si rinviene nella giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali.

5.§.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, TAR per la Calabria, I, 6 febbraio 2018, n. 332 e 7 febbraio 2018, n. 337; TAR. Sicilia Catania, III, 31 luglio 2017, n. 1981; TAR Campania, Salerno, Sez. I, 5 gennaio 2017, n. 34.

5.§.2. La contraria tesi c.d. sostanzialistica, favorevole al soccorso istruttorio 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; TAR Lazio-Roma, n. 8119 del 20 luglio 2017; TAR Lombardia-Brescia, n. 912 del 14 luglio 2017; TAR Sicilia-Palermo, n. 1318 del 15 maggio 2017.

5.§.3. La medesima questione, che era stata sollevata dal TAR per la Basilicata (ord. 25 luglio 2017, n. 525), è stata dichiarata irricevibile dalla Corte di Giustizia UE, sez. VI, 23 novembre 2017, in C-486/17.

Il TAR per il Lazio (ordinanza 24 aprile 2018, n. 4562) più recentemente ha nuovamente sottoposto all'attenzione della Corte di giustizia l'analoga questione pregiudiziale.

6.§. *Le ulteriori considerazioni della Sezione remittente*

6.§.1. L'Adunanza plenaria n. 19/2016 aveva chiarito che la mancanza degli oneri di sicurezza è in grado di ingenerare una situazione di insanabile incertezza assoluta sul suo contenuto solo se l'offerta economica non considera i costi derivanti dal doveroso adempimento degli obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori, in quanto l'aggiunta dell'importo corrispondente agli oneri di sicurezza inizialmente non computati comporterebbe una modifica sostanziale del "prezzo".

Nei casi in cui si contesti soltanto che l'offerente non ha specificato la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri, la carenza sarebbe solo formale ed il soccorso istruttorio sarebbe doveroso.

Al riguardo, se l'Adunanza plenaria n. 19 del 2016 aveva espressamente circoscritto la portata del principio enunciato alle gare bandite nel vigore del D.lgs. n. 163/2006, 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*", sembrerebbe 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.

6.§.2. L'obbligo, di cui al cit. art. 95, comma 10 non rappresenterebbe dunque 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 perché, 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 rende esplicito un obbligo dichiarativo che nel precedente sistema si ricavava, comunque, implicitamente dal tessuto normativo ed è un elemento di novità che non sarebbe in grado di escludere l'operatività del soccorso istruttorio, il quale, peraltro, nel passaggio dal vecchio al nuovo codice è stato potenziato attraverso la generalizzazione del principio di gratuità e l'eliminazione dell'ambigua categoria delle c.d. irregolarità non essenziali.

6.§.3. L'indicazione degli oneri di sicurezza ex art. 95, comma 10 sarebbe un obbligo indiscutibilmente previsto dalla legge a pena di esclusione, pur nel silenzio della *lex specialis* come riconosciuto in più occasioni dall'Adunanza plenaria (cfr. sentenza n. 9/2014).

L'eterointegrazione (e comunque la portata potenzialmente escludente dell'obbligo dichiarativo) non appare sufficiente per escludere l'operatività del soccorso istruttorio, ma, anzi, ne costituisce il presupposto applicativo perché 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.

6.§.4. 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 inammissibile modifica *ex post* dell'offerta. Tuttavia, la qualificazione degli oneri di sicurezza come elemento sostanziale dell'offerta si porrebbe in contrasto con la ricordata sentenza n. 19 del 2016, che ne limitava l'essenzialità ai casi nei quali il concorrente avesse formulato un'offerta economica senza considerare i detti costi, mentre (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*”.

La qualificazione dell'omessa indicazione in termini di elemento formale dell'offerta, per cui essi sono stati considerati inglobati nel prezzo, imporrebbe 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.

Tale opzione esegetica, in parte, differisce anche da quella accolta dalla ricordata sentenza n. 2554/2018 della III Sezione, 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, al dato formale relativo al richiamo o meno nella *lex specialis* del relativo obbligo dichiarativo). Tale conclusione 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 quello previsto dall'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016.

7.§. *Le questioni rimesse all'Adunanza Plenaria*

La Sezione remittente, pertanto, ha sottoposto, 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*'.

8.§. *Il quadro normativo*

8.§.1. Le disposizioni del diritto dell'Unione Europea

La questione dedotta resta attratta integralmente nelle seguenti disposizioni di cui alla Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici:

a) articolo 18 "Principi per l'aggiudicazione degli appalti"; in particolare:

-- ai sensi del paragrafo 1: *«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata».*

--a norma del paragrafo 2: *"2. Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X."*

In termini sostanzialmente coincidenti dispongono sia l'art. 30 ("Principi generali"), comma 3, la Direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e sia l'articolo 36 ("Principi per l'aggiudicazione degli appalti"), comma 2 la Direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali" per cui: *"2. Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di*

appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato XIV “:

b) articolo 56, paragrafo 3, di tale direttiva che stabilisce quanto segue:

«Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza».

c) articolo 69 (Offerte anormalmente basse) in base al quale

“1. Le amministrazioni aggiudicatrici impongono agli operatori economici di fornire spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse rispetto a lavori, forniture o servizi 2. Le spiegazioni di cui al paragrafo 1 possono, in particolare, riferirsi a:

(omissis)

d) il rispetto degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2;

8.§.2. Le disposizioni del diritto nazionale di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 ('Codice dei contratti pubblici').

8.§.2.1. All'articolo 83 ('Criteri di selezione e soccorso istruttorio'), comma 9, sono fissate le condizioni per

ammettere il c.d. ‘soccorso istruttorio’ per il caso di carenze formali delle domande di partecipazione.

Ai sensi di tale disposizione: *“Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”*.

8.§.2.2. L’articolo 95 (‘Criteri di aggiudicazione dell’appalto’) al comma 10 fissa l’obbligo per i concorrenti di indicare i costi per la manodopera e di sicurezza.

Ai sensi di tale disposizione

“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.§.2. 3. L'articolo 97 ('Offerte anormalmente basse'), al comma 5

Ai sensi di tale disposizione *“la stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni. Essa esclude l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4 o se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa in quanto:*

- *non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 [obblighi in materia ambientale e sociale].*
- *non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 105 [subappalto];*
- *sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 95, comma 10 rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture;*
- *il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16”.*

8.§.2. 4. L'art. 30 (Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e di concessioni”) del cit. d.lgs. n. 50 prevede:

-- al primo comma che: *“L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui*

è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico. “

-- al terzo comma che “3. Nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X.”

-- al quarto comma, che “4. Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente”.

9.§. La motivazione del rinvio

Questo Consiglio di Stato (organo giurisdizionale avverso le cui decisioni -- se non in ipotesi del tutto eccezionali -- non può proporsi un ricorso di diritto interno) ritiene che ai fini della decisione risulti necessario risolvere alcune questioni relative alla conformità delle disposizioni nazionali dinanzi richiamate con il diritto dell'Unione europea primario e derivato e che sia dunque necessario sollevare una questione per rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

Va in primo luogo precisato che questo Giudice ritiene che il pertinente quadro giuridico nazionale imponga di aderire alla tesi secondo cui, nelle circostanze pertinenti ai fini del decidere, la mancata puntuale indicazione in sede di offerta dei costi della manodopera comporti necessariamente l'esclusione dalla gara e che tale lacuna non sia colmabile attraverso il soccorso istruttorio.

Ritiene anche che, ai sensi del diritto nazionale, siccome l'obbligo di separata indicazione di tali costi è contenuto in disposizioni di legge dal carattere sufficientemente chiaro per gli operatori professionali, la mancata riproduzione di tale obbligo nel bando e nel capitolato della gara non potrebbe comunque giovare a tali operatori in termini di scusabilità dell'errore.

Questo Consiglio di Stato si domanda tuttavia se il quadro normativo nazionale in tal modo ricostruito risulti in contrasto con le pertinenti disposizioni e principi del diritto dell'Unione europea, con particolare riguardo ai principi di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di libera circolazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi.

Qui di seguito si indicheranno le ragioni per cui si ritiene che la pertinente normativa nazionale debba necessariamente essere interpretata nel senso di comportare l'esclusione del concorrente che non abbia ottemperato all'obbligo legale di indicare separatamente i costi della manodopera e della sicurezza dei lavoratori, senza che possa essere invocato il beneficio del c.d. 'soccorso istruttorio'.

Ci si domanderà in seguito se tale interpretazione sia conforme al diritto dell'Unione europea.

9.§.1. Il primo argomento che conferma la conclusione dinanzi richiamata sub 3.4 deriva dalla pertinente giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Si osserva al riguardo che l'illegittimità dei provvedimenti di esclusione di un concorrente per violazione di obblighi da lui non adeguatamente conoscibili è stata ritenuta dalla Corte di giustizia in relazione a ipotesi in cui tali obblighi non emergevano con chiarezza “dai documenti di gara o dalla normativa nazionale” (in tal senso, la sentenza 2 giugno 2016 in causa C-27/15 – Pippo Pizzo – e la sentenza 10 novembre 2016 in causa C-140/16 – Edra Costruzioni).

Ma il punto è che attualmente esiste una disposizione del diritto nazionale che fissa in modo del tutto chiaro tale obbligo (si tratta del più volte richiamato articolo 95, comma 10 del ‘Codice dei contratti pubblici’ del 2006).

Del resto, nessun argomento sembra sostenere la tesi secondo cui una clausola escludente potrebbe operare solo se espressamente richiamata dal bando o dal capitolato e non anche direttamente in base a una legge adeguatamente chiara, come l'articolo 95 comma 10, citato.

Se si aderisse a tale impostazione (non condivisa da questo Giudice del rinvio) si determinerebbe l'effetto, evidentemente contrario al generale principio di legalità, per cui sarebbe la stazione appaltante a scegliere quali disposizioni imperative di legge rendere in concreto operanti e quali no, semplicemente

richiamandole ovvero non richiamandole nei bandi e nei capitolati.

9.§.2. Il secondo argomento che conferma la conclusione dinanzi richiamata è di carattere testuale.

L'articolo 83, comma 9 del 'Codice dei contratti pubblici' italiano (nella formulazione che qui rileva) stabilisce che il soccorso istruttorio è espressamente escluso per le carenze dichiarative relative "all'offerta economica e all'offerta tecnica".

A sua volta l'articolo 95, comma 10 stabilisce in modo espresso che i costi della manodopera e quelli per la sicurezza dei lavoratori costituiscono, appunto, elementi costitutivi dell'offerta economica.

Lo stesso articolo 95 comma 10 stabilisce, poi, che i concorrenti hanno l'obbligo di "indicare" tali costi e non soltanto quello – più generico – di "tenerne conto" ai fini della formulazione dell'offerta.

Ne consegue che, in base ad espresse disposizioni del diritto nazionale, la mancata indicazione dei costi per la manodopera e la sicurezza dei lavoratori non sia sanabile attraverso il meccanismo del c.d. 'soccorso istruttorio' in quanto tale mancata indicazione è espressamente compresa fra i casi in cui il soccorso non è ammesso.

9.§.3. Il terzo argomento che conferma la conclusione dinanzi richiamata deriva dalla pertinente giurisprudenza nazionale.

In particolare, la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2014, nell'interpretare il principio legale della tipicità e tassatività

delle cause di esclusione dalle pubbliche gare (oggi fissato all'articolo 83, comma 8 del 'Codice'), ha chiarito che nella materia delle pubbliche gare esiste una causa di esclusione per ogni norma imperativa che preveda in modo espresso un obbligo o un divieto (laddove l'obbligo non venga rispettato o il divieto venga trasgredito).

In questi casi – per come chiarito da tale sentenza – la norma imperativa di legge sortisce l'effetto di integrare dall'esterno le previsioni escludenti contenute nel bando e nel capitolato di gara (c.d. effetto di etero-integrazione).

Ebbene, l'articolo 95, comma 10 del 'Codice' stabilisce – con previsione chiara e di carattere imperativo – che i richiamati oneri debbano essere espressamente indicati in sede di offerta. Quindi, combinando il principio giurisprudenziale espresso dall'Adunanza plenaria con la sentenza n. 9 del 2014 e l'espresso obbligo legale di indicazione di cui all'articolo 95, comma 10, ne consegue che la mancata ottemperanza a tale obbligo legale comporti necessariamente l'esclusione dalla gara.

9.§.4. Il quarto argomento che conferma la conclusione dinanzi richiamata sub 3.4 deriva anch'esso dalla pertinente giurisprudenza nazionale.

In particolare, la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 3 del 2015 (che è stata resa in base al quadro normativo anteriore al nuovo Codice dei contratti pubblici) ha stabilito che “nelle procedure di affidamento di lavori i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro,

pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara”.

La successiva sentenza dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2015 (nel chiarire quanto già affermato dalla precedente sentenza n. 3/2015) ha affermato che “non sono legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, anche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si è conclusa prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria n.3 del 2015”;

Sul punto controverso l'Adunanza plenaria è poi tornata con la sentenza n. 19 del 2016 (che è stata invece resa sulla base del quadro normativo successivo all'entrata in vigore del Codice del 2016).

La sentenza in questione (dopo aver premesso di non intendere discostarsi da quanto affermato dalla precedente sentenza n. 9 del 2015, ma di operare un mero chiarimento di carattere temporale) ha stabilito che, in caso di mancata indicazione dei richiamati oneri, il soccorso istruttorio è ammesso, ma solo per le gare indette prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti.

La stessa sentenza, al punto 37, ha affermato che in tali casi il beneficio del soccorso istruttorio si giustifica (per le sole gare indette prima dell'entrata in vigore del Codice del 2016) in quanto “nell'ordinamento nazionale mancava una norma che, in maniera chiara e univoca, prescrivesse espressamente la doverosità della dichiarazione relativa agli oneri di sicurezza”.

Per tali ipotesi il beneficio del soccorso istruttorio si giustificava quindi al fine di assicurare il rispetto dei principi di certezza del diritto, di tutela dell'affidamento, di trasparenza, proporzionalità e *par condicio*.

Tuttavia, una volta introdotta nell'ordinamento nazionale una disposizione (quale l'articolo 95, comma 10 del nuovo Codice) la quale enuncia in modo espresso l'obbligo di indicare in modo separato i costi per la sicurezza e quelli per la sicurezza dei lavoratori, è venuta meno la ragione (unica) che aveva indotto l'Adunanza plenaria (con la sentenza n. 19 del 2016) ad ammettere il soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione di tali costi da parte del concorrente.

Non a caso, la stessa sentenza n. 19 del 2016 precisava che la questione dovesse considerarsi ormai superata per le vicende sorte dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice, "che ora risolve la questione prevedendo espressamente, all'art. 95, co. 10, l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza" (punto 37 della motivazione).

9.§.5. Il quinto argomento che conferma la conclusione sopra richiamata è di carattere sostanziale.

Va premesso al riguardo che l'obbligo di indicare i costi della manodopera e quelli per la sicurezza dei lavoratori risponde all'evidente esigenza di rafforzare gli strumenti di tutela dei lavoratori, di responsabilizzare gli operatori economici e di rendere più agevoli ed efficaci gli strumenti di vigilanza e controllo da parte delle amministrazioni.

Ebbene, in particolare negli appalti ad alta intensità di manodopera (in cui gli oneri lavorativi sono la parte prevalente – o pressoché esclusiva – degli oneri di impresa), il concorrente che formuli un’offerta economica omettendo del tutto di specificare quali siano gli oneri connessi alle prestazioni lavorative non commette soltanto una violazione di carattere formale, ma presenta un’offerta economica di fatto indeterminata nella sua parte più rilevante, in tal modo mostrando un contegno certamente incompatibile con l’onere di diligenza particolarmente qualificata che ci si può ragionevolmente attendere da un operatore professionale.

9.§.6. Per le ragioni sin qui evidenziate deve concludersi nel senso che il quadro normativo nazionale deve necessariamente essere inteso nel senso di comportare l’esclusione del concorrente il quale non abbia ottemperato all’obbligo legale di separata indicazione dei costi della manodopera e della sicurezza dei lavoratori, senza che tale concorrente possa invocare il beneficio del c.d. soccorso istruttorio.

Occorre a questo punto domandarsi se il quadro normativo interno così interpretato e ricostruito risulti compatibile con il diritto dell’Unione europea.

10.§. *La necessità del rinvio pregiudiziale.*

Ricordato che la Corte di Giustizia UE, sez. VI, 23 novembre 2017, in C-486/17 ha dichiarato irricevibile la medesima questione sollevata dal TAR per la Basilicata (ord. 25 luglio 2017, n. 525), questa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ritiene che, in relazione alla (già ricordata) circostanza per cui

è stata nuovamente rimessa all'attenzione al competente Giudice europeo dal TAR per il Lazio (dalla cit. ordinanza n. 4562/2018), si debba richiedere la corretta interpretazione del diritto europeo da parte della competente Corte di giustizia.

E ciò anche in relazione ai principi di cui alla precedente ordinanza della Corte di Giustizia UE, Sesta Sezione del 10 novembre 2016 in C697/15, specificamente relativa all'obbligo di indicare nell'offerta dei costi aziendali per la sicurezza sul lavoro per cui, in vigenza della precedente direttiva 2004/18/CE:

- quando una *“condizione per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione, pena l'esclusione da quest'ultima, non sia espressamente prevista dai documenti dell'appalto e possa essere identificata solo con un'interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale, l'amministrazione aggiudicatrice può accordare all'offerente escluso un termine sufficiente per regolarizzare la sua omissione”* (cfr. punto 32);
- *“I principi della parità di trattamento e di proporzionalità devono inoltre essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di concedere a un tale offerente la possibilità di rimediare alla situazione e di adempiere detto obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice.”*

Appare perciò necessario che sia chiarito definitivamente quale sia l'ambito oggettivo della norma di cui in particolare al secondo paragrafo dell'art. 18 della Dir. 2014/24 che impone agli Stati membri l'adozione di *“misure adeguate”* in relazione alla necessità di garantire che gli operatori economici rispettino gli

obblighi applicabili in materia di sicurezza sul lavoro nell'esecuzione di appalti pubblici.

11.§. *L'avviso di questa Adunanza Plenaria a sostegno della tesi "escludente".*

11.1. Richiamandosi alle considerazioni che precedono (ed in particolare al paragrafo 4.§.), questa Adunanza Plenaria ritiene che, tra le opposte finalità della tutela della concorrenza e della proporzionalità nei riguardi degli offerenti (ed in special modo di quelli stabiliti in altri Stati membri), da un lato, e le esigenze della certezza del diritto, della parità di trattamento e della effettività della tutela economica e sociale del lavoro e della sicurezza dei prestatori, più volte richiamate dal diritto comunitario, dall'altro, debbano essere privilegiate queste ultime esigenze.

Una volta che la legge nazionale abbia definitivamente, formalmente e, soprattutto, chiaramente sancito l'obbligo per l'offerente di dichiarare in sede di offerta separatamente i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, si ritiene in primo luogo che gli offerenti anche di altri Stati membri non possano più addurre a loro discolpa la sussistenza di un condizione meno favorevole.

L'imporre l'obbligo delle dichiarazioni degli oneri nell'offerta peraltro non costituisce affatto un adempimento meramente formale, in quanto la presenza della dichiarazione non preclude la verifica della sua correttezza sostanziale attraverso la richiesta "di spiegazioni", di cui all'articolo 69 della Dir. 2014/24 (ed all'art.97, comma 5, del d.lgs. n.50/2014), che è

tipica della fase successiva all'apertura delle offerte economiche ed ha un profilo eminentemente oggettivo.

In tal caso, non può dunque parlarsi affatto di “soccorso istruttorio”, che come tale afferisce propriamente alla fase dell'ammissione e della verifica dei requisiti e quindi a profili tipicamente soggettivi, in quanto la normativa nazionale, utilizzando la facoltà concessa dalla Direttiva all'art. 56, par. 3 della Dir.2014/24/Ue, all'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2014 e s.m.i., ha delimitato il soccorso istruttorio agli elementi formali “... *del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica...*”.

11.2. Gli offerenti che partecipano alle gare comunitarie sono soggetti imprenditoriali, che si presume essere in possesso di adeguate professionalità, per i quali il mancato adempimento di un onere obbligatoriamente previsto dalla legge costituisce una grave negligenza addebitabile al medesimo concorrente.

Il mancato rispetto dell'obbligo della dichiarazione degli oneri per la sicurezza in sede di offerta a pena di esclusione assume un rilievo concreto in quanto:

-- in una gara d'appalto una offerta presuppone la puntuale valutazione del “punto di convenienza” della commessa sul piano finanziario ed organizzativo e, dunque, la stesura di un vero e proprio *business plan*; comprendente cioè tutti gli oneri diretti, indiretti ed eventuali. Ciò posto, è dunque evidente che la dichiarazione sul rispetto degli oneri per la sicurezza non può diventare un artato “costruito” postumo, di carattere

meramente formale, ma deve costituire un “dato oggettivo” che ha il suo presupposto logico, economico e fattuale nel computo economico dei tutti oneri, ivi compresi quelli aziendali per la sicurezza del personale, che sono connessi all'affare;

-- come dimostrano le corrispondenze in materia intercorrenti tra stazioni appaltanti ed imprese che vengono all'attenzione di questo Giudice, la verifica in un momento successivo delle omesse dichiarazioni degli oneri in questione trova spesso le più fantasiose allocazioni postume di valori indeterminati (e/o percentuali generiche) operati con riferimento talvolta alle spese generali, talvolta agli imprevisti, talvolta agli oneri indiretti, talvolta agli utili, ecc..

-- per questo, a prescindere dalla indubbia addebitabilità all'offerente dell'omesso adempimento, si deve ritenere che la mancata dichiarazione costituisce un elemento in grado di far dubitare della serietà ed appropriatezza dell'offerta.

Per questa Adunanza Plenaria il principio di effettività dei principi dell'ordinamento giuridico europeo dovrebbe condurre alla conclusione che la tutela della sicurezza del lavoro e dei diritti dei lavoratori debba comportare la legittimità comunitaria dell'esclusione dell'offerente che abbia omesso di dichiarare in sede di offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro per ragioni quindi, innanzi tutto, di ordine sostanziale.

11.3. Ulteriori argomenti a sostegno della tesi qui affermata vengono desunti dalla giurisprudenza della stessa Corte di giustizia.

Va in particolare osservato che il diritto dell'UE (nell'interpretazione fornita dalla CGUE) non impedisce l'esclusione di un concorrente dalla gara per ragioni di carattere formale e dichiarativo a condizione: *i*) che le ragioni e le condizioni dell'esclusione siano chiaramente e previamente stabilite dal diritto nazionale o dal bando di gara; *ii*) che le clausole che dispongono l'esclusione mirino a propria volta a conseguire obiettivi e principi di interesse per il diritto UE (quali il principio della *par condicio competitorum* fra concorrenti professionali).

11.3.1. Con la sentenza 6 novembre 2014 in causa C-42/13 (*Cartiera dell'Adda*), ad esempio, la Corte di giustizia ha stabilito che “L'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004 (...) letto in combinato disposto con l'articolo 2 della stessa, nonché il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che essi non ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione, in base alla motivazione che tale operatore non ha rispettato l'obbligo, previsto dai documenti dell'appalto, di allegare alla propria offerta, sotto pena di esclusione, una dichiarazione ai sensi della quale la persona indicata in tale offerta come suo direttore tecnico non è oggetto di procedimenti o di condanne penali, anche qualora, a una data successiva alla scadenza del termine stabilito per il deposito delle offerte, una siffatta dichiarazione sia stata comunicata

all'amministrazione aggiudicatrice o sia dimostrato che la qualità di direttore tecnico è stata erroneamente attribuita a tale persona”.

E' qui importante osservare che, con la sentenza in parola, la Corte di giustizia: *i)* ha stabilito che il concorrente può legittimamente essere escluso dalla gara per una lacuna di carattere formale e dichiarativo, a condizione che la relativa prescrizione fosse conoscibile *ex ante* da un operatore diligente; *ii)* ha escluso che, in tali circostanze, il concorrente incorso in errore potesse essere ammesso a dimostrare che il requisito non dichiarato fosse in concreto posseduto. Quanto sopra, come è evidente, equivale a negare il beneficio del ‘soccorso istruttorio’ tutte le volte in cui la clausola escludente fosse chiara e sia stata comunque violata dal concorrente.

11.3.2. Con la sentenza 2 giugno 2016 in causa C-27/15 (*Pippo Pizzò*) la Corte di giustizia ha stabilito che “*il principio di parità di trattamento e l’obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all’esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al 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 (...)*”.

La sentenza in questione, quindi, ha chiarito: *i)* che l’esclusione del concorrente ben può essere giustificata dalla violazione di un obbligo determinato quando ciò risulti necessario per garantire il rispetto del principio della *par condicio*; *ii)* che la

previa conoscibilità della regola la cui violazione comporta l'esclusione può derivare o “*dai documenti relativi a tale procedura*”, oppure, come nel caso in oggetto, “*dal diritto nazionale vigente*” (purché, in ambo i casi, la regola fosse adeguatamente conoscibile *ex ante*).

11.3.3. Con la sentenza 10 novembre 2016 in causa C-140/16 (*Edra costruzioni*) la Corte di giustizia, pronunciandosi proprio su un caso italiano relativo agli obblighi dichiarativi in tema di sicurezza sul lavoro, ha stabilito che “*il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza (...) devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito dell'inosservanza, da parte di detto offerente, dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla procedura e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un'interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti. I principi della parità di trattamento e di proporzionalità devono inoltre essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di concedere a un tale offerente la possibilità di rimediare alla situazione e di adempiere detto obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice*”.

La decisione in questione conferma le conclusioni sin qui suggerite da questo Giudice del rinvio in quanto: *i*) essa è stata pronunciata in un momento storico in cui la normativa italiana non chiariva la valenza escludente connessa alla mancata

indicazione degli oneri per la sicurezza (tale regola era stata infatti enucleata dalla sola giurisprudenza); *ii*) al contrario, la normativa nazionale fissa oggi l'obbligo di indicazione di tali oneri in modo del tutto chiaro e conoscibile da un operatore professionale, attraverso un'espressa previsione di legge (il più volte richiamato articolo 95, comma 10).

11. §. *Conclusioni*

In considerazione di tutto quanto sopra esposto, la Sezione formula alla Corte di giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 del T.F.U.E. il seguente quesito interpretativo pregiudiziale:

“se il diritto dell'Unione europea (e segnatamente i principi di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di libera circolazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi) ostino a una disciplina nazionale (quale quella di cui agli articoli 83, comma 9, 95, comma 10 e 97, comma 5 del 'Codice dei contratti pubblici' italiano) in base alla quale la mancata indicazione da parte di un concorrente a una pubblica gara di appalto dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza dei lavoratori comporta comunque l'esclusione dalla gara senza che il concorrente stesso possa essere ammesso in un secondo momento al beneficio del c.d. 'soccorso istruttorio', pur nell'ipotesi in cui la sussistenza di tale obbligo dichiarativo derivi da disposizioni sufficientemente chiare e conoscibili e indipendentemente dal fatto che il bando di gara non richiami in modo espreso il richiamato obbligo legale di puntuale indicazione”.

La segreteria della Sezione curerà pertanto la trasmissione della presente ordinanza alla cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione Europea, mediante plico raccomandato al

seguinte indirizzo: Rue du Fort Niedergrünewald, L-2925, Lussemburgo.

In aggiunta alla presente ordinanza la Segreteria trasmetterà alla Cancelleria della CGUE anche la seguente documentazione l'intero fascicolo di causa del primo e del secondo grado del giudizio.

In conseguenza della rimessione alla Corte di giustizia della questione pregiudiziale di cui sopra il presente giudizio viene sospeso.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria) rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea le questioni pregiudiziali indicate in motivazione e, riservata ogni altra decisione, anche sulle spese, sospende il giudizio.

Dispone che il presente provvedimento, unitamente a copia degli atti di giudizio indicati in motivazione, sia trasmesso, a cura della Segreteria della Sezione, alla Cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Sergio Santoro, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Marco Lipari, Presidente

Antonino Anastasi, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

Oberdan Forlenza, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

L'ESTENSORE
Umberto Realfonzo

IL PRESIDENTE
Filippo Patroni Griffi

IL SEGRETARIO