

L'Adunanza plenaria, chiamata a decidere alcune questioni interpretative inerenti all'obbligo della separata indicazione dei costi per la manodopera e oneri per la sicurezza a carico degli operatori economici che partecipano a procedure di affidamento di contratti pubblici, ha rinvenuto la necessità di restituire gli atti alla sezione rimettente, senza pronunciare il principio di diritto ex art. 99 cod. proc. amm., in considerazione della sopravvenuta – all'ordinanza di rimessione – pronuncia della Corte di giustizia UE sulle medesime questioni e della ravvisata opportunità di riservare alla sezione la decisione su questioni di merito, devolute con l'appello, che risultano estranee alle questioni deferite.

**Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, ordinanza 9 luglio 2020, n. 14 – Pres. Patroni Griffi, Est. Sabatino**

**Giustizia amministrativa – Nomofilachia – Identità tra questioni deferite all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e questioni oggetto di sopravvenuta pronuncia della Corte di giustizia UE – Restituzione atti alla sezione**

*Va disposta la restituzione degli atti da parte dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato alla sezione rimettente qualora le questioni deferite siano coincidenti con quelle oggetto di sopravvenuta pronuncia della Corte di giustizia UE che abbia stabilito principi sovrapponibili alle stesse applicabili (1).*

(1) I. – Con la decisione in rassegna l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato- a margine di una vicenda inerente alla compatibilità della disciplina interna con l'ordinamento UE in tema di dichiarazione del costo della manodopera e degli oneri di sicurezza a carico degli operatori economici partecipanti alle procedure di affidamento di contratti pubblici - ha disposto la restituzione degli atti alla sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, il quale aveva deferito le questioni con ordinanza 20 novembre 2018 n. 773 (in *Riv. giur. edilizia*, 2019, I, 223, oggetto della News US in data 29 novembre 2018) e con ulteriore e coeva ordinanza n. 772, di identico contenuto.

I fatti oggetto di causa possono essere sintetizzati come di seguito:

- a) il Comune di Palermo, nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica per la fornitura di autobus urbani (regolata dalla disciplina del nuovo codice dei contratti, di cui al d.lgs. n. 50 del 2016), aveva disposto l'esclusione di un'impresa per mancata espressa indicazione, nell'offerta, dei costi per il personale;
- b) l'impresa esclusa ha fatto ricorso dinnanzi al T.a.r. per la Sicilia, il quale, con sentenza breve della sezione III, n. 1553 del 2018, ha respinto il gravame sostenendo, in particolare, la natura di "norma cogente" dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, laddove è prescritta espressamente l'"indicazione" separata

dei costi di manodopera e degli oneri di sicurezza; l'“*indicazione*” di tali costi ed oneri – che, ha precisato il T.a.r., è concetto diverso e più pregnante rispetto alla mera “*considerazione*” – non può essere, secondo il giudice di primo grado, suscettibile di soccorso istruttorio: ciò, sulla scorta di quanto prevede l'art. 83, comma 9, del codice appalti il quale “*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*”; in contrasto con la giurisprudenza sia del Cons. giust. amm. sic. (è stata richiamata, in particolare, la sentenza 7 giugno 2018, n. 344, in *Foro it.*, 2018, III, 510, con nota di E. BARILA', *Mezzogiorno (e mezzo?) di fuoco: note sul termine orario di deposito nel processo amministrativo telematico*), sia del Consiglio di Stato (con richiamo, qui, alla sentenza della III sezione del 27 aprile 2018, n. 2554, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 669, con nota di G.F. NICODEMO, *Nessuna esclusione per l'omessa indicazione degli oneri della sicurezza?*). Il T.a.r. per la Sicilia ha inoltre osservato che la nuova norma sull'indicazione separata dei costi di manodopera e di sicurezza “*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*”: la ratio della norma del nuovo codice, in altre parole, sarebbe diversa rispetto a quella dell'art. 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006 il quale collegava la necessità di indicare gli oneri di sicurezza alla disciplina sulle offerte anomale (in tal modo, ha aggiunto il T.a.r., “*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 adesso, con la nuova norma, quel collegamento non pare più sussistere, essendo la sua ratio “*riconducibile non tanto alla verifica della serietà dell'offerta nel suo complesso, ma ad una tutela preventiva e maggiormente penetrante dei diritti del lavoratore*”;

- c) chiamato a decidere sull'appello, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana preliminarmente ha rilevato l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in relazione alla valenza immediatamente escludente (anche a prescindere dalla questione sul soccorso istruttorio) dell'inosservanza

dell'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza e dei costi della manodopera di cui all'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, specie nell'ipotesi di silenzio, sul punto, della *lex specialis*; pertanto, ha deciso di rivolgersi all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato in termini sostanzialmente analoghi a quelli già fatti propri dalla V Sezione del Consiglio di Stato; nel ripercorrere le argomentazioni già sviluppate da tali recenti rimessioni, e nel rimarcare che il menzionato contrasto giurisprudenziale ha ad oggetto *“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”*, il C.g.a. ha esplicitato la propria preferenza per la tesi che avrebbe consentito il soccorso istruttorio.

II. – Le ragioni di siffatta restituzione degli atti da parte della Plenaria sono compendiate:

- d) per un verso, nella circostanza che le questioni sottoposte alla Plenaria risultano sovrapponibili a quelle già decise in materia con sentenza (successiva alle ordinanze di rimessione) della Corte di giustizia UE 2 maggio 2019, C-309/18, Lavorgna s.r.l. (oggetto della News US n. 56 del 13 maggio 2019), ciò che consente di assolvere l'onere di enunciazione del principio di diritto, di cui all'art. 99 cod. proc. amm., tramite rinvio a quello espresso nella citata sentenza della Corte di giustizia;
- e) per altro verso, nella opportunità che sia lo stesso giudice rimettente a decidere le (residuali) questioni di merito ad esso devolute con l'atto d'appello e che risultano essere estranee ai profili interpretativi rimessi alla Plenaria.

III. – Per completezza, si consideri quanto segue:

- f) molteplici sono stati i dubbi interpretativi sorti in tema di separata indicazione di costo della manodopera e oneri di sicurezza:
  - f1) dopo le ordinanze di rimessione della sezione V del Consiglio di Stato, 26 ottobre 2018 n. 6122 (in *Riv. giur. edilizia*, 2019, I, 224 e oggetto della News US in data 6 novembre 2018) e 25 ottobre 2018, n. 6069 (in *Foro amm.*, 2018, 1663) e di Cons. giust. amm. sic., nn. 772 e 773 citt., Cons. Stato, Ad. plen., ordinanza 24 gennaio 2019, nn. 1, 2 e 3 (in *Foro it.*, 2019, III, 440, con nota di TRAVI nonché in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2019, 2, 109, con nota di

DAMIN e oggetto della News US n. 18 del 4 febbraio 2019, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), nell'aderire alla tesi c.d. formalistica, favorevole all'automatismo espulsivo senza possibilità di soccorso istruttorio, il giudice d'appello aveva sottoposto alla Corte di giustizia UE la questioni pregiudiziali di compatibilità di tale soluzione con il diritto europeo;

- f2) la Corte di giustizia UE, con riferimento al caso in esame, sospendeva la procedura in considerazione della pendenza di analoga questione dinanzi alla medesima Corte;
- f3) seguiva la sentenza della Corte di giustizia UE, sez. IX, 2 maggio 2019, C-309/18, Lavorgna s.r.l. (oggetto della News US n. 56 del 13 maggio 2019, alla quale si rinvia per approfondimenti), che pronunciava in ordine agli analoghi quesiti sollevati dal T.a.r. per il Lazio, sez. II-bis, ordinanza 24 aprile 2018, n. 4562 (oggetto della News US, in data 4 agosto 2018); la Corte ha chiarito che le norme del nuovo codice dei contratti pubblici, le quali escludono il rimedio del soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione separata dei costi della manodopera, sono in linea di principio compatibili con la direttiva 2014/24/UE, salva tuttavia la situazione, che spetta al giudice nazionale verificare, in cui sussista una materiale impossibilità, per l'offerente, di indicare separatamente quei costi;
- f4) l'Adunanza plenaria, con ordinanze del 28 ottobre 2019, nn. 11, 12 e 13 (oggetto quest'ultima della News US n. 121 in data 8 novembre 2019, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), dichiarava che *"Qualora, successivamente al rinvio pregiudiziale di interpretazione da parte del giudice amministrativo, sopraggiunga una decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea che si pronunci sulla medesima questione, assodato il venir meno dell'interesse e dunque la sopravvenuta irrilevanza della causa pregiudiziale, il giudice ritira la relativa domanda dandone comunicazione alla Corte di giustizia"* e comunicava pertanto la sopravvenuta non rilevanza della pronuncia pregiudiziale al cancelliere della Corte; ne è derivata la cancellazione della causa dal ruolo della Corte di giustizia UE, disposta dal Presidente;
- g) sulla restituzione degli atti, da parte della Plenaria, alla sezione rimettente ex art. 99 cod. proc. amm:
  - g1) per l'ipotesi di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE disposto dall'Adunanza plenaria e sopravvenuta pronuncia della Corte di giustizia UE su questioni coincidenti: Cons. Stato, Ad. plen., ordinanza 17 dicembre 2019, n. 14 (in *Gazzetta forense*, 2019, 285);

- g2) con particolare riferimento alla flessibilità applicativa dell'art. 99 cod. proc. amm. e alle soluzioni sulla base di esso prospettabili: I) Cons. Stato, Ad. pl., 2 aprile 2020, n. 8 (oggetto della News US in data 14 aprile 2020), resa peraltro sulla medesima disciplina degli obblighi dichiarativi oggetto dell'ordinanza in rassegna; II) Cons. Stato, Ad. plen., sentenza non definitiva e contestuale ordinanza 18 maggio 2018, n. 8 (in *Giur. it.*, 2018, 2461, con nota di ESPOSITO e oggetto della News US in data 30 maggio 2018), secondo cui *“Devono essere restituiti gli atti alla sezione se la rimessione della questione è così contraddittoria da impedire all'Adunanza plenaria di stabilire se la stessa sia già stata decisa (nella specie, se, in caso di esecutori plurisoggettivi costituiti in un RTI, possa ritenersi necessario e sufficiente che siano garantite la loro affidabilità e responsabilità attraverso la qualificazione del RTI sulla base del complessivo fatturato conseguito dalle singole imprese, mentre resterebbe viceversa liberamente modulabile la ripartizione dell'esecuzione degli obblighi fra le imprese partecipanti, essendo le stesse legate da un accordo che impone ad ogni soggetto partecipante di assolvere agli adempimenti assunti dal RTI, e dovendosi quindi ritenere ogni membro del raggruppamento in grado di garantire, nei limiti della propria qualificazione, l'avalimento nei confronti degli altri partecipanti al RTI al fine di rispettare gli adempimenti assunti mediante la ripartizione interna delle quote di esecuzione del medesimo servizio)”*;
- g3) con riferimento ad un'ipotesi di restituzione per la necessaria verifica dell'ammissibilità dell'appello, Cons. Stato, Ad. plen., ordinanza 29 luglio 2013, n. 18 (in *Riv. amm.*, 2013, 714), secondo cui *“appare opportuno ai sensi dell'art. 99 comma 1 del codice del processo amministrativo restituire gli atti al Consiglio remittente affinché proceda ai richiamati complessi accertamenti, che si appalesano indispensabili prima di una eventuale riproposizione all'Adunanza Plenaria della questione evocata”*;
- g4) sulla portata dell'art. 99, comma 4 cod. proc. amm. e sulla *“contestualizzazione”* del principio di diritto espresso dalla Plenaria: Cons. Stato, Ad. plen., 23 febbraio 2018, n. 2 (in *Giur. it.*, 2018, 1687, con nota di DE SIANO; *Giornale dir. amm.*, 2018, 629, con nota di CAPORALE; *Guida al dir.*, 2018, 14, 56, con nota di PONTE, nonché oggetto della News US in data 5 marzo 2018), secondo cui: I) *“L'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm. deve essere inteso nel senso di rimettere all'Adunanza plenaria la sola opzione fra l'integrale definizione della controversia e l'enunciazione di un principio di diritto, mentre non è predicabile (per ragioni sia testuali, che sistematiche) l'ulteriore distinzione in principi di diritto di carattere astratto e principi maggiormente attinenti alle peculiarità del caso concreto”*; II) nel caso di specie, *“L'attività di*

*contestualizzazione e di sussunzione del principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria ai sensi dell'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm. in relazione alle peculiarità del caso concreto spetta alla Sezione cui è rimessa la decisione del ricorso";*

- h) sulla diversa natura della restituzione degli atti al giudice *a quo* da parte della Corte costituzionale, v., in particolare, Corte cost., ordinanza 16 marzo 2020, n. 55 (oggetto della News US in data 6 aprile 2020 e relativo approfondimento contenuto nella lett. k, ss.).