

Dopo la Sezione V del Consiglio di Stato, anche il Consiglio di giustizia amministrativa della regione siciliana rimette all'Adunanza plenaria la questione sulle conseguenze che derivano, nel sistema del nuovo codice dei contratti pubblici, dalla mancata indicazione separata, in sede di offerta, del costo della manodopera e/o degli oneri di sicurezza, in particolare nell'ipotesi in cui la *lex specialis* di gara nulla preveda in merito a tale onere di indicazione.

Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, ordinanza 20 novembre 2018, n. 773 – Pres. De Nictolis, Est. Verde

Contratti pubblici – Oneri di sicurezza aziendale – Omessa indicazione in assenza di espressa prescrizione nella *lex specialis* – Esclusione dalla gara – Soccorso istruttorio – Deferimento all'Adunanza plenaria

Devono essere rimesse all'Adunanza plenaria, stante il contrasto di giurisprudenza, le seguenti questioni:

- 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;

*- 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 (1).*

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna (doppiata dall'ulteriore e coeva ordinanza n. 772, di identico contenuto) anche il C.g.a. rimette all'Adunanza plenaria la questione sulla separata indicazione, in sede di offerta, degli oneri di sicurezza o dei costi della manodopera, ponendosi sulla stessa scia della recente (e similare) ordinanza di rimessione della V Sezione del Consiglio di Stato (la n. 6122 del 26 ottobre 2018, oggetto della News US in data 6 novembre 2018, cui è da aggiungere anche l'ordinanza n. 6069 del 25 ottobre 2018, identica).

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– Palermo, 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 C.g.a. (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 C.g.a. 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, recentemente, dalla V Sezione del Consiglio di Stato (si tratta delle già citate ordinanze del 25 e 26 ottobre 2018, nn. 6069 e 6122); 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 consente il soccorso istruttorio, anche alla luce dei seguenti, ulteriori aspetti:

- c1) lo stesso C.g.a., con la menzionata sentenza n. 344 del 2018, si è già pronunciato nel senso di ritenere ancora attuale, sia pure nella cornice del nuovo codice degli appalti pubblici, il principio di diritto enunciato dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 19 del 2016 (in *Foro it.*, 2017, III, 309, con nota di N. GAMBINO, in *Riv. trim. appalti*, 2017, 133, con nota di GIARDINO, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1047, con nota di A. BUONFINO, *Tra legislatore e vincoli euro-unitari. L’adunanza plenaria e i «limiti esterni» alla funzione nomofilattica*, ed in *Urbanistica e appalti*, 2016, 1359, con nota di A. RUFFINI, *Oneri di sicurezza e soccorso istruttorio. La Plenaria torna sulla questione*), trattandosi di un precedente che appare “*ispirato ad una visione e ad una soluzione sostanzialista del problema*” e che è in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia UE (Sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15, *Pippo Pizzo*, in *Foro it.*, 2017, IV, 206, con nota di M.

CONDORELLI cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza);

- c2) la soluzione che consente il soccorso istruttorio, pur in presenza di un'omessa indicazione dei costi della manodopera, non porta automaticamente ad avallare, di per sé, una restrizione della tutela dei lavoratori: ed invero, precisa il C.g.a., *“non è in discussione che gli oneri di sicurezza e il costo della manodopera vadano giustificati e debbano rispettare tutte le norme vigenti”*;
- c3) 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, secondo il C.g.a., 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”*;
- c4) infine, data l'incertezza del quadro normativo e le oscillazioni della giurisprudenza, con conseguente sviluppo di *“differenti prassi delle stazioni appaltanti, talune che ammettono e altre che escludono le offerte per l'omissione formale”*, il C.g.a. ha chiesto espressamente che l'Adunanza plenaria – quale che sia l'esito della sua riflessione –attribuisca alla soluzione che verrà prescelta *“un effetto ex nunc con sanatoria dell'operato delle stazioni appaltanti”*: sembrano infatti ricorrere, nel caso di 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”*, ossia: I) l'obiettivo e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare; II) l'esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata; III) la necessità di tutelare uno o più principi costituzionali o, comunque, di evitare gravi ripercussioni socio-economiche” (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 22 dicembre 2017, n. 13, in *Foro it.*, 2018, III, 145, con nota di M. CONDORELLI, *Il nuovo prospective overruling, «dimenticando» l'adunanza plenaria n. 4 del 2015*, ed in *Urbanistica e appalti*, 2018, 373, con nota di E. FOLLIERI, *L'Adunanza Plenaria, “sovrano illuminato”, prende coscienza che i principi enunciati nelle sue pronunzie sono fonti del diritto, nonché oggetto della News US in data 8 gennaio 2018*); tale tesi vanifica, però, le aspettative di tutela della parte ricorrente vittoriosa nel merito, come segnalato dalla dottrina (oltre quella citata nella News in data 8 gennaio 2018).

II. – Per completezza, si segnala quanto segue:

- d) questione analoga a quella deferita all'Adunanza plenaria è attualmente pendente dinanzi alla Corte di giustizia UE ed è stata rimessa con ordinanza del T.a.r. per il Lazio, sez. II-bis, n. 4562 del 24 aprile 2018 (oggetto della News US in data 4 agosto 2018), con la quale è stato domandato alla Corte di Lussemburgo di chiarire *“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”*;
- e) sul c.d. strumento del *prospective overruling* che – come noto – consiste *“nell'abbandono di una regola giurisprudenziale (overruling), con la precisazione che la nuova regola si applicherà solo per il futuro”* (così M. CONDORELLI, *Il nuovo prospective overruling*, cit.), con conseguente deroga al principio secondo cui gli orientamenti del giudice della nomofilachia sono normalmente retroattivi, in forza della natura formalmente dichiarativa degli enunciati giurisprudenziali, deve ricordarsi che, secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione, tale deroga può considerarsi ammissibile solo qualora ricorrano, cumulativamente, i seguenti presupposti: che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su di una regola del processo; che tale mutamento sia stato imprevedibile in ragione del carattere lungamente consolidato nel tempo del progresso indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso; che il suddetto *overruling* comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte (così, in particolare, Cass. civ., sez. I, 4 maggio 2012, n. 6801, in *Guida al dir.*, 2012, 26, 55, solo massima). Di conseguenza, secondo l'orientamento della Cassazione, lo strumento del *prospective overruling* non è in radice applicabile quando viene in rilievo una norma non avente natura processuale (cfr., di recente, in tal senso, Cass. civ., sez. II, 10 maggio 2018, n. 11300, in tema di ordinanza-ingiunzione, nonché Cass. civ., sez. III, 25 maggio

2018, n. 13061, in *Diritto & Giustizia*, 2018, 28 maggio, con nota di A. GRECO, *La 'prospective overruling' non si applica alla abusiva parcellizzazione del credito*);

f) secondo un recente filone della giurisprudenza amministrativa (cui sono ascrivibili sia la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 13 del 2017, cit., sia la stessa ordinanza di rimessione qui in rassegna), la *prospective overruling* può invece applicarsi anche in presenza di una norma avente portata sostanziale e non meramente processuale, come ad es. nel caso concernente la regola della decorrenza della prescrizione (cfr., al riguardo, di recente, Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 28 giugno 2018, n. 3977); in precedenza, la giurisprudenza amministrativa ha applicato pedissequamente le condizioni elaborate dalla Corte di cassazione, ivi compresa la necessaria natura processuale della norma (cfr., in tal senso, su tutte, Cons. Stato, Ad. plen., sentenza 2 novembre 2015, n. 9, in *Foro it.*, 2016, III, 65, con nota di M. CONDORELLI, in *Riv. neldiritto*, 2016, 285, con nota di BRICI, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2015, 87, con nota di VESPIGNANI, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 167, con note di V. GASTALDO, *Sulla necessità di indicare il nominativo del subappaltatore in sede di presentazione dell'offerta: le precisazioni dell'Adunanza Plenaria*, e di A. LONGO – E. CANZONIERI, *Subappalto necessario: l'Adunanza Plenaria esclude l'obbligo di preventiva indicazione del nominativo del subappaltatore*, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 365, con note di D. GALLI – A. CAVINA, *Subappalto necessario e funzione nomofilattica*, ed in *Nuovo dir. amm.*, 2016, 6, 53, con nota di NARDOCCI; per la giurisprudenza di primo grado, cfr., ad es., T.a.r. per la Campania – Salerno, sezione I, sentenza 29 luglio 2016, n. 1793, e, più di recente, anche T.a.r. per il Molise, sentenza 5 marzo 2018, n. 117, in *Foro amm.*, 2018, 522).