

La quinta sezione del Consiglio di Stato rimette all'Adunanza plenaria la questione della necessaria esclusione del concorrente, nel vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, che non abbia specificato, in sede di offerta, la quota del prezzo corrispondente agli oneri di sicurezza aziendale ovvero se possa operare il soccorso istruttorio e se, a tale ultimo fine, assuma rilevanza la circostanza che la *lex specialis* richiami espressamente l'obbligo dichiarativo di legge.

Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza, 26 ottobre 2018, n. 6122 – Pres. Giovagnoli, Est. Rotondano

Contratti pubblici – Oneri 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 del Consiglio di Stato le seguenti questioni:

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 (1).*

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna, la quinta sezione del Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza plenaria la questione se la stazione appaltante possa attivare il soccorso istruttorio ovvero debba necessariamente escludere il concorrente che non abbia specificato nella propria offerta la quota di prezzo corrispondente agli oneri di sicurezza aziendale, anche quando non sia in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta. Propone, quindi, l'ulteriore quesito diretto a verificare se, al fine di consentire l'operatività del soccorso istruttorio, assuma rilevanza la circostanza che la *lex specialis* richiami espressamente l'obbligo di dichiarare gli oneri di sicurezza.

Analoga rimessione all'Adunanza plenaria è stata effettuata dalla medesima sezione del Consiglio di Stato con l'ordinanza del 25 ottobre 2018, n. 6069, mentre il T.a.r. per il Lazio, sez. II bis, 24 aprile 2018, n. 4562 (oggetto della News US in data 4 agosto 2018) si è rivolto alla Corte del Lussemburgo (*infra* § w).

II. – La società ricorrente, seconda classificata in una procedura di gara per l'affidamento in concessione di un asilo nido, proponeva ricorso al T.a.r., chiedendo l'esclusione dell'aggiudicataria per omessa indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera, come previsto dall'art. 95 d.lgs. n. 50 del 2016. La stazione appaltante, dopo la proposizione del ricorso, attivava il soccorso istruttorio chiedendo chiarimenti all'aggiudicataria in ordine ai costi del personale. Seguiva la proposizione di motivi aggiunti al fine di ottenere l'annullamento degli atti che avevano attivato il soccorso istruttorio.

Con sentenza, il T.a.r. per la Puglia – Lecce, sez. III, 13 aprile 2018, n. 640, rigettava le domande proposte da parte ricorrente, precisando, tra l'altro, che la stazione appaltante aveva correttamente tutelato il legittimo affidamento della controinteressata a non essere esclusa dalla gara per una causa che non era prevista quale motivo di esclusione né nel bando né negli altri documenti di gara.

III. – Con l'ordinanza in commento il Collegio, nel rimettere la questione all'esame dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ha osservato che:

- a) l'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che *“nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro 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)”*;
- b) l'interpretazione della disposizione ha dato luogo a due orientamenti all'interno della giurisprudenza amministrativa, dubitandosi della persistente vigenza, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, del principio di diritto enunciato da Cons. Stato, Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 19 (in *Foro it.*, 2017, III, 309, con nota di GAMBINO, in *Riv. trim. appalti*, 2017, 133, con nota di GIARDINO, in *Riv. giur. edilizia*, 2016, I, 751, e in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1047, con nota di BUONFINO, nonché oggetto della News US in data 1 agosto 2016, sulla quale si veda *infra*), 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”*;
- c) secondo un primo orientamento del Consiglio di Stato, con il nuovo codice dei contratti pubblici, la mancata indicazione separata dei costi per la sicurezza

aziendale non può essere più sanata attraverso il previo soccorso istruttorio, ma determina, al contrario, un automatismo espulsivo incondizionato, destinato ad operare anche nel caso in cui il relativo obbligo dichiarativo non sia richiamato dalla *lex specialis*, in quanto:

- c1) l'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, superando legislativamente le precedenti incertezze, ha statuito la necessità dell'indicazione di tali oneri per le gare indette durante la vigenza del nuovo codice, per le quali non opererebbe il principio affermato dall'Adunanza plenaria in tema di soccorso istruttorio per il caso di mancata separata indicazione;
 - c2) l'inutilizzabilità del soccorso istruttorio sarebbe anche giustificata dall'esigenza di evitare che il rimedio possa contrastare con il principio generale della *par condicio* concorrenziale, consentendo ad un concorrente di modificare *ex post* il contenuto della propria offerta economica;
 - c3) l'obbligo di indicazione separata deriva direttamente dalla legge, per cui non rileva l'eventuale polisemia delle clausole del bando;
 - c4) l'inadeguata indicazione non lede solo interessi di ordine dichiarativo o documentale, ma si pone in contrasto con i doveri di 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;
- d) nelle fattispecie esaminate dai precedenti richiamati dal collegio, che aderiscono al primo orientamento, l'obbligo di separata indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale era stato imposto, a pena di esclusione, ai partecipanti alla procedura di gara mediante un'espressa previsione contenuta nel disciplinare o nella lettera di invito, mentre nell'ipotesi esaminata dall'ordinanza il bando non disponeva nulla sul punto;
- e) in base a un secondo orientamento del Consiglio di Stato, anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, nonostante l'espressa previsione di un puntuale obbligo dichiarativo *ex art. 95, comma 10*, la mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale non determina di per sé l'automatismo espulsivo (almeno nei casi in cui tale obbligo dichiarativo non sia richiamato nella *lex specialis*), a meno che si contesti al ricorrente di aver presentato un'offerta economica indeterminata o incongrua, perché formulata senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento degli oneri di sicurezza, in quanto:

- e1) l'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 non stabilisce l'automatica esclusione dell'impresa concorrente che, pur senza evidenziare separatamente nell'offerta gli oneri per la sicurezza aziendale, li abbia comunque considerati nel prezzo complessivo dell'offerta;
- e2) la medesima disposizione deve essere letta insieme all'art. 97, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, il quale prevede, al contrario e in coerenza con l'art. 69, par. 2, lett. d), della direttiva 2014/24/UE e con la normativa europea, che la stazione appaltante escluda il concorrente solo laddove, in sede di chiarimenti, gli oneri risultino incongrui;
- e3) 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 una manipolazione o alterazione in corso di gara dell'offerta stessa contrastante con le regole di trasparenza e parità di trattamento tra le concorrenti;
- e4) l'esclusione del concorrente contrasterebbe con i principi di massima partecipazione alle gare e di tassatività delle cause di esclusione, in quanto la norma non prevede espressamente la sanzione espulsiva;
- e5) il diverso orientamento, pertanto, contrasterebbe sia con la lettera della legge che 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, in sede di verifica dell'anomalia;
- f) analogo contrasto tra tesi c.d. formalistica e tesi c.d. sostanzialistica si rinviene anche nei T.a.r.;
- g) la questione è stata oggetto di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE;
- h) nel quadro giurisprudenziale descritto le soluzioni alternativamente percorribili sono le seguenti:
 - h1) disporre la sospensione c.d. impropria del giudizio, in attesa che si pronunci il giudice europeo;
 - h2) sollevare una questione pregiudiziale di corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea per verificare se e in che misura osti all'applicazione del c.d. automatismo espulsivo;

- h3) affrontare la questione nel merito e, preso atto del contrasto interpretativo interno, rimetterne la soluzione all'Adunanza plenaria;
- i) risulta preferibile la rimessione della questione all'Adunanza plenaria in quanto l'intervento della stessa potrebbe:
 - i1) risolvere in via preventiva i dubbi di compatibilità comunitaria sottesi alla questione pregiudiziale;
 - i2) superare la causa che ha determinato la sospensione di diversi giudizi amministrativi pendenti anche in grado di appello;
 - i3) soddisfare un'esigenza di economia processuale, se si tiene conto della concreta possibilità di una pronuncia in tempi più brevi rispetto a quelli occorrenti per la definizione della questione pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia UE;
- j) l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 19 del 2016 (cit.), aveva precisato che:
 - j1) gli oneri di sicurezza rappresentano un elemento essenziale dell'offerta, la cui mancanza è in grado di ingenerare una situazione di insanabile incertezza assoluta sul suo contenuto, solo nel caso in cui si contesta al concorrente di avere formulato un'offerta economica senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento degli obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori. In tal caso vi sarebbe incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta e la sua sanatoria richiederebbe una modifica sostanziale del prezzo;
 - j2) laddove non sia in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta ma si contesti soltanto che questa non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri, la carenza non è sostanziale, ma solo formale. Il soccorso istruttorio è, in questo caso, doveroso, perché non si traduce in una modifica sostanziale del contenuto dell'offerta, ma solo nella specificazione formale di una voce che, pur considerata nel prezzo finale, non è stata indicata dettagliatamente;
- k) sebbene l'Adunanza plenaria abbia circoscritto la portata del principio alle gare bandite nel vigore del d.lgs. n. 163 del 2006, l'ampia formulazione dell'art. 80, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 sembra consentire di sanare l'offerta che sia viziata solo per la mancata formale indicazione separata degli oneri di sicurezza;

- l) il tenore letterale dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016 *“non sembra rappresentare 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”*,
- 11) anche perché la stessa Adunanza plenaria aveva già desunto, dall'esame del Codice del 2006, l'esistenza di un obbligo normativo operante in tutte le gare d'appalto di indicare a pena di esclusione gli oneri di sicurezza, precisando che, pur nel silenzio della *lex specialis*, tale obbligo dichiarativo eterointegrava il bando di gara;
- 12) la disposizione si è limitata a rendere esplicito un obbligo dichiarativo che nel precedente sistema si ricavava implicitamente dal tessuto normativo;
- m) l'operatività dell'eterointegrazione non appare argomento sufficiente ad escludere il soccorso istruttorio, ma, anzi, ne costituisce il presupposto applicativo; 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”*;
- n) l'esclusione del soccorso istruttorio per la mancata indicazione degli oneri di sicurezza potrebbe essere argomentata ritenendo che gli oneri rappresentino 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 modifica *ex post* dell'offerta;
- o) tuttavia, l'incondizionata qualificazione degli oneri di sicurezza in termini di elemento sostanziale dell'offerta si porrebbe in contrasto con il principio affermato dall'Adunanza plenaria secondo cui gli oneri di sicurezza rappresentano un elemento essenziale dell'offerta solo nel caso in cui si contesti al concorrente di avere formulato un'offerta economica senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento degli obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori;
- p) la qualificazione dell'omessa indicazione degli oneri di sicurezza in termini di elemento formale dell'offerta imporrebbe di consentire il soccorso istruttorio a prescindere dalla circostanza che la *lex specialis* abbia richiamato o meno il relativo obbligo dichiarativo.

IV. – Per completezza si segnala:

- q) con riferimento all'orientamento espresso sulle medesime questioni giuridiche oggetto dell'ordinanza durante la vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006, si veda
- q1) Cons. Stato, Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 19, cit., secondo cui, tra l'altro: I) *“nel caso in cui il concorrente ad una gara d'appalto abbia*

omesso di indicare separatamente nella sua offerta gli oneri di sicurezza aziendale, è ammesso il soccorso istruttorio, a condizione che: a) sussista un'incertezza normativa e giurisprudenziale sul punto; b) la gara sia stata bandita anteriormente all'entrata in vigore del d.leg. 50/16; c) la legge di gara non preveda espressamente l'indicazione di tali oneri; d) l'amministrazione abbia predisposto una modulistica fuorviante; e) l'offerta rispetti dal punto di vista sostanziale i costi minimi di sicurezza aziendale"; II) "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"; III) "per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del d.leg. 18 aprile 2016 n. 50, 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";

- q2) Cons. Stato, Ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9 (in *Foro it.*, 2016, 2, 3, 65, con nota di CONDORELLI, in *Giornale dir. amm.*, 2016, 3, 365, con nota di GALLI, CAVINA, e in *Urbanistica e appalti*, 2016, 2, 167, con nota di GASTALDO, LONGO, CANZONIERI) secondo cui: *"non sono legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, anche per procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si è conclusa prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza plenaria n. 3/2015"; "l'esercizio del soccorso istruttorio determinerebbe, infatti, un'inammissibile integrazione postuma di un elemento essenziale dell'offerta, poiché nell'ordinamento italiano l'esegesi giurisprudenziale assume, di regola, valore esclusivamente dichiarativo";*
- q3) Cons. Stato, Ad. plen., 20 marzo 2015, n. 3, (in *Foro it.*, 2016, III, 114 con nota di TRAVI, e in *Urbanistica e appalti*, 2015, 6, 677, con nota di RUFFINI), secondo cui: *"ai sensi dell'art. 46, c. 1-bis, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, l'omessa specificazione nelle offerte per lavori dei costi di sicurezza interni configura un'ipotesi di "mancato adempimento alle*

prescrizioni previste dal presente codice” idoneo a determinare “incertezza assoluta sul contenuto dell’offerta” per difetto di un suo elemento essenziale e comporta perciò, anche se non prevista nella lex specialis, l’esclusione dalla procedura dell’offerta difettosa per l’inosservanza di un precetto a carattere imperativo che impone un determinato adempimento ai partecipanti alla gara, non sanabile con il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante di cui al c. 1 del medesimo articolo, non potendosi consentire di integrare successivamente un’offerta dal contenuto inizialmente carente di un suo elemento essenziali. L’Adunanza Plenaria afferma pertanto il seguente principio di diritto: “nelle procedure di affidamento dei lavori i partecipanti alla gara devono indicare nell’offerta economica i costi esterni per la sicurezza del lavoro pena l’esclusione dell’offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara”;

- r) nel senso dell’automatica esclusione del concorrente che non abbia indicato separatamente nell’offerta gli oneri di sicurezza aziendale:
- r1) Cons. Stato, sez. V, 25 settembre 2018, n. 5513, secondo cui, alla luce delle previsioni dell’art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, per le gare indette dopo l’entrata in vigore del codice del 2016, non sussistono più i presupposti per ricorrere al soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione degli oneri per la sicurezza “interni” o “aziendali”, avendo il codice definitivamente rimosso ogni residua incertezza sulla sussistenza dell’obbligo, non ammettendo, più in generale, che il soccorso istruttorio possa essere utilizzato nel caso di incompletezze e irregolarità relative all’offerta economica, confinandolo alle ipotesi di carenze degli elementi formali;
 - r2) Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2018, n. 1555, con riferimento ad un’ipotesi in cui la lettera di invito stabiliva espressamente, con una clausola ripetitiva della norma di legge, che l’offerta economica avrebbe dovuto contemplare a pena di esclusione l’indicazione esplicita in valore numerico dei costi di manodopera e degli oneri aziendali di sicurezza;
 - r3) Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1228, che ha aderito al principio secondo cui l’indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale nell’ambito dell’offerta economica è doverosa, a causa della mancanza di un elemento essenziale dell’offerta; e che tale carenza non può essere sanata mediante il potere di soccorso

istruttorio, espressamente escluso dall'art. 83, comma 9, del medesimo codice per elementi relativi all'offerta;

- r4) Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2018, n. 815, secondo cui: per le gare indette dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016 non vi sono più i presupposti per ricorrere al soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione degli oneri di cui all'art. 95, comma 10, in quanto il Codice ha definitivamente rimosso ogni possibile residua incertezza sulla sussistenza di tale obbligo e non ammette che il soccorso istruttorio possa essere utilizzato nel caso di incompletezze e irregolarità relative all'offerta economica; l'esclusione del soccorso istruttorio è anche intesa ad evitare che il rimedio possa contrastare con il generale principio della *par condicio* concorrenziale, consentendo in pratica a un concorrente di modificare *ex post* il contenuto della propria offerta economica;
- s) nel senso che l'omessa separata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali non si traduca nella necessaria e automatica esclusione dell'operatore, si veda:
- s1) Cons. giust. amm. reg. sic., 19 luglio 2018, n. 426, secondo cui, nell'ambito di una gara pubblica, la mancata indicazione degli oneri per la sicurezza interna non giustifica l'immediata esclusione dalla gara o l'annullamento dell'aggiudicazione, con la conseguenza che alle stesse si potrà procedere solamente all'esito del contraddittorio con il concorrente, qualora l'offerta non si dimostri capiente, ossia effettivamente idonea a far fronte ai costi minimi imposti dagli obblighi per la sicurezza sul lavoro;
- s2) Cons. giust. amm. reg. sic., 7 giugno 2018, n. 344, secondo cui: non è legittimo escludere un concorrente da una gara pubblica solo per un vizio formale della domanda o dell'offerta, a condizione che, nel caso degli oneri per la sicurezza, gli stessi siano stati sostanzialmente ricompresi nel prezzo dell'offerta, pur in difetto della loro preventiva specificazione; l'omessa indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale nell'offerta economica non comporta l'esclusione automatica dell'impresa concorrente, alla quale si potrà procedere soltanto all'esito del contraddittorio con il concorrente, qualora l'offerta non si dimostri capiente e, pertanto, idonea a far fronte ai costi minimi imposti dagli obblighi per la sicurezza sul lavoro;
- s3) Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2018, n. 2554, secondo cui, tra l'altro: l'obbligo di considerare espressamente gli oneri per la sicurezza

aziendale nell'offerta economica non comporta l'automatica esclusione dell'impresa concorrente che, pur senza evidenziarli separatamente, li abbia comunque considerati nel prezzo complessivo dell'offerta; la lettera della legge non autorizza questa drastica conclusione, non essendo prevista alcuna sanzione di espressa esclusione conseguente alla violazione della disposizione in questione che peraltro non prescrive più, a differenza degli abrogati artt. 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, che i suddetti costi siano indicati specificamente; l'esclusione automatica di una impresa concorrente è illegittima se l'impresa dimostra, almeno in sede di giustificazioni, che sostanzialmente la sua offerta comprende gli oneri per la sicurezza e che tali oneri sono congrui;

t) nella giurisprudenza dei T.a.r., a titolo esemplificativo dei contrapposti orientamenti, si vedano:

t1) T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. III, 31 luglio 2018, n. 1649, secondo cui per le gare indette durante la vigenza del nuovo codice dei contratti pubblici non sono più rinvenibili le condizioni perché possa darsi ingresso al soccorso istruttorio nell'ipotesi di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali e/o dei costi della manodopera: ciò, in quanto il nuovo codice ha definitivamente rimosso ogni possibile residua incertezza sulla sussistenza di tale obbligo di indicazione, esprimendosi in maniera chiara ed univoca sulla necessaria quantificazione dei suddetti oneri e costi già in sede di predisposizione dell'offerta economica;

t2) T.a.r. per il Piemonte, Torino, sez. I, 14 giugno 2018, n. 750, secondo cui l'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 consente alla stazione appaltante di esercitare il soccorso istruttorio nel caso in cui l'offerta economica non contenga l'indicazione separata degli oneri della sicurezza;

u) sulla tassatività delle cause di esclusione dalla gara e sulla inapplicabilità, alle stesse, del procedimento analogico si veda, tra le altre, Cons. Stato, sez. V, 15 aprile 2013, n. 2064 (in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, 963), secondo cui *“nelle gare pubbliche le cause di esclusione, limitando la libertà di concorrenza nonché il principio di massima partecipazione, non possono essere interpretate analogicamente e, qualora manchi una chiara prescrizione che imponga in modo esplicito l'obbligo dell'esclusione in caso di violazioni da parte del partecipante ad una procedura selettiva, deve essere*

consentita la più ampia partecipazione ad essa, allo scopo di garantire il migliore risultato per l'amministrazione";

v) per quanto concerne gli orientamenti espressi sul tema dalla giurisprudenza europea, si veda Corte giust. UE, 10 novembre 2016, C-162/16 (in *Urbanistica e appalti*, 2017, 346, con nota di BALDI, nonché oggetto della News US in data 25 novembre 2016), secondo cui:

v1) *"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";*

v2) *"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";*

w) analoga questione è stata sottoposta alla Corte di giustizia UE dal T.a.r. per il Lazio, sez. II bis, 24 aprile 2018, n. 4562 (oggetto della News US, in data 4 agosto 2018, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti giurisprudenziali), secondo cui *"deve essere rimessa alla Corte di giustizia dell'UE la seguente questione pregiudiziale ex art. 267 del TFUE: 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".* In particolare,

secondo il collegio, la nuova disciplina è di dubbia compatibilità con il diritto europeo laddove non consente un'integrazione successiva dell'offerta entro un termine prefissato dall'amministrazione, quando l'offerta abbia comunque rispettato la disciplina in materia di costi per la manodopera. Sono quindi richiamati:

- w1) i principi euro-unitari di tutela del legittimo affidamento, di certezza del diritto e di proporzionalità i quali confliggerebbero con la possibilità di escludere, sempre e in ogni caso, l'impresa concorrente dalla gara, senza possibilità alcuna di porvi rimedio;
- w2) i principi del *favor participationis* e della parità di trattamento sostanziale tra le imprese concorrenti, tanto più che, nel caso di specie, *“l'unica mancanza concretamente ascrivibile alla impresa aggiudicataria è quella dell'omessa indicazione separata di detti costi”*: con la conseguenza *“che, in definitiva, tale impresa dovrebbe essere esclusa solo per ragioni di natura formale, dovendosi considerare illegittima - in base alla disciplina nazionale - la possibilità, offerta dall'amministrazione mediante il rimedio del c.d. soccorso istruttorio, di dimostrare che l'offerta presentata fosse effettivamente congrua anche con riguardo ai costi della manodopera”*;
- w3) i connessi principi di libera concorrenza e di libera prestazione dei servizi nell'ambito del territorio dell'Unione sanciti dal TFUE i quali, ad avviso del T.a.r., soffrirebbero di una sostanziale violazione in caso di automatica esclusione delle imprese che abbiano omesso l'indicazione separata dei costi della manodopera (indipendentemente dal fatto che il requisito, nella sostanza, fosse invece posseduto);
- x) in precedenza il T.a.r. per la Basilicata, con ordinanza 25 luglio 2017, n. 525 (oggetto della News US del 21 agosto 2017, cui si rinvia per i precedenti di giurisprudenza *ivi* menzionati) aveva rimesso alla Corte di giustizia UE la questione dell'omessa separata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale e, nel dettaglio, *“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. Lg.vo n. 50/2016, secondo la quale l'omessa*

separata indicazione dei costi di sicurezza aziendale, nelle offerte economiche di una procedura di affidamento di appalti 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 nell'allegato modello di compilazione per la presentazione delle offerte, ed anche a prescindere dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispetti effettivamente i costi minimi di sicurezza aziendale";

y) la questione proposta dal T.a.r. per la Basilicata è stata, tuttavia, dichiarata manifestamente irricevibile dalla Corte di giustizia UE, sez. VI, ordinanza 23 novembre 2017, C-486/17, Olympus Italia s.r.l., (oggetto della News US del 3 agosto 2018, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti) in quanto il giudice del rinvio non aveva adeguatamente dimostrato il requisito dell'"interesse transfrontaliero certo", trattandosi, in tal caso, di un appalto sotto-soglia comunitaria. Sulla nozione di "interesse transfrontaliero certo", di recente, v. Corte di giustizia UE, sez. IX, sentenza 19 aprile 2018, C-65/17, *Oftalma Hospital s.r.l.*, con riguardo ad un appalto vertente nella materia sanitaria. La Corte ha, tra l'altro, ribadito che gli appalti sotto-soglia, nel caso in cui presentino nondimeno un interesse transfrontaliero certo, sono assoggettati alle norme fondamentali e ai principi generali del Trattato FUE, e segnatamente ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità, nonché all'obbligo di trasparenza che ne deriva; senza necessariamente imporre di procedere ad una gara, detto obbligo di trasparenza implica l'esigenza di garantire un adeguato livello di pubblicità che consenta, da un lato, un'apertura alla concorrenza e, dall'altro, il controllo sull'imparzialità della procedura di aggiudicazione;

z) sul soccorso istruttorio si vedano, tra le altre:

z1) Corte cost., ordinanza, 13 aprile 2018, n. 76 (oggetto della News US in data 30 aprile 2018, alla quale si rinvia anche per ulteriori approfondimenti giurisprudenziali) secondo cui: *"devono essere dichiarate manifestamente inammissibili, per difetto di rilevanza, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 17, secondo comma, della legge della Provincia autonoma di Trento 23 ottobre 2014, n. 9 sollevate, in riferimento all'art. 8, primo comma, numeri 1) e 17), del d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 e all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., nella parte in cui prevede l'applicabilità del soccorso istruttorio, nella versione introdotta dal d.l. n. 90 del 2014, alle gare indette a far data dal 29 ottobre 2014 anziché a quelle indette dal 25 giugno 2014, in considerazione dell'inapplicabilità dell'istituto in ipotesi di dichiarazione mendace";*

- z2) Corte di giustizia UE, sez. VIII, sentenza 28 febbraio 2018, nelle cause riunite C-523/16 e C-536/16, MA.T.I. SUD Spa/Centostazioni Spa e Duemme SGR Spa/CNPR (oggetto della News US in data 7 marzo 2018, cui si rinvia anche per ulteriori approfondimenti giurisprudenziali e dottrinali), secondo cui, tra l'altro, il diritto dell'Unione, i principi relativi all'aggiudicazione degli appalti pubblici e il principio di proporzionalità *"devono essere interpretati nel senso che non ostano, in linea di principio, a una normativa nazionale che istituisce un meccanismo di soccorso istruttorio in forza del quale l'amministrazione aggiudicatrice può, nel contesto di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, invitare l'offerente la cui offerta sia viziata da irregolarità essenziali, ai sensi di detta normativa, a regolarizzare la propria offerta previo pagamento di una sanzione pecuniaria, purché l'importo di tale sanzione rimanga conforme al principio di proporzionalità, circostanza questa che spetta al giudice del rinvio verificare"*;
- z3) Corte di giustizia UE, sez. VIII, sentenza 10 maggio 2017, C-131/16, Archus (oggetto della News US in data 19 maggio 2017, cui si rinvia anche per approfondimenti giurisprudenziali e dottrinali, nonché in *Foro amm.*, 2017, 999) che, nel dettare i requisiti del soccorso istruttorio, esclude espressamente, da un lato, che la richiesta di chiarimenti possa condurre alla presentazione di quella che sarebbe in realtà una nuova offerta e, dall'altro, che essa possa ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti dell'appalto;
- z4) Corte di giustizia UE, sez. VI, sentenza 2 giugno 2016, in causa C-27/15, Pippo Pizzo (oggetto della News US in data 5 luglio 2016, nonché in *Foro it.*, 2017, IV, 206, con nota di CONDORELLI, e in *Riv. trim. appalti*, 2016, 655), in punto di necessaria chiarezza della disciplina di gara e sulla conseguente necessità di soccorso istruttorio ove l'operatore economico sia caduto in errore per ambiguità della normativa di gara o errore della stazione appaltante;
- z5) Corte di giustizia UE, sez. X, sentenza 6 novembre 2014, C-42/13, *Cartiera d'Adda in Urb. e app.*, 2015, 137, con nota di PATRITO, e in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1006, con nota di MAMELI;
- z6) Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio, 2014, n. 9 (in *Foro it.*, 2014, III, 429, con note di TRAVI e SIGISMONDI, e in *Dir. proc. amm.*, 2014,

544, nota di BERTONAZZI), secondo cui il potere di soccorso “non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano prescritti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici o dal suo regolamento d’attuazione o dalle leggi dello Stato”;

z7) sull’evoluzione normativa dell’istituto del soccorso istruttorio e del correlato principio di tassatività delle cause di esclusione si veda R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, Bologna, 2017, 1054-1088, che analizza dettagliatamente i singoli passaggi disciplinari ed interpretativi, la cui scansione può essere sintetizzata con richiamo alle fonti succedutesi nel tempo: art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 nella sua originaria versione sul quale si è pronunciato Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio, 2014, n. 9, cit.; disciplina del d.lgs. n. 163 del 2006 novellata dal decreto-legge n. 90 del 2014, che introduce il comma 1-ter all’art.46 e il comma 2-bis all’art. 38, ampliando significativamente le possibilità di soccorso istruttorio e introducendo il soccorso a pagamento (su tale disciplina A. CASTELLI, *Il soccorso istruttorio <a pagamento> tra contrasti giurisprudenziali e riforma codicistica*, in *Urb. e app.*, 2016, 1251); artt. 56, par. 3, direttiva 2014/24/UE e 76, par. 4, direttiva 2014/25/UE su cui C. LAMBERTI e S. VILLAMENA, *Nuove direttive appalti: <systemi di selezione> e <criteri di aggiudicazione>*, in *Urb. e app.*, 2015, 873; art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, sulla quale S. USAI, *Il soccorso istruttorio integrativo nel nuovo codice degli appalti*, in *Urb. e app.*, 2016, 1139 e L. TARANTINO, *Il soccorso istruttorio nel vecchio e nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2017, 127; infine la disciplina del codice del 2016 novellata dal d.lgs. n. 57 del 2017, sul quale F. APERIO BELLA, *Le novità in tema di soccorso istruttorio*, in M.A. SANDULLI, M. LIPARI, F. CARDARELLI (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, 227 e F. MASTRAGOSTINO, *Motivi di esclusione e soccorso istruttorio dopo il correttivo al codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2017, 745;

aa) sulla c.d. sospensione impropria del giudizio, si vedano:

aa1) Cons. Stato, 28 settembre 2018, n. 5589, per un’ipotesi in cui è applicato l’istituto in relazione alla pendenza, dinanzi alla Corte di giustizia UE, della questione dell’immediata escludibilità del concorrente per mancata separata indicazione degli oneri di sicurezza;

aa2) Cons. Stato, Ad. plen., 15 ottobre 2014, n. 28 (in *Foro it.*, 2014, III, 629, in *Giurisdiz. amm.*, 2014, ant., 31, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 47, con nota di ANDREIS, e in *Giornale dir. amm.*, 2014, 1205), secondo cui *“il giudizio amministrativo può essere sospeso per la pendenza della questione di legittimità costituzionale di una norma, applicabile in tale procedimento, ma sollevata in una diversa causa, quando le parti non facciano richiesta di interloquire davanti al giudice delle leggi sollecitando una formale rimessione della questione (l’adunanza plenaria precisa che il termine per la prosecuzione del giudizio decorrerà dalla data di pubblicazione della sentenza della corte costituzionale sulla Gazzetta ufficiale)”*;

aa3) in dottrina si veda R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2017, 1340;

bb) sull’ambito dell’obbligo di rinvio alla Corte di giustizia UE si veda, tra le altre, Corte di giustizia UE, sez. I, 20 dicembre 2017, C-322/16, Global Starnet (in *Foro it.*, 2018, IV, 424, con nota di FORTUNATO, nonché oggetto della News US in data 11 gennaio 2018, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), secondo cui:

bb1) *“l’articolo 267, paragrafo 3, TFUE deve essere interpretato nel senso che il giudice nazionale le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell’Unione anche nel caso in cui, nell’ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell’Unione”*;

bb2) *“gli articoli 49 e 56 TFUE nonché il principio del legittimo affidamento devono essere interpretati nel senso che essi non ostano ad una normativa nazionale, come quella in discussione nel procedimento principale, la quale imponga a soggetti già concessionari nel settore della gestione telematica del gioco lecito nuove condizioni per l’esercizio della loro attività mediante un atto di integrazione della convenzione accessiva alla concessione esistente, laddove il giudice del rinvio concluda che tale normativa può essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale, è idonea a garantire la realizzazione degli obiettivi perseguiti e non eccede quanto è necessario per raggiungerli”*;

cc) in generale, nel senso che il giudice dello Stato membro abbia la facoltà – o l’obbligo, per il giudice di ultima istanza – di rivolgersi alla Corte di giustizia

UE, ogni qual volta sussista un dubbio circa la corretta applicazione del diritto dell'Unione europea, indipendentemente da qualsiasi pronuncia della Corte di Cassazione, dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato o della Corte costituzionale:

- cc1) Cons. Stato, Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 19 (in *Foro it.*, 2017, III, 309, con nota di GAMBINO, nonché oggetto della News US in data 1 agosto 2016, cui si rinvia per ogni riferimento di dottrina e giurisprudenza), secondo cui: I) *“La sezione del Consiglio di Stato cui è assegnato un ricorso, qualora non condivida un principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria su una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione Europea, può alternativamente: a) rimettere previamente la questione all'Adunanza plenaria affinché questa riveda il proprio orientamento; b) adire la Corte di giustizia ex art. 267 TFUE ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale; c) disattendere direttamente il principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria ove esso risulti manifestamente in contrasto con una interpretazione del diritto dell'Unione già fornita, in maniera chiara ed univoca, dalla giurisprudenza comunitaria”*; II) *“l'Adunanza plenaria, qualora sia chiamata a decidere una questione analoga ad altra pendente innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, può alternativamente: a) disporre la sospensione c.d. impropria del giudizio in attesa che si pronunci il giudice europeo; b) sollevare a sua volta una questione pregiudiziale; c) decidere comunque la questione anche alla luce dei dubbi di compatibilità comunitaria manifestati in occasione della precedente rimessione”*;
- cc2) Corte di giustizia UE, Grande camera, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica (in *Foro it.*, 2016, IV, 325 con nota di SIGISMONDI nonché oggetto della News US in data 7 aprile 2016);
- cc3) Cons. Stato, sez. V, ordinanza 17 marzo 2016, n. 1090 del 2016 (oggetto della News US, in data 18 marzo 2016, cui si rinvia per i riferimenti alla giurisdizione ordinaria e contabile);
- cc4) Cass. civ., sez. lav., sentenza 12 settembre 2014, n. 19301 (in *Foro it.*, 2015, I, 3992, con nota di DESIATO cui si rinvia per ogni approfondimento), secondo cui: *“l'obbligo del giudice del rinvio di uniformarsi alla regula iuris enunciata dalla corte di cassazione ai sensi dell'art. 384 c.p.c. viene meno quando la norma da applicare in aderenza a tale principio sia stata abrogata, modificata o sostituita per effetto di ius superveniens, nell'ambito del quale rientrano i mutamenti normativi*

prodotti dalle sentenze della corte di giustizia, che hanno efficacia immediata nell'ordinamento nazionale";

- cc5) Corte di giustizia UE, 20 ottobre 2011, C-396/09 (in *Foro it.*, 2011, IV, 537, con nota di D'ALESSANDRO, in *Guida al dir.*, 2011, fasc. 45, 94, con nota di LEANDRO, in *Fallimento*, 2012, 535, con nota di DE CESARI, in *Riv. dir. soc.*, 2012, 72, con nota di LEANDRO, in *Giur. it.*, 2012, 1061, in *Nuovo notiziario giur.*, 2012, 234, con nota di BARBIERI, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2011, 1298, in *Giur. comm.*, 2012, II, 573, con nota di MUCCIARELLI, e in *Giur. costit.*, 2012, 4871, con nota di BIFULCO).