

**L'Adunanza Plenaria, preso atto dei principi dettati dalla Corte di giustizia UE nelle sentenza Puligenica e Pippo Pizzo nonché della loro incidenza sulla funzione nomofilattica esercitata in base all'art. 99 c.p.a., ritorna sul delicato tema della mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, mitigandone le conseguenze alla luce dei principi di affidamento, certezza del diritto e parità di trattamento**

[Cons. St., A.P., 27 luglio 2016, n. 19 – Pres. Pajno, Est. Giovagnoli](#)

**Giustizia amministrativa – Principio di diritto formulato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ex art. 99 c.p.a. – Vincolatività nei confronti delle singole sezioni in caso di contrasto con il diritto dell'Unione europea – Esclusione – Obbligo di rimettere nuovamente la questione alla Adunanza plenaria – Non sussiste.**

**Giustizia amministrativa – Adunanza plenaria – Esercizio della nomofilachia su analoga questione pendente davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea – Facoltà.**

**Appalti pubblici – Oneri di sicurezza aziendale – Omessa indicazione – Soccorso istruttorio – Doverosità – Limiti.**

*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 (1)*

*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 (2)*

*Per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, qualora l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara e dalla modulistica allegata ma sia assodato che sostanzialmente l'offerta abbia tenuto conto dei 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 (3)*

(1-3) I. Con la sentenza in commento (e la coeva n. 20 in pari data, resa sulla [ordinanza della V sezione del Consiglio di Stato n. 1090/2016](#) di cui alla News US del 18 marzo 2016), l'Adunanza plenaria (pronunciando sulla rimessione disposta dalla sentenza non definitiva della medesima V sezione n. 1116/2016), ha affermato importanti principi su due questioni molto dibattute concernenti:

- a) il rapporto tra il ruolo nomofilattico assegnato dall'art. 99, comma 3, c.p.a. all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e l'obbligo per le singole sezioni del Consiglio, in qualità di giudice di ultima istanza, di sollevare ex art. 267 TFUE una questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di giustizia;
- b) la compatibilità con il diritto dell'Unione Europea del principio di diritto espresso in tema di oneri di sicurezza aziendali dall'Adunanza plenaria con le sentenze nn. 3 e 9 del 2015 e dunque la possibilità di ricorrere o meno al soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione nell'offerta dei suddetti oneri.

II. Sulla prima questione, **concernente i rapporti tra la funzione nomofilattica della Plenaria e il dovere di sollevare la questione pregiudiziale di legittimità comunitaria**, sono stati formulati i principi di cui alla prima e seconda massima, con il sostanziale recepimento delle indicazioni recentemente elaborate dalla medesima Corte del Lussemburgo (Corte giust. UE, Grande Camera, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica, in Foro it., 2016, IV, 325 con nota critica di G. SIGISMONDI che evidenzia il contrasto fra i principi di fondo dell'ordinamento processuale italiano e le sentenze della Corte nonché i possibili rimedi).

Per ulteriori approfondimenti sul tema dei rapporti tra funzione nomofilattica della Adunanza Plenaria (ma anche della Cassazione e della Corte dei conti), obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE e vincolatività delle pronunce della Corte Ue, si richiama la menzionata News dell'US del 18 marzo 2016. La particolare attualità e delicatezza del tema è tale che esso sarà oggetto, tra gli altri, di un prossimo incontro organizzato da ACA-Europe (Associazione delle Corti supreme amministrative e dei Consigli di Stato europei), che si terrà il prossimo 7 novembre 2016 all'Aja, dal titolo: *"The preliminary ruling procedure"*.

III. Sulla seconda questione - **concernente le conseguenze della violazione dell'obbligo di dichiarare gli oneri di sicurezza aziendale e l'esercizio del soccorso istruttorio** - la Plenaria ha formulato il principio di cui alla terza massima.

Questi gli snodi essenziali del ragionamento:

- a) in primo luogo è stato ritenuto preferibile esaminare nel merito la questione rimessa dalla Quinta sezione, anziché attendere la pronuncia della Corte di giustizia (per una sintesi delle questioni rimesse dai TAR alla corte v., oltre alla precitata News US del 18 marzo 2016, la News US del 19 febbraio 2016 dove si riportano le varie ordinanze dei TAR di

rinvio pregiudiziale alla Corte Ue sulla questione della obbligatoria indicazione degli oneri di sicurezza), sia per ragioni di celerità (come sollecitato dalle parti), sia perché una tale soluzione soddisfa una più generale esigenza di sistema consentendo di risolvere in via preventiva i dubbi di compatibilità comunitaria sottesi alla questione pregiudiziale sollevata da numerosi tribunali amministrativi regionali, e, dall'altro, di superare la "causa ostativa" che ha determinato la sospensione ex art. 79, comma 1, c.p.a. di diversi giudizi amministrativi (sia in primo che secondo grado);

- b) mitigando i principi affermati sul punto dalle precedenti Plenarie 3 e 9 del 2015 (rispettivamente in *Foro it.* 2016, III, 114, con nota di Travi; *ibidem*, III, 65, con nota di Condorelli, cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza) – ma la contempo facendo salva espressamente la ricostruzione dei presupposti e della portata applicativa del principio di tassatività delle cause di esclusione e del potere di soccorso effettuata dalla plenaria n. 9 del 2014 - è stato stabilito che l'automatismo dell'effetto escludente per mancata indicazione degli oneri di sicurezza, anche in assenza di indicazioni in tal senso da parte del bando e della modulistica, si pone in contrasto con i principi di certezza del diritto, tutela dell'affidamento, nonché con quelli, che assumono particolare rilievo nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, di trasparenza, proporzionalità e par condicio;
- c) a tale conclusione si è giunti attraverso il recepimento e l'adattamento dei principi elaborati dalla recente sentenza della Corte del Lussemburgo ([Corte di giustizia UE, Sesta Sezione, 2 giugno 2016, C-27/15, Pippo Pizzo](#), oggetto della News US in data 5 luglio 2016), in un caso concernente l'esclusione di una impresa da una gara in ragione del mancato pagamento del contributo all'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici previsto dalla legge n. 266/2005; la Corte ha infatti evidenziato che i principi di trasparenza e di parità di trattamento che disciplinano tutte le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici richiedono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché questi ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi requisiti valgono per tutti i concorrenti; situazione questa che non si verifica quando il requisito di partecipazione è enucleato *ex post*, sulla scorta di prassi applicative della stazione appaltante o, peggio, di interpretazioni del giudice nazionale;
- d) nella fattispecie in esame, la mancata previsione dell'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza nel bando di gara, la predisposizione da parte dell'Amministrazione di moduli fuorvianti, perché privi di un riferimento alla voce in questione, l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sintomatico di una incertezza normativa, fanno sì che l'applicazione della regola dell'esclusione automatica, senza il previo soccorso istruttorio,

si tradurrebbe in un risultato confligente con i principi euro-unitari di tutela dell'affidamento, di certezza del diritto, di trasparenza, par condicio e proporzionalità.