N. 05513/2018REG.PROV.COLL.
N. 00653/2018 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 653 del 2018, proposto da:

Impresa Castrovillari Demetrio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Amerigo Minnicelli, con domicilio eletto presso il suo studio in Rossano, via L. Minnicelli, 3;

contro

Ritec GC s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Ettore Notti, Antonio Ferraiolo, Giovanni Nappi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giovanni Nappi in Roma, Piazzale Don L. Sturzo, 9;

Sorical s.p.a in liquidazione, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria – sede di Catanzaro, Sezione I, n. 01633/2017, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Ritec Gc s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

LAVORIPUBBLICI.IT

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 giugno 2018 il Cons. Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Michele Dionigi, su delega dell'avvocato Nappi, e Ettore Notti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.Con bando n. 582 del 26 giugno 2017, Sorical (Società risorse idriche calabresi) s.p.a., in liquidazione (di seguito *"Sorical"*) indiceva una gara per l'affidamento dei lavori di manutenzione delle infrastrutture idrauliche e civili del complesso delle opere idropotabili della Regione Calabria, suddivisa in tre lotti, per un importo complessivo a base d'asta pari ad euro 2.850.000,00 (€ 950.000,00 per ciascuno dei tre lotti), oltre € 72.000,00 per oneri di sicurezza (€ 24.000,00 per ciascun lotto), da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo (mediante ribasso unico sull'elenco dei prezzi posto a base di gara ed esclusione automatica delle offerte con percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia).

1.1. Con ricorso di Ritec GC s.r.l. (di seguito *"Ritec"*)al Tribunale amministrativo per la Calabria, Catanzaro, è stata impugnata l'aggiudicazione dei lavori di *"Manutenzione straordinaria delle strutture edili, dei serbatoi e dei plessi idraulici in genere di cui al Lotto 3 Area Sud: Reggio Calabria, Locri e Palmi"*, disposta a favore di Impresa Castrovillari Demetrio (nel prosieguo *"Castrovillari"* o *"impresa Castrovillari")* previa riammissione in gara di sedici delle offerte in precedenza escluse.

1.2. In effetti, con verbale n. 10 del 14 luglio 2017 la Commissione aveva escluso quarantasette delle novantaquattro offerte relative al lotto n. 3, per omessa indicazione dei costi della manodopera o mancata distinzione di tali costi rispetto agli oneri aziendali di adempimenti in tema di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, e proposto l'aggiudicazione a Ritec.

1.2. Con successivo verbale n. 11 del 1 agosto 2017 venivano riammesse le sole offerte in cui i costi di manodopera non erano stati indicati separatamente rispetto agli oneri aziendali di adempimenti in tema di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro e, revocata in autotutela la precedente aggiudicazione, la gara era aggiudicata all'impresa Castrovillari.

2. Ritec ricorreva così in giustizia, impugnando dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sede di Catanzaro, l'aggiudicazione definitiva (comunicata con nota prot. 4883 dell'8 settembre 2017) e l'atto di riammissione delle imprese, lamentando violazione del Disciplinare, dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, eccesso di potere per svariati profili e chiedendo la condanna della stazione appaltante al risarcimento in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

2.1. La sentenza indicata in epigrafe, resa in forma semplificata e nella resistenza della sola Sorical, ha accolto il ricorso, annullando gli atti impugnati e condannando la stazione appaltante a disporre l'aggiudicazione alla Ritec e a stipulare con quest'ultima il contratto.

3. Avverso tale sentenza ha proposto appello l'impresa Castrovillari per i seguenti motivi di diritto: *"1) violazione ed erronea applicazione dell'art. 95 d.lgs. n. 50 del 2016 anche in relazione ai principi comunitari di tutela dell'affidamento e di certezza del diritto, di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di diretta derivazione del Trattato sul Funzionamento dell'U.E. (TFUE), nonché in tema di parità di trattamento, di non discriminazione, mutuo riconoscimento, proporzionalità e trasparenza -eccesso di potere; 2) eccesso di potere per mancato rinvio ed esito all'istituto del soccorso istruttorio"*.

3.1. Si è costituita in giudizio Ritec per resistere all'appello e ha depositato memoria chiedendo il rigetto del gravame.

3.2. Non si è costituita Sorical, pur ritualmente evocata in giudizio.

3.3. Con ordinanza collegiale n. 1055/2018, pronunziata all'esito della Camera di Consiglio dell'8 marzo 2018, questa Sezione ha respinto la domanda cautelare formulata dall'impresa appellante.

3.4. All'udienza pubblica del 14 giugno 2017, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

4. Il presente appello verte sulla legittimità degli atti di esclusione e successiva riammissione di talune imprese partecipanti alla gara, bandita nella vigenza del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 *"Codice dei contratti pubblici",* per omessa indicazione separata dei costi della manodopera rispetto agli oneri aziendali di adempimento delle disposizioni in tema di salute e sicurezza dei luoghi di lavoro.

4.1. Per l'impresa appellante, non è censurabile la decisione della stazione appaltante di riammettere tutte le offerte che non avevano separato le dette voci, per consolidati principi della giurisprudenza comunitaria e nazionale, come affermati da Cons. Stato, Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 19 e 20. Impregiudicata la rilevanza degli oneri di sicurezza quale elemento essenziale dell'offerta, non vi sarebbe, tuttavia, un'incertezza assoluta sul suo contenuto né un'inammissibile modifica sostanziale del prezzo quando, come nella specie, non si contesti l'omessa considerazione di detti costi nella formulazione dell'offerta, ma solo la loro mancata indicazione separata: l'Amministrazione aggiudicatrice resta infatti capace di operarne l'estrapolazione e l'effettiva verifica degli importi destinati alla sicurezza prima dell'aggiudicazione, in sede di valutazione di congruità e anomalia dell'offerta.

4.2. L'assunto non può essere condiviso.

4.3. Invero, la decisione della Commissione di riammettere le imprese escluse venne adottata per l'assenza di norme che espressamente richiedano la separata indicazione (si veda Verbale di gara n. 11 del 1 agosto 2017).

4.4. Tuttavia il Collegio qui rileva che in senso contrario milita la chiara previsione del Disciplinare (non impugnato) che al punto 8, ultimo comma, disponeva espressamente: *"ai sensi dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. 50/2016 l'offerta economica a pena di esclusione 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"*; e inoltre la richiamata disposizione di *lex specialis*espressamente rinvia all'art. 95 (*Criteri di aggiudicazione dell'appalto*), comma 10, d.lgs. 50 del 2016.

4.5. Detto art. 95, comma 10 - inserito dall'art. 60, comma 1, lett. *f)*, d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56- contrasta mancanze dichiarative come quelle imputate all'odierna appellante.

4.6. L art. 95, comma 10, entrato in vigore il 20 maggio 2017 e *ratione temporis* applicabile a questa gara, dispone: *«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 dall'art. 97, comma 5, lett. d)».*

4.7. Prima del d.lgs. n. 56 del 2017, la disposizione era del seguente tenore: «*Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro».*

4.8. Alla luce di siffatte previsioni, vanno immuni dalle addotte censure le statuizioni della sentenza impugnata in punto di obbligatorietà, allo stato, della separata indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera e degli oneri anzidetti. Si tratta da un lato (per i costi della manodopera) di informazioni che solo l'operatore economico, datore di lavoro, può conoscere, sicché non possono formare oggetto di una precostituita modalità di computo ed imposizione,

ai fini dello scorporo dal prezzo; da un altro (per gli oneri aziendali di adempimento delle disposizioni in tema di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro) di costi interni aziendali dell'impresa, da quantificarsi in rapporto all'offerta economica e all'organizzazione propria e autonoma dell'impresa concorrente.

4.9. Per tali ragioni, corretto è l'assunto della sentenza che bene ha rilevato che, in difetto di una separata indicazione, verrebbe meno l'obiettivo della norma e della previsione della *lex specialis* (che nel caso espressamente richiedeva, a pena di esclusione, l'osservanza dell'adempimento), che *"è evidentemente quello di verificare il rispetto delle prescrizioni in materia di retribuzione, assicurazione obbligatoria e sicurezza del lavoro del lavoro"*. Sicché non è dato ritenere che sia stata violata una disposizione dal carattere meramente formale ed inidonea a determinare una vera incertezza sul contenuto dell'offerta economica o un'inammissibile sua alterazione.

5. Nemmeno valgono qui i principi enunciati da Cons. Stato, Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 19 e 20, dove si precisa sì che il meccanismo di esclusione da mancata indicazione degli oneri di sicurezza non deve operare in modo assoluto, ma deve trovare, ricorrendo peculiari circostanze, una mitigazione a fronte dell'esigenza di tutelare i principi euro-unitari di tutela dell'affidamento, certezza del diritto, parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza (come poi ribadito da Cons. Stato, V, 4 luglio 2018, n. 4106), ma che ne circoscrive anche la loro portata applicativa (ad impedire l'esclusione del concorrente ove non sia in contestazione che l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, se non previo invito della stazione appaltante alla regolarizzazione in soccorso istruttorio) sia alle gare bandite prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, sia quando le previsioni della legge di gara non contengano siffatta specificazione.

5.1.Nel caso di specie, a fronte dell'espressa previsione contenuta nel codice dei contratti pubblici del 2016, *ratione temporis* applicabile alla fattispecie, e alla chiara disposizione di *lex specialis* che espressamente richiedeva siffatta specifica

indicazione dei costi della manodopera e degli oneri suddetti a pena di esclusione, non vi è ragione di dubitare dell'illegittimità della riammissione delle imprese, prima escluse, che tale materiale separazione avevano omesso nella propria offerta.

5.2. Tale orientamento è già stato espresso da un recentissimo precedente (cfr. Cons., V, 7 febbraio 2018, n. 815) che ha affermato che, 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 (come quella qui in rilievo) non sussistono più i presupposti per ricorrere al soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione degli oneri per la sicurezza c.d. "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. Nemmeno può trarsi argomento dalle statuizioni affermate in altro precedente (Cons. Stato, III, 21 aprile 2018, n.2254), per cui anche nel vigore dell'art. 95, comma 10, non si potrebbe inferire l'esclusione come effetto automatico da omissione di puntuale e specifica evidenziazione degli oneri stessi ove l'espulsione non sia espressamente comminata dalla *lex specialis*, stante la chiara ed inequivoca previsione contenuta nel Disciplinare della gara in oggetto.

6. Consegue da quanto sopra l'infondatezza anche del secondo motivo di appello, di eccesso di potere per mancato ricorso al soccorso istruttorio.

6.1. Va osservato che l'offerta economica esclusa riporta la dichiarazione di un solo valore, non risultando quantificati né quantificabili i costi e gli oneri suddetti, costituenti elemento essenziale dell'offerta. Questa risulta perciò difettosa ed incerta per inosservanza di un precetto imperativo che impone un determinato adempimento, ribadito con l'espressa comminatoria di esclusione anche dalla *lex specialis* (le cui previsioni non sono state impugnate): dette omissioni non sono,

dunque, sanabili con il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante; essa a tenore dell'art. 83, comma 9, non può farvi ricorso per consentire di integrare o regolarizzare le mancanze, le incompletezze ed ogni altra irregolarità essenziale afferenti all'offerta tecnica ed economica.

7.All'infondatezza delle censure consegue il rigetto dell'appello, con implicita conferma delle statuizioni recate dalla sentenza di primo grado.

8. Sussistono giusti motivi, in considerazione della relativa novità delle questioni trattate, per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dispone compensarsi tra le parti le spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del giorno 14 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO