

Oneri di sicurezza e costo della manodopera negli appalti sotto soglia

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 29-7-2019

1. Si applica anche agli appalti sotto soglia il principio, sancito dall'art. 95, comma 10, d.lg. n. 50 del 2016, secondo cui gli oneri di sicurezza e il costo della manodopera devono essere espressamente indicati in sede di offerta, con la conseguenza che la mancata ottemperanza a tale obbligo legale comporta necessariamente l'esclusione dalla gara perché la loro omessa evidenziazione non è un'omissione formale, ma integra pienamente la violazione sostanziale della prescrizione di legge.

Guida alla lettura

Come di recente ricordato dalla Corte di Lussemburgo, **i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza**, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE, devono essere interpretati nel senso che essi **non ostano a una normativa nazionale, come quella italiana, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio**, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione (cfr. Corte Giust. U.E., sez. IX, 2 maggio 2019 C-309/18)

Tuttavia, **se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non si scontrano con l'opposta (rispetto a quanto innanzi espresso) possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice**(cd. soccorso istruttorio).

Il Supremo Consesso amministrativo siciliano, inoltre, ha escluso che la circostanza che la questione pregiudiziale sia nuovamente pendente dinnanzi alla Corte di Giustizia, a seguito delle recenti rimessioni da parte delle ordinanze nn. 1, 2 e 3 dell'Adunanza Plenaria, sia idonea a giustificare – quanto meno per i fatti oggetto di causa - una sospensione del giudizio

o un'ulteriore rimessione alla Corte di giustizia con diversi (e pur possibili) argomenti.

E, invero, **in disparte la ragionevole prevedibilità dell'esito della prossima decisione della Corte europea**, sulla scorta del suo precedente del maggio 2019, sopra riportato, è **tranciante la considerazione che nel caso oggetto di attenzione da parte dei Giudici amministrativi si controverte di un appalto sotto soglia europea privo di rilevanza transfrontaliera, che esula dalle competenze della Corte di Giustizia UE e per il quale, invece, opera in pieno la regola del precedente vincolante costituito dalle citate ordinanze dell'Adunanza Plenaria** che hanno già preso posizione sulla questione di diritto (Ad. Plen., 24 gennaio 2019, nn. 1, 2 e 3).

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 844 del 2018, proposto da La Garderie" Cooperativa di Solidarietà Sociale a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Salvatore Vittorio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune Petrosino, Ufficio della centrale unica di committenza fra i Comuni di Petrosino, Favignana e Salaparuta non costituiti in giudizio;

nei confronti

Cooperativa Sociale Amanthea a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Mangano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza) n. 2159/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cooperativa Sociale Amanthea a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 maggio 2019 il Cons. Giuseppe Verde e uditi per le parti l'avv. Salvatore Vittorio e l'avv. Massimiliano Mangano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierna appellante considera ingiusta la sentenza meglio indicata in epigrafe che ha accolto il ricorso della società cooperativa sociale a r.l. Amanthea, odierna appellata, per

a) l'annullamento dei seguenti atti:

- determinazione n. 94 del 26.06.2018, in pari data comunicata a mezzo PEC ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016, relativa alla "procedura negoziata per l'affidamento in appalto della gestione del servizio nido comunale" con importo a base di gara di euro 190.974,85 comprensivo di iva al 5% con la quale il Comune di Petrosino – I° Settore Servizi Socio/Assistenziali, ha disposto l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore de "La Garderie" Cooperativa di Solidarietà Sociale a r.l.

- verbale del 26 febbraio 2018 delle ore 10.05, con il quale la commissione di gara, ha disposto l'integrazione dell'offerta economica dell'aggiudicataria, carente delle indicazioni relativa ai costi della manodopera;

- nota del 26.02.2018 con la quale la centrale unica di committenza ha chiesto l'integrazione dell'offerta economica dell'aggiudicataria, carente delle indicazioni relative ai costi della manodopera ai sensi dell'art. 95 comma 10 del d.lgs. 50/2016;

- verbale del 05 marzo 2018 della commissione di gara; d) del verbale 28 maggio 2018 della commissione di gara;

- nota del 11 giugno 2018 della centrale unica di committenza;

b) per la declaratoria di inefficacia del contratto in ipotesi stipulato con la "La Garderie Cooperativa di Solidarietà Sociale a r.l." e per il subentro nell'esecuzione del servizio;

c) ovvero il risarcimento del danno per equivalente in misura non inferiore a 30% (pari all'utile d'impresa) dell'importo offerto dalla ricorrente, pari ad euro 167.000,05.

1.2. È bene premettere che la cooperativa di solidarietà sociale Amanthea era stata riammessa alla procedura negoziata per l'affidamento in appalto della gestione del servizio di nido comunale bandito dal Comune di Petrosino, in seguito alla sentenza del Tar Sicilia Palermo (terza sezione) n. 1060 del 2018 successivamente confermata da questo Consiglio con la sentenza n. 443 del 2019.

All'esito della fase di valutazione delle offerte, la società "La Garderie" aveva ottenuto il punteggio complessivo di n. 73,77 punti e, pertanto, dichiarata aggiudicataria con D.D. n. 94 del 26 giugno 2018.

1.3. La cooperativa Amanthea ha quindi impugnato il suddetto D.D. n. 94 del 26 giugno 2018 ed ha affidato il ricorso introduttivo ad un unico articolato motivo sostenuto dalle seguenti ragioni:

- violazione ed errata applicazione dell'art. 95, comma 10, d.lgs. 50/2016;
- violazione ed errata applicazione dell'art. 83, comma 9 d.lgs. 50/2016;
- violazione del disciplinare di gara agli art. 6 e art. 13, lettera h);
- eccesso di potere per carenza di motivazione, difetto di istruttoria;
- ingiustizia manifesta;
- violazione dell'art. 97 Cost.

La allora ricorrente ha esposto come, in violazione della normativa soprarichiamata e delle previsioni del bando, l'offerta economica dell'aggiudicataria fosse illegittima poiché carente della specifica indicazione dei costi della manodopera con conseguente illegittimità del successivo soccorso istruttorio esercitato dalla Commissione di gara.

1.4. Dinanzi al giudice di primo grado si sono costituiti il Comune di Petrosino e la controinteressata società cooperativa sociale "La Garderie" a r.l., che nei rispettivi scritti difensivi ha replicato alle argomentazioni della società ricorrente chiedendo il rigetto del ricorso.

1.5. Il Tar con la sentenza in forma semplificata meglio indicata in epigrafe ha accolto il ricorso della cooperativa Amanthea a.r.l. affermando che:

- pur consapevole che sulla questione, per molti aspetti analoga, della mancata evidenziazione degli oneri di sicurezza interni, la Terza Sezione del Consiglio di Stato (n. 2554/2018) e il CGA (n. 344/2018) hanno affermato che tale omissione non può comportare, di per sé, l'esclusione dell'offerta dalla gara - rileva che la omessa indicazione specifica dei costi della manodopera si pone in termini in parte diversi dalla mancata evidenziazione degli oneri di sicurezza, e che comunque il percorso motivazionale di tali decisioni non è convincente.

Ciò premesso le indicazioni contenute al comma 10 dell'art. 95 del codice degli appalti hanno indubbiamente le caratteristiche di una norma cogente, che prescrivono specifici oneri in ordine alla modalità di redazione della parte economica di un'offerta presentata nell'ambito di una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico; tali disposizioni in particolare prescrivono la necessità di indicare i costi di manodopera e gli oneri di sicurezza;

- l'indicazione di tali oneri non possa costituire oggetto di soccorso istruttorio, per ragioni logiche e letterali, diversamente da quanto sembra ritenere la decisione della Terza Sezione del Consiglio di Stato sopra richiamata (il CGA in realtà pone la questione in termini diversi).

- l'attuale disciplina pone, in termini generali ed inequivoci, l'obbligo di scorporare gli oneri di manodopera e di sicurezza, dalla restante parte dell'offerta economica, mutando completamente il quadro e la ratio stessa ad essa sottesa, riconducibile non tanto alla verifica della serietà dell'offerta nel suo complesso, ma ad una tutela preventiva e maggiormente penetrante dei diritti del lavoratore; inoltre il comma 9 dell'art. 83 esclude, con altrettanta chiarezza, la possibilità di attivare il soccorso istruttorio.

2. La cooperativa di solidarietà sociale "La Garderie" a r.l. critica la sentenza del Tar Sicilia n. 2159 del 2018 ed affida le sue ragioni ai seguenti motivi:

I) violazione ed errata applicazione dell'art. 57 direttiva 2014/24/UE;

II) violazione ed errata applicazione dell'art. 18, par. 2, e dell'art. 69, par. 2, lett. d), direttiva 2014/24/UE e del Considerando n. 37 della stessa direttiva;

III) violazione ed errata applicazione dell'art. 95, comma 10 d.lgs. n. 50/2016, nonché dell'art. 83, comma 9, e dell'art. 97, comma 5, lett. d) d.lgs. n. 50/2016.

Parte appellante in buona sostanza ritiene che l'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 non prevederebbe alcuna sanzione espulsiva né richiederebbe una "specificata" indicazione degli oneri per la sicurezza interna.

La cooperativa appellante ha modo poi di criticare la sentenza qui gravata anche per il punto relativo alla presunta violazione ed errata applicazione dell'art. 83, comma 9, e dell'art. 97, comma 5 lett. d) d.lgs. n. 50/2016: nel caso di specie la Commissione di gara avrebbe solo chiesto di completare la propria dichiarazione, senza ricorrere al soccorso istruttorio (verbale di gara del 26.02.2018).

Ulteriore doglianza mossa alla sentenza gravata attiene al malfunzionamento del MePA che avrebbe legittimato il ricorso al soccorso istruttorio a favore dell'odierna appellata (Amanthea società cooperativa sociale) e non della odierna appellante ("La Garderie" cooperativa di solidarietà sociale a r.l.).

2.1. Si è costituita in appello la cooperativa sociale Amanthea a r.l. che ha replicato alle ragioni dell'appellante asserendone l'infondatezza. Ha quindi concluso perché l'appello sia respinto e la sentenza impugnata confermata.

2.2. Sebbene il ricorso in appello sia stato tempestivamente proposto e regolarmente notificato anche nei confronti del Comune di Petrosino e l'Ufficio della centrale unica di committenza, l'Ente locale e il suddetto Ufficio non risultano costituiti nel presente giudizio.

2.3. Con decreto cautelare n. 715 del 2018, reso nell'udienza camerale del 14 novembre 2018, è stata sospesa l'esecuzione della sentenza appellata fino alla decisione collegiale, considerato che:

(i) sulla questione di diritto che la causa pone vi sono contrastanti orientamenti della giurisprudenza, che determinano uno stato di oggettiva incertezza per l'azione amministrativa;

(ii) la stessa è stata sottoposta sia alla C. giust. UE che all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato;

(iii) su di essa questo CGA si è espresso nel senso sostenuto dall'odierna appellante (CGARS n. 344/2018);

(iv) la medesima questione sarà affrontata funditus in altri affari di merito fissati per l'udienza pubblica del 14.11.2018.

2.4. Con successiva ordinanza cautelare n. 757 del 2018 è stata confermata la sospensione della sentenza di primo grado e fissata per la trattazione del merito l'udienza dell'8 maggio 2019.

2.5. Per completezza si precisa che il CGA ha - con la sentenza n. 443 del 2019 - respinto l'appello della società cooperativa sociale "La Garderie" avverso la sentenza del Tar Sicilia, (sezione terza) n. 1060 del 2018 con la quale è stato annullato il verbale di gara che ha comportato l'esclusione della società cooperativa sociale Amanthea dalla procedura negoziata per l'affidamento in appalto del servizio nido comunale del Comune di Petrosino.

2.6. Nel corso dell'udienza pubblica dell'8 maggio 2019 e della camera di consiglio del 10 luglio 2019 la causa è stata posta in decisione.

3. L'appello è infondato.

3.1. Il Tar con la decisione qui gravata ha preso posizione su un tema che da tempo agita la giurisprudenza amministrativa e che ha avuto in prosieguo una soluzione conforme a quella della sentenza appellata da parte dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e della Corte di giustizia dell'UE.

A questo Consesso, che pure in passato si era espresso in senso difforme, non resta che prendere atto del consolidamento della giurisprudenza nel senso deciso dal Tar.

3.2. Il dato normativo su cui è necessario concentrarsi è definito da alcuni articoli del d.lgs. n. 50/2016 (*codice dei contratti pubblici*) applicabili, *ratione temporis*, alla presente controversia:

- l'art. 83 (*'Criteri di selezione e soccorso istruttorio'*), comma 9 del codice, fissa le condizioni per ammettere il c.d. soccorso istruttorio per il caso di carenze formali delle domande di partecipazione;

- l'art. 95 (*'Criteri di aggiudicazione dell'appalto'*) al comma 10 fissa l'obbligo per i concorrenti di indicare i costi per la manodopera e di sicurezza;

- l'art. 97 (*'Offerte anormalmente basse'*), al comma 5, prevede, tra l'altro, l'esclusione per anomalia dell'offerta se sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 95, comma 10 rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture.

3.3. Tanto premesso, non è (più) dubitabile che il legislatore del 2016 prescriva 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"*. Si tratta piuttosto di stabilire quali siano le conseguenze nel caso in cui un simile obbligo non sia adempiuto e, in particolare, se ciò debba determinare in via automatica l'esclusione del concorrente dalla gara o se si giustifichi invece il soccorso istruttorio, tanto più in un caso, come quello odierno, in cui l'art. 13, punto H, del disciplinare (pag. 8) richiami espressamente l'obbligo di legge senza tuttavia prevedere una sanzione espressa per il caso di sua violazione.

3.4. A questa domanda il precedente del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana del 7.6.2018 n. 344 aveva dato risposta nel senso che:

a) la norma primaria non prevede una sanzione espressa di esclusione per l'inosservanza dell'obbligo;

b) gli oneri di sicurezza e il costo dell'offerta non sono elementi costitutivi dell'offerta ma elementi giustificativi della stessa in funzione della verifica di anomalia;

c) per l'effetto deve ritenersi consentito il soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza o del costo della manodopera.

3.5. In giudizi vertenti sulla medesima questione di diritto qui in discussione (iscritti al n. r.g. 718/2018 e 719/2018) questo CGARS, con ordinanze n. 772 e n. 773 del 2018 e n. 138 del 2019, pur manifestando un *favor* per la tesi già sostenuta dal CGA con la sentenza n. 344/2018, preso atto del contrasto interpretativo che agitava allora il dibattito giurisprudenziale interno, aveva rimesso la risoluzione della questione ermeneutica alla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

3.6. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con ordinanze nn. 1, 2, 3 del 24 gennaio 2019, ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la decisione in merito al quesito interpretativo pregiudiziale così formulato:

"se il diritto dell'Unione europea (e segnatamente i principi di legittimo affidamento, di

certezza del diritto, di libera circolazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi) ostino a una disciplina nazionale (quale quella di cui agli articoli 83, comma 9, 95, comma 10 e 97, comma 5 del ‘Codice dei contratti pubblici’ italiano) in base alla quale la mancata indicazione da parte di un concorrente a una pubblica gara di appalto dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza dei lavoratori comporta comunque l’esclusione dalla gara senza che il concorrente stesso possa essere ammesso in un secondo momento al beneficio del c.d. ‘soccorso istruttorio’, pur nelle ipotesi in cui la sussistenza di tale obbligo dichiarativo derivi da disposizioni sufficientemente chiare e conoscibili e indipendentemente dal fatto che il bando di gara non richiami in modo espresso il richiamato obbligo legale di puntuale indicazione”.

Nelle citate ordinanze dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si esprime un *favor* per la tesi opposta da quella che emerge dalla sentenza di questo Consiglio n. 344 del 2018.

L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha infatti ritenuto che

“il pertinente quadro giuridico nazionale imponga di aderire alla tesi secondo cui, nelle circostanze rilevanti ai fini del decidere, la mancata puntuale indicazione in sede di offerta dei costi della manodopera comporti necessariamente l’esclusione dalla gara e che tale lacuna non sia colmabile attraverso il soccorso istruttorio.

Ritiene anche che, ai sensi del diritto nazionale, siccome l’obbligo di separata indicazione di tali costi è contenuto in disposizioni di legge dal carattere sufficientemente chiaro per gli operatori professionali, la mancata riproduzione di tale obbligo nel bando e nel capitolato della gara non potrebbe comunque giovare a tali operatori in termini di scusabilità dell’errore”.

L’Adunanza Plenaria ha posto a fondamento della propria decisione molteplici argomenti:

- la giurisprudenza della Corte di Giustizia;
- il dato testuale del diritto interno;
- gli orientamenti della giurisprudenza interna;
- l’esigenza di rafforzare gli strumenti di tutela dei lavoratori, di responsabilizzare gli operatori economici e di rendere più agevoli ed efficaci gli strumenti di vigilanza e controllo da parte delle amministrazioni),

ed ha concluso nel senso che il quadro normativo nazionale deve necessariamente essere inteso nel senso di comportare l’esclusione del concorrente il quale non abbia ottemperato all’obbligo legale di separata indicazione dei costi della manodopera e della sicurezza dei lavoratori, senza che tale concorrente possa invocare il beneficio del c.d. ‘soccorso istruttorio’.

3.7. Prima ancora dell’Adunanza Plenaria la questione degli effetti della omessa indicazione degli oneri di sicurezza e del costo del lavoro era stata rimessa alla C. giust. UE da parte del Tar Lazio –Roma nei seguenti termini:

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, codice, 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 (Tar Lazio – Roma, II-bis, 24 aprile 2018 n. 4562).

3.8. La C. giust. UE si è pronunciata sull'ordinanza di rimessione del Tar Lazio, e non ancora su quelle di rimessione dell'Adunanza plenaria, affermando che i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella italiana, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice (C. giust. UE, sez. IX, 2 maggio 2019 C-309/18).

4. Le conclusioni alle quali sono pervenute l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e la Corte di giustizia possono essere applicate per risolvere la presente controversia nel senso della reiezione.

Depongono nel senso dell'infondatezza dell'appello

- quanto previsto dall'art. 95, comma 10 d.lgs. n. 50/2016 secondo cui gli oneri di sicurezza e il costo della manodopera debbono essere espressamente indicati in sede di offerta, con la conseguenza che la mancata ottemperanza a tale obbligo legale comporta necessariamente l'esclusione dalla gara perché *la loro omessa evidenziazione non è un'omissione formale, ma integra pienamente la violazione sostanziale della prescrizione di legge;*

- quanto espressamente indicato all'art. 13, punto H, del disciplinare a detta del quale "il

concorrente, a pena di esclusione, dovrà indicare la propria offerta economica contenente la misura della percentuale di ribasso offerta, al netto di IVA. Il ribasso deve essere indicato sia in cifre che in lettere. La dichiarazione dovrà contenere, altresì, l'indicazione dei costi relativi al costo lavorativo e ai costi aziendali della sicurezza, ai sensi dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. 50/2016”;

- la formulazione dell'offerta dell'appellante che indica una percentuale di ribasso pari al 9% e aggiunge una dichiarazione con la quale afferma di “aver tenuto conto nel redigere l'offerta degli obblighi connessi alle disposizioni in materia di sicurezza e protezione dei lavoratori [...] di aver valutato in € 600,00 gli oneri di sicurezza da rischio specifico o aziendale di cui all'art. 87 –comma 4 del vigente d.lgs. 163/2006”, ma non indica la quantificazione degli oneri relativi alla manodopera.

4.1. Né la circostanza che la questione pregiudiziale sia nuovamente pendente alla C. giust. UE a seguito di rimessione da parte delle citate ordinanze dell'Adunanza Plenaria, giustificano – almeno in questa causa - una sospensione del presente giudizio o una ulteriore rimessione alla Corte di giustizia con diversi pur possibili argomenti. E, invero, in disparte la ragionevole prevedibilità dell'esito della prossima decisione della C. giust. UE sulla scorta del suo precedente del maggio 2019 sopra riportato, è tranciante la considerazione che nella specie si controverte di un appalto sotto soglia europea privo di rilevanza transfrontaliera (procedura negoziata per l'affidamento in appalto della gestione del servizio nido comunale” con importo a base di gara di euro 190.974,85 comprensivo di iva al 5%), che esula dalle competenze della C. giust. UE e per il quale opera invece in pieno la regola del precedente vincolante costituito dalle citate ordinanze nn. 1, 2 e 3 del 2019 della Adunanza Plenaria (rese nella composizione della plenaria a quindici con la partecipazione di componenti del CGARS), ordinanze che hanno già preso posizione sulla questione di diritto.

5. Parimenti infondata è la doglianza con cui parte appellante asserisce che la Commissione di gara avrebbe solo chiesto alla cooperativa appellante di completare la propria dichiarazione senza ricorrere al soccorso istruttorio. Nel caso di specie la mancata osservanza dell'art. 95 comma 10 e poi dell'art. 13 punto H comporta l'esclusione della cooperativa dalla gara senza possibilità di soccorso istruttorio. Le determinazioni assunte dalla Commissione di gara hanno violato quanto previsto dall'art. 83, comma 9, e dell'art. 97, comma 5 lett. d) d.lgs. 50/2016. Sul punto il Collegio non rinviene nell'appello alcuna ragione per mettere in dubbio la conclusione cui perviene il Tar secondo cui *il comma 9 dell'art. 83 del codice degli appalti 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.; inoltre se è vero che il comma 10 dell'art. 95 richiede espressamente che vengano autonomamente indicati taluni oneri - come ritiene il collegio sulla base delle considerazioni svolte - la loro omessa evidenziazione non è un'omissione formale, ma integra pienamente la violazione sostanziale della prescrizione di legge.*

6. Ulteriore doglianza mossa alla sentenza gravata attiene al malfunzionamento del MePA che avrebbe legittimato il ricorso al soccorso istruttorio a favore dell'odierna appellata (Amanthea società cooperativa sociale) e non della odierna appellante (“La Garderie” cooperativa di

solidarietà sociale a r.l.).

Parte appellante con la doglianza ora in esame avversa il capo E3 della sentenza gravata (di cui alle pagine 9 e 10 e non alla pag. 8 come indicato nel ricorso in appello). In riferimento alla doglianza qui in esame il Collegio osserva che la critica dell'appellante è assertiva e apodittica e non evidenzia alcun elemento di riscontro dal quale si possa dedurre che vi sia stato un effettivo malfunzionamento del MePA nei suoi confronti che le abbia impedito, per quel che qui interessa alla appellante, la documentazione relativa al costo della manodopera.

Il richiamo alla sentenza del Tar n. 1060 del 2018 (poi successivamente confermata dal CGA con la sentenza n. 443 del 2019) non è conducente dal momento che nella fattispecie di cui alle decisioni appena richiamate è stato accertato un effettivo malfunzionamento nei confronti di altro concorrente, che nel caso qui in esame non risulta dimostrato.

7. Conclusivamente il Collegio ritiene l'appello infondato. Conseguentemente la sentenza gravata merita di essere confermata.

La natura della controversia e le oscillazioni della giurisprudenza rispetto alle questioni affrontate giustificano la compensazione delle spese del presente grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del grado compensate.

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