

Delimitazione concettuale delle ipotesi eccezionali alla regola di immediata esclusione nelle ipotesi di omessa indicazione dei costi della manodopera e oneri di sicurezza aziendale

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 27-2-2020

Deve ritenersi che tutti gli operatori economici partecipanti alla gara fossero informati del fatto che quest'ultima era soggetta alle disposizioni del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, tra cui l'obbligo di indicazione separata degli oneri per la sicurezza interna ex art. 95, comma 10 cit.

L'eccezione alla regola dell'esclusione dalla gara elaborata dalla Corte di giustizia nella sentenza del 2 maggio 2019, C-309/18 va considerata applicabile alle sole ipotesi di materiale impedimento nell'assolvere ad un obbligo di legge che sulla base della diligenza professionale ciascun operatore economico è tenuto a conoscere.

Guida alla lettura

Con sentenza del 2 maggio 2019, C-309/18, la Corte di giustizia ha affermato il principio di diritto secondo cui non contrasta con i principi di certezza del diritto, parità di trattamento e trasparenza enunciati dalla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, la causa di esclusione dalle procedure di affidamento prevista dall'art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici, a mente del quale l'operatore economico che ad esse partecipi "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".

La Corte di Lussemburgo ha tuttavia fatto salvo il caso in cui "le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche", per il quale, secondo il citato principio di trasparenza e quello di proporzionalità, deve ritenersi consentita la regolarizzazione dell'offerta mediante il potere di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante.

All'affermazione dei principi innanzi richiamati la Corte di giustizia è giunta sulla base del duplice rilievo che: l'obbligo di indicare separatamente gli oneri per la sicurezza aziendale in sede di offerta "discende chiaramente dal combinato disposto dell'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici e dell'articolo 83, comma 9, del medesimo", il quale non consente la regolarizzazione di carenze concernenti l'offerta tecnica o economica; che pertanto qualsiasi operatore economico "ragionevolmente informato e normalmente diligente" si presume a conoscenza dell'obbligo in questione.

Tenuto conto del dictum sancito dalla Corte di Giustizia, oggetto di controversia giunta dinnanzi al Consiglio di Stato, pronunciato con sentenza n. 604 dello scorso 24 gennaio, è la portata dell'eccezione alla regola dell'esclusione automatica ovvero quando possa ammettersi il soccorso istruttorio malgrado l'offerta non rechi la separata indicazione dei costi relativi alla sicurezza interna.

Al riguardo la III Sezione conclude nel senso che l'eccezione alla regola dell'esclusione dalla gara elaborata dalla Corte di giustizia nella sentenza del 2 maggio 2019, C-309/18 va considerata applicabile alle sole ipotesi di materiale impedimento nell'assolvere ad un obbligo di legge che sulla base della diligenza professionale ciascun operatore economico è tenuto a conoscere.

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 7143 del 2018, proposto da

La Clessidra società cooperativa sociale onlus, in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo con Sinergie società coop. soc. onlus, Luoghi Comuni società coop. soc. onlus, Sirone Società Coop. a r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Luisa Giua Marassi e Antonello Rossi, con domicilio digitale come da p.e.c. registri di giustizia;

contro

Comune di Ghilarza, anche in qualità di ente capofila dell'ufficio di piano del distretto Ghilarza – Bosa, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Roberta Bertolani e Gianluca Contaldi, con domicilio eletto presso lo studio Gianluca Contaldi, in Roma, via Da Palestrina, n. 47;

nei confronti

Cooperativa Sociale A.D.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Luigi Machiavelli e Alessandro Enna, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Potito Flagella in Roma, via del Casale Strozzi, n. 33;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, Sezione prima, n. 739/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Ghilarza e della Cooperativa Sociale A.D.A.;

Vista l'ordinanza di sospensione del processo in data 7 marzo 2019, n. 1571;

Vista l'istanza di fissazione dell'udienza del processo sospeso depositata da La Clessidra società cooperativa sociale onlus in data 28 giugno 2019;

Viste le memorie e tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 gennaio 2020 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Rossi, Stefania Contaldi, in sostituzione dell'avvocato Bertolani, e Machiavelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Clessidra società cooperativa onlus propone appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna in epigrafe, con cui è stato respinto il suo ricorso contro gli atti della procedura di gara per la conclusione di un accordo quadro per l'affidamento dei servizi relativo ai minori e alla famiglia per i Comuni del Plus del distretto Ghilarza – Bosa, suddivisa in tre lotti, dell'importo totale di € 4.180.323,81, di cui al bando del Comune capofila di Ghilarza pubblicato il 28 agosto 2017.

2. La ricorrente, inizialmente aggiudicataria in tutti e tre i lotti (con determinazione n. 93 del 21 dicembre 2017), è stata successivamente esclusa dalla gara, per non avere indicato nella propria offerta gli oneri per la sicurezza aziendale (determinazione n. 5 del 30 gennaio 2018); di conseguenza la gara è stata aggiudicata alla cooperativa sociale A.D.A.

3. Il ricorso della società cooperativa La Clessidra contro l'esclusione e la contestuale aggiudicazione della gara a favore della controinteressata è stato respinto dal Tribunale adito, sul rilievo – per quanto ancora di interesse nel presente appello - che ai sensi dell'art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) la mancata indicazione degli oneri per la sicurezza interni comporta l'esclusione dalle procedure di affidamento di contratti pubblici e la carenza dell'offerta sotto questo profilo non può essere sanata ai sensi dell'art. 83, comma 9, del medesimo codice.

4. Con l'appello l'originaria ricorrente, premesso che né il bando di gara, né il modello predisposto dalla stazione appaltante per la formulazione dell'offerta, avrebbero richiesto di indicare gli oneri per la sicurezza interna, ha contestato che tale carenza potesse comportare automaticamente l'esclusione dalla gara e che non fosse sanabile col soccorso istruttorio.

5. Si sono costituiti in resistenza all'appello il Comune di Ghilarza e la controinteressata Cooperativa Sociale A.D.A.

6. Disposta la sospensione (impropria) del processo per la pendenza presso la Corte di giustizia della medesima questione controversa (ordinanza del 7 marzo 2019, n. 1571), dopo

la pronuncia resa da quest'ultima, con sentenza del 2 maggio 2019, in causa C-309/18 (Lavorgna srl), il giudizio è stato proseguito dall'appellante con istanza di fissazione dell'udienza depositata il 28 giugno 2019.

7. Dopo lo scambio di memorie la causa era trattenuta in decisione all'udienza del 9 gennaio 2020.

DIRITTO

1. Sulla questione che ha dato luogo alla sospensione del presente giudizio con la citata sentenza del 2 maggio 2019, C-309/18, la Corte di giustizia ha affermato il principio di diritto secondo cui non contrasta con i principi di certezza del diritto, parità di trattamento e trasparenza enunciati dalla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, la causa di esclusione dalle procedure di affidamento prevista dall'art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici, a mente del quale l'operatore economico che ad esse partecipi «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» (così la disposizione ora richiamata). La Corte di giustizia ha tuttavia fatto salvo il caso in cui «le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche» (così la sentenza del 2 maggio 2019, C-309/18), per il quale, secondo il citato principio di trasparenza e quello di proporzionalità, deve ritenersi consentita la regolarizzazione dell'offerta mediante il potere di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante.

2. All'affermazione dei principi ora richiamati la Corte di giustizia è giunta sulla base del duplice rilievo che: l'obbligo di indicare separatamente gli oneri per la sicurezza aziendale in sede di offerta «discende chiaramente dal combinato disposto dell'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici e dell'articolo 83, comma 9, del medesimo», il quale non consente la regolarizzazione di carenze concernenti l'offerta tecnica o economica (§ 25 della sentenza); che pertanto qualsiasi operatore economico «ragionevolmente informato e normalmente diligente» si presume a conoscenza dell'obbligo in questione (§ 27).

Con specifico riferimento al caso oggetto di rinvio pregiudiziale la Corte di giustizia ha peraltro precisato, da un lato, che il bando di gara conteneva un espresso rinvio alle norme del codice dei contratti pubblici (§ 26), ma che dall'altro lato il modello predisposto dalla stazione appaltante che i concorrenti dovevano obbligatoriamente utilizzare «non lasciava loro alcuno spazio fisico per l'indicazione separata dei costi della manodopera. In più, il capitolato d'oneri relativo alla medesima gara d'appalto precisava che gli offerenti non potevano presentare alcun documento che non fosse stato specificamente richiesto dall'amministrazione aggiudicatrice» (§ 29). In ragione di tali circostanze la Corte di giustizia ha demandato al giudice del rinvio di verificare se nel caso di specie «fosse in effetti materialmente impossibile indicare i costi della manodopera conformemente all'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici e valutare se, di conseguenza, tale documentazione generasse confusione in capo agli offerenti, nonostante il rinvio esplicito alle chiare disposizioni del succitato codice» (§ 30), al fine di fare eventualmente applicazione del soccorso istruttorio.

3. Sulla base della pronuncia della Corte di giustizia può considerarsi definitivamente chiarito che l'automatismo espulsivo correlato al mancato scorporo nell'offerta economica dei costi inerenti alla sicurezza interna derivante dal combinato disposto degli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici è conforme al diritto europeo; del resto su ciò non vi è contestazione nemmeno da parte della La Clessidra (cfr. in particolare a pag. 4 della memoria conclusionale dell'appellante).

Oggetto di controversia è invece la portata dell'eccezione alla regola dell'esclusione automatica ovvero quando possa ammettersi il soccorso istruttorio malgrado l'offerta non rechi la separata indicazione dei costi relativi alla sicurezza interna.

4. A questo riguardo la società appellante sostiene che il caso oggetto del presente giudizio rientri in quest'ultima ipotesi, a causa della «confusione generata in capo agli offerenti», derivante dal fatto che nel modello di offerta economica predisposto dall'amministrazione non era presente «alcuno spazio fisico», per indicare la voce di costo in questione (pag. 5 della memoria conclusionale; negli stessi termini anche la memoria di replica, in particolare a pag. 3).

5. Le contestazioni de La Clessidra sono infondate.

6. Come dedotto dal Comune di Ghilarza, il bando di gara recava innanzitutto un espresso rinvio al codice dei contratti pubblici, al paragrafo 5, così formulato «La gara di che trattasi sarà effettuata con le modalità previste dal Decreto Legislativo 50/2016, e successive modificazioni e integrazioni, con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa».

Per quanto concerneva invece l'offerta economica, il paragrafo 19 richiedeva ai concorrenti di formularla «secondo l'allegato fac-simile (Allegato C) e dovrà contenere il piano di ripartizione dei costi, contenente il dettaglio delle voci di spesa (ad esempio: costo orario netto e lordo per ciascun operatore, distinguendo tra operatori dipendenti e collaboratori; costi per materiali; spese viaggi e trasferte; costi di gestione ecc.)», con l'ulteriore precisazione che a pena di esclusione l'offerta avrebbe dovuto essere datata e sottoscritta e che in essa si sarebbe dovuto indicare il ribasso percentuale sulla base d'asta.

Il medesimo Comune di Ghilarza ha inoltre prodotto nel giudizio di primo grado il modello di offerta economica, recante oltre ai riquadri relativi ai dati identificativi dell'offerente e del ribasso, l'allegato «Piano di ripartizione dei costi secondo quanto dettagliato nel bando di gara», costituente a sua volta un foglio vuoto, liberamente editabile dai concorrenti.

7. Deve ritenersi che tutti gli operatori economici partecipanti alla gara fossero informati del fatto che quest'ultima era soggetta alle disposizioni del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, tra cui l'obbligo di indicazione separata degli oneri per la sicurezza interna ex art. 95, comma 10. I medesimi concorrenti non erano poi vincolati ad alcuno schema rigido nell'indicazione dei costi per la produzione del servizio, per cui non era impedito di inserire nell'apposito piano allegato al modello di offerta economica anche quelli relativi alla sicurezza interna.

8. Le produzioni documentali dell'amministrazione resistente confermano quest'ultima circostanza.

Nel proprio piano di ripartizione dei costi l'aggiudicataria cooperativa sociale A.D.A. ha infatti previsto un apposito riquadro relativo ai «costi generali di gestione», in linea con l'esemplificazione contenuta nel sopra menzionato paragrafo 19 del bando di gara, in cui ha inserito la voce «costi gestione della sicurezza», dell'importo di € 10.000,00 per il lotto 1, € 3.000,00 per il lotto 2 ed € 300,00 per il lotto 3: la circostanza dimostra che non era precluso ai concorrenti di indicare tale voce e del resto nemmeno l'appellante La Clessidra si spinge a sostenere tale assunto.

9. Quest'ultima sostiene infatti solo che la normativa di gara avrebbe ingenerato una confusione nei concorrenti.

Senonché, per un verso, l'eccezione alla regola dell'esclusione dalla gara elaborata dalla Corte di giustizia nella sentenza del 2 maggio 2019, C-309/18, è stata ristretta alle sole ipotesi di materiale impedimento nell'assolvere ad un obbligo di legge che sulla base della diligenza professionale ciascun operatore economico è tenuto a conoscere (cfr. in particolare il sopra citata § 30 della sentenza).

Per altro verso, l'ipotesi della confusione va in ogni caso esclusa, in quanto il bando di gara rinviava in modo espresso al codice dei contratti pubblici e il piano di ripartizione dei costi predisposto dal Comune di Ghilarza era un mero foglio bianco da allegare al modello di offerta economica riservato all'indicazione del ribasso sulla base d'asta. Non ricorrono pertanto le fattispecie che in base alla medesima sentenza della Corte di giustizia consentono di sanare la carenza dell'offerta mediante il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante.

10. Con un distinto ordine di censure l'appellante La Clessidra afferma di avere comunque tenuto conto dei costi interni della sicurezza nel formulare i ribassi per i tre lotti di gara. Ciò non impedisce tuttavia che operi la causa di esclusione prevista dall'art. 95, comma 10, cod. contratti pubblici, la quale alla luce della pronuncia interpretativa della Corte di giustizia è correlata al dato formale dell'omesso scorporo nell'offerta economica di tale voce di costo.

11. L'appello deve pertanto essere respinto, ma la complessità della questione controversa, per la quale si è resa necessaria una pronuncia della Corte di giustizia, giustifica la compensazione delle spese di causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 gennaio 2020.