

Pubblicato il 15/10/2020

N. 00916/2020REG.PROV.COLL.
N. 00718/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 718 del 2018, proposto da Industria italiana autobus s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Laura Di Giovanni, Alessandro Tozzi, Guido Molinari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avv. Guido Molinari in Roma, via degli Scipioni, n. 281;

contro

Comune di Palermo, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Vincenzo Criscuoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Irisbus Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Malinconico, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto

presso lo studio dell'avv. Gabriele La Malfa Ribolla in Palermo, via Nunzio Morello, n. 40;

per la riforma

della sentenza resa in forma semplificata del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (sez. III) n. 1552/2018

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Palermo e di Irisbus Italia s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 settembre 2020 il Cons. Giuseppe Verde; vista la richiesta di passaggio in decisione senza discussione presentata dagli avvocati Alessandro Tozzi, Vincenzo Criscuoli e Carlo Malinconico;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, sezione terza – Palermo, l'Industria italiana Autobus s.p.a. ha impugnato la nota prot. n. 680050 del 7.5.2018 con la quale il Comune di Palermo ha disposto l'esclusione della società ricorrente dalla procedura aperta per la fornitura di n. 33 autobus urbani, suddivisa in n. 2 lotti, relativamente al lotto n. 1, trasmessa a mezzo PEC in pari data nonché del provvedimento prot. n. 700246 dell'11.5.2018, con il quale il Comune di Palermo ha disposto l'aggiudicazione di entrambi i lotti alla Iribus Italia s.p.a.

L'Industria italiana autobus ha chiesto la condanna del Comune resistente al risarcimento del danno subito dalla ricorrente per la illegittima esclusione: in via principale, in forma specifica mediante reingresso nella

procedura; ovvero, in via gradata, per equivalente economico.

1.1. Le doglianze dedotte in primo grado attenevano alla:

I) violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. - eccesso di potere per carenza di motivazione;

II) violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli articoli 83, comma 9 e 95, comma 10 - eccesso di potere per difetto di istruttoria;

III) violazione e falsa applicazione dell'articolo 95, comma 10 - eccesso di potere per travisamento dei fatti; e chiedendo, in subordine il risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati.

Parte ricorrente ha sostenuto che gli atti impugnati sarebbero illegittimi in quanto avrebbe errato la commissione di gara nel non consentire, attraverso il soccorso istruttorio, di rimediare alla mancata espressa indicazione dei costi per il personale, da considerarsi un mero errore formale; inoltre l'appalto per cui è causa dovrebbe farsi rientrare nelle ipotesi delle forniture senza posa in opera, per le quali non opera la prescrizione dell'indicazione separata dei costi per la mano d'opera.

Si sono costituiti dinanzi al Tar la controinteressata Iribus Italia s.p.a. e l'appellato comune di Palermo che, con rispettive memorie, hanno replicato alle argomentazioni articolate in ricorso, chiedendone il rigetto.

2. Con la sentenza in forma semplificata indicata in epigrafe il giudice di prime cure ha respinto il ricorso e compensato le spese fra le parti.

3. Secondo il Tar,

- una chiara disposizione di legge, prescrittiva di specifici oneri, determina la così detta eterointegrazione degli atti di gara, di modo che quelle prescrizioni di legge diventano comunque regole vincolanti per la gara che viene in rilievo, ancorché non riprodotte tra le specifiche disposizioni per essa dettate;

- il comma 10 dell'art. 95 del codice degli appalti hanno indubbiamente le caratteristiche

di una norme cogenti, 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,

- la disposizione che viene in rilievo richiede, con carattere di cogenza, la specifica indicazione dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza, e non la loro semplice considerazione nell'indistinta offerta economica presentata;

- l'indicazione di tali oneri non può costituire oggetto di soccorso istruttorio;

- il comma 9 dell'art. 83 del codice degli appalti esclude espressamente che il soccorso istruttorio possa riguardare carenze relative all'offerta economica.

4. Per la riforma della detta sentenza ha proposto appello l'originaria ricorrente Industria italiana Autobus s.p.a.

Il ricorso in appello deduce l'erroneità della sentenza impugnata perché si basa sull'assunto che consentire l'accesso al soccorso istruttorio, nel caso in esame, comporterebbe (a) la manipolazione dell'offerta economica, (b) la lesione dei diritti dei lavoratori.

4.1. L'appello è affidato ai seguenti motivi:

I) violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016 - eccesso di potere per carenza di motivazione: l'esclusione della società appellante è stata disposta in violazione dell'art. 95, comma 10 del d.lgs. n. 50/2016 nella parte in cui ha ritenuto di non consentire il soccorso istruttorio in relazione ad una irregolarità di carattere evidente formale e non sostanziale, ed in palese carenza di un adeguato supporto motivazionale.

Parte appellante richiama al riguardo l'ordinanza 24.4.2018 n. 4562, con cui il TAR del Lazio – Roma, II-bis, nel sospendere il giudizio, ha rimesso alla Corte di Giustizia UE uno specifico quesito di interesse per la presente controversia;

I) violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli articoli 83, comma 9 e 95, comma 10 d.lgs. n. 50/2016 - eccesso di potere per difetto di istruttoria: con il presente motivo la società appellante critica la sentenza impugnata per la posizione assunta in merito al soccorso istruttorio escluso in ragione della natura dell'art. 95, comma 10 che, secondo il Tar indica "una specifica vincolante modalità di redazione dell'offerta economica, con la necessaria indicazione separata degli oneri di manodopera e di sicurezza; che il mancato rispetto di tale vincolante prescrizione non possa essere sanato attraverso il soccorso istruttorio e che determini l'esclusione dalla gara".

Le doglianze avanzate con il presente motivo richiamano la già citata giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo cui *"il divieto di ricorrere al soccorso istruttorio per gli elementi dell'offerta tecnica ed economica di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, laddove si intendesse riferito anche ai chiarimenti sul rispetto degli obblighi in materia di sicurezza sul lavoro, non potrebbe mai costituire quell'eccezione consentita al legislatore interno dall'art. 56, par. 3, della Direttiva in virtù di una «contraria disposizione del diritto nazionale che attua la presente direttiva», poiché il divieto di ammettere qualsivoglia chiarimento sul punto costituirebbe evidentemente una disposizione nazionale violativa e non applicativa di tale Direttiva e, in parte qua, da disapplicarsi?"* (Cons. St., III, 27.4.2018 n. 2554). Con la conseguente conclusione per cui *"l'obbligo di considerare espressamente gli oneri per la sicurezza aziendale (cc.dd. oneri interni) nell'offerta economica, ora codificato dall'art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, non comporta l'automatica esclusione dell'impresa concorrente che, pur senza evidenziarli separatamente nell'offerta, li abbia comunque considerati nel prezzo complessivo dell'offerta"*. Secondo l'appellante, in conclusione, il ricorso al soccorso istruttorio non inciderebbe sull'offerta economica che rimane immutata così che il principio della *par condicio* è nel caso di specie impregiudicato;

III) violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 10 - eccesso di potere per travisamento dei fatti: secondo l'appellante il servizio di manutenzione in *full service* non rientrerebbe tra le forniture con posa in opera, o tra i servizi in senso proprio, e ciò perché la conclusione cui è pervenuta la sul punto la Stazione appaltante non sarebbe coerente con la fattispecie qui in esame rispetto alla quale la manutenzione rientrerebbe proprio tra le forniture *senza* posa in opera, rispetto alle quali agisce l'esclusione di cui al comma 10, articolo 95.

4.2. La società appellante chiede,

- che in accoglimento dei suesposti motivi sia annullata la propria esclusione dalla gara nonché, per illegittimità derivata, l'aggiudicazione;

-in subordine, la sospensione del giudizio in attesa della pronuncia già richiesta dal Tar Lazio, sezione seconda bis (ordinanza 24.4.2018 n. 4562) alla Corte di giustizia UE sul punto ovvero la rimessione della questione alla C. giust. UE da parte del Consiglio di giustizia amministrativa;

- la condanna del Comune di Palermo al risarcimento del danno patito dall'odierna ricorrente in conseguenza della illegittima esclusione, e precisamente:

a) in via principale, al risarcimento in forma specifica mediante riammissione alla procedura;

b) in via gradata, al risarcimento per equivalente economico, con riferimento alla perdita di *chance* ed alla lesione dell'immagine, con riserva di successiva quantificazione in corso di giudizio, sussistendo nella specie tutti gli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c.

5. Il Comune appellato ha eccepito l'inammissibilità dell'appello in quanto la società appellante si sarebbe limitata a riproporre in appello le doglianze già prospettate con il ricorso introduttivo, da qui la conclusione che l'appello sarebbe inammissibile "*in quanto generico e non supportato da specifiche*

critiche nel merito del percorso argomentativo seguito dal primo Giudice”.

Nel merito il Comune ritiene che la determinazione assunta dalla stazione appaltante di esclusione della società appellante sia corretta e chiede che il ricorso sia rigettato e la sentenza impugnata sia confermata.

6. Si è costituita in appello la controinteressata società Iribus s.p.a. che preliminarmente eccepisce l'inammissibilità del ricorso in appello. Si sostiene che l'appello violerebbe l'obbligo previsto dall'art. 101 c.p.a. di specifica indicazione delle censure contro i capi della sentenza gravata, genericamente criticata come erronea, si aggiunge ancora che l'appello si limita poi alla pedissequa e letterale riproposizione dei motivi di primo grado.

Nel caso in esame la sentenza impugnata ben amministra sia il novellato l'art. 95 comma 10 del d.lgs. 50/2016 che l'art. 83 comma 9 del nuovo codice, il quale escluderebbe espressamente il soccorso istruttorio per gli elementi dell'offerta economica.

La difesa della società controinteressata risponde all'appello con precise controdeduzioni:

- il primo motivo dell'appello sarebbe infondato perché il bando di gara prevedeva chiaramente all'art. 19 che il soccorso istruttorio, *è ammesso [...] con i limiti e le modalità di cui all'art. 83 comma 9 del Codice*". Ingiustamente, quindi, la ricorrente lamenterebbe il mancato soccorso istruttorio. L'istituto è regolato nell'art. 83, comma 9, del nuovo Codice secondo cui sono escluse dal suo ambito applicativo le incompletezze *“afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica”*. Costituiscono inoltre sempre per la citata disposizione *“irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”*.

Corretta sarebbe l'espulsione dell'appellante disposta dalla stazione appaltante.

- il secondo motivo di appello sarebbe infondato perché l'art. 95 comma 10 parla in modo inequivocabile di espressa indicazione degli oneri. Ciò al fine di tutelare la genuinità del confronto concorrenziale da un lato e, dall'altro, di evitare indebiti abbassamenti dei costi del lavoro, oltre i limiti salariali previsti, una volta che l'offerta specificamente non li indichi. Si sostiene che la determinazione espulsiva adottata dalla stazione appaltante avrebbe escluso il potenziale rischio di alterazione della *par condicio* non potendosi considerare detta stazione responsabile per l'inadeguata formulazione dell'offerta economica della società appellante;

- infondato, infine, sarebbe anche il terzo motivo dell'appello: l'oggetto principale dell'appalto, innanzitutto, era la fornitura di n. 33 autobus urbani, comprensiva anche del servizio di manutenzione *full service*. Non dunque una fornitura senza posa in opera, bensì un servizio di manutenzione.

La società controinteressata:

- ritiene che l'infondatezza dell'appello esclude la fondatezza della domanda risarcitoria;

- pur consapevole che la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza 25.10.2018 n. 6069 ha deferito la questione all'Adunanza plenaria, ritiene che *“va anche considerato che altro sono gli oneri della sicurezza e altro è il costo della manodopera, che inevitabilmente incide sulla formulazione dell'offerta economica in modo variabile e quindi non omogeneo nelle varie offerte”*.

7. Il CGA ha - con l'ordinanza n 772 del 2018 - rimesso la causa all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sottoponendo i seguenti quesiti interpretativi: *“1) se, per le gare bandite nella vigenza del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la mancata indicazione separata del costo della manodopera (e degli oneri di sicurezza) 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 costi e 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 costi oneri; 2) se, ai fini della eventuale operatività del soccorso istruttorio, assuma rilevanza la circostanza che la lex specialis taccia sull'onere di indicazione del costo della manodopera e degli oneri di sicurezza (come nel caso di specie) ovvero richiami espressamente l'obbligo di dichiarare il costo della manodopera e gli oneri di sicurezza”.

Per completezza espositiva si tenga conto che analoga ordinanza di rimessione veniva adottata nel giudizio n. r.g. 719 del 2018 (CGA ordinanza n. 773 del 2018).

8. L'Adunanza Plenaria ha formulato alla Corte di giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 del T.F.U.E. il seguente quesito interpretativo pregiudiziale: *“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 nell'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 espreso il richiamato obbligo legale di puntuale indicazione”.*

9. Successivamente, a fronte della precedente ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 4562/2018 del Tar Lazio vertente su analoga questione, la Corte di Giustizia ha pronunciato sentenza del 2 maggio 2019, nel procedimento C-309/18 (c.d. sentenza Lavorgna).

10. Con nota del 20 maggio 2019, nell'ambito della causa pregiudiziale C-111/19 “Industria italiana Autobus”, la Corte di Giustizia ha chiesto

all'Adunanza Plenaria se in ragione della sentenza del 2 maggio 2019, nel procedimento C-309/18 sussistesse ancora un interesse ad una pronuncia della Corte di giustizia.

11. L'Adunanza Plenaria ha rinunciato alla rinunciare alla questione pregiudiziale rimessa alla Corte di giustizia (ord. 11 del 28 ottobre 2019).

12. L'Adunanza Plenaria ha poi rinviato, con l'ordinanza 14 del 9 luglio 2020, i giudizi n. r. g. 718 e 719 del 2018 al CGA per la seguente motivazione: *“Considerato che, come evincibile dalla citata ordinanza 28 ottobre 2019 n. 11, questa Adunanza plenaria ha già rilevato la coincidenza tra i quesiti interpretativi sottoposti dalle ordinanze di rimessione del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana n. 772 e n. 773 del 2018 n. 772 e i contenuti della sentenza della CGUE, 2 maggio 2019, causa C-309/18 e che, pertanto, l'onere di enunciazione del principio di diritto, di cui all'art. 99 c.p.a., può essere assolto tramite rinvio a quello dato nella citata sentenza della CGUE che, rispondendo al quesito interpretativo postole, ha parimenti soddisfatto l'esigenza espressa; Considerato inoltre che la questione rimessa all'Adunanza plenaria non copre tutte le doglianze formulate in sede di appello e che pertanto rimangono profili di merito, meglio valutabili dallo stesso Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, a cui pare opportuno restituire gli atti, a norma dell'art. 99, comma 1, c.p.a., anche per la liquidazione delle spese della presente fase di giudizio”*.

13. Nell'approssimarsi dell'udienza di trattazione le parti hanno scambiato memorie con le quali hanno preso posizione sui principi desumibili dalla sentenza della Corte di giustizia 2 maggio 2019, causa C-309/18.

13.1. La società appellante asserisce che nel caso di specie mancherebbero i presupposti per una legittima esclusione. Infatti, l'obbligo che la società avrebbe disatteso (il combinato disposto degli artt. 95, comma 10, ed 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici risulta dalla novella di cui al decreto correttivo del 19 aprile 2017, n. 56, e solo oggi risulta chiarito) non

si sarebbe potuto definire come certo anche in ragione delle oscillazioni presenti nella giurisprudenza. Allo stesso tempo nel caso di specie mancherebbe una modulistica di gara cosa questa che giustifica il comportamento posto in essere dall'appellante nell'elaborare la propria offerta: “alla data di adozione dell'impugnato provvedimento di esclusione, infatti, era del tutto evidente l'incertezza della portata dell'obbligo di indicazione separata, incertezza che è rimasta tale fino all'adozione della sentenza Lavorgna, e, successivamente, della sentenza dell'Adunanza Plenaria 2 aprile 2020 n. 7”.

Parte appellante ritiene che la sentenza della Corte di giustizia 2 maggio 2019, causa C-309/18 “affida al giudice del rinvio la valutazione della capacità della documentazione di gara di ingenerare nel concorrente non solo l'impossibilità di indicare ma anche la più generale *confusione* in ordine alla effettiva obbligatorietà di indicare i costi di specie così valorizzando una valutazione in concreto rispetto alla formulazione del bando e dei moduli predisposti dalla Stazione Appaltante – unico parametro oggettivo delle possibilità di cui dispone l'offerente – e non anche con esclusivo riferimento alle caratteristiche delle offerte presentate dagli altri concorrenti”.

13.2. La controinteressata Iribus risponde alle precisazioni da ultimo svolte dalla società appellante sostenendo che: a) l'art. 95 comma 10 del d.lgs. 50/2016 è chiaro nella sua formulazione e si applica al caso di specie; b) non vi è stata alcuna impossibilità tecnica o di compilazione che permetta anche solo di ipotizzare uno spazio di applicazione per il soccorso istruttorio; c) la suddetta situazione impeditiva risulta esclusa in ragione dell'offerta di Iribus che “ha reso l'indicazione dei costi della sicurezza e della manodopera nel modulo, senza alcuna particolare difficoltà”.

14. La società appellante e la controinteressata Iribus hanno - in sede di

replica - precisato ancor meglio le proprie rispettive tesi processuali. Hanno infine chiesto il passaggio in decisione della controversia sulla base degli scritti difensivi.

15. Nel corso dell'udienza pubblica del 23 settembre 2020 la causa è stata posta in decisione.

16. L'appello è infondato il che esime dall'esame delle eccezioni di inammissibilità dell'appello e di irricevibilità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado ritualmente sollevate nel presente giudizio dalla stazione appaltante e dalla ditta controinteressata.

17. La presente controversia ruota intorno all'interpretazione di due disposizioni del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016:

- l'art. 95 comma 10 a mente del quale *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)*

- l'art. 83 comma 9 a mente del quale *le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del*

contenuto o del soggetto responsabile della stessa”.

17.1. Nel caso di specie il bando di gara all'art. 4 così definisce l'oggetto dell'appalto:

- Lotto 1: fornitura di n. 10 autobus urbani, classe europea I, di lunghezza compresa fra mt 17,70 e 18,30, con propulsore alimentato a gasolio e rispondenti al Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 1 aprile 2010 ed ai criteri di cui al Decreto Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare 08/05/2012. La fornitura è comprensiva del servizio di manutenzione “full service” per un periodo di sei anni;

- Lotto 2: fornitura di n. 23 autobus urbani, classe europea I, di lunghezza compresa fra mt 11,90 e 12,30, con propulsore alimentato a gasolio e rispondenti al Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 1 aprile 2010 ed ai criteri di cui al Decreto Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare 08/05/2012. La fornitura è comprensiva del servizio di manutenzione “full service” per un periodo di sei anni.

17.2. Per quel che attiene all'offerta economica è previsto (art. 17. C del bando di gara) che dovranno essere indicati:

- il prezzo unitario dell'autobus, comprensivo degli optional richiesti;

- il prezzo unitario della coppia di validatrici offerte

- il prezzo del full service per i primi due anni;

- il prezzo del full service per gli ulteriori quattro anni.

- gli eventuali semestri di garanzia supplementare dall'inizio del 3° anno in poi.

17.3. L'art. 19 del bando in tema di soccorso istruttorio recita: *è ammesso il soccorso istruttorio con i limiti e le modalità di cui dall'art. 83 comma 9 del codice.*

17.4. Il punto cruciale della controversia attiene all'applicazione del combinato disposto degli artt. 95, comma 10 del codice dei contratti pubblici e 83, comma 9, relativi il primo all'obbligatoria indicazione, tra gli altri elementi dell'offerta economica, del costo della manodopera e il

secondo al cd. soccorso istruttorio.

17.5. La questione è stata affrontata dalla Corte di giustizia che, con sentenza del 2 maggio 2019, C-309/18, è approdata alla seguente conclusione: *i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, 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.*

17.6. La giurisprudenza del Consiglio di Stato più recente (sez. III, 15 giugno 2020 n. 3773) ha così sintetizzato gli sviluppi applicativi della sentenza della Corte di giustizia del 2 maggio 2019 resa nella causa C 309/18:

a) 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;

b) pertanto, qualsiasi operatore economico ragionevolmente informato e normalmente diligente si presume a conoscenza dell'obbligo in questione;

c) la regola opera 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;

d) nondimeno, nei casi in cui il bando di gara contenga bensì un espresso rinvio alle norme del codice dei contratti pubblici, ma si accompagni alla predisposizione di modelli dichiarativi ad uso obbligatorio concretamente privi di spazio fisico per l'indicazione separata dei costi della manodopera, debba demandarsi al giudice del merito la verifica della "materiale impossibilità" di evidenziare, nel rispetto della prescrizione normativa, i costi in questione, legittimandosi - in presenza di circostanze idonee a "generare confusione" in capo agli offerenti - l'eventuale attivazione del soccorso istruttorio.

Su questi il Consiglio di Stato (sez. III, 15 giugno 2020 n. 3773) ha concluso che *in applicazione dei suindicati postulati anche sul versante interno non residuano dubbi sulla piena predicabilità dell'automatismo espulsivo correlato al mancato scorporo nell'offerta economica dei costi inerenti alla manodopera. Né rileva che, nel caso di specie, il bando non prevedesse espressamente l'obbligo di separata evidenziazione dei costi in questione in virtù del principio di eterointegrazione della lex specialis ad opera della lex generalis, tanto più che nella documentazione di gara (cfr. articolo 26 capitolato speciale) vi era un esplicito rinvio alla disciplina di settore per i profili ivi non espressamente disciplinati (e quindi anche all'art. 95, comma 10) (cfr. da ultimo, Cons. St., Adunanza Plenaria n. 8 del 2 aprile 2020; Cons. St., sez. V, 10 febbraio 2020, n. 1008; Id., sez. V, 24 gennaio 2020, n. 604).*

17.7. Il Collegio nel condividere l'approdo giurisprudenziale da ultimo richiamato ritiene di poter procedere allo scrutinio delle censure dedotte

nella presente controversia muovendo dalle conclusioni alle quali è pervenuto il Consiglio di Stato.

18. Due motivi dell'appello (I e III) riguardano la violazione dell'art. 95 comma 10 per eccesso di potere per carenza di motivazione e per travisamento dei fatti.

18.1. Rispetto allo scrutinio delle censure che ruotano intorno all'art. 95 comma 10 è bene rammentare quanto in precedenza esposto in merito all'oggetto del bando di gara. Risulta con sufficiente evidenza che suddetto oggetto attiene alla fornitura di autobus precisandosi però che *la fornitura è comprensiva del servizio di manutenzione "full service" per un periodo di sei anni* (sia per il lotto 1 che per il lotto 2).

18.2. Il Collegio ritiene che il servizio di manutenzione *full service* caratterizza l'oggetto dell'appalto e lo qualifica come appalto di fornitura comprensivo dei servizi di manutenzione *full service*. Ne consegue che non è possibile immaginare un servizio di manutenzione *full service* senza immaginare il ricorso alla manodopera e quindi senza indicarne i relativi costi.

Le considerazioni appena svolte consentono al Collegio di disattendere la censura di cui al III motivo dell'appello con la quale la società appellante mira ad escludere l'applicazione dell'art. 95 comma 10 alla fattispecie ora in esame in ragione della asserita qualificazione del contratto come di fornitura senza posa in opera.

La stazione appaltante non è incorsa nel vizio di eccesso di potere per travisamento dei fatti avendo correttamente inquadrato l'appalto ai fini dell'applicazione dell'art. 95 comma 10.

19. E' infondato anche il I motivo dell'appello con il quale si deduce la violazione dell'art. 95 comma 10 sotto un altro punto di vista (eccesso di potere per carenza di motivazione).

Nel caso di specie - nel quale il bando richiama il d.lgs. n. 50 del 2016 (in copertina e all'art. 2) – la *lex specialis* risulta integrata dalla *lex generalis* e l'esclusione della società appellante è avvenuta perché questa avrebbe dovuto indicare i costi della manodopera per come richiesto dall'art. 95 comma 10.

L'obbligo di indicare i costi della manodopera deriva direttamente dall'art. 95 comma 10 e nella fattispecie ora in esame non può dubitarsi della sua sussistenza, atteso che un servizio di manutenzione *full service* non può essere fornito per un certo numero di autobus senza immaginare il concorso di personale a ciò addetto. Conclusivamente non è verosimile che un operatore economico che partecipa ad una gara come quella ora in discussione, possa pensare di omettere l'indicazione dei costi di manodopera dalla propria offerta senza incorrere nella esclusione dalla gara.

20. Rispetto poi alla asserita impossibilità tecnica di indicare i suddetti oneri in considerazione della incerta documentazione di gara, il Collegio ritiene decisivo per confutare tale profilo di doglianza l'accertata indicazione da parte della controinteressata Iribus di detti oneri.

Il Collegio ritiene che le modalità con cui la controinteressata ha partecipato alla gara escludono “per tabulas *l'esistenza di una situazione impeditiva alla dichiarazione*” (Cons. St., Ad. plen., 02 aprile 2020 sentenza nn. 7 e 8).

Le determinazioni assunte dalla stazione appaltante nei confronti della società appellante sono dunque rispondenti a quanto previsto dal comma 10 dell'art. 95 e risultano essere adeguatamente motivate.

Concludendo sul punto il Collegio ritiene infondato il I motivo dell'appello.

21. Le conclusioni alle quali il Collegio è pervenuto consentono ora di affrontare il II motivo dell'appello con il quale la società appellante

muovendo dal combinato disposto dell'art. 95 comma 10 e 83 comma 9 deduce il vizio di eccesso di potere per difetto di istruttoria.

La censura ora in esame attiene in buona sostanza alla possibilità di accedere al soccorso istruttorio.

Il Collegio ritiene che la società appellante non era nella "*materiale impossibilità*" di evidenziare, nel rispetto della prescrizione normativa, i costi in questione, legittimandosi - in presenza di circostanze idonee a "generare confusione" in capo agli offerenti - l'eventuale attivazione del soccorso istruttorio (Cons. St., sez. III, 15 giugno 2020 n. 3773).

Pertanto l'indicazione di tali oneri non può costituire oggetto di soccorso istruttorio perché ciò inciderebbe sulla *par condicio* degli operatori economici.

Gli operatori economici che partecipano alle gare come quella qui in esame sono consapevoli dell'obbligo di cui all'art. 95 comma 10 il che esclude che possa ingenerarsi un legittimo affidamento a quanto indicato nel bando di gara dal momento che questo è integrato dalla *lex generalis* che richiede piena osservanza.

22. Lo scrutinio dei motivi dell'appello impone al Collegio una precisazione in merito a quanto esposto dalla società appellante a pag. 6 del ricorso in appello dove si prospetta una espansione delle censure di cui ai primi due motivi del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado.

22.1. Le suddette censure sono del tutto sovrapponibili al I e al II motivo dell'appello e per esse valgono le considerazioni sopra svolte che depongono in senso contrario alle ragioni della società appellante.

23. Con il IV motivo dell'appello si contesta l'aggiudicazione definitiva come conseguenza dell'avvenuto accoglimento delle censure dedotte con gli altri motivi dell'appello (motivi I, II, e III).

L'infondatezza delle censure appena scrutinate esclude che possa essere

accolto il IV motivo dell'appello.

24. Dal rigetto del complessivo gravame deriva, *de plano*, la reiezione della domanda risarcitoria mancandone i presupposti perché essa possa essere accolta.

25. Conclusivamente l'appello è infondato e deve essere respinto con conseguente rigetto di tutte le domande proposte in primo grado.

La novità questioni affrontate nella controversia e le oscillazioni presenti nella giurisprudenza inducono il Collegio a compensare le 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.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Nicola Gaviano, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Giuseppe Verde, Consigliere, Estensore

Antonino Caleca, Consigliere

L'ESTENSORE
Giuseppe Verde

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO