Pubblicato il 27/07/2016

N. 00019/2016REG.PROV.COLL.

N. 00008/2016 REG.RIC.A.P.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8 di A.P. del 2016, proposto da:
SO.GE.SI. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria r.t.i., Alsco Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, quale mandante del r.t.i., Alfredo Grassi s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, quale mandante del r.t.i., rappresentate e difese dall'avvocato Andrea Zanetti, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

contro

Lavanderie dell'Alto Adige s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Barone, con domicilio eletto presso Eversheds Bianchini Studio Legale in Roma, Via Pompeo Magno N.1;

nei confronti di

Ama s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Damiano Lipani, Francesca Sbrana, con domicilio eletto presso Damiano Lipani in Roma, Via Vittoria Colonna, 40;

per la revocazione

della sentenza del CONSIGLIO DI STATO - SEZ. V n. 05348/2014, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di noleggio, lavaggio, manutenzione, fornitura e vestiario per il personale A.m.a.

Visto il ricorso in revocazione e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Lavanderie dell'Alto Adige Spa e di Ama Spa;

Vista la sentenza non definitiva con ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, n. 1116 del 2016;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2016 il consigliere Roberto Giovagnoli e uditi per le parti l'avvocato Zanetti e l'avvocato Giorgio Mazzone per delega dell'avvocato Lipani.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

A) *Il giudizio di revocazione dinnanzi alla Quinta Sezione: la fase rescindente.*

1. La SO.GE.SI. S.p.a. ha proposto ricorso per la revocazione della sentenza n. 5348/2014, con la quale questo Consiglio di Stato, Sezione Quinta, in riforma della pronuncia di primo grado, accoglieva l'appello principale e, per l'effetto, il ricorso di prime cure, mentre respingeva l'appello incidentale proposto dall'odierna ricorrente.

A seguito dell'adozione della sentenza di cui si chiede la revocazione restava, quindi, annullata la determinazione dell'Amministratore delegato di A.M.A. S.p.A. n. 378-2010 del 26.11.2010, con la quale si era provveduto all'aggiudicazione della gara di appalto per il servizio di noleggio, lavaggio, manutenzione, fornitura, logistica dei D.P.I. (dispositivi di protezione individuale) e vestiario occorrenti per il personale dell'AMA per un periodo di mesi 48 al R.T.I.

2. Il ricorso per revocazione, in particolare, ha denunciato la presenza di un errore di fatto *ex* art. 395, n. 4) c.p.c. nella parte in cui la pronuncia ha affermato l'insussistenza del vizio, denunciato con ricorso incidentale prima e con appello incidentale poi, di mancata esclusione della società Lavanderie dell'Alto Adige s.p.a. per omessa indicazione nell'offerta economica degli oneri di sicurezza da rischio specifico.

Secondo la SO.GE.SI, la sentenza sarebbe fondata sulla supposizione di un fatto (che vi fosse stata la dichiarazione degli oneri di sicurezza da parte dell'appellante principale) la cui verità è incontrastabilmente esclusa dagli atti di causa, come dimostrerebbe l'esame dell'offerta economica della società Lavanderia dell'Alto Adige, nella quale non vi è alcun cenno agli oneri sulla sicurezza.

2. In via rescissoria, l'odierna ricorrente ha sostenuto che il necessario previo esame dell'appello incidentale dovrebbe condurre al rigetto dell'appello principale, in quanto la mancata indicazione dei costi per la sicurezza avrebbe dovuto portare ad escludere l'offerta della società Lavanderie dell'Alto Adige.

3. La Quinta Sezione di questo Consiglio di Stato, con la sentenza non definitiva 18 marzo 2016, n. 1116, ha ritenuto fondato il ricorso per ciò che attiene alla domanda rescindente. Ha ravvisato, in particolare, la sussistenza del denunciato errore di fatto nella parte in cui la sentenza impugnata per revocazione ha affermato che nell'offerta dell'appellante principale fossero stati indicati i costi per la sicurezza.

Sul punto, la Quinta Sezione, dopo aver richiamato, anche sulla scorta della giurisprudenza dell'Adunanza plenaria, gli elementi che connotato l'errore di fatto idoneo a fondare la domanda di revocazione ai sensi dell'art. 395, n. 4 c.p.c., ha rilevato che "*nella fattispecie, da un esame dell'offerta dell'originaria ricorrente si apprezza la mancata indicazione dei costi per la sicurezza, non vi è una specifica motivazione sul punto da parte della sentenza revocanda, che si limita ad affermare la non sussistenza del vizio sulla scorta dell'errore di fatto nella percezione relativa all'indicazione dell'offerta dell'appellante principale dei costi per la sicurezza, elemento, che nella sua dimensione fattuale non si presenta come punto controverso. Infine, il suo mancato accoglimento risulta decisivo in ordine alle sorti dell'appello, stante l'efficacia c.d. escludente del vizio in questione*".

Va rilevato che la Quinta Sezione ha disposto la revocazione dell'intera sentenza (anche relativamente al capo concernente l'appello principale, pur non direttamente investito dall'errore di fatto): ciò in quanto l'esame delle censure proposte con l'appello principale dipende dall'accoglimento o dal rigetto – ancora da stabilire dopo l'accoglimento della domanda rescindente – dell'impugnazione incidentale. L'eventuale accoglimento, in sede rescissoria, del motivo escludente proposto con l'appello incidentale determinerebbe, invero, l'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse dell'appello principale e, con esso, del ricorso di primo grado, di Lavanderie Alto Adige.

B) *La fase rescissoria del giudizio di revocazione.*

4. La Sezione, quindi, passando all'esame della domanda rescissoria, ossia della censura in ordine alle conseguenze della mancata indicazione degli oneri di sicurezza, ha ritenuto di non condividere il principio di diritto enunciato da questa Adunanza plenaria con la sentenza n. 9 del 2015, nella parte in cui ha escluso l'uso dei poteri di soccorso istruttorio nei casi in cui la fase procedurale delle offerte si sia perfezionata prima della pubblicazione della sentenza dell'Adunanza plenaria 20 marzo 2015, n. 3, con la quale è stato chiarito che l'obbligo, codificato all'art. 87, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006, di indicazione degli oneri di sicurezza aziendale si applica anche agli appalti di lavori e che la relativa sanzione espulsiva si applica anche nell'ipotesi in cui il bando di gara non prescriva un simile obbligo.

5. Rilevato, tuttavia, che nel caso di specie non viene in considerazione un appalto di lavori, bensì un appalto di misto di servizi e fornitura (così lo qualifica espressamente anche il bando di gara), la Sezione rimettente, respingendo sul punto una eccezione sollevata dall'originario appellante principale in ordine all'estraneità della presente fattispecie dall'ambito applicativo dei criteri ermeneutici enunciati dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2015, ha precisato che: *a*) l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza vale indifferentemente per gli appalti di lavori e per quelli di fornitura e di servizi (in quanto la sentenza n. 3/2015 dell'Adunanza plenaria, nell'affermare l'obbligo di indicare i costi della sicurezza nelle procedure di gara aventi ad oggetto lavori pubblici, è partita dal presupposto che questa regola valga anche per i contratti pubblici di servizi e di forniture); *b*) secondo i principi desumibili dalle sentenze n. 3 e 9 del 2015, la sanzione

espulsiva, senza possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio, opererebbe allo stesso modo, anche in assenza di una previsione del bando di gara, per tutti i tipi di appalto.

C) *Le questioni rimesse all'Adunanza plenaria..*

6. In relazione a quest'ultimo profilo, concernente l'operatività della sanzione espulsiva, senza possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio, anche se nel bando di gara non è espressamente previsto l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza, la Sezione rimettente ha rilevato "*il possibile contrasto con la normativa dell'Unione europea della normativa nazionale, ed in particolare, degli artt. 46 comma 1-bis, 86, comma 3-bis e 87, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006, se interpretati nel senso che, pur in assenza di specifica indicazione nella* lex specialis *dell'obbligo di indicare i costi della sicurezza e della predisposizione da parte della stazione appaltante di moduli sia pure non obbligatori per la formulazione dell'offerta, nei quali non sia previsto un campo nel quale indicare i costi* de quibus*, l'offerta che ne sia priva debba essere esclusa dalla stazione appaltante*".

Secondo la Sezione rimettente, invero, una simile impostazione, che trascura del tutto il comportamento dell'Amministrazione che induca in errore i concorrenti, non prevedendo né un obbligo di indicazione dei costi per la sicurezza nella *lex specialis*, né una correlata comminatoria di esclusione in caso di inadempimento del detto obbligo e formulando un modulo che non preveda l'indicazione della voce in questione, potrebbe risultare contrastante con i principi euro-unitari, di matrice giurisprudenziale, della 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 dei 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.

7. La Sezione ha, altresì, rilevato che l'eventualità prospettata (il possibile contrasto del principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 9 del 2015 con il diritto dell'Unione Europea), fa nascere un ulteriore motivo di dubbio, che è quello del rapporto tra il ruolo nomofilattico assegnato dall'art. 99 c.p.a. all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e l'obbligo per le singole Sezioni del Consiglio, in qualità di giudice di ultima istanza, di sollevare, anche d'ufficio, una questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di Giustizia.

Secondo l'ordinanza di rimessione due sono le ipotesi che vanno prese in esame in relazione a tale aspetto: *a*) l'Adunanza Plenaria enuncia un principio di diritto, facendosi carico di esaminare gli eventuali profili di anticomunitarietà, finendo con l'escluderli; *b*) l'Adunanza plenaria enuncia un principio di diritto, senza esaminare, come nella fattispecie, gli eventuali profili di anticomunitarietà.

In entrambi i casi, prosegue la Sezione rimettente, si tratta di coordinare la disciplina contenuta nel comma 3 dell'art. 99 c.p.a., secondo il quale: "*Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di con condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso*", con quella contenuta nel par. 3 dell'art. 267 TFUE, secondo il quale "*Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte*".

8. Sulla base di tali considerazioni la Quinta Sezione ha, quindi, rimesso all'Adunanza plenaria i seguenti quesiti di diritto:

I) se in costanza di un principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, in presenza di una verifica espressa della rispondenza anche alla disciplina dell'Unione Europea, che venga sospettato di contrasto con la normativa dell'Unione Europea, la singola Sezione deve rimettere la questione ai sensi dell'art. 99, comma 3, c.p.a., oppure può sollevare autonomamente, quale giudice comune del diritto dell'Unione europea, una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia;

II) se in costanza di un principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, in assenza di una verifica espressa della rispondenza anche alla disciplina dell'Unione Europea, che venga sospettato di contrasto con la normativa dell'Unione Europea, la singola Sezione deve rimettere la questione ai sensi dell'art. 99, comma 3, c.p.a., oppure può sollevare autonomamente, quale giudice comune del diritto dell'Unione europea, una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia;

III) se il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria n. 9/2015, è rispettoso dei principi euro-unitari, di matrice giurisprudenziale, della tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, dei 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 dei principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza se in costanza di un principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria.

D) *La decisione dell'Adunanza plenaria sulle prime due questioni concernenti i rapporti tra l'art. 99, comma 1, c.p.a. e l'art. 267 TFUE.*

9. Alla pubblica udienza del 22 giugno 2016, la causa è stata discussa davanti all'Adunanza plenaria, che l'ha trattenuta in decisione.

10. Occorre evidenziare che le prime due questioni sottoposte all'Adunanza plenaria dalla Quinta Sezione sono state recentemente vagliate dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea con la sentenza della Grande Sezione, 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica Facility Esco*.

Con tale sentenza, la Corte di giustizia, pronunciando su una questione pregiudiziale di corretta interpretazione del diritto dell'Unione Europea sollevata dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana con ordinanza 13 ottobre 2013, n. 848, ha sancito i seguenti principi:

a) "*l'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale*";

b) "*l'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che, dopo aver ricevuto la risposta della Corte di giustizia dell'Unione europea ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione da essa sottopostale, o allorché la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione*".

11. L'Adunanza plenaria non può che prendere atto e recepire tali principi: essi esauriscono, del resto, i dubbi interpretativi sollevati dalla Sezione rimettente in ordine ai rapporti tra il ruolo nomofilattico assegnato dall'art. 99, comma 3, c.p.a all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e l'obbligo per le singole Sezioni del Consiglio, in qualità di giudice di ultima istanza, di sollevare, anche d'ufficio, una questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di giustizia.

Alla luce dell'orientamento espresso della Corte di giustizia nella citata sentenza 5 aprile 2016, C-689/13, l'art. 99, comma 3, c.p.a. deve, dunque, essere interpretato nel senso che:

a) la Sezione cui è assegnato il ricorso, qualora non condivida un principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria su una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione Europea, può adire la Corte di giustizia *ex* art. 267 TFUE ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale, anche senza rimettere previamente la questione all'Adunanza plenaria affinché questa riveda il proprio orientamento;

b) la Sezione cui è assegnato il ricorso, dopo aver ricevuto la risposta della Corte di giustizia ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione Europea da essa sottopostale, o allorché la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione Europea.

12. I principi così enunciati consentono, dunque, alle Sezioni cui è assegnato il ricorso sia di poter adire direttamente la Corte di giustizia, senza dovere prima rimettere la questione all'Adunanza plenaria, sia di poter disattendere il principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria, ove esso risulti manifestamente in contrasto con una interpretazione del diritto dell'Unione già fornita, in maniera chiara ed univoca, dalla giurisprudenza comunitaria.

Ciò non toglie, tuttavia, che l'Adunanza plenaria, nei casi, come quello del presente giudizio, in cui sia stata investita dalla sezione cui è assegnato il ricorso di una questione diretta a provocare in senso lato un "ripensamento" (una revisione o anche solo una specificazione, una mitigazione oppure semplicemente un chiarimento) su un principio di diritto precedentemente enunciato, possa pronunciarsi sulla relativa questione, eventualmente anche dando seguito ai dubbi di corretta interpretazione del diritto dell'Unione Europea prospettati dalle Sezione, rimettendo alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE.

E) *La terza questione sollevata dall'ordinanza di rimessione: la regola dell'esclusione automatica in caso di mancata separata indicazione degli oneri di sicurezzasecondo i principi enunciati dalle Adunanze plenaria n. 3 e 9 del 2015.*

13. Così risolte le prime due questioni, occorre ora soffermarsi sulla terza questione sottoposta dall'ordinanza di rimessione.

14. La questione investe, come sopra si è ricordato, il principio di diritto enunciato da questa Adunanza plenaria nella sentenza n. 9 del 2015, ed è volta verificare se esso sia rispettoso dei principi euro-unitari, di matrice giurisprudenziale, della tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, dei principi di libera circolazione delle merci, di libertà si stabilimento e di libera prestazione dei servizi di cui al TFUE, nonché dei principi che ne derivano , come la parità di trattamento, la non discriminazione, il muto riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza.

15. Va preliminarmente rilevato che analoga questione è attualmente al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione Europea.

La conformità alla normativa europea dell'orientamento secondo cui l'omessa indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale comporta automaticamente l'esclusione dalla gara di appalto è stata, infatti, messa in discussione da diversi tribunali amministrativi regionali.

In particolare, il T.a.r. Piemonte (ordinanza 16 dicembre 2015, n. 1745) il T.a.r. Campania, Napoli, (ordinanza 27 gennaio 2016, n. 451) , il T.a.r. Molise (sentenza 12 febbraio 2016, n. 77), il T.a.r. Marche (ordinanza 19 febbraio 2016, n. 451), hanno rimesso alla Corte di giustizia la seguente (identica) questione pregiudiziale: "*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 (da ultimo) alla direttiva n. 2014/24/UE, ostino ad una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dal combinato disposto degli artt. 87, comma 4, e 86, comma 3-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, e dall'art. 26, comma 6, del d.lgs. n. 81 del 2008, così come interpretato, in funzione nomofilattica, ai sensi dell'art. 99 cod. proc. amm., dalle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nn. 3 e 9 del 2015, secondo la quale la mancata separata indicazione dei costi di sicurezza aziendale, nelle offerte economiche di una procedura di affidamento di lavori pubblici, determina in ogni caso l'esclusione della ditta offerente, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata non sia stato specificato né nella legge di gara né nell'allegato modello di compilazione per la presentazione delle offerte, ed anche a prescindere dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale*".

16. Le singole Sezioni del Consiglio di Stato, a loro volta, hanno in diverse occasioni disposto la sospensione del giudizio, ai sensi dell'art. 79, comma 1, c.p.a., in attesa della pronuncia della Corte di giustizia. In tal senso si segnala Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 20 giugno 2016 n. 2703, Cons. Stato, Sez. V, ordinanze 3 marzo 2016 n. 886 e 7 aprile 2016, n. 1385 e Cons. Stato, Sez. III, ordinanza 9 marzo 2016, n. 957.

F) *La scelta di esaminare la questione nonostante ne penda una analoga dinnanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea.*

17. In questo quadro giurisprudenziale, caratterizzato dalla pendenza dinnanzi alla Corte di giustizia di una questione analoga a quella oggetto del presente giudizio, l'Adunanza plenaria si trova di fronte, sotto il profilo del metodo, a tre diverse soluzioni, tutte astrattamente percorribili: *a*) disporre la sospensione c.d. impropria del giudizio, in attesa che si pronunci il giudice europeo, seguendo l'opzione prescelta, come si è visto, dalle singole Sezioni del Consiglio di Stato; *b*) sollevare, analogamente a quanto hanno fatto alcuni tribunali amministrativi regionali, una questione pregiudiziale di corretta interpretazione del diritto dell'Unione Europea, per verificare se ed in che misura esso osti all'applicazione del principio di diritto enunciato dalla precedente sentenza n. 9 del 2015 (il che, fra l'altro, consentirebbe alle parti del presente giudizio di poter svolgere le proprie difese dinnanzi alla Corte di giustizia); *c*) decidere, comunque, la questione nel merito, riesaminando, anche alla luce dei dubbi di compatibilità comunitaria manifestati dall'ordinanza di rimessione, il proprio orientamento espresso nella citata sentenza n. 9 del 2015.

18. L'Adunanza plenaria ritiene di optare per l'ultima delle soluzioni indicate, ovvero di esaminare nel merito la questione rimessale dalla Quinta Sezione.

Tale scelta corrisponde, infatti, alle richieste delle parti del presente giudizio, che hanno manifestato espressamente l'interesse ad avere una decisione immediata di questo Consesso, senza attendere i tempi più lunghi richiesti per la decisione della Corte di giustizia sulla questione pregiudiziale di fronte ad essa pendente.

Tale soluzione soddisfa, inoltre, una più generale esigenza di sistema, che emerge in maniera chiara ove si consideri che una eventuale mitigazione (o chiarimento) del principio di diritto enunciato nella precedente sentenza n. 9 del 2015 potrebbe sortire il duplice positivo effetto, da un lato, di risolvere in via preventiva i dubbi di compatibilità comunitaria sottesi alla questione pregiudiziale sollevata da numerosi tribunali amministrativi regionali, e, dall'altro, di superare la "causa ostativa" che ha determinato la sospensione *ex* art. 79, comma 1, c.p.a. di diversi giudizi amministrativi pendenti anche in grado di appello.

L'esercizio della funzione nomofilattica di cui questo Consesso è titolare impone di considerare questa esigenza di economia processuale, a maggior ragione se si tiene conto della possibilità, offerta dal presente giudizio, di una pronuncia in tempi più brevi rispetto a quelli occorrenti per la definizione della questione pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia.

19. La questione sottoposta dall'ordinanza di rimessione deve, dunque, essere esaminata nel merito.

G) *La delimitazione del* thema decidendum*: l'esatta individuazione della portata precettiva del principio enunciato dalla sentenza n. 9 del 2015.*

20. La questione controversa attiene, come si è detto, alla compatibilità con il diritto dell'Unione Europea del principio di diritto espresso in tema di oneri di sicurezza aziendali dall'Adunanza plenaria con la sentenza n. 9 del 2015.

21. Al fine di delimitare esattamente il *thema decidendum*, occorre, anzitutto, chiarire l'esatta portata precettiva del principio di cui si discute.

Nel caso deciso dalla sentenza n. 9 del 2015, all'Adunanza plenaria si chiedeva "*di chiarire la legittimità (*rectius*: la doverosità) dell'uso dei poteri di soccorso istruttorio nei casi in cui la fase procedurale di presentazione delle offerte si sia perfezionata prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria 20 marzo 2015 n.3 (con la quale è stato chiarito che l'obbligo, codificato all'art.87, comma 4, d.lgs.n. 163/2006, di indicazione degli oneri di sicurezza aziendale si applica anche agli appalti di lavori)*".

A tale quesito, la sentenza n. 9 del 2015 ha dato una risposta negativa sulla base dei seguenti argomenti.

In primo luogo, ha richiamato la precedente sentenza n. 3 del 2015 (punto 2.10), specificando che già in tale sentenza era stata espressamente esclusa la sanabilità con il soccorso istruttorio dell'omissione dell'indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, sul rilievo che essa si risolverebbe in un'inammissibile integrazione postuma di un elemento essenziale dell'offerta.

In secondo luogo, la sentenza n, 9 del 2015 ha escluso la sussistenza dei presupposti per applicare il principio del c.d. *prospective overruling* in forza del quale, ricorrendo alcune condizioni,

all'intervento nomofilattico si può attribuire carattere innovativo, con conseguente esclusione della sua portata retroattiva.

Richiamando sul punto la giurisprudenza della Corte di cassazione, la sentenza n. 9 del 2015 ha ricordato che "*per attribuire carattere innovativo all'intervento nomofilattico occorre la concomitanza di tre precisi presupposti e cioè che l'esegesi incida su una regola del processo; che si tratti di esegesi imprevedibile susseguente ad altra consolidata nel tempo e quindi tale da indurre un ragionevole affidamento, e che infine – presupposto decisivo – comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa*".

Nel caso di specie l'Adunanza plenaria ha escluso che ricorressero detti presupposti "*non trattandosi di norma attinente ad un procedimento di carattere giurisdizionale, non preesistendo un indirizzo lungamente consolidato nel tempo e non risultando precluso il diritto di azione o di difesa per alcuna delle parti in causa*".

Ha così enunciato il principio di diritto secondo cui: "*non sono legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, anche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si è conclusa prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria n.3 del 2015*".

22. Va evidenziato che i dubbi di compatibilità comunitaria prospettati dall'ordinanza di rimessione (che riecheggiano quelli sollevati dalle ordinanze dei T.a.r. che hanno rimesso la questione alla Corte di giustizia) non investono, almeno nella sua portata "astratta", il principio enunciato dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2015.

Quello che si contesta è, a ben guardare, solo uno specifico risultato operativo, caratterizzato da un particolare rigore, che in certi casi, ricorrendo determinate circostanze, può derivare dall'applicazione incondizionata del principio in questione.

All'Adunanza plenaria si chiede, infatti, non di rivedere integralmente il principio della sentenza n. 9 del 2015, ma di chiarire se tale principio debba operare in senso assoluto oppure se, ricorrendo peculiari circostanze, possa trovare una "mitigazione", a fronte dell'esigenza di tutelare i principi euro-unitari della tutela dell'affidamento, della certezza del diritto, di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza.

23. Le circostanze che nell'ottica dell'ordinanza di rimessione (e anche nell'ottica delle ordinanze dei T.a.r. che hanno sollevato la questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE) giustificano tale temperamento sono quelle che ricorrono nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata non sia stato specificato né nella legge di gara né nell'allegato modello di compilazione per la presentazione delle offerte e dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale.

La questione controversa, così come è stata appena ricostruita, trascende la stessa portata applicativa del principio di diritto enunciato dalla sentenza n. 9 del 2015, perché è destinata a porsi non solo negli appalti di lavori (cui fa espresso e specifico riferimento la sentenza n. 9 del 2015, richiamando sul punto la precedente n. 3 del 2015 che sempre solo di appalti di lavori si occupa), ma anche negli appalti di servizi e di forniture.

Quale che sia l'oggetto dell'appalto, si pone, infatti, il problema della rilevanza da attribuire al comportamento dell'Amministrazione che abbia indotto in errore i concorrenti, non prevedendo un obbligo di indicazione dei costi per la sicurezza nella *lex specialis*, né una correlata comminatoria di

esclusione in caso di inadempimento del detto obbligo, e predisponendo eventualmente un modulo che non preveda l'indicazione della voce in questione.

Questo spiega del resto la ragione per la quale la Quinta Sezione ha ritenuto di sollevare la questione nell'àmbito di un giudizio che ha ad oggetto, come si è rilevato, non un appalto di lavori, ma un appalto misto di servizi e fornitura.

24. Va ancora evidenziato che il rigore dell'effetto applicativo su cui si appuntano i dubbi dell'ordinanza di rimessione rappresenta il risultato non solo (e non tanto) del principio di diritto enunciato dalla sentenza n. 9 del 2015, ma della convergenza di altri principi che questa Adunanza plenaria ha enunciato in materia di appalti.

All'esclusione dell'offerta che abbia omesso di indicare nell'offerta gli oneri di sicurezza aziendale pure nell'ipotesi in cui i documenti di gara non prevedano espressamente tale obbligo, si arriva, infatti, facendo applicazione, da un lato, del principio che, interpretando in maniera sostanzialistica la regola della tassatività delle cause di esclusione, predica l'esistenza di una causa di esclusione implicita in ogni norma imperativa che preveda un obbligo o un divieto (nel caso in cui l'obbligo non venga adempiuto o il divieto venga trasgredito), e, dall'altro, del principio di etero-integrazione del bando ad opera delle norme imperative di legge.

25. Il riferimento è, in particolare, alla sentenza dell'Adunanza plenaria 25 febbraio 2014, n. 9, la quale (richiamando sul punto le proprie precedenti sentenze 5 luglio 2012, n. 26; 13 giugno 2012, n. 22) si è pronunciata nei termini che seguono:

a) con riferimento al principio di tassatività delle cause di esclusione previsto dall'art. 46, comma 1-*bis* d.lgs. n. 163 del 2006 (quale risultante dalla novella introdotta dall'art. 4, co. 2, lett. d), d.l. n. 70 del 2011) ha testualmente affermato che "*la nuova disposizione deve essere intesa nel senso che l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano "adempimenti doverosi" o introducano, comunque, "norme di divieto" pur senza prevedere espressamente l'esclusione*";

b) con riferimento al principio di etero-integrazione della *lex specialis* ha chiarito che, se il bando è silente (e non richiama, quindi, obblighi previsti da norme imperative di legge), "*in tal caso la portata imperativa delle norme che prevedono tali adempimenti conduce, ai sensi dell'art. 1339 c.c., alla etero integrazione del bando e successivamente, in caso di violazione dell'obbligo, all'esclusione del concorrente*"

In base a tali concorrenti principi, quindi, una impresa può essere esclusa se non adempie un obbligo previsto da una norma imperativa, anche quando il bando non richiama tale obbligo e né il bando, né la norma imperativa violata prevedono espressamente la conseguenza dell'esclusione.

26. Sono questi i principi che, combinandosi con quelli enunciati dalle sentenze n. 3 e 9 del 2015, determinano, con riferimento alla mancata indicazione degli oneri di sicurezza, un risultato applicativo di particolare rigore, tanto da far nascere i richiamati dubbi di compatibilità comunitaria.

L'Adunanza plenaria n. 3 del 2015 ha, infatti, chiarito che in tutti gli appalti (anche in quelli di lavori) vi è l'obbligo, a pena di esclusione, di indicare nell'offerta economica gli oneri di sicurezza, specificando altresì che essi costituiscono un elemento essenziale dell'offerta e che, quindi, la loro mancata indicazione non è sanabile mediante il soccorso istruttorio.

L'Adunanza plenaria n. 9 del 2015 ha affermato che tale principio, stante la natura dichiarativa e non costitutiva dell'interpretazione giurisprudenziale, vale anche per gare in cui la fase di presentazione delle offerte si sia esaurita prima della pubblicazione dell'Adunanza plenaria n. 3 del 2015.

Il principio di etero-integrazione del bando (e l'interpretazione sostanzialistica che è stata data al principio di tassatività delle cause di esclusione) determina, infine, la conseguenza ulteriore che tale obbligo escludente operi anche se il bando nulla preveda, e persino nei casi in cui la stazione appaltante predisponga moduli per la presentazione delle offerte che con contengano alcun riferimento agli oneri di sicurezza aziendale.

J) *La necessità di chiarire la portata del principio enunciata dalla sentenza n. 9 del 2015 al fine di mitigarne il rigore applicativo.*

27. L'Adunanza plenaria ritiene che il risultato interpretativo appena descritto meriti di essere chiarito al fine di attenuarne alcune conseguenze applicative.

Il Collegio ritiene, infatti, che in casi come quello del presente giudizio, l'automatismo dell'effetto escludente si ponga in contrasto con i principi di certezza del diritto, tutela dell'affidamento, nonché con quelli, che assumono particolare rilievo nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, di trasparenza, proporzionalità e *par condicio*.

28. Non si può, a tal riguardo, non rilevare che proprio recentemente la Corte di giustizia (Sesta Sezione, sentenza 2 giugno 2016, C-27/15, *Pippo Pizzo*), pronunciandosi su una questione pregiudiziale rimessale dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana concernente l'esclusione di una impresa da una gara in ragione del mancato pagamento del contributo all'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici previsto dalla legge n. 266/2005, ha enunciato il seguente principio: "*Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice*".

In motivazione la sentenza della Corte di giustizia evidenzia che il principio di parità di trattamento impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione delle loro offerte e implica, quindi, che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti gli offerenti. Dall'altro lato, prosegue la Corte di giustizia, l'obbligo di trasparenza, che ne costituisce il corollario, ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice. Tale obbligo implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, così da permettere, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'amministrazione aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte degli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione (v., in tal

senso, anche la sentenza del 6 novembre 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, punto 44 e giurisprudenza citata).

La Corte di giustizia ha altresì dichiarato che i principi di trasparenza e di parità di trattamento che disciplinano tutte le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici richiedono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché questi ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi requisiti valgono per tutti i concorrenti (v., in tal senso, sentenza del 9 febbraio 2006, *La Cascina e a.*, C-226/04 e C-228/04, EU:C:2006:94, punto 32).

Ciò anche sulla base dell'ulteriore considerazione che subordinare la partecipazione ad una procedura di aggiudicazione ad una condizione derivante dall'interpretazione del diritto nazionale (o dalla prassi di un'autorità) sarebbe particolarmente sfavorevole per gli offerenti stabiliti in altri Stati membri, il cui grado di conoscenza del diritto nazionale e della sua interpretazione può non essere comparabile a quello degli offerenti nazionali

29. Giova ancora evidenziare che la sentenza 2 giugno 2016, C-27/15, in un ulteriore passaggio motivazionale – volto ad evidenziare come la regola dell'esclusione automatica per il mancato pagamento del contributo a favore dell'AVCP, finirebbe paradossalmente per dare al relativo obbligo una tutela persino maggiore di quella di cui godono gli obblighi relativi alla fiscalità, alla tutela dell'ambiente, alla sicurezza e alle condizioni di lavoro – , ha svolto alcune interessanti considerazioni sulla portata dell'articolo 27, paragrafo 1, della direttiva 2004/18.

La Corte ha rilevato, in particolare, che tale disposizione, sebbene non richieda che il capitolato d'oneri specifichi dettagliatamente tutti gli obblighi relativi alla fiscalità, alla tutela dell'ambiente, alle disposizioni in materia di sicurezza e alle condizioni di lavoro che sono in vigore nello Stato membro, non consente, tuttavia, nell'ipotesi in cui nei documenti di gara tali obblighi non siano richiamati, di procedere alla automatica esclusione dalla procedura nella fase di esame della ricevibilità dell'offerta.

Segnatamente, secondo la Corte, "*Il suddetto articolo 27 non può essere interpretato nel senso che consentirebbe alle amministrazioni aggiudicatrici di derogare all'obbligo rigoroso di osservanza dei criteri da esse stesse stabiliti, tenuto conto del principio di parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza, che ne costituisce il corollario, ai quali esse sono soggette in forza dell'articolo 2 della direttiva 2004/18"*.

30. I suddetti principi, nonostante la diversità della presente fattispecie rispetto a quella decisa dalla Corte di giustizia, assumono, come si accennava, una particolare rilevanza ai fini della risoluzione della questione rimessa dalla Quinta Sezione.

Infatti, anche alla luce di questo ulteriore contributo recentemente offerto dalla giurisprudenza comunitaria all'elaborazione della portata dei principi di parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità (e, più in generale, di quelli di tutela dell'affidamento e di certezza del diritto), deve ritenersi che, in un caso come quello esaminato dall'ordinanza di rimessione, la regola della esclusione automatica, senza il previo esercizio della soccorso istruttorio, del concorrente che non abbia specificato nell'offerta gli oneri di sicurezza risulti sproporzionata e sostanzialmente iniqua.

31. Nel caso di cui si occupa, infatti, l'Amministrazione ha ingenerato in capo ai concorrenti un significativo affidamento circa la non sussistenza dell'obbligo di indicare nell'offerta economica gli oneri di sicurezza.

Non solo, infatti, nei documenti di gara questo obbligo non è stato in alcun modo richiamato, ma anche nella predisposizione dei moduli per la presentazione dell'offerta la stazione appaltante non ha previsto l'indicazione della voce in questione, circostanza quest'ultima che, nonostante la natura non vincolante di tali moduli, assume particolare rilievo se si considera che per adempiere all'obbligo in esame il concorrente avrebbe dovuto, di propria iniziativa, integrare la scheda predisposta dalla stazione appaltante, tramite l'inserimento di una dichiarazione aggiuntiva non richiesta espressamente.

32. La natura incolpevole di tale affidamento (e, dunque, per converso, la scusabilità del relativo errore derivante dall'omessa dichiarazione) è, peraltro, confermata ulteriormente dalla considerazione che nel caso in esame la fase della presentazione dell'offerta si è esaurita anteriormente alla pubblicazione della sentenza dell'Adunanza plenaria n. 3 del 2015, la quale, sia pure occupandosi precipuamente degli appalti di lavori, ha, comunque, definitivamente chiarito che l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza sussiste per tutti gli appalti pubblici ed opera, *ex lege*, anche se il bando nulla preveda in tal senso, in virtù del principio di etero-integrazione precedentemente richiamato.

Anteriormente alla pubblicazione della sentenza dell'Adunanza plenaria n. 3 del 2015, la questione relativa alle conseguenze derivanti dalla mancata indicazione degli oneri di sicurezza presentava profili di incertezza, come dimostra la stessa esistenza del contrasto giurisprudenziale (prevalentemente, ma non esclusivamente, riferito agli appalti di lavori) che ha poi portato alla citata sentenza n. 3 del 2015 dell'Adunanza plenaria.

In presenza di tali concorrenti circostanze (la mancata previsione dell'obbligo nel bando di gara, la predisposizione da parte dell'Amministrazione di moduli fuorvianti, perché privi di un riferimento alla voce in questione, l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sintomatico di una incertezza normativa) l'applicazione della regola dell'esclusione automatica, senza il previo soccorso istruttorio, si tradurrebbe in un risultato confliggente con i principi euro-unitari di tutela dell'affidamento, di certezza del diritto, di trasparenza, par condicio e proprorzizonalità.

33. Si tratterebbe, d'altra parte, di un rigore applicativo per molti versi analogo, nonostante la diversità della violazione riscontrata, a quello che la Corte di giustizia ha espressamente stigmatizzato nella recente sentenza 2 giugno 2016, C-27/15 riferita al mancato adempimento dell'obbligo contributivo a favore dell'AVCP.

X) *La separata indicazione degli oneri di sicurezza come elemento formale e non sostanziale dell'offerta economica.*

34. La doverosità del previo ricorso al soccorso istruttorio nell'ipotesi oggetto del presente giudizio non rappresenta, a ben vedere, un esito contrastante con i principi affermati dalla sentenza n. 9 del 2015.

Come sopra si è evidenziato, infatti, la sentenza n. 9 del 2015, nell'escludere la possibilità del soccorso istruttorio anche per le gare in cui la fase della presentazione delle offerte si è conclusa anteriormente alla pubblicazione della sentenza dell'Adunanza plenaria n. 3 del 2015, richiama un argomento, già valorizzato dalla precedente sentenza n. 3 del 2015, in base al quale gli oneri di sicurezza rappresentano un elemento essenziale dell'offerta, insuscettibile, come tale, di essere successivamente integrato (cfr. punto 2.10 della motivazione della sentenza n. 3 del 2015).

35. Su tale specifica questione si impone un chiarimento.

Gli oneri di sicurezza rappresentano un elemento essenziale dell'offerta (la cui mancanza è in grado di ingenerare una situazione di insanabile incertezza assoluta sul suo contenuto) solo nel caso in cui si contesta al concorrente di avere formulato un'offerta economica senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento dei obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori. In questa ipotesi, vi è certamente incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta e la sua successiva sanatoria richiederebbe una modifica sostanziale del "prezzo" (perché andrebbe aggiunto l'importo corrispondente agli oneri di sicurezza inizialmente non computati).

Laddove, invece, (come avviene nel caso oggetto del presente giudizio), non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri, la carenza, allora, non è sostanziale, ma solo formale.

In questo caso il soccorso istruttorio, almeno nei casi in cui ricorre la situazione sopra descritta di affidamento ingenerato dalla stazione appaltante, è doveroso, perché esso non si traduce in una modifica sostanziale del contenuto dell'offerta, ma solo nella specificazione formale di una voce che, pur considerata nel prezzo finale, non è stata indicata dettagliatamente.

In questi termini, quindi, deve essere "chiarito" il principio di diritto indicato nella sentenza dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2015, mitigando il rigore di un esito applicativo che, altrimenti, risulterebbe sproporzionato ed iniquo.

H) *La doverosità del soccorso istruttorio anche per le gare in cui la fase di presentazione delle offerte si sia perfezionata dopo la pubblicazione della sentenza 20 marzo 2015, n. 3.*

36. La doverosità del soccorso istruttorio deve essere certamente affermata nei casi in cui la fase di presentazione delle offerte si sia perfezionata prima della pubblicazione della sentenza 20 marzo 2015, n. 3, quando cioè anche l'interpretazione giurisprudenziale non forniva esiti certi.

37. Tuttavia analoghe conclusioni non possono non valere anche con riferimento alle ipotesi in cui la fase di presentazione delle offerte si sia conclusa anteriormente alla pubblicazione della citata sentenza n. 3 del2015.

Deve, a tal proposito, evidenziarsi che, fino all'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (che ora risolve la questione prevedendo espressamente, all'art. 95, comma 10, l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza: "*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*"), nell'ordinamento nazionale mancava una norma che, in maniera chiara ed univoca, prescrivesse espressamente la doverosità della dichiarazione relativa agli oneri di sicurezza. Tale obbligo era frutto di una interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale, interpretazione consolidatasi per effetto della sentenza dell'Adunanza plenaria n. 3 del 2015.

38. Alla luce dei principi enunciati dalla Corte di giustizia (da ultimo nella recente sentenza 2 giugno 2016, C-27/15) deve escludersi, tuttavia, che una condizione di partecipazione alla gara possa determinare l'automatica esclusione dell'offerta, senza il previo esercizio del soccorso istruttorio, ove tale condizione non sia espressamente prevista dai documenti di gara e possa essere individuata solo con una interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale.

In quest'ottica, quindi, a fronte di una offerta carente della separata indicazione degli oneri di sicurezza, la doverosità del soccorso istruttorio sussiste anche per le gare in cui la fase delle offerte si sia perfezionata dopo la pubblicazione della sentenza dell'Adunanza plenaria n. 3 del 2015. Depone inequivocabilmente in tale direzione l'affermazione contenuta nella sentenza della Corte di giustizia 2 giugno 2016, cit., secondo cui una condizione derivante dall'interpretazione del diritto nazionale sarebbe particolarmente sfavorevole per gli offerenti stabiliti in altri Stati membri, il cui grado di conoscenza del diritto nazionale e della sua interpretazione può non essere comparabile a quello degli offerenti nazionali.

Tale conclusione risulta trova poi uno specifico fondamento normativo nell'ordinamento nazionale, in particolare nell'art. 46, comma 1-*ter* del d.lgs. n. 163/2016, il quale prevede, appunto, la regola del soccorso istruttorio per ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità delle dichiarazioni che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge. Appurato che la mancata separata indicazione degli oneri di sicurezza rappresenta, in sé considerata, e salvo che all'impresa si contesti l'adempimento sostanziale di tali costi, un elemento formale (e non essenziale) dell'offerta, vengono meno le ragioni ostative all'applicazione della sanatoria prevista da tale norma.

I) *Il principio di diritto*

39. Alla luce delle considerazioni che precedono può, quindi, enunciarsi il seguente principio di diritto. "*Per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio*".

Si prescinde, peraltro, in questa sede– perché non il tema non è oggetto del contendere e la relativa norma non è applicabile *ratione temporis* – dalla questione se l'ampia formulazione dell'art. 80, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 (che ammettere il soccorso istruttorio con riferimento a "*qualsiasi elemento formale della domanda*") consenta, comunque, anche nella vigenza del nuovo "Codice", di sanare l'offerta che sia viziata solo per la mancata formale indicazione separata degli oneri di sicurezza.

L) *L'applicazione del principio di diritto al caso oggetto del presente giudizio.*

40. L'applicazione dell'enunciato principio di diritto alla fattispecie oggetto del presente giudizio determina il rigetto della domanda rescissoria formulata dalla SO.GE.SI con il ricorso per revocazione.

In una situazione come quella descritta, la mancata separata indicazione da parte della società Lavanderie dell'Alto Adige (appellante principale nel giudizio definito con la sentenza in questa sede impugnata) degli oneri per la sicurezza deve ritenersi frutto di un "errore scusabile" e non è tale, quindi, da determinare la sua automatica esclusione dalla gara, non essendo in contestazione, sotto il profilo sostanziale, il rispetto dei costi minimi imposti dagli obblighi in materia di sicurezza del lavoro. La mancata contestazione del rispetto dei costi minimi esclude, peraltro, nel caso

concreto, anche la necessità di riaprire la fase procedimentale dell'evidenza pubblica, attivando, ora per allora, la procedura di soccorso istruttorio, finalizzata a "sanare" l'errore consistente nella mancata indicazione formale degli oneri di sicurezza.

Ne consegue che il motivo dell'appello incidentale originariamente proposto dall'odierna ricorrente (motivo che torna all'attenzione di questo Consiglio di Stato in conseguenza dell'accoglimento da parte della Sezione rimettente della domanda rescindente) deve essere respinto.

41. Respinto l'appello incidentale – e considerato che, sulla base di quanto si è già evidenziato (cfr. par. 3, ultimo periodo), la sentenza n. 5384/2014 è stata revocata nella sua interezza – va rimesso alla Sezione l'esame dell'appello principale proposto dalla società Lavanderia dell'Alto Adige s.p.a.

42. La complessità delle questioni esaminate giustifica l'integrale compensazione delle spese relative alla fase del giudizio dinnanzi all'Adunanza plenaria.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando sulla domanda rescissoria proposta nel ricorso per revocazione, respinge l'appello incidentale proposto dalla SO.GE.SI s.p.a.

Restituisce il giudizio alla Sezione rimettente per l'esame dell'appello principale.

Compensa le spese della fase del giudizio dinnanzi all'Adunanza plenaria.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Sergio Santoro, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Luigi Maruotti, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Sandro Aureli, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Manfredo Atzeni, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

IL PRESIDENTE

Alessandro Pajno

L'ESTENSORE

Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO