



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4688 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

COOPERATIVA RAGGIO DI SOLE, rappresentata e difesa dall'Avv. Luca Tozzi, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Napoli alla Via Toledo n. 323;

***contro***

- COMUNE DI SANT'ANTIMO, rappresentato e difeso dall'Avv. Loredana Di Spirito dell'Avvocatura Municipale, con domicilio digitale presso la PEC Registri Giustizia del suo difensore;

- CENTRALE UNICA DI COMMITTENZA TRA I COMUNI DI SANT'ANTIMO, CASANDRINO, GRICIGNANO DI AVERSA E TRECASE, non costituita in giudizio;

***nei confronti***

COOPERATIVA INVENTO a r.l., non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

a) del provvedimento di esclusione della cooperativa ricorrente dalla gara per l'affidamento dei servizi complementari all'asilo nido comunale di

Sant'Antimo, comunicato con nota della Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Sant'Antimo, Casandrino, Gricignano di Aversa e Trecase (d'ora in seguito per brevità "CUC") prot. n. 38107 del 23 novembre 2017 ed adottato con verbale di gara n. 5 avente pari data;

b) del provvedimento con cui è stata dichiarata deserta la procedura selettiva, adottato con verbale di gara n. 5 del 23 novembre 2017;

c) di tutti gli altri verbali di gara nonché, ove e per quanto lesivi, del bando di gara, della lettera di invito, del disciplinare e del capitolato speciale d'appalto;

d) di ogni ulteriore atto presupposto, consequenziale e connesso;

e per la declaratoria

di inefficacia del contratto di servizio eventualmente stipulato nelle more del giudizio.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 aprile 2018 il dott. Carlo Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Premesso che:

- la cooperativa ricorrente partecipava alla procedura negoziata mediante gara ufficiosa, espletata dalla CUC per conto del Comune di Sant'Antimo e da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, finalizzata all'affidamento dei servizi complementari all'asilo nido comunale, e ne veniva esclusa per non aver indicato nella propria offerta economica i costi della manodopera;

- la ricorrente impugna, anche mediante la proposizione di un ricorso per motivi aggiunti, il provvedimento di esclusione adottato con verbale di gara n. 5 del 23 novembre 2017 e gli altri atti di gara meglio in epigrafe individuati, sostenendo l'illegittimità della sua estromissione dalla procedura per una serie di vizi riconducibili alla violazione del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), alla violazione del principio di tassatività delle clausole

escludenti, alla violazione del principio del soccorso istruttorio, nonché all'eccesso di potere sotto svariati profili;

Rilevato che:

- tutto il corredo delle censure articolate in gravame e nei motivi aggiunti muove dall'assunto che, sebbene effettivamente l'offerta economica della cooperativa ricorrente non recasse la quantificazione dei costi della manodopera, tuttavia la mancanza di tale dato giammai avrebbe potuto comportare nello specifico l'applicazione della grave misura espulsiva;

- nel complesso, le doglianze attoree sono così compendiabili: a) nella specie si tratta di un appalto avente ad oggetto la mera fornitura di personale educativo e di cucina, di per sé sottratto all'ambito applicativo dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, che prevede la separata indicazione, nell'offerta economica, dei costi della manodopera; b) anche nell'ipotesi "in cui volesse qualificarsi l'appalto de quo come appalto di servizi si tratterebbe in ogni caso (almeno nella parte che riguarda l'operato della educatrice) di servizi di chiara natura intellettuale e dunque parimenti esclusi dall'ambito di applicabilità del ripetuto art. 95 comma 10 d.lgs. 50/2016"; c) i costi della manodopera erano comunque agevolmente quantificabili, se si pone mente alla circostanza che nell'offerta economica era chiaramente specificato che il prezzo offerto doveva ritenersi onnicomprensivo degli oneri organizzativi, fiscali, previdenziali, assicurativi e delle ritenute e trattenute di legge, e quindi di tutti i costi diretti ed indiretti, tra cui vanno ricompresi i costi della manodopera; d) la cooperativa ricorrente non poteva essere esclusa senza essere previamente ammessa al beneficio del soccorso istruttorio al fine di integrare l'offerta economica con l'indicazione dei costi della manodopera, non prevedendo la lex specialis di gara alcun obbligo di indicazione in tal senso e non essendovi incertezza sulla congruità dell'offerta stessa: tanto in applicazione del principio, formatosi in relazione all'analogo tema degli oneri di sicurezza aziendali grazie alle fondamentali pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 19 del 27 luglio 2016 e della Corte di Giustizia UE C-140/16 del 10 novembre 2016, secondo il quale, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendali non sia stato

prescritto dalla legge di gara e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi per la 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. Peraltro, non è superfluo rilevare che le condizioni di partecipazione alle procedure selettive devono essere tutte indicate nel bando di gara o nella lettera di invito, la cui eterointegrazione ad opera di obblighi imposti da norme di legge può intervenire solo in casi eccezionali, giacché l'enucleazione di cause di esclusione non conosciute o conoscibili dai concorrenti contrasta con i principi europei di certezza giuridica e di massima concorrenza; e) esistendo per il costo del lavoro minimi tabellari inderogabili, "un'eventuale fase di soccorso istruttorio non potrebbe in nessun caso determinare la violazione del principio di par condicio in quanto la mera specificazione del costo del personale sul totale della offerta economica non modificherebbe il valore complessivo della offerta e renderebbe facilmente evincibile il rispetto o meno del costo tabellare del lavoro"; f) l'esclusione disposta nei confronti della ricorrente non trova espressa menzione nel dato normativo generale e/o speciale, con la conseguenza che essa è stata comminata in violazione del principio di tassatività delle clausole escludenti, sancito dall'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016; g) il provvedimento di esclusione è afflitto da difetto di motivazione, non contenendo alcuna esplicitazione delle ragioni impeditive della regolarizzazione dell'offerta economica "mediante ammissione di quest'ultima al beneficio del soccorso istruttorio ovvero mediante avvio di un subprocedimento di anomalia dell'offerta";

Considerato che tutte le prefate doglianze meritano di essere disattese per le ragioni di seguito esplicitate (secondo l'ordine di esposizione di cui sopra):

aa) l'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016 così recita: "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).". Ebbene, alla luce del chiaro disposto normativo, che esclude dall'obbligo di indicazione dei costi della manodopera i contratti di mera fornitura (senza posa in opera), non può l'appalto in questione essere annoverato tra quelli di fornitura in senso proprio, seppure di personale. Infatti, osta a tale qualificazione l'oggetto dell'appalto, che prevede un'organizzazione del servizio a totale carico dell'impresa appaltatrice e sotto la sua diretta responsabilità (cfr. art. 8 del capitolato speciale, rimasto sul punto incontestato), con la conseguenza che il personale messo a disposizione, lungi dal costituire la sola prestazione offerta, rappresenta nient'altro che una delle modalità di espletamento (sebbene la più importante) della complessiva attività di gestione dei servizi complementari affidata all'esterno;

bb) né è predicabile la tesi dei servizi di natura intellettuale, parimenti sottratti all'ambito applicativo della disposizione in commento, giacché, come correttamente eccepito dalla difesa comunale, l'art. 7 del capitolato speciale (pure rimasto incontestato sul punto) prevede per il personale impiegato, educativo e di cucina, una serie di compiti di tipo esclusivamente materiale, che spaziano dalla cura della pulizia dei bambini ospiti dell'asilo al cambio dei loro indumenti, dal lavaggio e disinfezione del materiale ludico e didattico alla preparazione delle vivande, dal provvedere alla pulizia dei locali refettorio al mantenimento dell'ordine e della pulizia delle attrezzature di cucina, etc.;

cc) il fatto che il prezzo offerto doveva intendersi come comprensivo di tutti i costi diretti ed indiretti, tra cui i costi della manodopera, non esclude che nello specifico questi ultimi non siano stati separatamente indicati, in palese violazione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016. Né era praticabile una loro agevole quantificazione, attesa l'assenza nell'offerta economica di qualsivoglia coefficiente numerico di calcolo che potesse servire da ausilio;

dd) nemmeno convince l'argomento dell'ammissibilità del beneficio del soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione dei costi per la manodopera.

Il Collegio condivide l'ormai diffuso e prevalente orientamento

giurisprudenziale (cfr. per tutte Consiglio di Stato, Sez. V, 7 febbraio 2018 n. 815; TAR Campania Napoli, Sez. III, 3 maggio 2017 n. 2358) che, sull'analoga questione della quantificazione degli oneri di sicurezza aziendali, ha reputato non più percorribile l'integrazione dell'offerta economica tramite soccorso istruttorio, alla luce del quadro normativo introdotto dal nuovo codice dei contratti pubblici (artt. 83, comma 9, e 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016). Pertanto, facendo tesoro dei citati approdi giurisprudenziali, vanno formulate le seguenti decisive osservazioni: i) per le gare indette sotto l'egida del nuovo codice dei contratti pubblici (come quella che qui viene in rilievo), non sono più rinvenibili le condizioni perché possa darsi ingresso al soccorso istruttorio nell'ipotesi di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali e/o dei costi della manodopera: ciò, in quanto il nuovo codice ha definitivamente rimosso ogni possibile residua incertezza sulla sussistenza di tale obbligo di indicazione, esprimendosi in maniera chiara ed univoca sulla necessaria quantificazione dei suddetti oneri e costi già in sede di predisposizione dell'offerta economica. Più in generale, va evidenziato che il nuovo codice non ammette comunque che il soccorso istruttorio possa essere utilizzato per sanare mancanze, incompletezze e/o irregolarità essenziali relative all'offerta economica (in tal senso – e in modo espresso – l'articolo 83, comma 9, cit.), laddove l'omessa indicazione degli oneri di sicurezza e/o dei costi della manodopera incide sicuramente su elementi essenziali dell'offerta economica, rappresentati nello specifico dagli importi destinati dalla singola impresa alla salvaguardia delle condizioni di sicurezza sul lavoro ed al soddisfacimento del diritto all'equa retribuzione costituzionalmente garantito; ii) le argomentazioni della ricorrente vanno disattese, fondandosi su un orientamento maturato nel regime previgente, consacrato nella citata sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 19/2016, che ha espressamente limitato la valenza del principio del soccorso istruttorio in tema di oneri di sicurezza alle sole gare soggette alla disciplina del d.lgs. n. 163/2006, escludendovi quelle indette nella vigenza del nuovo codice dei contratti pubblici. Neppure giova invocare la pronuncia della Corte di Giustizia UE C-140/16 del 10 novembre 2016, trattandosi anche in tal caso di decisione emessa nei riguardi della normativa

previgente ed in relazione alla direttiva abrogata 2004/18/CE. Difatti, in relazione al regime antecedente, la Corte di Giustizia ha ritenuto contrastante con il principio della parità di trattamento e con l'obbligo di trasparenza l'esclusione per omessa separata indicazione nell'offerta dei costi aziendali per la sicurezza, esclusione che fosse il portato di un'interpretazione giurisprudenziale e non fosse frutto della carenza di una condizione di partecipazione che risultava espressamente contemplata nei documenti di gara o nella stessa normativa nazionale. Viceversa, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 è stata superata ogni incertezza interpretativa, nel senso sopra illustrato dell'inderogabilità dell'obbligo derivante dall'art. 95, comma 10, con la conseguenza che in presenza di una così esplicita disposizione di legge, è del tutto irrilevante che né la *lex specialis* di gara né il modello di offerta economica predisposto dalla stazione appaltante abbiano previsto la dichiarazione separata di tali oneri, discendendo direttamente ed inequivocabilmente dalla legge l'obbligo di effettuare la dichiarazione stessa. Peraltro, occorre aggiungere, è proprio il *quid novi* contenuto nella disciplina dettata sul punto dalla citata disposizione, che ha inteso porre fine, una volta per tutte, ai ben noti contrasti insorti nella vigenza del preesistente assetto legislativo, fermo restando che non emergono allo stato profili di incompatibilità fra il nuovo quadro normativo di diritto interno (che impone, ora in modo tassativo, l'indicazione nell'offerta economica degli oneri e dei costi in questione) ed il pertinente paradigma normativo eurounitario; iii) la nuova disciplina fissa un obbligo legale inderogabile a carico dei partecipanti alla gara pubblica, cosicché resta ininfluenza che gli atti della procedura non dispongano espressamente al riguardo, operando piuttosto il meccanismo dell'eterointegrazione con l'obbligo discendente dalla norma primaria (sulla vigenza del principio di eterointegrazione legale del bando di gara ex art. 1339 c.c., cfr. da ultimo anche A.P. n. 19/2016 cit.). Non si ravvisa nemmeno in questo caso un palese contrasto fra il principio di eterointegrazione in parola ed i principi europei di certezza giuridica e di massima concorrenza, dal momento che tutti gli operatori economici devono ritenersi soggetti non solo alle prescrizioni della disciplina di gara ma anche all'osservanza degli ineludibili

obblighi di legge, proprio al fine di assicurare effettiva attuazione ai principi europei di cui sopra;

ee) si ribadisce che anche per i costi della manodopera, legati a minimi tabellari inderogabili, deve essere esclusa la praticabilità di un'eventuale fase di soccorso istruttorio. Invero, tale esclusione è anche intesa ad evitare che il rimedio del soccorso istruttorio – istituto che corrisponde al rilievo non determinante di violazioni meramente formali – possa porsi in conflitto con il principio della par condicio concorrenziale, consentendo in pratica a un concorrente (cui è riferita l'omissione) di modificare ex post il contenuto della propria offerta economica, attraverso la rimodulazione delle altre voci di costo interne al fine di conferire congruità all'importo per il costo del lavoro successivamente dichiarato (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 815/2018 cit.);

ff) una volta accertato che l'obbligo di indicazione dei costi della manodopera è chiaramente sancito dalla legge, la sua violazione determina conseguenze escludenti a prescindere dal dato che l'esclusione non sia stata testualmente enunciata dagli articoli 83 e 95 del d.lgs. n. 50/2016. Infatti, con riferimento al principio di tassatività delle clausole escludenti, è ormai orientamento consolidato (e condiviso dal Collegio) che tale principio vada inteso nel senso che l'esclusione dalla gara deve essere disposta sia nel caso in cui il testo normativo la commini espressamente, sia nell'ipotesi in cui lo stesso imponga adempimenti doverosi (come nella specie) o introduca, comunque, norme di divieto pur senza prevedere espressamente l'esclusione (cfr. Consiglio di Stato, A.P., n. 19/2016 cit. e n. 9/2014). Peraltro, è appena il caso di osservare che l'omessa indicazione dei costi della manodopera non lede solo interessi di ordine dichiarativo o documentale, ma si pone di per sé in contrasto con i doveri di salvaguardia dei diritti dei lavoratori cui presiedono le previsioni di legge, che impongono di approntare misure e risorse congrue per garantire loro una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro espletato ex art. 36 Cost.;

gg) infine, alla luce di quanto sopra esposto, non è seriamente rinvenibile nel provvedimento di esclusione alcun difetto motivazionale, se solo si tiene conto del fatto che l'estromissione della ricorrente dalla procedura era chiaramente



imposta dal dato normativo a seguito della mancata indicazione dei costi della manodopera nell'offerta economica;

Ritenuto, in conclusione, che:

- resistendo gli atti impugnati a tutte le censure prospettate, la domanda di annullamento degli stessi deve essere rigettata per infondatezza;
- analoga sorte subisce la connessa domanda di accertamento di inefficacia del contratto, non essendosi profilata l'illegittimità dei pregressi atti della procedura selettiva;
- il ricorso, come integrato dai motivi aggiunti, va pertanto respinto, mentre sussistono giusti e particolari motivi, in ragione delle oscillazioni della giurisprudenza sulle questioni trattate, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese e degli onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 17 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Gabriele Nunziata, Consigliere

Carlo Dell'Olio, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Carlo Dell'Olio**

**IL PRESIDENTE**  
**Giancarlo Pennetti**

**IL SEGRETARIO**

