

Publicato il 30/07/2018

N. 01870/2018 REG.PROV.COLL.  
N. 01007/2018 REG.RIC.  
N. 01009/2018 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**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1007 del 2018, proposto da Kone S.p.a, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Pio Rinaldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Pio Giuseppe Rinaldi in Milano, corso Italia n. 68;

*contro*

Arca S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudia Sala, Stefano Marras, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'Ufficio legale Arca in Milano, via Fabio Filzi n. 22;

Asst di Cremona, Asst di Lodi, Asst di Pavia, Ats di Pavia, Ats Valpadana, Fondazione Irccs Policlinico 'S.Matteo' Pavia non costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 1009 del 2018, proposto da Kone S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Pio Rinaldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Pio Giuseppe Rinaldi in Milano, corso Italia n. 68;

*contro*

Arca S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudia Sala, Stefano Marras, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'Ufficio legale Arca in Milano, via Fabio Filzi n. 22;

Asst Bergamo Ovest, Asst della Franciacorta, Asst della Valcamonica, Asst di Mantova non costituiti in giudizio;

*nei confronti*

Giuli S.r.l. non costituitasi in giudizio;

*per l'annullamento*

quanto al ricorso n. 1007 del 2018:

- della determina del Rup di ARCA recante l'esclusione della società Kone S.p.a. dal Lotto 5 della procedura di gara per l'affidamento del “Servizio di Manutenzione Impianti Elevatori, nonché la prestazione dei Servizi Connessi, in favore degli Enti Sanitari di cui alla L.R. n. 30/2006 e s.m.i., suddivisa in 5 (cinque) Lotti” (prot. ARCA.2018.5127) del 9/04/2018 trasmessa a mezzo pec in data 10/04/2018 (doc. 1);
- del verbale n. 11 della commissione di gara del 4/04/2018 recante l'esclusione della società Kone S.p.a. dal Lotto 5 della procedura di gara per l'affidamento del “servizio di Manutenzione Impianti Elevatori, nonché la prestazione dei Servizi Connessi, in favore degli

Enti Sanitari di cui alla L.R. n. 30/2006 e s.m.i., suddivisa in 5 (cinque) Lotti” trasmesso a mezzo pec in data 10/04/2018 (doc. 2);

– dell'annullamento in autotutela (adottato in via di fatto) dell'aggiudicazione definitiva del lotto n. 5 già disposta in favore di Kone in data 31/01/2018

nonché la condanna dell'Amministrazione resistente, in persona del legale rappresentante pro tempore

- in via principale: all'accoglimento della domanda finalizzata a conseguire la riammissione alla procedura di gara –attività questa positivamente vincolata e da valere quale reintegrazione in forma specifica del danno subito– e, per l'effetto, l'aggiudicazione dell'opus concorsuale;

– in subordine: al risarcimento per equivalente –ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 30 e 34 del d.lgs. n. 104/2010 e s.m.i.– dei danni patiti e patienti dalla ricorrente, mediante pagamento delle relative somme, da quantificarsi in corso di causa, unitamente ad interessi e rivalutazione monetaria e, comunque, in misura non inferiore al 10 % dell'offerta economica presentata dalla ricorrente, riservata in merito ogni maggiore deduzione e istanza istruttoria, anche relativamente al quantum della pretesa risarcitoria;

quanto al ricorso n. 1009 del 2018:

per l'annullamento

– della determina del Rup di ARCA recante l'esclusione della società Kone S.p.a. dal Lotto 4 della procedura di gara per l'affidamento del “Servizio di Manutenzione Impianti Elevatori, nonché la prestazione dei Servizi Connessi, in favore degli Enti Sanitari di cui alla L.R. n. 30/2006 e s.m.i., suddivisa in 5 (cinque) Lotti” (prot.

ARCA.2018.5127) del 9/04/2018 trasmessa a mezzo pec in data 10/04/2018 (doc. 1);

– del verbale n. 11 della commissione di gara del 4/04/2018 recante l'esclusione della società Kone S.p.A. dal Lotto 4 della procedura di gara per l'affidamento del “servizio di Manutenzione Impianti Elevatori, nonché la prestazione dei Servizi Connessi, in favore degli Enti Sanitari di cui alla L.R. n. 30/2006 e s.m.i., suddivisa in 5 (cinque) Lotti” trasmesso a mezzo pec in data 10/04/2018 (doc. 2);

– dell'annullamento in autotutela (adottato in via di fatto) dell'aggiudicazione definitiva del lotto n. 4 disposta in favore di Kone in data 31/01/2018

nonché la condanna dell'Amministrazione resistente, in persona del legale rappresentante pro tempore:

- in via principale: all'accoglimento della domanda finalizzata a conseguire la riammissione alla procedura di gara –attività questa positivamente vincolata e da valere quale reintegrazione in forma specifica del danno subito– e, per l'effetto, l'aggiudicazione dell'opus concorsuale;

– in subordine: al risarcimento per equivalente –ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 30 e 34 del d.lgs. n. 104/2010 e s.m.i.– dei danni patiti e patienti dalla ricorrente, mediante pagamento delle relative somme, da quantificarsi in corso di causa, unitamente ad interessi e rivalutazione monetaria e, comunque, in misura non inferiore al 10 % dell'offerta economica presentata dalla ricorrente, riservata in merito ogni maggiore deduzione e istanza istruttoria, anche relativamente al quantum della pretesa risarcitoria.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Arca S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2018 la dott.ssa Elena Quadri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

Con i ricorsi rispettivamente rubricati nel RG ai nn. 1007/2018 e 1009/2018 e con i motivi negli stessi dedotti Kone S.p.a. ha impugnato l'annullamento in via di autotutela dell'aggiudicazione definitiva in precedenza disposta nei suoi confronti da Arca S.p.a. dei lotti 5 e 4 della procedura concorsuale indetta per l'affidamento del servizio di manutenzione impianti elevatori, nonché la successiva esclusione disposta dalla stazione appaltante, per non avere indicato nell'offerta gli oneri per la manodopera, ai sensi dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016.

La ricorrente ha, altresì, presentato istanza risarcitoria in forma specifica e, in via subordinata, per equivalente pecuniario.

Si è costituita in giudizio Arca S.p.a., che ha chiesto la reiezione del gravame per infondatezza nel merito.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 21 giugno 2018 i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

### DIRITTO

Il collegio ritiene, in via preliminare, di disporre la riunione dei ricorsi per evidente connessione soggettiva ed oggettiva, essendo i medesimi proposti fra le stesse parti e concernendo lo stesso oggetto, anche se con riferimento a due lotti diversi della medesima procedura concorsuale.

Si rammenta che la gara in questione era suddivisa in cinque lotti e si è svolta attraverso il Sistema Dinamico di Acquisizione (SDA) denominato ARCA\_2016\_77, pubblicato con bando istitutivo n. 131 dell'11 novembre 2016, avente ad oggetto i servizi di manutenzione immobili e impianti, all'interno del sistema telematico di proprietà di Arca denominato "Sintel", mediante il quale sono state gestite le fasi di pubblicazione della procedura, di presentazione, analisi, valutazione ed aggiudicazione dell'offerta, oltre che le comunicazioni e gli scambi di informazioni. La normativa di dettaglio della gara era contenuta nella lettera d'invito, nel disciplinare di gara, nel capitolato tecnico e nello schema di convenzione. Il disciplinare di gara consentiva ai concorrenti la partecipazione a uno o più lotti con la presentazione di distinte offerte e ciascun lotto sarebbe stato aggiudicato a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, con un massimo di 70 punti per l'offerta tecnica e di 30 punti per l'offerta economica, da assegnare secondo i criteri indicati al par. 5.1.

Riguardo al personale da impiegare nell'appalto, trattandosi di contratto ad alta intensità di manodopera, al par. 1.11 del disciplinare era apposta la clausola sociale, secondo cui al fine di promuoverne la stabilità occupazionale ai sensi dell'art. 50 del d.lgs. n. 50/2016, l'aggiudicatario della procedura avrebbe dovuto garantire

l'applicazione dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81.

A tal fine, nel documento di gara, denominato "Personale coinvolto", era indicato il costo della manodopera stimato dall'ente, con un'incidenza del 50,65% sul valore dell'appalto.

Tanto premesso, con il primo motivo dedotto in entrambi i ricorsi l'istante si duole, essenzialmente, della violazione degli artt. 95, comma 10 e 23, comma 16, del d.lgs. n. 50/2016, della violazione degli artt. 3 e 6 della legge n. 241/1990, oltre che dell'eccesso di potere sotto diversi profili, atteso che illegittimamente la stazione appaltante avrebbe disposto l'esclusione nonostante la sua offerta economica contenesse, sostanzialmente, l'indicazione dei costi della mano d'opera ai fini del giudizio positivo sulla congruità dell'offerta.

Ed invero, la ricorrente afferma che, oltre all'indicazione dell'offerta economica complessiva, il disciplinare di gara richiedeva ai concorrenti di indicare a Sistema nell'apposito campo il "Valore complessivo dei costi non soggetti a ribasso offerto (Oneri della sicurezza e Costo del personale)" ossia il valore risultante dalla somma del valore dei costi della sicurezza derivanti da interferenze individuati dalla stazione appaltante in cifra fissa nel disciplinare di gara e del valore costo del personale.

Secondo la ricorrente, dunque, il seggio di gara si sarebbe dovuto limitare ad accertare il costo del personale individuato nel documento d'offerta di Kone per i Lotti 4 e 5 attraverso una semplice operazione di sottrazione dei costi della sicurezza da interferenza individuati in cifra fissa dalla s.a. dal predetto valore complessivo indicato in offerta.

Inoltre l'art. 95 comma 10 andrebbe coordinato con la disposizione di cui all'art. 23 comma 16, la quale nell'ultima versione approvata dal decreto correttivo, applicabile alla fattispecie che ci occupa, precisa nel suo ultimo periodo che "I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso" non richiedendo invece che anche "i costi della manodopera" siano "scorporati", come in origine previsto nel testo del decreto all'esame del C.d.M. Dal coordinamento delle predette disposizioni del Codice dei contratti pubblici, come modificate dal decreto correttivo, discenderebbe che solo i costi della sicurezza devono essere scorporati dall'importo assoggettato al ribasso d'asta, mentre i costi della manodopera devono essere soltanto individuati dalla stazione appaltante al fine di consentire l'eventuale controllo dell'anomalia da parte della stazione appaltante; tale tesi, del resto, risulterebbe ormai consolidata (cfr. T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 1.3.2018 n. 193).

La Stazione appaltante, a sua volta, dopo aver richiamato il disposto letterale dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, che 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...", afferma che l'offerta economica della parte ricorrente non riporterebbe in alcun punto la specificazione del solo costo della manodopera, per cui il concorrente sarebbe stato legittimamente escluso dalla gara. Sul punto la giurisprudenza avrebbe, infatti, chiarito che l'indicazione degli oneri di cui al citato comma 10, ivi inclusi i costi della manodopera, costituisce un elemento indefettibile dell'offerta, la cui omissione ne determina l'incompletezza non

sanabile attraverso il soccorso istruttorio, a cui consegue l'esclusione del concorrente, anche in mancanza di una specifica sanzione espulsiva da parte della lex specialis di gara. È stato infatti specificato che la disposizione configura un ineludibile obbligo legale – a presidio del principio di solidarietà generale – da assolvere necessariamente già in sede di predisposizione dell'offerta economica, al fine di garantire la massima trasparenza dell'offerta economica nelle sue varie componenti, evitando che la stessa possa essere modificata ex post nelle sue componenti di costo, con possibile alterazione dei costi al fine di rendere sostenibili e quindi giustificabili le voci di costo riferite al servizio.

Il collegio deve prendere atto dell'irrisolto contrasto giurisprudenziale risultante dalle contrapposte tesi delle parti fin qui esposte: non di meno, muovendo dall'unico dato pacifico, e cioè che l'offerta economica di Kone non specificava il costo della manodopera, deve dare risposta alla domanda giudiziale sottopostagli, e ciò partendo dal disposto letterale normativo, anche nella sua evoluzione.

Ed invero, nella versione originale, l'art. 95, comma 10, si limitava a prevedere che “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”. Dopo le modifiche introdotte dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (in specie, dall'art. 60), lo stesso comma 10 statuisce che: “Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro 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)”.

A sua volta, l'art. 97, per quanto d'interesse, così dispone: “1. Gli operatori economici forniscono, su richiesta della stazione appaltante, spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse, sulla base di un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta. (...) 4. Le spiegazioni di cui al comma 1 possono, in particolare, riferirsi a: a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori; c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente. 5. La stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni. Essa esclude l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4 o se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa in quanto: (...) c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 95, comma 10 rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture; d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16”.

Infine, secondo quest'ultima disposizione: "Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, il costo del lavoro è determinato annualmente, in apposite tabelle, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale (...) Nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo posto a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera sulla base di quanto previsto nel presente comma. I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso".

Ebbene, dall'esame delle succitate disposizioni normative emerge, anzitutto, che il procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta, regolato dall'art. 97, è stato reso dal legislatore più celere e snello rispetto a quanto risultasse dalle previsioni normative del precedente codice degli appalti (artt. 86-88 d.lgs. n. 163/2006).

Tale conclusione si ricava anche dalla mera lettura delle norme.

Ed invero, secondo le disposizioni precedenti, e, in particolare, l'art. 88 del d.lgs. n. 163/2006: "1. La stazione appaltante richiede, per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle giustificazioni. 1-bis. La stazione appaltante, ove lo ritenga opportuno, può istituire una commissione secondo i criteri stabiliti dal regolamento per esaminare le giustificazioni prodotte; ove non le ritenga sufficienti ad escludere l'incongruità dell'offerta, richiede per iscritto all'offerente le precisazioni ritenute pertinenti. 2. All'offerente è assegnato un termine non inferiore a cinque giorni per presentare, per iscritto, le precisazioni richieste. 3. La stazione appaltante, ovvero la commissione di cui al comma 1-bis, ove istituita, esamina gli

elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle precisazioni fornite.

4. Prima di escludere l'offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la stazione appaltante convoca l'offerente con un anticipo non inferiore a tre giorni lavorativi e lo invita a indicare ogni elemento che ritenga utile. 5. Se l'offerente non si presenta alla data di convocazione stabilita, la stazione appaltante può prescindere dalla sua audizione”.

Ora, se la previgente normativa imponeva una rigorosa e defatigante alternanza dialettica tra stazione appaltante e aggiudicatario, che la giurisprudenza aveva confermato, la nuova disciplina propone un modello one-shot (sebbene non vieti di svolgere ulteriori approfondimenti), dove la stazione appaltante esprime tutte insieme le sue perplessità, e l'aggiudicatario offre – senza successivi affinamenti che rendano gradualmente credibile la propria offerta – tutte insieme le proprie giustificazioni.

Dunque, ritiene il collegio che, conformemente alla medesima ratio normativa, anche il senso da dare alla modifica delle norme in tema di obbligatoria indicazione nell'offerta economica dei costi di sicurezza e di manodopera sia acceleratorio: il costo della manodopera, in particolare, che ci occupa in questa sede, deve essere sin da subito indicato dal concorrente nell'offerta economica separatamente, in modo che la stazione appaltante, che l'ha a sua volta indicato in forma specifica nei documenti posti a fondamento della gara, possa effettuare in via immediata la verifica di congruità dello stesso rispetto a quanto dalla stessa predeterminato in base a quanto risultante dalle apposite tabelle del Ministero del lavoro e delle politiche sociali sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le

organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali.

Nel caso in cui la stazione appaltante individui criticità in relazione al costo della manodopera indicato nell'offerta economica dal concorrente, ne chiederà subito le giustificazioni in merito, che interverranno entro 15 giorni, permettendo di concludere sollecitamente la valutazione della congruità o meno di tale voce di costo, così come di tutta l'offerta economica.

Si raggiunge, dunque, il risultato più celermente, del resto in linea con le finalità semplificatorie che sottendono alla complessiva riforma sugli appalti pubblici, mentre in precedenza la “navette” tra stazione appaltante e operatore economico influiva sul procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta, allungandone la durata e talvolta favorendo alterazioni improprie dei valori iniziali, per adattarli alle esigenze della legge e della realtà economica.

Ed effettivamente, disporre sin da subito dei costi previsti per la manodopera dall'operatore, dallo stesso indicati in evidenza nell'offerta economica, rende molto più veloce e semplice l'accertamento dell'eventuale incongruità degli stessi.

Né si oppone a tale ricostruzione il disposto dell'ultima parte del comma 16 dell'art. 23 succitato, secondo il quale: “I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso”, volendo, con tale disposto, il legislatore statuire semplicemente che gli oneri di manodopera sono ribassabili, a differenza di quelli di sicurezza, e, dunque, proprio per questo avvalorando la tesi per la quale la congruità degli stessi deve essere

immediatamente percepibile e sottoposta al vaglio della stazione appaltante al fine del giudizio di congruità.

Né, al fine del rispetto della ratio normativa, può essere influente la previsione o meno a pena di esclusione da parte della lex specialis di gara dell'obbligatorietà dell'indicazione dei costi di manodopera nell'offerta economica, atteso che dalla lettera della legge emerge inequivocabilmente la voluntas legis dell'imperatività di tale precetto normativo (cfr., in particolare, l'art. 95, comma 10, per il quale “nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera...”), che deve, dunque, considerarsi tale in ogni situazione.

Questo giudice, in conclusione – pur nella consapevolezza dell'esistenza di giustificate conclusioni divergenti (cfr. Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2018, n. 2554; Tar Lombardia, sez. I, 7 maggio 2018, n. 1223) - ritiene di concordare con la posizione giurisprudenziale fondata sull'evoluzione del disposto normativo.

Ed invero, la succitata modifica della legge è stata introdotta proprio al fine di superare l'orientamento passato che si era formato sulla mancata previsione espressa dell'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza e del costo del lavoro nell'offerta economica, e che aveva, dunque, permesso al Consiglio di Stato di affermare che: “per le gare bandite in data anteriore all'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni, 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” (ma lo stesso era da considerarsi valido per i costi della manodopera) “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”. (Cons. Stato, A.P., 27 luglio 2016, n. 19).

Tale orientamento si era affermato, inoltre, anche in relazione all'esame della questione da parte della Corte di Giustizia UE a seguito di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 TFUE, che aveva così statuito: “il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, come attuati dalla direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito dell'inosservanza, da parte di detto offerente, dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla procedura e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un'interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti” (Corte di Giustizia UE sez. VI, ordinanza 10 novembre 2016 (causa C-162/16)).

Ritiene, dunque, il collegio - ma la conclusione si ricava anche dalla lettura della succitata sentenza resa in adunanza plenaria, che esplicita l'orientamento diverso solo “per le gare bandite in data anteriore all'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni” - che la questione dell'onere di indicazione in sede di offerta dei costi della manodopera (così come di quelli aziendali

concernenti la sicurezza sul lavoro) sia stata disciplinata e risolta dal novellato disposto normativo dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. 50/2016, più volte citato, chiaramente interpretabile secondo la sua lettera ed applicabile *ratione temporis* anche alla procedura concorsuale in questione (cfr., nello stesso senso, TAR Umbria, 17 maggio 2017, n. 390, riguardo alla mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali nell'ambito di un'offerta economica formulata in una procedura negoziata).

Ed invero, la mancata separata indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera determina un'irregolarità non sanabile mediante il ricorso al soccorso istruttorio oggi disciplinato dall'art. 83 comma 9, del d.lgs. 50 del 2016, atteso che tale istituto ammette l'esercizio della facoltà di integrazione da parte dei concorrenti solo in relazione alle carenze di elementi formali della domanda, mentre, nella specie, viene in rilievo la carenza di un elemento sostanziale, perché attinente al contenuto dell'offerta economica (cfr. TAR Umbria, 17 maggio 2017, n. 390; T.A.R. Toscana, sez. I, 10 febbraio 2017, n. 217; T.A.R. Molise 9 dicembre 2016, n. 513; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 3 maggio 2017, n. 2358).

Per le gare indette all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, dunque, non vi sono più i presupposti per ricorrere al soccorso istruttorio in caso di mancata o incerta indicazione degli oneri di cui all'articolo 95, comma 10, atteso che il nuovo Codice ha definitivamente rimosso ogni possibile residua incertezza sulla sussistenza di tale assoluto obbligo.

Pertanto, una volta accertato che tale obbligo di indicazione è stato chiaramente sancito dalla legge, la sua violazione determina conseguenze escludenti.

Ed invero, come è stato di recente affermato dal Consiglio di Stato: “l’inadeguata indicazione degli oneri per la sicurezza cc.dd. interni o aziendali” (ma lo stesso è per gli oneri di manodopera) “non lede solo interessi di ordine dichiarativo o documentale, ma si pone ex se, in contrasto con i doveri di salvaguardia dei diritti cui presiedono le previsioni di legge, che impongono di approntare misure e risorse congrue per preservare la loro sicurezza e la loro salute” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2018, n. 815; nello stesso senso, 28 febbraio 2018, n. 1228; 12 marzo 2018, n. 1555).

La nuova disciplina fissa, dunque, un obbligo legale inderogabile a carico dei partecipanti alla gara pubblica, restando ininfluyente che gli atti della procedura non dispongano espressamente al riguardo ed operando piuttosto il meccanismo dell'eterointegrazione con l'obbligo discendente dalla norma primaria.

Neppure può ammettersi il soccorso istruttorio previsto dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 per: “la mancanza, l'incompletezza e 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 tecnica ed economica”, atteso che gli oneri di sicurezza aziendali e gli oneri di manodopera concernono l'offerta economica e, per la loro finalità di tutela della sicurezza del lavoro, ne costituiscono elemento essenziale (cfr., riguardo agli oneri di sicurezza interni, T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 5 gennaio 2017, n. 34 e T.A.R. Veneto, sez. I, 21 febbraio 2017, n. 182).

Dall'infondatezza del primo motivo dedotto consegue che l'esclusione dai lotti 4 e 5 di Kone risulti pienamente legittima per tale, autonoma e vincolata, causa, rendendo superfluo l'esame delle ulteriori doglianze, che il collegio ritiene, in ogni caso, infondate, in

considerazione della piena esplicitazione della motivazione in ordine all'esclusione dell'istante dai lotti di gara.

Neppure si ritengono violate le garanzie in tema di autotutela amministrativa, atteso che l'istante è stata messa bene a conoscenza dei motivi di esclusione che, peraltro, scaturiscono da un precetto normativo vincolante per la stazione appaltante.

Alla luce delle suesposte considerazioni, i ricorsi riuniti vanno entrambi respinti, unitamente all'istanza risarcitoria.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di giudizio, atteso che è emerso un evidente contrasto giurisprudenziale sulla questione di diritto sottesa alla decisione della presente vertenza, che costituisce una grave ed eccezionale ragione per disporre la compensazione.

Ed invero, come è stato di recente affermato dalla Corte Costituzionale: "Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 92, comma 2, c.p.c. nella parte in cui non prevede che il giudice, in caso di soccombenza totale, possa non di meno compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni, oltre quelle nominativamente indicate" (Corte Costituzionale, 19 aprile 2018, n. 77).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti, come in epigrafe proposti, li respinge, unitamente all'istanza risarcitoria.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 21 giugno  
2018 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Giovanni Zucchini, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Elena Quadri**

**IL PRESIDENTE**

**Angelo Gabbricci**

**IL SEGRETARIO**