Pubblicato il 04/10/2019

N. 06688/2019REG.PROV.COLL.
N. 00175/2019 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 175 del 2019, proposto da

BM Service s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Impresa Cericola s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Lilli e Fausto Troilo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Regione Calabria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Falduto, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

Ecosistem s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Izzo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria (sezione prima) n. 2192/2018, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'appello incidentale della Regione Calabria;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ecosistem s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 23 maggio 2019 il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti gli avvocati Lilli, Izzo e Pungì, in dichiarata delega di Falduto;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato il 21 luglio 2017 la Regione Calabria indiceva una gara per l'affidamento dei "*lavori inerenti il progetto di messa in sicurezza e chiusura definitiva di discariche comunali site in località Petrosi del Comune di Casignana (RC) – stralcio interventi prioritari per il contenimento della produzione di percolato ed i servizi di manutenzione ordinaria e straordinaria della discarica, nonché di prelievo trasporto e smaltimento del percolato*".

Con verbale n. 12 del 15 marzo 2018 la commissione esaminatrice escludeva dalla procedura quattro dei cinque operatori partecipanti alla gara, tra cui Ecosistem s.r.l., stante l'omessa indicazione nelle relative offerte economiche dei costi della manodopera di cui all'art. 95, comma 10 del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016, in violazione di quanto previsto al paragrafo C, punto 2) del disciplinare.

La procedura si concludeva con l'atto di aggiudicazione del 16 aprile 2018 in favore del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese tra BM Service s.r.l., capogruppo mandataria, e Impresa Cericola s.r.l., unico partecipante rimasto in gara.

Con ricorso proposto innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Calabria Ecosistem impugnava gli atti di gara, formulando domanda demolitoria, cautelare e risarcitoria.

Con ordinanza n. 245/2018 la prima sezione dell'adito Tribunale, nella resistenza della Regione Calabria e del RTI aggiudicatario, respingeva la domanda cautelare.

Ecosistem interponeva appello.

Con ordinanza n. 3377/2018 questa Sezione del Consiglio di Stato accoglieva l'appello cautelare, ordinando alla stazione appaltante di valutare la soccorribilità della lacuna in sede di esame di congruità dell'offerta. Ciò considerando: le oscillazioni giurisprudenziali registrate sul punto di diritto investito dalla controversia; il tenore della *lex specialis*, che, pur richiedendo l'indicazione dei costi della manodopera, non aveva contemplato per la sua carenza una specifica causa di esclusione; l'affermazione di Ecosistem di aver considerato i costi in parola, pur non avendoli indicati nella propria offerta, con conseguente esclusione di qualsiasi ipotesi di modifica della stessa.

La stazione appaltante ottemperava alla predetta ordinanza, avviando il procedimento di verifica di congruità delle offerte escluse il 18 luglio 2018.

Nel merito, l'adito Tribunale definiva il ricorso di Ecosistem con sentenza n. 2192/2018, con cui il primo giudice, richiamate le contrastanti interpretazioni giurisprudenziali relative alla soccorribilità della omissione dichiarativa di cui all'art. 95, comma 10

del d.lgs. 50/2016, rimesse con ordinanze ancora pendenti al vaglio dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (C.G.A.R.S., n. 772 e n. 773 del 2018; Cons. Stato, V, n. 6122/2018; n. 6069/2018) e della Corte di giustizia UE (T.a.r. Lazio, II-*bis*, n. 4562 del 24 aprile 2018), riteneva, nelle more degli interventi chiarificatori, e tenuto conto della speditezza richiesta dalla materia, di abbandonare l'indirizzo più rigoroso seguito in precedenti decisioni, comportante la non operatività del soccorso istruttorio, a favore di quello fatto proprio dall'ordinanza cautelare della Sezione n. 3377/2018.

La sentenza, pertanto, rilevato che il riscontro di congruità dell'offerta di Ecosistem aveva avuto esito positivo e che l'impresa era risultata prima classificata, accoglieva il ricorso e per l'effetto: annullava il provvedimento di esclusione della società e l'aggiudicazione della gara al RTI capeggiato da BM Service; dichiarava, salve le verifiche di rito da parte della stazione appaltante, il diritto di Ecosistem di conseguire l'aggiudicazione e l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato con il RTI controinteressato; disponeva il subentro in esso di Ecosistem. Compensava tra le parti le spese di giudizio.

Avverso tale sentenza ha interposto appello BM Service, deducendo con un unico motivo: erronea e carente motivazione in relazione a un fatto decisivo per la soluzione della controversia; violazione e falsa applicazione degli artt. 95 e 97, d.lgs. 50/16; violazione dell'art. 3, l. n. 241/90; violazione del divieto di immodificabilità e di unicità dell'offerta; violazione dell'art. 83, comma 9, d.lgs. 50/16; violazione dei principi di *favor partecipationis*, trasparenza e imparzialità; eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione, travisamento dei fatti; perplessità.

BM Service ha concluso: in via principale, per la riforma della sentenza appellata e la disposizione dell'aggiudicazione definitiva in capo alla società, nonché per la dichiarazione dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato e il subentro nello stesso del RTI da essa capeggiato; in via gradata, per l'accertamento e la declaratoria del suo diritto al risarcimento del danno da mancato utile, quantificabile nel 10% dell'importo contrattuale netto o della somma maggiore o minore ritenuta di giustizia; in via ulteriormente gradata, per la sospensione del giudizio e la rimessione della questione all'Adunanza Plenaria *ex* art. 99 Cod. proc. amm..

La Regione Calabria ha interposto appello incidentale, sostenendo la cogenza dell'indicazione nelle offerte economiche dei costi in parola, ai sensi del disciplinare di gara e dell'art. 95 del d.lgs. 50/2016, e invocando la giurisprudenza che afferma l'insanabilità della eventuale carenza dell'indicazione. Ha poi lamentato la sostanziale immotivatezza nel merito della gravata decisione, concludendo per la riforma della sentenza appellata e la reiezione del ricorso proposto da Ecosistem, con conferma della legittimità degli atti ivi impugnati.

Ecosistem si è costituita in resistenza, riproponendo, ai sensi dell'art. 101, comma 2 Cod. proc. amm., i motivi di illegittimità dedotti nel ricorso introduttivo, assorbiti nella sentenza appellata.

Con ordinanza n. 719/2019 la Sezione ha accolto la domanda cautelare di BM Service ai fini di garantire la *res adhuc integra*.

Nel prosieguo, le parti hanno affidato a memorie lo sviluppo delle proprie difese.

In particolare, Ecosistem ha eccepito l'improcedibilità dell'appello principale per sopravvenuta carenza di interesse, in quanto, con provvedimento n. 32555 dell'8 marzo 2019, il Prefetto di Reggio

Calabria ha adottato nei confronti di BM Service un'informazione interdittiva antimafia, per cui la società è stata cancellata dall'Albo dei gestori ambientali, perdendo in tal modo la continuità nel possesso di un requisito di qualificazione richiesto dalla *lex specialis* di gara e non posseduto dalla mandante.

BM Service ha confutato l'eccezione, evidenziando la non definitività dell'interdittiva in pendenza del ricorso amministrativo proposto dalla società innanzi al Tar per la Regione Calabria, sezione staccata di Catanzaro (r.g.n. 178/2019). Ha inoltre esposto di aver avviato dinanzi al Tribunale di Reggio Calabria (r.g.c.g. n. 4/2019) la procedura per l'amministrazione giudiziaria della società, ai sensi dell'art. 34-*bis*, comma 4 del d.lgs. 159/2011. Ha infine rappresentato la possibilità di sanare la propria partecipazione alla gara avvalendosi dell'art. 48, commi 17 e 19-*ter* del d.lgs. 50/2016.

Infine, la Regione Calabria ha depositato il 10 maggio 2019 atto di rinunzia notificato al proprio appello incidentale, esponendo che lo stesso tiene conto delle circostanze sopravvenute, e in specie della cancellazione della B.M. Service dall'Albo gestori ambientali, requisito essenziale per poter svolgere il servizio di cui all'appalto in parola, e dell'urgenza di provvedere all'affidamento.

La causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 23 maggio 2019.

DIRITTO

1. In via preliminare, il Collegio deve prendere atto della rituale rinunzia al proprio appello incidentale formulata dalla Regione Calabria e non opposta dalle altre parti del giudizio.

Pertanto, in applicazione dell'art. 35 del Codice del processo amministrativo, che al comma 2, lett. c) stabilisce che il giudice

dichiara estinto il giudizio rinunziato, e del successivo art. 84, comma 3, secondo cui se le parti che hanno interesse alla prosecuzione non si oppongono, il processo si estingue, va dichiarata l'estinzione dell'appello incidentale.

2. Resta da decidere l'appello principale di BM Service s.r.l., che si rivela infondato.

Possono pertanto essere assorbite sia l'eccezione dell'appellata Ecosistem s.r.l. di improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza di interesse, sia le questioni dalla medesima dedotte *ex* art. 101, comma 2 Cod. proc. amm..

3. Si controverte in ordine alla legittimità della determinazione della commissione di gara di escludere, per mancata quantificazione dei costi della manodopera, l'offerta dell'appellata Ecosistem dalla procedura indetta dalla Regione Calabria il 21 luglio 2017 per l'affidamento di un appalto misto di lavori e di servizi finalizzato alla messa in sicurezza e alla chiusura di discariche site nel Comune di Casignana, aggiudicata alla BM Service.

Ecosistem ha contestato in giudizio l'esclusione, deducendo la violazione degli artt. 95 e 83 del d.lgs. n. 50/2016 e del principio di tassatività delle cause di esclusione, facendo leva sulla mancata previsione da parte della legge di gara di una espressa sanzione espulsiva per l'omissione dichiarativa in parola e sulla conseguente necessità da parte della stazione appaltante di attivare il soccorso istruttorio, tesi che, come meglio in fatto, è stata sostanzialmente accolta dal primo giudice.

4. Viene indi in rilievo il disciplinare di gara, che al paragrafo C, punto 2), ha previsto l'obbligo degli operatori economici partecipanti di indicare nella propria offerta economica la dichiarazione "*di avere*

tenuto conto, nella redazione dell'offerta, degli obblighi relativi alle disposizioni in materia di sicurezza, di condizioni di lavoro e di previdenza e assistenza in vigore ed esplicitazione dei propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro nonché dei costi del personale", ma non ha sanzionato la sua violazione con la previsione dell'esclusione dalla procedura.

L'obbligo in parola è previsto dall'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, *Codice dei contratti pubblici*, nella formulazione introdotta dall'art. 60, comma 1, lett. e) del correttivo di cui al d.lgs. n. 56/2017, applicabile alla fattispecie *ratione temporis*, che stabilisce 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)*".

La previsione normativa, come ha riferito la sentenza appellata, richiamando le ordinanze di rimessione all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (C.G.A.R.S., n. 772 e n. 773 del 2018; Cons. Stato, V, n. 6122/2018; n. 6069/2018) e di proposizione di questione pregiudiziale alla Corte di giustizia UE (T.a.r. Lazio, II-*bis*, n. 4562 del 24 aprile 2018), è stata oggetto di contrastanti interpretazioni della giurisprudenza amministrativa, che, in estrema sintesi, pel caso di mancata indicazione dei predetti costi, hanno oscillato tra un indirizzo più rigoroso, comportante l'insanabilità dell'omissione dichiarativa, e un diverso orientamento che, senza obliterare la cogenza della disposizione normativa e al fine di verificarne il rispetto sostanziale, ha ritenuto l'ammissibilità del soccorso istruttorio di cui all'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016.

Il predetto contrasto era già stato valorizzato nell'ordinanza cautelare della Sezione n. 3377/2018 pronunziata nell'ambito della controversia in esame, che, tenendo conto delle oscillazioni giurisprudenziali sulla materia, della carenza nella *lex specialis* della gara della previsione della sanzione espulsiva per la mancata indicazione dei costi della manodopera, nonché dell'affermazione di Ecosistem di aver considerato tali costi, pur non avendoli indicati nella sua offerta economica, con conseguente inconfigurabilità di una modifica della stessa, ha ordinato alla stazione appaltante un approfondimento istruttorio in relazione alla soccorribilità della lacuna, da svolgersi in sede di esame di congruità dell'offerta.

Tanto chiarito, non è superfluo rilevare che, successivamente all'ordinanza della Sezione n. 3377/2018:

- la stazione appaltante ha eseguito l'incombente istruttorio, effettuando la verifica di congruità dell'offerta di Ecosistem, che si è concluso in senso favorevole alla società.

In particolare, dagli atti versati al fascicolo di causa emerge che la verifica è stata avviata con atto del Dipartimento ambiente e territorio della Regione Calabria n. 267405 del 31 luglio 2018, che ha precisato che "*a prescindere dall'omissione di natura puramente formale riscontrata nella formulazione dell'offerta economica, la verifica suddetta sarà volta ad accertare la sostenibilità del prezzo offerto rispetto alla quantificazione effettiva di tutti i costi che la concorrente ha indicato, compresi quelli previsti dall'art. 95 comma 10 del d.lgs. n. 50/2016*". Acquisite dalla società le giustificazioni richieste, la verifica è poi proseguita con l'apporto, non vincolante, della commissione valutatrice richiesto dal RUP, tenendo conto anche di quanto emergente della documentazione aggiuntiva richiesta in via di ulteriore approfondimento e

dell'audizione della società, avvenuta il 21 novembre 2018. All'esito, tutti i componenti della commissione valutatrice e il RUP hanno concluso per la congruità dell'offerta;

- per l'effetto, la società è risultata prima classificata in gara;

- con ordinanze nn. 1, 2 e 3 del 24 gennaio 2019 l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nell'affrontare le questioni interpretative inerenti l'art. 95, comma 10 del d.lgs. n. 50/2016, a lei deferite ai sensi dell'art. 99 Cod. proc. amm. con le sopracitate ordinanze n. 6122/2018 di questa Sezione e n. 772/2018 del C.G.A.R.S., e nel pronunziarsi a favore dell'indirizzo più rigoroso, ha ritenuto di verificarne la compatibilità con le disposizioni e i princìpi del diritto dell'Unione europea. Ha pertanto sottoposto questione pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, *ex* art. 267 TFUE, così formulata: "*se il diritto dell'Unione europea (e segnatamente i princìpi di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di libera circolazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi) ostino a una disciplina nazionale (quale quella di cui agli articoli 83, comma 9, 95, comma 10 e 97, comma 5 del 'Codice dei contratti pubblici' italiano) in base alla quale la mancata indicazione da parte di un concorrente a una pubblica gara di appalto dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza dei lavoratori comporta comunque l'esclusione dalla gara senza che il concorrente stesso possa essere ammesso in un secondo momento al beneficio del c.d. 'soccorso istruttorio', pur nelle ipotesi in cui la sussistenza di tale obbligo dichiarativo derivi da disposizioni sufficientemente chiare e conoscibili e indipendentemente dal fatto che il bando di gara non richiami in modo espresso il richiamato obbligo legale di puntuale indicazione*";

- la Corte di giustizia (C. giust. UE, IX, 2 maggio 2019 C-309/18) si è pronunciata sulla questione precedentemente posta dalla citata ordinanza del Tar Lazio n. n. 4562/2018, affermando che "*I principi*

della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice".

5. A questo punto può passarsi all'esame delle doglianze svolte da BM Service.

5.1. Non è fondato il primo ordine argomentativo, con cui BM Service afferma che la sentenza appellata sarebbe affetta, sotto vari profili, da difetto di motivazione.

Il primo giudice ha richiamato sia la già citata ordinanza cautelare della Sezione n. 3377/2018 che l'orientamento giurisprudenziale nell'ambito del quale l'ordinanza si inscrive, che ammette il soccorso

istruttorio per l'ipotesi di violazione "formale" dell'obbligo di indicazione di cui all'articolo 95, comma 10 del d.lgs. n. 50/2016.

Aderendo espressamente a tale statuizione cautelare di appello, ha indi fatto proprie tutte le sottostanti argomentazioni, che devono, pertanto, intendersi come esposte.

Né vale rilevare la sinteticità dei predetti richiami, che non è suscettibile di refluire in un vizio della decisione, poiché le questioni poste a base dell'orientamento in parola, così come di quello contrapposto, risultano ampiamente note e ancora in corso di dibattimento, sicchè non può dubitarsi della loro idoneità a illustrare l'*iter* logico della decisione, che, del resto, BM Service risulta aver ben compreso, come dimostrano le argomentazioni spese dell'atto di appello.

Non convince neanche il rilievo che il primo giudice, anzichè definire il giudizio, avrebbe dovuto attendere l'esito di "*maggiori lumi da parte della giurisprudenza, anche sovranazionale*": sul punto, basti osservare che la sentenza appellata ha, condivisibilmente, richiamato la "*necessaria speditezza della decisione in tema di appalto in virtù degli interessi pubblici sottesi*", interessi che, anche alla luce delle ultime difese svolte in questa sede dalla Regione Calabria, si connotano di particolare rilevanza e urgenza.

Non è poi significativo che con la sentenza appellata il primo giudice abbia "ribaltato" la posizione assunta in sede cautelare con l'ordinanza n. 245/2018, citata in fatto.

Invero, anche in disparte il fatto che tale ordinanza è stata travolta dalla ridetta ordinanza cautelare della Sezione n. 3377/2018, che la ha riformata, si osserva che le pronunzie cautelari sul *fumus*, per la loro natura di *summaria cognitio* e per la loro portata interinale, non

contengono valutazioni assimilabili a un pieno sindacato giurisdizionale, che è proprio delle sole pronunzie di merito, e pertanto non possono essere utilmente invocate in comparazione con quelle assunte nella sentenza che definisce il giudizio, né sono idonee a ingenerare un ragionevole affidamento delle parti circa l'esito della controversia (Cons. Stato, V, 3 maggio 2019, n. 2876).

Non si pone poi alcun problema di interpretazione della ordinanza cautelare della Sezione n. 3377/2018, in quanto essa, contrariamente a quanto affermato da BM Service, non si è limitata a confermare la permanenza di un contrasto giurisprudenziale, ma, ordinando il citato incombente istruttorio, ha evidentemente aderito a una delle tesi in contrapposizione.

E tale incombente istruttorio non poteva che essere svolto immediatamente, cioè prima dell'affidamento dell'appalto, atteso che la stessa ordinanza ha ritenuto la sussistenza del *periculum in mora*, rilevando che "*la disposta esclusione costituirebbe elemento ostativo alla possibilità* [di Ecositem] *di aggiudicarsi la commessa in considerazione dell'imminente stipula del contratto*" con BM Service.

5.2. Quanto alle ulteriori censure, si osserva che il rilievo del primo giudice che la *lex specialis* di cui trattasi richiedeva l'indicazione degli oneri del personale ma non contemplava alcuna causa di esclusione per l'ipotesi della loro mancata indicazione non è né erroneo né affetto da insufficienza.

Si tratta infatti di una notazione che non fa altro che descrivere la specifica connotazione della legge di gara, e che non richiedeva, per la sua descrizione, alcuna ulteriore illustrazione od osservazione, anche perché in nessun punto della sentenza appellata il primo

giudice ha desunto da tale "carenza strutturale" (come la definisce l'appellante) conseguenze che ne hanno inficiato la legittimità.

Quanto, poi, al fatto che l'esclusione discenderebbe direttamente dall'art. 95, comma 10 del d.lgs. 50/2016, si rammenta che la previsione, come noto, non commina alcuna sanzione espulsiva, e che neanche il discplinare di gara sanzionava la mancata indicazione per cui è causa.

Inoltre, è vero che la *lex specialis*, per la presentazione delle domande, non ha imposto formalmente l'utilizzo dei modelli predisposti dalla stazione appaltante, che non contenevano la specifica voce relativa ai costi del personale.

Infatti il paragrafo 8 del disciplinare ha previsto che l'offerta economica fosse redatta "preferibilmente" secondo il modulo allegato, come anche evocato dal paragrafo 8.1., punto C1), e il modello di offerta prestampato non impediva in assoluto di aggiungervi tale indicazione, come ha del resto fatto BM Service, che, nell'utilizzare il predetto modello, ha aggiunto una riga nello spazio bianco presente nel modulo dopo la parte dedicata all'indicazione dei costi della sicurezza.

Tuttavia lo stesso paragrafo paragrafo 8.1., oltre a riferirsi nel prosieguo, *sic et simpliciter*, alla "*offerta economica redatta in bollo sottoforma di dichiarazione secondo il modello di cui all'Allegato 4*", reca a pagina 12, tra le regole generali relative al "Contenuto del plico", quella per cui "*Le offerte condizionate o espresse in modo indeterminato o relative ad altro appalto, o comunque non conformi ai modelli allegati, sono da ritenersi irricevibili e pertanto escluse dalla gara*".

Tale congerie di regole, quanto alla valenza dei modelli di domanda predisposti dalla stazione appaltante, non si profila né omogenea né improntata alla necessaria chiarezza.

In particolare, essa è, sul punto, oggettivamente idonea a ingenerare in capo ai partecipanti il dubbio in ordine alla individuazione di quali siano le "non conformità" della domanda di partecipazione soggette alla sanzione di irricevibilità, e, pertanto, a causare il plausibile timore di subire la predetta conseguenza negativa in caso di presentazione di una domanda contenente modifiche al modello allegato alla *lex specialis*.

Tanto, del resto, è platealmente attestato dalle vicende occorse in gara, e, in particolare, dal fatto che ben quattro delle cinque imprese offerenti sono state escluse dalla procedura per non aver indicato i costi della manodopera.

Tutti i predetti elementi portano a concludere per la correttezza del ricorso nella fattispecie al rimedio del soccorso istruttorio volto a verificare il rispetto "sostanziale" dell'art. 95, comma 10 del d.lgs. n. 50/2016, i cui esiti sono stati validati dalla sentenza appellata in aderenza a conforme giurisprudenza, risultante non contrastante con la posizione poi assunta dalla Corte di giustizia.

BM Service non può pertanto essere seguita quando, nelle memorie difensive successive alla pronunzia della CGUE 2 maggio 2019, invoca i principi affermati nella prima parte della pronunzia stessa, tralasciando di considerare le rilevanti conseguenze che, nella seconda parte, la Corte, in ossequio ai principi di trasparenza e di proporzionalità, ha tratto per l'ipotesi che la mancata indicazione separata dei costi di manodopera, come nella fattispecie, sia stata indotta dalla documentazione di gara.

5.3. L'appellante principale osserva infine che il primo giudice avrebbe comunque errato nell'interpretare la giurisprudenza nazionale cui ha aderito, perché essa ha ammesso il soccorso istruttorio solo laddove la legge di gara non ha previsto l'obbligatoria indicazione degli oneri del personale, mentre nella fattispecie tale obbligo è stata previsto.

L'argomentazione è suggestiva ma non convincente.

Una volta chiarito, come sopra, che la legge di gara per cui è causa ha richiamato espressamente l'obbligo di cui all'art. 95, comma 10 del d.lgs. n. 50 del 2016 senza corredarlo di sanzione, non si pone il problema della cogenza dell'obbligo, bensì quello dell'apprezzamento delle conseguenze da riconnettere alla sua violazione.

E la tematica, contrariamente a quanto sembra ritenere l'appellante principale, non è estranea all'orientamento giurisprudenziale fatto proprio dalla sentenza appellata.

Ne è prova la già citata ordinanza n. 3/2019 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, laddove rileva al capo 1.5.2. che, se l'opposto indirizzo privilegia il principio di *par condicio competitorum*, il secondo orientamento qui in rilievo, racchiuso da ultimo nella sentenza della III Sezione di questo Consiglio di Stato n. 2554/2018, "s*embrerebbe inteso a salvaguardare i diversi principi di massima partecipazione alle gare e di tassatività e tipicità delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8 del nuovo. In base a tale disposizione le cause di esclusione dalla gara, in quanto limitative della libertà di concorrenza, devono essere ritenute di stretta interpretazione, senza possibilità di estensione analogica (cfr. Cons. Stato, V, sentenza n. 2064 del 2013), per cui, in caso di equivocità delle disposizioni, deve essere preferita l'interpretazione che, in aderenza ai criteri di proporzionalità e*

ragionevolezza, eviti eccessivi formalismi e illegittime restrizioni alla partecipazione".

Sicchè nel caso di specie, in cui non è più lecito dubitare, alla luce dell'esito dell'incombente istruttorio disposto dalla Sezione, del fatto che l'offerta economica di Ecosistem includesse i costi del personale, pur non avendoli esplicitati con le modalità richieste dalla legge di gara, in conformità all'art. 95, comma 10 del Codice dei contratti, l'adesione del primo giudice alla predetta giurisprudenza risulta, anche sotto tale profilo, priva di mende.

6. Per tutto quanto precede, l'appello principale deve essere respinto.

7. Si ravvisano giusti motivi, in considerazione delle oscillazioni giurisprudenziali che investono le questioni dibattute in giudizio e avuto riguardo a tutte le circostanze dello stesso, ai sensi dell'art. 84, comma 2, Cod. proc. amm., per compensare integralmente tra le parti le spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, dichiara estinto l'appello incidentale e respinge l'appello principale.

Compensa integralmente tra le parti le spese del grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 23 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Anna Bottiglieri	**Francesco Caringella**

IL SEGRETARIO