Il T.a.r. per il Lazio rimette alla Corte di giustizia UE la questione interpretativa se, nel vigore del nuovo codice sui contratti pubblici, l'omessa separata indicazione del costo per la manodopera possa costituire legittima causa di esclusione allorquando tale obbligo non sia stato specificato nella *lex specialis* e precluda il soccorso istruttorio.

T.a.r. per il Lazio - Roma, sezione II-bis, ordinanza 24 aprile 2018, n. 4562 – Pres. Stanizzi, Est. Mangia

Contratti pubblici – Costo della manodopera – Omessa indicazione in assenza di espressa prescrizione nella *lex specialis* – Esclusione dalla gara – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia U.E.

Deve essere rimessa alla Corte di giustizia dell'UE la seguente questione pregiudiziale ex art. 267 del TFUE: 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 alla direttiva n. 2014/24/UE, ostino all'applicazione di una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dal combinato disposto degli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016, secondo la quale l'omessa separata indicazione dei costi della manodopera nelle offerte economiche di una procedura di affidamento di servizi pubblici determina, in ogni caso, l'esclusione della ditta offerente senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata non sia stato specificato nella documentazione di gara e, ancora, a prescindere dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispetti effettivamente i costi minimi della manodopera, in linea peraltro con una dichiarazione all'uopo resa dalla concorrente (1).

(1) I. – Dopo il T.a.r. per la Basilicata (<u>ordinanza 25 luglio 2017</u>, n. 525, oggetto della <u>News US del 21 agosto 2017</u>, cui si rinvia per i precedenti di giurisprudenza *ivi* menzionati), anche il T.a.r. per il Lazio, sede di Roma, ha deferito alla Corte di giustizia UE la questione della compatibilità della nuova disciplina italiana sull'indicazione separata dei costi della manodopera e degli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (di cui agli artt. 95, comma 10, ed 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016) rispetto ai principi euro-unitari in materia di appalti pubblici veicolati dalla direttiva n. 2014/24/UE.

I fatti di causa, da cui è scaturito questo nuovo rinvio pregiudiziale, possono essere così riassunti. Nel vigore del nuovo codice dei contratti, un Comune aveva bandito una procedura aperta per l'affidamento del servizio di raccolta differenziata, trasporto dei rifiuti

solidi urbani ed assimilati ed altri servizi d'igiene urbana, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; la *lex specialis*, tuttavia, non aveva espressamente previsto l'onere di indicare separatamente, nell'offerta economica, i costi della manodopera. L'impresa seconda classificata, allora, ha impugnato l'aggiudicazione definitiva sostenendo che l'offerta presentata dalla ditta aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa, non avendo riportato la specifica indicazione del "costo della manodopera" così come prescritto dall'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016; né avrebbe potuto trovare spazio, nella specie, il rimedio del "soccorso istruttorio" (attivato, invece, dall'amministrazione) trattandosi di istituto che, oltre ad operare solo nella fase "preliminare di valutazione della documentazione amministrativa delle imprese", non si presta in alcun modo ad essere utilizzato per supplire a carenze dell'offerta, ossia per consentire forme di integrazione di quest'ultima.

II. – Questi gli snodi argomentativi della nuova ordinanza di rimessione:

a) il T.a.r. richiama, anzitutto, gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa che si sono formati sulle norme del nuovo codice appalti, secondo cui queste ultime configurano un ineludibile obbligo legale da assolvere necessariamente già in sede di predisposizione dell'offerta economica, proprio al fine di garantire la massima trasparenza dell'offerta economica nelle sue varie componenti: la ratio è che l'offerta non deve essere modificata ex post nelle sue componenti di costo, ad es. in sede di verifica dell'anomalia, con possibile alterazione dei costi, al fine di rendere sostenibili e, quindi, giustificabili le voci di costo riferite alla fornitura del servizio o del bene. Vengono citati, al riguardo, Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2018, n. 815; Id., 28 febbraio 2018, n. 1228; T.a.r. per il Lazio - Latina, 23 febbraio 2018, n. 86; T.a.r. per il Lazio - Roma, 31 gennaio 2018, n. 1113; T.a.r. per la Calabria - Reggio Calabria, 25 febbraio 2017, n. 166; Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza 15 dicembre 2016, n. 5582; T.a.r. per il Molise, 9 dicembre 2016, n. 513; T.a.r. per la Campania - Salerno, 6 luglio 2016, n. 1604 (cui adde T.a.r. per la Campania -Napoli, sez. III, 3 maggio 2017, n. 2358; T.a.r. per il Veneto, sez. I, 21 febbraio 2017 n. 182). Il T.a.r., quindi, opera una ricognizione delle rilevanti norme eurounitarie, richiamando, in particolare, quelle che prevedono la parità di trattamento tra gli operatori economici ed i principi di trasparenza e di proporzionalità (art. 18, par. n. 1, della direttiva n. 2014/24/UE) e che ammettono l'integrazione o il completamento delle offerte economiche già presentate a condizione del rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza (art. 56, par. n. 3, della medesima direttiva, che ciò ammette, è bene precisare, "salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva");

- b) vengono, quindi richiamati i precedenti, in subiecta materia, della Corte di giustizia <u>UE, in particolare l'ordinanza della sez. VI del 10 novembre 2016, C-140/16, Edra</u> Costruzioni soc. coop. e altro, (oggetto della News US in data 25 novembre 2016) insieme alla sentenza della sez. VI del 2 giugno 2016, C-27/15, Pippo Pizzo (quest'ultima in Foro it., 2017, IV, 206, con nota di CONDORELLI, nonché oggetto della News US in data 5 luglio 2016), in cui si è stabilito che "i principi di trasparenza e della parità di trattamento richiedono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione a un appalto siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché quest'ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati dal fatto che gli stessi vincoli valgono per tutti i concorrenti" e si è, quindi, affermato che "nell'ipotesi in cui, come nella controversia principale, una condizione per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione, pena l'esclusione di quest'ultima, non sia espressamente prevista dai documenti dell'appalto e possa essere identificata solo con un'interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale, l'amministrazione aggiudicatrice può accordare all'offerente escluso un termine sufficiente per regolarizzare la sua omissione", non potendosi, quindi, escludere un offerente solo a causa dell'inosservanza dell'obbligo di indicare separatamente, nell'offerta, i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro; ciò anche sulla base del rilievo per cui la sussistenza di una tale condizione – "derivante dall'interpretazione del diritto nazionale e 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 nonché della prassi delle autorità nazionali non può essere comparato a quello degli offerenti nazionali";
- c) ricorda tuttavia il T.a.r. che tali precedenti (come anche recepiti dalla nostra giurisprudenza interna: si cita, per tutte, la decisione dell' Adunanza plenaria n. 19 del 2016, in Foro it., 2017, III, 309 ss., con nota di N. GAMBINO, nonché oggetto della News US in data 1 agosto 2016) si riferiscono alla previgente normativa (di cui alla direttiva n. 2004/18/CE ed al d.lgs. n. 163 del 2006), mentre la nuova disciplina nazionale "ha [...] imposto espressamente l'obbligo per gli operatori di indicare nell'offerta economica non solo i costi aziendali per la sicurezza ma anche i 'propri costi della manodopera', conducendo, peraltro, ad escludere in ragione del formale riferimento della 'procedura del soccorso istruttorio' esclusivamente a 'carenze di qualsiasi elemento formale della domanda', riportato all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 la facoltà per la stazione appaltante di fare ricorso a tale procedura in relazione ai casi in cui come quello in trattazione i costi in questione non risultino specificamente indicati";

- d) secondo il T.a.r., questa nuova disciplina è di dubbia conformità al diritto dell'Unione, laddove non si consente un'integrazione successiva dell'offerta entro un termine prefissato dall'amministrazione, quando l'offerta sia stata comunque redatta in conformità alla documentazione predisposta dalla stessa stazione appaltante e contenga un richiamo espresso al rispetto dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, né sia in discussione, tra le parti, che l'offerta abbia comunque rispettato, dal punto di vista sostanziale, la disciplina in materia di costi per la manodopera. Vengono pertanto richiamati, a parametro della verifica di compatibilità comunitaria:
 - d1) i principi euro-unitari di tutela del legittimo affidamento, di certezza del diritto e di proporzionalità i quali, secondo il T.a.r., confliggerebbero con la possibilità di escludere, sempre e in ogni caso, l'impresa concorrente dalla gara, senza possibilità alcuna di porvi rimedio;
 - d2) i principi del favor partecipationis e della parità di trattamento sostanziale tra le imprese concorrenti, tanto più che, nel caso di specie, come è stato dimostrato in giudizio, "l'unica mancanza concretamente ascrivibile alla impresa aggiudicataria è quella dell'omessa indicazione separata di detti costi": con la conseguenza "che, in definitiva, tale impresa dovrebbe essere esclusa solo per ragioni di natura formale, dovendosi considerare illegittima in base alla disciplina nazionale la possibilità, offertale dall'amministrazione mediante il rimedio del c.d. soccorso istruttorio, di dimostrare che l'offerta presentata fosse effettivamente congrua anche con riguardo ai costi della manodopera";
 - d3) i connessi principi di libera concorrenza e di libera prestazione dei servizi nell'ambito del territorio dell'Unione sanciti dal TFUE i quali, ad avviso del T.a.r., soffrirebbero di una sostanziale violazione in caso di automatica esclusione delle imprese che abbiano omesso l'indicazione separata dei costi della manodopera (indipendentemente dal fatto che il requisito, nella sostanza, fosse invece posseduto).

III. – In materia, si segnala che:

e) l'ordinanza di rimessione del T.a.r. per la Basilicata, n. 525 del 25 luglio 2017 – avente ad oggetto la questione dell'omessa separata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, e non (come nel presente caso) dei costi della manodopera, con identità, comunque, della sottesa problematica giuridica – è stata dichiarata manifestamente irricevibile dalla <u>Corte di giustizia UE, sez. VI, ordinanza 23 novembre 2017, C-486/17, Olympus Italia s.r.l.,</u> (oggetto della <u>News US del 3 agosto 2018</u>) in quanto il giudice del rinvio non aveva adeguatamente dimostrato il

requisito dell'"interesse transfrontaliero certo", trattandosi, in tal caso, di un appalto sotto-soglia comunitaria; nel caso oggetto dell'ordinanza di rimessione in epigrafe, invece, la questione si riferisce alla omessa indicazione del costo della manodopera e riguarda un appalto sopra soglia, come il T.a.r. per il Lazio dà atto in un passaggio dell'ordinanza (laddove si legge che la procedura di evidenza pubblica de qua risulta essere "sopra 'soglia' (tenuto conto degli importi di cui all'art. 4 della direttiva 2014/24/UE), con connesso esonero del giudice del rinvio dall'onere di 'procedere ad una valutazione circostanziata di tutti gli elementi pertinenti relativi all'appalto ... al fine di verificare l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo', poiché 'presunto'");

- f) come ricordato dall'ordinanza di rimessione in epigrafe, la giurisprudenza amministrativa più recente non ha mancato di interpretare rigorosamente il combinato disposto tra l'art. 95, comma 10, e l'art. 83, comma 9, del nuovo codice dei contratti pubblici, senza ritenere opportuno sollevare questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di giustizia UE; si segnalano, in tal senso:
 - f1) T.a.r. per la Sardegna, sez. I, 26 aprile 2018, n. 375, secondo cui "l'indicazione separata anche del costo della manodopera, prevista dall' art. 95, comma 10 del Codice dei contratti pubblici del 2016, appare necessaria non solo ai fini della successiva verifica dell'anomalia ma, prima ancora, in sede di predisposizione dell'offerta economica, al fine di formulare un'offerta consapevole e completa su tutti i profili sopra evidenziati; con la conseguenza che tale prescrizione di legge deve essere rispettata a pena di esclusione e che la relativa violazione non è riparabile attraverso l'applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio";
 - f2) T.a.r. per il Lazio Latina, 23 febbraio 2018, n. 86 (citata dall'ordinanza di rimessione qui in epigrafe), secondo cui "non può reputarsi che detta omissione [ossia, quella dell'indicazione separata dei costi per la manodopera n.d.r.] sia sanabile tramite il cd. soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, poiché è proprio questa disposizione che, nel consentire il cd. soccorso istruttorio a pagamento per sanare le mancanze, le incompletezze e le altre irregolarità essenziali degli elementi e del documento unico di gara europeo di cui al successivo art. 85, esclude dalla sanatoria 'quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica'";
 - f3) Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2018, n. 815 (citata anche dall'ordinanza di rimessione del T.a.r. per il Lazio), secondo cui "per le gare indette all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo Codice (come quella che qui viene in rilievo) non vi sono più i presupposti per ricorrere al soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione degli oneri di cui all'articolo 95, comma 10. Ciò, in

quanto il Codice ha definitivamente rimosso ogni possibile residua incertezza sulla sussistenza di tale obbligo", e "più in generale, il nuovo Codice non ammette comunque che il soccorso istruttorio possa essere utilizzato nel caso di incompletezze e irregolarità relative all'offerta economica (in tal senso – e in modo espresso – l'articolo 95, comma 10, cit.). L'esclusione è anche intesa ad evitare che il rimedio del soccorso istruttorio - istituto che corrisponde al rilievo non determinante di violazioni meramente formali - possa contrastare il generale 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" (medesime argomentazioni sono state richiamate da Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1228, anch'essa citata dall'ordinanza di rimessione del T.a.r. per il Lazio);

- g) favorevoli alla ammissibilità del soccorso istruttorio in caso di omessa separata indicazione dei costi della manodopera e degli oneri della sicurezza aziendali in tutte le ipotesi in cui gli atti di gara non contengano l'espressa menzione dell'obbligo di specificazione di tali voci di costo nell'offerta economica sono invece:
 - g1) T.a.r. per il Lazio Roma, sez. II-bis, 15 maggio 2018, n. 5423 in ipotesi di appalto di lavori sotto soglia e privo di interesse transfrontaliero certo - secondo cui qualora l'omessa specificazione dei costi di cui all'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 non concretizzi un'ipotesi di omesso computo degli stessi costi e, quindi, non consente di riscontrare - a seguito delle richieste formulate dalla commissione di gara - alcuna modificazione e/o un'integrazione dell'offerta economica in origine presentata, l'ammissione alla gara deve ritenersi legittima in quanto tale soluzione "deve essere considerata come la più rispondente non solo al principio di affidamento (riconducibile alla mancata espressa previsione di un obbligo di tale genere nella lex specialis di gara) ma anche al principio, di indiscusso carattere generale, di parità di trattamento che - come più volte affermato anche dalla Corte di Giustizia Europea (cfr. 6 novembre 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punto 44) – impone di "eliminare i rischi di favoritismo e di arbitro da parte dell'amministrazione" mediante, tra l'altro, l'assoluto rispetto dell'obbligo di trasparenza, il quale non può prescindere e, anzi, richiede la formulazione chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri di "tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione.... così da permettere, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle nello 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", sicchè – nell'ipotesi in cui "una condizione per la partecipazione alla procedura, a pena di esclusione da quest'ultima, non sia espressamente prevista dai documenti dell'appalto e possa essere identificata solo un'interpretazione giurisprudenziale del diritto l'amministrazione aggiudicatrice può" ben "accordare all'offerente" un termine sufficiente per "regolarizzare la sua omissione""; (cfr. nello stesso senso, nella giurisprudenza di primo grado, T.a.r. per la Campania - Napoli, sez. VIII, 3 ottobre 2017, n. 4611 in Foro Amm., 2017, 10, 2139; T.a.r. per il Lazio -Roma, sez. II-ter, 20 luglio 2017, n. 8819; T.a.r. per la Lombardia - Brescia, sez. II, 14 luglio 2017, n. 912; T.a.r. per il Lazio – Roma, sez. I-bis, 15 giugno 2017, n. 7042; T.a.r. per la Sicilia - Palermo, sez. III, 15 maggio 2017, n. 1318; T.a.r. per la Sicilia - Catania, sez. III, 12 dicembre 2016, n. 3217, nonché la delibera dell'ANAC 11 gennaio 2017 n. 2);
- g2) Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2018, n. 2554 secondo cui "L'obbligo di considerare espressamente gli oneri per la sicurezza aziendale (cc.dd. oneri interni) nell'offerta economica, ora codificato dall'art. 95, comma 10, d.lg. 18 aprile 2016, n. 50, non comporta l'automatica esclusione dell'impresa concorrente che, pur senza evidenziarli separatamente nell'offerta, li abbia comunque considerati nel prezzo complessivo dell'offerta"; nello stesso senso, per le gare anteriori all'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, cfr. Cons. Stato, sez. III, 9 gennaio 2017, n. 30;
- h) peraltro secondo Corte di giustizia UE, 10 novembre 2016, C-162/2016, Spinosa, in Foro Amm., 2016, 11, 2616 (s.m.) "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. I principi della parità di trattamento e di proporzionalità devono inoltre essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di concedere a un tale offerente la possibilità di rimediare alla situazione e di adempiere detto obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice"; parrebbe dunque che l'esclusione contrasti con il diritto

comunitario se l'obbligo non risulti dai documenti di gara, non anche quando sia comunque contemplato "dalla normativa nazionale" (cfr. nello stesso senso Corte di giustizia UE, sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15, Pippo Pizzo, cit., che ammette la regolarizzazione in caso di obbligo, previsto a pena di esclusione, «che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente (corsivo aggiunto)»); in simili fattispecie, che richiamano il tema della eterointegrazione del bando, le richiamate pronunce lasciano intendere che potrebbe non esserci lesione della tutela dell'affidamento e dei principi di trasparenza e di parità di trattamento (cfr. in termini T.a.r. per la Campania - Napoli, sez. III, 3 maggio 2017, n. 2358; T.a.r. per il Veneto, sez. I, 21 febbraio 2017 n. 182).