La Corte di giustizia UE, pronunciando su un rinvio pregiudiziale del T.a.r. per il Lazio, chiarisce che le norme del nuovo codice dei contratti (artt. 95, comma 10, ed 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016), le quali escludono il rimedio del soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione separata dei costi della manodopera, sono in linea di principio compatibili con la direttiva n. 2014/24/UE, salva tuttavia la situazione – che spetta al giudice nazionale verificare – in cui sussista una "materiale impossibilità", per l'offerente, di indicare separatamente quei costi.

Corte di giustizia dell'Unione Europea, sez. IX, sentenza 2 maggio 2019, C-309/18 – *Lavorgna s.r.l.*

Contratti pubblici – Offerta economica – Mancata separata indicazione dei costi della manodopera – Esclusione – Compatibilità – Condizioni.

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. (1)

(1) I. – Con la sentenza in rassegna, la Corte di giustizia UE si pronuncia in merito all'annosa questione dell'indicazione separata, in sede di offerta, dei costi per la manodopera, giungendo alla conclusione che la normativa italiana – laddove non consente all'amministrazione di attivare il soccorso istruttorio per consentire all'offerente di indicare, *ex post*, i costi per la manodopera che si sia omesso di indicare in sede di offerta (combinato disposto tra l'art. 95, comma 10, e l'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016) – deve considerarsi, in linea di principio, compatibile con la direttiva n. 2014/24/UE, ed in particolare con il suo art. 56, par. 3, il quale, come è noto, consente alle amministrazioni

aggiudicatrici di attivare il rimedio del soccorso istruttorio "*salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva*". Tuttavia, ha aggiunto la Corte, quel rimedio dovrà comunque essere assicurato, in ossequio ai principi euro-unitari di trasparenza e di proporzionalità, tutte le volte in cui sia ravvisabile – con indagine rimessa al giudice nazionale – una situazione di "materiale impossibilità", per l'offerente, di procedere all'indicazione separata nell'ambito della sua offerta.

La questione pregiudiziale era stata sollevata dal T.a.r. per il Lazio, sezione II-*bis*, con ordinanza 24 aprile 2018, n. 4562 (oggetto della News US in data 4 agosto 2018, cui si rinvia per un'analitica ricostruzione della problematica), nell'ambito di una controversia insorta intorno all'aggiudicazione di una procedura aperta, bandita da un Comune della Provincia romana, per l'affidamento del servizio di raccolta differenziata, trasporto dei rifiuti solidi urbani ed assimilati ed altri servizi d'igiene urbana, la cui *lex specialis* non aveva espressamente previsto l'onere di indicare separatamente, nell'offerta economica, i costi della manodopera. L'offerta dell'impresa poi risultata aggiudicataria aveva omesso tale separata indicazione ma l'amministrazione, azionando il rimedio del soccorso istruttorio, le aveva consentito di integrare *ex post* l'elemento mancante. Ricorreva, pertanto, l'impresa seconda classificata invocando l'esclusione dell'aggiudicataria per violazione dell'art. 95, comma 10, del codice dei contratti, in quanto norma chiara ed inequivoca nello statuire l'obbligo per l'operatore economico di indicare specificamente, tra gli altri, i costi della manodopera, quale elemento essenziale dell'offerta economica.

Il Giudice capitolino, nel formulare il rinvio, aveva esposto i propri dubbi circa l'aderenza al diritto dell'Unione della normativa nazionale che non consente il soccorso istruttorio, "*nei casi in cui l'offerta economica, che non riporta l'indicazione dei costi della manodopera, sia stata redatta dall'impresa partecipante alla gara di appalto in conformità alla documentazione all'uopo predisposta dalla stazione appaltante*", evidenziando peraltro che, nel caso di specie, non fosse contestato che l'offerta, dal punto di vista sostanziale, rispettasse la disciplina in materia dei costi di manodopera, in quanto correttamente computati dall'offerente.

II. – Nel rispondere al quesito, la Corte di giustizia UE opera una preliminare ricognizione della propria giurisprudenza *in subiecta materia*, procedendo quindi ad applicarla alla fattispecie in esame:

a) nella ricostruzione dei precedenti giurisprudenziali, vengono anzitutto valorizzati il principio di parità di trattamento e quello di proporzionalità. Quanto al primo (ed al connesso principio di trasparenza, che ne costituisce il corollario), la Corte ricorda che:
   a1) in base a tali principi, è necessario "*che gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte*", da ciò derivandone

"*che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti gli offerenti*" e dovendosi "*eliminare i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice*"; di conseguenza, tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione devono essere formulate "*in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, in modo che, da un lato, si permetta a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'autorità aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte degli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione*" (con richiamo alla sentenza della stessa Corte di giustizia UE del 2 giugno 2016, *Pizzo*, C-27/15, punto 36, in *Foro it.*, 2017, IV, 206, con nota di M. CONDORELLI);

a2) se, quindi, i richiamati principi devono essere interpretati nel senso che ostano ad un provvedimento di esclusione a seguito del mancato rispetto di un obbligo che non risulta espressamente, se non in via interpretativa, dai documenti di gara o dal diritto nazionale vigente (così, ancora, la sentenza del 2 giugno 2016, *Pizzo*, cit., nonché l'ordinanza del 10 novembre 2016, *Spinosa Costruzioni Generali e Melfi*, C-162/16, punto 32, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 346, con nota di BALDI), quegli stessi principi "*non possono invece, di norma, ostare all'esclusione di un operatore economico dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a causa del mancato rispetto, da parte del medesimo, di un obbligo imposto espressamente, a pena di esclusione, dai documenti relativi alla stessa procedura o dalle disposizioni del diritto nazionale in vigore*", essendo preclusa, in tal caso, qualsiasi rettifica (con richiamo, oltre alla sentenza *Pizzo*, anche alla sentenza del 6 novembre 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, punti 46 e 48, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 137, con nota di PATRITO, ed in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1006, con nota di MAMELI, ed alla sentenza del 10 novembre 2016, *Ciclat*, C-199/15, punto 30, in *Nuovo notiziario giur.*, 2017, 317, con nota di PALMIERI, ed in *Riv. dir. sicurezza sociale*, 2017, 631, con nota di D'ALOISIO, nonché oggetto della News US in data 15 novembre 2016, cui si rinvia per ulteriori indicazioni);

a3) in tale cornice, ricorda la Corte, l'articolo 56, paragrafo 3, della direttiva n. 2014/24/UE "*autorizza gli Stati membri a limitare i casi nei quali le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione asseritamente incomplete, errate o mancanti entro un termine adeguato*";

b) quanto, poi, al principio di proporzionalità, la Corte ricorda che la normativa nazionale sulle procedure d'appalto pubblico, pur se finalizzata a garantire la parità di trattamento degli offerenti, tuttavia "*non deve eccedere quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito*" (con richiamo alla sentenza dell'8 febbraio 2018, *Lloyd's of London*, C-144/17, punto 32, in *Foro amm.*, 2018, 163, solo massima);

c) analizzando il caso in concreto, la Corte osserva che:

   c1) nella normativa italiana, l'obbligo, a pena di esclusione, di indicare separatamente i costi della manodopera "*discende chiaramente dal combinato disposto dell'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici e dell'articolo 83, comma 9, del medesimo*", disposizioni attraverso le quali il legislatore italiano, così come gli era consentito dall'articolo 56, paragrafo 3, della direttiva 2014/24, "*ha deciso, all'articolo 83, comma 9, del succitato codice, di escludere dalla procedura di soccorso istruttorio, in particolare, l'ipotesi in cui le informazioni mancanti riguardino i costi della manodopera*";

   c2) pur se il bando di gara oggetto della controversia non richiamava espressamente l'obbligo di legge dell'indicazione separata, esso comunque specificava che *"[p]er quanto non espressamente previsto nel presente bando, nel capitolato e nel disciplinare di gara si applicano le norme del [codice dei contratti pubblici]*", da ciò derivandone "*che qualsiasi offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente era, in linea di principio, in grado di prendere conoscenza delle norme pertinenti applicabili alla procedura di gara di cui al procedimento principale, incluso l'obbligo di indicare nell'offerta economica i costi della manodopera*";

   c3) da queste considerazioni, la Corte ricava la prima, generale, risposta al quesito posto dal T.a.r. per il Lazio, affermando che "*i principi della parità di trattamento e di trasparenza non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione dei costi della manodopera comporta l'esclusione dell'offerente interessato senza possibilità di ricorrere alla procedura di soccorso istruttorio, anche in un caso in cui il bando di gara non richiamasse espressamente l'obbligo legale di fornire detta indicazione*";

d) la Corte rileva, in punto di fatto, che "*il modulo predisposto che gli offerenti della gara d'appalto di cui al procedimento principale dovevano obbligatoriamente utilizzare non lasciava loro alcuno spazio fisico per l'indicazione separata dei costi della manodopera. In più, il capitolato d'oneri relativo alla medesima gara d'appalto precisava che gli offerenti non potevano presentare alcun documento che non fosse stato*

specificamente richiesto dall'amministrazione aggiudicatrice"; da questa osservazione la Corte ricava che:

d1) spetta al giudice del rinvio "*verificare se per gli offerenti fosse in effetti materialmente impossibile indicare i costi della manodopera conformemente all'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici e valutare se, di conseguenza, tale documentazione generasse confusione in capo agli offerenti, nonostante il rinvio esplicito alle chiare disposizioni del succitato codice*";

d2) qualora il giudice del rinvio accerti l'effettivo verificarsi di tali circostanze, in considerazione dei principi della certezza del diritto, di trasparenza e di proporzionalità, "*l'amministrazione aggiudicatrice può accordare a un simile offerente la possibilità di sanare la sua situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla legislazione nazionale in materia entro un termine stabilito dalla stessa amministrazione aggiudicatrice*" (con richiamo, qui, alle già citate sentenze *Pizzo* e *Spinosa Costruzioni Generali e Melfi*).

III. – Per completezza, si consideri quanto segue:

e) con ordinanze del 24 gennaio 2019, nn. 1, 2 e 3 (quest'ultima oggetto della News US n. 18 del 4 febbraio 2019), l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha chiarito che le norme del nuovo codice dei contratti (in specie, il combinato disposto dell'art. 83, comma 9, con l'art. 95, comma 10) devono essere interpretate nel senso di imporre l'esclusione dell'offerta che non abbia indicato separatamente i costi per la manodopera e per gli oneri di sicurezza – pure nelle ipotesi in cui quell'offerta, dal punto di vista sostanziale, abbia effettivamente computato quei costi –, senza alcuna possibilità di invocare, da parte dell'impresa così esclusa, il rimedio del c.d. soccorso istruttorio;

f) nella stessa sede, tuttavia, l'Adunanza plenaria ha affermato che questa soluzione presenta possibili profili di incompatibilità con i principi euro-unitari di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di libera circolazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, nonché con le norme della direttiva n. 2014/24/UE, sollevando, di conseguenza, quale giudice di ultima istanza, questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di giustizia UE;

g) ciò nondimeno, la stessa Adunanza plenaria ha segnalato che vi sono importanti argomenti di ordine letterale e logico che farebbero propendere per la compatibilità comunitaria dell'obbligo di esclusione dalla gara, quale ormai imposto, a livello legislativo, dalle richiamate disposizioni del Codice dei contratti del 2016; ciò, in particolare, avuto riguardo alle seguenti considerazioni:

g1) i principi di tutela della concorrenza e di proporzionalità in favore degli offerenti dovrebbero far ritenere prevalenti le esigenze di certezza del diritto, di parità di trattamento e di effettività della tutela economica e sociale del lavoro e della sicurezza dei prestatori;

g2) una volta che la legge nazionale abbia definitivamente, formalmente e, soprattutto, chiaramente sancito l'obbligo per l'offerente di dichiarare in sede di offerta separatamente i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, si deve conseguentemente ritenere "*che gli offerenti, anche di altri Stati membri, non possano più addure a loro discolpa la sussistenza di un condizione meno favorevole*";

g3) l'imposizione dell'obbligo di dichiarare gli oneri nell'offerta, peraltro, "*non costituisce affatto un adempimento meramente formale, in quanto la presenza della dichiarazione non preclude la verifica della sua correttezza sostanziale attraverso la richiesta 'di spiegazioni', di cui all'articolo 69 della Dir. 2014/24 (ed all'art. 97, comma 5, del d.lgs. n. 50/2014), che è tipica della fase successiva all'apertura delle offerte economiche ed ha un profilo eminentemente oggettivo*";

g4) non può dunque parlarsi affatto di "soccorso istruttorio", "*che come tale afferisce propriamente alla fase dell'ammissione e della verifica dei requisiti e quindi a profili tipicamente soggettivi*", in quanto la normativa nazionale, utilizzando la facoltà concessa dall'art. 56, par. 3, della direttiva n. 2014/24/UE, all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 ha limitato il soccorso istruttorio agli elementi formali "*del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica*";

g5) gli offerenti che partecipano alle gare comunitarie sono soggetti imprenditoriali, che si presumono in possesso di adeguate professionalità, per i quali il mancato adempimento di un onere obbligatoriamente previsto dalla legge costituisce una grave negligenza addebitabile ai medesimi concorrenti;

g6) ulteriori argomenti sono stati, poi, desunti dalla giurisprudenza della stessa Corte di giustizia (con riguardo, in particolare, alle sentenze *Pizzo* e *Cartiera dell'Adda*, richiamate anche dalla Corte di Lussemburgo nella decisione qui in rassegna), a partire dall'affermazione secondo cui il diritto euro-unitario non impedisce l'esclusione di un concorrente dalla gara per ragioni di carattere formale e dichiarativo a condizione: *i)* che le ragioni e le condizioni dell'esclusione siano chiaramente e previamente stabilite dal diritto nazionale o dal bando di gara; *ii)* che le clausole che

dispongono l'esclusione mirino a propria volta a conseguire obiettivi e princìpi di interesse per il diritto UE (quali il principio della *par condicio competitorum* fra concorrenti professionali);

h) non può non segnalarsi che i principi adesso formulati dalla Corte di giustizia UE con la sentenza qui in rassegna esauriscono, nella sostanza, le questioni pregiudiziali che erano state sollevate dalle menzionate ordinanze nn. 1, 2 e 3 del 2019 dall'Adunanza plenaria la quale, a questo punto, potrebbe chiedere, in base alle Raccomandazioni della Corte UE pubblicate in *GUCE* del 25 novembre 2016, il ritiro dei propri quesiti interpretativi;

i) anche il T.a.r. per la Basilicata aveva rimesso analoga questione alla Corte di giustizia UE (ordinanza 25 luglio 2017, n. 525, in *Foro amm.*, 2017, 1749, nonché oggetto della News US in data 21 agosto 2017) la quale è stata dichiarata irricevibile dalla Corte di giustizia UE, sezione VI, con la decisione del 23 novembre 2017, C-486/17, *Olympus Italia* (oggetto della News US in data 3 agosto 2018, cui si rinvia per approfondimenti in materia di ricevibilità dei rinvii pregiudiziali);

j) con la sentenza in rassegna la Corte di giustizia UE conferma i propri precedenti arresti che già avevano, in parte, ridimensionato la portata ed il fondamento europeo del soccorso istruttorio in materia di appalti pubblici; al riguardo:

   j1) la sentenza *Cartiera dell'Adda*, del 6 novembre 2014, cit. (ai punti nn. 46 e 48), aveva affermato che l'art. 51 della direttiva n. 2004/18/CE, il quale dispone(va) che l'amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici ad integrare o a chiarire i certificati e i documenti presentati dall'offerente, "*non può essere interpretato nel senso di consentirle di ammettere qualsiasi rettifica a omissioni che, secondo le espresse disposizioni dei documenti dell'appalto, debbono portare all'esclusione dell'offerente*", essendo necessario che l'amministrazione aggiudicatrice assicuri "*il rispetto dei criteri da essa stessa fissati, di modo che essa è tenuta ad escludere dall'appalto un operatore economico che non abbia comunicato un documento o un'informazione la cui produzione era imposta dai documenti di tale appalto sotto pena di esclusione*";

   j2) le successive sentenze *Pizzo*, del 2 giugno 2016, e *Ciclat*, del 10 novembre 2016, citt., hanno ribadito il concetto affermato nel precedente del 2014, richiamando le stesse parole;

   j3) rilevante è, tuttavia, la conclusione cui giunge la Corte nella sentenza qui in rassegna, in merito alle situazioni di accertata "materiale impossibilità" di effettuare l'indicazione separata dei costi di manodopera, nella quale si riespande la piena possibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di

procedere al soccorso istruttorio "*in considerazione dei principi della certezza del diritto, di trasparenza e di proporzionalità*", previa fissazione di un termine di adempimento da imporre al concorrente interessato;

k) sul principio di proporzionalità, dalla Corte di giustizia UE considerato quale principio generale del diritto dell'Unione Europea, in base al quale le misure adottate dai legislatori nazionali non devono eccedere quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito, cfr., da ultimo, Corte di giustizia UE, sentenza 22 ottobre 2015, C-425/14, *Edilux* (in *Appalti & Contratti*, 2015, 12, 90, con nota di CANAPARO, in *Giur. it.*, 2016, 1459, con nota di CRAVERO, ed in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 318, con nota di VINTI), secondo la quale gli impegni e le dichiarazioni contenuti nel c.d. protocollo di legalità non possono oltrepassare i limiti di ciò che è necessario al fine di salvaguardare i principi di concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva; in caso contrario, tali impegni e dichiarazioni sono da interpretarsi contrari al principio di proporzionalità e, perciò, inidonei a produrre l'effetto esclusivo del partecipante inadempiente.