

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, chiamata a dirimere il contrasto giurisprudenziale sull'interpretazione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici), in relazione alla mancata indicazione separata, nell'offerta, dei costi di manodopera e degli oneri di sicurezza, decide, per un verso, di aderire alla tesi c.d. formalistica (favorevole all'automatismo espulsivo senza possibilità di soccorso istruttorio), ma, per altro verso, di sottoporre alla Corte di giustizia UE la conseguente questione pregiudiziale di compatibilità di tale soluzione con il diritto euro-unitario (pur suggerendo, in motivazione, le ragioni per le quali non dovrebbe profilarsi alcuna incompatibilità col diritto europeo).

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, ordinanza 24 gennaio 2019, n. 3 – Pres. Patroni Griffi, Rel. Contessa

Contratti pubblici – Offerta economica – Mancata separata indicazione dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza – Conseguente necessaria esclusione dell'offerente dalla gara – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.

Va rimessa alla Corte di giustizia UE la seguente questione pregiudiziale:

se il diritto dell'Unione europea (e segnatamente i principi 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, di cui al d.lgs. n. 50 del 2016) 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. (1)

(1) I. – Con la decisione in rassegna – doppiata da altre due analoghe e coeve decisioni, le nn. 1 e 2 del 2019 (queste ultime rese a seguito delle ordinanze di rimessione della sezione V del Consiglio di Stato nn. 6122 del 26 ottobre 2018 e 6069 del 25 ottobre 2018, la prima oggetto della News US in data 6 novembre 2018) – l'Adunanza plenaria torna sull'annosa questione dell'indicazione separata, in sede di offerta economica, dei costi per la manodopera e degli oneri per la sicurezza, alla luce disposizioni introdotte dal nuovo codice dei contratti pubblici (di cui al d.lgs. n. 50 del 2016). Nel farlo, chiarisce tre punti fondamentali:

- a) le norme del nuovo codice (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 tali voci di costo, anche indipendentemente dal fatto che quell'offerta, dal punto di vista

sostanziale, abbia effettivamente considerato quei costi; e ciò, senza alcuna possibilità di invocare, da parte dell'impresa così esclusa, il rimedio del c.d. soccorso istruttorio;

- b) questa soluzione, comunque, 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, sicché è necessario ottenere una parola definitiva sulla questione da parte della Corte di giustizia UE;
- c) nondimeno, 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.

II. – La controversia portata all'attenzione dell'Adunanza plenaria può essere brevemente ricostruita come segue.

Un'impresa che produce autobus era stata esclusa da una gara bandita dal Comune di Palermo per la fornitura di n. 33 autobus urbani a motivo della omessa indicazione, in sede di domanda di partecipazione e di offerta economica, dei costi della manodopera relativi al personale da impiegare nelle lavorazioni, con conseguente (ritenuta) violazione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 (a norma del quale *“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)”*).

Con sentenza 5 luglio 2018, n. 1552, resa in forma semplificata, il T.a.r. per la Sicilia, sezione III, ha tuttavia respinto il suo ricorso, rifacendosi a quell'orientamento secondo cui *“una chiara disposizione di legge, prescrittiva di specifici oneri, determina la così detta eterointegrazione degli atti di gara, di modo che quelle prescrizioni di legge diventano comunque regole vincolanti per la gara che viene in rilievo, ancorché non riprodotte tra le specifiche disposizioni per essa dettate”*, e richiamando la chiarezza della normativa nazionale che, al citato art. 95, comma 10 (definita *“norma cogente”*), impone ai concorrenti l'obbligo di indicare in modo distinto, già in sede di offerta, i costi della manodopera, con conseguente necessaria esclusione del concorrente in caso di violazione di tale obbligo; quest'ultimo, del resto, assume valenza sostanziale (e non soltanto formale) anche perché la normativa interna impone ai concorrenti di *“indicare”* tali costi (e non soltanto di *“tenerne conto”*). Ha aggiunto il T.a.r. che non è neanche ammissibile il c.d. *‘soccorso istruttorio’* (di cui all'articolo 83, comma 9 del codice), trattandosi di beneficio espressamente escluso per le violazioni relative al contenuto dell'offerta economica (mentre l'indicazione distinta dei costi della manodopera riguarda, per l'appunto, il contenuto dell'offerta economica): con questa novella risulta, del resto, ormai superato il precedente impianto normativo (di cui al vecchio codice dei contratti) che, proprio per effetto dell'incertezza della sua formulazione, aveva

condotto l'Adunanza plenaria, con la decisione n. 19 del 2016, ad ammettere il soccorso istruttorio.

In sede di appello il C.g.a., con due identiche ordinanze del 20 novembre 2018, nn. 772 e 773 (oggetto della News US in data 29 novembre 2018, cui si rinvia per gli opportuni approfondimenti), ponendosi nel solco già tracciato dall'ordinanza n. 6122 del 2018 del Consiglio di Stato (cit.), ha rilevato l'esistenza di un contrasto, in giurisprudenza, circa l'interpretazione dell'art. 95, comma 10 del d.lgs. n. 50 del 2016, con emersione di due diversi ed opposti orientamenti: *“quello secondo cui la previsione è imposta a pena di esclusione, anche se non ripetuta nel bando di gara, e non consente il soccorso istruttorio; quello, seguito dalla III sezione del Consiglio di Stato e da questo Consiglio di giustizia, secondo cui la indicazione degli oneri di sicurezza e del costo della manodopera non attiene agli elementi costitutivi dell'offerta, ma alle sue giustificazioni, e pertanto l'omessa indicazione a corredo dell'offerta non sarebbe causa di esclusione per la sola omissione formale, dovendosi attivare il soccorso istruttorio”*. In sostanza, si è aggiunto, il dubbio riguarda la perdurante vigenza, dopo l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, del principio di diritto che era stato enunciato dall'Adunanza plenaria con la sentenza n. 19 del 2016, in base al quale, nella vigenza del vecchio codice dei contratti, *“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, 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”*. Conseguentemente, ha rimesso la decisione all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99 cod. proc. amm.

III. – La risposta dell'Adunanza plenaria giunge, come detto, sotto forma di ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia UE. Questi, in breve, gli snodi argomentativi della decisione:

d) anzitutto, l'Adunanza plenaria afferma di aderire alla tesi che propugna la necessaria esclusione dalla gara del concorrente che ometta, nella sua offerta, l'indicazione separata dei costi della manodopera, senza possibilità di rimediare attraverso l'istituto del “soccorso istruttorio”. Ciò, sulla base di cinque argomenti:

d1) in primo luogo, vi è il *“carattere sufficientemente chiaro”* della disposizione di cui all'art. 95, comma 10, del codice (tale, di per sé, da escludere che la mancata riproduzione, nel bando e nel capitolato di gara, dell'obbligo di separata indicazione possa giovare agli operatori professionali in termini di scusabilità dell'errore): la stessa giurisprudenza euro-unitaria – si ricorda qui – ha riconosciuto l'illegittimità dei provvedimenti di esclusione di un concorrente per violazione di obblighi da lui non adeguatamente conoscibili, laddove cioè tali obblighi non emergevano con chiarezza *“dai documenti di gara o dalla normativa nazionale”* (Corte di giustizia UE, sentenza 2 giugno 2016, C-27/15, *Pippo Pizzo*, in *Foro it.*, 2017, IV, 206, con nota di CONDORELLI; Id., ordinanza 10 novembre 2016, C-140/16, *Edra Costruzioni*, in *Appalti e contr.*, 2016, 12, 80, solo massima); né

può sostenersi che una clausola escludente possa operare solo se espressamente richiamata dal bando o dal capitolato e non anche direttamente in base alla forza di una legge adeguatamente chiara, come è quella in questione (anche perché, a ragionar diversamente, si finirebbe con l'ammettere che la stazione appaltante può scegliere quali disposizioni imperative di legge rendere in concreto operanti e quali no, semplicemente richiamandole ovvero non richiamandole nei bandi e nei capitolati);

- d2) in secondo luogo, dal punto di vista testuale, l'art. 83, comma 9 del codice espressamente stabilisce che il soccorso istruttorio è escluso per le carenze dichiarative relative "*all'offerta economica e all'offerta tecnica*", laddove l'art. 95, comma 10, stabilisce in modo espresso che i costi della manodopera e quelli per la sicurezza dei lavoratori costituiscono, appunto, elementi costitutivi dell'offerta economica, onerando i concorrenti ad "*indicare*" tali costi (e non, genericamente, a *tenerne conto* ai fini della formulazione dell'offerta);
- d3) in terzo luogo, si ricorda che con la sentenza n. 9 del 2014 (in *Foro it.*, 2014, III, 429, con nota di SIGISMONDI; in *Dir. proc. amm.*, 2014, 544, con nota di BERTONAZZI; in *Urbanistica e appalti*, 2014, 1075, con nota di FANTINI; in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 918, con note di FERRARA e BARTOLINI; in *Nuovo notiziario giur.*, 2014, 550, con nota di BARBIERI) l'Adunanza plenaria, nell'interpretare il principio legale di 'tipicità e tassatività' delle cause di esclusione dalle pubbliche gare (oggi fissato all'articolo 83, comma 8, del codice), ha chiarito che nella materia delle procedure ad evidenza pubblica sussiste una causa di esclusione per ogni norma imperativa che preveda in modo espresso un obbligo o un divieto (laddove l'obbligo non venga rispettato o il divieto venga trasgredito): e quindi l'obbligo previsto espressamente dall'art. 95, comma 10, cit. non può che comportare, in caso di mancata ottemperanza, l'esclusione dalla gara;
- d4) in quarto luogo, si ricorda che con le sentenze dell'Adunanza plenaria del 2015, rese con riguardo all'impianto normativo di cui al vecchio codice, si è stabilito, da un lato, che "*nelle procedure di affidamento di lavori i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara*" (così la sentenza n. 3 del 2015, in *Foro it.*, 2016, III, 114) e, dall'altro lato, che "*non sono legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, anche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si è conclusa prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria n. 3 del 2015*" (così la sentenza n. 9 del 2015, in *Riv. neldiritto*, 2016, 285, con nota di BRICI, in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2015, 4, 87, con nota di VESPIGNANI, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 167, con note di GASTALDO e LONGO – CANZONIERI, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 365,

con note di GALLI e CAVINA, ed in *Nuovo dir. amm.*, 2016, 3, 53, con nota di NARDOCCI); sul punto controverso è poi tornata la stessa Adunanza plenaria nel 2016, affermando che il soccorso istruttorio è bensì ammesso, ma solo per le gare indette prima dell'entrata in vigore del nuovo 'Codice dei contratti', proprio perché, in tale momento, *"nell'ordinamento nazionale mancava una norma che, in maniera chiara e univoca, prescrivesse espressamente la doverosità della dichiarazione relativa agli oneri di sicurezza"*; tali affermazioni, tuttavia, non possono di certo valere per il nuovo codice *"che ora risolve la questione prevedendo espressamente, all'art. 95, co. 10, l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza"* (sentenza n. 19 del 2016, punto 37 della motivazione, in *Foro it.*, 2017, III, 309, con nota di GAMBINO, in *Riv. trim. appalti*, 2017, 133, con nota di GIARDINO, ed in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1047, con nota di BUONFINO);

- d5) in quinto luogo, dal punto di vista sostanziale, l'Adunanza plenaria ricorda che l'obbligo di indicare i costi della manodopera e quelli per la sicurezza dei lavoratori *"risponde all'evidente esigenza di rafforzare gli strumenti di tutela dei lavoratori, di responsabilizzare gli operatori economici e di rendere più agevoli ed efficaci gli strumenti di vigilanza e controllo da parte delle amministrazioni"*: un'eventuale omissione, pertanto, cagiona, nei fatti, un'indeterminatezza dell'offerta *"nella sua parte più rilevante, in tal modo mostrando un contegno certamente incompatibile con l'onere di diligenza particolarmente qualificata che ci si può ragionevolmente attendere da un operatore professionale"*;
- e) la soluzione della necessaria esclusione, tuttavia, può far sorgere interrogativi di compatibilità con il diritto dell'Unione europea, tali da rendere necessario il rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale di ultima istanza: ciò – si ricorda qui – dopo che analogo rinvio, disposto dal T.a.r. per la Basilicata con ordinanza 25 luglio 2017, n. 525 (in *Foro amm.*, 2017, 1749, nonché oggetto della News US in data 21 agosto 2017), è stato dichiarato irricevibile dalla Corte di giustizia UE, sezione VI, con 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), e nell'attesa che un altro simile rinvio, disposto 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 i necessari approfondimenti), venga deciso dalla Corte;
- f) del resto, non può non richiamarsi quanto la Corte di Lussemburgo ha già avuto occasione di affermare sull'obbligo di indicare, nell'offerta, i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro: il Collegio richiama, qui, l'ordinanza della Corte di giustizia UE, sez. VI, 10 novembre 2016, C-697/15, MB s.r.l. (in *Appalti & Contratti*, 2016, 12, 22, solo massima), in cui si è statuito che:
- f1) quando una *"condizione per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione, pena l'esclusione da 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" (cfr. punto 32);

- f2) il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza ostano all'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito dell'inosservanza, da parte di detto offerente, di oneri che non fossero adeguatamente conoscibili *ex ante*;
 - f3) *"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"*;
- g) ciò nondimeno, l'Adunanza plenaria non si esime dall'indicare le ragioni che, a suo avviso, farebbero propendere a favore della legittimità della c.d. tesi "escludente", cioè a favore della tesi che propugna la necessaria esclusione in caso di mancata indicazione separata degli oneri:
- g1) anzitutto, rispetto ai principi di tutela della concorrenza e di proporzionalità in favore degli offerenti (ed in special modo di quelli stabiliti in altri Stati membri), dovrebbero ritenersi 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, esigenze che risultano più volte richiamate dal diritto comunitario;
 - 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 addurre 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;

h) peraltro, aggiunge il Collegio, vi è un indubbio rilievo concreto del mancato rispetto dell'obbligo della dichiarazione degli oneri per la sicurezza in sede di offerta, tale da far dubitare della serietà ed appropriatezza dell'offerta, avuto riguardo:

h1) alle voci economiche di cui si compone un'offerta, la quale comporta *“la puntuale valutazione del ‘punto di convenienza’ della commessa sul piano finanziario ed organizzativo e, dunque, la stesura di un vero e proprio business plan”*, risultando quindi evidente che la dichiarazione *“non può diventare un artato ‘costrutto’ postumo meramente formale, ma deve costituire un ‘dato oggettivo’ che ha il suo presupposto logico, economico e fattuale nel computo economico dei tutti oneri, ivi compresi quelli aziendali per la sicurezza del personale, che sono connessi all’affare”*;

h2) alle *“fantasiose allocazioni postume di valori indeterminati (e/o percentuali generiche) operati con riferimento talvolta alle spese generali, talvolta agli imprevisti, talvolta agli oneri indiretti, talvolta agli utili, ecc.”* che spesso *“vengono all’attenzione di questo Giudice”* nei vari contenziosi in materia di appalti e che sono volte a dare una copertura *ex post* alle omesse dichiarazioni degli oneri in questione;

i) in definitiva, secondo l'Adunanza plenaria, *“il principio di effettività dei principi dell’ordinamento giuridico comunitario dovrebbe condurre alla conclusione che la tutela della sicurezza del lavoro e dei diritti dei lavoratori debba comportare la legittimità comunitaria dell’esclusione dell’offerente che abbia omissso di dichiarare in sede di offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro per ragioni quindi, innanzitutto, di ordine sostanziale”*;

j) ulteriori argomenti vengono poi desunti dalla giurisprudenza della stessa Corte di giustizia, 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 principi di interesse per il diritto UE (quali il principio della *par condicio competitorum* fra concorrenti professionali); al riguardo si richiamano:

j1) la sentenza 6 novembre 2014, C-42/13, *Cartiera dell’Adda* (in *Urbanistica e appalti*, 2015, 137, con nota di PATRITO, ed in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1006, con nota di MAMELI), in cui si è stabilito che *“l’articolo 45 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004 [...] letto in combinato disposto con l’articolo 2 della stessa, nonché il principio di parità di trattamento e l’obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che essi non ostano all’esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione, in base alla motivazione che tale operatore non ha rispettato l’obbligo, previsto dai documenti dell’appalto, di allegare alla propria offerta,*

sotto pena di esclusione, una dichiarazione ai sensi della quale la persona indicata in tale offerta come suo direttore tecnico non è oggetto di procedimenti o di condanne penali, anche qualora, a una data successiva alla scadenza del termine stabilito per il deposito delle offerte, una siffatta dichiarazione sia stata comunicata all'amministrazione aggiudicatrice o sia dimostrato che la qualità di direttore tecnico è stata erroneamente attribuita a tale persona": in tal modo – precisa l'Adunanza plenaria – si è chiarito che è bensì possibile escludere un concorrente per una lacuna di carattere formale e dichiarativo, a condizione tuttavia che la relativa prescrizione sia conoscibile *ex ante* da un operatore diligente, senza peraltro che il concorrente incorso in errore possa essere ammesso a dimostrare che il requisito non dichiarato fosse in concreto posseduto – tutto questo, precisa il Collegio, "equivale a negare il beneficio del 'soccorso istruttorio' tutte le volte in cui la clausola escludente fosse chiara e sia stata comunque violata dal concorrente";

- j2) la sentenza 2 giugno 2016, C-27/15, Pippo Pizzo, cit., in cui si è stabilito che "il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti": con ciò, quindi, chiarendosi che l'esclusione del concorrente ben può essere giustificata dalla violazione di un obbligo determinato, quando ciò risulti necessario per garantire il rispetto del principio della *par condicio*, e che la previa conoscibilità della regola la cui violazione comporta l'esclusione può derivare o "dai documenti relativi a tale procedura", oppure, come nel caso in oggetto, "dal diritto nazionale vigente" (purché, in ambo i casi, la regola fosse adeguatamente conoscibile *ex ante*);
- j3) l'ordinanza 10 novembre 2016, C-140/16, Edra costruzioni, cit., in cui si è stabilito che "il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza [...] 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”: statuizione, questa, che, secondo l’Adunanza plenaria, conferma, anche *a contrario*, le conclusioni già *supra* delineate, avuto riguardo, soprattutto, al momento storico in cui essa è stata pronunciata (quando la normativa italiana ancora non chiariva la valenza escludente connessa alla mancata indicazione degli oneri per la sicurezza).

IV. – Per completezza, si segnala quanto segue:

- k) come già segnalato, anche il T.a.r. per la Basilicata aveva rimesso analoga questione alla Corte di giustizia UE (ordinanza n. 525 del 2017, cit.) dichiarata, però, irricevibile (cfr. Corte di giustizia UE, 23 novembre 2017, *Olympus Italia*, cit.); allo stesso tempo, l’analoga questione sollevata dal T.a.r. per il Lazio con ordinanza del 24 aprile 2018, n. 4562, cit., è oggi in attesa di essere decisa dalla Corte di Lussemburgo (ove risulta pendente con il numero di ruolo C-309/18);
- l) sul soccorso istruttorio in materia di partecipazione a gare di appalto pubbliche, come noto, si è di recente pronunciata, su rimessione del T.a.r. per il Lazio, la Corte di giustizia UE, sezione VIII, con sentenza 28 febbraio 2018, C-523/16 e C-536/16, MA.T.I. Sud e altri (oggetto della News US in data 7 marzo 2018, cui si rinvia per ogni opportuno approfondimento), con riferimento sia, in generale, all’ambito di operatività dell’istituto del soccorso istruttorio sia, in particolare, al c.d. “soccorso a pagamento” (previsto dall’art. 38, comma 2-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, oggi non più contemplato dal nuovo codice dei contratti pubblici); in questa occasione la Corte ha affermato che *“Il diritto dell’Unione, in particolare l’art. 51 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, i principi relativi all’aggiudicazione degli appalti pubblici, tra i quali figurano i principi di parità di trattamento e di trasparenza di cui all’art. 10 direttiva 2004/17/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, e all’art. 2 direttiva 2004/18, nonché il principio di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano, in linea di principio, a una normativa nazionale che istituisce un meccanismo di soccorso istruttorio in forza del quale l’amministrazione aggiudicatrice può, nel contesto di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, invitare l’offerente la cui offerta sia viziata da irregolarità essenziali, ai sensi di detta normativa, a regolarizzare la propria offerta previo pagamento di una sanzione pecuniaria, purché l’importo di tale sanzione rimanga conforme al principio di proporzionalità, circostanza questa che spetta al giudice del rinvio verificare; per contro, queste stesse disposizioni e questi stessi principi devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che istituisce un meccanismo di soccorso istruttorio in forza del quale l’amministrazione aggiudicatrice può imporre a un offerente, dietro pagamento da parte di quest’ultimo di una sanzione pecuniaria, di porre rimedio alla mancanza di un documento che, secondo le espresse disposizioni dei documenti dell’appalto, deve portare alla sua esclusione, o di eliminare le irregolarità che inficiano la sua offerta in modo tale*

- che le correzioni o modifiche apportate finirebbero con l'equivalere alla presentazione di una nuova offerta";*
- m) deve poi ricordarsi che, con sentenza del 10 novembre 2016, C-199/15, Ciclat (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), la IX sezione della Corte di giustizia UE ha stabilito che *"L'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE non osta ad una normativa nazionale che obbliga l'amministrazione aggiudicatrice ad escludere dall'appalto l'impresa a causa di una violazione in materia di versamento di contributi previdenziali ed assistenziali risultante da un certificato richiesto d'ufficio dall'amministrazione aggiudicatrice e rilasciato dagli istituti previdenziali, qualora tale violazione sussista alla data di scadenza del termine di partecipazione ad una gara d'appalto, anche se successivamente venuta meno alla data dell'aggiudicazione o della verifica d'ufficio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice e nonostante l'ente previdenziale, rilevato il mancato versamento, abbia omesso di invitare l'impresa alla regolarizzazione, come previsto dal diritto italiano, a condizione che l'operatore economico abbia la possibilità di verificare in ogni momento la regolarità della sua situazione presso l'istituto competente";*
- m1) in particolare, in tale pronuncia la Corte di Lussemburgo ha chiarito che *"l'articolo 51 della direttiva 2004/18, che dispone che l'amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici a integrare o a chiarire i certificati e i documenti presentati ai sensi degli articoli da 45 a 50 della stessa direttiva, non può essere interpretato nel senso di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di ammettere qualsiasi rettifica o omissioni che, secondo le espresse disposizioni dei documenti dell'appalto, debbono portare all'esclusione dell'offerente"* (con richiamo, qui, al precedente di cui alla sentenza 6 novembre 2014, C-42/13, *Cartiera dell'Adda*, cit.);
- m2) sempre nella stessa occasione, la Corte ha altresì precisato che *"l'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18/UE non prevede un'uniformità di applicazione a livello dell'Unione delle cause di esclusione ivi indicate, in quanto gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare affatto queste cause di esclusione o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale"* (con richiamo, qui, alla sentenza del 10 luglio 2014, C-358/12, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, punto 36, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 1170, con nota di PATRITO, in *Nuovo notiziario giur.*, 2014, 634, con nota di CARDELLA, ed in *Giur. it.*, 2015, 142, con nota di D'ALOISIO);
- n) sul soccorso istruttorio cfr., di recente, anche Corte cost., sentenza 13 aprile 2018, n. 76 (oggetto della News US in data 30 aprile 2018, cui si rimanda per approfondimenti, nonché in *Giur. cost.*, 2018, 702, ed in *lamministrativista.it*, 28 maggio 2018, con nota di T. ROSSI, *Corte Costituzionale: inapplicabilità del nuovo soccorso istruttorio (novella del 2014) alle dichiarazioni mendaci*), secondo cui *"La disciplina del soccorso istruttorio, anche nella versione novellata dall'art. 39 d.l. n. 90*

del 2014, non può estendersi all'ipotesi di dichiarazione falsa – come certamente è quella relativa all'assenza di precedenti penali che non menzioni le condanne riportate – idonea a fuorviare la stazione appaltante nell'individuazione e nella valutazione dei requisiti di ammissione. Per tale tipologia di dichiarazioni si applica la generale previsione di cui all'art. 75 d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 455, secondo cui la falsità della dichiarazione sostitutiva comporta la decadenza dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione stessa, quindi nella specie quello di aggiudicazione”;

- o) va ricordato che soluzione opposta a quella fatta propria dall'Adunanza plenaria con la decisione qui in rassegna era stata sostenuta da un consistente orientamento della giurisprudenza amministrativa, del quale è plastica espressione, tra le più recenti, la sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 27 aprile 2018, n. 2554 (in *Urbanistica e appalti*, 2018, 669, con nota di NICODEMO), citata anche dall'ordinanza qui in rassegna, 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, del d. lgs. n. 50 del 2016, non comporta l'automatica esclusione dell'impresa concorrente che, pur senza evidenziarli separatamente nell'offerta, li abbia comunque considerati nel prezzo complessivo dell'offerta”;*
- o1) qui la III Sezione aveva evidenziato, in particolare, che la soluzione automaticamente escludente *“si porrebbe in contrasto con l'indirizzo del diritto UE quale consacrato del giudice eurounitario”* (con richiamo a Corte di Giustizia UE, sez. VI, ordinanza 10 novembre 2016, C-162/16, *Spinosa Costruzioni Generali*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, 346, con nota di BALDI), secondo cui, dal quadro della normativa euro-unitaria – quello precedente di cui alla direttiva 2004/18/CE *“che, però, sul punto è stata ‘replicata’ senza alcuna sostanziale modifica dalla direttiva 2014/14/UE”* – *“non emerge che la mancanza di indicazioni, da parte degli offerenti, del rispetto di tali obblighi determini automaticamente l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione”*, e si porrebbe altresì in contrasto, *“a maggior ragione”*, anche con il divieto di *goldplating*, di cui all'art. 32, comma 1, lett. c), della legge n. 234 del 2012 e di cui all'art. 14, commi 24-bis e 24-ter, della legge n. 246 del 2005;
- o2) aveva, altresì, evidenziato che non risulterebbe neanche violato il disposto dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, *“il quale esclude dal soccorso istruttorio le incompletezze afferenti all'offerta tecnica ed economica, quando la stazione appaltante consenta all'impresa di specificare la consistenza degli oneri per la sicurezza già inclusi (ma non distinti) nel prezzo complessivo dell'offerta, senza ovviamente manipolare o modificare in corso di gara l'offerta stessa in violazione della trasparenza e della parità di trattamento tra i concorrenti”*.