

Pubblicato il 24/04/2018

N. 04562/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00726/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 726 del 2018, proposto da:

Lavorgna Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Verdicchio, con domicilio eletto presso lo studio Gianni Emilio Iacobelli in Roma, via Panama n. 74;

contro

Comune di Montelanico, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Lilli, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Val Fiorita n. 90;

Comune di Supino, Comune di Sgurgola, Comune di Trivigliano, in persona dei Sindaci p.t., n.c.;

nei confronti

Gea S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Emilio Potena, con domicilio eletto presso il suo studio in Castel Di

Sangro, corso Vittorio Emanuele II n. 1;

per l'annullamento,

previa sospensione,

della Determinazione n. 432 del 22.12.2017 del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Montelanico (Roma), con la quale vengono approvati i verbali di gara per il servizio di raccolta differenziata, trasporto, recupero e smaltimento dei rifiuti solidi urbani, ed aggiudicato l'affidamento del servizio medesimo alla GEA s.r.l.;

dei verbali delle operazioni di gara della CUC Lepinia n. 6 e 7 dell'11.12.2017, per quanto di interesse, nella parte in cui la commissione non procede all'esclusione delle ditte partecipanti, e segnatamente dell'aggiudicataria Gea s.r.l., che non hanno indicato nell'offerta economica il costo della manodopera, consentendole il ricorso al soccorso istruttorio;

del verbale di gara n. 8 del 20.12.2017, per quanto di interesse, nella parte in cui la commissione di gara dà apoditticamente atto che è pervenuta la nota, prot. 5650 del 18.12.2017, della Ditta Gea s.r.l. di soccorso istruttorio, e conferma i risultati di cui sub b), senza operare alcuna verifica sul costo del personale ex art. 95, comma 10, Dlgs 50/2016;

di ogni e qualsiasi atto presupposto, connesso e/o conseguente o comunque lesivo dei diritti della società ricorrente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Montelanico e di Gea S.r.l.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 marzo 2018 la dott.ssa Antonella Mangia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1. *Esposizione succinta dell'oggetto della controversia.*

Con provvedimento pubblicato in data 29 settembre 2017, il Comune di Montelanico ha bandito una procedura aperta per l'affidamento del servizio di raccolta differenziata, trasporto dei rifiuti solidi urbani e assimilati e altri servizi d'igiene urbana per la durata di anni nove ("gennaio 2018/dicembre 2016"), con indicazione di un importo a base d'asta pari a € 2.044.617,10, I.V.A. esclusa, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016.

In relazione a tale gara, la società Lavorgna – in qualità di concorrente, posizionatasi al secondo posto della graduatoria all'uopo stilata – ha proposto azione di annullamento avverso la determinazione del Comune di Montelanico n. 432 del 22 dicembre 2017, di approvazione dei verbali di gara e della relativa classifica, con aggiudicazione definitiva del servizio alla GEA s.r.l., e dei relativi atti presupposti.

A tali fini la società Lavorgna ha addotto l'illegittimità dei provvedimenti e degli atti gravati, sostenendo che - contrariamente alla decisione assunta dalla commissione di gara di fare ricorso al "soccorso istruttorio" - tutte le offerte economiche non riportanti la specifica indicazione del "costo della manodopera", tra cui anche quella della menzionata GEA, avrebbero dovute essere escluse "ai sensi dell'art. 95, comma 10," del già indicato D.Lgs. n. 50 del 2016.

Secondo la ricorrente, la previsione in esame è, infatti, chiara ed inequivoca nello statuire l'obbligo per l'operatore economico di indicare specificamente, tra gli altri, i costi della manodopera, in quanto elemento essenziale dell'offerta economica, necessario per verificare se il costo del personale computato ai fini della formulazione dell'offerta sia o meno rispondente ai minimi salari retributivi indicati nelle apposite tabelle del Ministero del Lavoro, sicché - indipendentemente da quanto previsto nella lex specialis di gara e, ancora, dal richiamo da parte delle partecipanti alla gara, nelle proprie offerte, del rispetto

dell'art. 95, comma 10" in esame – la mancata indicazione di tali costi non può che comportare l'esclusione della concorrente per "indeterminatezza assoluta sul contenuto dell'offerta", senza possibilità alcuna di ammettere il "soccorso istruttorio" (costituente – appunto - un 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).

Tenuto conto delle peculiarità della questione, il Collegio ritiene, dunque, di dover sospendere il giudizio, al fine di sollevare questione pregiudiziale di interpretazione del diritto comunitario, volta ad accertare se quest'ultimo osti a regole nazionali imponenti, in termini netti e assoluti, l'esclusione dalla procedura di gara per la sola inosservanza dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta economica i costi della manodopera, anche qualora una indicazione di tale genere non sia espressamente richiesta dal disciplinare di gara.

2. Il contenuto delle disposizioni nazionali che trovano applicazione nel caso di specie.

2.1 La questione interpretativa che si solleva dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha per oggetto la normativa nazionale sull'obbligo di indicazione separata, in sede di formulazione delle offerte economiche per partecipare ad una procedura ad evidenza pubblica di affidamento di un appalto di servizi, dei "costi della manodopera", con divieto di successiva sanatoria, anche qualora siffatta indicazione separata non sia espressamente richiesta dall'amministrazione nella documentazione di gara per la presentazione delle offerte e, comunque, gli operatori economici abbiano precisato, nelle offerte economiche formulate, "il rispetto dell'art. 95 c. 10" del d.lgs. n. 50 del 2016 (c.d. codice appalti).

2.2 In proposito, la normativa nazionale è oggi dettata – appunto - dal nuovo Codice degli appalti pubblici (D.Lgs. n. 50/2016) e, precisamente, dal combinato disposto degli artt. 95, comma 10 (ai sensi del quale "nell'offerta economica

l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera.... Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto dall'art. 97, comma 5, lettera d", di disciplina delle "offerte anormalmente basse") e 83, comma 9 (che esclude la sanabilità delle carenze essenziali della domanda di partecipazione "afferenti all'offerta tecnica e all'offerta economica").

2.3 La giurisprudenza (cfr., tra le altre, Consiglio di Stato, Sez. V, 7 febbraio 2018, n. 815; 28 febbraio 2018, n. 1228; Tar Lazio, Latina, 23 febbraio 2018, n. 86; TAR Lazio, Roma, 31 gennaio 2018, n. 1113; T.A.R. Reggio Calabria, 25 febbraio 2017, n. 166; C.d.S., Sez. V, ord. 15 dicembre 2016, n. 5582; T.A.R. Molise, 9 dicembre 2016, n. 513; T.A.R. Campania, Salerno, 6 luglio 2016, n. 1604) ritiene che, laddove la gara - come nella controversia in esame - rientri nel campo di applicazione del D.Lgs. n. 50/2016, venga a configurarsi 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, evitando che la stessa possa essere modificata ex post nelle sue componenti di costo, 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.

3. Il diritto dell'Unione Europea.

3.1 In materia, il diritto dell'Unione detta i principi euro-unitari, di matrice giurisprudenziale, della 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 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici n. 2014/24/UE.

3.2. In particolare, la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici n. 2014/24/UE dispone:

- all'art. 18, paragrafo 1, primo comma che “le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata”;
- all'art. 56, paragrafo 3, che “se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati a presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza”.

4. Illustrazione dei motivi del rinvio pregiudiziale.

4.1 In materia di obblighi inerenti l'indicazione separata nelle offerte economiche formulate dalle concorrente ad una gara pubblica di precisi “costi” e precipuamente, secondo la normativa previgente, dei “costi per la sicurezza aziendale” e di possibilità di sanatoria successiva di tale omissione, la Corte di Giustizia UE si è già pronunciata con la decisione della Sez. VI del 10 novembre 2016, n. 140, ricordando che – come in precedenza già rilevato (sent. 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 38) – “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, dunque, affermando 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". In sintesi, la Corte di Giustizia ha posto in evidenza che i su indicati principi "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" e ciò anche sulla base del rilievo che 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".

Ad essa si è, poi, adeguata la giurisprudenza nazionale, a partire dalla decisione del Consiglio di Stato, A.P., n. 19 del 27 luglio 2016.

Si tratta però, in entrambi i casi, di pronunce riferite alla previgente normativa (direttiva 2004/18/CE e D.Lgs. n. 163/2006).

4.2. La normativa nazionale sopravvenuta, indicata sub 2.2, ha modificato i termini della questione. Con l'introduzione della nuova disciplina nazionale, il legislatore ha, infatti, 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.

4.3 Il Collegio ritiene, tuttavia, dubbia la conformità al diritto dell'Unione di siffatta disciplina 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 e, comunque, nella stessa figura il richiamo al rispetto dell'art. 95, comma 10, in argomento.

4.4. La questione che si pone investe, in definitiva, la conformità ai richiamati principi euro-unitari dell'esclusione dalla gara, senza possibilità di adempimento successivo entro un termine prefissato dalla stazione appaltante, di un'impresa che abbia ommesso di indicare separatamente nell'offerta economica i costi della manodopera (come ormai richiesto dalla legge), redigendo, peraltro, l'offerta medesima in conformità alla lex specialis di gara predisposta dalla stazione appaltante e indicando, tra l'altro, nell'offerta economica il rispetto dell'art. 95, comma 10, in trattazione.

4.5. In tali circostanze - tenuto primariamente conto che l'elemento in discussione non è costituito dal mancato rispetto, dal punto di vista sostanziale, della disciplina in materia di costi della manodopera e, in altri termini, più generali, dal mancato computo di essi nell'offerta economica - l'esclusione della concorrente dalla gara appare, infatti, difficilmente compatibile con la tutela del legittimo affidamento, la certezza del diritto e la proporzionalità, che sono principi generali del diritto dell'Unione europea (giurisprudenza pacifica; tra le molte, decisione sul legittimo affidamento, CGUE n. 201 del 10 settembre 2009; n. 383 del 13 marzo 2008; n. 217 del 4 ottobre 2007; sulla certezza del diritto, CGUE n. 576 dell'11 luglio 2013; n. 72 del 16 febbraio 2012; n. 158 del 18 novembre 2008; sulla proporzionalità, CGUE n. 234 del 18 luglio 2013; n. 427 del 28 febbraio 2013), ritenuti, peraltro, di generale applicazione.

4.6. In particolare, si è ragionevolmente indotti a chiedersi se il principio della tutela del legittimo affidamento, insieme a quelli della certezza del diritto e della proporzionalità, come riconosciuti nel diritto dell'Unione europea, ostino, o no, ad una regola del diritto italiano, come sopra ricostruita, che imponga di escludere da una procedura di evidenza pubblica – risultante, tra l'altro, 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” (cfr., ex multis, sentenza Parking Brixen C-458/03) - un'impresa che abbia fatto affidamento, per l'appunto, sulle indicazioni fornite dalla stessa stazione appaltante ai fini della partecipazione alla gara. Aspetto cruciale della presente questione è, pertanto, quello della possibilità di ravvisare, in ipotesi di tal genere, un sicuro elemento ostativo alla partecipazione, atto a determinare – in quanto tale – l'esclusione sempre e in ogni caso della concorrente dalla gara, senza possibilità alcuna di porvi rimedio.

4.7. Deve essere, poi, ribadito che, nella vicenda in esame, assumono sicuro rilievo anche i principi comunitari del favor participationis e della parità di trattamento sostanziale tra le imprese concorrenti. In relazione a tale specifico profilo, è opportuno ricordare che, a fronte della censura formulata dalla società ricorrente circa l'avvenuta mera presa d'atto da parte della stazione appaltante della “nota di soccorso istruttorio” inviata dalla GEA s.r.l. in data 18.12.2017, con connessa denuncia dell'omessa verifica della “benché minima verifica di congruità”, l'Amministrazione ha adeguatamente replicato, ponendo in risalto che, nel verbale” n. 8 del 20 febbraio 2017, è stato attuato “un rinvio per relationem ai contenuti” di tale nota, i quali sono stati considerati assolutamente idonei a offrire una puntuale quantificazione dei costi della manodopera nell'importo di € 148.943,11” e, ancora, dando conto dell'assoluta insussistenza

dei presupposti prescritti per procedere ad una verifica di tali costi, “avendo Gea S.r.l. offerto un ribasso del 6,6%”. Preso così atto che, nella presente sede giurisdizionale, è stata offerta un’adeguata prova in ordine all’insussistenza di elementi oggettivi e concreti, idonei a porre in discussione motivatamente e documentalmente che l’offerta economica dell’impresa interessata non fosse rispettosa dei costi della manodopera necessari, sicchè l’unica mancanza concretamente ascrivibile alla impresa aggiudicataria è quella dell’omessa indicazione separata di detti costi, non vi è chi non veda 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.

4.8. L’introduzione nell’ordinamento italiano di una normativa così rigorosa, atta, tra l’altro, ad inibire il c.d. soccorso istruttorio, in quanto comportante l’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) determina, ancora, un’indubbia restrizione della platea dei possibili concorrenti e, quindi, una sostanziale violazione dei connessi principi di libera concorrenza e di libera prestazione dei servizi nell’ambito del territorio dell’Unione sanciti dal TFUE.

4.9. Risulta, peraltro, evidente che la censurata normativa italiana potrebbe comportare discriminazioni applicative nei confronti delle imprese comunitarie non italiane che volessero partecipare ad un appalto bandito da un’amministrazione aggiudicatrice italiana, non potendo esse nutrire un valido e concreto affidamento sulla correttezza della modulistica predisposta dalla stessa stazione appaltante.

5. *Formulazione del quesito.*

In relazione a tutto quanto sopra esposto, il Collegio formula il seguente quesito interpretativo:

“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”.

6. Sospensione del giudizio e disposizioni per la Segreteria.

6.1. Ai sensi delle “Raccomandazioni all’attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale” (2016/C 439/01, in G.U.U.E del 25 novembre 2016) della Corte di Giustizia dell’Unione europea, si dispone che la Segreteria di questo Tribunale trasmetta alla Cancelleria della Corte di giustizia, mediante plico raccomandato al seguente indirizzo Rue du Fort Niedergrunewald, L-2925 Lussemburgo, copia integrale del fascicolo di causa.

6.2. In applicazione dell’art. 79 cod. proc. amm. e del punto 23 delle Raccomandazioni, il presente giudizio rimane sospeso nelle more della

definizione del procedimento incidentale di rinvio e ogni ulteriore decisione, anche in ordine al regolamento delle spese processuali, è riservata alla pronuncia definitiva.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis) dispone la sospensione del giudizio e la rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea della questione pregiudiziale indicata in motivazione.

Manda alla segreteria di provvedere alla comunicazione alla Corte di giustizia della UE della presente ordinanza e all'invio alla sua cancelleria dell'ordinanza stessa, nonché di tutti gli atti contenuti nel fascicolo di causa.

Spese al definitivo.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2018 con l'intervento dei Magistrati:

Elena Stanizzi, Presidente

Antonella Mangia, Consigliere, Estensore

Ofelia Fratamico, Consigliere

L'ESTENSORE
Antonella Mangia

IL PRESIDENTE
Elena Stanizzi

IL SEGRETARIO