

T.A.R. LAZIO – SEZIONE II BIS– Ordinanza di Rimessione alla C.G.U.E. 24 aprile 2018 n. 4562

Pres. Stanizzi – Est. Mangia

Lavorgna Srl (Avv. A. Verdicchio) c/ Comune di Montelanico (Avv. F. Lilli) ed altri

1. A meno di un anno dall'ordinanza di rimessione del T.A.R. Basilicata n. 525 del 25 luglio 2017¹ afferente l'onere di indicazione dei c.d. “oneri di sicurezza aziendali o interni” – questione che aveva alimentato un convulso contrasto giurisprudenziale² fino alle decisioni dell'Adunanza Plenaria nn. 19 e 20/16 (e oltre) – la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è stata nuovamente investita dell'interpretazione dell'art. 95, comma 10 del d.lgs. 50/16, questa volta, però, in relazione all'obbligo di indicazione del “costo della manodopera”. Onere dichiarativo, giova precisare, introdotto solo dal d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56 (c.d. “correttivo”) e in vigore dal successivo 20 maggio.

La Sezione Seconda *Bis* del T.A.R. Lazio, chiamata a dirimere una controversia riguardante la domanda di annullamento di aggiudicazione adottata da un Comune della città metropolitana di Roma Capitale, per omessa indicazione del costo della manodopera da parte dell'impresa risultata aggiudicataria – proprio in considerazione del contrasto giurisprudenziale formatosi anche in relazione all'onere dichiarativo in disamina – ha ritenuto necessario rimettere la questione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Nello specifico, l'impresa ricorrente argomentava 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 quella della aggiudicataria, avrebbero dovute essere escluse ai sensi dell'art. 95, comma 10 cit..

¹ Nel dettaglio, il T.A.R. ha formulato il seguente quesito: “*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, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, secondo la quale l'omessa separata indicazione dei costi di sicurezza aziendale, nelle offerte economiche di una procedura di affidamento di appalti 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 nell'allegato modello di compilazione per la presentazione delle offerte, ed anche a prescindere dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispetti effettivamente i costi minimi di sicurezza aziendale (sul punto, anche T.A.R. Campania, 25 ottobre 2017 n. 1527)*”.

² Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 20 marzo e 2 novembre 2015 nn. 3 e 9. Con la prima delle decisioni citate, il Supremo Consesso Amministrativo ha enucleato il seguente principio: “*Nelle procedure di affidamento relative ai contratti pubblici di lavori i concorrenti debbano indicare nell'offerta economica i costi per la sicurezza interni o aziendali. La giurisprudenza contraria è motivata ritenendo che per i lavori la quantificazione dei detti costi è rimessa al piano di sicurezza e coordinamento di cui agli articoli 100 del d.lgs. n. 81 del 2008 e 131 del Codice (in seguito PSC), venendo integrati questi riferimenti normativi con il richiamo di quanto disposto dal d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (recante il regolamento di attuazione del Codice), in particolare negli articoli 24, comma 3, 32 e 39 (Cons. Stato, Sez. V: n. 3056 del 2015; n. 4964 del 2013). La tesi non è condivisibile poiché, come precisato nell'ordinanza di rimessione, il PSC è riferito ai costi di sicurezza quantificati a monte dalla stazione appaltante, specialmente in relazione alle interferenze, e non alla quantificazione dei costi aziendali delle imprese*”. Con la decisione n. 9 cit., l'Adunanza Plenaria ha precisato 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*”.

La previsione in esame, secondo la prospettazione della parte ricorrente, sarebbe 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. Di talché – indipendentemente da quanto previsto nella *lex specialis* di gara – la mancata indicazione di tali costi non potrebbe che comportare l'esclusione della concorrente per indeterminatezza assoluta sul contenuto dell'offerta, senza possibilità di ammettere il “soccorso istruttorio”. Detto istituto, infatti, potrebbe operare solo nella fase preliminare di valutazione della documentazione amministrativa delle imprese, non potendo essere utilizzato per supplire a carenze dell'offerta, ossia per consentire forme di integrazione di quest'ultima, in forza di quanto previsto all'art. 83, comma 9 del d.lgs. 50 cit..

All'opposto, la tesi del Comune appaltante – accolta dal Collegio – verteva sulla legittimità dell'esperito soccorso istruttorio, sulla scorta dei seguenti argomenti: la legge di gara non richiedeva l'indicazione separata del costo della manodopera; l'offerta aggiudicataria era sostanzialmente rispettosa dei costi della manodopera necessari, cosicché l'unica mancanza ascrivibile alla impresa aggiudicataria sarebbe stata l'omessa indicazione separata di detti costi e, dunque, un'omissione di carattere, squisitamente, formale.

2. La normativa di riferimento, da cui occorre partire per il corretto inquadramento della questione in esame, si ricava 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 dal già richiamato art. 83, comma 9 (che esclude la sanabilità delle carenze essenziali della domanda di partecipazione “*afferenti all'offerta tecnica e all'offerta economica*”).

Sebbene il *dictum* dell'art. 95, comma 10, appaia, *prima facie*, chiaro nell'imporre l'onere dichiarativo *de quo*, ha dato adito a nuove incertezze giurisprudenziali, sulla scia di quanto verificatosi per gli oneri di sicurezza aziendali, vertendosi sui medesimi temi e, segnatamente, sulla compatibilità tra il diritto interno e quello comunitario.

In particolare, è andato consolidandosi l'indirizzo interpretativo³ secondo cui, successivamente, all'entrata in vigore del d.lgs. 56/17, sussisterebbe un ineludibile obbligo legale di indicazione del costo della manodopera, da assolvere necessariamente già in sede di predisposizione dell'offerta economica, proprio al fine di garantire la massima trasparenza dell'offerta, evitando che la stessa possa essere modificata *ex post* nelle sue componenti di costo, in sede di verifica dell'anomalia; e ciò, a prescindere dall'inserimento di una clausola *ad hoc* nella *lex specialis* impositiva dell'onere dichiarativo indagato.

³ 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.

Di contro, altre pronunce, valorizzando i principi emersi in relazione ai paralleli “oneri di sicurezza aziendali”, enucleati soprattutto in ambito europeo, hanno ritenuto sanabile l’omessa dichiarazione del costo della manodopera, in assenza di una specifica previsione della legge di gara, osservando che: *“il disposto di cui all’art. 83, comma 9, del D.lgs n. 50/2016, che esclude l’applicabilità della procedura di soccorso istruttorio per la mancanza, l’incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale “afferenti all’offerta tecnica ed economica”, dopo l’intervento di CGE 10 novembre 2016 più volte richiamata debba essere contemperato con le esigenze considerate nella pronuncia, ovvero la necessità, in applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, di una intermediazione/contraddittorio con l’appaltatore, che potrebbe aver presentato comunque un’offerta comprensiva degli oneri senza averla però dettagliata. Tale necessita che l’esclusione del concorrente non possa essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato dalla stazione appaltante, nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio, a regolarizzare l’offerta, proprio in quanto espressione dei principi generali richiamati dalla Corte di Giustizia, deve trovare applicazione ... nelle ipotesi in cui, come avviene nel caso di specie, 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”*⁴.

Negli stessi termini, del resto, si era espressa anche la Sezione Quinta del Consiglio di Stato, con decisione 2 novembre 2017 n. 5076, osservando: *“allorquando la mancata separata indicazione degli oneri per la sicurezza è frutto di un errore scusabile, ingenerato, nell’operatore economico, dall’assenza di una specifica prescrizione nella lex specialis, è applicabile il soccorso istruttorio alla luce dei principi di diritto enunciati dalle citate pronunce dell’Adunanza Plenaria, 27 luglio 2016, n. 19, nonché dall’ordinanza della Corte di Giustizia dell’Unione europea, VI, 10.11.2016, in causa C-162/16”*.

L’orientamento da ultimo citato, come rilevato nella decisione in commento, si conforma maggiormente ai 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).

La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici n. 2014/24/UE, del resto, 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*

⁴ Cfr. T.A.R. Lombardia, 14 luglio 2017 n. 912; T.A.R. Catania, Sez. III, 22 marzo 2017 n. 602; Cons. Stato, Sez. V, 18 gennaio 2017 n. 179; T.A.R. Lazio, Sez. II, 26 aprile 2017 n. 5899; T.A.R. Lazio, Sez. I bis, 15 giugno 2017 n. 7042 (riformata da Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2018 n. 815); Sez. II ter, 20 luglio 2017 n. 8819; T.A.R. Puglia, 18 ottobre 2017 n. 385; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 3 ottobre 2017 n. 4611 e 26 ottobre 2017 n. 5020; T.A.R. Puglia, Bari, 14 novembre 2017 n. 1161 e 18 ottobre 2017 n. 385; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 12 dicembre 2016 n. 3217; T.A.R. Emilia Romagna, Sez. I, 16 gennaio 2018 n. 43; T.A.R. Lombardia, Sez. I, ordinanza 12 gennaio 2018 n. 64.

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”.

D'altra parte, sugli obblighi inerenti l'indicazione separata nelle offerte economiche formulate dalle concorrente ad una gara pubblica di precisi “costi” e della possibilità di sanatoria successiva di tale omissione, la Corte di Giustizia UE si era già pronunciata con la decisione della Sez. VI del 10 novembre 2016, n. 140, rammentando che – come in precedenza già rilevato (sent. 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15) – *“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 suindicati 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 su citata.

3. In considerazione della giurisprudenza richiamata, il Collegio ha ravvisato l’esigenza di chiarire la questione relativa alla conformità ai citati 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.

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,

infatti, sarebbe difficilmente compatibile con la tutela del legittimo affidamento, la certezza del diritto e la proporzionalità, che sono principi generali del diritto dell'Unione europea⁵.

In particolare, il Giudice rimettente si è posto il seguente interrogativo: *“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”.*

Nella vicenda oggetto della decisione in commento, inoltre, il Collegio ha attribuito specifica rilevanza anche alla circostanza che non fossero emersi in sede giurisdizionale elementi oggettivi e concreti, idonei a porre in discussione che l'offerta economica aggiudicataria non fosse rispettosa dei costi della manodopera necessari; di talché è stato rilevato come l'unica mancanza concretamente ascrivibile all'aggiudicataria fosse l'omessa indicazione separata di detti costi e, per l'effetto, l'eventuale esclusione si sarebbe fondata su una ragione di natura formale. Conseguentemente, nella specie, il Giudice ha ritenuto legittima la decisione dell'amministrazione di ricorrere al rimedio del c.d. soccorso istruttorio, consentendo all'impresa di dimostrare che l'offerta presentata fosse effettivamente congrua anche con riguardo ai costi della manodopera.

Con specifico riferimento al c.d. “soccorso istruttorio”, il Collegio ha rilevato come l'introduzione nell'ordinamento italiano di una normativa così rigorosa, atta, tra l'altro, ad inibire tale rimedio, 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) determinerebbe, 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.

Osservando, altresì, come 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. In considerazione degli orientamenti giurisprudenziali richiamati e dell'esigenza di fornire un'interpretazione quanto più univoca dell'art. 95, comma 10 del Codice dei contratti, dunque, il Collegio della Sezione Seconda *bis* del T.A.R. Lazio ha chiesto alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea di chiarire 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

⁵ Cfr. *ex plurimis* 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)

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 cui 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.

Rebus sic stantibus, pendono di fronte alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea due questioni, sostanzialmente, identiche, vertenti entrambe sulla corretta interpretazione dell'art. 95, comma 10 del Codice; ovverosia, proprio la disposizione che avrebbe dovuto chiarire (*rectius*: "positivizzare"), in maniera definitiva il perimetro e gli effetti delle dichiarazioni dei "costi" all'interno dell'offerta economica, arrestando così il contrasto giurisprudenziale formatosi a partire dal 2015 (anno delle due Adunanze Plenarie nn. 3 e 9); tuttavia, tale fine non sembra ancora raggiunto, né, tantomeno, prossimo, considerato altresì quanto osservato, di recente, dalla Sezione Quinta del Consiglio di Stato con la decisione 7 febbraio 2018 n. 815.

Nella decisione citata, infatti, il Collegio, riformando la sentenza T.A.R. Lazio, Sez. II-*bis* n. 7042/17 (cfr. nota n. 4), che aveva costituito il "baluardo" dell'interpretazione maggiormente fedele ai principi europei più volte richiamati, ha osservato, con riferimento anche ai costi indagati, che: "*è ormai definitivo che:*

- 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;

- 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 - istituito 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".

Avv. Fabio Massimo Pellicano