

## **FOCUS ON**

# **MANCATA INDICAZIONE DA PARTE DEL CONCORRENTE DEI COSTI DELLA MANODOPERA IN SEDE DI GARA: ESCLUSIONE O SOCCORSO ISTRUTTORIO?**

---

Analisi e commento della sentenza della Corte di  
Giustizia Europea del 2 maggio 2019, C-309/18

## **MANCATA INDICAZIONE DA PARTE DEL CONCORRENTE DEI COSTI DELLA MANODOPERA IN SEDE DI GARA: ESCLUSIONE O SOCCORSO ISTRUTTORIO?**

L'intervento della Corte di Giustizia sulla mancata indicazione da parte del concorrente dei costi della manodopera in sede di gara: esclusione o soccorso istruttorio?

E' stata rimessa alla Corte di Giustizia una delle questioni più discusse nell'ambito del Codice degli appalti (D.lgs. 50/2016): la mancata indicazione 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 soccorso istruttorio?

A rispondere a questa domanda ci ha (finalmente) pensato la Corte di Giustizia della Unione Europea con la sentenza del 2 maggio 2019, C-309/18 con la quale si è pronunciata sul rinvio pregiudiziale del TAR Lazio in riferimento alle norme previste dal D.Lgs. n. 50/2016 che escludono il soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione separata dei costi della manodopera.

Infatti, il giudice del rinvio ha ritenuto sussistere un contrasto tra i principi del Trattato dell'U.E. (TFUE) e della direttiva 2014/24/UE con la normativa nazionale di cui agli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9 del D.Lgs. n. 50/2016. Specificatamente, tali disposizioni prevedono che l'omessa -separata- indicazione dei costi della manodopera nelle offerte economiche di una procedura di affidamento di servizi pubblici determini, in ogni caso, l'esclusione della ditta offerente senza possibilità di soccorso istruttorio.

Ciò anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata non sia stato specificato nella documentazione di gara né nella modulistica predisposta dall'amministrazione e, anche a prescindere dalla circostanza che l'offerta rispetti effettivamente i costi minimi della manodopera.

Pertanto secondo il giudice del rinvio la norma nazionale contrasterebbe con i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, 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 con 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 2014/24/UE.

Va ricordato che sul punto, prima del rinvio operato dal Tar Lazio, vi erano due orientamenti giurisprudenziali:

- il primo, di carattere "formalistico", favorevole all'esclusione automatica dell'impresa, senza possibilità di sanare la posizione dell'impresa partecipante dopo la presentazione dell'offerta;
- il secondo, più "sostanziale", che puntava ad evitare l'esclusione dell'impresa in talune casistiche.

Sull'argomento, inoltre, si era già espresso anche il Consiglio di Stato con l'Ordinanza n. 6122 del 26 ottobre 2018 dopo che, difatti, la giurisprudenza si era espressa in modo dubbioso, soprattutto in riferimento al caso in cui la *lex specialis* richiamasse espressamente l'obbligo dichiarativo di legge. L'Ordinanza, alla luce della evidente difficoltà ad interpretare una norma oggetto di contrasti giurisprudenziali, ha rimesso poi la questione all'Adunanza Plenaria.

L'Autorità Nazionale Anticorruzione, d'altro canto, ha confermato il suo orientamento per il quale, fermo restando l'obbligo previsto dell'articolo 95, comma 10 del Codice dei contratti e nel caso in cui la *lex specialis* non preveda espressamente l'esclusione automatica, spetta alla stazione appaltante verificare l'indicazione dei costi della manodopera da parte dei concorrenti e, qualora la stessa dovesse accertare la mancata indicazione specifica di tali costi, è necessario procedere a verificare se si tratti di carenza formale o sostanziale, ovvero accertare se il concorrente abbia in ogni caso computato i costi della manodopera o meno, chiedendo specifici chiarimenti al riguardo, purché l'offerta economica resti invariata, in modo da non incorrere nella violazione del principio di soccorso istruttorio e della par condicio dei concorrenti.

Ebbene, il 2 maggio 2019 è finalmente intervenuta a dirimere la controversia la decisione della Corte di Giustizia dell'Unione che dapprima ha ribadito come discendano dal principio della parità di trattamento e dall'obbligo di trasparenza, l'obbligo per l'amministrazione appaltante di formulare in modo chiaro, preciso e univoco, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione, in modo da permettere a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo.

Quindi, la CGUE ha statuito che osta all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, il mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulti 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.

Tale limitazione non osta quindi con la disciplina europea in quanto l'articolo 56, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 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.

Trattandosi di limitazioni previste dalla legge qualsiasi offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente è, 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.

Ne deriva, dunque, 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."

Tuttavia, qualora l'offerente fosse indotto nell'omissione per il fatto dell'amministrazione questa potrà accordare la possibilità di sanarla entro un termine stabilito dalla stessa amministrazione aggiudicatrice.

## **Il caso sottoposto all'attenzione della CGE**

Con provvedimento del 29 settembre 2017, il Comune di Montelanico bandiva una procedura d'appalto aperta il cui valore di mercato superava la soglia prevista all'articolo 4 della direttiva 2014/24. Il provvedimento in questione non richiamava espressamente l'obbligo incombente agli operatori di indicare nella loro offerta economica i costi della manodopera, prescritto all'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici.

Sei offerenti, tra i quali la Gea Srl e la Lavorgna presentavano un'offerta.

Dopo la scadenza del termine impartito per la presentazione delle offerte, l'amministrazione aggiudicatrice, facendo ricorso alla procedura di soccorso istruttorio di cui all'articolo 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici, invitava alcuni degli offerenti, tra i quali la Gea, a indicare i loro costi della manodopera.

Con decisione del 22 dicembre 2017, il Comune di Montelanico aggiudicava l'appalto pubblico alla Gea.

La Lavorgna, posizionatasi al secondo posto in esito alla procedura di selezione, proponeva ricorso dinanzi al TAR Lazio, diretto, in particolare, all'annullamento della succitata decisione, sostenendo che la Gea avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di gara per aver ommesso di indicare, nella sua offerta, i costi della manodopera, senza possibilità di riconoscerle il beneficio della procedura di soccorso istruttorio.

Il TAR Lazio ricordando che, nella sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404) e nell'ordinanza del 10 novembre 2016, Edra Costruzioni e Edilfac (C-140/16, non pubblicata, EU:C:2016:868), la Corte si è pronunciata sulla questione se alcuni offerenti possano essere esclusi da una procedura di appalto pubblico per non aver precisato i costi relativi alla sicurezza sul lavoro e se una simile omissione possa essere regolarizzata a posteriori. In tale occasione, la Corte avrebbe sottolineato che, nell'ipotesi in cui una condizione per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione, a pena di esclusione dell'offerente, 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.

Tuttavia, il Tar Lazio ha avuto modo di precisare che il legislatore nazionale, quando ha adottato il codice dei contratti pubblici al fine di recepire la direttiva 2014/24 nell'ordinamento giuridico italiano, ha espressamente previsto l'obbligo per gli offerenti di indicare nell'offerta economica i propri costi della manodopera, escludendo al contempo la facoltà, per l'amministrazione aggiudicatrice, di fare ricorso alla procedura di soccorso istruttorio per invitare gli offerenti che non hanno adempiuto il medesimo obbligo a regolarizzare la loro situazione.

Il Tar Lazio quindi si è interrogato sulla compatibilità della normativa nazionale di cui al procedimento principale con i principi generali della tutela del legittimo affidamento, della certezza del diritto e di proporzionalità in quanto l'applicazione della normativa nazionale avrebbe comportato discriminazioni nei confronti delle imprese stabilite in altri Stati membri che volessero partecipare a un appalto bandito da un'amministrazione aggiudicatrice italiana, non potendo esse nutrire un valido e concreto affidamento sulla correttezza della modulistica predisposta dall'amministrazione aggiudicatrice.

La risposta quindi della Corte a tale interrogativo è:

- i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, contemplati nella direttiva 2014/24, devono essere interpretati nel senso che 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.

Non vi è chi non veda come la decisione della Corte non sia del tutto esaustiva e, al contrario, incentivi il contenzioso in virtù della possibilità di addossare la responsabilità degli errori di proposizione dell'offerta direttamente sull'amministrazione aggiudicatrice.

Avv. Francesca Bello