

Mancata indicazione dei costi di manodopera ed esclusione dalla gara. Soccorso istruttorio

di Salvatore Magra

Data di pubblicazione: 30-3-2020

Occorre escludere dalla gara il concorrente non indicante i costi di manodopera (e della sicurezza dei lavoratori) nell'offerta economica, in quanto non è possibile per il medesimo accedere al beneficio del "soccorso istruttorio", nell'ipotesi d'omessa indicazione di detti oneri. La mancata indicazione dei costi di manodopera attiene alla regolarizzazione dell'offerta e rientra nei parametri di diligenza dell'operatore ben informato. Non rileva nel caso in specie la mancanza, sul piano della modulistica, dello spazio, per indicare la spesa per la manodopera.

GUIDA ALLA LETTURA

Cosepuri s.c.p.a., impugna la sentenza del T.A.R. Emilia-Romagna, che aveva respinto il proprio ricorso avverso la determina dirigenziale n. 333 in data 28/08/2017, con cui l'Unione dei Comuni Valli del Reno aveva disposto, relativamente al lotto in contestazione, l'aggiudicazione alla controinteressata Re Manfredi s.c.a.r.l. dell'appalto, relativo all'affidamento del servizio di trasporto per i Comuni di Casalecchio di Reno, Manfredi s.c.a.r.l., dell'appalto relativo all'affidamento del servizio di trasporto per i Comuni di Casalecchio di Reno, Monte S. Pietro.

La questione giuridica principale su cui verte la vicenda è se la omessa indicazione dei costi di manodopera da parte dell'appellata, possa essere sanata attraverso il c.d soccorso istruttorio. Attualmente, l'art. 95, comma 10 del Codice appalti impone l'onere, in capo al partecipante, d'indicare nella propria offerta economica i "costi della manodopera". **Essi sono gli oneri aziendali per la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori. Il problema si traduce nella possibilità per l'impresa concorrente di non perdere l'opportunità di partecipare alla gara, ove abbia omesso di esternare i costi in questione, avvalendosi del soccorso istruttorio.**

Nel caso specifico della sentenza in commento, viene in questione il diritto del concorrente secondo classificato a subentrare nel servizio di trasporto scolastico, in quanto l'aggiudicataria ha omesso d'indicare in sede di offerta i costi di manodopera. Tale omissione deve, secondo il Consiglio di Stato, comportare l'esclusione della concorrente e la revoca dell'aggiudicazione, non risultando possibile l'applicazione del cd. "soccorso istruttorio".

Con sentenza del 2 maggio 2019, C-309/18, la Corte di giustizia ha affermato che non contrasta con i principi di certezza del diritto, parità di trattamento e trasparenza, enunciati dalla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, la causa di esclusione dalle procedure di affidamento, per mancata indicazione dei costi di manodopera, concernenti gli oneri per la protezione della salute e sicurezza dei lavoratori. A prescindere dall'autorevolezza, l'opinione della Corte è condivisibile, per l'intensità degli interessi collegati coi costi di manodopera, che, nella prospettiva del diritto statale, sono di rango costituzionale, in quanto attengono alla tutela della salute e dell'integrità fisica. Solo l'impossibilità oggettiva per gli offerenti di indicare in corso di gara d'appalto gli oneri di manodopera, può configurare una causa di giustificazione. La mancata indicazione dei costi di manodopera attiene alla regolarizzazione dell'offerta e rientra nei parametri di diligenza dell'operatore ben informato. Non ha importanza nel caso in specie la mancanza, sul piano della modulistica, dello spazio, per indicare la spesa per la manodopera, in quanto la controparte appellante vi ha provveduto e, quindi, avrebbe potuto provvedervi anche l'appellante. In ogni caso, quest'ultimo argomento appare, per chi scrive, privo di rigore giuridico. Sarà il Giudice di merito a determinare le spese di gestione, ove la modulistica non consenta l'inserimento delle medesime. Né rileva che il bando non prevedesse espressamente l'obbligo di sperata evidenziazione dei costi in questione, essendo sufficiente, in virtù della integrazione della *lex specialis* ad opera della *lex generalis*, che nella documentazione di gara fosse riportata una dicitura per cui, per quanto non espressamente previsto nel bando, nel capitolato e nel disciplinare di gara dovesse farsi applicazione delle norme del Codice dei contratti pubblici (anzi, può forse ritenersi che l'eterointegrazione operi in modo tacito, data l'importanza costituzionale e comunitaria della materia, anche in mancanza di una esplicita previsione del bando del richiamo al Codice appalti (e al limite anche alla Costituzione e agli atti normativi comunitari)

In termini generali, è molto vivace il dibattito giurisprudenziale in merito all'obbligo d'indicazione, in sede d'offerta, dei c.d. "costi della manodopera" previsti all'art. 97, comma 10 del Codice degli Appalti, e sulla possibilità di una loro eventuale integrazione attraverso l'istituto del "soccorso istruttorio". I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato al ribasso. Della questione è stata recentemente investita anche la CGUE che, con la pronuncia n. 309/18.,

La Corte di Giustizia Europea si è pronunciata a favore del carattere immediatamente precettivo della norma anzidetta, che ha ritenuto applicabile anche nell'ipotesi in cui l'obbligo d'indicare separatamente i suddetti costi non venga specificato all'interno della documentazione della gara d'appalto, a seguito dell'eterointegrazione, proveniente dalla *lex generalis*, in questo caso identificabile con la stessa Costituzione, oltre che con il Codice Appalti.

Allo stesso tempo, tuttavia, i Giudici europei hanno reputato di consentire l'integrazione da parte del concorrente, con lo scorporo dei predetti costi dal ribasso inizialmente indicato in sede d'offerta, nel caso in cui le disposizioni della gara "non consentano" agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche. Ciò deve essere valutato caso per caso dal giudice.

La legge di gara prevede, di regola, la compilazione dell'offerta in base ad uno specifico modulo allegato ed, allo stesso tempo, è richiesto ai concorrenti di "ricomprendere" all'interno della loro offerta economica il costo del lavoro e degli obblighi connessi alla sicurezza e protezione dei lavoratori. L'impossibilità d'allegazione deve essere di tipo "oggettivo", ovvero non superabile con la peculiare diligenza richiesta ai partecipanti ad una procedura di gara.

In conclusione, dunque, solamente in tali circostanze (comunque da valutarsi caso per caso), potrà consentirsi agli offerenti di sanare la loro offerta, in accordo a quanto previsto dalla normativa nazionale. Lo stesso Consiglio di Stato, riunitosi in Adunanza Plenaria nel gennaio 2019 (Ordinanze n.ro 1, 2 e 3), ha rimesso la questione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea allo scopo di dirimere una controversia.

La problematica di fondo era la seguente: la normativa italiana va interpretata nel senso di escludere il concorrente non indicante i costi di manodopera (e della sicurezza dei lavoratori) nell'offerta economica, oppure è possibile accedere al beneficio del "soccorso istruttorio" nell'ipotesi d'omessa indicazione di detti oneri?

La Corte di Giustizia Europea si è pronunciata nel frattempo (sez. IX, 2/5/2019 C- 309/18) su un precedente ed analogo quesito posto dal TAR Lazio con Ordinanza del 24 aprile 2018 n. 4562.

La Corte in risposta al TAR capitolino, ha dunque enunciato i seguenti principi:

a) qualsiasi operatore economico "ragionevolmente informato e normalmente diligente" e si presume sia a conoscenza dell'obbligo in questione (§ 27);(cfr.. 95, comma 10 e dell'art. 83, comma 9 del Codice appalti)

b) che peraltro tale regola opera *"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"*; E' il caso del nostro ordinamento

c) ove il bando di gara preveda la compilazione di modelli dichiarativi ad uso obbligatorio, che risultino tuttavia privi di *"uno spazio fisico per l'indicazione separata dei costi della manodopera"*, debba allora demandarsi al giudice la verifica della "materiale impossibilità" di evidenziare i costi in questione, legittimandosi – in presenza di circostanze idonee a "generare confusione" in capo agli offerenti – l'eventuale attivazione del soccorso istruttorio. Questa tesi, si ribadisce, appare poco rigorosa, perché si producono effetti giuridici da una situazione materiale reversibile (l'opinione potrebbe avere un valore giuridico per le procedure telematiche)

I principi formulati dalla Corte di giustizia UE rappresentano le medesime questioni pregiudiziali sollevate a gennaio 2019 dall'Adunanza Plenaria, Lo stesso Consiglio di Stato ha dato atto, in successive pronunce, di avere fatto sostanzialmente propri tali principi, come nel caso della sentenza in esame

Nel caso specifico, la concorrente seconda classificata in graduatoria lamentava, come detto, l'omessa indicazione dei costi di manodopera in sede di offerta da parte della aggiudicataria. In particolare, il bando non prevedeva l'esplicito obbligo di separata evidenziazione di tali costi, né tuttavia risultava ravvisabile alcuna oggettiva impossibilità d'includere i predetti costi in offerta, sebbene la modulistica di gara non ne prevedesse una loro puntuale indicazione.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3351 del 2018, proposto da Cosepuri s.c.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Sanino e Andrea Stefanelli, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Mario Sanino in Roma, al viale Parioli, n. 180;

contro

Unione dei Comuni Valli del Reno, Lavino e Samoggia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Bragagni, con domicilio digitale come da Registri di Giustizia;

nei confronti

“Re Manfredi” Consorzio s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Romeo Tigre e Nicola Libero Zingrillo, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Emilia-Romagna – Bologna, sez. II, n. 193/2018, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Unione dei Comuni Valli del Reno, Lavino e Samoggia e di "Re Manfredi" Consorzio s.c. a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2019 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Sanino, Bragagni e De Luca, per delega di Tigre e di Zingrillo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con atto di appello, notificato nelle forme e nei tempi di rito, Cosepuri s.c.p.a., come in atti rappresentata e difesa, impugna la sentenza del T.A.R. Emilia-Romagna, evidenziata in epigrafe, che aveva respinto il proprio ricorso avverso la determina dirigenziale n. 333 in data 28/08/2017, con cui l'Unione dei Comuni Valli del Reno aveva disposto, relativamente al lotto in contestazione, l'aggiudicazione alla controinteressata Re Manfredi s.c.a.r.l. dell'appalto relativo all'affidamento del servizio di trasporto per i Comuni di Casalecchio di Reno, Monte S. Pietro.

2.- A sostegno del gravame, con unico, articolato motivo di doglianza, lamenta *error in iudicando*, in relazione agli articoli 23, comma 16, 50, 83 commi 8 e 9, 95 comma 10 e 97 del d. lgs. n 50/2016, sotto il duplice e concorrente profilo:

a) della illegittima ammissione in gara della controinteressata, unico competitore in una procedura che aveva visto la partecipazione di due soli concorrenti, che aveva formalizzato la propria offerta omettendo la specifica e separata indicazione dei costi della manodopera;

b) dell'abusivo ricorso al soccorso istruttorio che, legittimando la postuma evidenziazione della relativa voce di costo, si sarebbe risolto in una integrazione o modificazione dell'offerta economica.

3.- Si sono costituiti in giudizio, per resistere all'appello, l'Unione dei Comuni Valli del Reno, Lavino e Samoggia e la controinteressata Re Manfredi s.c. a r.l.

4.- Alla pubblica udienza del 14 novembre 2019, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è fondato e va accolto.

2.- È oggetto di controversia la facoltà, per la stazione appaltante, di recuperare, con il ricorso al soccorso istruttorio, l'offerta che, in violazione della prescrizione di cui all'art. 95, comma 10 del d. lgs. n. 50/2016, ometta la esplicita indicazione dei *“propri costi della manodopera”* (ovvero degli *“oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro”*).

Sul punto, con sentenza del 2 maggio 2019, C-309/18, la Corte di giustizia ha affermato il principio secondo cui non contrasta con i principi di certezza del diritto, parità di trattamento e trasparenza enunciati dalla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, la causa di esclusione dalle procedure di affidamento prevista dalla richiamata disposizione, fatto salvo il caso in cui *“le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche”*, per il quale, in forza del canone di trasparenza e di una logica di proporzionalità, deve ritenersi consentita la regolarizzazione dell'offerta mediante il potere di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante.

All'affermazione dei riassunti principi la Corte è giunta sulla base del plurimo rilievo:

a) che l'obbligo di indicare separatamente gli oneri per la sicurezza aziendale in sede di offerta *“discende chiaramente dal combinato disposto dell'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici e dell'articolo 83, comma 9, del medesimo”*, il quale non consente la regolarizzazione di carenze concernenti l'offerta tecnica o economica (§ 25 della sentenza);

b) che, pertanto, qualsiasi operatore economico *“ragionevolmente informato e normalmente diligente”* si presume a conoscenza dell'obbligo in questione (§ 27);

c) che la regola opera *“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”*;

d) che, nondimeno, nei casi in cui il bando di gara contenga bensì un espresso rinvio alle norme del codice dei contratti pubblici (§ 26), ma si accompagni alla predisposizione di modelli dichiarativi ad uso obbligatorio concretamente privi di *“spazio fisico per l'indicazione separata dei costi della manodopera”*, debba demandarsi al giudice del merito la verifica della *“materiale impossibilità”* di evidenziare, nel rispetto della prescrizione normativa, i costi in questione, legittimandosi – in presenza di circostanze idonee a *“generare confusione”* in capo agli offerenti – l'eventuale attivazione del soccorso istruttorio.

3.- Sulle esposte premesse, deve considerarsi definitivamente chiarito (da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2020, n. 604) che l'automatismo espulsivo correlato al mancato scorporo

nell'offerta economica dei costi inerenti alla manodopera ed alla sicurezza interna derivante dal combinato disposto degli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici è conforme al diritto europeo.

Né rileva che, nel caso di specie, il bando non prevedesse espressamente l'obbligo di sperata evidenziazione dei costi in questione, essendo a tal fine sufficiente, in virtù del principio di eterointegrazione della *lex specialis* ad opera della *lex generalis*, che nella documentazione di gara fosse riportata una dicitura per cui per quanto non espressamente previsto nel bando, nel capitolato e nel disciplinare di gara dovesse farsi applicazione delle norme del Codice dei contratti pubblici (e quindi anche dell'art. 95, comma 10).

4.- Sotto distinto profilo, nella fattispecie in esame non è dato ravvisare alcuna oggettiva impossibilità d'includere i predetti costi in offerta, dal momento che la modulistica di gara consentiva certamente una loro puntuale indicazione (come, del resto, è dimostrato dalla circostanza che l'appellante – che si duole della omissione del proprio competitore – ha puntualmente adempiuto all'obbligo nella predisposizione della propria offerta). Deve, per tal via, escludersi, in conformità ai principi richiamati, la possibilità di recuperare l'omissione attraverso l'attivazione del soccorso istruttorio.

5.- In definitiva, l'appello deve essere accolto e, in riforma della sentenza impugnata, va annullata l'aggiudicazione della gara a favore dei Re Manfredi s.c.a.r.l..

Ne discende la rimessione alla stazione appaltante, in prospettiva conformativa, di ogni verifica necessaria ai fini del prospettico subentro dell'appellante, che ne ha fatto istanza.

La domanda di ristoro dei danni per equivalente pecuniario, formulata in termini alternativi e dichiaratamente subordinati, va, allo stato, disattesa, in quanto condizionata dalla verifica della concreta praticabilità della tutela specifica, mediante affidamento della commessa.

L'incertezza del quadro normativo di riferimento, solo da ultimo ricomposto, legittima e giustifica l'integrale compensazione, tra le parti costituite, di spese e competenze di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e con gli effetti di cui in motivazione.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2019.

