



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



APPLICABILITÀ DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO AI COSTI DI MANODOPERA: INTERVIENE LA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA

La Corte UE ammette l'esclusione dalla gara pubblica del partecipante quando l'offerta non abbia indicato il costo della manodopera. In tal caso, le norme del Codice dei contratti che rifiutano l'applicabilità del rimedio del soccorso istruttorio non sono in contrasto con i principi comunitari di trasparenza e parità di trattamento

di **Floriana Coccia**

IUS/09 - ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Publicato, Sabato 6 Luglio 2019

Sommario: 1. La questione pregiudiziale proposta alla Corte; 2. La disciplina del soccorso istruttorio nella pubblica evidenza: bilanciamento tra favor participationis e par condicio creditorum; 3. Il soccorso istruttorio e i principi di proporzionalità e trasparenza; 4. I costi di gestione e il contrasto giurisprudenziale sull'ammissibilità del soccorso istruttorio; 5. Pronuncia della Corte di Giustizia Europea.

1. La questione pregiudiziale proposta alla Corte

Il TAR Lazio, con ordinanza del 20 marzo 2018, ha rimesso dinanzi alla Corte di Giustizia UE una questione pregiudiziale sulla compatibilità degli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016 con i principi comunitari della tutela del legittimo affidamento, della certezza del diritto e di proporzionalità. In particolare, il Tribunale rimettente si è interrogato sull'ammissibilità della normativa nazionale allorquando, in caso di omessa indicazione dei costi della manodopera nella offerta economica, dispone l'esclusione del concorrente dalla gara pubblica senza che lo stesso possa ricorrere al beneficio del soccorso istruttorio, anche quando il bando di gara non abbia espressamente previsto l'obbligo di esplicitare i predetti costi.

2. La disciplina del soccorso istruttorio nella pubblica evidenza: bilanciamento tra favor participationis e par condicio creditorum

Il Consiglio di Stato, Sez. VI, nell'ordinanza n.2681 del 17 maggio 2013 descrive il soccorso istruttorio come "il potere-dovere" della stazione appaltante, prima di procedere all'esclusione, di sollecitare i concorrenti che partecipano alla gara a porre rimedio ad eventuali dimenticanze, sviste od errori di carattere formale o documentale. La ratio dell'istituto è impedire l'estromissione di un concorrente sulla base di valutazioni meramente formali, dovendo verificare in concreto il possesso dei requisiti da parte del concorrente, ancorché manchi o sia incompleta la sua documentazione.

L'istituto è oggi disciplinato all'art. 83, comma 9 del nuovo codice degli appalti, il d.lgs. del 18 aprile 2016, n.50. Quest'ultimo articolo è il risultato del complesso processo evolutivo della regolamentazione di merito. Infatti, nonostante la locuzione "soccorso istruttorio" sia stata espressamente introdotta soltanto nel 2016, con l'emanazione del novellato codice, la ratio era già apparsa nell'ordinamento italiano per mezzo della direttiva del Consiglio Europeo n. 71/305/CEE del 26.07.1971, la quale prevedeva la facoltà dell'amministrazione, entro certi limiti, di «invitare l'imprenditore a completare i certificati e i documenti presentati o a chiarirli» (art. 27). Il legislatore spronava la p.a. ad instaurare un dialogo con il concorrente alla gara (autore di una domanda di partecipazione lacunosa) piuttosto che disporre, alla luce di un inutile ed estremo

formalismo, l'immediata esclusione. La disciplina, pertanto, oggi si presenta come un traguardo nel processo di evoluzione che investe il tradizionale rapporto tra autorità e privato. Rappresenta, inoltre, il risultato del bilanciamento di due opposti principi comunitari: quello della massima partecipazione (*favor participationis*) e quello della parità di trattamento (*par condicio*).

In forza del primo, l'inosservanza delle prescrizioni del bando di gara, circa le modalità di presentazione delle offerte, implica l'esclusione del partecipante dalla gara solo quando si tratti di prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse pubblico. Al contrario, il principio della *par condicio* prevede che nessun concorrente possa avere un trattamento differenziato. Le regole della gara devono essere imposte preventivamente e devono essere applicate nei confronti di tutti, allo stesso modo. Emerge, invero, l'interesse degli altri partecipanti alla gara che il concorrente, che abbia presentato una domanda lacunosa, non possa sanarla e che venga quindi definitivamente escluso dalla gara. Di conseguenza, il principio della *par condicio* controbilancia quello del *favor* e il legislatore ha esteso l'ambito applicativo del soccorso istruttorio nella misura in cui ha privilegiato il principio della massima partecipazione a quello della parità di trattamento. Pertanto, alla luce del bilanciamento dei due contrapposti principi, i limiti imposti all'attivazione del soccorso istruttorio, nascono dalla fondata preoccupazione che l'allargamento del suo ambito applicativo possa mirare la *par condicio* e violare i canoni di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa.

D'altronde, il soccorso istruttorio è un istituto vigente anche nell'ambito del procedimento amministrativo in cui tuttavia si assiste ad una relazione "a tu per tu" tra l'interessato e la p.a., e difatti, in tal caso, il soccorso istruttorio non incontra limiti (art. 6 l. 241/1990) in assenza di posizioni di soggetti controinteressati.

3. Il soccorso istruttorio e i principi di proporzionalità e trasparenza

Tra i principi applicabili alle procedure ad evidenza pubblica, spicca quello di proporzionalità. In particolare, all'articolo 30 del novellato Codice degli appalti, il legislatore, tra i principi utili "per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni", ha incluso anche quello di proporzionalità. Quest'ultimo, concepito in seno all'ordinamento tedesco di fine Ottocento, è stato, successivamente assorbito prima dal diritto comunitario e poi da quello nazionale. Ad oggi, il principio è una specificazione del principio di ragionevolezza e, nelle sue applicazioni pratiche, è un elemento di temperamento per l'esercizio dei poteri della p.a. In particolare, il principio in parola indica all'Autorità il criterio utile all'esercizio dell'azione discrezionale, in quanto consiste nella valutazione comparativa di interessi diversi, tale che ciascun interesse viene considerato e graduato, secondo il pertinente peso giuridico. Inoltre, quanto

all'applicazione del soccorso istruttorio, alla luce del principio di proporzionalità, il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 1537/2009, ha disposto che la combinazione del principio di proporzionalità con quello di leale collaborazione determina che l'esclusione dalla procedura per motivi di carattere squisitamente formale configura una fattispecie residuale perché tale sanzione non è equilibrata rispetto alla mancata inclusione, nella domanda di partecipazione, di elementi formali. L'esclusione deve essere disposta solo quando appare chiaro che consentire al concorrente utili chiarimenti ai fini di un più completo accertamento dei fatti da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice, determinerebbe una lesione della par condicio tra i concorrenti.

Inoltre, è proprio alla luce del principio di proporzionalità, che gli operatori del diritto manifestarono (non poche) perplessità nei confronti dell'istituto del "soccorso istruttorio a pagamento", poi abrogato con il decreto correttivo n.56/2017. In particolare, lo scetticismo, rispetto al soppresso istituto, era legato alla mancata indicazione, da parte del legislatore, della possibilità di modulare l'entità della sanzione in base alla gravità della violazione commessa. Tuttavia, l'ANAC, pronunciatisi a tal proposito, con la determinazione n. 1/2015, espresse una posizione contraria alla possibilità di disporre la graduazione della sanzione, in quanto, la stessa doveva essere "correlata all'unica categoria dell'essenzialità della mancanza, incompletezza ed irregolarità", individuandone il carattere omnicomprensivo. La sanzione risultava unica anche nel caso in cui la stazione appaltante avesse riscontrato plurime irregolarità essenziali. Sicché, il pagamento non era legato strettamente al vizio da sanare, ma alla mera attivazione del soccorso istruttorio.

Quanto al principio di trasparenza, questo è espressamente indicato tra i principi cardini dei contratti pubblici. Etimologicamente, "trasparenza" deriva dal latino *trans* parere nonché «lasciar vedere», «lasciar conoscere». I cittadini devono poter monitorare l'operato della P.A, sicché "dove un superiore pubblico interesse non imponga un segreto momentaneo, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro"^[1]. In particolare, la facoltà dell'operatore economico, di "soccorrere" la propria documentazione di gara lacunosa, trova corrispondenza anche nel principio di trasparenza nella misura in cui la giurisprudenza giustifica e quindi consente l'accesso al soccorso istruttorio quando l'errore di compilazione della domanda di partecipazione è consequenziale al mancato rispetto di una disposizione di complessa comprensione od individuazione. Infatti, come ribadito dalla CGUE^[2], l'obbligo di trasparenza ha come scopo ultimo quello di eliminare i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Tale obbligo implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri così da permettere, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'amministrazione aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte degli operatori corrispondano ai criteri che disciplinano la gara

in questione.

In tale prospettiva, rilevante è l'evoluzione giurisprudenziale, rispetto all'ammissibilità del soccorso istruttorio quando la domanda di partecipazione abbia omesso alcuni elementi, anche essenziali, a causa di un bando o di una normativa contraddittoria e di difficile comprensione. Senonché, alla luce del principio di trasparenza, la giurisprudenza maggioritaria ha concluso che, in tutte le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, l'esclusione automatica, senza il previo esercizio del soccorso istruttorio, risulta sproporzionata e sostanzialmente iniqua, quando il vizio della documentazione di gara non sia imputabile al concorrente ma alla scarsa chiarezza delle prescrizioni normative. Invero, in considerazione di tale fattispecie, il Consiglio di Stato^[3] sostiene che "l'automatismo dell'effetto escludente si pone in contrasto con i principi di certezza del diritto, tutela dell'affidamento, nonché con quelli, che assumono particolare rilievo nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, di trasparenza, proporzionalità e par condicio".

4. I costi di gestione e il contrasto giurisprudenziale sull'ammissibilità del soccorso istruttorio

L'art. 95 del d.lgs 50/2016, che disciplina i criteri di aggiudicazione dell'appalto, conformemente all'art. 7 della Direttiva 2014/24/UE, è stato parzialmente modificato con il d.lgs. 56/2017. Si tratta di modifiche apportate nell'ottica di semplificazione delle procedure di affidamento. Relativamente ai costi di gestione, la riforma ha imposto in capo alle stazioni appaltanti l'obbligo di verificare, prima dell'aggiudicazione, ai sensi dell'art 97 comma 5, lett. D), che il costo del personale non sia inferiore ai minimi salariali retributivi. È stato inoltre introdotto il dovere, per le imprese partecipanti, di indicare gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

Senonché, è molto dibattuta la questione se, in caso di mancata indicazione dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza dei lavoratori, l'istituto del soccorso istruttorio possa trovare applicazione anche qualora il bando di gara non richiami in modo espresso l'obbligo legale di indicazione dei predetti costi ed oneri. Invero, sul punto si sono registrati molteplici contrasti giurisprudenziali. Secondo una prima esegesi^[4], sostenitrice della tesi cd. formalistica, la mancata indicazione dei costi per la sicurezza aziendale sarebbe sanabile attraverso il soccorso istruttorio, in assenza di un espresso obbligo indicato nella documentazione di gara.

Al contrario, un difforme orientamento^[5], aderente alla tesi cd. sostanzialistica, sostiene che l'art. 95, comma 10, del Codice dei contratti, chiarendo l'obbligo per i concorrenti di

indicare nell'offerta economica i c.d. costi di sicurezza aziendali, avrebbe superato ogni incertezza interpretativa, in ordine all'esistenza e all'ampiezza dell'obbligo dichiarativo. Pertanto, seppur non espressamente indicato nel bando di gara, l'omessa indicazione dei costi e degli oneri sarebbe comunque una causa di esclusione dalla gara non sanabile per mezzo del soccorso istruttorio. Invero, il costo della manodopera costituirebbe una componente essenziale dell'offerta economica, la cui mancata indicazione non potrebbe essere regolata senza alterare la concorrenza.

L'Adunanza Plenaria, rilevato l'annoso contrasto giurisprudenziale, con l'ordinanza n. 3/2019, ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione pregiudiziale relativa alla compatibilità degli articoli 83, comma 9, 95, comma 10 e 97, comma 5 del Codice dei contratti pubblici con il diritto dell'Unione europea. L'Adunanza ha interrogato la Corte se 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 comporti comunque l'esclusione dalla gara senza che il concorrente stesso possa essere ammesso in un secondo momento al beneficio del soccorso istruttorio. L'Adunanza ha posto la questione dinanzi alla Corte di Giustizia Europea, affinché fornisca la corretta esegesi del diritto europeo, non solo in relazione ai principi della libera circolazione, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi, ma anche in considerazione della norma che impone agli Stati membri l'adozione di misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi in materia di sicurezza sul lavoro di cui all'art. 18 della Dir. 2014/24/UE.

In ultimo - sintomo della complessità della questione in oggetto - anche l'Autorità Anticorruzione, nei pareri di precontenzioso n. 417 e n. 420 del 2018 e nella delibera n. 1039 del 30 ottobre 2018, si è pronunciata sulla più generica questione di "soccorribilità" dell'offerta che non abbia indicato i costi di manodopera. Ebbene, l'ANAC ha precisato che il costo della manodopera costituisce una componente essenziale dell'offerta economica e che non sia pertanto possibile procedere ad alcuna integrazione della stessa in sede di soccorso istruttorio. È tuttavia ammissibile che la stazione appaltante richieda al partecipante alla procedura di affidamento di specificare, in un momento successivo, quale sia la parte, rispetto all'importo totale dell'offerta di gara, destinata ai costi della manodopera. L'Autorità, infatti, ha distinto due difformi fattispecie: la prima in cui si contesta al concorrente di non avere tenuto conto, ai fini del computo dell'offerta, dei costi derivanti dall'adempimento degli obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori, e la seconda in cui si contesta soltanto la mancata specificazione della quota di prezzo riservata ai predetti oneri. Ebbene, solo nel secondo caso, la carenza, non essendo sostanziale ma solo formale, è "soccorribile". Invero, nella prima fattispecie, il concorrente non ha computato, al fine della determinazione dell'offerta, il costo della manodopera e quindi sanare l'offerta significherebbe mutarne il valore in un momento tardivo della gara, in violazione del principio della parità di trattamento. Al contrario, nel

secondo caso - quindi sanabile - il partecipante ha tenuto conto degli oneri ma ha solo mancato di specificarne la voce, sicché il soccorso istruttorio può operare, consentendo al partecipante di chiarire (ma non modificare) l'offerta già presentata.

5. Pronuncia della Corte di Giustizia Europea

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza 2 maggio 2019, interrogata in merito al contrasto tra i principi europei e la normativa nazionale, si è pronunciata sulla questione se la mancata indicazione nell'offerta di gara dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza dei lavoratori possa comportare l'esclusione dalla gara senza che il concorrente possa accedere, in un secondo momento, al beneficio del soccorso istruttorio. La Corte chiarisce che le norme italiane del Codice dei contratti (artt. 95, comma 10, ed 83, comma 9), le quali escludono il rimedio del soccorso istruttorio, in caso di mancata indicazione separata dei costi della manodopera, sono in linea di principi europei. È fatta comunque salva la fattispecie in cui il giudice nazionale verifichi la sussistenza di una materiale impossibilità per l'offerente di indicare separatamente quei costi.

Invero, la Corte ritiene che, in applicazione dei principi della parità di trattamento e di trasparenza, vige in capo all'amministrazione appaltante l'obbligo 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, così da consentire a tutti gli offerenti, ragionevolmente informati e normalmente diligenti, di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo. Invero, il principio di parità di trattamento impone che gli offerenti siano soggetti alle medesime condizioni, mentre l'obbligo di trasparenza, che ne costituisce il corollario, ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Il principio di trasparenza prevede che tutte le condizioni di partecipazione alla gara e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, così da consentire a tutti gli offerenti, ragionevolmente informati e normalmente diligenti, di comprenderne l'esatta portata e rispettarne le disposizioni.

La Corte Ue, sottolinea che dall'analisi della normativa nazionale, non emerge alcun contrasto con il principio di proporzionalità quando l'esclusione dell'operatore economico sia la conseguenza del mancato assolvimento dell'obbligo di indicare i costi di manodopera, seppur in assenza di espressa indicazione nel bando di gara, rilevata l'importanza sostanziale della documentazione omessa. Tuttavia, qualora il giudice accerti che la mancata indicazione di tale elemento essenziale dell'offerta sia imputabile ad un fatto dell'amministrazione, il partecipante deve poter accedere al rimedio del soccorso istruttorio sanando la domanda entro un termine stabilito dalla stessa amministrazione aggiudicatrice.

Ciò posto, la CGUE rileva la conformità della disciplina nazionale rispetto ai principi del Trattato dell'U.E. (TFUE) e alla direttiva 2014/24/UE. Ha infine precisato che i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza ammettono l'esclusione dell'offerta che abbia mancato di indicare i costi della manodopera, senza possibilità di soccorso istruttorio, anche in assenza di un'espressa previsione nel bando di gara dell'obbligo di indicare i suddetti costi, purché tale obbligo sia chiaramente previsto dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. In caso contrario, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi di manodopera, i principi di trasparenza e di proporzionalità impongono l'accesso all'istituto del soccorso istruttorio al fine di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale, entro il termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice.

Note e riferimenti bibliografici

[1] On. Filippo Turati in Atti del Parlamento Italiano, Camera dei Deputati, 17 giugno 1908, p. 22962.

[2] Sentenza del 6 novembre 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13.

[3] Adunanza Plenaria n. 19/2016.

[4] T.A.R. Umbria 56/2018; T.A.R. Toscana Firenze 1566/2017; T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 31 luglio 2017, n. 1981; T.A.R. Umbria 17 maggio 2017, n. 390; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 5 gennaio 2017, n. 34; T.A.R. Molise 2016, n. 513; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria 25 febbraio 2017, n. 166; T.A.R. Veneto, 21 febbraio 2017, n. 182; T.A.R. Campania, Napoli, 2017, n. 2358, Consiglio di Stato ord. 15 dicembre 2016, n. 5582).

[5] TAR Lazio Latina, 23 febbraio 2018, n. 86; TAR Campania, ord. Caut. 6 dicembre 2017, n. 1904; (TAR Campania, 14 settembre 2017, n. 4384; TAR Umbria 22 gennaio 2018, n. 56).