

ORDINANZA DELLA CORTE (Sesta Sezione)

10 novembre 2016 (*)

«Rinvio pregiudiziale – Articolo 99 del regolamento di procedura della Corte – Appalti pubblici – Direttiva 2004/18/CE – Direttiva 2014/24/UE – Partecipazione a una procedura di gara – Offerente che ha omesso di indicare nell’offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro – Obbligo giurisprudenziale di fornire tale indicazione – Esclusione dall’appalto senza possibilità di rettificare tale omissione»

Nella causa C-140/16,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dal Tribunale amministrativo regionale per le Marche (Italia), con ordinanza del 5 febbraio 2016, pervenuta in cancelleria il 7 marzo 2016, nel procedimento

Edra Costruzioni Soc. coop.,

Edilfac Srl

contro

Comune di Maiolati Spontini,

nei confronti di:

Torelli Dottori SpA,

LA CORTE (Sesta Sezione),

composta da A. Arabadjiev, facente funzione di presidente di sezione, C.G.Fernlund e S. Rodin (relatore), giudici,

avvocato generale: M. Campos Sánchez-Bordona

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l’avvocato generale, di statuire con ordinanza motivata, conformemente all’articolo 99 del regolamento di procedura della Corte,

ha emesso la seguente

Ordinanza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione dei principi della tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto, letti congiuntamente ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento, della libera prestazione di servizi, della parità di trattamento, di non discriminazione, di mutuo riconoscimento, di proporzionalità, di trasparenza, richiamati dalla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65).
- 2 Tale domanda è stata presentata nell’ambito di due controversie che contrappongono, rispettivamente, l’Edra Costruzioni Soc. coop. e l’Edilfac Srl al Comune di Maiolati Spontini (Italia) in merito alle decisioni di esclusione di dette società dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico e di affidamento di tale appalto a un’impresa terza.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione

- 3 L'articolo 2 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114), così disponeva:

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

- 4 Ai sensi dell'articolo 18, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 2014/24:

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata».

- 5 L'articolo 56, paragrafo 3, di tale direttiva stabilisce quanto segue:

«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 di 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».

Il diritto italiano

- 6 L'articolo 86, comma 3 bis, del decreto legislativo n. 163, del 12 aprile 2006, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Supplemento ordinario alla GURI n. 100, del 2 maggio 2006), come modificato dal decreto legislativo n. 152, dell'11 settembre 2008 (Supplemento ordinario alla GURI n. 231, del 2 ottobre 2008; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 163/2006»), così dispone:

«Nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture. Ai fini del presente comma il costo del lavoro è determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione».

- 7 Ai sensi dell'articolo 87, comma 4, del decreto legislativo n. 163/2006:

«Non sono ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza in conformità all'articolo 131, nonché al piano di sicurezza e coordinamento di cui all'articolo 12, decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e alla relativa stima dei costi conforme all'articolo 7, decreto del Presidente della Repubblica 3 luglio 2003, n. 222. Nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture».

- 8 L'articolo 26, comma 6, del decreto legislativo n. 81, del 9 aprile 2008, recante attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, così dispone:

«Nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture. Ai fini del presente comma il costo del lavoro è determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione».

Procedimento principale e questione pregiudiziale

- 9 Con bando del 22 aprile 2015, il Comune di Maiolati Spontini ha avviato una procedura di gara aperta per l'aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori aventi ad oggetto la costruzione di un nuovo polo scolastico. La base d'asta era pari a EUR 3 250 179,50. Il criterio di aggiudicazione prescelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.
- 10 Il termine per la presentazione delle offerte è scaduto il 22 giugno 2015.
- 11 L'Edra Costruzioni e l'Edilfac hanno formulato le loro offerte seguendo le indicazioni riportate nel disciplinare di gara.
- 12 Dopo la valutazione delle loro offerte tecniche, l'Edra Costruzioni e l'Edilfac sono state escluse dalla procedura di aggiudicazione, con la sola motivazione che le loro offerte economiche non specificavano i costi interni per la sicurezza sul lavoro. L'obbligo di specificare detti costi nelle offerte non era previsto nella documentazione di gara, ma risulterebbe, secondo il giudice del rinvio, dalla normativa nazionale, come interpretata dal Consiglio di Stato (Italia) nella sua sentenza n. 3 del 20 marzo 2015, pronunciata in Adunanza plenaria.
- 13 Con tale sentenza, il Consiglio di Stato avrebbe dichiarato che, nell'ambito delle procedure di affidamento relative ad appalti pubblici di lavori, gli offerenti dovevano obbligatoriamente indicare, nella loro «offerta economica», i costi interni per la sicurezza aziendale, pena l'esclusione dalla procedura, e ciò anche se tale obbligo e le conseguenze della sua inosservanza non erano previsti nei documenti di gara.
- 14 Con sentenza n. 9, del 2 novembre 2015, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, confermando la propria interpretazione, avrebbe precisato:

«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».
- 15 Il Comune di Maiolati Spontini, in applicazione di tale sentenza del 2 novembre 2015, ha negato alle ricorrenti nel procedimento principale, in sede di aggiudicazione definitiva dell'appalto in questione, l'esercizio del soccorso istruttorio.
- 16 Sia l'Edra Costruzioni sia l'Edilfac hanno proposto ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per le Marche (Italia) al fine di ottenere l'annullamento delle decisioni che le escludevano dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi e di quella che attribuiva l'appalto a un'impresa terza, la riammissione alla procedura di gara nonché il risarcimento del danno che ritengono di avere subito.
- 17 Detto giudice precisa di aver respinto l'istanza cautelare presentata dall'Edra Costruzioni, dal momento che le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice di cui veniva chiesta la sospensione derivavano dalla stretta applicazione delle summenzionate sentenze del Consiglio di Stato.

18 In tale contesto, il Tribunale amministrativo regionale per le Marche ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«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 (da ultimo) alla direttiva n. 2014/24/UE, ostino ad una normativa nazionale, quale quella italiana derivante dal combinato disposto degli artt. 87, comma 4, e 86, comma 3-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, e dall'art. 26, comma 6, del d.lgs. n. 81 del 2008, così come interpretato, in funzione nomofilattica, ai sensi dell'art. 99 cod. proc. amm., dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 3 e 9 del 2015, secondo la quale l'omessa separata indicazione dei costi di sicurezza aziendale, nelle offerte economiche di una procedura di affidamento di lavori pubblici, determina, in ogni caso, l'esclusione della ditta offerente senza possibilità di soccorso istruttorio e di contraddittorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata non sia stato specificato né nella legge di gara né 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».

Sulla questione pregiudiziale

Osservazioni preliminari

19 Ai sensi dell'articolo 99 del regolamento di procedura della Corte, quando una questione pregiudiziale è identica a una questione sulla quale essa ha già statuito, quando la risposta a tale questione può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o quando la risposta alla questione pregiudiziale non dà adito a nessun ragionevole dubbio, la Corte, su proposta del giudice relatore, sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata.

20 Nella sua sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404), la Corte è stata chiamata a pronunciarsi su questioni sostanzialmente identiche a quelle sollevate nella presente causa dal Tribunale amministrativo regionale per le Marche.

21 Dato che le risposte fornite da tale sentenza risultano pienamente trasponibili alla presente causa, è opportuno applicare la summenzionata norma procedurale.

Sulla direttiva applicabile

22 In limine, occorre ricordare che la sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404) ha fornito un'interpretazione delle disposizioni della direttiva 2004/18. Tale direttiva è stata abrogata dalla direttiva 2014/24, con effetto dal 18 aprile 2016.

23 L'articolo 90 della direttiva 2014/24 dispone che gli Stati membri devono mettere in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi a tale direttiva entro il 18 aprile 2016, fatte salve talune deroghe tra cui, in particolare, quelle relative agli appalti pubblici elettronici, per le quali il termine di trasposizione è fissato al 18 ottobre 2018.

24 Di conseguenza, alla data dei fatti di cui al procedimento principale, la direttiva 2004/18 era ancora applicabile, ragion per cui occorre leggere la domanda di pronuncia pregiudiziale come riferita all'interpretazione di quest'ultima direttiva, e non della direttiva 2014/24.

Nel merito

25 Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, come attuati dalla direttiva 2004/18, debbano 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, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla procedura e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un'interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale, le lacune presenti in tali documenti.

- 26 Al fine di rispondere a tale questione, occorre ricordare, in via preliminare, da un lato, che il principio della parità di trattamento impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti gli offerenti. Dall'altro lato, 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 (sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 36 e giurisprudenza ivi citata).
- 27 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, in primo luogo, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, in secondo luogo, all'amministrazione aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte degli offerenti rispondono ai criteri che disciplinano l'appalto in questione (sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 36 e giurisprudenza ivi citata).
- 28 La Corte ha altresì precisato che 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 questi ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi vincoli valgono per tutti i concorrenti (sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 37 e giurisprudenza ivi citata).
- 29 Inoltre, occorre rilevare che la direttiva 2004/18, all'allegato VII A, relativo alle informazioni che devono figurare nei bandi e negli avvisi di appalti pubblici, nella sua parte relativa al «Bando di gara», punto 17, prevede che i «[c]riteri di selezione riguardanti la situazione personale degli operatori che possono comportarne l'esclusione e [le] informazioni necessarie a dimostrare che non rientrano in casi che giustificano l'esclusione» dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione debbano essere menzionati nel bando di gara (v. sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 38).
- 30 Nelle controversie principali, il giudice del rinvio precisa che l'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, pena l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, non era previsto né dal bando di gara né espressamente dalla legge.
- 31 Come esposto da detto giudice, tale obbligo risulterebbe dall'interpretazione della normativa nazionale ad opera del Consiglio di Stato.
- 32 Si deve rilevare che, in applicazione dell'articolo 27, paragrafo 1, della direttiva 2004/18, l'amministrazione aggiudicatrice può precisare o può essere obbligata da uno Stato membro a precisare nel capitolato d'oneri l'organismo o gli organismi dai quali i candidati o gli offerenti possono ottenere le pertinenti informazioni sugli obblighi relativi alla fiscalità, alla tutela dell'ambiente, alle disposizioni in materia di sicurezza e alle condizioni di lavoro che sono in vigore nello Stato membro. Tuttavia, dalle disposizioni di tale direttiva, in particolare dagli articoli da 49 a 51 della stessa, non emerge che la mancanza di indicazioni, da parte degli offerenti, del rispetto di tali obblighi determini automaticamente l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione (v., in tal senso, sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 43).
- 33 Una condizione, derivante dall'interpretazione del diritto nazionale e dalla prassi di un'autorità, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che subordini il diritto di partecipare a una procedura di aggiudicazione 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 (sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 46).

34 Nell'ipotesi in cui, come nelle controversie principali, una condizione per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione, pena l'esclusione da 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 (sentenza del 2 giugno 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punto 50).

35 Come risulta dall'insieme delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla questione posta dichiarando che il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, come attuati dalla direttiva 2004/18, 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, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla procedura e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un'interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti. I principi della parità di trattamento e di proporzionalità devono inoltre essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di concedere a un tale offerente la possibilità di rimediare alla situazione e di adempiere detto obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice.

Sulle spese

36 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese.

Per questi motivi, la Corte (Sesta Sezione) dichiara:

Il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, come attuati dalla direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, 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, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla procedura e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un'interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti. I principi della parità di trattamento e di proporzionalità devono inoltre essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di concedere a un tale offerente la possibilità di rimediare alla situazione e di adempiere detto obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice.

Lussemburgo, 10 novembre 2016

Il cancelliere

Il presidente della Sesta
Sezione facente funzione

* Lingua processuale: l'italiano.