

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato - nel decidere direttamente la causa in relazione alla quale era stato effettuato il deferimento della questione di diritto ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p.a. - ha ritenuto integrata l'ipotesi prevista dall'art. 95 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per mancata indicazione nella offerta economica del concorrente dei costi di manodopera e, al contempo, ha ritenuto insussistenti, nel caso di specie, i presupposti per configurare la deroga all'obbligo espulsivo del concorrente che abbia omissso tale indicazione.

**Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza, 2 aprile 2020, n. 8 – Pres. Patroni Griffi, Est. Sabatino**

**Contratti pubblici – Offerta economica – Mancata separata indicazione dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza – Esclusione**

*Deve essere esclusa la concorrente che abbia del tutto omissso, nella sua offerta economica, l'indicazione dei costi di manodopera, come previsto dall'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016, con conseguente illegittimità degli atti adottati dalla stazione appaltante per mancata attivazione del dovuto meccanismo espulsivo (1).*

(1) I. – Con la sentenza in rassegna (analoga alla sentenza n. 7 pubblicata in pari data), l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nel decidere direttamente la questione sostanziale oggetto del giudizio di merito, ha ritenuto che la concorrente che abbia omissso, nella sua offerta economica, l'indicazione dei costi di manodopera, come previsto dall'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016, debba essere esclusa dalla procedura di gara, con conseguente illegittimità degli atti adottati dalla stazione appaltante per mancata attivazione del dovuto meccanismo espulsivo.

II. – La questione di merito ha ad oggetto il contrasto giurisprudenziale sull'interpretazione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 (codice dei contratti pubblici), in relazione alla mancata indicazione separata, nell'offerta, dei costi di manodopera e degli oneri di sicurezza. Le vicende processuali che hanno spinto il collegio ad adottare la sentenza in commento possono riassumersi nei seguenti termini:

- a) dopo le ordinanze di rimessione della sezione V del Consiglio di Stato, nn. 6122 del 26 ottobre 2018 e 6069 del 25 ottobre 2018 (la prima oggetto della News US in data 6 novembre 2018) e del C.g.a., nn. 772 e 773 del 20 novembre 2018, (oggetto della News US in data 29 novembre 2018, cui si rinvia per gli opportuni approfondimenti), Cons. Stato, Ad. plen., ordinanza 24 gennaio 2019, nn. 1, 2 e 3 (in *Foro it.*, 2019, III, 440, con nota di TRAVI, nonché oggetto della News US n. 18

- del 4 febbraio 2019, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), nell'aderire alla tesi c.d. formalistica, favorevole all'automatismo espulsivo senza possibilità di soccorso istruttorio, aveva sottoposto alla Corte di giustizia UE la questione pregiudiziale di compatibilità di tale soluzione con il diritto europeo;
- b) la Corte di giustizia UE, con riferimento al caso in esame, sospendeva la procedura in considerazione della pendenza di analoga questione dinanzi alla medesima Corte;
  - c) seguiva la sentenza della Corte di giustizia UE, sez. IX, 2 maggio 2019, C-309/18, Lavorgna s.r.l. (oggetto della News US n. 56 del 13 maggio 2019, alla quale si rinvia per approfondimenti), che si pronunciava in ordine agli analoghi quesiti sollevati dal T.a.r. per il Lazio, sez. II-bis, ordinanza 24 aprile 2018, n. 4562 (oggetto della News US, in data 4 agosto 2018); la Corte ha chiarito che le norme del nuovo codice dei contratti pubblici, le quali escludono il rimedio del soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione separata dei costi della manodopera, sono in linea di principio compatibili con la direttiva 2014/24/UE, salva tuttavia la situazione, che spetta al giudice nazionale verificare, in cui sussista una materiale impossibilità, per l'offerente, di indicare separatamente quei costi;
  - d) l'Adunanza plenaria, con ordinanze del 28 ottobre 2019, nn. 11, 12 e 13 (oggetto quest'ultima della News US n. 121 dell'8 novembre 2019, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), dichiarava che *“Qualora, successivamente al rinvio pregiudiziale di interpretazione da parte del giudice amministrativo, sopraggiunga una decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea che si pronunci sulla medesima questione, assodato il venir meno dell'interesse e dunque la sopravvenuta irrilevanza della causa pregiudiziale, il giudice ritira la relativa domanda dandone comunicazione alla Corte di giustizia”*; comunicava pertanto la sopravvenuta non rilevanza della pronuncia pregiudiziale al cancelliere della Corte;
  - e) il Presidente della Corte di giustizia UE disponeva la cancellazione della causa dal ruolo e il Presidente del Consiglio di Stato fissava l'udienza per la discussione del merito.

III. – Con la sentenza in rassegna, l'Adunanza plenaria, dopo aver ricostruito la vicenda processuale, ha osservato quanto segue:

- f) in considerazione dell'intervento della Corte di giustizia UE è venuta meno la necessità di pronunciare il principio di diritto, dovendo viceversa essere decisa la causa sottoposta alla sua attenzione e, in particolare:
  - f1) dopo aver ricevuto la risposta della Corte di giustizia ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione europea da essa sottoposta o allorché la giurisprudenza della Corte ha già fornito una

risposta chiara alla suddetta questione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione;

- f2) nel caso di specie, appare pertanto superfluo formulare un principio di diritto in quanto, stante l'esaustività della decisione della Corte europea, si assisterebbe a una mera ripetizione di quanto già affermato;
- f3) l'art. 99 c.p.a. evidenzia una flessibilità applicativa che consente al giudice una pluralità di soluzioni diversificate che variano dalla decisione dell'intera vicenda alla mera enunciazione del principio di diritto fino alla semplice restituzione degli atti alla Sezione remittente per ragioni di opportunità;
- f4) il coordinamento di dette disposizioni con i principi europei consente al collegio di decidere l'intera causa, nel caso in cui il principio di diritto sia stato pronunciato *aliunde*;
- g) nel merito, la citata sentenza della Corte di giustizia UE, 2 maggio 2019, ha affermato che *"I principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella 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, devono essere interpretati nel senso che essi 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"*;
- h) nel caso di specie, una volta ritenuto applicabile il principio di diritto espresso dalla Corte di Lussemburgo, deve ritenersi che l'aggiudicataria abbia chiaramente eluso le previsioni dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, avendo del tutto ommesso nella sua offerta economica l'indicazione dei costi della manodopera come previsto dall'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016 e dalla *lex specialis*;

- i) deve ritenersi integrata, pertanto, l'illegittimità degli atti adottati dalla stazione appaltante, stante la mancata attivazione del dovuto meccanismo espulsivo;
- j) l'eccezione alla regola della esclusione automatica, cui fa riferimento la citata sentenza della Corte di giustizia UE, applicabile quando si ammette il soccorso istruttorio malgrado l'offerta non rechi la separata indicazione dei costi, non è configurabile nel caso di specie, in quanto la documentazione di gara non generava confusione in capo agli offerenti né era impossibile il rispetto dell'onere dichiarativo in questione.

IV. – Per completezza si segnala quanto segue:

- k) sul venir meno dell'interesse ad una questione pregiudiziale, sul conseguente ritiro della domanda proposta alla Corte di giustizia UE dal giudice *a quo* e sui successivi adempimenti procedurali si veda: Cons. Stato, sez. V, ordinanza, 30 settembre 2019, n. 6551, secondo cui l'art. 100, primo comma, rubricato effetti della domanda di pronuncia pregiudiziale, del Regolamento di procedura della Corte di giustizia (Reg. int. 25 settembre 2012), stabilisce che *“La Corte resta investita della domanda di pronuncia pregiudiziale fintantoché il giudice che ha adito la Corte non abbia ritirato la sua domanda”*. La disposizione non specifica puntualmente i casi in cui il giudice nazionale può ritirare la domanda di pronuncia pregiudiziale, tuttavia, il par. 24 delle *“Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale (2018/C 257/01)”* prevede che: *“Sebbene la Corte rimanga in linea di principio investita di una domanda di pronuncia pregiudiziale fintantoché quest'ultima non venga ritirata, occorre tuttavia tenere presente la funzione della Corte nell'ambito del procedimento pregiudiziale, che è di contribuire all'effettiva amministrazione della giustizia negli Stati membri, e non di formulare pareri consultivi su questioni generali o ipotetiche. Poiché il procedimento pregiudiziale presuppone che una controversia sia effettivamente pendente dinanzi al giudice del rinvio, spetta a quest'ultimo rendere noto alla Corte qualsiasi incidente processuale che possa influire sul procedimento pregiudiziale dinanzi ad essa pendente e, in particolare, qualsiasi rinuncia agli atti, composizione amichevole della controversia o altro incidente che comporti l'estinzione del procedimento principale. Tale giudice deve inoltre informare la Corte dell'eventuale adozione di una decisione resa nell'ambito di un ricorso proposto contro la decisione di rinvio e delle sue conseguenze sulla domanda di pronuncia pregiudiziale”*. Il riferimento agli *“incidenti processuali”* che, comportando l'estinzione del giudizio principale, rendono superflua la risoluzione del dubbio interpretativo posto dal giudice nazionale, può essere integrato anche da una sopravvenuta pronuncia della Corte di giustizia risolutiva della medesima questione interpretativa ad essa devoluta con distinta ordinanza di rimessione.

Inoltre, la funzione dell'intervento della Corte di giustizia UE di contribuire all'effettiva amministrazione della giustizia deve essere armonizzata con il principio costituzionale di ragionevole durata del processo (art. 111, comma secondo, Cost.), che sarebbe inammissibilmente violato allorché fosse da attendere la pronuncia della Corte su domanda di pronuncia pregiudiziale allorquando nel tempo intercorrente dalla avvenuta rimessione nel giudizio principale la questione stessa è già stata risolta dalla Corte. Se è vero, pertanto, che compito della Corte di giustizia dell'Unione europea è di assicurare "il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati" (art. 19 T.U.E.) ed il rinvio pregiudiziale è lo strumento principale per garantire l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto euro-unitario, il ritiro di una domanda pregiudiziale che sia dipeso dalla sopravvenuta pronuncia della Corte di giustizia che abbia pronunciato sulla medesima questione interpretativa non mette in discussione tali principi generali, ma ne dà concreta attuazione nei limiti dell'effettività utilità per il giudice nazionale. Il ritiro della domanda di pronuncia pregiudiziale da parte del giudice nazionale non comporta la violazione delle norme del regolamento di procedura della Corte di giustizia, né la lesione delle competenze sue proprie perché, a fronte del ritiro della domanda di pronuncia pregiudiziale, resta nella valutazione della Corte decidere se pronunciarsi o meno, come si evince dalla lettura dell'art. 100, comma primo, seconda parte, del Regolamento citato ove è affermato che "*Il ritiro di una domanda può essere preso in considerazione sino alla notifica della data di pronuncia della sentenza agli interessati menzionati dall'articolo 23 dello statuto*", nonché dal successivo secondo comma, a mente del quale "*Tuttavia la Corte, in qualsiasi momento, può constatare la sopravvenuta mancanza dei presupposti della sua competenza*";

- 1) per una ricostruzione completa delle cause che conducono la Corte a non decidere, sulle varie formule e sui riti utilizzabili (manifesta irricevibilità, non luogo a provvedere, cancellazione della causa dal ruolo) si vedano:
  - 11) TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012, 290 ss., 353 ss.;
  - 12) Corte di giustizia UE, sez. IX, sentenza, 14 febbraio 2019, C-710/17, Consorzio Cooperative Costruzioni soc. coop. (oggetto della News US n. 25 del 22 febbraio 2019, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti), che ha dichiarato irricevibile un rinvio pregiudiziale, concernente l'ammissibilità dell'avvalimento da parte del progettista incaricato nei contratti pubblici di lavori, evidenziando che, affinché una controversia in materia di appalti c.d. sotto soglia possa risultare rilevante per il diritto europeo, è necessaria la dimostrazione dell'interesse transfrontaliero certo;

- 13) Corte di giustizia UE, sez. X, ordinanza, 27 aprile 2017, C-595/16, Emmea s.r.l. (oggetto della News US, in data 16 febbraio 2018), che ha dichiarato irricevibile *“la domanda di pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia UE quando l’ordinanza del giudice nazionale, in relazione a controversia i cui elementi sono tutti collocati all’interno di un solo Stato membro, non indichi sotto quale profilo la controversia pendente presenti un elemento di collegamento con le disposizioni del diritto dell’Unione europea relative alle libertà fondamentali”*;
- 14) Corte di giustizia UE, 11 novembre 2010, C-20/10, *Vino* (in *Foro it.*, 2011, IV, 461, con note di DOMENICUCCI, MELLONI, GRASSO), secondo cui, tra l’altro: *“Se la situazione concernente la questione pregiudiziale non è soggetta al diritto dell’Unione, la Corte di giustizia è manifestamente incompetente a risolverla”*; *“Ai sensi degli art. 92, n. 1, e 103, n. 1, del suo regolamento di procedura, quando una questione pregiudiziale è manifestamente irricevibile, la Corte di giustizia, sentito l’avvocato generale, senza proseguire il procedimento, può pronunciarsi con ordinanza motivata”*; *“Affinché la Corte di giustizia sia in grado di risolvere utilmente la questione ad essa sottoposta, è necessario che il giudice nazionale definisca le circostanze di fatto in cui si inserisce la questione sollevata o almeno spieghi le ipotesi di fatto su cui tale questione è basata”*;
- m) sulla irricevibilità della questione pregiudiziale nel caso in cui le disposizioni del diritto dell’Unione europea non siano applicabili alla fattispecie oggetto del procedimento principale, a meno che non ricorra, e non sia adeguatamente giustificato dal giudice del rinvio, il c.d. interesse transfrontaliero certo della controversia si vedano, oltre a Corte di giustizia 14 febbraio 2019 cit.:
- m1) la citata News US, in data 16 febbraio 2018, ove la Corte (sez. X, ordinanza, 27 aprile 2017, C-595/16, *Emmea s.r.l.*, cit.) ha dichiarato irricevibile il rinvio pregiudiziale che non indichi gli elementi di collegamento della controversia nazionale con il diritto dell’Unione europea;
- m2) Corte di giustizia UE, sez. IX, ordinanza 8 giugno 2017, C-110/16, *LG Costruzioni* (*Foro amm.*, 2017, 1211), che ha dichiarato la questione pregiudiziale manifestamente irricevibile per mancata dimostrazione dell’esistenza di un interesse transfrontaliero;
- m3) sempre nel senso della necessità di un *“fattore di collegamento con situazioni contemplate dal diritto europeo”*: Corte giustizia UE, 8 maggio 2013, C-197/11 e C-203/11, *Eric Libert* (*Riv. trim. appalti*, 2015, 51 con nota MARCHI BARALDI); 1° aprile 2008, C-212/06, *Comunità vallone*; 5 maggio 2011, C-434/09, *Shirley McCarthy* (*Giur. costit.*, 2011, 2529 con note CALVANO, SPINACI);

n) per la cancellazione della causa dal ruolo in caso di rinuncia dell'appellante nella causa principale pendente dinanzi al Consiglio di Stato si veda Corte di giustizia, IV sez., ordinanza, 5 agosto 2016, C-287/15;

o) in dottrina:

o1) L. MELLONI, *I requisiti formali delle decisioni di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 2011, IV, 480, ove si afferma che una decisione di rinvio deve idealmente possedere i seguenti requisiti, per non essere dichiarata irricevibile dalla Corte: *“deve, in primo luogo, essere ben strutturata, con sottotitoli e con la numerazione dei capoversi, come le sentenze della corte, per facilitare il lavoro dei traduttori che lavorano alla corte e la relativa traduzione da sottoporre al giudice relatore e al suo gabinetto. Una buona decisione di rinvio non deve — idealmente — superare dieci pagine”*; *“deve, in secondo luogo, descrivere i fatti, in modo chiaro, preciso, e semplice, lasciando da parte gli orpelli e le forme stilistiche del proprio diritto nazionale, al fine di facilitare il lavoro dei traduttori della corte”*; *“in terzo luogo, nella decisione di rinvio il giudice nazionale deve individuare in modo chiaro e preciso la legislazione nazionale applicabile che appaia essere incompatibile con il diritto comunitario”*; *“in quarto luogo, la decisione di rinvio deve individuare, se possibile, le norme comunitarie e, in particolare, le disposizioni del trattato di Lisbona, e cioè il diritto primario della Ue, oppure le disposizioni degli atti comunitari (ad esempio, i regolamenti, le direttive e le decisioni, e cioè il diritto derivato della Ue), pertinenti per risolvere la controversia principale”*; *“in quinto luogo deve contenere una breve descrizione degli argomenti delle parti”*, per consentire *“ai governi degli Stati membri e alle parti interessate di prendere conoscenza degli argomenti non potendo avere accesso al dossier della domanda di rinvio, se non consultandolo personalmente alla cancelleria della corte in Lussemburgo”*; *“in sesto luogo, è importante spiegare nella decisione di rinvio l'iter giuridico, e cioè il ragionamento che ha condotto il giudice di rinvio a sollevare i quesiti pregiudiziali alla corte”*; in settimo luogo *“è opportuno ricordare che la decisione di rinvio deve essere fatta in una fase del processo nella quale il giudice nazionale sia in grado di definire l'ambito di fatto e di diritto del problema oppure dei problemi che si presentano nella controversia principale, affinché i giudici di Lussemburgo dispongano degli elementi necessari per verificare se eventualmente il diritto comunitario si applica alla controversia principale”*. Si deve ancora ricordare che il giudice nazionale deve, sempre e comunque, cercare di risolvere le questioni di diritto comunitario che la controversia principale gli presenta con i propri mezzi, basandosi sull'ampia giurisprudenza della corte, e verificando soprattutto che non vi siano dei precedenti simili di domande di rinvio che la corte ha già trattato. Sulla differenza tra

incompetenza e irricevibilità sottolinea l'A. che la distinzione non è peraltro priva di rilevanza: se una dichiarazione di incompetenza della corte è, in genere, irrimediabile per il giudice *a quo*, nei casi d'irricevibilità quest'ultimo potrà sempre riproporre la questione, fornendo tutte le precisazioni necessarie per consentire alla corte di dare una risposta utile;

- o2) D.P. DOMENICUCCI, *Circa il meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 2011, IV, 484, il quale indica quali siano le diverse fattispecie nelle quali la Corte ha pronunciato la irricevibilità delle domande di pronuncia pregiudiziale, ciò è accaduto in particolare allorquando le stesse: risultassero manifestamente non rilevanti per la soluzione della causa principale, poste in un giudizio già concluso, aventi carattere generale e meramente ipotetico, aventi ad oggetto questioni interpretative la cui soluzione non era necessaria ai fini della decisione della causa principale o sollevate in giudizi nel cui ambito il diritto Ue non era applicabile; fossero contenute in provvedimenti di rinvio nei quali il giudice *a quo* aveva ommesso di definire il contesto di fatto e di diritto della controversia o di spiegare almeno l'ipotesi di fatto su cui tali questioni erano fondate; risultassero sollevate nell'ambito di una controversia fittizia. Nel dialogo tra giudice nazionale e corte è prerogativa del primo, che è l'unico a conoscere i fatti di causa, valutare la necessità di una pronuncia pregiudiziale per poter emettere la propria sentenza e la corte non esamina la competenza del giudice *a quo*, né si esprime sulla regolarità del provvedimento di rinvio. *“La corte è stata così a lungo restia ad esaminare la pertinenza dei quesiti o a sindacare la motivazione del provvedimento di rinvio. Tuttavia, essa stessa ha ricordato che la competenza del giudice nazionale va temperata con l'esigenza di preservare la funzione di cui la corte è investita, che è quella di contribuire all'amministrazione della giustizia negli Stati membri e non di esprimere pareri consultivi su questioni generali o ipotetiche”*, stabilendo quindi alcune condizioni di ammissibilità o di ricevibilità dei quesiti sottoposti alla sua attenzione;
- o3) G. GRASSO, nota di richiami a Corte di giustizia UE, ordinanza 11 novembre 2010, causa C-20/10, *Vino*, e Corte di giustizia UE, ordinanza 13 gennaio 2010, cause riunite C-292/09 e C-293/09, *Calestani e Lunardi*, cit. (cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti dottrinali), sottolinea, tra l'altro, che la forma processuale dell'ordinanza può essere adottata dalla corte ai sensi del suo regolamento di procedura, attraverso un *iter* semplificato, qualora la questione pregiudiziale posta sia identica ad altra sulla quale la corte abbia già statuito o qualora la soluzione di tale questione possa essere chiaramente

desunta dalla giurisprudenza (art. 104, n. 3, 1° comma) o nel caso in cui la questione sia manifestamente irricevibile o la corte sia manifestamente incompetente a conoscerla (art. 92, n. 1, e 103, n. 1);

- o4) S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Santarcangelo di Romagna, 2013; F. ASTONE, *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, Napoli, 1999.