

## Mancata indicazione separata dei costi della manodopera negli appalti pubblici e diniego di soccorso istruttorio

*di Sofia Felicioni*

**Title:** Public procurement: when labour costs are not listed separately in the tender, the denial of the *soccorso istruttorio* procedure is in line with the EU principles.

**Keywords:** Public procurement; Labour costs not listed separately in the financial tender; Automatic exclusion of tenderer.

1. – Con la sentenza in commento la Corte di Giustizia si è pronunciata in merito alla questione pregiudiziale sollevata dal T.a.r. per il Lazio, sezione II bis, con ordinanza del 24 aprile 2018, n. 4562, recante un quesito relativo all'interpretazione della direttiva 2014/24/UE, nonché dei principi del diritto dell'Unione europea in materia di appalti pubblici. In particolare, con l'ordinanza richiamata il giudice rimettente ha chiesto alla Corte se i principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza ostino ad una normativa nazionale che, in relazione ad un'offerta economica presentata nel contesto di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, disponga, quale conseguenza della mancata indicazione separata dei costi della manodopera, l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche laddove l'obbligo di indicazione separata dei suddetti costi non venga specificato nella *lex specialis* di gara e a prescindere dal fatto che la disciplina relativa ai costi minimi della manodopera venga comunque rispettata dall'offerente da un punto di vista sostanziale.

2. – La vicenda dalla quale ha tratto origine la questione sottoposta all'attenzione dei giudici di Lussemburgo ha visto contrapporsi la Lavorgna S.r.l. al comune italiano di Montelanico, quali parti di una controversia insorta in occasione dell'espletamento di una procedura di gara aperta e sopra soglia, bandita dall'Ente locale per l'affidamento del servizio di raccolta differenziata, trasporto dei rifiuti solidi urbani ed assimilati e di altri servizi d'igiene urbana.

Il provvedimento di indizione della gara di appalto ometteva di richiamare espressamente l'obbligo, incumbente sugli operatori economici in virtù di quanto prescritto all'articolo 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, di indicare nella loro offerta economica i costi della manodopera.

Tra i sei operatori che avevano proceduto a presentare un'offerta, la Gea S.r.l., pur non avendo indicato specificamente i costi della manodopera nella propria offerta economica, aveva comunque potuto aggiudicarsi la gara grazie all'attivazione, da parte della stazione appaltante, del meccanismo del soccorso istruttorio di cui all'articolo 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici, per il tramite del quale l'impresa era stata

ammessa a provvedere tardivamente alla suddetta specificazione, in tal modo allineandosi a quanto disposto dall'articolo 95, comma 10, del medesimo Codice.

Classificatasi seconda all'esito dell'espletamento della procedura di evidenza pubblica, la Lavorgna S.r.l. ha, dunque, impugnato l'aggiudicazione definitiva della concorrente sostenendo che, proprio in ragione della mancata specifica indicazione dei costi della manodopera, quella avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, non potendo trovare applicazione nel caso di specie il rimedio del soccorso istruttorio, in quanto istituito preordinato a sanare irregolarità riguardanti esclusivamente i requisiti soggettivi di partecipazione delle imprese e non anche a supplire carenze afferenti all'offerta tecnica ed economica.

Nel richiamare gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa interna formati sul punto, il giudice del rinvio ha evidenziato come, dal quadro normativo nazionale, emerga la necessità di assumere il rispetto delle norme del nuovo Codice degli appalti quale ineludibile obbligo da assolvere inderogabilmente già in sede di predisposizione dell'offerta economica, onde assicurare soddisfazione alle esigenze di massima trasparenza che la medesima normativa esprime.

D'altra parte, come l'ordinanza di rimessione ha inteso precisare, lo stesso principio di trasparenza e quello di parità di trattamento richiedono – secondo il giudice dell'Unione – «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 quest'ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati dal fatto che gli stessi vincoli valgono per tutti i concorrenti» (Corte di Giustizia, sentenza 2 giugno 2016, Causa C-27/15).

È sulla base di tali considerazioni – come il T.a.r per il Lazio ha rammentato – che la Corte di Giustizia ha, in alcuni suoi precedenti, ritenuto di dover riconoscere all'amministrazione aggiudicatrice la possibilità di assegnare al concorrente escluso un termine sufficiente per regolarizzare la propria omissione, almeno nel caso in cui l'esistenza di una condizione di partecipazione alla procedura, in quanto non espressamente prevista dalla *lex specialis* di gara, potesse essere identificata soltanto attraverso un'interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale. Tutto ciò alla luce dell'ulteriore osservazione per cui la sussistenza di una simile condizione si rivelerebbe particolarmente pregiudizievole per gli interessi degli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, stante la maggiore difficoltà che essi potrebbero verosimilmente incontrare nella conoscenza e, ancor più, nell'interpretazione del diritto italiano.

Proseguendo nelle argomentazioni che hanno dato corpo all'ordinanza di rimessione, il giudice *a quo* ha, tuttavia, rilevato come il margine di flessibilità riconosciuto agli offerenti, alle condizioni suddette, dal giudice dell'Unione, in quanto riconducibile a pronunce disposte con riferimento alla previgente normativa di cui alla direttiva n. 2004/18/CE e al d.lgs. n. 163 del 2006, in realtà non possa ritenersi confacente al tenore della normativa attualmente vigente.

La disciplina prevista dal d.lgs. n. 50 del 2016, infatti, così come risultante dalle modifiche apportategli per mezzo del d.lgs. n. 56 del 2017, impone espressamente agli operatori economici l'obbligo di indicare nella propria offerta – oltre ai costi aziendali per la sicurezza dei lavoratori – i costi della manodopera (articolo 95, comma 10), escludendo allo stesso tempo che l'amministrazione aggiudicatrice possa disporre della procedura di soccorso istruttorio al fine di consentire agli offerenti di regolarizzare tale genere di carenza, in quanto attinente, per l'appunto, all'offerta economica (articolo 83, comma 9).

Secondo il giudice del rinvio la disciplina in questione presenterebbe dei profili di dubbia compatibilità con il diritto dell'Unione, dal momento che esclude la facoltà dell'amministrazione di assegnare al concorrente un termine ulteriore per integrare l'offerta, anche laddove quest'ultima, oltre ad essere stata redatta in conformità alla documentazione predisposta dalla stessa stazione appaltante e a richiamare

espressamente il rispetto dell'articolo 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici, abbia altresì rispettato, da un punto di vista sostanziale, la disciplina in materia di costi della manodopera.

Ad essere compromessi da una disciplina normativa che non ammette alcuna eccezione all'automatica esclusione dell'impresa partecipante alla gara in caso di mancata indicazione dei costi della manodopera sarebbero, specificamente, i principi generali della tutela del legittimo affidamento, della certezza del diritto e di proporzionalità, oltre a quelli del *favor participationis* e della parità di trattamento sostanziale tra le imprese concorrenti, potendosi ritrovare un concorrente escluso dalla procedura di aggiudicazione per ragioni di natura meramente formale.

Alla luce di tali considerazioni, il T.a.r. per il Lazio ha deciso di sospendere il giudizio e di rimettere alla Corte di Giustizia la menzionata questione.

3. – Nel fornire una risposta al quesito sottoposto, la Corte ha ripercorso la propria giurisprudenza ponendo al centro della sua disamina, tra i parametri invocati dal giudice del rinvio, il principio di parità di trattamento e quello di proporzionalità.

In relazione al primo parametro, il giudice dell'Unione ha ribadito che è proprio il principio di parità di trattamento ad imporre l'esigenza che i concorrenti abbiano le stesse possibilità in ordine alla formulazione delle proprie offerte, il che presuppone la necessità che tutte le offerte, da chiunque vengano presentate, siano soggette alle medesime condizioni.

In questa prospettiva, la Corte ha sottolineato il legame che congiunge il principio di trasparenza a quello di parità di trattamento, rilevando come lo scopo che il primo persegue, e che risulta funzionale alla soddisfazione delle esigenze imposte dal secondo, è quello di scongiurare il rischio che le amministrazioni aggiudicatrici possano agire in modo arbitrario ed operare dei favoritismi.

L'obbligo di trasparenza, dunque, quale corollario del principio di parità di trattamento, impone alle stazioni appaltanti di esporre tutte le condizioni e le modalità di svolgimento della procedura di aggiudicazione in maniera chiara, precisa e univoca all'interno del bando di gara o del capitolato d'onori, così che tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti siano posti nelle condizioni di comprenderne l'esatta portata e in modo tale che le stesse amministrazioni aggiudicatrici, d'altro canto, siano in grado di verificare la rispondenza effettiva delle offerte presentate ai criteri che disciplinano la medesima gara.

Se, dunque, i principi citati implicano, come conseguenza, l'illegittimità dell'esclusione facente seguito al mancato rispetto di un obbligo che non venga contemplato in maniera espressa dai documenti relativi alla procedura di gara o dal diritto nazionale vigente – limitandosi, al più, ad esser desumibile in via interpretativa dalle richiamate fonti –, a conclusioni diverse occorre giungere laddove l'obbligo disatteso dall'operatore economico sia previsto espressamente, a pena di esclusione. Nell'ipotesi in questione, infatti, secondo un orientamento costante della Corte di Giustizia, all'amministrazione aggiudicatrice risulterebbe preclusa la facoltà di procedere a qualunque rettifica.

D'altra parte, aggiunge la Corte, è lo stesso articolo 56, paragrafo 3, della direttiva n. 2014/24/UE, nel momento in cui autorizza le stazioni appaltanti a 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, a far salve eventuali disposizioni contrarie del diritto nazionale. Seppur nel doveroso rispetto del principio di proporzionalità – che si impone in quanto principio generale del diritto dell'Unione, richiedendo che gli strumenti utilizzati non eccedano quanto strettamente necessario al raggiungimento dell'obiettivo perseguito per il tramite dei medesimi –, gli Stati membri sono, dunque, autorizzati a limitare i casi

in cui le amministrazioni aggiudicatrici possono disporre del meccanismo del soccorso istruttorio. Ed è proprio sulla scorta dell'articolo 56, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 che il legislatore italiano, all'articolo 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici, ha deciso di limitare l'operatività del soccorso istruttorio ai casi di "mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica".

Nel caso portato all'attenzione della Corte di Giustizia, seppure il bando di gara non richiamasse esplicitamente l'obbligo di indicazione separata dei costi della manodopera, esso tuttavia si faceva carico di specificare che, per quanto non fosse espressamente previsto nello stesso bando, nel capitolato e nel disciplinare di gara, avrebbero dovuto trovare applicazione le norme del Codice dei contratti pubblici, dovendo, pertanto, ritenersi richiamato anche l'obbligo, discendente dal combinato disposto dell'articolo 95, comma 10, e dell'articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, di indicare separatamente, nell'offerta economica, i costi in questione.

Sulla base di queste considerazioni, i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che, essendo l'obbligo dichiarativo di cui si discute contenuto in una norma primaria dal carattere sufficientemente chiaro, qualunque offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente avrebbe potuto, in linea di principio, venirne a conoscenza, costituendo, pertanto, il mancato adempimento di tale onere una grave negligenza al concorrente medesimo addebitabile.

Giungendo alla sua prima conclusione, la Corte di Giustizia ha dunque dichiarato che «i principi della parità di trattamento e di trasparenza non ostano a una normativa nazionale [...] 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».

Tale affermazione di principio, tuttavia, a giudizio della Corte, necessita di essere letta alla luce delle peculiarità caratterizzanti la fattispecie concreta.

Dal caso sottoposto alla sua attenzione, infatti, è emerso che il modulo predisposto dalla stazione appaltante, e che i concorrenti avrebbero dovuto obbligatoriamente utilizzare per la presentazione della propria offerta, non conteneva alcuno spazio fisico che potesse essere utilizzato ai fini dell'indicazione separata dei costi della manodopera. Questo fatto, unitamente alla circostanza per cui il capitolato d'oneri escludeva chiaramente la possibilità, per gli offerenti, di presentare documenti diversi da quelli specificamente richiesti dall'amministrazione, ha condotto la Corte a ritenere potenzialmente sussistente un vero e proprio impedimento materiale all'indicazione suddetta.

Giacché è al giudice del rinvio che compete statuire sui fatti della controversia principale e, perciò, anche sulla documentazione relativa al pertinente bando di gara, la Corte europea ha rimesso al T.a.r. per il Lazio il compito di verificare l'effettiva impossibilità materiale, per gli offerenti, di indicare nella propria offerta economica i costi della manodopera, conformemente all'articolo 95, comma 10, del Codice dei contratti pubblici.

Nel caso in cui un simile accertamento dovesse condurre il giudice rimettente a ritenere sussistente la detta impossibilità, allora ad imporsi sarebbero i principi della certezza del diritto, di trasparenza e di proporzionalità, in virtù dei quali l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe ben decidere di accordare al concorrente la possibilità di integrare la propria offerta entro un termine dall'amministrazione stessa stabilito.

In definitiva, dunque, i giudici europei hanno disposto che «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».

4. – Osservando il tema dal versante della giurisprudenza amministrativa interna, si rammenta che, vigente il vecchio Codice dei contratti pubblici, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato aveva avuto occasione di pronunciarsi su una questione analoga a quella oggetto della sentenza in rassegna, mostrando di privilegiare esigenze di carattere sostanzialistico.

Con la sentenza n. 19 del 2016, infatti, il Supremo Consesso della giustizia amministrativa aveva affermato che «nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio».

Con l'entrata in vigore del d.lgs. 50 del 2016 – e, in particolare, del suo articolo 95, comma 10 – il citato principio di diritto è stato, tuttavia, messo in discussione, essendosi, sul punto, sviluppati due differenti orientamenti interpretativi.

Un primo filone giurisprudenziale, ponendosi in linea di continuità con quanto statuito dall'Adunanza Plenaria durante la vigenza del d.lgs. 163 del 2006, ha affermato che, nonostante l'articolo 95, comma 10, del nuovo Codice dei contratti pubblici abbia previsto, a tal riguardo, un puntuale obbligo dichiarativo, la mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale non determinerebbe, in ogni caso, l'automatica espulsione dell'offerente, quantomeno in tutte quelle ipotesi in cui la *lex specialis* di gara ometta di richiamare espressamente l'obbligo in questione ed il concorrente dimostri di aver sostanzialmente computato, in maniera congrua, tali oneri nella propria offerta economica (Consiglio di Stato, sentenza n. 2554 del 2018).

Secondo i sostenitori della tesi sostanzialistica, un'interpretazione diversa della nuova normativa sui contratti pubblici si porrebbe in contrasto con il diritto dell'Unione, così come interpretato costantemente dalla Corte di Giustizia, avendo quest'ultima ribadito, proprio con riguardo agli oneri per la sicurezza dei lavoratori, che non è legittimo escludere il concorrente solo per un vizio formale della domanda o dell'offerta, purché i detti oneri, ancorché ivi non specificati separatamente, siano stati sostanzialmente ricompresi nel prezzo dell'offerta (in tal senso, Corte di Giustizia, sentenze 2 giugno 2016, causa C- 27/15, e 10 novembre 2016, causa C- 140/2016).

Per i fautori della tesi in questione, insomma, laddove non venga messo in discussione il rispetto, da parte del concorrente, degli obblighi di sicurezza, né tanto meno il sostanziale computo, nella formulazione dell'offerta, dei relativi oneri aziendali, questi ultimi non sarebbero qualificabili come elemento sostanziale dell'offerta, con la

conseguenza che i medesimi non rientrerebbero nel divieto previsto dall'articolo 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici.

D'altro canto – si aggiunge –, nessuna disposizione del Codice prescrive a chiare lettere che l'obbligo di indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale debba essere adempiuto dall'offerente a pena di esclusione, adducendosi, per tal via, a sostegno della tesi sostanzialistica altresì il principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara.

Un altro orientamento, invece, valorizza gli elementi di discontinuità introdotti con la nuova disciplina, la quale, avendo previsto espressamente la necessità di indicare gli oneri per la sicurezza aziendale – oltre a quelli della manodopera – in relazione alle gare indette dall'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, avrebbe superato le incertezze interpretative sorte durante la vigenza del regime precedente, introducendo un effetto espulsivo operante automaticamente in conseguenza della mancata indicazione separata dei succitati costi, a prescindere, perciò, dalla circostanza che la *lex specialis* di gara richiami o meno il relativo obbligo.

Laddove, infatti, il più volte richiamato articolo 95, al comma 10 prevede che l'operatore debba "indicare" i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, esso non si limita a richiederli genericamente di tenerne conto nella formulazione della propria offerta, bensì di farne menzione specifica.

Per i sostenitori della tesi formalistica, dunque, in presenza di un obbligo dichiarativo espressamente enunciato dalla legge, l'estensione dell'operatività del meccanismo del soccorso istruttorio a tale genere di sanatoria si risolverebbe in un *escamotage* che finirebbe per aggirare il divieto, imposto dall'articolo 95, comma 10, del nuovo Codice, di modificare *ex post* il contenuto dell'offerta economica (Consiglio di Stato, sentenza n. 815 del 2017; nello stesso senso, Consiglio di Stato, sentenze nn. 653 e 1228 del 2018).

Al fine di dirimere questo aspro contrasto giurisprudenziale, l'Adunanza Plenaria – il cui intervento risolutore era stato nuovamente invocato dal Consiglio di Stato – ha recentemente deciso di sottoporre la questione alla Corte di Giustizia, rinviandole tre ordinanze gemelle (nn. 1, 2 e 3 del 2019).

Nel prospettare al giudice europeo la contrapposizione tra la tesi formalistica e quella sostanzialistica, la Plenaria ha portato alla sua attenzione lo scontro – che nel contesto di quella stessa contrapposizione si consuma – tra il principio della *par condicio* dei concorrenti, privilegiato dal primo orientamento, e quello della massima partecipazione, privilegiato dal secondo.

In ogni caso, le argomentazioni che il Supremo Consesso ha addotto a sostegno della propria adesione alla tesi formalistica non si sono limitate a misurarsi con questo tema, essendo stata la discussione condotta al di là dei principi che regolano lo svolgimento della gara pubblica attraverso l'introduzione di un argomento ulteriore, di carattere sostanziale, che mette a fuoco il significato dell'obbligo dichiarativo in relazione al bene giuridico che, con la previsione dello stesso obbligo, si è inteso tutelare.

L'obbligo di indicare i costi della manodopera e quelli per la sicurezza dei lavoratori – si legge nell'ordinanza n. 1 del 2019 – «risponde all'evidente esigenza di rafforzare gli strumenti di tutela dei lavoratori, di responsabilizzare gli operatori economici e di rendere più agevoli ed efficaci gli strumenti di vigilanza e controllo da parte delle amministrazioni», da ciò derivando che «il concorrente che formuli un'offerta economica omettendo del tutto di specificare quali siano gli oneri connessi alle prestazioni lavorative non commette soltanto una violazione di carattere formale, ma presenta un'offerta di fatto indeterminata nella sua parte più rilevante, in tal modo mostrando un contegno certamente incompatibile con l'onere di diligenza particolarmente qualificata che ci si può ragionevolmente attendere da un operatore professionale».

Con questo ulteriore argomento, insomma, l'Adunanza Plenaria ha spazzato via la distinzione, sulla quale la tesi sostanzialistica ha tratto il proprio fondamento, tra inadempimento formale e sostanziale degli obblighi di sicurezza. Nella prospettiva assunta dal Supremo Consesso della giustizia amministrativa, infatti, la mancanza di una indicazione specifica e separata, all'interno dell'offerta economica, degli oneri connessi alle prestazioni lavorative è indicativa di una carenza che è sempre di carattere sostanziale, giacché preclude il perseguimento dell'obiettivo che il legislatore, attraverso la previsione del relativo obbligo dichiarativo, si è proposto di realizzare.

Ciò premesso, avendo tuttavia rilevato che la soluzione da essa prospettata avrebbe potuto rivelarsi passibile di riscontri di incompatibilità comunitaria – in particolare in relazione ai principi di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di libera circolazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, oltre che alle norme della direttiva n. 2014/24/UE – la Plenaria, in quanto giudice contro le cui decisioni non può proporsi un ricorso di diritto interno, ha ritenuto necessario sollevare una questione pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia, chiedendole delucidazioni in merito alla legittimità comunitaria dell'automatica esclusione dell'offerente che abbia omissso di evidenziare i costi della manodopera e gli oneri per la sicurezza dei lavoratori in sede di offerta.

Nel prospettare la questione, il giudice rimettente ha comunque ritenuto di dover puntualizzare che «tra le opposte finalità della tutela della concorrenza e della proporzionalità nei riguardi degli offerenti (ed in special modo di quelli stabiliti in altri Stati membri), da un lato, e le esigenze della certezza del diritto, della parità di trattamento e della effettività della tutela economica e sociale del lavoro e della sicurezza dei prestatori, più volte richiamate dal diritto comunitario, dall'altro, [debbono] essere privilegiate queste ultime esigenze».

Non potendo, a parere della Plenaria, l'obbligo di indicazione separata dei costi della manodopera e di quelli della sicurezza dei lavoratori, essere ritenuto un adempimento meramente formale, «non può dunque parlarsi affatto di “soccorso istruttorio”, che come tale afferisce propriamente alla fase dell'ammissione e della verifica dei requisiti e quindi a profili tipicamente soggettivi, in quanto la normativa nazionale, utilizzando la facoltà concessa dalla Direttiva all'art. 56, par. 3 della Dir. 2014/24/UE, all'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2014 e s.m.i., ha delimitato il soccorso istruttorio agli elementi formali “... del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica...”».

5. – Nel fornire una risposta alla questione sottoposta dal T.a.r. per il Lazio con l'ordinanza n. 4562 del 24 aprile 2018 – ed, indirettamente, anche a quelle sollevate dall'Adunanza Plenaria con le ordinanze da ultimo richiamate –, la Corte di Giustizia ha sostanzialmente confermato l'orientamento formalistico in virtù del quale, in alcuni suoi precedenti arresti, aveva ritenuto di poter riscontrare l'illegittimità dei provvedimenti di esclusione soltanto nel caso in cui gli obblighi violati dal concorrente non emergessero con chiarezza dai documenti di gara o dalla normativa nazionale (in tal senso, Corte di Giustizia, sentenza 6 novembre 2014, causa C-42/13; sentenza 2 giugno 2016, causa C-27/15; sentenza 10 novembre 2016, causa C-140/16).

Alla luce del disposto di cui all'articolo 56, paragrafo 23, della direttiva n. 2014/24/UE, gli Stati membri – nell'ambito delle misure che adottino al fine di dare attuazione alla direttiva in questione – sono, pertanto, liberi, in linea di principio, di limitare la possibilità che le stazioni appaltanti procedano alla regolarizzazione delle offerte presentate nel contesto di una gara ad evidenza pubblica, purché per tale via non risulti compromessa la realizzazione degli obiettivi che il legislatore europeo, con l'adozione di tale atto normativo, ha inteso perseguire e non resti pregiudicata

l'implementazione della disciplina europea sui contratti pubblici, oltre all'attuazione dei pertinenti principi del diritto dell'Unione.

È segnatamente nella adeguata conoscibilità *ex ante* della regola la cui violazione venga prevista a pena di esclusione che la Corte rinviene, in definitiva, la condizione necessaria e sufficiente per ritenere salvaguardato il principio del legittimo affidamento e tutelate le esigenze imposte dal principio della massima partecipazione, che proprio attraverso il rispetto di tale condizione risultano bilanciate con quelle connaturate ai principi di trasparenza e di parità di trattamento.

D'altra parte, la prevalenza che la statuizione "formalista" della Corte ha assicurato, nel conflitto tra principi, alla *par condicio* concorrenziale non le ha, comunque, precluso di riuscire a valorizzare anche istanze di matrice sostanzialistica.

È, in particolare, dall'ultimo passaggio della decisione che emerge la volontà dei giudici di Lussemburgo di recuperare il valore sostanziale espresso dal principio di proporzionalità, nel suo essere preordinato ad evitare che una normativa nazionale – quale è quella sugli appalti pubblici – finalizzata a garantire la parità di trattamento tra i concorrenti ecceda quanto strettamente necessario al perseguimento di tale obiettivo. In questo senso, dunque, va letta l'eccezione all'operatività del principio di diritto statuito con la sentenza in rassegna, introdotta dalla Corte, per l'appunto, al fine di scongiurare il rischio che i concorrenti di una procedura di evidenza pubblica vengano pregiudicati per non aver adempiuto obblighi di cui la stessa stazione appaltante abbia reso impossibile l'esecuzione.

In questa prospettiva, tanto il principio di trasparenza quanto quello di proporzionalità, nella misura in cui garantiscono a tutti gli operatori economici la possibilità di partecipare alle procedure di evidenza pubblica in condizioni eque e paritarie, risultano funzionali a favorire l'ampliamento del mercato delle commesse pubbliche e, in ultima analisi, la tutela della concorrenza.