

Legittimo affidamento in tema di indicazione degli oneri aziendali

di Gianluca Taddeo

Data di pubblicazione: 23-9-2016

1. In ragione del rilievo assunto dal principio della tutela del legittimo affidamento in materia di appalti pubblici, la mancata indicazione da parte dell'aggiudicataria degli oneri aziendali non comporta la sua esclusione dalla procedura di gara laddove ciò risulti comunque frutto di un errore indotto dalla stazione appaltante.

2. Occorre distinguere la fase dell'individuazione delle regole disciplinari del procedimento di gara, nella quale il principio della etero-integrazione consente di colmare eventuali lacune della *lex specialis*, dalla fase della valutazione del concreto comportamento che deve essere tenuto dai concorrenti ai fini della partecipazione alla gara nella quale deve prevalere invece il principio della tutela dell'affidamento del concorrente che sia stato indotto dalla stazione appaltante a formulare un'offerta non conforme alle previsioni di legge. (1)

3. La normativa applicabile alle procedure per la realizzazione di lavori pubblici di interesse provinciale e quelli realizzati su beni di proprietà della Provincia Autonoma di Trento è costituita dalla legge provinciale n. 26/1993 e dal relativo regolamento di attuazione, che per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria nulla dispone con riferimento ai c.d. oneri aziendali, per i quali deve quindi ritenersi che non sussista alcun obbligo di indicazione in assenza di espressa previsione nella *lex specialis*.

(1) *Conforme: Consiglio di Stato, sez. V, ord. 18.3.2016, n. 1116; T.A.R. Campania Salerno, 20 novembre 2015, n. 2457; AVCP Parere n. 69 del 10.4.2014; T.A.R. Veneto Venezia, 20.5.2015, n. 619 Consiglio di Stato, Sez. III, 10.7.2013, n. 3706*

In senso contrario: Consiglio di Stato, Ad. Plen., 20.3.2015, n. 8; Consiglio di Stato, Ad. Plen., 2.11.205, n. 9; T.A.R. Palermo Sicilia, sez. III, 29.6.2016, n. 1576

Guida alla lettura

Con la sentenza in commento i giudici tridentini prendono posizione in tema di indicazione

separata dei costi interni di sicurezza aziendale nelle offerte per una procedura ad evidenza pubblica riguardante un appalto di lavori

Parte della giurisprudenza amministrativa ha infatti ritenuto che, in presenza di un legittimo affidamento ingenerato dalla stazione appaltante, si dovesse escludere l'applicazione dei principi affermati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nelle sentenze n. 3 del 20 marzo 2015 e n. 9 del 2 novembre 2015, nelle quali era stato sancito l'obbligo di quantificazione e indicazione nelle offerte, per tutte le tipologie di gare pubbliche della quota degli oneri della sicurezza aziendale a pena di esclusione dalla procedura di gara, e ciò anche nel caso in cui l'adempimento non fosse prescritto dalla *lex specialis*.

Dubitando della compatibilità dell'interpretazione fornita dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del combinato disposto degli artt. 87, comma 4, e 86, comma 3-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 con l'art. 26, comma 6, del d.lgs. n. 81 del 2008 con i principi dell'ordinamento della UE diversi Giudici amministrativi (T.A.R. Piemonte, ord. n. 1745 del 16.12.2015; T.A.R. Molise, sent. n. 77 del 12.2.2016; T.A.R. Campania Napoli, sez. I, sent. n. 990 del 24.2.2016) hanno sollevato ai sensi dell'art. 267 TFUE, questione pregiudiziale innanzi alla CGE, tanto da spingere lo stesso Consiglio di Stato, Sez. V ha richiedere un nuovo pronunciamento dell'Adunanza Plenaria affinché questa potesse rivedere il principio di diritto affermato nella sentenza 9 del 2015 (Consiglio di Stato, Sez. V, ord. 18.3.2016, n. 1116).

Il Collegio ha ritenuto, in ragione della peculiarità della fattispecie in esame – vale a dire la soggezione della procedura di gara alla disciplina speciale dettata dalla legge provinciale n. 26/1993 nonché la mancata previsione sia nella *lex specialis* che nel modello di offerta predisposto dalla stazione appaltante dell'obbligo di indicare gli oneri aziendali- che l'omessa indicazione degli oneri aziendali da parte dell'aggiudicataria non avrebbe potuto determinare la sua esclusione dalla gara in forza del principio generale del diritto dell'Unione europea e di applicazione trasversale della tutela del legittimo affidamento.

La controversia in esame concerne infatti una procedura negoziata mediante gara telematica per l'affidamento, con il criterio del prezzo più basso di un lotto di lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria.

La normativa applicabile alle procedure per la realizzazione di lavori pubblici di interesse provinciale come quella in esame prevede, secondo il combinato disposto degli art. 40, comma 1, della L.P. 26/1993 e dell'art. 60 del regolamento di attuazione (approvato con D.P.P. 11.5.2012, n. 9-84/Leg che la valutazione della congruità delle offerte), che "*l'esclusione automatica non si applica nel caso in cui il numero delle offerte ammesse risulti inferiore a cinque*" e che "*in ogni caso l'amministrazione aggiudicatrice può valutare la congruità dell'offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa*".

Per tali procedure deve ritenersi che non sussista alcun obbligo di indicazione dei c.d. oneri aziendali, posto che l'art. 58.29 della L.P. 26/1993 che ricalca gli artt. 86, comma 3bis e 87 comma 4 del d.lgs. 163/2006, è disposizione speciale applicabile esclusivamente agli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria e a quelli per i lavori inferiori a tale importo solo nei casi in cui lo stesso sia espressamente richiamato.

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento****(Sezione Unica)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 128 del 2016, proposto dal Consorzio Stabile Pedron, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Vittorio Domenichelli, Alessandro Righini e Mario Maccaferri, con i quali è elettivamente domiciliato in Trento, via Grazioli, n. 27, presso lo studio dell'avvocato Mario Maccaferri,

contro

- la Provincia Autonoma di Trento - in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Nicolò Pedrazzoli, Viviana Biasetti e Giuliana Fozzer, con domicilio eletto in Trento, piazza Dante n. 15, presso la sede dell'Avvocatura provinciale;
- l'Agenzia Provinciale per gli Appalti e Contratti, non costituita in giudizio;

nei confronti di

società Sipie di Umberto Ghinelli & C. Sas, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Patrizia Scarcello e Salvatore Dimartino, con domicilio eletto in Trento, via Calepina n. 50, presso la Segreteria di questo Tribunale;

per l'annullamento

dei seguenti atti: A) provvedimento della Provincia Autonoma di Trento-Agenzia Provinciale per gli Appalti e Contratti, comunicato con nota trasmessa via PEC del 13 aprile 2016, con il quale è stata disposta, in favore della società Sipie di Umberto Ghinelli & C. Sas, l'aggiudicazione definitiva della procedura negoziata mediante gara telematica (n. NT30343) per l'affidamento dei lavori relativi al "lotto a3-3 - allestimento cabina 2 e adeguamento gallerie 11-12-13 nell'ambito dei lavori di costruzioni delle variante alla s.s. 45 bis tra i comuni

di Arco e Riva del Garda”; B) ogni altro atto presupposto, connesso o conseguente e, in particolare, i verbali delle sedute di gara del 14 dicembre 2015, 29 febbraio 2016 e 12 aprile 2016, nella parte in cui non è stata disposta l’esclusione dalla procedura della società Sipie di Umberto Ghinelli & C. Sas, che è stata invece collocata utilmente in graduatoria e dichiarata aggiudicataria della gara, nonché la lettera di invito e tutti gli ulteriori documenti costituenti la *lex specialis*, laddove interpretati nel senso di non prevedere l’esclusione immediata dalla procedura di gara in caso di omessa indicazione, da parte del concorrente, dei c.d. oneri di sicurezza aziendali;

nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto che dovesse essere stipulato tra la stazione appaltante e la società Sipie di Umberto Ghinelli & C. Sas;

e per la condanna dell’Amministrazione resistente al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica con aggiudicazione dell’appalto alla società ricorrente e conseguente stipulazione del contratto, ovvero, in via subordinata, per la condanna dell’Amministrazione resistente al risarcimento del danno per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia Autonoma di Trento e della società Sepie di Umberto Ghinelli e C. S.a.s.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2016 il dott. Carlo Polidori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell’art. 60 cod. proc. amm.;

RITENUTA la sussistenza dei presupposti richiesti dall’art. 60 del cod. proc. amm. per la definizione del giudizio all’esito dell’udienza cautelare;

AVVISATE le parti della possibilità di definizione del giudizio nella fase cautelare con sentenza in forma semplificata;

CONSIDERATO, in punto di fatto, che: A) la presente controversia concerne l’esito della procedura negoziata, indetta dalla Provincia Autonoma di Trento - Agenzia Provinciale per gli Appalti e Contratti con lettera di invito del 4 novembre 2015 e da svolgersi mediante gara telematica, per l’affidamento, con il criterio del prezzo più basso, di alcuni interventi di allestimento ed adeguamento tecnologico, costituenti un lotto dei lavori per la realizzazione

della variante alla s.s. 45 bis, tra i comuni di Arco e Riva del Garda; B) l'importo complessivo dell'appalto è pari ad euro 999.2435,21, di cui euro 967.257,84 quale importo delle lavorazioni soggette a ribasso ed euro 31.987,37 per gli oneri della sicurezza predeterminati dalla stazione appaltante nel Piano di Sicurezza e Coordinamento (PSC) e non assoggettati a ribasso in sede di offerta; C) all'esito delle operazioni di gara è stata stilata la graduatoria definitiva, in base alla quale la società Sipie si è collocata al primo posto, con un ribasso percentuale del 22,123%, seguita dal Consorzio ricorrente con un ribasso del 21,976%; D) con l'impugnata nota trasmessa via PEC del 13 aprile 2016 è stata quindi comunicata al Consorzio ricorrente l'aggiudicazione definitiva dell'appalto disposta, in favore della società Sipie di Umberto Ghinelli & C. Sas;

CONSIDERATO che avverso i provvedimenti impugnati il Consorzio ricorrente deduce le seguenti censure: *violazione e falsa applicazione dell'art. 58.29 della legge provinciale n. 26/1993, degli art. 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, del decreto legislativo n. 163/2006 e dell'art. 26, comma 6, del decreto legislativo n. 81/2008; eccesso di potere per violazione del principio della par condicio tra i concorrenti, per errore nei presupposti e difetto di istruttoria*. Il Consorzio ricorrente deduce che, a seguito della visione della documentazione trasmessa dalla stazione appaltante il 27 aprile 2016, ha appreso che l'aggiudicataria - in violazione della normativa prevista sia dal legislatore provinciale, con la legge n. 26/1993, sia da quello statale, con il decreto legislativo n. 163/2006, così come interpretata dal Giudice amministrativo - nella redazione della propria offerta economica ha ommesso di esplicitare l'ammontare degli oneri per la sicurezza "da rischio specifico" (c.d. oneri "aziendali"), limitandosi ad indicare il ribasso percentuale offerto sull'importo ribassabile posto a base di gara e l'importo degli oneri della sicurezza, già quantificati dalla stazione appaltante in misura pari ad euro 31.987,31. In particolare il Consorzio ricorrente - dopo aver ricordato la distinzione tra i c.d. oneri "da interferenza" o "esterni", che sono predeterminati dalla stazione appaltante nel D.U.V.R.I. o nel P.S.C. (come nel caso in esame) e non possono essere ribassati dal concorrente, ed i c.d. oneri "da rischio specifico" o "aziendali", costituiti dai costi della sicurezza propri di ciascun operatore economico in relazione all'esecuzione di un determinato appalto e, quindi, quantificabili solo dal singolo concorrente in quanto riconnessi alla specificità di ogni singola organizzazione aziendale e al tipo di offerta presentata - evidenzia che: A) l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 3 del 20 marzo 2015 ha sancito che i concorrenti debbono inderogabilmente quantificare e indicare nella propria offerta, in tutte le tipologie di gare pubbliche (lavori, servizi e forniture), la quota degli oneri della sicurezza aziendali a pena di esclusione dalla procedura di gara, e ciò anche nel caso in cui l'adempimento non sia prescritto dalla *lex specialis*, la quale è comunque integrata dalle disposizioni di legge che prevedono tale obbligo a tutela della sicurezza sul lavoro (e, in particolare dall'art. 58.29, commi 4 e 10, della legge provinciale n. 26/1993, che ricalca pedissequamente quanto prescritto dagli artt. 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, del decreto legislativo n. 163/2006 e dall'art. 26, comma 6, del decreto legislativo n. 81/2008); B) tale principio è stato ulteriormente ribadito dall'Adunanza Plenaria nella successiva sentenza n. 9 del 2 novembre 2015, ove è stato precisato che l'adempimento in questione era doveroso anche prima della pubblicazione della suddetta sentenza n. 3/2015 e che la sua eventuale inosservanza, da parte del concorrente, non è suscettibile di sanatoria mediante l'esercizio del potere di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante, la quale può solo prendere atto della irregolarità dell'offerta e disporre l'esclusione; C) posto che l'art. 58.29, commi 4 e

10, della legge provinciale n. 26/1993 si limita a ribadire quanto già prescritto dagli articoli 86, comma-3 bis, e 87, comma 4, del decreto legislativo n. 163/2006, la stazione appaltante, una volta aperte le offerte economiche dei concorrenti e riscontrata la mancata esplicitazione degli oneri aziendali da parte della società Sipie, avrebbe dovuto senz'altro procedere alla sua esclusione, e ciò indipendentemente dall'assenza di una espressa prescrizione in tal senso all'interno della *lex specialis*, la quale, ad ogni buon conto, viene anch'essa impugnata; D) del resto la gara in questione è stata indetta con lettera di invito trasmessa nel novembre 2015 e, dunque, a distanza di molti mesi da quando l'Adunanza Plenaria aveva inequivocabilmente sancito l'obbligo di indicare gli oneri aziendali, così sgombrando ogni possibile dubbio sulla doverosità dell'adempimento in questione e sulle conseguenze di una sua eventuale omissione; E) inoltre il provvedimento impugnato comporta un'evidente violazione della *par condicio*, perché attribuisce un indebito vantaggio ad un operatore che non si è attenuto all'osservanza dei precetti legislativi in materia di sicurezza del lavoro;

CONSIDERATO che l'Amministrazione intimata con memoria depositata in data 7 giugno 2016 ha eccepito l'infondatezza delle suesposte censure in quanto le stesse sarebbero frutto di «un'errata ricostruzione del quadro normativo di riferimento». In particolare l'Amministrazione osserva che: A) la normativa applicabile alle procedure per la realizzazione di lavori pubblici di interesse provinciale e quelli realizzati su beni di proprietà della Provincia Autonoma di Trento è costituita dalla legge provinciale n. 26/1993 e dal relativo regolamento di attuazione (approvato con D.P.P. 11 maggio 2012, n. 9-84/leg); B) tale normativa prevede, per le procedure come quella in esame, la valutazione delle offerte anomale ai sensi dell'art. 40, comma 1, della legge provinciale n. 26/1993, secondo le modalità ed i criteri automatici fissati dall'articolo 63 del regolamento di attuazione, il quale dispone che "l'esclusione automatica non si applica nel caso in cui il numero delle offerte ammesse risulti inferiore a cinque" e che "in ogni caso l'amministrazione aggiudicatrice può valutare la congruità dell'offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa", così lasciando intendere che la valutazione di congruità delle offerte è meramente eventuale; C) di converso, per le procedure di gara come quella in esame la normativa provinciale nulla dispone con riferimento ai c.d. oneri aziendali, per i quali deve quindi ritenersi che non sussista alcun obbligo di indicazione, perché - come si desume dalla stessa rubrica del capo X-quater della legge provinciale n. 26/1993 (recante la "Disciplina applicabile agli appalti d'importo superiore alla soglia comunitaria"), del quale fa parte l'art. 58.29, invocato da controparte - tale articolo si configura come una disposizione applicabile esclusivamente agli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria, per i quali l'Amministrazione procede ad una valutazione della congruità dell'offerta in contraddittorio dell'impresa; D) il predetto art. 58.29 è applicabile anche ai lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria solo nei casi in cui lo stesso sia espressamente richiamato (e in tal senso depone l'art. 30 della predetta legge provinciale, che disciplina le gare nelle quali è richiesto ai concorrenti di produrre le analisi dei prezzi mediante procedure telematiche con successiva valutazione della congruità delle offerte), ma tale richiamo manca nel caso in esame; E) i principi affermati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze n. 3 del 20 marzo 2015 e n. 9 del 2 novembre 2015 non sono utilmente invocabili nel caso in esame, sia perché si riferiscono all'interpretazione dell'articolo 87, comma 4, del decreto legislativo n. 163/2006 - disposizione da ritenersi non applicabile nell'ordinamento della Provincia di Trento, nell'ambito del quale la materia dei lavori pubblici trova una disciplina compiuta nella legge provinciale n. 26/1993 - sia perché non sono comunque

applicabili in caso di adozione del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso con esclusione automatica delle offerte anomale; difatti, secondo la giurisprudenza (T.A.R. Sicilia Catania, Sez. I, 27 maggio 2016, n. 1481), l'indicazione degli oneri aziendali è funzionale alla verifica di anomalia dell'offerta, mentre l'esclusione automatica è finalizzata proprio ad evitare la verifica dell'anomalia dell'offerta, in contraddittorio con l'offerente; F) in definitiva, in caso di esclusione automatica delle offerte anomale, la stazione appaltante non avrebbe alcuna ragione di richiedere, in sede di formulazione dell'offerta economica, l'indicazione degli oneri aziendali, senza contare che, qualora si procedesse comunque a richiedere tale indicazione a pena di esclusione, verrebbe imposto ai concorrenti un adempimento del tutto sproporzionato, perché dalla mancata indicazione degli oneri stessi deriverebbe un'esclusione fondata su un «adempimento inutile»; G) le considerazioni sin qui svolte non sono smentite neppure dal fatto che l'indicazione degli oneri aziendali potrebbe essere comunque funzionale all'ipotesi in cui, per il limitato numero delle offerte ammesse (inferiore a cinque), risulti inapplicabile il meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale; difatti «la valutazione dell'anomalia è condizionata all'evidenziazione della sussistenza di un fumus in ordine alla necessità di attivare il relativo procedimento»;

CONSIDERATO che anche la controinteressata con memoria depositata in data 6 giugno 2016 ha eccepito l'infondatezza delle suesposte censure evidenziando innanzi tutto che: A) il silenzio della *lex specialis* sull'obbligo di indicare gli oneri aziendali e la prescrizione di un modello in cui non era prevista l'indicazione degli oneri aziendali si spiegano in ragione del fatto che alla fattispecie in esame non è applicabile l'art. 58.29 della legge provinciale n. 26/1993, che richiama gli articoli 86, comma-3 bis, e 87, comma 4, del decreto legislativo n. 163/2006, perché l'appalto in questione è sotto soglia; B) a conferma di quanto precede, il punto 7 del bando richiama solo gli articoli 40 della legge provinciale n. 26/1993 e 63 del relativo regolamento di attuazione; C) essendo l'indicazione degli oneri aziendali strettamente funzionale alla verifica di anomalia dell'offerta, tale indicazione si rivela del tutto inutile laddove operi, come nel caso in esame, il meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale. Inoltre la controinteressata sostiene che nel caso in esame il silenzio della *lex specialis* sull'obbligo di indicare gli oneri aziendali e la prescrizione di un modello in cui non era prevista tale indicazione devono comunque indurre a ritenere che la sua omissione sia dipesa dall'affidamento incolpevole ingenerato dalla stazione appaltante. Difatti si deve considerare che: A) secondo parte della giurisprudenza (T.A.R. Veneto, 20 maggio 2015, n. 619; T.A.R. Campania Salerno, sez. I, 20 novembre 2015, n. 2457), in presenza di un legittimo affidamento ingenerato dalla stazione appaltante si deve escludere l'applicazione dei principi affermati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze n. 3 e n. 9 del 2015; B) altra parte della giurisprudenza (T.A.R. Piemonte, sez. II, 16 dicembre 2015, n. 1745; T.A.R. Molise, sez. I, 12 febbraio 2016, n. 77; T.A.R. Marche, sez. I, 19 febbraio 2016, n. 104) ha sollevato innanzi alla CGCE, ai sensi dell'art. 267 TFUE, una questione pregiudiziale avente ad oggetto il combinato disposto degli artt. 87, comma 4, e 86, comma 3-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 con l'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 - dubitando della compatibilità dello stesso con i principi dell'ordinamento della UE; C) lo stesso Consiglio di Stato, Sez. V, con l'ordinanza n. 1116 del 18 marzo 2016 - nel rilevare «il possibile contrasto con la normativa dell'Unione Europea della normativa nazionale, ed in particolare, degli artt. 46 comma 1-bis, 86, comma 3-bis e 87,

comma 4, d.lgs. 163/2006, se interpretati nel senso che, pur in assenza di specifica indicazione nella *lex specialis* dell'obbligo di indicare i costi della sicurezza e della predisposizione da parte della stazione appaltante di moduli, sia pure non obbligatori, per la formulazione dell'offerta, nei quali non sia previsto un campo nel quale indicare i costi *de quibus*, l'offerta che ne sia priva debba essere esclusa dalla stazione appaltante» - ha chiesto un nuovo pronunciamento dell'Adunanza Plenaria affinché questa possa rivedere il principio di diritto affermato nella sentenza n. 9 del 2015; D) nel caso in esame dovrebbe farsi applicazione della nuova disciplina del soccorso istruttorio, prevista dall'art. 46, comma 1-ter e dall'art. 38, comma 2-bis, del decreto legislativo n. 163/2006 e dall'art. 35-ter della legge provinciale n. 26/2013 (che richiama la determinazione dell'ANAC n. 1/2015);

CONSIDERATO che, come ricordato dalla controinteressata, diversi Giudici amministrativi di primo grado (T.A.R. Piemonte, sez. II, 16 dicembre 2015, n. 1745; T.A.R. Molise, sez. I, 12 febbraio 2016, n. 77; T.A.R. Marche, sez. I, 19 febbraio 2016, n. 104) hanno sollevato, ai sensi dell'art. 267 TFUE, 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 la mancata 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, 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 i costi minimi di sicurezza aziendale»;

CONSIDERATO che altrettanto correttamente la controinteressata ha evidenziato che la V Sezione del Consiglio di Stato - a fronte dei principi affermati dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 9 del 2015 - con l'ordinanza n. 1116 del 18 marzo 2016 ha chiesto una nuova pronuncia dell'Adunanza Plenaria sulle seguenti questioni: A) «se in costanza di un principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, in presenza di una verifica espressa della rispondenza anche alla disciplina dell'Unione Europea, che venga sospettato di contrasto con la normativa dell'Unione Europea, la singola Sezione deve rimettere la questione ai sensi dell'art. 99, comma 3, c.p.a., oppure può sollevare autonomamente, quale giudice comune del diritto dell'Unione europea, una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia»; B) «se in costanza di un principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, in assenza di una verifica espressa della rispondenza anche alla disciplina dell'Unione Europea, che venga sospettato di contrasto con la normativa dell'Unione Europea, la singola Sezione deve rimettere la questione ai sensi dell'art. 99, comma 3, c.p.a., oppure può sollevare autonomamente, quale giudice comune del diritto dell'Unione europea, una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia»; C) «se il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria n. 9/2015, è rispettoso

dei principi euro-unitari, di matrice giurisprudenziale, della tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto, dei 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 dei principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza»;

CONSIDERATO che in ragione del rilievo assunto dal principio della tutela del legittimo affidamento in materia di appalti pubblici - anche a voler ritenere non condivisibile la tesi (sostenuta sia dall'Amministrazione resistente che dalla controinteressata) secondo la quale nel caso in esame non può farsi applicazione dei principi affermati dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nelle sentenze n. 3 e n. 9 del 2015 perché trattasi di un appalto sotto soglia, con esclusione automatica delle offerte anomale, al quale non è applicabile la disciplina speciale in materia di oneri di sicurezza posta dall'art. 58.29, commi 4 e 10, della legge provinciale n. 26/1993 (che riproduce la disciplina posta dagli articoli 86, comma-3 bis, e 87, comma 4, del decreto legislativo n. 163/2006), ma solo la disciplina in materia di offerte anomale posta dagli articoli 40 della legge provinciale n. 26/1993 e 63 del relativo regolamento di attuazione (che nulla prevede in materia di indicazione degli oneri aziendali) - le censure dedotte dal consorzio ricorrente comunque non potrebbero essere accolte in quanto la mancata indicazione, da parte dell'aggiudicataria, degli oneri aziendali risulterebbe comunque frutto dell'errore in cui la stessa è stata indotta dalla stazione appaltante. Difatti si deve considerare che: A) se è vero che, come evidenziato dal consorzio ricorrente, la disciplina posta dagli articoli 86, comma-3 bis, e 87, comma 4, del decreto legislativo n. 163/2006 in materia di oneri per la sicurezza del lavoro è riprodotta nei commi 4 e 10 dall'art. 58.29 della legge provinciale n. 26/1993, è anche vero che quest'ultimo articolo è inserito nel capo X quater della medesima legge, recante la "Disciplina applicabile agli appalti d'importo superiore alla soglia comunitaria", e non è indicato nella lettera d'invito, che al punto 7 (rubricato "modalità di valutazione delle offerte anomale") si limita a richiamare la disciplina in materia di esclusione automatica delle offerte anomale posta dagli articoli 40 della legge provinciale n. 26/1993 e 63 del relativo regolamento di attuazione, senza fare alcun cenno all'obbligo di indicare gli oneri aziendali; B) non è contestata la circostanza che neppure nel "modello di dichiarazione per la partecipazione alla gara" sia previsto l'obbligo di indicare gli oneri aziendali;

CONSIDERATO che, in ragione di quanto precede, il Collegio ritiene che sia stata proprio la peculiarità della fattispecie in esame - caratterizzata sia dalla soggezione della procedura di gara ad una disciplina speciale (quella posta dalla legge provinciale n. 26/1993), sia dalla mancata previsione, non solo nella *lex specialis*, ma anche nel modello di offerta predisposto dalla stazione appaltante, dell'obbligo di indicare gli oneri aziendali - ad aver ingenerato nell'aggiudicataria il legittimo affidamento che tale indicazione non fosse necessaria in quanto la stazione appaltante, trattandosi di un appalto sotto soglia, non soggetto all'applicazione dell'art. 58.29 della legge provinciale n. 26/1993, avrebbe proceduto all'esclusione automatica delle offerte anomale. In altri termini - anche a voler ritenere che nel caso in esame l'indicazione degli oneri aziendali fosse comunque necessaria in forza del principio della etero-integrazione della *lex specialis*, specie in considerazione del fatto che (come ammesso dalla stessa Amministrazione resistente) tale indicazione avrebbe potuto rivelarsi utile per il caso in cui il limitato numero delle offerte ammesse avesse reso inapplicabile il meccanismo

dell'esclusione automatica delle offerte anomale - comunque l'omissione dell'aggiudicataria non avrebbe potuto determinare la sua esclusione dalla gara perché, secondo il Collegio, occorre comunque tenere distinta la fase della individuazione delle regole disciplinatrici del procedimento di gara, nella quale il principio della etero-integrazione consente senz'altro di colmare eventuali lacune dalla *lex specialis*, dalla fase della valutazione del concreto comportamento che deve essere tenuto dai concorrenti ai fini della partecipazione gara, nella quale deve prevalere invece il principio della tutela dell'affidamento del concorrente che sia stato indotto dalla stazione appaltante a formulare un'offerta non conforme alle previsioni di legge. Difatti, come evidenziato dalla giurisprudenza (T.A.R. Campania Salerno, Sez. I, 20 novembre 2015, n. 2457), *«se può esigersi uno sforzo di diligenza da parte del concorrente nell'ipotesi di mera carenza prescrittiva della lex specialis, laddove la lacuna possa essere colmata mediante il riferimento integrativo alle norme vigenti (così come enucleate a livello interpretativo dalla giurisprudenza dominante), con la conseguenza che la sua mancata osservanza impedirebbe di qualificare come scusabile l'errore in cui l'impresa sia incorsa nella individuazione della disciplina di gara, a diversa conclusione deve pervenirsi qualora ... la stazione appaltante abbia posto a disposizione del concorrente strumenti documentali funzionali ad agevolare e semplificare gli oneri e gli adempimenti partecipativi dei concorrenti, tali da giustificare l'affidamento di coloro che ... avvalendosi, ritengano ragionevolmente di avere esaurientemente assolto alle prescrizioni della disciplina di gara, astenendosi dall'effettuare specifiche indagini al fine di individuare eventuali regole partecipative ulteriori, pur vigenti nell'ordinamento, ma che in essa non abbiano trovato esplicita previsione»*;

CONSIDERATO che, tenuto conto di quanto precede, il ricorso in esame deve essere respinto perché infondato;

CONSIDERATO che, tenuto conto dei contrasti giurisprudenziali evidenziati in motivazione, nonché della parziale novità delle questioni trattate, sussistono i presupposti per compensare integralmente tra le parti le spese relative al presente giudizio;

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa della Regione autonoma Trentino - Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 128/2016 lo respinge perché infondato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Polidori, Presidente FF, Estensore

Mara Bertagnolli, Consigliere



Paolo Devigili, Consigliere