

L'omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, in violazione di un obbligo espressamente sancito e sanzionato dalla lex specialis, vizia irrimediabilmente la partecipazione alla gara dell'impresa inadempiente, senza possibilità di ricorrere al s

di Marco Lesto

Data di pubblicazione: 30-12-2016

- Qualora la lex specialis imponga espressamente, a pena di esclusione, l'obbligo di indicazione separata degli oneri di sicurezza interni, non risultano violati i principi eurounitari di par condicio, proporzionalità, trasparenza, certezza del diritto e legittimo affidamento.

- L'espressa previsione nella disciplina di gara del suddetto obbligo dichiarativo importa, altresì, l'inapplicabilità dell'istituto "sanante" del soccorso istruttorio, considerato che l'espressa indicazione degli oneri aziendali assurge al "rango" di elemento essenziale dell'offerta ex art. 46, comma 1 bis del D.Lgs. n. 163/2006, idonea a determinare incertezza assoluta del contenuto della stessa, e la cui tardiva specificazione trova il limite insuperabile rappresentato dall'esigenza di garantire la par condicio dei concorrenti.

omissis

Società Bunder & Co. s.a.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandra Ciocia (C.F. CCILSN81M66A662R), con domicilio eletto presso l'avv. Antonio Nichil in Lecce, Viale Leopardi, 151;

contro

Comune di Taranto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Marcello Fischetti (C.F. FSCGZM52A16L049Q), con domicilio eletto presso l'avv. Tommaso Fazio in Lecce, Piazzetta Montale, 2;

nei confronti di

Longo Euroservice s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e

difesa dagli avvocati Angelo Giuseppe Orofino (C.F. RFNNLG71H07E038F), Anna Floriana Resta (C.F. RSTNFL78B48H096B) e Raffaello Giuseppe Orofino (C.F. RFNRFL74A17E038L), con domicilio eletto presso Segreteria T.A.R. in Lecce, via F. Rubichi, 23;

per l'annullamento:

- della nota prot. n. 81907 del 20 maggio 2016 del Comune di Taranto;
- della determina n. 268 del 12 maggio 2016, non comunicata e di contenuto ignoto;
- di tutti i verbali di gara, nonché degli atti relativi al sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della società Longo Euroservice s.r.l., ivi comprese le operazioni e le determinazioni di cui al verbale di gara del 21 gennaio 2016, le operazioni e le determinazioni di cui al verbale di gara del 17 febbraio 2016, la Relazione istruttoria del procedimento di verifica di congruità dell'offerta dell'operatore economico Longo Euroservice s.r.l. e relative conclusioni rese dalla Commissione di gara il 18 febbraio 2016 ;
- ove occorra, delle note comunali prot. n. 361 del 4 gennaio 2016, prot. n. 10755 del 22 gennaio 2016 e della nota prot. n. 17926 del 2 febbraio 2016;
- *in parte qua* e per quanto di ragione:
- delle operazioni e delle determinazioni di cui ai verbali del 28 dicembre 2015 e del 29 dicembre 2015;
- della Lettera invito e del Capitolato speciale di gara nella parte relativa alle modalità di scelta del contraente ed attribuzione dei punteggi;
- di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, ancorchè non noto, ivi compreso il provvedimento implicito con il quale l'Amministrazione comunale ha mantenuto ferma l'aggiudicazione definitiva ed omesso di disporre la revoca dell'aggiudicazione stessa, nonché del provvedimento di aggiudicazione provvisoria dell'appalto in favore della ditta controinteressata;
- in subordine, per l'annullamento di tutti gli atti impugnati e meglio indicati in epigrafe (al fine della rinnovazione integrale della gara);
- per la condanna dell'Amministrazione intimata al ristoro dei danni patiti e patendi conseguenti all'illegittimità dei provvedimenti impugnati, in forma specifica, ai sensi degli artt. 121 e 122 del c.p.a., attraverso l'aggiudicazione della procedura di gara a Bunder & Co. s.a.s., con eventuale annullamento ovvero declaratoria di inefficacia del contratto, per il quale quest'ultima manifesta l'interesse al subentro, e, in ogni caso, per equivalente economico;

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Taranto e della società controinteressata Longo Euroservice s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 ottobre 2016 la dott.ssa Maria Luisa Rotondano e uditi per le parti l'avv. V.A. Pappalepore, in sostituzione dell'avv. A. Ciocia, l'avv. G. Misserini, in sostituzione dell'avv. I. Fischietti, e l'avv. A.G. Orofino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Società Bunder & Co. s.a.s. - seconda classificata su due ditte partecipanti ammesse alla procedura ristretta accelerata, da aggiudicare mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (importo a base di gara euro 645.000,00), per l'affidamento della fornitura di mezzi per il potenziamento del servizio di raccolta differenziata del Comune di Taranto - impugna, domandandone l'annullamento:

1) la nota prot. n. 81907 del 20 maggio 2016, con la quale il Comune di Taranto ha comunicato l'aggiudicazione definitiva della fornitura *de qua* in favore della società Longo Euroservice s.r.l., ai sensi dell'art. 79 del D.Lgs. n. 163/2006;

2) la determinazione n. 268 del 12 maggio 2016 (non trasmessa e non conosciuta), con cui, stante quanto si desume dal tenore del primo atto impugnato, è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in parola alla suddetta Società controinteressata;

3) tutti i verbali di gara, nonché gli atti relativi al sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della società Longo Euroservice s.r.l., ivi comprese le operazioni e le determinazioni di cui al verbale di gara del 21 gennaio 2016 (esame della documentazione giustificativa dell'offerta dell'operatore commerciale Longo Euroservice s.r.l. e la richiesta di documentazione integrativa), le operazioni e le determinazioni di cui al verbale di gara del 17 febbraio 2016 (esame della documentazione giustificativa ed incontro per approfondimenti richiesti), la Relazione istruttoria del procedimento di verifica di congruità dell'offerta e le relative conclusioni (giudizio positivo di congruità) rese dalla Commissione di gara il 18 febbraio 2016;

4) ove occorra, le note comunali prot. n. 361 del 4 gennaio 2016 (richiesta di giustificazioni), prot. n. 10755 del 22 gennaio 2016 (richiesta precisazioni) e la nota prot. n. 17926 del 2 febbraio 2016 (convocazione per approfondimento delle integrazioni ricevute);

5) *in parte qua* e per quanto di ragione:

- le operazioni e le determinazioni di cui ai verbali del 28 dicembre 2015 e del 29 dicembre 2015 di ammissione delle offerte ed attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche ed economiche dei concorrenti;
- la Lettera di invito ed il Capitolato speciale di gara, nella parte relativa alle modalità di scelta del contraente ed attribuzione dei punteggi;
- ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, ancorchè non noto, ivi compreso il provvedimento implicito con il quale l'Amministrazione comunale ha mantenuto ferma l'aggiudicazione definitiva ed omesso di disporre la revoca dell'aggiudicazione stessa, pur a fronte di istanza *ex art. 243 bis* del D.Lgs. n. 163/2006, nonché il provvedimento di aggiudicazione provvisoria dell'appalto in favore della ditta controinteressata.

Chiede, poi, in subordine, l'annullamento di tutti gli atti impugnati e meglio indicati in epigrafe, al fine della rinnovazione integrale della gara.

Domanda, altresì, la condanna dell'Amministrazione intimata al ristoro dei danni patiti e patendi (conseguenti all'illegittimità dei provvedimenti impugnati), in via principale, mediante risarcimento in forma specifica, ai sensi degli artt. 121 e 122 del c.p.a. (attraverso l'aggiudicazione della procedura di gara a Bunder & Co. s.a.s., con eventuale annullamento ovvero declaratoria di inefficacia del contratto, qualora stipulato, per il quale quest'ultima manifesta sin d'ora l'interesse al subentro), e, in subordine, in ogni caso, per equivalente economico (da quantificarsi, in via presuntiva e forfettaria, nella misura del 10% dell'importo a base di gara, per l'utile di impresa non conseguito, e del 5% del suddetto importo, per la mancata qualificazione professionale subita - c.d. "danno curricolare").

A sostegno dell'impugnazione interposta formula le seguenti censure:

A) motivi relativi alla mancata esclusione della società Longo Euroservice s.r.l. dalla gara:

A.1) violazione e falsa applicazione degli artt. 83, 86 e 87 del D.Lgs. n. 163/2006, nonché dell'art. 26 del D.Lgs. n. 81/2008, violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara, eccesso di potere per erronea presupposizione, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, contraddittorietà;

A.2) violazione e falsa applicazione degli artt. 86-88 del D.Lgs. n. 163/2006, violazione dei principi di immodificabilità dell'offerta, violazione dell'art. 97 della Costituzione, eccesso di potere per erronea presupposizione, illogicità, irragionevolezza, inadeguatezza dell'istruttoria, sviamento;

A.3) violazione e falsa applicazione degli artt. 86-88 del D.Lgs. n. 163/2006, violazione dei principi di affidabilità dell'offerta, eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza, inadeguatezza dell'istruttoria;

A.4) violazione dei principi in tema di tutela dei diritti dei lavoratori, violazione dell'art. 36 della Costituzione, omessa ed errata istruttoria;

A.5) violazione della *lex specialis* in merito alla erronea attribuzione del punteggio relativo alla estensione della garanzia, eccesso di potere per erronea presupposizione, illogicità manifesta, travisamento, carente ed erronea istruttoria;

B) motivi sulla riparametrazione dei punteggi e formulazione della (nuova) graduatoria:

B.1) violazione e falsa applicazione dei criteri di aggiudicazione del servizio prescritti dall'art. 5 del Capitolato, violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006, eccesso di potere per difetto di motivazione, irragionevolezza ed arbitrarietà della stessa, travisamento ed erronea valutazione dei presupposti di fatto, difetto di istruttoria;

C) motivi volti all'annullamento della procedura (in via dichiaratamente subordinata):

C.1) violazione e falsa applicazione dell'art. 86 e ss. del D.Lgs. n. 163/2006, violazione e falsa applicazione dell'art. 283 del D.P.R. n. 207/2010, violazione e falsa applicazione dell'allegato "P" al D.P.R. n. 207/2010, violazione dei canoni di trasparenza, eccesso di potere per illogicità, travisamento e sproporzionalità manifesta, illegittimità diretta e derivata;

C.2) sotto diverso profilo, violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006, nonché dei principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione di cui all'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006, per mancata adeguata specificazione da parte della *lex specialis* dei criteri di attribuzione del punteggi alle offerte tecniche e difetto di motivazione.

Si costituisce in giudizio la società controinteressata aggiudicataria Longo Euroservice s.r.l., innanzitutto genericamente rilevando l'inadeguatezza dei costi della sicurezza "specifici" quantificati (in euro 124,43) dalla società Bunder & Co. s.a.s. e, poi, confutando *in toto* le avverse pretese e chiedendo la reiezione del gravame. Domanda, inoltre, per l'ipotesi in cui questo Collegio non ritenga di condividere le argomentazioni dalla stessa esposte, la sospensione del presente giudizio, nelle more della decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in ordine alle diverse ordinanze di remissione con le quali il Giudice del Lussemburgo è stato chiamato a valutare la questione della compatibilità comunitaria della disciplina nazionale che impone al concorrente di indicare già nell'offerta economica, a pena di esclusione, gli oneri aziendali di sicurezza.

Si costituisce in giudizio, altresì, il Comune di Taranto, contestando *in toto* le avverse pretese e chiedendo la reiezione del gravame.

Con ordinanza 26-27 luglio 2016 n. 389, questo Tribunale ha accolto l'istanza cautelare incidentalmente formulata dalla Società ricorrente, <<posto che, alla luce dei principi sanciti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze nn. 3 e 9 del 2015, si ravvisa la violazione dell'obbligo, da parte della controinteressata, di specificazione degli oneri di sicurezza aziendali, che è "adempimento direttamente imposto al concorrente dalla legge (artt. 86, comma 3 bis e 87, commi 3 e 3 bis, del codice dei contratti pubblici)" (Consiglio di Stato,

V, 17 novembre 2015, n. 5264, in termini, T.A.R. Puglia, Lecce, III, 29 febbraio 2016, n. 382), e, comunque, nel caso di specie, sancito a pena di esclusione dalla *lex specialis* di gara (il che esclude la invocata sospensione del giudizio nelle more della definizione della questione pregiudiziale comunitaria), la cui violazione - trattandosi di elemento essenziale dell'offerta - non può essere supplita dal ricorso all'istituto del soccorso istruttorio>>.

All'udienza pubblica del 25 ottobre 2016, su richiesta delle parti, la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

0.1 - In via del tutto preliminare, la Sezione ritiene inammissibile, per evidente irrilevanza nel presente giudizio, la questione pregiudiziale comunitaria e/o la correlata istanza di sospensione "impropria" del processo, sollevata dalla Società controinteressata aggiudicataria Longo Euroservice s.r.l. ex art. 267 T.F.U.E., in quanto, nella fattispecie concreta in esame (come di seguito sarà meglio precisato), l'obbligo di indicazione separata degli oneri di sicurezza "aziendali" non discende direttamente ed "automaticamente" dalla legge nazionale, bensì dalle specifiche previsioni della *lex specialis* di gara, "la quale non è stata impugnata sul punto, onde è atto amministrativo efficace e consolidato" (Consiglio di Stato, VI, 23 giugno 2016, n. 2800).

0.2 - Del tutto inconferente è, poi, il rilievo formulato con la memoria di costituzione dalla Società odierna controinteressata in ordine all'(asserita) inadeguatezza degli oneri di sicurezza "aziendali" quantificati dalla Bunder & Co. s.a.s., in quanto, in ogni caso, palesemente inammissibile (poiché non prospettata con ricorso incidentale), considerato che tale "vizio" è stato dedotto (solo) nel contesto di uno scritto difensivo neppure notificato alla controparte processuale, la quale, formulando la relativa eccezione, ha (implicitamente) dichiarato di non accettare il contraddittorio sul punto - pur svolgendo, peraltro, difese "cautelative" anche nel merito (cfr. in tal senso, T.A.R. Lazio, Roma, I, 9 marzo 2016, n. 3048, T.A.R. Piemonte, Torino, I, 4 dicembre 2015, n. 1738).

0.3 - Ciò premesso, si rileva che il ricorso è fondato e deve essere accolto, nei termini di seguito precisati.

1. - Fondata ed assorbente (con dispensa dall'esame delle ulteriori doglianze formulate e nei sensi di cui nel prosieguo della presente parte motiva) è la censura con la quale la società Bunder s.r.l. deduce la violazione della "Lettera invito" (nella parte in cui -"Busta C - Offerta economica e tempi di esecuzione", punto "C.1", lettera "c" - questa ha espressamente richiesto, "a pena di esclusione", nell'offerta economica, apposita dichiarazione contenente "la quantificazione degli oneri di sicurezza da rischio specifico o aziendale"), nonché degli artt. 83, 86, e 87 del D.Lgs. n. 163/2006, e (infine) dell'art. 26 del D.Lgs. n. 81/2008, per non avere la società controinteressata aggiudicataria Longo Euroservice s.r.l. riportato nella propria offerta economica alcun riferimento agli oneri di sicurezza aziendali. Rileva, a supporto della tesi prospettata, i principi sanciti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le

fondamentali sentenze 20 marzo 2015 n. 3 e 2 novembre 2015 n. 9, nonché, all'indomani del pronunciamento cautelare di accoglimento (ordinanza n. 389 del 26-27 luglio 2016), l'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 19 del 27 luglio 2016), la quale ultima ha (implicitamente) escluso, nell'ipotesi in cui l'obbligo *de quo* sia *expressis verbis* sancito nella legge di gara, il ricorso all'istituto "sanante" del soccorso istruttorio.

La doglianza, ad avviso del Collegio, coglie nel segno.

1.1 - La Sezione ritiene opportuno, innanzitutto, rammentare la distinzione tra oneri di sicurezza "interferenziali" (predeterminati dalla Stazione appaltante e riguardanti i rischi relativi alla presenza nell'ambiente della P.A. medesima di soggetti estranei chiamati ad eseguire il contratto) ed oneri di sicurezza da rischio "specifico" o "aziendale" o "interni" (la cui indicazione e quantificazione spetta a ciascuno dei concorrenti e varia in rapporto alla qualità ed entità della singola offerta).

Orbene, ai sensi dell'art. 86 comma 3 bis del Codice dei Contratti, "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".

Inoltre, l'art 87 comma 4 del D.Lgs. n. 163/2006 dispone a sua volta che "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".

Infine, l'art. 26 comma 6 del D.Lgs. n. 81/2008 prevede che "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".

1.2 - Tanto premesso, occorre rilevare che, in ordine alla *vexata quaestio* della necessità (o meno) di esplicita indicazione (pena l'esclusione) dei suddetti oneri "interni" di sicurezza già in sede di offerta, si sono contrapposti orientamenti giurisprudenziali diversi.

A dirimere siffatti contrasti interpretativi, è intervenuta l'Adunanza Plenaria, la quale ha (recisamente) affermato (sentenza 20 marzo 2015, n. 3) che *"Nelle procedure di affidamento di lavori i partecipanti alla gara devono indicare nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza del lavoro, pena l'esclusione dell'offerta dalla procedura anche se non prevista nel bando di gara"*, rilevando, di seguito (sentenza 2 novembre 2015, n. 9), nell'*incipit* del paragrafo n. 4 della parte *"Diritto"*, che, con la propria precedente decisione n. 3/2015, *"è stato chiarito che l'obbligo, codificato all'art.87, comma 4, d.lgs. cit., di indicazione degli oneri di sicurezza aziendale si applica anche agli appalti di lavori"*: sicchè, a valle delle su riportate

pronunce del Giudice della nomofilachia, è stato, in sintesi, ritenuto fondato (Consiglio di Stato, V, 17 novembre 2015, n. 5264), *“alla luce dei principi sanciti dall’Adunanza Plenaria di questo Consiglio con le sentenze nn. 3 e 9 del 2015, il motivo di ricorso con cui si contesta la violazione... dell’obbligo, a pena di esclusione, di specificazione degli oneri di sicurezza aziendali come adempimento direttamente imposto al concorrente dalla legge (artt. 86, comma 3 bis e 87, commi 3 e 3 bis, del codice dei contratti pubblici), anche in via di etero-integrazione della disciplina recata dalla lex specialis”* (v. pure in tal senso Consiglio di Stato, III, 24 novembre 2015, n. 5340, Consiglio di Stato, V, 3 febbraio 2016, n. 424) e che non possa neppure utilmente invocarsi il soccorso istruttorio, *“essendo stato espressamente escluso (Adunanza Plenaria n.3 e n.9 del 2015) per gli appalti di lavori che l’omissione del predetto adempimento possa essere sanata con i poteri di soccorso istruttorio e dovendo, quindi, a fortiori, escludersi tale possibilità per le procedure per le quali la norma era chiara fin dal principio”* (Consiglio di Stato, III, cit., n. 5340/2015; in termini, T.A.R. Puglia, Lecce, III, 29 febbraio 2016, n. 382).

Tuttavia, con specifico riferimento all’ammissibilità del ricorso al suddetto istituto “sanante”, l’Adunanza Plenaria del supremo Consesso amministrativo ha definitivamente chiarito (sentenza 27 luglio 2016, n. 19), al dichiarato scopo di mitigare il “rigore applicativo” del principio sancito dalla propria precedente sentenza n. 9/2015, che, *“Per le gare bandite anteriormente all’entrata in vigore del c.d. nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs.18 aprile 2016, n. 50), 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”*.

Per converso, è, quindi, evidente che, qualora la *lex specialis* imponga *expressis verbis* l’obbligo (in uno alla relativa espressa comminatoria di esclusione in caso di inadempimento) di indicare già in sede di presentazione dell’offerta gli oneri di sicurezza aziendali (e tale obbligo non derivi, quindi, “automaticamente” dagli effetti etero-integrativi delle disposizioni normative nazionali, bensì da una precisa scelta della Stazione appaltante), siffatta previsione comporta:

1) da un lato, l’univoco, chiaro e preciso richiamo/“recepimento” nelle regole di gara di tale (controverso) adempimento legale (fondato, appunto, sull’ “esplicitazione” delle sopra riportate disposizioni nazionali - v. precedente par. 1.1), sicchè, nell’ipotesi *de qua*, non risultano violati i principi di *par condicio*, proporzionalità, trasparenza, certezza del diritto e legittimo affidamento (atteso che, in tal caso, tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti sono posti in grado di comprendere l’esatta portata delle disposizioni di gara - avendo la P.A. correttamente adempiuto all’obbligo del “*clare loqui*” -, nonché di interpretarle nello stesso modo, senza far questione alcuna di esegesi del diritto nazionale, e non potendo configurarsi alcuno “scusabile” errore);

2) dall’altro, l’inapplicabilità dell’istituto “sanante” del soccorso istruttorio (anche ai sensi dell’art. 46, comma 1 *ter* e 38, comma 2 *bis* del D.Lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii), considerato

che il suddetto richiamo/“recepimento” delle sopra riportate disposizioni nazionali comporta pure che l'espressa indicazione degli oneri aziendali assurga (inequivocamente) al “rango” di elemento essenziale dell'offerta ex art. 46, comma 1 *bis* del D.Lgs. n. 163/2006, idonea a determinare incertezza assoluta del contenuto della stessa (ragione per la quale, si rileva pure che la sanzione espulsiva prevista dal bando non viola il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, comma 1 *bis* del D.Lgs. n. 163/2006), e la cui tardiva specificazione (ora per allora) trova il limite insuperabile rappresentato dall'esigenza di garantire la *par condicio* dei concorrenti (e, comunque, rinvenendo la nuova disciplina del soccorso c.d. “rafforzato” il limite sostanziale ed intrinseco dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta).

Per completezza espositiva, il Collegio ritiene, altresì, di evidenziare che, nelle more della stesura della presente sentenza, è (pure) intervenuto il pronunciamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (ordinanza 10 novembre 2016, Causa C-162/16), sancendo che “*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*” (cfr. anche ordinanze 10 novembre 2016, C-140/16 e C-697/15): sicchè, a *contrariis*, si rileva che i su riportati principi di diritto enunciati dalla Corte di Giustizia non si applicano nel caso in cui l'obbligo di separata indicazione degli oneri di sicurezza “aziendali” sia previsto *expressis verbis* nella disciplina di gara, con esplicita correlativa comminatoria della sanzione espulsiva in caso di inadempimento.

1.3 - Orbene, venendo al caso in esame, è sufficiente osservare (con portata dirimente) che (come anche già anticipato in sede cautelare) la *lex specialis* ha espressamente sancito, a pena di esclusione, l'obbligo di ciascun partecipante alla procedura selettiva di indicare già in sede di offerta economica gli oneri di sicurezza “aziendali”: difatti, la “Lettera invito”, al paragrafo “Busta C - offerta economica e tempi di esecuzione”, ha richiesto, a pena di esclusione, “C.1) apposita dichiarazione in competente bollo, sottoscritta dal Legale Rappresentante del concorrente, contenente...c) la quantificazione degli oneri di sicurezza da rischio specifico o aziendale”.

La su riportata chiara, precisa ed univoca disposizione della *lex specialis*, non adempiuta dall'aggiudicataria Longo Euroservice s.r.l., rende illegittima l'offerta della stessa (in quanto carente, appunto, di un elemento essenziale) e vizia (irrimediabilmente) l'aggiudicazione disposta in suo favore, senza possibilità alcuna di tardiva indicazione degli oneri “interni” a

seguito di soccorso istruttorio ex artt. 46, comma 1 *ter* e 38, comma 2 *bis* del D.Lgs.n. 163/2006 e ss.mm.ii..

Né rilievo alcuno riveste la (pure dedotta dalla Società odierna controinteressata) mancata previsione della voce in questione nei moduli predisposti dalla Stazione appaltante per la presentazione dell'offerta, considerato che (Consiglio di Stato, IV, 19 marzo 2015, n. 1516) <<La “modulistica” messa a disposizione dalla stazione appaltante per la presentazione delle offerte non può certo prevalere sulle prescrizioni del bando, od indurre a disattendere queste ultime>>, in quanto “non concorre a formare il coacervo di disposizioni costituenti la *lex specialis* della gara e questa non può essere utilmente invocata per dedurre una oscurità/contraddittorietà del bando” e che, in ogni caso (come pure condivisibilmente osservato dalla Società ricorrente), la Lettera Invito ha espressamente stabilito che (art. 8, lett. “c”) i concorrenti sono “tenuti al controllo della correttezza e delle conformità” - della “modulistica predisposta” - “rispetto ... alle indicazioni degli atti di gara”.

In conclusione, nel caso di specie, l'offerta della società controinteressata aggiudicataria Longo Euroservice s.r.l. doveva essere esclusa, per non avere questa riportato nella propria offerta economica alcun riferimento agli oneri di sicurezza “aziendali”.

2. - Per tutto quanto innanzi esposto, devono essere accolte le domande formulate in via principale dall'odierna società ricorrente Bunder & Co. s.a.s. (annullamento dell'ammissione alla gara in favore di Longo Euroservice s.r.l., dell'aggiudicazione della fornitura *de qua* a tale Società e dei relativi verbali di gara, e risarcimento in forma specifica mediante l'aggiudicazione della procedura selettiva in parola in favore di essa Società ricorrente), nei sensi e termini di cui in motivazione, e, pertanto, vanno annullati i relativi atti, stabilendo, altresì, il risarcimento in forma specifica con l'aggiudicazione da disporsi dalla P.A. in favore della Società ricorrente medesima.

Le spese vengono compensate.

omissis

GUIDA ALLA LETTURA

Il giudizio in esame verte sulla controversa legittimità del provvedimento di aggiudicazione di una gara in favore di un'impresa che ha omesso di rendere la specifica dichiarazione dei *costi interni* per la sicurezza sul lavoro^[1], in tal modo contravvenendo ad una chiara prescrizione della *lex specialis*.

Il tema della necessità (o meno) di una esplicita indicazione (pena l'esclusione) dei suddetti

oneri “*interni*” è stato ampiamente dibattuto in questi anni dai giudici italiani ed europei, i quali sono ultimamente giunti ad alcuni approdi che di seguito vengono in breve condensati.

Deve, a tal proposito, innanzitutto evidenziarsi che, fino all’entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (che, come sarà meglio precisato più avanti, ha risolto la *querelle* prevedendo espressamente, all’art. 95, comma 10, un obbligo dichiarativo in tal senso), nell’ordinamento nazionale mancava una norma che, in maniera chiara ed univoca, prescrivesse espressamente la doverosità della dichiarazione relativa agli oneri di sicurezza.

Tale obbligo è frutto di una interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale. Sul punto si registra un primo intervento dirimente nella sentenza n. 3 del 20 marzo 2015 dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la quale si è chiarito, con specifico riferimento agli appalti di lavori, che l’onere di previa indicazione di tali costi, pur se non dettato *expressis verbis* dal legislatore, debba ricavarsi in modo univoco da un’interpretazione sistematica delle norme regolatrici della materia date dagli articoli 26, comma 6, del d.lgs. n. 81 del 2008, 86, comma 3-bis e 87, comma 4, del Codice^[2].

Il massimo Consesso amministrativo propone, nella richiamata decisione, una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni normative in parola, dalla quale scaturisce che **l’obbligo di indicazione specifica dei costi di sicurezza aziendali non può che essere assolto dal concorrente, unico in grado di valutare gli elementi necessari in base alle caratteristiche della realtà organizzativa e operativa della singola impresa, venendo altrimenti addossato un onere di impossibile assolvimento alla stazione appaltante, stante la sua non conoscenza degli *interna corporis* delle ditte partecipanti.**

La pronuncia puntualizza, in particolare, che “*l’omessa specificazione nelle offerte per lavori dei costi di sicurezza interni configura un’ipotesi di <<mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice>> idoneo a determinare <<incertezza assoluta sul contenuto dell’offerta>> per difetto di un suo elemento essenziale, e comporta perciò, anche se non prevista nella lex specialis, l’esclusione dalla procedura dell’offerta difettosa per l’inosservanza di un precetto a carattere imperativo che impone un determinato adempimento ai partecipanti alla gara (cfr. Cons. Stato, A.P. sentenza n. 9 del 2014), non sanabile con il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante ..., non potendosi consentire di integrare successivamente un’offerta dal contenuto inizialmente carente di un suo elemento essenziale*”.

In seguito, la medesima Adunanza Plenaria, con la sentenza 2 novembre 2015 n. 9, ha ulteriormente precisato che “*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*”.

Alla luce dei principi sanciti dal Supremo Collegio nelle richiamate pronunce, le varie sezioni del Consiglio di Stato e i tribunali amministrativi di merito hanno successivamente ribadito che **la violazione dell'obbligo di specificazione degli oneri di sicurezza aziendali costituisce un adempimento imposto al concorrente direttamente dalla legge** (artt. 86, comma 3 bis e 87, commi 3 e 3 bis, del codice dei contratti pubblici), anche in via di etero-integrazione della disciplina recata dalla *lex specialis*^[3], e che non possa neppure utilmente invocarsi il soccorso istruttorio, *“essendo stato espressamente escluso (Adunanza Plenaria n.3 e n.9 del 2015) per gli appalti di lavori che l'omissione del predetto adempimento possa essere sanata con i poteri di soccorso istruttorio e dovendo, quindi, a fortiori, escludersi tale possibilità per le procedure per le quali la norma era chiara fin dal principio”*.

Nel frattempo si è andata delineando un'altra questione relativa alla ritenuta inconciliabilità della richiamata disciplina in materia di oneri di sicurezza aziendale con l'ordinamento eurounitario.

In particolare, molti tribunali amministrativi hanno sollevato una questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia Europea in ordine alla compatibilità (o meno) con i principi comunitari di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto - unitamente ad altri principi^[4] - della normativa nazionale, così come interpretata dalle menzionate sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, secondo la quale l'omessa indicazione dei costi di sicurezza aziendale 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^[5].

Pochi mesi or sono, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è intervenuta a dirimere la questione stabilendo che *“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.”*^[6]

Ne consegue, ragionando *a contrariis*, che i su riportati principi di diritto non si applicano nel caso in cui l'obbligo di separata indicazione degli oneri di sicurezza “aziendali” sia

previsto *expressis verbis* nella disciplina di gara, con esplicita correlativa comminatoria della sanzione espulsiva in caso di inadempimento.

Sul problema della compatibilità della regola dell'esclusione automatica in caso di mancata separata indicazione degli oneri di sicurezza con il diritto euro – unitario si era, peraltro, già espressa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza del 27 luglio 2016, n. 19.

Nell'occasione il Supremo Consesso aveva precisato che i principi comunitari di legittimo affidamento, certezza del diritto, parità di trattamento, trasparenza *“devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice”* (Cfr. Corte di giustizia (Sesta Sezione, sentenza 2 giugno 2016, C-27/15, Pippo Pizzo).

In applicazione dei suddetti criteri si era affermato che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione devono essere formulate, in maniera chiara, precisa e univoca, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, in modo da consentire agli offerenti di comprenderne l'esatta portata e all'amministrazione aggiudicatrice di verificare la corrispondenza delle offerte rispetto ai criteri che disciplinano l'appalto.

Pertanto, alla luce dei richiamati precetti comunitari, in assenza di una espressa prescrizione della *lex specialis* che imponga l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale, la regola della esclusione automatica del concorrente che non abbia ottemperato al detto obbligo dichiarativo, senza che a questi sia dato il beneficio dello strumento del soccorso istruttorio, va considerata sproporzionata e sostanzialmente iniqua.

Sulla scorta di tali considerazioni l'Adunanza Plenaria aveva consacrato il principio secondo cui ***“per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, 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”***.

Gli oneri di sicurezza costituiscono, infatti, un elemento essenziale dell'offerta solo nel caso in cui il partecipante alla gara abbia formulato un'offerta economica senza considerare i costi derivanti dalla necessità di adempiere agli obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori, in tale

ipotesi l'offerta dovendosi qualificare in termini di incertezza assoluta e, in quanto tale, non potendo beneficiare dello strumento della sanatoria postuma, poiché così facendo si realizzerebbe una inammissibile modifica sostanziale del prezzo. Al contrario qualora l'offerta non risulti priva della parte relativa ai predetti oneri di sicurezza, ma sia viziata dalla semplice mancata indicazione specifica della quota di prezzo relativa ai predetti oneri, la carenza non avrà carattere sostanziale, bensì solo formale, tale circostanza legittimando l'operatività dello strumento del soccorso istruttorio, atteso che il suo esercizio non si tradurrebbe in una modifica sostanziale del contenuto dell'offerta, ma in una semplice specificazione formale di una voce.

Di questo *excursus* giurisprudenziale la III sezione del Tar Lecce dà atto nella sentenza in commento per giungere alla decisione del caso di specie.

Osserva, in particolare, il Collegio, portando alle estreme conseguenze il ragionamento svolto dall'Adunanza Plenaria nelle decisione appena citata, che qualora la *lex specialis* imponga *expressis verbis*, a pena di esclusione, l'obbligo di indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendali, siffatta previsione comporta, da un lato, l'univoco, chiaro e preciso richiamo nelle regole di gara di tale adempimento legale, sicchè, nell'ipotesi *de qua*, non risultano violati i principi di *par condicio*, proporzionalità, trasparenza, certezza del diritto e legittimo affidamento; dall'altro, essa importa l'inapplicabilità dell'istituto "sanante" del soccorso istruttorio, considerato che il suddetto richiamo delle sopra riportate disposizioni nazionali comporta pure che l'espressa indicazione degli oneri aziendali assurga al "rango" di elemento essenziale dell'offerta ex art. 46, comma 1 *bis* del D.Lgs. n. 163/2006, idonea a determinare incertezza assoluta del contenuto della stessa, e la cui tardiva specificazione trova il limite insuperabile rappresentato dall'esigenza di garantire la *par condicio* dei concorrenti.

Nella fattispecie all'esame la *lex specialis* prevedeva espressamente, a pena di esclusione, l'obbligo di ciascun partecipante alla procedura selettiva di indicare già in sede di offerta economica gli oneri di sicurezza "aziendali".

La su riportata chiara, precisa ed univoca disposizione, non adempiuta dall'aggiudicataria, rende, quindi, illegittima l'offerta della stessa (in quanto carente, appunto, di un elemento essenziale) e vizia (irrimediabilmente) l'aggiudicazione disposta in suo favore, senza possibilità alcuna di tardiva indicazione degli oneri "interni" a seguito di soccorso istruttorio ex artt. 46, comma 1 *ter* e 38, comma 2 *bis* del D.Lgs.n. 163/2006 e ss.mm.ii..

Né, a parere della Sezione, assume rilievo alcuno la deduzione svolta dalla controinteressata in ordine alla mancata previsione della voce in questione nei moduli predisposti dalla Stazione appaltante per la presentazione dell'offerta, considerato che (Consiglio di Stato, IV, 19 marzo 2015, n. 1516) <<La "modulistica" messa a disposizione dalla stazione appaltante per la presentazione delle offerte non può certo prevalere sulle prescrizioni del bando, od indurre a

disattendere queste ultime>>, in quanto “*non concorre a formare il coacervo di disposizioni costituenti la lex specialis della gara e questa non può essere utilmente invocata per dedurre una oscurità/contraddittorietà del bando*” e che, in ogni caso, la Lettera Invito ha espressamente imposto ai concorrenti il controllo della correttezza e delle conformità della modulistica predisposta rispetto alle indicazioni degli atti di gara.

Come accennato all'inizio di questo breve commento, ogni dubbio interpretativo sulla questione esaminata è evaporato con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti (D.lgs. 50/2016) che, all'art. 95, comma 10, prescrive chiaramente l'**obbligo per i concorrenti di indicazione nell'offerta economica dei “propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.”**

Sul punto è ultimamente intervenuta la I sezione del Tar Campania Salerno che, nella sentenza n. 1604 del 06.07.2016, con riferimento ad una gara soggetta all'applicazione del nuovo Codice, ha chiarito come **la mancata indicazione degli oneri di sicurezza interni in un'offerta di una concorrente costituisca legittimo motivo d'esclusione in quanto espressamente richiesto dalla legge.**

Il citato disposto normativo ha, inoltre, eliminato definitivamente le residue incertezze che si erano poste, nei termini innanzi precisati, sulla incompatibilità della disciplina nazionale con l'ordinamento europeo, atteso che è ora espressamente previsto uno specifico obbligo di allegazione dei costi di sicurezza aziendale all'offerta economica (vds. art. 95, comma 10, D.lgs. 50/2016, cit.), per cui **nessun dubbio può sollevarsi in ordine all'eterointegrazione del bando ad opera della corrispondente disposizione normativa.**

Sempre **il nuovo Codice sembra, infine, escludere la possibilità di attivazione del soccorso istruttorio rinforzato per colmare l'eventuale carenza dichiarativa riferita agli oneri di sicurezza interni.** L'art. 83, comma 9, sottrae, infatti, all'ambito applicativo dell'istituto in parola il caso dell'omessa dichiarazione di elementi essenziali dell'offerta, sia tecnica che economica^[7].

[1] Nell'ordinanza di remissione n. 88 del 16 gennaio 2015 la V sezione del Consiglio di Stato ha distinto in due specifiche categorie i costi per la sicurezza: 1) quelli “da interferenze”, contemplati dagli articoli 26, commi 3, 3-ter e 5, del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (Attuazione

dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro) e 86, comma 3-ter, 87, comma 4, e 131 del Codice, che: a) servono a eliminare i rischi da interferenza, intesa come contatto rischioso tra il personale del committente e quello dell'appaltatore, oppure tra il personale di imprese diverse che operano nella stessa sede aziendale con contratti differenti; b) sono quantificati a monte dalla stazione appaltante, nel D.U.V.R.I (documento unico per la valutazione dei rischi da interferenze, art. 26 del d.lgs. n. 81 del 2008) e, per gli appalti di lavori, nel PSC (piano di sicurezza e coordinamento, art. 100 D. Lgs. n. 81/2008); c) non sono soggetti a ribasso, perché ontologicamente diversi dalle prestazioni stricto sensu oggetto di affidamento; 2) quelli "interni aziendali", cui si riferiscono l'art. 26, comma 3, quinto periodo, del d.lgs n. 81 del 2008 e gli artt. 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, secondo periodo, del Codice, che: a) sono quelli propri di ciascuna impresa connessi alla realizzazione dello specifico appalto, sostanzialmente contemplati dal DVR, documento di valutazione dei rischi; b) sono soggetti a un duplice obbligo in capo all'amministrazione e all'impresa concorrente.

[2] *Nessuna delle citate norme prescrive in modo espreso l'obbligo dei concorrenti di esporre i costi della sicurezza nelle offerte per lavori; esse sembrano prima facie riguardare, per l'indicazione dei costi in tutti i tipi di appalti, soltanto gli enti aggiudicatori mentre l'art. 87, comma 4, del Codice, richiama l'indicazione nelle offerte dei costi per la sicurezza soltanto per gli appalti di servizi e forniture, ai fini della valutazione dell'anomalia.*

[3] Cfr. ex multis Consiglio di Stato, V, 17 novembre 2015, n. 5264, Consiglio di Stato, III, 24 novembre 2015, n. 5340, Consiglio di Stato, V, 3 febbraio 2016, n. 424

[4] Libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, parità di trattamento, non discriminazione, mutuo riconoscimento, proporzionalità e trasparenza

[5] Cfr., fra le tante, T.A.R. Campania, Sez. I, 24 febbraio 2016, n. 990; T.A.R. Piemonte sez. II, ordinanza del 16 dicembre 2015 n. 1745.

[6] Cfr. ordinanza 10 novembre 2016, Causa C-162/16; cfr. anche ordinanze 10 novembre 2016, C-140/16 e C-697/15.

[7] In senso conforme, cfr. Consiglio di Stato sez. V, ordinanza n. 5582 del 15.12.2016.