

Publicato il 11/05/2017

N. 02199/2017REG.PROV.COLL.
N. 08059/2016 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8059 del 2016, proposto da:
Ricciardello Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante in
carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Gennaro Maria Amoruso
e Francesco Marascio, con domicilio eletto presso lo studio di
quest'ultimo, in Roma, via G. B. Martini, 2;

contro

Provincia di Reggio Calabria, in persona del legale rappresentante in
carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Barresi, e
domiciliata, ex art. 25 cod. proc. amm., presso la Segreteria sezionale
del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

nei confronti di

Cosedil s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica,
rappresentata e difesa dall'avvocato Umberto Ilardo, con domicilio
eletto presso il suo studio, in Roma, via Federico Cesi, 21;

Co.Ar.Co. Consorzio Artigiani Costruttori - soc. Consortile a r.l.,
Coop. Costruzioni Soc. Coop. in L.C.A., in persona dei rispettivi
rappresentanti legali in carica, non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Calabria – Reggio Calabria, n. 00906/2016,
resa tra le parti, concernente affidamento progettazione esecutiva ed
esecuzione lavori per intervento su strada pedemontana.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Reggio
Calabria e di Cosedil s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2017 il Cons.
Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Stagnaro, per
delega di Amoruso, e Ilardo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Provincia di Reggio Calabria ha indetto una procedura aperta
finalizzata all'affidamento della progettazione esecutiva e
all'esecuzione dei lavori concernenti la realizzazione di una strada
pedemontana, da aggiudicarsi col criterio dell'offerta
economicamente più vantaggiosa.

Alla gara hanno, tra l'altro, partecipato la Ricciardello Costruzioni
s.r.l. e la COSEDIL s.p.a..

All'esito della procedura, la Ricciardello Costruzioni si è classificata al
secondo posto dietro la COSEDIL alla quale è stata
provvisoriamente aggiudicata la commessa.

Poiché le offerte delle dette concorrenti risultavano sospette di anomalia la stazione appaltante le ha sottoposte ad analisi.

Contestualmente, constatato che la Ricciradello Costruzioni non aveva indicato gli oneri della sicurezza aziendale, ha invitato l'impresa a integrare sul punto l'offerta economica.

Acquisita la documentazione recante la specificazione dei detti oneri e le giustificazioni atte a dimostrare la congruità della proposta contrattuale, la Provincia ha dato corso al procedimento di verifica, nell'ambito del quale ha disposto l'esclusione dalla gara della Ricciardello Costruzioni, rilevando che la sopravvenuta sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 2 febbraio 2015, escludeva la possibilità di sopperire alla mancata indicazione degli oneri della sicurezza aziendale mediante soccorso istruttorio, anche in assenza di una specifica previsione della *lex specialis* che imponesse di quantificare i detti oneri.

Dopodiché l'appalto è stato definitivamente aggiudicato alla COSEDIL.

Ritenendo tanto l'aggiudicazione, quanto la propria esclusione dalla gara illegittime, la Ricciardello Costruzioni le ha impugnate con ricorso, seguito da motivi aggiunti, proposto davanti al Tribunale amministrativo regionale per la Calabria – Sezione staccata di Reggio Calabria, il quale, con sentenza 8 settembre 2016, n. 906, lo ha respinto.

Avverso la detta sentenza la Ricciardello ha proposto l'odierno appello.

Per resistere al ricorso si sono costituite in giudizio la Provincia di Reggio Calabria e la COSEDIL.

Con successive memorie sia l'appellante, sia la COSEDIL hanno ulteriormente illustrato le rispettive tesi difensive.

Con atto ritualmente notificato alle controparti e depositato in giudizio in data 31 gennaio 2017, l'appellante ha, poi, rinunciato all'azione impugnatoria rivolta contro l'aggiudicazione in favore della COSEDIL, dichiarando di conservare interesse alla decisione limitatamente alla propria esclusione dalla gara.

Alla pubblica udienza del 4 maggio 2017, la causa è passata in decisione.

In via pregiudiziale il Collegio rileva che, conformemente alla volontà manifestata dalla Ricciardello Costruzioni con l'atto di rinuncia di cui sopra, l'odierno appello va esaminato con esclusivo riguardo alla domanda impugnatoria rivolta contro il provvedimento con cui la medesima è stata esclusa dalla gara, avendo costei in tale ambito confinato il proprio interesse ad agire.

Ciò priva la COSEDIL di ogni interesse ad opporsi alle contestazioni sul punto mosse dall'appellante.

Così delimitata la portata del giudizio, può passarsi all'esame delle merito del ricorso.

Col primo motivo di gravame l'appellante si duole dell'erroneità dell'affermazione con cui il giudice di prime cure ha ritenuto che la mancata specificazione degli oneri di sicurezza aziendale in sede di offerta possa costituire causa di esclusione della procedura selettiva, pur in assenza di una specifica prescrizione in tale senso nella disciplina di gara.

La pronuncia contrasterebbe, infatti, con i principi eurounitari di tutela del legittimo affidamento, di certezza del diritto, di libera circolazione, di libero stabilimento e di parità di trattamento.

La doglianza è fondata.

L'impugnata sentenza richiama integralmente l'orientamento dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato di cui alle sentenze 20 marzo 2015, n. 3 e 2 novembre 2015, n. 9, riguardo alle conseguenze della mancata indicazione degli oneri della sicurezza aziendale in sede di offerta.

Più di recente, però, la medesima Adunanza plenaria è nuovamente intervenuta sulla tematica con la sentenza 27 luglio 2016, n. 19 che, rettificando il precedente indirizzo, alla luce dei principi eurounitari della tutela dell'affidamento, della certezza del diritto, della parità di trattamento, della non discriminazione, della proporzionalità e della trasparenza, ha affermato che per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del nuovo c.d. codice degli appalti pubblici e delle concessioni (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 (in termini anche Cons. Stato, V, 18 gennaio 2017, n. 194; 23 dicembre 2016, n. 5444; III, 27 ottobre 2016, n. 4527).

Il nuovo orientamento ha trovato conferma nell'ordinanza della Corte di Giustizia U.E., VI, 10 novembre 2016, in C-140/16, C-697/15 e C-162/16, secondo cui: *“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'.

La pronuncia riprende l'affermazione più generale fatta dalla stessa Corte di Giustizia nella sentenza della Sez. VI, 2 giugno 2016, in C-27/15, secondo la quale: *“Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di 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'.*

L'odierna fattispecie trova la sua integrale disciplina nei principi di diritto enunciati della più recente giurisprudenza interna ed eurounitaria sopra richiamata.

Invero:

- a) la procedura selettiva per cui è causa si è svolta sotto il vigore del Codice dei contratti pubblici del 2006;
- b) è incontrovertito che la disciplina di gara non richiedesse ai concorrenti di specificare nell'offerta, tanto meno a pena di esclusione, gli oneri della sicurezza aziendale;
- c) non è, infine, contestato che l'offerta economica della Ricciardello Costruzioni, rispettasse i costi minimi della sicurezza aziendale e ciò, nonostante l'esclusione sia stata disposta nell'ambito del procedimento finalizzato alla verifica di congruità delle offerte, posto che, come più sopra rilevato, l'avversato provvedimento espulsivo è motivato unicamente con riguardo alla mancata indicazione dei detti oneri, senza alcun riferimento ad un eventuale insufficienza dell'offerta a coprire i costi della sicurezza interna.

Obietta l'appellata amministrazione che il principio espresso dalla richiamata giurisprudenza non sarebbe applicabile laddove, come nella fattispecie, il criterio di aggiudicazione prescelto sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, atteso che in tal caso, l'indicazione dei degli oneri della sicurezza aziendale sarebbe preordinata a consentire alla stazione appaltante di valutare la congruità dell'offerta.

L'obiezione non coglie nel segno.

La specificazione dei detti oneri, infatti, rileva sempre (ex art. 87, comma 4, del decreto legislativo n. 163 del 2006) ai fini del giudizio di anomalia dell'offerta, qualunque sia il criterio di aggiudicazione

prescelto (prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa) e il fatto che si consenta al concorrente, mediante il soccorso istruttorio, di specificare i costi della sicurezza in precedenza non indicati, non può avere alcuna influenza sulla verifica di congruità da condurre.

Alla luce delle considerazioni svolte, deve, dunque, ritenersi che erroneamente il giudice di prime cure abbia valutato non illegittima l'esclusione dalla gara dell'odierna appellante per l'omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendale.

Sotto questo profilo l'appello va, pertanto, accolto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

I mutamenti giurisprudenziali verificatisi in corso di causa giustificano l'integrale compensazione di spese e onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di quanto specificato in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie in parte il ricorso di primo grado e conseguentemente annulla il provvedimento di esclusione dalla gara dell'odierna appellante.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Alessandro Maggio

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO