

MASSIMA – 1. Il combinato disposto degli artt. 86, comma 3-bis, dell'art. 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 26, comma 6, del d.lgs. n. 81 del 2008 non impone alle imprese l'obbligo, a pena di esclusione dalla gara, di indicare gli oneri per la sicurezza aziendale (Consiglio di Stato, sez. V, 17 giugno 2014, n. 3056). L'art. 86, comma 3 bis, stabilisce infatti 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". La norma si rivolge quindi, in primo luogo, agli enti aggiudicatori, imponendo loro, "nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte", di effettuare uno specifico apprezzamento della congruità dei costi del lavoro e della sicurezza indicati dalle concorrenti nelle loro offerte. La tesi è confortata dalla rubrica della disposizione che fa riferimento ai "criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse". È incontestabile che la sopra riportata disposizione prevede che il costo in esame deve essere specificamente indicato, ma va ritenuto che tale indicazione sia funzionale alla verifica di congruità e dunque all'attuazione del precetto cui soggiacciono le stazioni appaltanti. L'art. 86 va poi coordinato con il successivo art. 87 (sui "criteri di verifica delle offerte anormalmente basse"), che, al comma 4, stabilisce 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" e dispone inoltre che "non sono ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza in conformità all'articolo 131, nonché al piano di sicurezza e coordinamento di cui all'articolo 12, decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494, e alla relativa stima dei costi conforme all'articolo 7, d.P.R. 3 luglio 2003, n. 222". Ritiene la Sezione che dal complesso delle disposizioni in esame si ricava che le stazioni appaltanti sono tenute a verificare gli oneri per la sicurezza ai fini del giudizio di anomalia dell'offerta e, in stretta conseguenza di ciò, che le imprese sono tenute ad indicare nella loro offerta questa voce di costo (Consiglio di Stato, sez. V, 17 giugno 2014, n. 3056); tuttavia, e la circostanza è rilevante, in nessuna parte di tali disposizioni è previsto che per gli appalti di lavori pubblici si debbano indicare nell'offerta i costi per la sicurezza aziendale e che in nessuna parte è prevista la comminatoria di esclusione per la loro mancata indicazione. Poiché le disposizioni in esame regolano la verifica dell'anomalia dell'offerta, è in questa sede che l'obbligo di indicare (e giustificare) i costi per la sicurezza viene in rilievo, mentre risulta eccedente, rispetto al fine di consentire nella stessa sede tale verifica, pretendere che l'impresa debba indicare i costi in questione già nella propria offerta. A diverse conclusioni non può giungersi in base al testo dell'art. 26, comma 6, del d.lgs. n. 81 del 2008, per il quale, "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". Anche in tale caso, la disposizione è rivolta agli "enti aggiudicatori" ed inoltre va coordinata con gli artt. 86 e 87 del d. lgs. n. 163 del 2006, che contengono disposizioni di maggiore dettaglio. Peraltro, ed a conferma di quanto ora detto, anche la norma in esame fa riferimento alla verifica dell'anomalia. Se è vero che, come sostenuto nell'appellata sentenza, le norme sopra richiamate perseguono l'obiettivo di assicurare la tutela dei lavoratori e se va riconosciuto che tale fine trascende i contrapposti interessi delle stazioni appaltanti di aggiudicare i contratti pubblici alle migliori condizioni consentite dal mercato e delle imprese partecipanti alle relative procedure di massimizzare l'utile ritraibile dal contratto, va rilevato che detto fine può essere realizzato anche attraverso l'obbligo per le stazioni appaltanti di effettuare una specifica valutazione della congruità del costo per la sicurezza nella appropriata sede della verifica dell'anomalia dell'offerta. E' peraltro da ritenersi ingiustificatamente penalizzante per le imprese, e dunque per le esigenze della concorrenza, che

pure la legislazione sui contratti pubblici persegue, quello di sanzionare con l'esclusione dalla gara la mancata indicazione dei costi per la sicurezza aziendale (Consiglio di Stato, sez. V, 17 giugno 2014, n. 3056). È infatti palese la sproporzione tra obiettivi perseguiti e risultati realizzati, perché, al fine di tutelare la sicurezza ed i connessi diritti dei lavoratori, si impedisce all'impresa di concorrere per l'affidamento di contratti pubblici per il solo fatto di non avere esposto nell'offerta i relativi costi per la sicurezza aziendale, quand'anche gli stessi risultassero congrui nell'unica sede ove va effettuata tale verifica.

2. L'eterointegrazione può aver luogo con cautela (Consiglio di Stato, Sezione III, 2 settembre 2013, n. 4364), poiché l'inserzione automatica di clausole (v. anche l'art. 1339 cod. civ.) in tanto si giustifica in quanto occorra conformare il contenuto delle obbligazioni e di diritti nascenti da contratti già conclusi con esigenze di ordine imperativo non disponibili dai contraenti. In base a questa considerazione, è assai dubbia l'operatività del meccanismo in questione nei confronti di aspetti che concernono lo svolgimento della procedura selettiva ed in particolare le modalità con cui le imprese formulano la loro offerta. Del resto questo Consiglio, con sentenza della III Sezione del 18 ottobre 2013, n. 5069, ha affermato che l'eterointegrazione del bando di gara è configurabile in presenza di norme imperative recanti una rigida predeterminazione dell'elemento destinato a sostituirsi alla clausola difforme, ma non nei casi in cui alle parti siano affidati la determinazione del corrispettivo e dei suoi elementi, sostanzialmente affermando che è legittima la clausola del bando di gara che semplifichi le modalità di manifestazione dell'offerta economica relativamente agli oneri di sicurezza, in difformità agli artt. 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, d.lgs. n.163/2006. Che del potere di eterointegrazione debba essere fatto un uso prudente è confermato anche dal consolidato indirizzo della giurisprudenza amministrativa, cui in precedenza è stato fatto cenno, secondo cui la lex specialis deve essere interpretata secondo le regole dettate dagli artt. 1362 e ss. del c.c.. ()*

(*) Riforma della sentenza del Tar Puglia - Sezione di Lecce, Sezione III, n. 1456/2014

Consiglio di Stato n. 1375 del 17/3/2015

N. 01375/2015REG.PROV.COLL.

N. 09063/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 9063 del 2014, proposto dalla s.r.l. Longo Euroservice, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Didonna, con domicilio eletto presso lo Studio legale Arbia, in Roma, circonvallazione Clodia, n. 80;

contro

Il Comune di Lecce, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Elisabetta Ciulla, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Francesco Baldassarre, in Roma, via della Scrofa, n. 64;

nei confronti di

La s.r.l. Cos.Eco. Costruzioni Ecologiche, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Michaela De Stasio e Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso la signora Antonia De Angelis in Roma, via Portuense, n. 104;

Bunder & Co. s.a.s, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Puglia - Sezione di Lecce, Sezione III, n. 1456/2014;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Lecce e della s.r.l. Cos.Eco. Costruzioni Ecologiche;

Viste le memorie difensive;

Visto il decreto presidenziale 19 dicembre 2014, n. 5884;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2015 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti l'avvocato Michele Didonna, l'avvocato Alvisè Vergerio, su delega dell'avvocato Elisabetta Ciulla, e l'avvocato Vito Aurelio Pappalepore;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.- Il Comune di Lecce, con bando del 22 marzo 2013, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento, col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della "fornitura di automezzi speciali per la raccolta domiciliare dei rifiuti", suddiviso in n. 4 lotti, dell'importo complessivo di € 1.503.430,53, inclusi oneri per la sicurezza.

La s.r.l. Longo ha partecipato alla gara con riguardo ai lotti n. 1 e n. 2, aventi a oggetto, rispettivamente:

a) la fornitura di minicompattatori, costipatori e motocarri, per un importo a base d'asta di € 1.313.454,16, oltre oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso per € 13.134,54;

b) la fornitura di attrezzatura scarrabile-ribaltabile, per un importo a base d'asta di € 110.925,62, oltre ad oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso per €. 1.109,26.

All'esito delle operazioni di gara, la società è risultata prima in graduatoria per entrambi i lotti, mentre al secondo posto per il primo di essi si è classificata la s.r.l. Cos.Eco. e per il secondo la s.a.s. Bunder & Co.

A seguito di giustificazioni riguardo alle offerte economiche fornite, su richiesta della stazione appaltante ai fini della verifica dell'anomalia delle stesse, dalla s.r.l. Longo Euroservice, la commissione di gara, nella seduta riservata del 22 luglio 2013, ha ritenuto congrue le offerte economiche di detta società per entrambi i lotti.

Successivamente, con nota n. 105621 del 17 ottobre 2013, il Presidente di detta commissione, a seguito di un parere legale e all'esito della seduta riservata dell'11 ottobre 2013, ha comunicato alla società sopra citata l'esclusione dalla gara e l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria dell'appalto, a causa della mancata indicazione nella propria offerta economica degli oneri per la sicurezza; successivamente anche la s.a.s. Burder & Co. è stata estromessa dalla gara per le medesime ragioni.

2.- La s.r.l. Longo Euroservice ha quindi proposto il ricorso n. 2006 del 2013 al T.A.R. Puglia, Sezione staccata di Lecce, per l'annullamento di detta nota, nonché del verbale della seduta di gara dell'11 ottobre 2013, della nota del Presidente della Commissione n. 81025 del 26 luglio 2013 (di richiesta di un parere legale al Settore Avvocatura del Comune di Lecce), del parere della Avvocatura n. 81839 del 29 luglio 2013, del bando e del disciplinare di gara (ove interpretato nel senso che imponeva ai concorrenti l'indicazione, già nell'offerta economica, degli oneri per la sicurezza da interferenze e aziendali), delle eventuali aggiudicazioni provvisoria e definitiva dell'appalto "a oggi non conosciute", in favore delle controinteressate.

La società ha inoltre chiesto la declaratoria, ex art. 121 e ss. del c.p.a., di inefficacia dei contratti eventualmente sottoscritti con la s.r.l. Cos.Eco., per il lotto n. 1, e con la s.r.l. BUNDER & CO. per il lotto n. 2; nonché la condanna del Comune, ex art. 124 del c.p.a., al risarcimento in forma specifica mediante subentro della ricorrente nei contratti di cui trattasi, ovvero, in subordine, al risarcimento del danno subito per effetto dell'illegittimo affidamento delle forniture alle controinteressate.

3.- La Sezione terza del T.A.R., dopo aver richiamato la distinzione tra oneri di sicurezza per le cc.dd. interferenze e gli oneri di sicurezza da rischio specifico o aziendale, ha respinto il ricorso con la sentenza in epigrafe indicata, per non avere indicato la s.r.l. Longo Euroservice alcun onere di sicurezza nell'offerta economica, né da interferenza né aziendale, con una mancanza comportante l'esclusione dalla procedura (anche in assenza della relativa comminatoria espressa nella disciplina speciale di gara, stante la sua eterointegrabilità), in quanto le norme in materia di oneri per la sicurezza hanno valore cogente ed immediatamente precettivo e non può ritenersene consentita l'irrilevanza o l'integrazione mediante l'esercizio del potere-dovere 'di soccorso' da parte della stazione appaltante, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti.

Il T.A.R. ha anche respinto il motivo di gravame inerente all'avvenuto svolgimento della seduta di gara (nella quale è stata disposta la revoca dell'aggiudicazione provvisoria all'odierna ricorrente) in luogo diverso dalla sede istituzionale.

4.- Con il ricorso in appello, in esame la s.r.l. Longo Euroservice ha chiesto la riforma di detta sentenza e l'accoglimento del ricorso promosso in primo grado, deducendo i seguenti motivi:

a) error in iudicando: violazione degli artt. 86 e 87, del d.lgs. n. 163 del 2006, nonché dell'art. 26, comma 6, del d. lgs. n. 81 del 2008; eccesso di potere per erroneità dei presupposti, difetto d'istruttoria e di motivazione; contraddittorietà e irragionevolezza manifeste; sviamento e malgoverno.

b) error in iudicando: violazione dell'art. 97 della Costituzione, del principio d'indipendenza dei membri della Commissione di gara e del principio di continuità e concentrazione delle operazioni di gara; eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza; malgoverno e ingiustizia manifeste.

Col secondo motivo di censura, l'appellante aveva lamentato che la seduta riservata tenutasi l'11 ottobre 2013, al cui esito la Commissione di gara aveva recepito i provvedimenti di esclusione e di annullamento della precedente aggiudicazione in favore della s.r.l. Longo Euroservice, si era tenuta al di fuori della sede legale dell'Ente appaltante, ossia in uno studio legale in Roma, senza indicazione nel verbale delle relative ragioni.

Il primo Giudice non avrebbe considerato che l'effettuazione di operazioni di gara in un luogo privato e al di fuori della sede istituzionale dell'ente pubblico avrebbe violato gli epigrafati principi, essendo stata minata la libera determinazione dei membri della Commissione di gara che avrebbero, così, agito al di fuori di ogni 'garanzia costituzionalmente orientata' al buon andamento e all'imparzialità. Inoltre la localizzazione di tale seduta a oltre 650 chilometri dalla sede della stazione appaltante avrebbe anche interrotto, senza ragione, il criterio di collegamento territoriale con l'Ente locale.

5.- Con atto depositato il 25 novembre 2014, si è costituita in giudizio la s.r.l. Cos.Eco. Costruzioni Ecologiche, che ha eccepito l'inammissibilità e ha dedotto l'infondatezza dell'appello, chiedendone la reiezione.

6.- Con atto depositato il 1° dicembre 2014, si è costituito in giudizio il Comune di Lecce, che ha eccepito l'inammissibilità, l'improponibilità e l'improcedibilità dell'appello, nonché ne ha dedotto l'infondatezza, concludendo per la sua reiezione.

7.- Con memoria depositata il 5 dicembre 2014, il Comune resistente ha dedotto la infondatezza dell'appello, concludendo per la sua reiezione.

8.- Con atto notificato il 18 dicembre 2014 e depositato il 19 dicembre 2014, la società appellante, premesso che in data 6 novembre 2014 era stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara alla s.r.l. Cos.Eco. Costruzioni Ecologiche e che in data 28 novembre 2014 era stato stipulato il contratto, senza che, in violazione dell'art. 79, commi 5 e 5 bis, e dell'art. 10 del d. lgs. n. 163 del 2006, dell'aggiudicazione le fosse stata data comunicazione, ha chiesto l'adozione di misure cautelari provvisorie.

9.- Con decreto presidenziale 19 dicembre 2014, n. 5884, l'istanza è stata respinta.

10.- Con memoria depositata il 22 dicembre 2014, la s.r.l. Cos.Eco. Costruzioni Ecologiche ha eccepito l'improcedibilità dell'appello, per mancata impugnazione della d.d. n. 338 del 14 dicembre 2014, con cui è stata disposta la definitiva aggiudicazione alla società stessa del lotto n. 1, e ne ha dedotto l'infondatezza, concludendo per la declaratoria di inammissibilità, o di improcedibilità, o di infondatezza dell'appello e per la sua reiezione.

11.- Con memoria depositata il 29 dicembre 2014, il Comune di Lecce ha eccepito l'inammissibilità dell'istanza cautelare monocratica di declaratoria di inefficacia della aggiudicazione definitiva e del contratto, perché inammissibilmente richiesta per la prima volta in secondo grado in violazione dell'art. 104 del c.p.a., e delle produzioni documentali effettuate per la prima volta in appello.

L'Amministrazione ha comunque dedotto l'infondatezza della richiesta, in quanto nulla disporrebbe l'art. 11, comma 10 ter, del d. lgs. n. 163 del 2006 con riguardo alle more dell'udienza di merito di secondo grado, anche perché l'art. 79, comma 5, del medesimo d.lgs. non riguarderebbe i soggetti nei confronti dei quali sia già intervenuta una sentenza "che ha dichiarato l'illegittimità dell'esclusione medesima".

12.- Con memoria depositata il 10 gennaio 2015, la parte appellante, premesso di avere impugnato l'atto di aggiudicazione definitiva e di avere già chiesto col ricorso di primo grado la declaratoria di inefficacia dei contratti eventualmente sottoscritti, nonché di avere comunque impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitivo nelle more adottato ed il contratto concretamente stipulato presso il T.A.R. Puglia, Lecce, con ricorso notificato il 10 gennaio 2015 ha ribadito le proprie tesi e richieste.

13.- Alla pubblica udienza del 13 gennaio 2014, il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

14.- Innanzi tutto va verificata la fondatezza dell'eccezione di improcedibilità dell'appello per mancata impugnazione della d.d. n. 338 del 14 dicembre 2014, con cui è stata disposta la definitiva aggiudicazione del lotto n. 1 alla s.r.l. Cos. Eco. Costruzioni Ecologiche, formulata da questa società.

14.1.- Al riguardo osserva il Collegio che, con memoria depositata il 10 gennaio 2015, la parte appellante ha affermato che l'atto di aggiudicazione definitiva (di cui non avrebbe avuto alcuna comunicazione, in violazione dell'art. 79, commi 5 e 5 bis e dell'art. 10 del d. lgs. n. 163 del 2006, e che era stato comunque oggetto di impugnazione con il ricorso avverso la sua esclusione dalla gara) è stato impugnato con ricorso al T.A.R. Puglia, Lecce, notificato in data 10 gennaio 2015.

Tale ultima circostanza, non dalle avverse parti contestata, allo stato, non rende condivisibile l'eccezione in esame (sicché è irrilevante la questione di carattere generale se vi sia un ulteriore onere di impugnazione dell'atto finale del procedimento, con i relativi costi, quando si siano impugnati ritualmente tutti i precedenti atti, notificando il ricorso anche alla effettiva controinteressata).

La ratio delle comunicazioni disciplinate dall'art. 79 del d.lg. n. 163 del 2006 è quella di realizzare in capo ai concorrenti di una procedura di gara un effetto di conoscenza legale delle determinazioni rilevanti adottate dal seggio di gara (compresa l'aggiudicazione definitiva), sì da far decorrere da tali comunicazioni il termine per impugnare, affinché vi sia la definizione entro termini ristretti di eventuali controversie; conseguentemente, l'obbligo previsto dall'art. 79, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006 di comunicare l'avvenuta aggiudicazione definitiva alle parti che hanno impugnato l'esclusione, incide semplicemente sulla decorrenza del termine di impugnazione, determinando, in caso di sua inosservanza, e stante la mancanza di una espressa sanzione, soltanto lo spostamento in avanti di quest'ultimo.

15.- Il gravame va quindi esaminato nel merito e ne va rilevata la fondatezza.

16.- Con il primo motivo d'appello, è stato dedotto che la pronuncia appellata sarebbe esclusivamente basata su un indirizzo giurisprudenziale asseritamente prevalente, ma che tale non sarebbe e che comunque sarebbe del tutto inconferente con riguardo al caso di specie in cui:

a) la *lex specialis* aveva espressamente esonerato i concorrenti dall'obbligo di indicazione degli oneri per la sicurezza "da interferenza" ed "aziendali" nella dichiarazione di offerta economica;

b) l'offerta della appellante era stata sottoposta alla verifica di anomalia (al cui esito era risultata congrua e affidabile);

c) si era in presenza di un appalto di fornitura, con espressa richiesta ai concorrenti di onnicomprensività del prezzo offerto.

In base alle disposizioni di cui alla pag. 3 del bando e disciplinare di gara, e al punto 3 relativo all'offerta economica, era stata imposta ai concorrenti unicamente la dichiarazione di offerta con l'indicazione, per ogni lotto cui si intendeva partecipare, del ribasso percentuale offerto sull'importo della fornitura soggetto a ribasso al netto degli oneri di sicurezza.

Tali disposizioni della *lex specialis* evidenzerebbero che la stazione appaltante aveva espressamente dispensato i partecipanti alla gara dall'obbligo di specificare nella dichiarazione di offerta economica l'importo degli oneri per la sicurezza, sia da interferenza che aziendali.

Peraltro due su tre imprese partecipanti alla gara (la s.r.l. Longo Euroservice e la s.a.s. Burder & Co.), in osservanza delle regole stabilite dal Comune, avevano formulato la propria dichiarazione di offerta economica senza specificare gli oneri per la sicurezza e indicando il solo prezzo onnicomprensivo dell'appalto.

Di tanto il T.A.R. non avrebbe tenuto conto, limitandosi a richiamare i principi in tema di obbligo di specificazione degli oneri per la sicurezza aziendali, senza considerare che essi non potrebbero trovare alcuna applicazione nella vicenda che occupa.

Aggiunge la società appellante che la stazione appaltante, in base ad una formalistica lettura delle disposizioni di cui agli artt. 86, comma 3 bis, e 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, ne aveva disposto l'esclusione (a causa della mancata inclusione, nella dichiarazione dell'offerta economica, dell'indicazione degli oneri per la sicurezza cd. interni o aziendali), pur avendo, all'esito del sub-procedimento di verifica dell'anomalia, valutato espressamente come congrua e affidabile l'offerta della società stessa, che, con nota del 4 luglio 2013, aveva anche fornito analitiche giustificazioni dei prezzi offerti per entrambe le forniture cui aveva partecipato [individuando per ciascuna di esse sia gli oneri della sicurezza (per complessivi € 14.243,80), sia i costi generali di gestione (per complessivi € 13.125,09), sufficienti a garantire un appalto di fornitura dal prezzo complessivo offerto di € 1.384.100,08].

Poiché l'obbligo di indicare (e giustificare) i costi per la sicurezza verrebbe in rilievo in sede di verifica dell'anomalia, sarebbe stato ultroneo pretendere che l'impresa dovesse indicarli già nella propria offerta; diversamente opinando, sussisterebbe una sproporzione tra gli obiettivi perseguiti e i risultati realizzati, in quanto - al fine di tutelare la sicurezza ed i connessi diritti dei lavoratori - sarebbe precluso all'impresa di concorrere per l'affidamento di contratti pubblici per il solo fatto di non avere esposto nell'offerta i costi per la sicurezza aziendale, anche se gli stessi fossero poi valutati congrui nell'unica sede deputata alla relativa verifica.

In conclusione, poiché nel caso di specie la verifica dell'anomalia dell'offerta della s.r.l. Longo Euroservice era avvenuta e si era conclusa con un inequivocabile giudizio di congruità e di serietà della stessa da parte della stazione appaltante, non si sarebbe potuta disporre l'esclusione automatica dell'offerta.

Ha infine dedotto la parte appellante che nel caso in esame sarebbe rilevante anche la circostanza che, trattandosi di appalto di fornitura, il modulo (fac-simile) di dichiarazione allegato al bando imponeva ai concorrenti di dichiarare di avere preso conoscenza e di avere tenuto conto nella formulazione dell'offerta degli obblighi e degli oneri relativi alle disposizioni in materia di

sicurezza, sicché la formulata dichiarazione di onnicomprensività del prezzo avrebbe soddisfatto anche le esigenze di previsione nella formulazione dell'offerta economica di tutti gli oneri per la sicurezza imposti dalla legge di gara. In caso di appalti diversi dai lavori pubblici e in assenza di comminatoria espressa di esclusione, ove sia omesso da parte del concorrente lo scorporo degli oneri di sicurezza per rischio specifico la circostanza, non potrebbe dare luogo ex se ad esclusione dalla gara.

16.1.- Osserva la Sezione che nel caso di specie, a pag. 3 del bando e disciplinare di gara, era stato previsto che: “Importo a base di gara. Complessivo dei n. 4 lotti €. 1.503.430,53 incluso oneri di sicurezza (oltre IVA) ... così distinto: Lotto n. 1: ... Importo totale Oneri per la sicurezza del Lotto n. 1 non soggetti a ribasso €. 13.134,54. Lotto n. 2: ... Oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso € 1.109,26”; inoltre, al punto 3 relativo all'offerta economica, era stata imposta ai concorrenti unicamente la dichiarazione di offerta con l'indicazione, per ogni lotto a cui si intendeva partecipare, del ribasso percentuale offerto sull'importo della fornitura soggetto a ribasso al netto degli oneri di sicurezza.

La *lex specialis* non imponeva quindi con specificità e chiarezza l'obbligo di indicazione degli oneri per la sicurezza.

Tenuto conto dei principi generali desumibili anche dagli artt. 1362 e ss. del c.c., deve essere attribuito, nell'interpretazione delle clausole del bando, valore preminente all'interpretazione letterale, in coerenza con i principi di chiarezza e trasparenza ex art. 1 della l. n. 241 del 1990, mentre devono essere escluse interpretazioni integrative contrarie al principio della prevedibilità (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 2 settembre 4364; Sez. V, 21 dicembre 2012, n. 6615 e 5 settembre 2011, n. 4980).

In particolare non sono consentite interpretazioni volte ad enucleare significati impliciti nella normativa di gara, potenzialmente in grado di ledere l'affidamento dei terzi e il principio della massima partecipazione alla gara (Consiglio di Stato, Sez. V, 13 gennaio 2014, n. 72; 16 gennaio 2013, n. 238; 7 gennaio 2013, n. 7; 31 ottobre 2012, n. 5570).

In questa linea si colloca quindi la regola secondo cui la buona fede e l'affidamento delle imprese partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici - circa la necessità di rispettare le clausole del bando di gara - non devono risolversi in loro danno, attraverso l'esclusione dalla gara (Consiglio di Stato, Sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5155); regola che è rilevante al caso di specie, in cui, come sopra evidenziato, la stazione appaltante non aveva esplicitamente previsto la necessità della specificazione dei costi per la sicurezza aziendale in sede di offerta.

Il T.A.R. ha sostanzialmente affermato che l'art. 86, comma 3 bis, e l'art. 87, comma 4, del d. lgs. n. 163 del 2006, impongono l'indicazione in sede d'offerta degli oneri aziendali di sicurezza e sono inderogabili, sicché non ne è consentita l'integrazione in base al potere di soccorso, anche se il bando gara non prevede una comminatoria espressa.

Osserva in contrario la Sezione che il combinato disposto degli artt. 86, comma 3-bis, dell'art. 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 26, comma 6, del d.lgs. n. 81 del 2008 non impone alle imprese l'obbligo, a pena di esclusione dalla gara, di indicare gli oneri per la sicurezza aziendale (Consiglio di Stato, sez. V, 17 giugno 2014, n. 3056).

L'art. 86, comma 3 bis, stabilisce infatti 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".

La norma si rivolge quindi, in primo luogo, agli enti aggiudicatori, imponendo loro, "nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte", di effettuare uno specifico apprezzamento della congruità dei costi del lavoro e della sicurezza indicati dalle concorrenti nelle loro offerte.

La tesi è confortata dalla rubrica della disposizione che fa riferimento ai "criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse".

È incontestabile che la sopra riportata disposizione prevede che il costo in esame deve essere specificamente indicato, ma va ritenuto che tale indicazione sia funzionale alla verifica di congruità e dunque all'attuazione del precetto cui soggiacciono le stazioni appaltanti.

L'art. 86 va poi coordinato con il successivo art. 87 (sui "criteri di verifica delle offerte anormalmente basse"), che, al comma 4, stabilisce 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" e dispone inoltre che "non sono ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza in conformità all'articolo 131, nonché al piano di sicurezza e coordinamento di cui all'articolo 12, decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494, e alla relativa stima dei costi conforme all'articolo 7, d.P.R. 3 luglio 2003, n. 222".

Ritiene la Sezione che dal complesso delle disposizioni in esame si ricava che le stazioni appaltanti sono tenute a verificare gli oneri per la sicurezza ai fini del giudizio di anomalia dell'offerta e, in stretta conseguenza di ciò, che le imprese sono tenute ad indicare nella loro offerta questa voce di costo (Consiglio di Stato, sez. V, 17 giugno 2014, n. 3056); tuttavia, e la circostanza è rilevante, in nessuna parte di tali disposizioni è previsto che per gli appalti di lavori pubblici si debbano indicare nell'offerta i costi per la sicurezza aziendale e che in nessuna parte è prevista la comminatoria di esclusione per la loro mancata indicazione.

Poiché le disposizioni in esame regolano la verifica dell'anomalia dell'offerta, è in questa sede che l'obbligo di indicare (e giustificare) i costi per la sicurezza viene in rilievo, mentre risulta eccedente, rispetto al fine di consentire nella stessa sede tale verifica, pretendere che l'impresa debba indicare i costi in questione già nella propria offerta.

A diverse conclusioni non può giungersi in base al testo dell'art. 26, comma 6, del d.lgs. n. 81 del 2008, per il quale, "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". Anche in tale caso, la disposizione è rivolta agli "enti aggiudicatori" ed inoltre va coordinata con gli artt. 86 e 87 del d. lgs. n. 163 del 2006, che contengono disposizioni di maggiore dettaglio.

Peraltro, ed a conferma di quanto ora detto, anche la norma in esame fa riferimento alla verifica dell'anomalia.

Se è vero che, come sostenuto nell'appellata sentenza, le norme sopra richiamate perseguono l'obiettivo di assicurare la tutela dei lavoratori e se va riconosciuto che tale fine trascende i contrapposti interessi delle stazioni appaltanti di aggiudicare i contratti pubblici alle migliori

condizioni consentite dal mercato e delle imprese partecipanti alle relative procedure di massimizzare l'utile ritraibile dal contratto, va rilevato che detto fine può essere realizzato anche attraverso l'obbligo per le stazioni appaltanti di effettuare una specifica valutazione della congruità del costo per la sicurezza nella appropriata sede della verifica dell'anomalia dell'offerta.

E' peraltro da ritenersi ingiustificatamente penalizzante per le imprese, e dunque per le esigenze della concorrenza, che pure la legislazione sui contratti pubblici persegue, quello di sanzionare con l'esclusione dalla gara la mancata indicazione dei costi per la sicurezza aziendale (Consiglio di Stato, sez. V, 17 giugno 2014, n. 3056).

È infatti palese la sproporzione tra obiettivi perseguiti e risultati realizzati, perché, al fine di tutelare la sicurezza ed i connessi diritti dei lavoratori, si impedisce all'impresa di concorrere per l'affidamento di contratti pubblici per il solo fatto di non avere esposto nell'offerta i relativi costi per la sicurezza aziendale, quand'anche gli stessi risultassero congrui nell'unica sede ove va effettuata tale verifica.

Pertanto, perde rilievo la 'valenza eterointegratrice' delle sopra citate disposizioni nei confronti del bando di gara, sostenuta con l'impugnata sentenza, poiché esse vanno interpretate nei sensi sopra indicati.

Peraltro, l'eterointegrazione può aver luogo con cautela (Consiglio di Stato, Sezione III, 2 settembre 2013, n. 4364), poiché l'inserzione automatica di clausole (v. anche l'art. 1339 cod. civ.) in tanto si giustifica in quanto occorra conformare il contenuto delle obbligazioni e di diritti nascenti da contratti già conclusi con esigenze di ordine imperativo non disponibili dai contraenti.

In base a questa considerazione, è assai dubbia l'operatività del meccanismo in questione nei confronti di aspetti che concernono lo svolgimento della procedura selettiva ed in particolare le modalità con cui le imprese formulano la loro offerta.

Del resto questo Consiglio, con sentenza della III Sezione del 18 ottobre 2013, n. 5069, ha affermato che l'eterointegrazione del bando di gara è configurabile in presenza di norme imperative recanti una rigida predeterminazione dell'elemento destinato a sostituirsi alla clausola difforme, ma non nei casi in cui alle parti siano affidati la determinazione del corrispettivo e dei suoi elementi, sostanzialmente affermando che è legittima la clausola del bando di gara che semplifichi le modalità di manifestazione dell'offerta economica relativamente agli oneri di sicurezza, in difformità agli artt. 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, d.lgs. n. 163/2006.

Che del potere di eterointegrazione debba essere fatto un uso prudente è confermato anche dal consolidato indirizzo della giurisprudenza amministrativa, cui in precedenza è stato fatto cenno, secondo cui la *lex specialis* deve essere interpretata secondo le regole dettate dagli artt. 1362 e ss. del c.c..

Alla luce di quanto finora osservato, deve escludersi la rilevanza dell'argomento dedotto dalle parti resistenti in secondo grado, secondo cui il bando di gara indicava i soli oneri da interferenza e non quelli aziendali.

Per le argomentazioni in precedenza svolte, è infatti in sede del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta che la seconda tipologia di oneri possono essere apprezzati dalla stazione appaltante, senza tuttavia che questo doveroso accertamento debba necessariamente presupporre l'indicazione di tale voce di costo già nell'offerta (Consiglio di Stato, sez. V, 17 giugno 2014, n. 3056).

In conclusione il motivo di gravame in esame è fondato.

17.- Con il ricorso di primo grado, era stata anche stata chiesta dalla parte appellante la declaratoria, ex art. 121 e ss. del c.p.a., di inefficacia dei contratti eventualmente sottoscritti con s.r.l. la Cos.Eco. Costruzioni Ecologiche, per il lotto n. 1, e con la s.r.l. BUNDER & CO. per il lotto n. 2; nonché la condanna ex art. 124 c.p.a. al risarcimento in forma specifica mediante il subentro della ricorrente nei contratti in parola, ovvero, solo in subordine, al risarcimento del danno dalla medesima subito per effetto dell'illegittimo affidamento delle forniture alle controinteressate.

In atti è stata depositata copia del contratto stipulato il 28 novembre 2014. tra la stazione appaltante e la s.r.l. Cos.Eco. Costruzioni Ecologiche, al cui art. 5 è previsto che la fornitura relativa al lotto n. 1 dovrà essere effettuata entro 88 giorni.

La Sezione, a prescindere dalla ammissibilità di detto deposito - in assenza di notizie certe circa l'aggiudicazione del lotto n.2 e stante la riezione, con decreto presidenziale 19 dicembre 2014, n. 5884, della istanza di decreto cautelare monocratico proposto dall'appellante con atto notificato il 18 dicembre 2014 e depositato il 19 dicembre 2014 per la declaratoria dell'inefficacia della aggiudicazione definitiva e del contratto d'appalto relativo al lotto n. 1, nonché stante la dedotta impugnazione da parte della s.r.l. Longo Euroservice del provvedimento di aggiudicazione definitiva con ricorso al T.A.R. Puglia, Lecce, notificato in data 10 gennaio 2015 - non ritiene di doversi pronunciare in questa sede sulla richiesta di declaratoria, ex art. 121 e ss. del c.p.a., di inefficacia del contratto e di condanna ex art. 124 c.p.a. al risarcimento in forma specifica.

Conseguentemente, si ritiene di dover pure soprassedere alla condanna al risarcimento del danno pure formulata con il ricorso introduttivo del giudizio, della cui entità, peraltro, in questa sede non è stata data alcuna prova.

18.- L'appello deve essere conclusivamente accolto nei sensi e nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, va accolto il ricorso originario proposto dinanzi al T.A.R. e vanno annullati i provvedimenti impugnati nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Resta conseguentemente assorbito il secondo motivo d'appello.

19.- Nella complessità e parziale novità delle questioni trattate il collegio ravvisa eccezionali ragioni per compensare, ai sensi degli artt. 26, comma 1, del c.p.a e 92, comma 2, del c.p.c., le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, accoglie l'appello in esame n. 9063 del 2014 e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso originario n. 2006 del 2013, proposto dinanzi al T.A.R., ed annulla i provvedimenti impugnati nei sensi e per gli effetti indicati in motivazione.

Compensa integralmente le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/03/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)