

Publicato il **03/11/2016**

N. 00384/2016REG.PROV.COLL.

N. 00648/2016 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 648 del 2016, proposto da:

OMISSIS, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. **Massimiliano Mangano** (C.F. MNGMSM63H24G273X), con domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Nunzio Morello 40;

contro

OMISSIS, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Leonardo Cucchiara (C.F. CCCLRD73C29C352X), con domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Roma N. 471;

nei confronti di

Comune di Favara, in persona del Sindaco e legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Giuseppe Ribaudò (C.F. RBDGPP68P01G273N), con domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via M. Stabile, 241;

San Michele Costruzioni S.r.l., G.F.G. Costruzioni S.r.l. in persona dei rispettivi rappresentanti legali, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza n.1406 del 7 giugno 2016 resa dal T.A.R. SICILIA di Palermo, Sez. III[^];

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società Green Building s.r.l. e del Comune di Favara;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Nominato Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2016 il Cons. C. Modica de Mohac e uditi per le parti gli Avvocati M. Mangano, L. Cucchiara e G. Innocenti su delega dell'Avv. G. Ribaudò;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

CONSIDERATO:

- che con bando regolarmente pubblicato il Comune di Favara indiceva una gara per l'affidamento dei lavori di completamento di una scuola elementare con palestra e campo sportivo polivalente (sita in Via Olanda), da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo a base d'asta pari ad €.416.477,00, di cui €.5.295,00 per lo "studio geologico/geotecnico"; e che all'esito delle operazioni di gara, con verbale del 14 dicembre 2015 veniva redatta la graduatoria;

- che al primo posto si classificava la società OMISSIS; la società OMISSIS, al secondo posto; la società OMISSIS al terzo posto; ed al quarto posto la società OMISSIS; e che pertanto l'Amministrazione aggiudicava l'appalto (dapprima provvisoriamente e poi, con la determinazione n.91 del 12 febbraio 2016, in via definitiva) alla ditta OMISSIS;

- che con ricorso innanzi al TAR Sicilia di Palermo (Sez.III[^]), la OMISSIS impugnava il provvedimento di aggiudicazione e gli atti ad esso presupposti e comunque connessi, chiedendone l'annullamento per le conseguenti statuizioni reintegratorie, conformative e di condanna.

- che con il predetto ricorso *la società OMISSIS chiedeva, in particolare: a) l'esclusione della società OMISSIS (classificatasi al primo posto e proclamata aggiudicataria) per la asserita mancata indicazione, nell'offerta, delle somme per il pagamento degli oneri di sicurezza aziendale; b) l'esclusione della società OMISSIS Costruzioni (classificatasi al secondo posto della graduatoria) per la medesima ragione (mancata indicazione degli oneri di sicurezza); c) nonchè l'esclusione della società G.F.G. (classificatasi al terzo posto) per la mancata produzione della relazione geologica;*

- che con sentenza n.1406 del 2016 *il TAR Sicilia accoglieva il ricorso, affermando (tra l'altro, per quanto specificamente importa ai fini del giudizio introdotto con il ricorso in esame) che nell'offerta occorreva indicare la parte riservata (destinata) alla copertura degli oneri di sicurezza (ciò che né la ditta OMISSIS né la ditta OMISSIS avevano fatto);*

- che *a seguito della sentenza in questione l'appalto veniva aggiudicato, pertanto, alla società OMISSIS balzata (dal quarto) al primo posto in graduatoria (per effetto dell'esclusione delle tre ditte sopra indicate);*

RITENUTO:

- che *con l'appello in esame la (sola) società OMISSIS (già classificatasi al primo posto e successivamente esclusa dalla graduatoria e dall'aggiudicazione per la ragione già esposta) ha impugnato la sentenza in questione e ne chiede l'annullamento o la riforma;*

- che l'appellante lamenta violazione, per falsa applicazione, degli artt.86, comma 3 bis e 87, comma 4, del D.lgs. n.163 del 2006, nonché dell'art.26, comma 6, del D.lgs. n.81 del 2008, e del Regolamento CE n.883 del 29 aprile 2004, *deducendo che prima di escluderla dalla gara, la Stazione appaltante avrebbe dovuto azionare il c.d. "soccorso istruttorio" chiedendole di regolarizzare l'offerta o comunque di indicare con precisione a quanto ammonta, nell'offerta da Essa presentata, la somma riferibile agli oneri interni per la sicurezza aziendale;*

- che con ordinanza n.507 del 27 luglio 2016 *questo Consiglio di Giustizia Amministrativa ha respinto l'istanza cautelare proposta dalla ditta OMISSIS;*

- che però con istanza del 9 settembre 2016 la ditta OMISSIS ha reiterato la domanda di sospensione cautelare della sentenza appellata, facendo leva sul fatto che nel frattempo (e precisamente il 27 luglio del 2016) l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha formulato il principio di diritto 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 della stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio" (Cfr. CS, Ad.Pl. n.20 del 27 luglio 2016);

- che all'udienza fissata per la discussione sulla predetta istanza cautelare, il Collegio - ritenuta la causa matura per la decisione di merito - si è riservato di decidere la causa immediatamente con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art.60 del codice del processo amministrativo, dandone avviso ai Difensori;

RITENUTO che l'appello meriti accoglimento per le ragioni che si passa ad indicare.

Con la decisione n.20 del 27 luglio 2016, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha formulato il principio di diritto 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 della stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio".

Più in particolare l'Adunanza Plenaria ha affermato:

- che "alla luce dei principii enunciati dalla Corte di Giustizia (da ultimo nella recente sentenza 2 giugno 2016/C/27/15, deve escludersi (...) che una condizione di partecipazione alla gara possa determinare l'automatica esclusione dell'offerta, senza il previo esercizio del soccorso istruttorio, ove tale condizione non sia espressamente prevista dai documenti di gara e possa essere individuata solo con una interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale"; che "In quest'ottica, quindi, a fronte di una offerta carente della separata indicazione degli oneri di sicurezza, la doverosità del soccorso istruttorio sussiste anche per le rare ipotesi in cui la fase delle offerte si sia perfezionata dopo la pubblicazione della sentenza dell'Adunanza Plenaria n.3 del 2015"; e che "Depone inequivocabilmente in tale direzione l'affermazione contenuta nella sentenza della Corte di Giustizia 2 giugno 2016 cit., secondo cui una condizione derivante dall'interpretazione del diritto nazionale sarebbe particolarmente sfavorevole per gli offerenti stabiliti in altri Stati membri, il cui grado di conoscenza del diritto nazionale e della sua interpretazione può non essere comparabile a quello degli offerenti nazionali":

- che "tale conclusione trova poi uno specifico fondamento normativo nell'Ordinamento nazionale, in particolare nell'art.46, comma 1 ter, del D.lgs. n.163/2016, il quale prevede, appunto, la regola del soccorso istruttorio per ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità delle dichiarazioni che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge"; e che "appurato che la mancata separata indicazione degli oneri di sicurezza rappresenta, in sé considerata e salvo che all'impresa si contesti l'adempimento sostanziale di tali costi, un elemento formale (e non essenziale) dell'offerta, vengono meno le ragioni ostative all'applicazione della sanatoria prevista da tale norma".

E poichè nella fattispecie dedotta in giudizio la gara è stata celebrata dopo la pronunzia n.3 del 2015 dell'Adunanza plenaria - ed il bando non prescriveva esplicitamente ed inequivocabilmente che nell'offerta dovesse essere indicata analiticamente la parte finanziaria riferibile agli oneri interni per la sicurezza aziendale - non v'è motivo per ritenere che i principii sopra riportati non debbano essere applicati.

Sicchè, in conclusione, va affermato che *anzicchè escludere immediatamente ed automaticamente la ditta OMISSIS, la Stazione appaltante avrebbe dovuto attivare il c.d. "soccorso istruttorio", chiedendo alla predetta ditta di regolarizzare la propria offerta specificando l'esatto ammontare della parte finanziaria destinata alla copertura degli oneri di sicurezza;*

RITENUTO, in definitiva e per tutto quanto sopra affermato, che *l'appello debba essere accolto, con conseguente rigetto, in riforma dell'appellata sentenza e per ogni eventuale ulteriore effetto conformativo, del ricorso proposto in primo grado* dalla ditta Green Building s.r.l.; ma che la delicatezza della questione, che ha visto i Difensori impegnati in analitiche ricostruzioni (anche a seguito delle oscillazioni giurisprudenziali che hanno caratterizzato il processo esegetico relativo alla normativa applicabile), giustifichi pienamente *la integrale compensazione delle spese fra le parti del giudizio;*

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, *accoglie l'appello* proposto dalla ditta OMISSIS; e, in riforma dell'appellata sentenza e per ogni effetto conformativo, respinge il ricorso proposto in primo grado dalla ditta OMISSIS.

Compensa le spese fra le parti

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2016 con l'intervento dei Signori Magistrati:

Claudio Zucchelli, Presidente

Vincenzo Neri, Consigliere

Carlo Modica de Mohac, Consigliere, Estensore

Alessandro Corbino, Consigliere

Giuseppe Barone, Consigliere

L'ESTENSORE

Carlo Modica de Mohac

IL PRESIDENTE

Claudio Zucchelli

IL SEGRETARIO