



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 3411 del 2016, proposto da:

Tenaglia Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giuliano Di Pardo - C.F. DPRGLN68B11F839V, con domicilio eletto presso Italia Srl Regus Business Centres in Roma, piazza del Popolo, n. 18;

***contro***

Comune di Francavilla al Mare - Municipio della Città di Francavilla al Mare, in persona del sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Patrizia Silvestri - C.F. SLVPRZ67R54C858O, con domicilio eletto presso Chiara Lieto in Roma, via Salento, n. 73;

***nei confronti di***

Impresa di Costruzioni De Cesare Ing. Ulrico Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia - C.F. CLRNGL48P06H703Z, e Nino Paolantonio - C.F. PLNNNI65P28C632O, con domicilio eletto presso l'avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO - SEZ. STACCATA DI PESCARA: SEZIONE I n. 00126/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento dei lavori di messa in sicurezza, miglioramento sismico energetico della Scuola Media Masci - risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Francavilla al Mare - Municipio della Città di Francavilla al Mare e dell'Impresa di Costruzioni De Cesare Ing. Ulrico Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2016 il Cons. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti gli avvocati Di Pardo, Silvestri, Clarizia e Paoloantonio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Tenaglia s.r.l. ha impugnato innanzi al Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, sezione staccata di Pescara, l'aggiudicazione (d.21 dicembre 2015, n. 962) disposta dal dirigente del Settore III-Attività Tecniche ed Ambientali del Comune di Francavilla al Mare in favore dell'Impresa Costruzioni De Cesare Ing. Ulrico s.p.a. della gara concernente l'esecuzione dei "Lavori di messa in sicurezza, miglioramento sismico ed efficientamento energetico della Scuola Media Masci".

Cumulativamente, oltre ad impugnare gli atti presupposti e connessi, tra cui il bando di gara, la ricorrente ha spiegato domanda di "risarcimento danni in forma specifica con il conseguimento dell'aggiudicazione dell'appalto, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato".

Ha premesso in fatto che:

-alla gara, indetta ai sensi dell'art. 122 del codice dei contratti pubblici, erano state ammesse a partecipare 12 ditte e, con verbale di gara del 12 novembre 2015, erano state escluse, in applicazione dell'art. 86 del codice dei contratti, dapprima quattro ditte, che avevano effettuato i maggiori ed i minori ribassi (tra cui la società De Cesare controinteressata), e successivamente altre due ditte per aver presentato offerte anomale; era stata, quindi, individuata nella ricorrente la vincitrice della gara in forza della percentuale di ribasso dell'offerta economica del 29,876%;

- in accoglimento delle osservazioni avanzate dalla Impresa De Cesare, l'amministrazione appaltante, con provvedimento del 27 novembre 2015, n. 895, in sede di autotutela, aveva escluso dalla gara 8 imprese, che non avevano indicato nell'offerta economica i costi interni per la sicurezza;

- infine, con determina 21 dicembre 2015, n. 962, essendo solo quattro le imprese partecipanti ammesse alla procedura e non potendo più applicarsi il predetto art. 86 del codice dei contratti, la gara era stata aggiudicata alla ditta De Cesare, che aveva offerto il maggiore ribasso (40,120%).

2. Avverso gli atti impugnati la società ricorrente ha dedotto i seguenti motivi di censura:

-violazione dell'art. 38, comma 3-*bis*, del codice dei contratti pubblici poiché, una volta conosciuta l'entità delle offerte economiche, sarebbe precluso qualsiasi intervento modificativo della graduatoria ed un diverso calcolo della relativa soglia dell'anomalia, con l'individuazione di un diverso aggiudicatario;

- violazione della *lex specialis*: in assenza di clausola del bando contenente l'espressa comminatoria d'esclusione dalla gara nell'ipotesi di omessa indicazione degli oneri di sicurezza, le otto concorrenti non avrebbero dovuto essere escluse dalla gara, essendo semmai l'amministrazione appaltante onerata dell'esercizio del soccorso istruttorio.

In via subordinata la ricorrente ha dedotto l'illegittimità del bando di gara per l'omessa previsione dell'obbligo di indicare gli oneri della sicurezza sì da ingenerare nei concorrenti il legittimo affidamento che non occorresse tale indicazione.

3. Si sono costituiti in giudizio il Comune di Francavilla al Mare e l'Impresa Costruzioni De Cesare Ing. Ulrico s.p.a., instando per l'inammissibilità e per l'infondatezza del ricorso.

4. L'adito tribunale, con la sentenza segnata in epigrafe, ha respinto il gravame.

Quanto alla prima censura, ha dapprima richiamato l'orientamento giurisprudenziale a mente del quale una volta conclusa la "fase" procedimentale riguardante l'ammissione, la regolarizzazione o esclusione delle offerte, le sopravvenienze non possono essere prese in considerazione, sottolineando che tale disposizione costituisce "una regola di diritto sostanziale"; ha poi precisato che la stessa giurisprudenza ha chiarito la portata della norma nel senso che essa non opera quando il ricorso venga proposto dal soggetto illegittimamente escluso dalla gara poiché il ricalcolo "non può ritenersi effettuato successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte ... ma costituisce la doverosa rinnovazione del procedimento di gara a partire dal momento in cui si è verificato il vizio di illegittimità accertato nel giudizio di impugnazione" (Cons. St., sez. V, 16 marzo 2016, n. 1052).

Ha aggiunto, infine, che l'autotutela è stata esercitata nella fase del procedimento di gara anteriore l'aggiudicazione definitiva, conclusasi di fatto con la mera ricognizione dell'offerta contenente la percentuale più alta di ribasso, senza alcun ricalcolo a posteriori.

In ordine all'omessa indicazione degli oneri di sicurezza – di cui ai due successivi motivi d'impugnazione – i giudici di prime cure hanno richiamato, condividendole, le conclusioni raggiunte dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con le note sentenze 20 marzo 2015, n. 3, e 2 novembre 2015, n. 9: "per cui, non avendo i

predetti otto partecipanti alla gara - a differenza della ricorrente e di altri tre partecipanti alla gara - indicato tali oneri, l'Amministrazione comunale non avrebbe potuto non disporre la loro esclusione dalla gara”.

5. Appella la sentenza Tenaglia s.r.l.. Resistono il Comune di Francavilla al Mare e l'Impresa Costruzioni De Cesare Ing. Ulrico s.p.a.

6. Alla pubblica udienza dell'1.12.2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Con unico motivo d'appello, articolato in plurime censure, Tenaglia s.r.l. denuncia gli errori di giudizio in cui sarebbero incorsi i giudici di prime cure innanzitutto nel disattendere il principio di “cristallizzazione della soglia di anomalia” sancito dall'art. 38, comma 2 bis, d.lgs. n. 163/2006 e nell'affermare la legittimità dell'esclusione delle imprese nelle cui offerte economiche non erano indicati gli oneri per la sicurezza.

8. Il primo ordine di censure è infondato.

8.1 Va infatti data continuità all'indirizzo giurisprudenziale, da cui non sussistono giustificati motivi per qui discostarsi (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2016 n. 1052), che, in forza d'interpretazione adeguatrice ossia compatibile con il dettato costituzionale, circoscrive il divieto previsto dall'art. 38, comma 2-bis, del codice appalti.

La c.d. cristallizzazione della soglia d'anomalia che trasposta sul piano pratico si traduce nell'impossibilità *ex post* d'individuare – per effetto di sopravvenienze maturate successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte – una nuova soglia di anomalia mediante il ricalcolo delle offerte, non è *ex se* preclusiva della possibilità di rimettere in discussione gli esiti della procedura di gara.

Specie laddove – come nel caso in esame – la soglia d'anomalia originariamente divisata sia direttamente conseguente all'illegittima ammissione disposta in danno dell'impresa partecipante che, prima dell'aggiudicazione definitiva, solleciti la

stazione appaltante all'esercizio del potere di autotutela, al fine di assicurare e garantire, oltre la correttezza del procedura concorrenziale, il buon andamento dell'azione amministrativa precettivamente disposto dall'art. 97 cost.

In caso contrario, ossia aderendo alla prospettazione dell'appellante, "il fatto compiuto" derivante dalla determinazione delle medie, quando a monte di questa si è consumata una illegittimità che abbia avuto rilievo decisivo in tale operazione aritmetica, assumerebbe un ruolo dirimente in grado di frustrare i principi che conformano l'azione amministrativa e, prima ancora, di sovvertite la gerarchia assiologica dei valori ad essi sottesi.

8.2 D'altra parte, dopo l'esclusione delle otto imprese che non avevano indicato in modo espresso gli oneri di sicurezza, in realtà la stazione appaltante, residuando un numero di imprese ammesse in gara inferiore a dieci, non più rilevando, in forza dell'art. 122, comma 8, cod. contr., la soglia d'anomalia, lungi da ricalcolare la media delle offerte economiche, s'è limitata a riscontrare l'offerta con la percentuale più alta di ribasso, per poi sottoporla, ai sensi dell'art. 86, comma 3, cod. contr., alla verifica di congruità.

9. Venendo al secondo ordine di censure, va dichiarata infondata la censura denunciante l'inapplicabilità al caso in esame – relativo ad una procedura negoziale sotto soglia comunitaria – della prescrizione sugli oneri di sicurezza. La prescrizione costituisce il portato di diritto positivo di principi di ordine pubblico economico, imperativi (cfr., Cons. Stato, Ad. Plen., n. 19 del 2016), non suscettibili di deroga alcuna

10. A diversa conclusione deve giungersi per quanto riguarda il motivo d'appello avente ad oggetto il capo di sentenza predicativo della legittima dell'esclusione delle imprese che non avevano indicato nell'offerta economica gli oneri di sicurezza.

A fondamento dell'appello viene richiamato l'orientamento giurisprudenziale a mente del quale l'omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, in mancanza

di qualsiasi previsione nella disciplina di gara, non determina affatto l'incertezza assoluta dell'offerta ed è suscettibile di soccorso istruttorio.

La fattispecie dedotta in giudizio s'offre a paradigma della sentenza del Consiglio di Stato, Ad Plen. 27 luglio 2016 n. 19 che, in materia, ha fissato il seguente principio "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".

La procedura in questione è anteriore all'indicata data; l'obbligo d'indicazione separata non era richiesto né dalle norme di gara, né dalla modulistica predisposta dalla stazione appaltante per redigere l'offerta; l'esclusione dell'offerta è stata comminata senza la previa verifica del rispetto (non circoscritto alla formale esposizione sebbene estesa alla quantificazione) sostanziale dei costi minimi di sicurezza aziendale, verifica cui l'amministrazione deve procedere necessariamente prima di poter eventualmente disporre l'esclusione dalla gara di un concorrente.

Sicché l'amministrazione, ora per allora, per ciascuna delle otto offerte presentate dalle imprese escluse, dovrà procedere alla verifica del rispetto sostanziale della prescrizione sugli oneri di sicurezza e quindi individuare l'offerta migliore.

11. Alla stregua delle considerazioni che precedono la domanda di risarcimento del danno in forma specifico deve essere respinta.

Allo stato anche la domanda di risarcimento per equivalente deve essere respinta, essendo subordinata l'individuazione della offerta migliore alla verifica di congruità delle offerte in gara, secondo quanto rilevato in precedenza.

12. Conclusivamente l'appello deve essere accolto ai sensi e nei limiti della motivazione.

L'incertezza giurisprudenziale che ha caratterizzato la controversa questione della indicazione degli oneri di sicurezza aziendale giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'appellata sentenza, annulla gli atti impugnati, nei sensi di cui in motivazione; respinge la domanda di risarcimento del danno in forma specifica; respinge altresì allo stato la domanda di risarcimento per equivalente.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Oreste Mario Caputo**

**IL PRESIDENTE**  
**Carlo Saltelli**

IL SEGRETARIO



