Pubblicato il 04/07/2018

N. 01017/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00390/2018 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 390 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Societa' Giovanni Putignano & Figli S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Brancaccio ed Alberto La Gloria, con domicilio digitale come in atti e domicilio eletto presso lo studio Antonio Brancaccio in Salerno, largo Dogana Regia 15;

contro

Comune di Volturara Irpina, in persona del Sindaco *pro tempore,* non costituito in giudizio;

nei confronti

Ottoerre Group S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gherardo Maria Marenghi ed Enzo Maria Marenghi, con domicilio digitale come in atti e presso lo studio dell'avv.to Gherardo Maria Marenghi in Salerno, via Velia 15;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della determinazione del Responsabile dell'Area Tecnica - LL.PP. del Comune di Volturara Irpina (AV) n. 14 del 2.2.2018, pubblicata all'Albo Pretorio in data 5.2.2018, con la quale, previa approvazione dei verbali di gara, è stata disposta l'aggiudicazione - in favore dell'A.T.I. di tipo cooptata tra la società Ottoerre Group s.r.l. e la società Appalti Marav s.r.l. - della gara di appalto per l'affidamento della progettazione esecutiva e dei lavori di realizzazione degli “interventi di adeguamento e completamento della rete fognaria e del depuratore con collettamento dei reflui nella Piana del Dragone”, per un importo complessivo di € 5.947.967,38, oltre IVA come per legge.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti il 28\3\2018 :

della determinazione del Responsabile dell’Area Tecnica - LL.PP. del Comune di Volturara Irpina (AV) n. 33 del 7.3.2018, pubblicata all’Albo Pretorio in pari data, con la quale, previa approvazione dei verbali di gara e verifica dei requisiti, è stata disposta l’aggiudicazione definitiva - in favore dell’A.T.I. di tipo cooptata tra la società Ottoerre Group s.r.l. e la società Appalti Marav s.r.l. - della gara di appalto per l’affidamento della progettazione esecutiva e dei lavori di realizzazione degli “interventi di adeguamento e completamento della rete fognaria e del depuratore con collettamento dei reflui nella Piana del Dragone”, per un importo complessivo di € 5.947.967,38, oltre IVA come per legge;

b) ove e per quanto occorra, della comunicazione di avvenuta aggiudicazione definitiva, a firma dello stesso Responsabile, trasmessa a mezzo P.E.C. alla società ricorrente in data 7.3.2018;

c) ove e per quanto occorra, della comunicazione di avvenuta aggiudicazione definitiva, a firma dello stesso Responsabile, prot. n. 1567 del 7.3.2018, pubblicata all’Albo Pretorio in pari data;

d) del verbale di gara del 2.2.2018, a firma del Responsabile del Procedimento e dei componenti della Commissione Giudicatrice, con il

quale, all'esito del procedimento di verifica di anomalia, si è espresso un immotivato e arbitrario giudizio di congruità dell'offerta del concorrente Ottoerre Group s.r.l. e si è approvata la proposta di aggiudicazione in suo favore (già impugnato con il ricorso introduttivo);

e) del verbale di gara del 18.12.2017, a firma del Responsabile del Procedimento e dei componenti della Commissione Giudicatrice, con il quale, dopo essersi valutate tutte le giustificazioni presentate dal concorrente Ottoerre Group s.r.l. e dopo essersi riscontrato che "non sono stati esplicitati gli oneri aziendali della sicurezza", si è, tuttavia, proceduto all'applicazione del soccorso istruttorio (ex art. 38, comma 2 bis e 46, comma 1 ter, D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i.) anche su tale specifico elemento, richiedendosi all'impresa un'apposita integrazione documentale (già impugnato con il ricorso introduttivo);

f) ove e per quanto occorra e se di interesse, del verbale di gara del 2.12.2017, con il quale, in esecuzione della sentenza del T.A.R. Campania-Salerno n. 1584/2015 (confermata in sede di appello), è stata riformulata la graduatoria finale che vede oggi al primo posto l'A.T.I. Ottoerre Group s.r.l. e al secondo posto la società Giovanni Putignano & Figli s.r.l. (già impugnato con il ricorso introduttivo);

g) di tutti gli atti presupposti, connessi, collegati e conseguenziali;

nonché, per la declaratoria

del diritto della società ricorrente a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto; nonché, ancora, per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, ove lo stesso sia stipulato nelle more della trattazione del presente gravame e per la declaratoria del diritto della società ricorrente al subentro nel contratto, come espressamente si richiede ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a.;

in ogni caso, solo in via subordinata e salvo gravame, del diritto della società ricorrente al risarcimento del danno per equivalente monetario ai sensi dell'art. 124, comma 1, c.p.a.-

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Ottoerre Group S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 giugno 2018 il dott. Fabio Maffei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con l'odierno ricorso la società Giovanni Putignano & Figli S.r.l. insorge avverso l'aggiudicazione della gara per l'affidamento della progettazione esecutiva e dei lavori di realizzazione degli interventi di adeguamento e completamento della rete fognaria e del depuratore con collettamento dei reflui nella Piana del Dragone, per un importo complessivo di € 5.947.967,38, oltre IVA come per legge, indetta dal Comune Volturara Irpinia, aggiudicazione avvenuta, all'esito della valutazione dell'anomalia dell'offerta, in favore della prima classificata, l'A.T.I. costituita dalla Ottoerre Group s.r.l. e dalla Appalti Marav s.r.l..

Espone che, a seguito della sentenza n. 1584/2015 pronunciata dall'intestato Tribunale in data 9.7.2015, la Commissione giudicatrice, nel ripetere la valutazione delle offerte secondo il metodo dell'interpolazione lineare, redigeva una nuova graduatoria che vedeva prevalere l'A.T.I. costituita dalla Ottoerre Group s.r.l. e dall'Appalti Marav s.r.l..

Aggiungeva, inoltre, che la stazione appaltante, avendo accertato in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dall'Ati controinteressata la mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, non aveva disposto l'immediata esclusione del concorrente in conformità a quanto stabilito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza del 27.7.2016 n. 19. Il Rup, infatti, ricorrendo illegittimamente al soccorso istruttorio, aveva, viceversa, indebitamente richiesto alla società Ottoerre Group s.r.l. di trasmettere un'integrazione documentale anche relativamente a tali oneri, assegnandole, peraltro, un termine superiore ai

10 giorni prescritti dall'art. 38, comma 2 bis, D.Lgs. n. 163/2006. Tuttavia, il calcolo degli oneri della sicurezza aziendale a tal fine presentato dalla controinteressata non trovava alcuna giustificazioni nella documentazione corredante l'offerta valutata, cosicchè doveva ritenersi essersi configurata non un'omissione soltanto formale dell'indicazione degli oneri di sicurezza, ma una vera e propria omissione sostanziale degli stessi.

Nonostante ciò l'offerta della concorrente era stata dichiarata "congrua" ed era stata approvata la proposta di aggiudicazione in suo favore.

Tanto premesso, il ricorso è affidato ad un'unica censura: Violazione del bando e disciplinare di gara - violazione di legge (artt. 86, 87 e 88 d.gls. 12.4.2006 n. 163 e s.m.i.; artt. 1 e 3 l. 7.8.1990 n. 241 e s.m.i.; art. 97 cost.) - violazione del principio di diritto espresso dalla sentenza dell'adunanza plenaria 27.7.2016 n. 19 - violazione e falsa applicazione degli artt. 38, comma 2 bis e 46, commi 1 bis e 1 ter, d.lgs. 12.4.2006 n. 163 e s.m.i. - eccesso di potere (difetto assoluto dei presupposti - difetto assoluto di istruttoria e di motivazione - erroneità - arbitrarietà - perplessità - abnormità - illogicità - travisamento - sviamento) - violazione del giusto procedimento - violazione dei principi di imparzialita', buon andamento e correttezza dell'azione amministrativa.

Il provvedimento di aggiudicazione della gara in favore dell'A.T.I. Ottoerre Group s.r.l., a parere della ricorrente, si palesa manifestamente illegittimo poiché, una volta accertata l'insussistenza sostanziale degli oneri di sicurezza aziendali affatto corredanti l'offerta economica della controinteressata, era precluso il ricorso al soccorso istruttorio, con la conseguenza che la stazione appaltante avrebbe dovuto concludere negativamente il procedimento di verifica di anomalia e disporre l'immediata esclusione dell'impresa dalla gara, affidando l'appalto alla seconda classificata.

Nella contumacia della stazione appaltante, si è costituita in giudizio la società aggiudicataria sostenendo l'infondatezza del ricorso, poiché, da un

lato, il bando di gara non ricollegava l'esclusione dell'offerta all'omessa indicazione dei costi di sicurezza e, dall'altro, in ragione del quadro normativo vigente al momento dell'indizione della gara, come delineato dal D.Lgs. 163/2006, l'esclusione del concorrente non poteva essere disposta se non dopo che lo stesso fosse stato invitato a regolarizzare l'offerta nel doveroso rispetto dei principi che presiedono l'applicazione del soccorso istruttorio.

In vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie difensive e repliche.

Alla pubblica udienza del 6 giugno 2018 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2.- Così sinteticamente riportate le contrapposte prospettazioni, considerato il tenore dell'unica censura sollevata dalla società ricorrente, - sostanzialmente vertente sulla *vexata quaestio* dell'applicazione del soccorso istruttorio all'offerta priva dell'indicazione degli oneri di sicurezza -, il Collegio reputa imprescindibile muovere dal *dictum* dell'Adunanza plenaria n. 3/2015. Il supremo consesso, durante la vigenza del pregresso Codice *ratione temporis* applicabile all'odierna vicenda, ha qualificato come "costi interni o aziendali", propri di ciascuna impresa, quelli connessi alla realizzazione dello specifico appalto, contemplati dal documento di valutazione dei rischi e soggetti a un duplice obbligo in capo all'amministrazione e all'impresa concorrente in relazione alla valutazione dell'anomalia: di determinazione, per l'una, nell'ambito del valore economico della gara con l'indicazione specifica dei costi da interferenza; di indicazione, per l'altra, nell'offerta economica, dei costi aziendali in corrispondenza all'organizzazione produttiva e all'offerta formulata. Diversamente dai costi da interferenza che coprono il contatto "rischioso" per i lavoratori e non sono soggetti né a giustificazioni né a ribasso, determinati di regola dalla stazione appaltante, i costi "interni o aziendali"

lo sono perché fanno parte delle prestazioni " stricto sensu" oggetto di affidamento.

L'indicazione dei costi di sicurezza aziendali interni, nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica, è stata, dunque, al centro di *querelle* interpretative sulla normativa, tali da aver dato luogo a numerose decisioni giurisprudenziali, anche contrastanti.

Nel vigore del D.Lgs n. 163/2006, l'Adunanza Plenaria con la sentenza sopra citata aveva esteso l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza interni o aziendali anche ai contratti pubblici di lavori, ritenendo che la loro omessa indicazione imponesse l'esclusione dalla gara anche nel caso di mancata previsione nella *lex specialis*.

Di seguito, però, la Corte di Giustizia con sentenza del 2 giugno 2016, C-27/15, precisava che i principi eurounitari ostavano all'esclusione automatica di un'impresa quando un determinato obbligo non fosse previsto nel bando o nel diritto vigente, indi doveva ammettersi il soccorso istruttorio.

Per tale motivo, l'Adunanza Plenaria con sent. n. 19/2016 chiariva che l'esclusione automatica dell'impresa che non avesse indicato gli oneri aziendali nell'offerta economica, non potesse operare nel caso in cui la *lex specialis* non avesse prescritto nulla al riguardo.

La materia ha trovato un assetto definitivo con l'entrata in vigore del nuovo codice appalti, D.Lgs. n. 50 del 2016, in quanto dal combinato disposto degli artt. 95, comma 10 e 83, comma 9, è chiaro che l'omessa indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendali, comporta l'esclusione dell'impresa inadempiente, senza alcuna possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio.

Volendo ripercorrere i più salienti passaggi dell’evoluzione giurisprudenziale in materia, va rammentato che la prima pronuncia dell'Ad. Plen. n. 3/2015 accolse l'orientamento impositivo dell'obbligo di dichiarare le spese di sicurezza aziendale nell'offerta, pur rilevando che

non vi era una espressa previsione di tale obbligo, in quanto gli artt. 26, comma 6, e 86, comma 3 bis, D.Lgs. n. 163 del 2006 sembravano 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, richiamava l'indicazione nelle offerte dei costi per la sicurezza soltanto per gli appalti di servizi e forniture, ai fini della valutazione dell'anomalia.

La sentenza traeva una norma precettiva da un principio, quello di tutela della sicurezza, accentuando il ruolo nomofilattico dell'Adunanza Plenaria, che aveva operato un'esegesi delle norme del codice degli appalti suscettibili di tradurre in disposizioni di dettaglio i principi, quali quelli di non discriminazione parità di trattamento e trasparenza, di cui all'art. 3 del D.Lgs. n. 163 del 2006.

In questo caso il principio dal quale ricavare la disposizione attuativa in materia di sicurezza era quello legato al diritto fondamentale della salute, che da un lato aveva un rango superiore per avere fondamento costituzionale negli artt. 1, 2 e 4 e, specificamente, negli artt. 32, 35 e 41 Cost., rispetto a quelli menzionati nell'art. 2 del codice (previgente); dall'altro veniva richiamato dall'art. 2 stesso sia mediante rinvio alla L. 7 agosto 1990, n. 241, sia al comma 3 nella parte in cui prevedeva la subordinazione del principio di economicità alla tutela della salute.

L'Adunanza Plenaria, appurato il conflitto con tale principio, superava la distinzione tra appalti di lavori, il cui maggior grado di rischio aveva indotto il legislatore a prescrivere il PSC, che attiene appunto ai rischi connessi al cantiere, e appalti di servizi e forniture, settori rispetto ai quali la scelta del legislatore, coerente con le diverse caratteristiche di rischiosità degli appalti, sembrava essere stata appunto quella di prescrivere il livello di tutela minimo relativo ai costi di sicurezza interni.

Sulla base di tale ricostruzione del tessuto normativo l'Ad. Plen. aveva, quindi, sancito che, ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, del (previgente) Codice, l'omessa specificazione nelle offerte per lavori dei costi di

sicurezza interni configurava 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 comportava 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, Ad. Plen. sent. n. 9 del 2014), non sanabile con il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante, di cui al comma 1 del medesimo articolo, non potendosi consentire di integrare successivamente un'offerta dal contenuto inizialmente carente di un suo elemento essenziale*".

Tuttavia la mancanza di espressa indicazione dell'obbligo di dichiarare le spese di sicurezza aziendale nell'offerta, che veniva riconosciuta ma superata dal Consiglio di Stato, rappresentava il varco per il confronto con il principio dell'affidamento, valorizzato dalla Corte di Giustizia.

L'Ad. Plen. n. 3/2015 configurava la quantificazione degli oneri per la sicurezza da rischio specifico, quale elemento essenziale dell'offerta a norma dell'art. 46, comma 1 bis del Codice dei contratti, la cui mancanza rendeva la stessa incompleta e come tale, già di per se solo, suscettibile di esclusione.

Ciò sul fondamentale rilievo del carattere immediatamente precettivo delle norme di legge che tali costi prescrivevano di indicare distintamente, idonee come tali ad eterointegrare le regole della singola gara, ai sensi dell'art. 1374 c.c., e a imporre, in caso di loro inosservanza, l'esclusione dalla procedura.

Da tale configurazione conseguiva l'esclusione del potere di soccorso della stazione appaltante, che presupponeva un'offerta economica completa nei suoi elementi essenziali, tra i quali erano compresi i costi relativi alla sicurezza, per cui se si fosse consentita un'integrazione postuma rendendo

così ammissibile un'offerta originariamente incompleta, si sarebbe configurata un'evidente lesione della par condicio tra i concorrenti.

La prima breccia per l'ingresso dei principi di affidamento e trasparenza si aprì con la seconda pronuncia dell'Ad. Plen. 2 novembre 2015, n. 9, che affrontava la questione sollevata dalla IV Sezione, con ord. n. 2707/2015, in merito all'uso dei poteri di soccorso istruttorio in caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, nei casi in cui la fase procedurale di presentazione delle offerte si fosse perfezionata prima della pubblicazione della decisione dell'Ad. Plen. 20 marzo 2015, n. 3.

La Plenaria ribadì il carattere di elemento essenziale dell'offerta degli oneri di sicurezza e conseguentemente escluse la sanabilità con il soccorso istruttorio - nella versione previgente l'introduzione del comma 1 ter nell'art. 46 - dell'omissione della relativa indicazione. La sentenza affrontava esclusivamente la questione concernente la sussistenza o meno di un eventuale distinzione, ai fini dell'applicazione del principio precedentemente affermato dalla medesima Adunanza Plenaria, tra gare anteriori e posteriori alla decisione, senza alcun riferimento alla discriminante tra gare anteriori e posteriori al nuovo soccorso istruttorio introdotto dal predetto D.L. n. 90/2014.

Successivamente, a seguito delle perplessità sollevate dalle pronunce sopra richiamate con riguardo alle procedure in cui né nel disciplinare di gara, né nel modello per la formulazione dell'offerta economica allo stesso allegato vi era stata alcun riferimento ai costi di sicurezza quale componente dell'offerta, in modo tale che l'esclusione diretta dell'offerente appariva violare i principi dell' affidamento e della certezza del diritto, unitamente ai principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, l'Adunanza Plenaria n. 19 del 2016 segnò una netta correzione di rotta.

La sentenza pose l'accento sulle conseguenze del principio di tassatività delle cause di esclusione ricostruito dell'Ad. Plen. 25 febbraio 2014, n. 9,

(richiamando sul punto le proprie precedenti sentenze luglio 2012, n. 26; 13 giugno 2012, n. 22) nella parte in cui affermava che "la nuova disposizione (art. 46, comma 1 bis, D.Lgs. n. 163 del 2006 quale risultante dalla novella introdotta dall'art. 4, comma 2, lett. d), D.L. n. 70 del 2011) deve essere intesa nel senso che l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano 'adempimenti doverosi' o introducano, comunque, 'norme di divieto' pur senza prevedere espressamente l'esclusione", con il principio di etero-integrazione della lex specialis in virtù del quale anche in assenza nel bando di richiami alle previsioni di legge "la portata imperativa delle norme che prevedono tali adempimenti conduce, ai sensi dell'art. 1339 c.c., alla etero integrazione del bando e successivamente, in caso di violazione dell'obbligo, all'esclusione del concorrente".

Il Supremo Consesso osservava che il combinarsi di tali principi, ed il conseguente effetto escludente si poneva "*in contrasto con i principi di certezza del diritto, tutela dell'affidamento, nonché con quelli, che assumono particolare rilievo nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, di trasparenza, proporzionalità e par condicio*".

L'Adunanza Plenaria, richiamando la sentenza della Corte di Giustizia Pizzo, quale contributo all'elaborazione "della portata dei principi di parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità (e, più in generale, di quelli di tutela dell'affidamento e di certezza del diritto)", pervenne alla conclusione che nell'ipotesi in cui né nei documenti di gara né nei moduli per la presentazione dell'offerta l'obbligo di indicare nell'offerta economica gli oneri di sicurezza risulta richiamato, si ingenerava in capo ai concorrenti un significativo affidamento circa la non sussistenza dell'obbligo. In virtù di tale affidamento incolpevole (e, della conseguente scusabilità del relativo errore derivante dall'omessa dichiarazione), l'esclusione automatica, senza il previo esercizio del soccorso istruttorio, del

concorrente che non avesse specificato nell'offerta gli oneri di sicurezza risultava sproporzionata e sostanzialmente iniqua.

Per giungere a tale conclusione e quindi affermare la doverosità del soccorso istruttorio, la Plenaria rettificò le precedenti sentenze n. 3 e 9 del 2015, specificando che gli oneri di sicurezza rappresentano un elemento essenziale dell'offerta (la cui mancanza è in grado di ingenerare una situazione di insanabile incertezza assoluta sul suo contenuto) solo nel caso in cui si contesti al concorrente di avere formulato un'offerta economica senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento dei predetti obblighi.

Nel caso in cui non sia in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri, la carenza, allora, non è sostanziale, ma solo formale.

È significativa la motivazione adottata dalla Plenaria per estendere il soccorso istruttorio anche alle ipotesi in cui la fase delle offerte si fosse perfezionata dopo la pubblicazione della sentenza dell'Ad. Plen. n. 3 del 2015.

Infatti anche dopo la sentenza n. 3 mancava pur sempre nell'ordinamento nazionale sino all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50 del 2016 una norma che, in maniera chiara ed univoca, prescrivesse espressamente la doverosità della dichiarazione relativa agli oneri di sicurezza, frutto pur sempre di una interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale, semplicemente consolidatasi per effetto della sentenza dell'Ad. Plen. n. 3 del 2015.

Nel regime previgente, dunque, anche in seguito alle innovazioni apportate dal D.L. n. 70/2011 (che ha introdotto il comma 1 bis nell'art- 46 del D.Lgs. n. 163/2006 e dal D.L. n. 90/2014 che ha introdotto un nuovo comma 2 bis all'art. 38 ed un nuovo comma 1 ter all'art. 46), si è avuta una

progressiva estensione dell'istituto del soccorso istruttorio a tutti i documenti da produrre in gara. Quindi si poteva ritenere sanabile qualsiasi carenza, omissione o irregolarità, anche riferite all'offerta tecnica ed economica, con il solo limite intrinseco dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara.

Alla esclusione dal soccorso istruttorio di situazioni tali da consentire il completamento o l'integrazione dell'offerta, si perveniva in giurisprudenza, non sulla base di un espressa esclusione prevista dalla norma, ma grazie all'applicazione dei principi essenziali del codice, di rispetto della par condicio, dei canoni di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, della natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura, e del principio di segretezza delle offerte.

In definitiva, l’iter normativo e giurisprudenziale sopra ripercorso consente di individuare i principi cui, nell’odierna fattispecie, la commissione giudicatrice avrebbe dovuto improntare il suo operato.

Gli oneri di sicurezza, dunque, rappresentano un elemento essenziale dell'offerta (la cui mancanza è in grado di ingenerare una situazione di insanabile incertezza assoluta sul suo contenuto) solo nel caso in cui si contesta al concorrente di avere formulato un'offerta economica senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento dei obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori. In questa ipotesi, vi è certamente incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta e la sua successiva sanatoria richiederebbe una modifica sostanziale del "prezzo" (perché andrebbe aggiunto l'importo corrispondente agli oneri di sicurezza inizialmente non computati).

Laddove, invece, non sia in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri

nella formulazione dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifichi la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri, la carenza, allora, non è sostanziale, ma solo formale.

In questo caso, nell'ambito della valutazione e verifica dell'anomalia dell'offerta, il soccorso istruttorio, almeno nei casi in cui la lex specialis non prevede una espressa comminatoria escludente, è doveroso, purchè esso non si traduca in una modifica sostanziale del contenuto dell'offerta, ma solo nella specificazione formale di una voce che, pur considerata nel prezzo finale, non è stata indicata dettagliatamente.

3.- Nel caso di specie, la ricorrente deduce che il vizio inficiante l'offerta economica presentata dall'Ati aggiudicataria non è solo formale (l'omessa indicazione dettagliata nell'offerta economica dell'importo riconducibile agli oneri di sicurezza aziendali), ma è anche (e soprattutto) sostanziale (l'aver formulato un'offerta senza considerare, nell'indicazione del prezzo, gli oneri di sicurezza aziendale concretamente sostenuti), cosicchè era precluso alla stazione appaltante il ricorso al soccorso istruttorio.

La censura è fondata.

Emerge, infatti, chiaramente dagli atti di causa (in particolare dal dettaglio delle spese generali allegato alla relazione giustificativa dell'offerta economica e dalle giustificazioni prodotte nella fase di verifica dell'anomalia dell'offerta), non rinvenendosi nelle difese della controinteressata alcun dirimente argomento contrario, che l'aggiudicataria, nel formulare la propria offerta non ha considerato i "reali" oneri di sicurezza aziendali.

Non ha considerato, in particolare, la loro concreta incidenza "sostanziale" sui costi per l'esecuzione dell'appalto ed ha quindi formulato un'offerta economica senza computarli.

Gli stessi, infatti, non sono rinvenibili né nell'originaria offerta presentata, in cui l'aggiudicatrice si è limitata esclusivamente a recepire la stima dei c.d. "costi di interferenza esterna" preventivamente operata dalla stazione

appaltante, né nell'ambito dei modelli C1, C2 e C3 presentati in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, nei quali la controinteressata si è limitata ad una giustificazione del ribasso operato, onde dimostrarne la compatibilità con l'utile previsto come conseguibile.

La determinazione dei reali oneri di sicurezza aziendale sono, infatti, rimessi alla esclusiva sfera di valutazione degli offerenti e deve essere necessariamente eseguita ex ante e non, come avvenuto nella specie, ex post., allorquando, in forza dell'esperito soccorso istruttorio, la prima classificata ha inviato una quantificazione (€ 36.000,00) dei predetti oneri senza tuttavia fornire, neppure in questa sede, alcun chiarimento onde consentire la loro individuazione nell'ambito dell'originaria offerta.

Ne consegue che l'offerta formulata dalla Ottoerre risulta priva di un elemento sostanziale (non meramente formale): nel proporre l'offerta economica, il concorrente non ha considerato il "peso reale" degli oneri di sicurezza aziendali concretamente sostenuti, quantificandoli soltanto successivamente in sede di verifica dell'anomalia.

L'offerta economica presenta quindi profili di incertezza, perché al prezzo offerto (tramite l'indicazione del ribasso percentuale) dovrebbe essere aggiunta la quota (incerta e considerata dal concorrente soltanto ex post) pari ai "reali" costi di sicurezza aziendali.

È ancora significativo evidenziare che l'offerta economica presentata dalla ATI aggiudicataria, nonostante la predeterminazione dei costi di sicurezza aziendale da parte della stazione appaltante (costi da interferenza esterna), non ha avuto cura di precisare l'importo effettivo dei costi aziendali interni (come quota parte dell'impegno aziendale assegnabile all'appalto), non specificando che si trattava di oneri previsti dall'impresa e non ricompresi nell'importo per la sicurezza riconosciuto nell'appalto.

Dalle considerazioni che precedono emerge, quindi, che l'offerta della controinteressata è inficiata dalla carenza non di un mero elemento formale, ma di un elemento essenziale, come tale non suscettibile di

sanatoria mediante il soccorso istruttorio cui, dunque, ha fatto illegittimamente ricorso la stazione appaltante.

In ragione di tutto quanto sopra esposto, deve essere accolto il ricorso proposto dalla Societa' Giovanni Putignano & Figli S.r.l. e, per l'effetto, stante l'esclusione dell'ATI controinteressata, va disposto l'annullamento della relativa aggiudicazione.

4.- Ritiene, tuttavia, la Sezione che non possa disporsi, allo stato, l'aggiudicazione in favore della ricorrente.

Orbene, quest'ultima può essere disposta soltanto quando, a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione disposta a favore della prima classificata, l'attività rinnovatoria dell'Amministrazione configuri in termini di certezza l'aggiudicazione alla seconda classificata, come conseguenza che si presenta automatica non residuando margini di apprezzamento alcuno in capo alla stazione appaltante,

A più articolata conclusione deve invece approdarsi nelle ipotesi, come in quella all'esame, nelle quali all'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione non consegua in termini di certezza l'automatico effetto dell'affidamento dell'appalto all'impresa seconda classificata, di talché l'attività rinnovatoria dell'amministrazione, conseguenziale al giudicato demolitorio dell' aggiudicazione, configuri in termini di eventualità, ovvero di non certezza la nuova aggiudicazione a favore della seconda impresa graduata.

Il che è a predicarsi nella fattispecie al vaglio del Collegio, posto che non è automatico e certo che in caso di accoglimento del ricorso in epigrafe e quindi di annullamento dell'aggiudicazione pronunciata a favore della ATI controinteressata sia tenuta a disporre la nuova a aggiudicazione a beneficio della ricorrente seconda classificata. Siffatta conseguenza si prospetta come meramente eventuale, atteso che l'amministrazione, avendo ripetuto l'originaria gara, dovrà "prioritariamente procedere alla verifica dell'offerta anomala proposta dalla Giovanni Putignano,

posizionatasi al secondo posto". Detta impresa come accennato in narrativa ha infatti offerto un prezzo coincidente con la soglia di anomalia e pertanto sarà da assoggettare alla verifica di congruità.

E va senza dirlo che siffatto sub procedimento non è certo che si concluda positivamente per la predetta impresa, ciò che rende incerta la futura neo aggiudicazione in suo favore.

Ulteriore elemento di alea può anche prefigurarsi per via dell'operare del meccanismo e del sistema del controllo del possesso dei requisiti di idoneità tecnico economica autocertificati, ai sensi dell' art. 48,comma 2 del d.lgs. n. 163/2006, il quale dispone che solo la richiesta di comprova dei requisiti di ordine speciale deve essere inoltrata all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, il quale ultimo more solito viene assoggettato al riscontro della documentazione prodotta nel termine di dieci giorni dalla richiesta della P.A., solo ove il controllo sull'aggiudicatario sortisca esito negativo.

Allo stato degli atti non sussiste prova che la ricorrente sia stata assoggettata alla verifica dei requisiti dichiarati, né, tanto meno che l'abbia superata con esito positivo

5.- Quanto, infine, alle spese di giudizio, l’estrema difficoltà di delineare i contorni delle categorie giuridico-economico emerse nell’odierna fattispecie, induce il Collegio a ravvisare le ragioni richieste dal combinato disposto degli art. 93 c.p.c. e art. 29 c.p.a. per disporne l’integrale compensazione tra tutte le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso e, per l’effetto, annulla il provvedimento impugnato nei termini e nei limiti di cui in motivazione;

Dichiara le spese interamente compensate tra le parti.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Eleonora Monica, Primo Referendario

Fabio Maffei, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Fabio Maffei	**Francesco Riccio**

IL SEGRETARIO