

l'aggiudicazione dell'appalto di che trattasi in favore della Piacentini Costruzioni S.p.a.; b) - della nota in data 25.7.2017 con cui la Regione [REDACTED] Stazione Appaltante ha comunicato l'intervenuta aggiudicazione dell'appalto in favore della Piacentini Costruzioni S.p.a. ai sensi dell'art. 76, comma 5 lett. a), del D.Lgs. n. 50 del 2016; c) - di tutti i verbali delle sedute di gara; d) - ove occorrer possa e nei limiti dell'interesse dell'odierna ricorrente, del punto n. 7 del Disciplinare di gara, laddove la previsione "Il soccorso istruttorio è precluso in relazione all'offerta economica e all'offerta tecnica, salva la rettifica di errori materiali o refusi" dovesse consentire l'attivazione del soccorso istruttorio nel caso in esame. La ricorrente chiede, inoltre, la condanna dell'Amministrazione regionale intimata al risarcimento del danno in forma specifica, con il conseguente subentro della odierna esponente nel contratto di appalto, laddove stipulato *medio tempore*, ovvero, in subordine, per equivalente monetario, da quantificare in corso di giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Emilia - Romagna e di Piacentini Costruzioni s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2017, il dott. Umberto Giovannini e uditi, per le parti, i difensori avv. [REDACTED], avv. [REDACTED]

[REDACTED] avv. [REDACTED], avv. Alberto Gamberini e avv. Marco Giustiniani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe, [REDACTED] società che ha partecipato – classificandosi al secondo posto della relativa graduatoria - alla gara

pubblica bandita dalla Regione [REDACTED] per l'affidamento dei lavori di "Demolizione e ricostruzione botte sifone del Canal Bianco all'attraversamento del Canale Boicelli" da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, chiede l'annullamento del provvedimento con il quale la stazione appaltante ha aggiudicato la procedura alla concorrente Piacentini Costruzioni s.p.a.. L'odierna ricorrente impugna, inoltre, gli altri atti di gara, ivi compresi, per quanto di interesse, i verbali della Commissione giudicatrice e la comunicazione di aggiudicazione a Piacentini Costruzioni s.p.a. e, qualora occorra, lo stesso punto n. 7 del Disciplinare di gara, laddove detta disposizione dovesse essere interpretata nel senso di consentire il ricorso al soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante anche in fattispecie concernente l'offerta economica o l'offerta tecnica. La società istante chiede, infine, in via subordinata, il risarcimento del danno in forma specifica, mediante subentro nel contratto all'originaria affidataria dell'appalto o, in via ulteriormente graduata, il risarcimento per equivalente monetario. A sostegno dell'azione impugnatoria, la deducente rileva: violazione dell'art. 95, c. 10, del D. Lgs. n. 50 del 2016 e del punto c) del Disciplinare di gara – "busta Offerta Economica", nonché eccesso di potere per sviamento e carenza di istruttoria, poiché Piacentini Costruzioni s.p.a. ha omesso di indicare, in fase di offerta economica, gli oneri di sicurezza derivanti da rischio specifico o aziendale, con conseguente obbligo di esclusione della stessa concorrente ai sensi di quanto dispone la suddetta norma e il punto c) busta offerta economica del Disciplinare di gara. Ritiene infatti la ricorrente che l'erronea compilazione del modulo predisposto dalla stazione appaltante per la dichiarazione, da parte di ciascuna impresa concorrente, sia dei costi relativi alla mano d'opera sia degli oneri di sicurezza aziendali, mediante ripetizione, da parte della controinteressata, dello stesso importo (espresso in lettere) già indicato (in cifre) quale costo per la manodopera, nello spazio relativo agli oneri per la sicurezza, equivalga a mancata indicazione di quest'ultima voce. Più in dettaglio, la ricorrente ritiene che l'erronea compilazione del modulo da parte dell'aggiudicataria e odierna controinteressata

non possa essere qualificata alla stregua di un mero errore materiale, poiché nella specie non si tratta di fortuita divergenza fra il giudizio e la sua espressione letterale riconoscibile ed emendabile tramite una semplice rettifica del valore indicato, nel caso dovendo la concorrente, invece, presentare un'ulteriore dichiarazione con indicazione degli oneri della sicurezza aziendali, con conseguente inammissibilità dell'operazione, in quanto concretizzante un'integrazione postuma dell'offerta. La ricorrente ritiene inoltre che nel caso di specie, come sopra ricostruito, nemmeno sia possibile per la stazione appaltante operare tramite il c.d. "soccorso istruttorio", allo scopo di far prevalere la sostanza sulla forma, dal momento che tale possibilità è prevista esclusivamente riguardo a mere irregolarità formali, mentre essa risulta preclusa nei casi, come quello in esame, ove l'incompletezza o la non conformità alle prescrizioni di gara riguardi l'offerta economica e/o l'offerta tecnica, stante che l'estensione del soccorso istruttorio a tali casi comporterebbe violazione del principio di *par condicio* tra le imprese partecipanti alla gara pubblica.

Si è costituita in resistenza la regione XXXXXXXXXX ritenendo infondato il ricorso, stante l'erroneità del presupposto da cui derivano tutte le censure in esso contenute. Nella specie, infatti, la società aggiudicataria non avrebbe compiuto alcun errore materiale nella compilazione del modulo dell'offerta economica, stante che l'importo espresso in lettere nello spazio relativo all'indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale €. 456.800,00 è effettivamente quello relativo a tali oneri, il cui considerevole importo è giustificato dalla peculiarità dell'appalto di lavori in parola e della particolare complessità e pericolosità delle operazioni da effettuarsi parzialmente o permanentemente nelle acque dei due canali e/o sotto falda; il che giustifica – a dire della stazione appaltante – la previsione di considerevoli misure di sicurezza aziendali ulteriori rispetto a quelle ordinariamente presenti in un appalto di lavori.

Anche l'aggiudicataria della gara Piacentini Costuzioni s.p.a. si è costituita in

giudizio, sostenendo anch'essa che il ricorso si basi sull'errato presupposto della mancata indicazione, nel modulo dell'offerta economica, dell'importo relativo agli oneri della sicurezza aziendali. Ritiene la controinteressata che l'importo compilato in lettere pari ad €. 456.800,00 – ancorchè sia di importo uguale a quello (riportato in cifre nell'apposito spazio) relativo al costo della mano d'opera – corrisponda alle effettive misure e oneri per la sicurezza che l'impresa intende apprestare in relazione all'esecuzione del peculiare appalto di lavori in questione, come analiticamente riportati e dettagliati nella relazione tecnica di computo degli oneri di sicurezza aziendali dell'appalto in esame (v. doc. n. 6 della c.interessata). Da ciò deriva, secondo la tesi difensiva dell'aggiudicataria, la completa compilazione del modulo relativo all'offerta economica e, di conseguenza, la piena legittimità dell'operato della stazione appaltante che non l'ha esclusa dalla gara.

Alla pubblica udienza del giorno 6 dicembre 2017, la causa è stata chiamata ed è stata quindi trattenuta per la decisione come indicato nel verbale.

Il Collegio ritiene che il ricorso non meriti accoglimento.

La causa verte, in buona sostanza, sull'applicabilità o meno al caso in esame dell'art. 95 c. 10 del D. Lgs. n. 50 del 2016 il quale stabilisce che: "Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)". Secondo la ricorrente, nella specie, l'aggiudicataria avrebbe omesso di compilare il modulo relativo all'offerta economica, nella parte relativa all'importo degli oneri per la sicurezza aziendali poiché essa ha indicato, nell'apposito spazio, lo stesso considerevole importo (in lettere) di €. 456.800,00 che già aveva inserito (in cifre) nello spazio relativo all'indicazione dei costi per la mano d'opera, con conseguente asserito errore di compilazione del modulo

dell'offerta economica, nel quale, in concreto, a fronte della doppia indicazione dell'importo relativo ai costi per la manodopera, risulterebbe non indicato alcun importo riguardo agli oneri di sicurezza aziendali. A tale omissione conseguirebbe, secondo la ricorrente, la violazione dell'art. 95, c. 10 D. Lgs. n. 50 del 2016 e, ulteriormente, l'esclusione di Piacentini Costruzioni s.p.a. dalla gara, ai sensi di quanto espressamente prevede il Disciplinare di gara al punto c) "busta Offerta Economica". Il Collegio ritiene che le suesposte argomentazioni non siano condivisibili. Innanzitutto, la rilevata uguaglianza dei due importi indicati (in cifre e in lettere) dall'aggiudicataria nel modulo, da riferirsi alle due distinte voci dei "costi per la mano d'opera" e oneri per la sicurezza aziendale", non costituisce elemento di per sé sufficiente non solo a catalogare l'operazione compiuta dalla aggiudicataria quale errore materiale dalla stessa commesso in sede di compilazione del modulo relativo all'offerta economica, ma soprattutto per pervenire alla conclusione che l'aggiudicataria abbia *tout court* omesso di indicare l'importo afferente gli oneri per la sicurezza aziendali. Nella specie, infatti, il modulo risulta compilato nell'apposito spazio con l'indicazione dell'importo di €. 456.800,00 e tale somma complessiva è stata dettagliatamente ricostruita dall'aggiudicataria con indicazione delle singole voci degli oneri per la sicurezza interni o aziendali che essa intende offrire per il peculiare appalto di lavori di cui si discute. Pertanto, analizzando la questione sotto un profilo sostanzialistico, il Collegio deve osservare che: 1) Il modulo in questione è stato effettivamente compilato in ogni sua parte, con l'indicazione di un importo pari ad €. 456.800,00 per oneri di sicurezza aziendale; 2) l'importo considerevole di tali oneri risulta sostanzialmente giustificato dalla Regione e dall'aggiudicataria sia sotto un profilo generale, che focalizza l'esigenza della stazione appaltante di predisporre rilevanti misure di sicurezza aziendali in considerazione della peculiarità dell'appalto e, soprattutto, della oggettiva pericolosità del luogo di esecuzione dello stesso (in cui gran parte dei lavori nei due canali devono essere svolti in acqua e sott'acqua), sia

sotto un profilo particolare, direttamente afferente l'impresa e l'offerta dalla stessa presentata, come si evince dal dettagliato elenco (v. doc. n. 6 della c.interessata) delle consistenti misure e soluzioni tecniche approntate al fine di una migliore e più sicura esecuzione dei lavori appaltati; 3) Sempre sotto un approccio sostanzialistico della questione, si osserva che l'eventuale non diretta inerenza di alcune di tali dettagliate voci di costo agli oneri in parola potrebbe comportare – a tutto concedere – un rilievo nei confronti dell'aggiudicataria di avere indicato costi – ancorché verificabili dalla stazione appaltante nella loro entità ex art. 97 c. 5 D. Lgs. n. 50 del 2016 - sovrabbondanti rispetto al dato richiesto dalla *lex specialis*, ma ciò non varrebbe certamente per considerare *tamquam non esset* il suddetto elenco e, soprattutto, quale omessa l'indicazione dell'importo in questione; 4) Detta operazione di compilazione del modulo non risulta avere in alcun modo influito (né avrebbe potuto comunque influire, vista l'analitica indicazione delle voci di costo che trovano piena conferma nell'offerta tecnica) sull'offerta dell'aggiudicataria e, quindi, sulla possibilità di modifica *ex post* della stessa, con conseguente insussistenza della violazione del principio di *par condicio* paventata dalla ricorrente.

D'altra parte, il Collegio ritiene che anche a volere ipoteticamente affrontare la suddetta questione nell'ottica proposta dalla ricorrente, non si perverrebbe comunque a conclusioni diverse da quella sopra indicata. Secondo l'orientamento giurisprudenziale dell'Adunanza Plenaria n. 19/2016, l'iniziale interpretazione, secondo cui “*gli oneri di sicurezza rappresentano un elemento essenziale dell'offerta, insuscettibile, come tale, di essere successivamente integrato*” (Cons. St., AP n. 3 e 9 del 2015), è stata superata, operando un opportuno distinguo tra le ipotesi “*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 è 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. In questo caso il soccorso istruttorio, almeno nei casi in cui ricorre la situazione sopra descritta di affidamento ingenerato dalla stazione appaltante, è doveroso, perché esso non si traduce 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. In questi termini, quindi, deve essere "chiarito" il principio di diritto indicato nella sentenza dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2015, mitigando il rigore di un esito applicativo che, altrimenti, risulterebbe “sproporzionato ed iniquo” (Cons. St., A.P. n. 19 e 20 del 2016). Il Collegio ritiene inoltre che il principio espresso dall'Adunanza Plenaria – riferito alle gare bandite prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016 – sia applicabile anche con riferimento a gare, come quella di cui si discute, bandite in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici (cfr. TAR Brescia, Sez. II, 14 luglio 2017, n. 912, TAR Palermo, Sez. III, 15 maggio 2017, n. 1318). Pertanto la mancata indicazione, da parte del concorrente ad una gara d'appalto, degli oneri di sicurezza interni alla propria offerta non consente l'esclusione automatica di quest'ultima, senza il previo soccorso istruttorio, tutte le volte in cui non sussista incertezza sulla congruità dell'offerta stessa (cfr. TAR Lazio, Sez. II Ter, 20 luglio 2017, n. 8819). Infatti, posta la natura formale dell'omissione nei termini considerati dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 19/2016, non essendo in contestazione la quantificazione effettiva dei costi che la concorrente ha indicato, né, tanto meno, la sostenibilità del prezzo offerto, né la congruità dei costi stessi, viene necessariamente in rilievo l'ampia formulazione dell'art. 80, comma 9, del d.lgs. 50/2016 che consente il soccorso istruttorio con riferimento a qualsiasi “elemento formale” della domanda.

Vero è che la previsione di cui all'art. 83, comma 9, del D. Lgs. n. 50/2016 esclude la esperibilità del soccorso istruttorio nei casi di irregolarità afferente all'offerta economica: ma si tratta di irregolarità "essenziali", ovvero di quei medesimi elementi che introducono un elemento di incertezza sostanziale dell'offerta, ai quali si riferisce la motivazione della sentenza n. 19/2016 dell'Adunanza Plenaria nella parte sopra riportata. A diversamente ritenere - laddove cioè si concludesse circa la radicale non sanabilità della irregolarità formale dell'offerta pure in assenza di contestazioni circa la sua congruità effettiva - si determinerebbe, per il tramite della sanzione dell'esclusione, una conseguenza manifestamente sproporzionata rispetto alla *ratio* di tutela della previsione in esame (che si propone di assicurare, tramite la esternazione della percentuale dei costi di sicurezza interni, la vincolatività di essi per l'operatore economico ed al contempo la possibilità di valutarne la congruenza prima dell'aggiudicazione dell'appalto). Si tratterebbe, in conclusione, di una applicazione del principio funzionale solamente alla introduzione di meri formalismi nel procedimento di gara, del tutto inidonei ad assicurare la verifica della sussistenza di effettive ricadute concrete sullo svolgimento del confronto concorrenziale, sulla *par condicio* dei concorrenti, nonché sull'effettività e regolarità del giudizio circa la migliore offerta cui aggiudicare l'incanto (v. T.A.R. Campania -NA- sez. VIII, 3/10/2017 n. 4611; T.A.R. Lazio, -RM- Sez. II Ter, 20 luglio 2017, n. 8819).

Il Collegio peraltro non ignora che nell'appalto di lavori in esame esiste norma della *lex specialis*: (*punto c*) *busta offerta economica*, che espressamente commina l'esclusione dalla gara per l'impresa concorrente che abbia omesso di indicare nell'offerta l'importo degli oneri per la sicurezza aziendali. S ritiene, tuttavia, che anche tale disposizione debba essere letta e interpretata alla luce del citato principio "sostanziale" enunciato dall'Adunanza Plenaria e, quindi, versandosi in fattispecie ove non vi è contestazione circa l'effettiva congruità dell'offerta presentata dall'odierna controinteressata, affermando che l'esclusione dovesse essere comminata dalla Regione solo nel caso - come si è accertato nella specie non

verificatosi - di esito negativo dell'intervento di soccorso istruttorio, nello specifico integrato dalla possibilità che è stata data alla concorrente di presentare relazione analitica relativamente ai costi della sicurezza in questione.

Per le suesposte ragioni, il ricorso è respinto.

Il Collegio ritiene che, in relazione alla peculiarità e novità della vicenda esaminata sussistano giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per [REDACTED], Bologna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Di Nunzio, Presidente

Umberto Giovannini, Consigliere, Estensore

Ugo De Carlo, Consigliere

L'ESTENSORE
Umberto Giovannini

IL PRESIDENTE
Giuseppe Di Nunzio

IL SEGRETARIO



REPUBBLICA ITALIANA

Tribunale Amministrativo Regionale dell' Emilia Romagna

**Bologna
SEZIONE PRIMA**

Avvocato Difensore:

Gamberini Alberto
Giustiniani Marco

Presso:

Ligato Giuseppe
Piazza Galileo Galilei N.4 40123 Bologna Tel
Fax

Avviso di pubblicazione di sentenza

(ai sensi dell' art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Si comunica che la sentenza sul ricorso indicato e' stata pubblicata in data 16/01/2018 con il n. 43/2018 ed esito: **Respinge.**

Numero Registro Generale: 652/2017

Parti	Avvocati
--------------	-----------------

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Contro:

Parti	Avvocati
--------------	-----------------

Piacentini Costruzioni Spa, ed altri

Gamberini Alberto
Giustiniani Marco

Il provvedimento in versione originale è allegato allo stesso messaggio PEC che comprende questa comunicazione.

Bologna, li' 17/01/2018

l'operatore amministrativo