

## **L'indicazione dei costi di sicurezza: il Consiglio di Stato fa applicazione del principio espresso dall'Adunanza Plenaria n. 19/2016**

*di Valeria Vitale*

*Data di pubblicazione: 25-1-2017*

1. Per le gare anteriori all'entrata in vigore del D.lgs. n. 50/2016, ove l'obbligo di indicazione dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato nella legge di gara e non sia in contestazione il rispetto, nell'offerta, dei costi minimi di sicurezza, l'esclusione della concorrente non può essere disposta se non dopo che la medesima sia stata invitata a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio.

2. L'Adunanza Plenaria n. 19/2016, pur confermando i principi affermati nelle sentenze nn. 3 e 9 del 2015 della stessa Adunanza Plenaria, ne ha limitato il rigore applicativo, in considerazione dei principi eurounitari della tutela dell'affidamento, della certezza del diritto, della parità di trattamento, della non discriminazione, della proporzionalità e della trasparenza.

3. Nell'ipotesi in cui una condizione per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione, richiesta a pena di esclusione, non sia espressamente prevista dai documenti dell'appalto e discenda soltanto da un'interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale, l'amministrazione aggiudicatrice può accordare all'offerente escluso un termine sufficiente per regolarizzare la sua omissione.

4. Il requisito del fatturato specifico può essere oggetto di cessione del ramo d'azienda, ma soltanto con riguardo ai contratti specificatamente indicati nell'atto di trasferimento e non con riferimento a quelli non contemplati nello stesso.

5. Al fine di stabilire se la cessione dei beni del ramo d'azienda determini la perdita dei requisiti di cui alle attestazioni SOA in capo alla cedente, è necessario considerare la causa in concreto del negozio di cessione, nonché il regolamento di interessi voluto dalle parti, dovendosi, di conseguenza, escludere ogni automatismo decadenziale conseguente alla cessione d'azienda.

(1), (2). Conforme: Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 19; Cons. St., Sez. V, 24 ottobre 2016, n. 4414; Cons. St., Sez. III, 27 ottobre 2016, n. 4527; Cons. St., Sez. V, 23 dicembre 2016, n. 5444. Contra: Cons. St., Sez. V, 15 dicembre 2016, n. 5582.

(3). Conforme: Corte di Giustizia UE, 27 giugno 2016, C-127/15.

(4). Conforme: Cons. St., Sez. III, 30 giugno 2016, n. 2952.

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Consiglio di Stato  
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)  
ha pronunciato la presente  
SENTENZA

omissis

## FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara pubblicato il 4 agosto 2014 sulla G.U.U.E, l'Azienda Ospedaliera Universitaria "Ospedali Riuniti Umberto I – Lancisi – Salesi" di Ancona (di qui in avanti, per brevità, l'Azienda) ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del Servizio Gestione Energia relativamente ai presidi ospedalieri di competenza dell'Azienda per la durata di sei anni.

1.1. All'esito delle operazioni di gara l'Azienda ha aggiudicato la gara a Siram s.p.a., classificatasi prima con un punteggio complessivo pari a 96,16 punti, mentre al secondo posto si è classificata l'a.t.i. guidata da Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa – CNS (di qui in avanti, per brevità, CNS), con un punteggio di 95,49 punti.

1.2. CNS ha però impugnato avanti al T.A.R. per le Marche l'aggiudicazione della gara, disposta in favore di Siram s.p.a. da parte dell'Azienda con determinazione n. 1077 del 16 dicembre 2015, e gli atti presupposti, e deducendo quattro motivi di illegittimità, ne ha chiesto l'annullamento, con conseguente aggiudicazione della gara in proprio favore, in via principale, o ripetizione dell'intera procedura, in via subordinata.

1.2. Si sono costituite l'Azienda e la controinteressata Siram s.p.a. per resistere al ricorso, del quale hanno chiesto la reiezione.

1.3. Il T.A.R. per le Marche, con la sentenza n. 291 del 10 maggio 2016, ha accolto il primo motivo di ricorso, relativo alla mancata indicazione degli oneri della sicurezza interna nell'offerta economica di Siram s.p.a., mentre ha respinto il secondo e il terzo motivo del ricorso ed ha assorbito il quarto motivo, dedotto solo in via subordinata.

1.4. Il primo giudice ha annullato gli atti impugnati, ma non ha accolto la domanda di aggiudicazione definitiva in favore di CNS, stante la possibilità, da parte della stazione appaltante, di sottoporre la sua offerta a verifica di anomalia, così come era accaduto per l'offerta di Siram s.p.a.

2. Avverso tale sentenza, nella parte in cui ha accolto il primo motivo di ricorso, hanno proposto separati appelli, rispettivamente rubricati al n. R.G. 4891/2016 e al n. R.G. 5136/2016, sia l'Azienda che Siram s.p.a. e ne hanno chiesto, previa sospensione, la riforma, con conseguente reiezione del ricorso proposto in primo grado da CNS.

2.1. Si è costituita in entrambi i giudizi di appello CNS che, con atto di costituzione depositato il 6 luglio 2016, ha dapprima riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., il motivo assorbito dal primo giudice, e con successivo appello incidentale, depositato il 13 luglio 2016, ha impugnato la sentenza nella parte in cui ha respinto il secondo e il terzo motivo dell'originario ricorso.

2.2. Nella camera di consiglio del 28 luglio 2016 il Collegio, ritenuto di dover decidere entrambe le cause nel merito per la complessità delle questioni sollevate, ne ha rinviato la

trattazione all'udienza pubblica del 20 dicembre 2016.

2.3. In tale udienza il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

3. Preliminarmente i due appelli separatamente proposti da Siram s.p.a. e dall'Azienda contro la stessa sentenza devono essere riuniti ai sensi dell'art. 96 c.p.a.

4. Gli appelli principali proposti da Siram s.p.a. e dall'Azienda, ciò premesso, sono fondati e devono essere accolti.

5. Il T.A.R. per le Marche ha accolto il primo motivo del ricorso proposto in primo grado da CNS ed ha ritenuto che Siram s.p.a. dovesse essere esclusa dalla gara perché essa, in violazione dell'art. 87, comma 4, del d. lgs. n. 163 del 2006, non avrebbe indicato gli oneri di sicurezza aziendali nella propria offerta economica.

5.1. Il primo giudice ha ritenuto di dover aderire all'orientamento, espresso da questo Consiglio di Stato nelle sentenze n. 3 e n. 9 del 2015 dell'Adunanza plenaria, in riferimento alla mancata indicazione degli oneri della sicurezza aziendale nell'offerta di Siram s.p.a.

5.2. La motivazione del primo giudice, nel nuovo quadro interpretativo nel frattempo maturato, non è condivisibile.

6. Questo Consiglio di Stato ha infatti precisato di recente il proprio orientamento nella recente sentenza n. 19 del 27 luglio 2016 dell'Adunanza plenaria e, pur mantenendo fermi i principi affermati nelle sentenze n. 3 e n. 9 del 2015, ne ha mitigato il rigore applicativo al ricorrere di alcune circostanze fattuali, che rendono l'automatica esclusione dell'impresa contrastante con i principi eurounitari della tutela dell'affidamento, della certezza del diritto, della parità di trattamento, della non discriminazione, della proporzionalità e della trasparenza.

6.1. L'Adunanza plenaria, più in particolare, ha ritenuto che, per le gare anteriori all'entrata in vigore del d. lgs. n. 50 del 2016, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione dei costi della sicurezza aziendale non sia stato specificato nella legge di gara e non sia contestato, dal punto di vista sostanziale, che l'offerta rispetti i costi minimi della sicurezza aziendale, l'esclusione della concorrente non possa essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta della stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri del soccorso istruttorio (Adunanza plenaria, 27 luglio 2016, n. 19).

6.2. Tali principi si attagliano perfettamente al caso di specie in quanto:

a) è pacifico che l'offerta dell'appellante principale, Siram s.p.a., è stata presentata non solo prima dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, ma anche prima delle precedenti sentenze n. 3 e n. 9 del 2015 in una fase di incertezza interpretativa riguardante le disposizioni rilevanti nel presente giudizio;

b) la legge di gara non ha specificato ai concorrenti che vi fosse un loro obbligo di indicare nell'offerta, a pena di esclusione, gli oneri della sicurezza aziendale né tale specificazione era stata fornita con la predisposizione di moduli e formulari particolari che li contenessero;

c) l'offerta economica di Siram s.p.a., da un punto di vista sostanziale, rispetta i costi minimi della sicurezza aziendale perché tale dato non è mai stato posto in discussione né confutato da CNS ed è stato acclarato dalla stazione appaltante nel giudizio di anomalia, non impugnato da CNS, con la conseguenza che questa ha già verificato, in concreto, la congruità e l'affidabilità dell'offerta presentata dall'aggiudicataria, dal punto di vista sostanziale, rispetto al profilo in esame.

6.3. Non può che discenderne, pertanto, l'illegittimità della esclusione disposta dal T.A.R. per le Marche nella sentenza qui impugnata.

7. Tale conclusione, deve qui solo aggiungersi, è confermata, confortata e necessitata, anzi, dalla recente ordinanza della Corte di Giustizia UE, sez. VI, 10 novembre 2016, in C-140/16, in

C-697/15 e in C-162/16, la quale ha affermato che «il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, come attuati dalla direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito dell'inosservanza, da parte di detto offerente, dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla procedura e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un'interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti».

7.1. Secondo il giudice europeo, infatti, «i principi della parità di trattamento e di proporzionalità devono inoltre essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di concedere a un tale offerente la possibilità di rimediare alla situazione e di adempiere detto obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione».

7.2. Nell'ipotesi in cui infatti, come nella controversia in oggetto, una condizione per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione, pena l'esclusione da quest'ultima, non sia espressamente prevista dai documenti dell'appalto e possa essere identificata solo con un'interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale, «l'amministrazione aggiudicatrice può accordare all'offerente escluso un termine sufficiente per regolarizzare la sua omissione» (Corte di Giustizia UE, 27 giugno 2016, in C-27/15).

7.3. Il giudice europeo, tanto nell'ordinanza del 10 novembre 2016 che nella sentenza del 27 giugno 2016, ha ribadito che i principi di trasparenza e della parità di trattamento richiedono, infatti, che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione a un appalto siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché questi ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi vincoli valgono per tutti i concorrenti.

7.4. Questo Consiglio, come ha già statuito, del resto, in altre più recenti pronunce (v. Cons. St., sez. III, 27 ottobre 2016, n. 4527; Cons. St., sez. V, 23 dicembre 2016, n. 5444) in applicazione di quanto ha chiarito l'Adunanza plenaria e, ora, ha anche stabilito la Corte di Giustizia, non può pertanto che affermare la illegittimità dell'esclusione dell'impresa che non abbia indicato nella propria offerta economica gli oneri della sicurezza aziendale, al cospetto della loro mancata predeterminazione negli atti di gara, e conseguentemente non può che ritenere erronea l'esclusione di Siram s.p.a., disposta dal T.A.R. per le Marche, con conseguente riforma in parte qua della sentenza impugnata, laddove essa ha accolto il primo motivo dell'originario ricorso proposto da CNS.

7.5. L'offerta presentata da Siram s.p.a., sul piano sostanziale, risulta essere rispettosa degli obblighi stabiliti in materia di sicurezza aziendale, come è soprattutto emerso, in modo incontestabile e non contestato da CNS (con i conseguenti effetti ai sensi dell'art. 64, comma 2, c.p.a.), in sede di verifica dell'eventuale anomalia dell'offerta, laddove Siram s.p.a., nelle proprie giustificazioni a conferma della congruità dell'offerta, si è fatta carico di spiegare e documentare, nello specifico, anche i costi della sicurezza, indicando un importo di € 29.913,00, che risulta superiore a quello dichiarato dalla stessa CNS, pari ad € 16.000,00.

7.6. Le ragioni sin qui espresse, per l'accertata e incontestabile legittimità dell'offerta economica presentata da Siram s.p.a., sono assorbenti di ogni altro motivo e/o questione, sia sul piano giuridico che fattuale, proposto dagli odierni appellanti principali.

8. Devono ora essere esaminati i motivi di appello incidentale riproposti da CNS, il quale lamenta, a sua volta, che erroneamente il T.A.R. per le Marche abbia disatteso e respinto il secondo e il terzo motivo dell'originario ricorso, nonché il quarto motivo di detto ricorso, assorbito dalla sentenza qui impugnata e riproposto ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a. da CNS nell'atto di costituzione depositato il 5 luglio 2016.

9. L'appello incidentale è infondato e deve essere respinto.

10. Con un primo motivo (pp. 7-12 dell'appello incidentale depositato il 6 luglio 2016), anzitutto, CNS censura l'asserito errore del T.A.R. per le Marche nel respingere il secondo motivo dell'originario ricorso, con il quale CNS aveva denunciato la carenza, in capo a Siram s.p.a., dei requisiti prescritti dalla lex specialis per la partecipazione alla gara.

10.1. In particolare, come CNS aveva dedotto nel secondo motivo, Siram s.p.a. risulterebbe carente dei seguenti requisiti, prescritti dall'art. 6 del disciplinare di gara:

- punto 6.1.4.: l'espletamento, negli ultimi tre anni precedenti la pubblicazione del bando, dei servizi di gestione dell'energia, come quello oggetto di gara, per un importo globale pari ad almeno € 24.000.000,00, di cui almeno due pari ad € 5.000.000,00 ciascuno;

- punto 6.1.6.: la qualificazione SOA, in corso di validità, per le categorie OG1 ("Edifici civili ed industriali"), classifica III; OS28 ("Impianti termici e di condizionamento"), classifica III; OS30 ("Impianti interni elettrici, telefonici, radiotelefonici e televisivi"), classifica III.

10.2. Deduce l'appellante incidentale che il legale rappresentante di Siram s.p.a., con dichiarazione del 10 novembre 2014, ha ritenuto di attestare il possesso di tali requisiti, allegando:

a) in ordine al primo requisito, un elenco di contratti di servizi Gestione Energia con fatturato specifico relativo agli anni 2011, 2012 e 2013;

b) con riferimento al secondo requisito, la copia dell'attestazione SOA rilasciata da Protos SOA s.p.a. il 9 novembre 2010 e, all'approssimarsi della scadenza (8 novembre 2013), della validità triennale, sottoposta alla verifica triennale di cui all'art. 77 del d.P.R. n. 207 del 2010.

10.3. CNS in primo grado ha tuttavia dedotto che Siram s.p.a. si sarebbe spogliata di tali requisiti con la cessione, in favore di altra società (Gestione Integrata s.r.l.), dell'intero ramo di azienda, perdendo quindi le attestazioni di qualificazioni relative al ramo di azienda ceduto, così come i requisiti di capacità tecnico-professionale e di fatturato specifico realizzati nel detto quinquennio e, cioè, proprio i requisiti che ha invece impropriamente speso nella gara d'appalto di cui è causa.

10.4. Il T.A.R. per le Marche ha tuttavia respinto la censura perché ha rilevato, in ordine al punto 6.1.4. del disciplinare, che la cessione del ramo di azienda riguardava specifici contratti, non ricomprendenti quelli che hanno prodotto il fatturato che l'impresa ha dichiarato di possedere, mentre, in ordine al punto 6.1.6. del disciplinare, ha rilevato che l'attestazione SOA rilasciata il 7 novembre 2013 è stata confermata dalle verifiche e dalle attestazioni SOA successive, tra le quali la relazione SOA del 29 luglio 2015, versata in atti (p. 6 della sentenza impugnata).

10.5. L'appellante incidentale deduce però che, così ragionando, il T.A.R. per le Marche avrebbe erroneamente disatteso quanto questo stesso Consiglio di Stato nelle sentenze n. 811, n. 812 e n. 813 del 29 febbraio 2016 ha chiarito e, cioè, che:

- quanto alla perdita del requisito del fatturato, Siram s.p.a. si era spogliata dell'intero ramo di azienda e del diritto di utilizzare l'intero fatturato relativo all'anzidetto ramo, senza possibilità di distinzioni o limitazioni tra contratto e contratto;

- quanto alla perdita delle attestazioni SOA, ciò che era stato perduto non poteva costituire

oggetto di successiva rinnovazione o verifica di validità triennale e, perciò, anche l'attestazione SOA sottoposta alla verifica triennale il 9 novembre 2013 doveva costituirsi inadeguata a garantirle la partecipazione alla gara.

11. Occorre dare preliminarmente atto che la questione della perdita dei requisiti per effetto della cessione del ramo d'azienda da Siram s.p.a. a Gestione Integrata s.r.l. è stata oggetto di pronunce non sempre allineate da parte di questo Consiglio di Stato (v., da un lato, le sentenze della sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 811, n. 812 e n. 813 e della sez. III, 12 novembre 2014, n. 5573 e 7 maggio 2015, n. 2296 e, dall'altro, quelle della sez. V, 18 ottobre 2016, n. 4347 e n. 4348).

11.1. Si può tuttavia prescindere dal contrasto tra tali pronunce, che imporrebbe di rimettere la questione all'Adunanza plenaria ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a., perché il caso in questione presenta elementi fattuali peculiari che consentono di prescindere, per la sua risoluzione, dal previo componimento di tale contrasto.

11.2. Al riguardo si deve osservare, quanto al requisito del fatturato, che Siram s.p.a. ha dimostrato di possedere il requisito del fatturato, anche indipendentemente dalla vexata quaestio dell'incidenza della cessione del ramo d'azienda sul permanente possesso dei requisiti, è nettamente superiore alla base d'asta indetta dall'Azienda, come il T.A.R. per le Marche ha osservato nella sentenza impugnata (p. 8), riferendosi a diversi contratti (Università di Parma, Azienda Ospedaliera di Pavia, etc.), non compresi nell'atto di cessione con argomentazione in fatto che è rimasta incontestata dalla stessa appellante.

11.3. Non giova all'appellante incidentale obiettare (p. 7 della memoria di replica depositata il 9 dicembre 2016) che non sarebbe possibile configurare una capienza residua nel ramo ceduto perché, a ben vedere, l'organizzazione aziendale può essere costituita da più rami di azienda, ma il singolo ramo di azienda non potrebbe avere una capienza non ceduta, versandosi altrimenti in ipotesi di una cessione di singoli cespiti e non di un ramo.

11.4. L'argomentazione della sentenza di questo Cons., sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 811, la quale ha osservato «come sia connaturale alla cessione del ramo di azienda il trasferimento non già di singoli cespiti ma di un complesso di beni e diritti organizzato per l'esercizio dell'impresa ed idoneo a generare profitto», quand'anche possa ritenersi condivisibile, si riferiva, infatti, alle qualificazioni SOA attinenti al ramo d'azienda ceduto e, cioè, all'erogazione di servizi di gestione integrata di complessi immobiliari pubblici e privati – c.d. facility management e property management – e non già al fatturato ceduto con l'atto di cessione.

11.5. È evidente che il fatturato non può essere oggetto di cessione in blocco, indistintamente, se non con riferimento ai singoli contratti dai quali deriva, come ha correttamente rilevato il T.A.R. per le Marche nella sentenza qui impugnata (pp. 7-8).

11.6. Come ha precisato la stessa sentenza n. 811 del 29 febbraio 2016, infatti, l'art. 4, sesto comma, del contratto di cessione, proprio con riferimento ai contratti di cui agli allegati F e G (Comune Milano Enpam e Poste) stabiliva che «la cessionaria subentra altresì alla cedente nel diritto di utilizzo, a qualsiasi fine, delle qualificazioni dei lavori eseguiti dal ramo di azienda G1 e dei relativi fatturati sviluppati dal ramo stesso nel quinquennio 2008-2012», senza riferirsi al fatturato di altri contratti.

11.7. Questo Consiglio ha ribadito, di recente, che anche il requisito del fatturato specifico ben può essere oggetto di cessione aziendale (v., da ultimo, Cons. St., sez. III, 30 giugno 2016, n. 2952), come è avvenuto nel caso di specie, ma esso può avere ad oggetto solo i contratti specificamente contemplati dall'atto e non già quelli in esso non menzionati, consentendosi

diversamente ad un soggetto terzo, il cedente, di far valere un fatturato specifico non maturato in proprio e non espressamente riconosciutogli (o concessogli in varia forma, mediante cessione o avvalimento) dall'avente diritto.

11.8. Di qui la correttezza della sentenza impugnata, la quale ha ritenuto che Siram s.p.a. abbia potuto legittimamente vantare il fatturato relativo a contratti non costituenti esposto oggetto di cessione in favore di Gestione Integrata s.r.l. che, diversamente, finirebbe per avvalersi di un requisito – il fatturato specifico – non maturato nella propria pregressa esperienza e, comunque, non espressamente riconosciute dalla cedente se non con riferimento ai quattro contratti stipulati con Poste Italiane s.p.a. e con quelli all'epoca in corso con il Comune di Milano, in contrasto, quindi, con quanto prevede espressamente il contratto di cessione del ramo d'azienda del 28 dicembre 2012 nell'art. 4.

12. Quanto alle attestazioni SOA, ancora, si deve qui chiarire che in sede di gara Siram s.p.a. ha dimostrato di possedere le qualificazioni di cui al punto 6.1.6. del disciplinare di gara, poiché ha prodotto l'attestazione SOA del 17 settembre 2014, diversa da quelle del 9 novembre 2010 e da quella del 7 novembre 2013, oggetto dei precedenti contenziosi, e con ciò ha provato, inequivocabilmente e incontestabilmente, il possesso dei requisiti richiesti.

12.1. Non risulta, infatti, che tale attestazione sia stata in alcun modo contestata dall'appellante incidentale, sicché essa comprova inconfutabilmente il possesso dei requisiti anche indipendentemente dalla questione della validità delle precedenti attestazioni rilasciate nel 2010 e, in sede di rinnovo triennale, nel 2013.

12.2. Da tale attestazione risulta, in particolare, che Siram s.p.a. sia qualificata per la esecuzione dei lavori e per la prestazione dei servizi ricompresi, tra l'altro e per quanto rileva ai fini del presente giudizio, nelle categorie OG1, classifica III, OS28, classifica III, e OS30, classifica III.

12.3. L'intervenuta acquisizione di tale nuova certificazione SOA risulta conforme a quanto previsto dall'art. 76, comma 11, del d.P.R. n. 207 del 2010, applicabile *ratione temporis* alla vicenda di cui è causa, il quale stabilisce che «nel caso in cui l'impresa ricorra alla cessione del complesso aziendale, o di un suo ramo, la stessa può richiedere alla SOA una nuova attestazione, riferita ai requisiti oggetto di trasferimento, esclusivamente sulla base dei requisiti acquisiti successivamente alla cessione del complesso aziendale o del suo ramo».

12.4. E ciò, peraltro, senza dire che la qualificazione di Siram s.p.a., all'esito della successiva verifica richiesta ai sensi dell'art. 76, comma 11, del d.P.R. n. 207 del 2010, è stata ulteriormente attestata dall'organismo di certificazione SOA-GROUP su sollecitazione dell'ANAC con la nota prot. n. u/at/3963/2015 del 29 luglio 2015 indirizzata alla suddetta Autorità e alla Siram s.p.a. stessa (cfr. doc. 6 allegato alla memoria difensiva depositata dall'Azienda il 26 luglio 2016), nota richiamata a ragione anche dal T.A.R. nella sentenza qui impugnata (p. 6).

12.5. Divengono dunque del tutto irrilevanti, anche alla luce di tale nota, le ulteriori contestazioni svolte dall'appellante incidentale, CNS, rispetto alle precedenti attestazioni SOA, sulle quali si è pronunciato questo Consiglio nelle sentenze sopra citate, così come diviene irrilevante per la sua superfluità, al di là di ogni questione sulla sua ammissibilità nel giudizio di appello, la documentazione depositata da CNS il 29 novembre 2016 e, in particolare, la perizia giurata ai sensi dell'art. 76, comma 10, del d.P.R. n. 207 del 2010 e la nota n. 072102 dell'8 giugno 2015 inviata dall'ANAC a Siram s.p.a.

12.6. La nuova attestazione SOA regolarmente rilasciata il 17 settembre 2014 a Siram s.p.a. sgombra il campo da ogni ulteriore questione, anche interpretativa, emersa in precedenza e

soprattutto priva di rilevanza, almeno in riferimento alla vicenda oggetto del presente contenzioso, la contestata questione della validità delle precedenti attestazioni SOA.

12.7. Non si può tuttavia, a conclusione della disamina di questo motivo, non richiamare quanto questa Sezione, per analoga vicenda, ha già osservato nella pronuncia n. 5706 del 17 dicembre 2015.

12.8. Occorre escludere in linea di principio a danno del cedente qualsiasi automatismo decadenziale conseguente alla cessione d'azienda, intendendosi con ciò affermare che occorre aver riguardo alla causa in concreto del negozio di cessione e al sottostante regolamento di interessi voluto dalle parti, in tutta la sua ampiezza, complessità e particolarità, per determinare se la cessione dei beni aziendali comporti, o meno, la perdita dei requisiti di cui alle attestazioni SOA in capo alla cedente.

12.9. Solo in questo modo, esaminando, cioè «quali conseguenze derivino sul piano della perdita del possesso dei requisiti di qualificazione alla luce del contratto di cessione in concreto stipulato», come ha affermato questa Sezione nella citata sentenza n. 5573 del 12 novembre 2014 e, altresì, ha chiarito anche la Sezione V nella sentenza n. 3245 del 26 giugno 2015, si può evitare, infatti, qualsiasi fuorviante discrasia o, da diversa prospettiva, si può assicurare, quanto al possesso dei requisiti, una perfetta aderenza tra la mera forma dell'elemento documentale consistente nell'attestazione SOA e la vera e solida sostanza dell'assetto aziendale conseguente alla cessione, che nel caso di specie aveva ad oggetto il solo e limitato ramo inerente alla gestione di patrimoni immobiliari.

13. In conclusione, per tutte le ragioni esposte, il primo motivo dell'appello incidentale deve essere respinto.

14. Con un secondo motivo (pp. 13-19 dell'appello incidentale depositato il 6 luglio 2016) CNS lamenta l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha respinto il terzo motivo dell'originario ricorso, con il quale essa aveva dedotto il «macroscopico errore materiale» compiuto dalla commissione giudicatrice nel penalizzare il progetto di Siram s.p.a. solo con il giudizio di «buono» anziché con quello di «ottimo» in riferimento al terzo degli undici parametri di valutazione, relativo alla «capacità organizzativa, struttura logistica, staff tecnico, personale operativo, attrezzature, mezzi e strumentazione messi a disposizione per l'erogazione del servizio».

14.1. Tale errore, deduce l'appellante incidentale, è risultato decisivo, perché, se la commissione avesse assegnato il punteggio massimo di 8 punti riconoscibile per il terzo parametro a CNS, questa si sarebbe aggiudicata la gara, classificandosi prima (pp. 18-19 dell'appello incidentale).

14.2. La commissione giudicatrice, nel motivare il giudizio di «buono» assegnato a Siram s.p.a., ha fatto riferimento ad una «criticità sopra rilevata» che non è dato rinvenire nel verbale n. 15 della seduta riservata del 16 luglio 2015, poiché l'unica criticità rilevata riguardava l'utilizzo del personale condiviso nell'offerta di altra concorrente, Gesta s.p.a., incorrendo in un errore materiale reso evidente anche dal riferimento alla pagina (25) e al volume (1) dell'offerta tecnica presentata dalla stessa Gesta s.p.a.

14.3. Il T.A.R. per le Marche, nel valorizzare la nota esplicativa della commissione giudicatrice del 27 gennaio 2016 depositata in primo grado, ha osservato che la commissione ha comunque fornito le ragioni dell'attribuzione del giudizio «buono» per effetto di una criticità riscontrata nell'utilizzo delle risorse condivise, chiarando, in sede processuale, di averla desunta dalle pp. 100-101 del volume A1 dell'offerta presentata da CNS, nella quale mancata l'indicazione del tempo impiegato, all'interno dell'appalto, del personale in parte dedicato e in

parte condiviso.

14.4. Secondo il primo giudice quest'ultima precisazione non può considerarsi inammissibile integrazione postuma della motivazione, come pretenderebbe CNS, ma solo l'esplicazione, in sede processuale, dei riferimenti concernenti gli elementi fattuali che hanno dato luogo alla motivazione contestata, relativa all'assegnazione di un punteggio non corrispondente al massimo per la rilevazione di una criticità nell'utilizzo delle risorse condivise, mentre «sarebbe stato onere processuale della ricorrente dimostrare il contrario, cosa che invece non è avvenuta, limitandosi ad una contestazione essenzialmente formale» (p. 11 della sentenza impugnata).

14.5. L'appellante incidentale contesta tale motivazione perché deduce che la nota del 27 gennaio 2016 avrebbe una mera valenza dichiarativa assolutamente priva di un riscontro oggettivo e, come tale, sarebbe inidonea ad introdurre un fatto in assolvimento dell'onere probatorio, mentre diversamente sarebbe stato se la nota fosse stata corredata da un estratto dell'offerta tecnica di CNS, precisamente le pp. 100-101 del volume A1 richiamate dalla commissione, perché soltanto in questa ultima ipotesi si sarebbe introdotto nel giudizio un fatto che, stando a quanto dichiarato dall'organo valutativo addirittura dopo la notifica del ricorso di primo grado, avrebbe ingenerato ex post il convincimento della commissione.

14.6. Se così è, deduce CNS, si sarebbe al cospetto di una integrazione postuma della motivazione, come tale inammissibile.

15. Il motivo è infondato.

15.1. La nota esplicativa del 27 gennaio 2016 non costituisce una integrazione postuma della motivazione, ma un chiarimento in ordine alla criticità rilevate dalla Commissione, criticità che ha giustificato il giudizio di «buono» assegnato all'offerta di CNS per una criticità riscontrata nell'offerta in ordine all'utilizzo delle risorse condivise.

15.2. La circostanza che la criticità "sopra" rilevata, «relativa all'utilizzo delle risorse condivise», non fosse stata esplicitata dalla commissione giudicatrice nel verbale n. 15 anche in riferimento all'offerta di CNS, ma solo in riferimento a quella di Gesta s.p.a., per una presumibile disattenzione o svista nella compilazione del verbale, non toglie che tale criticità sussistesse anche nell'offerta di CNS, presentata in gara, sicché la nota esplicativa della commissione giudicatrice, diversamente da quanto assume l'appellante incidentale, non necessariamente avrebbe dovuto riportare l'offerta di CNS per assolvere alla sua valenza probatoria.

15.3. La carenza riscontrata dalla commissione giudicatrice nell'offerta presentata da CNS (la mancata indicazione, cioè, del tempo impiegato dalle diverse figure di personale dedicato e condiviso all'interno dell'appalto), infatti, non era stata contestata sostanzialmente nemmeno in primo grado dalla stessa CNS, come ha correttamente osservato dal T.A.R., e non lo è stata nemmeno in questo grado di giudizio, ai sensi e per gli effetti dell'art. 62, comma 2, c.p.a., dovendosi considerare quindi fatto pacifico.

15.4. Tale incontestata carenza sostanziale, riscontrata dalla commissione nell'offerta di CNS, come si evince dalla lettura del verbale n. 15 (per quanto incompleto nel suo richiamo alla parte precedente del verbale per una verosimile omissione materiale) e chiarita nella nota esplicativa del 27 gennaio 2016, pienamente giustifica il giudizio di «buono» assegnato all'offerta di CNS.

15.5. Ne segue, pertanto, la reiezione anche del secondo motivo di appello incidentale proposto da CNS.

16. Deve ora essere esaminato il quarto motivo del ricorso proposto in primo grado da CNS,

assorbito dal primo giudice in seguito all'accoglimento del primo motivo, e qui riproposto dalla stessa CNS nell'atto di costituzione (pp. 7-13 dell'atto di costituzione depositato il 13 luglio 2016).

16.1. Con tale motivo la ricorrente in primo grado aveva dedotto la violazione dell'art. 84, comma 8, del d. lgs. n. 163 del 2006 perché i due componenti esterni della commissione giudicatrice, Prof. Marco D'Orazio e Prof. Costanzo Di Perna, erano stati nominati senza attingere da un elenco, formato sulla base di rose di candidati formati dalle Facoltà di appartenenza, ma su segnalazione diretta da parte dell'Università di appartenenza.

16.2. Il motivo è infondato e deve essere respinto.

16.3. Si deve rilevare che il Rettore dell'Università di Ancona ha segnalato solo due nominativi di docenti ritenuti competenti e disponibili per lo svolgimento dell'incarico richiesto e, preso atto di ciò, legittimamente il Direttore Generale dell'Azienda ha provveduto a nominarli componenti della commissione, non essendo possibile, stante l'indisponibilità di altri docenti disposti ad assumere l'incarico, selezionare i membri da un elenco che l'Università di Ancona non era in grado di fornire.

16.4. Il modus procedendi in esame risulta rispettoso dell'art. 84, comma 8, del d. lgs. n. 163 del 2006, diversamente da quanto assume CNS, perché la disposizione intende sottrarre la nomina dei componenti esterni della commissione «a possibili elementi di eccessiva discrezionalità o di arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice che possano pregiudicarne proprio la trasparenza e l'imparzialità» (Cons. St., sez. III, 28 febbraio 2014, n. 942), elementi di arbitrio da parte della commissione giudicatrice che, nel caso di specie, erano indubbiamente scongiurati dalla tassativa indicazione – l'unica, del resto, possibile – dei soli due docenti disponibili ad assumere l'incarico da parte del Rettore dell'Università di Ancona.

16.5. Ne deriva, pertanto, l'infondatezza del motivo qui riproposto da CNS.

17. In conclusione, per tutte le ragioni esposte, gli appelli principali proposti da Siram s.p.a. e dall'Azienda sono fondati e devono essere accolti, mentre deve essere respinto l'appello incidentale e il motivo assorbito proposti da CNS, sicché, in parziale riforma della sentenza qui impugnata, deve essere respinto integralmente respinto il ricorso proposto dalla stessa CNS in primo grado.

18. Possono essere comunque interamente compensate tra le parti, per la difficoltà interpretativa di alcune delle questioni esaminate, le spese del doppio grado del giudizio.

18.1. CNS, attesa la sua soccombenza, deve essere condannata a rimborsare in favore dell'Azienda e di Siram s.p.a. il contributo unificato rispettivamente corrisposto per la proposizione dei rispettivi appelli principali, mentre deve essere posto definitivamente a carico della stessa CNS il contributo unificato corrisposto per la proposizione dell'appello incidentale nonché del ricorso in primo grado.

omissis

## Guida alla lettura

La questione di maggior interesse affrontata dalla pronuncia in commento attiene

all'indicazione dei costi di sicurezza aziendale da parte dell'impresa concorrente e alle connesse problematiche interpretative. Al riguardo, è possibile, da subito, rilevare che la Terza Sezione del Consiglio di Stato applica, nel caso considerato, i principi espressi in materia di **indicazione dei costi di sicurezza dall'Adunanza Plenaria** del Consiglio di Stato con la sentenza **n. 19 del 2016**.

In ordine alla riferita questione, il Consesso censura l'operato del giudice di prime cure, secondo il quale l'impresa che non ha indicato i costi di sicurezza aziendale deve essere esclusa dalla gara. Ritengono, in proposito, i giudici di Palazzo di Spada che, pur essendo le conclusioni dei giudici di primo grado in linea con quanto sancito dall'Adunanza Plenaria nn. 3 e 9 del 2015, le medesime non possono essere condivise in virtù del più recente orientamento della stessa Adunanza Plenaria (n. 19/2016), teso alla mitigazione dei principi espressi nelle richiamate sentenze nn. 3 e 9 del 2015, in accordo con i principi di matrice europea di tutela dell'affidamento, certezza del diritto, parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza.

Tanto precisato, occorre ricostruire in breve il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, al fine di meglio comprendere la ratio dell'indirizzo più recente.

In primo luogo, il **vecchio Codice dei contratti pubblici (D. lgs. n. 163/2006)**, in virtù dell'**art. 87, comma 4**, e dell'**art. 83, comma 3-bis**, stabilisce che **la stazione appaltante è obbligata a valutare la congruità degli oneri di sicurezza per tutte le tipologie di appalti pubblici (lavori, servizi e forniture)**; mentre, **in sede di offerta, l'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza sembra sussistere solo per gli appalti di servizi e forniture e non per l'appalto di lavori. La mancata indicazione degli oneri di sicurezza, dunque, comporta l'esclusione del concorrente con riguardo agli appalti di forniture e servizi, e non già per gli appalti di lavori.**

Su tale quadro normativo, con particolare riguardo agli appalti di lavori, è intervenuta l'**Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato**, dapprima, con la sentenza **n. 3 del 2015**, con la quale si è ritenuto che **“nelle procedure di affidamento relative ai contratti pubblici di lavori i concorrenti debbano indicare nell'offerta economica i costi per la sicurezza interni o aziendali”**, e, in un secondo momento, con la pronuncia **n. 9 del 2015**, avente ad oggetto **la specifica questione dei c.d. oneri di sicurezza per le gare d'appalto bandite prima del 20 marzo 2015, che ha negato la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio** nelle ipotesi in cui la fase di presentazione delle offerte sia giunta a perfezionamento prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria n. 3 del 2015, escludendo, quindi, la **“(...) sanabilità con il soccorso istruttorio dell'omissione dell'indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, che si risolverebbe in un'inammissibile integrazione postuma di un elemento essenziale dell'offerta”**.

Richiamate le conclusioni raggiunte dal Massimo Consesso della giustizia amministrativa, è opportuno rilevare che, sulla scorta dei già citati principi europei, è emersa, nel nostro ordinamento, l'esigenza di mitigare l'interpretazione della disciplina in materia di indicazione dei costi di sicurezza, specie nell'ipotesi in cui l'obbligo in questione non sia espressamente richiesto dalla normativa nazionale o dalla legge di gara.

La giurisprudenza nazionale, dunque, in considerazione di siffatta esigenza, da una parte, ha rimesso la questione alla Corte di giustizia UE, e, dall'altra parte, ha sollecitato l'intervento chiarificatore dell'Adunanza Plenaria.

La **Corte di giustizia UE**, pur non essendosi ancora pronunciata sulle questioni pregiudiziali, ha, tuttavia, ritenuto, in precedenti pronunce (Corte di giustizia UE, sez. VI, ordinanza, 10 novembre 2016, C-140/16, C-197/15, C-162/16), che, in applicazione dei **principi di parità di trattamento e di trasparenza** che devono governare le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, **ove una condizione per la partecipazione alla gara non risulti dalla normativa nazionale o dalla legge di gara, ma venga individuata per effetto di una interpretazione giurisprudenziale, il mancato rispetto di tale condizione non può comportare l'esclusione in automatico dalla gara, dovendo la stazione appaltante concedere al concorrente un termine al fine di regolarizzare la propria posizione** (Corte di Giustizia UE, 27 giugno 2016, C.25/15).

Tali considerazioni rispondono, infatti, all'esigenza di garantire che tutti i concorrenti siano messi a conoscenza, in via anticipata e chiara, delle condizioni sostanziali e procedurali necessarie per la partecipazione ad una procedura di affidamento.

Nell'ambito di tale indirizzo che mette in luce i principi di parità di trattamento e di trasparenza nell'espletamento delle procedure di gara si pone anche la pronuncia dell'**Adunanza Plenaria n. 19 del 2016**, a cui la decisione annotata si adegua.

Il Supremo Consesso, infatti, afferma che, **per le gare anteriori all'entrata in vigore del d. lgs. n. 50 del 2016, "nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione dei costi della sicurezza aziendale non sia stato specificato nella legge di gara e non sia contestato, dal punto di vista sostanziale, che l'offerta rispetti i costi minimi della sicurezza aziendale, l'esclusione della concorrente non possa essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta della stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri del soccorso istruttorio"**.

Come messo in evidenza, la pronuncia dell'Adunanza Plenaria fa riferimento alle gare bandite prima dell'entrata in vigore del **nuovo Codice dei contratti pubblici**. Il Legislatore, infatti, all'**art. 95, comma 10**, del **nuovo Codice** stabilisce che: *"Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro"*. Stante, dunque, l'applicabilità della disposizione in esame alle gare bandite a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice, con riguardo a queste ultime, il problema del rapporto tra la mancata indicazione dei costi aziendali e l'automatica esclusione dalla gara sembra aver trovato una espressa soluzione normativa. Tuttavia, l'**art. 83, comma 9**, del **nuovo Codice** prevede che: *"Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma"*. Occorre, quindi, comprendere se tale disposizione possa essere invocata nell'ipotesi in cui non siano stati indicati i costi aziendali.

Alla luce di un quadro normativo e giurisprudenziale in continua evoluzione e considerata la rilevanza dei principi euro-unitari in materia, l'intervento della Corte di giustizia UE dovrebbe,

dunque, avere un ruolo di chiarificazione.