

N. 03139/2014REG.PROV.COLL.
N. 02393/2014 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

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

sul ricorso numero di registro generale 2393 del 2014, proposto da:

Società Col.Be. Costruzioni s.r.l. unipersonale, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Michiara, con domicilio eletto presso l'avv. Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

contro

Granelli Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Monica Moschioni e Adriano Giuffrè, con domicilio eletto presso Adriano Giuffrè in Roma, via De Gracchi, n. 39;

San Donnino Multiservizi s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Carullo, con domicilio eletto presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma,

piazza Capo di Ferro 13;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. EMILIA ROMAGNA, SEZIONE STACCATA DI PARMA, SEZIONE I, n. 87/2014, resa tra le parti, concernente affidamento lavori di completamento delle opere edili e architettoniche relative alla realizzazione della centrale di cogenerazione del "Nuovo Quartiere Europa".

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Granelli Costruzioni s.r.l. e di San Donnino Multiservizi s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 15 aprile 2014 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti l'avv. Paolo Michiara, l'avv. Massimiliano Rutigliano su delega dell'avv. Monica Moschioni e l'avv. Beatrice Belli su delega dell'avv. Antonio Carullo;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, sezione staccata di Parma, con sentenza n. 87 del 14 marzo 2014, in accoglimento del ricorso proposto da Granelli Costruzioni s.r.l., annullava la determinazione della San Donnino Multiservizi s.r.l. del

28 gennaio 2014, con la quale era stato aggiudicato a Col.Be. Costruzioni s.r.l. l'appalto dei lavori di completamento delle opere edili ed architettoniche relative alla realizzazione della centrale di cogenerazione del "Nuovo Quartiere Europa" e disponeva l'aggiudicazione in favore della ricorrente Granelli Costruzioni s.r.l. Condannava l'amministrazione e la controinteressata Col.Be. s.r.l. al pagamento, in solido tra loro, di euro 4.000,00 oltre accessori di legge in favore della ricorrente.

2.- Con l'impugnata sentenza, il TAR riteneva fondato e assorbente il secondo motivo di ricorso della Granelli Costruzioni.

In particolare il TAR, sulle considerazioni che:

la formulazione della *lex* di gara per carenza di coerenza delle diverse disposizioni avesse indotto in errore la ricorrente sull'importo base dell'appalto su cui applicare la percentuale di ribasso;

la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere con semplice operazione algebrica a stralciare dal ribasso offerto dalla Granelli i costi della sicurezza;

tale calcolo aritmetico – contenuto in sentenza - avrebbe dimostrato che l'offerta dell'aggiudicataria risultava superiore a quella della ricorrente;

afferitava che, la stazione appaltante avrebbe *"preferito la concorrente Col.Be. che non ha offerto il prezzo più basso e che stipulando il contratto con Col.Be. la stazione appaltante avrebbe pagato euro 525.618,64 in luogo di 516.608,98 che pagherebbe, viceversa, a Granelli Costruzioni s.r.l., da cui la conclusione "è evidente che l'aggiudicazione non è avvenuta al*

prezzo più basso come prescritto dalla lex specialis”.

3.- Col.Be. Costruzioni s.r.l., con l'appello in esame, assume l'erroneità della sentenza per vizio in procedendo, sia per ultrapetizione, non avendo la ricorrente Granelli Costruzioni chiesto l'aggiudicazione della gara, che per erronea valutazione del bando di gara ed erroneità del calcolo aritmetico con cui sarebbe stata dimostrata la inferiorità dell'offerta della Granelli Costruzioni rispetto a quella dell'aggiudicataria.

Si sono costituite in giudizio San Donnino Multiservizi s.r.l. che ha chiesto con dovizia di argomentazioni l'accoglimento dell'appello e Granelli Costruzioni s.r.l. che ne ha chiesto il rigetto, riproponendo i motivi assorbiti in sentenza e, quindi, l'illegittima ammissione alla gara di Col.Be., il cui DURC era negativo.

4.- L'appello è fondato e va accolto.

5.- La procedura negoziata di cui trattasi era da aggiudicarsi con il metodo del prezzo più basso sull'importo a base di gara al netto degli oneri della sicurezza.

Nella lettera di invito si precisava che *“Metodo del prezzo più basso, comunque inferiore a quello posto a base di gara al netto degli oneri della sicurezza, determinato mediante offerta al ribasso percentuale”* e, quindi, mediante l'indicazione di una percentuale di ribasso sull'importo dei lavori posto a base d'asta, pari ad euro 672.465,69, importo così determinato al netto degli oneri di sicurezza.

Gli altri atti e documenti relativi alla gara erano chiari nell'indicare che l'importo complessivo dell'appalto era di euro 712.564,10 al netto di

i.v.a., di cui euro 40.098,41 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso.

Essendo una gara al massimo ribasso, la stazione appaltante ha utilizzato le percentuali di ribasso offerte dai ricorrenti, aggiudicando l'appalto al miglior ribasso percentuale offerto, che è stato quello dell'appellante del 27,80%.

In nessun atto di gara è invece riportato il prezzo di aggiudicazione indicato in sentenza di “525.618,64 in luogo di 516.608,98”.

Il giudice di primo grado ha, dunque, indebitamente effettuato dei conteggi sostituendosi alla stazione appaltante, atteso che il solo dato numerico che si poteva ricavare dal verbale di gara era il ribasso percentuale offerto dai concorrenti (per quanto qui interessa, 27,80% Col.Be. e 27,50% Granelli).

6.- Ciò posto, ammesso pure, seguendo il ragionamento del giudice di primo grado, che il bando non fosse chiaro nell'indicare su quale importo calcolare la percentuale di ribasso e si volessero ricalcolare i ribassi onde renderli omogenei e pervenire alla determinazione dell'offerta inferiore come valore assoluto, tale ricalcolo non potrebbe che avvenire applicando le percentuali di ribasso sull'importo dei lavori posto a base di gara, al netto degli oneri della sicurezza.

Ne consegue che l'offerta di Col.Be. risulta di euro 485.520,23 ($712.564,10 - 40.098,41 = 672.465,69 - 27,80\% = 186.945,45$)

L'offerta Granelli risulta di euro 487.537,63, avendo offerto il ribasso del 27,50%.

Ciò che conta, infatti, è la percentuale di ribasso.

Il calcolo aritmetico sviluppato nell'impugnata sentenza è affetto da un vizio di fondo, in quanto, applicando la percentuale di ribasso all'intero importo dei lavori posti a base di gara e sottraendo dal risultato il costo degli oneri della sicurezza, giunge ad un risultato falsato perché finisce con il sottoporre a ribasso anche gli oneri della sicurezza che non sono per legge - oltre che in base alla legge di gara - ribassabili.

La sentenza, quindi, è errata e contraddittoria, atteso che da un lato riconosce che gli oneri per la sicurezza non sono soggetti a ribasso e dall'altro, con un calcolo aritmetico che dovrebbe dimostrare la convenienza dell'offerta della ricorrente Granelli Costruzioni, finisce col sottoporre a ribasso gli oneri per la sicurezza.

Né assume rilevanza la circostanza che nell'intenzione dell'offerente la percentuale di ribasso proposta volesse riferirsi al prezzo includente gli oneri per la sicurezza.

Non è comunque consentito per il principio della *par condicio* manipolare le offerte asseritamente irregolari per una regolarizzazione delle stesse (cfr., in termini, Cons. Stato, sez. VI, 6 luglio 2006, n. 4276).

7.- Fondata è anche la censura di ultra petizione, avendo la sentenza impugnata disposto l'aggiudicazione dell'appalto in favore della ricorrente Granelli Costruzioni, che aveva chiesto solamente l'annullamento dell'aggiudicazione, spingendosi addirittura a riformularne l'offerta indicando un importo calcolato in sentenza di euro 476.510,57 mai offerto in gara dalla Granelli, ottenuto peraltro,

come già detto, mediante un calcolo effettuato ribassando gli oneri della sicurezza, di cui non è consentito il ribasso con norma inderogabile.

8.- Va a tal punto esaminata la censura dedotta dalla Granelli Costruzioni con il primo, articolato, motivo del ricorso introduttivo, assorbito in sentenza e riproposto ex art. 101, co. 2, c.p.a., finalizzato in sostanza all'esclusione dell'offerta dell'appellante dalla gara.

Assume la Granelli che illegittimamente la società Col.Be. sarebbe stata invitata alla gara; che il DURC era irregolare al momento di diramazione degli inviti; che l'invito non sarebbe stato contestuale a quello delle altre concorrenti e che si sarebbe superato il numero delle ditte da invitare alla procedura negoziata.

Le doglianze sono tutte infondate, potendosi di conseguenza prescindere dall'esame dell'eccezione di tardività sollevata dalla San Donnino Multiservizi.

8.1- Innanzi tutto va precisato che, all'atto della diramazione degli inviti alla trattativa, il DURC della Col.Be. non era negativo, ma "sospeso", non essendo stati ancora elaborati i dati relativi ai versamenti effettuati dalla società.

La stazione appaltante ha, quindi, atteso la definizione dell'istruttoria per procedere all'invito, inviato solo a seguito della positiva conclusione dell'istruttoria e su espressa richiesta della Col.Be. del 19 novembre 2013.

Sta di fatto che Col.Be., sia al momento dell'invito che a quello della presentazione dell'offerta, era in possesso di DURC regolare.

8.2- La circostanza che l'invito della Col.Be. sia successivo a quello delle altre imprese non implica illegittimità dell'invito o della procedura, atteso che l'invio contestuale delle lettere di invito ai concorrenti risponde all'esigenza di concedere a tutti i concorrenti un uguale periodo di tempo per la predisposizione delle offerte.

Ne consegue che l'unico soggetto legittimato a lamentare la mancanza della contestualità è la concorrente che abbia avuto il minore tempo per predisporre la propria offerta.

La censura, quindi, oltre che infondata è anche inammissibile per carenza di interesse.

8.3- Quanto ai termini decorrenti tra il bando e la scadenza per la partecipazione alla gara, sono disponibili, tanto più in mancanza di particolari esigenze correlate alla predisposizione dell'offerta (nel caso si trattava di riempire un modulo in una procedura negoziata) e, comunque, la Col.Be. aveva esonerato la stazione appaltante da qualsiasi responsabilità per il tardivo invito da essa Col.Be. sollecitato.

8.4- Quanto al numero dei concorrenti da invitare ad una procedura negoziata, è discrezionale, atteso che la normativa stabilisce un numero minimo e non già il numero massimo.

L'invito di Col.Be., iscritta come le altre concorrenti nell'albo fornitori dell'ente, non risulta, quindi, affetto da alcun vizio.

Ne consegue la infondatezza della censura esaminata.

9.- Per le ragioni esposte l'appello va accolto e, in riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso di primo grado.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza nell'importo indicato in

dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Condanna Granelli Costruzioni s.r.l. al pagamento delle spese di giudizio che sono liquidate in euro 4.000,00 più oneri di legge, di cui euro 2.000,00 a favore di Col.Be. Costruzioni s.r.l. unipersonale ed euro 2.000,00 in favore di San Donnino Multiservizi s.r.l..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/06/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)