

N. 00091/2016REG.PROV.COLL.

N. 00762/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 762 del 2015, proposto dalla Green s.r.l. unipersonale, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Mingiardi, con domicilio eletto presso il Consiglio di Giustizia Amministrativa in Palermo, Via F. Cordova 76;

contro

Università degli Studi di Catania, rappresentata e difesa dagli avv. Vincenzo Reina e Agata Danzuso, con domicilio eletto presso l'avv. Gaetano Giuffrida in Palermo, Via A. Narbone 58;

nei confronti di

Tomasino Metalzinco s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. **Massimiliano Mangano**, con domicilio eletto presso il medesimo legale in Palermo, Via Nunzio Morello 40;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SICILIA - SEZ. STACCATA DI CATANIA, Sez. IV, n. 945/2015, resa tra le parti, concernente appalto - lavori di realizzazione della seconda scala di sicurezza presso l'edificio didattico del Centro universitario di S. Sofia – aggiudicazione.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Catania e della Tomasino Metalzinco s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2016 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati G. Mingiardi, C. Santuccio su delega di V. Reina, e M. Mangano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 L'Università degli Studi di Catania bandiva la procedura aperta per l'aggiudicazione dei "lavori di realizzazione della seconda scala di sicurezza presso l'edificio DIDATTICA nel C.U. di S. Sofia" secondo il criterio del prezzo più basso.

Le operazioni di gara si concludevano con l'aggiudicazione dell'appalto alla Tomasino Metalzinco s.r.l. con il "ribasso equivalente" del 27,584%, laddove tale ditta in concreto aveva offerto il ribasso del 34,8019% e l'importo complessivo di € 173.218,97.

La Green s.r.l. aveva invece offerto il maggior ribasso del 35,013% e l'importo complessivo di € 189.574,37, che sarebbe risultato, a suo dire, il prezzo più basso ove l'Amministrazione avesse calcolato correttamente la media secondo il criterio di cui all'art. 82 del d.lgs. n. 163/2006.

La società Green (di seguito, la GREEN) impugnava quindi la detta aggiudicazione in giudizio con ricorso al T.A.R. per la Sicilia – Sezione di Catania notificato il 25 novembre 2014 e ritualmente depositato.

La ricorrente allegava a fondamento del proprio gravame delle doglianze che il Giudice adito avrebbe così complessivamente esposto.

“ Ai sensi dell’art. 82, comma 3-bis, D.Lgs. 12/04/2006, n. 163, introdotto dall’art. 3, comma 7-bis, D.L. 21/06/2011, n. 69, conv. con modifiche dalla l. 09/08/2013 n. 98, “il prezzo più basso è determinato al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro”.

Conseguentemente, per l’individuazione del prezzo più basso - e cioè l’offerta con maggiore ribasso - non dovrebbero essere considerate le spese per il costo del personale e i costi di sicurezza.

In applicazione della predetta disciplina, il bando di gara (punto 11) ha avvisato i concorrenti che il ribasso offerto avrebbe dovuto tenere conto delle spese relative al costo del personale e che all’aggiudicazione si sarebbe proceduto "scorporando dall’importo b.a. gli oneri per la sicurezza e il costo della manodopera" indicato da ogni singola impresa concorrente in sede di offerta secondo le modalità descritte nel disciplinare di gara.

Il disciplinare di gara ha ribadito le predette prescrizioni del bando e ha stabilito – in applicazione del richiamato art. 82, comma 3-bis, T.U. e dell’atto di segnalazione n. 2 del 19/03/2014 dell’AVCP (oggi ANAC) - che, al fine di predeterminare in maniera rigorosamente oggettiva le modalità con le quali avrebbe operato al riguardo il seggio di gara, la graduatoria dei concorrenti sarebbe stata formulata "sulla base del prezzo complessivo offerto, risultante dalla sommatoria tra i seguenti addendi:

i) importo risultante dall’applicazione della percentuale di ribasso offerta sull’importo a base d’asta al netto d’asta al netto degli oneri della sicurezza e delle spese relative al costo del personale:

ii) importo oneri della sicurezza indicato in bando;

iii) costo del personale indicato dalla ditta concorrente ai sensi dell’art. 82, comma 3-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163".

Il seggio di gara, invece, avrebbe violato la disciplina dell’art. 82 comma 3-bis D.Lgs. 12/04/2006, n. 163, del bando di gara e del disciplinare di gara, avendo proceduto alla individuazione di una percentuale di ribasso diversa da quella presentata dalle imprese partecipanti, calcolando, ai fini dell’aggiudicazione, l’offerta c.d. equivalente (o normalizzata), sommando all’importo dei lavori sottoposti al ribasso offerto il costo della

manodopera, espressamente escluso dal criterio di calcolo del prezzo più basso dall'art. 82/3-bis. cit. e dalla *lex specialis*.

Pertanto, nel caso dell'offerta presentata dalla ricorrente con il ribasso del 35,013% (pari all'importo di € 86.169,77 da sommare al costo degli oneri di sicurezza di € 8.404,60 e al costo della manodopera di € 95.000,00, pari al prezzo complessivo di € 189.574,37), il seggio di gara ha ricalcolato il ribasso –individuato nel 20,39832%- e individuato l'offerta normalizzata di € 181.169,77 ottenuta sommando l'importo dei lavori soggetti a ribasso (€ 86.169,77) al costo della manodopera di (€ 95.000,00) al netto del costo degli oneri di sicurezza (€ 8.404,60).

Come dispone l'art. 82/3-bis D.L.vo n. 163/2006 e, asseritamente, il bando e il disciplinare di gara, anche il costo della manodopera – così come quello degli oneri di sicurezza - non avrebbe potuto essere considerato (e, quindi sommato) per la determinazione del prezzo più basso, ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto.

Il seggio di gara, conseguentemente, avrebbe erroneamente individuato la media definitiva del 27,968% e aggiudicato l'appalto all'impresa Tomasino Metalzinco s.r.l., nonostante avesse offerto il diverso minor ribasso del 34,8019%, con il ribasso equivalente del 27,584%, (percentuale derivata dall'importo di € 117.614,37 sommato al costo degli oneri di sicurezza di € 8.404,60 e a quello della manodopera offerto di € 47.200,00, sostanzialmente inferiore a quello di € 95.000,00 della ricorrente) pari al prezzo complessivo di € 173.218,97.

Il seggio di gara, non considerando il costo della manodopera, avrebbe dovuto determinare la media delle offerte calcolando l'effettivo ribasso offerto dalle imprese partecipanti, che sarebbe stata pari al 35,017111% (soglia anomalia), con la conseguenza che avrebbe dovuto aggiudicare l'appalto alla ricorrente, che ha offerto, come chiarito, il ribasso del 35,013%, pari al prezzo complessivo di € 189.574,37.”

La ricorrente, oltre a chiedere l'annullamento dell'aggiudicazione impugnata, domandava di subentrare alla controinteressata nell'appalto e nel conseguente contratto, e, in difetto, instava per il risarcimento del danno per equivalente.

Resistevano all'impugnativa la Stazione appaltante e la controinteressata, che concludevano per la sua inammissibilità ed infondatezza.

La domanda cautelare della ricorrente veniva respinta.

2 All'esito del giudizio di primo grado il Tribunale adito con la sentenza n. 945/2015 dichiarava il ricorso inammissibile per carenza d'interesse, osservando che il Seggio nel condurre le operazioni in contestazione aveva fatto una mera applicazione di una puntuale previsione della legge di gara che la ricorrente aveva mancato di impugnare.

3 Seguiva avverso tale decisione la proposizione del presente appello da parte della soccombente, che contestava gli argomenti a base della sentenza di primo grado e riproponeva le proprie censure.

L'Università di Catania e l'aggiudicataria resistevano all'impugnativa della GREEN anche in questo nuovo grado di giudizio.

La domanda cautelare dell'appellante veniva rigettata con ordinanza del 23-24 luglio 2015.

Il successivo 28 settembre l'Amministrazione e la controinteressata stipulavano il contratto d'appalto.

Alla pubblica udienza del 24 febbraio 2016 la causa è stata infine trattenuta in decisione.

4 L'appello è infondato.

5a Per linearità espositiva conviene introduttivamente ricordare le regole dettate dalla *lex specialis* sul tema oggetto di controversia.

Il bando di gara esponeva (al punto 11: *“criterio di aggiudicazione”*) che il ribasso offerto avrebbe dovuto tenere conto delle spese relative al costo del personale, da evidenziare in sede di offerta, e aggiungeva che all’aggiudicazione si sarebbe proceduto *“scorporando dall’importo a b.a. gli oneri per la sicurezza e il costo della manodopera indicato da ogni singola impresa concorrente in sede di offerta secondo le modalità descritte nel disciplinare di gara.”*

Il disciplinare, dal canto suo, nel paragrafo *“procedura di aggiudicazione”* (pag. 8), dopo aver premesso che l’atto di segnalazione dell’A.V.C.P. n. 2 del 2014 non definiva con univocità il criterio d’interpretazione dell’art. 82, comma 3-bis, del d.lgs. n. 163/2006, si esprimeva nei seguenti termini:

“al fine di predeterminare in maniera rigorosamente oggettiva le modalità con le quali opererà al riguardo il seggio di gara, si stabilisce che la graduatoria dei concorrenti sarà formulata sulla base del prezzo complessivo offerto, risultante dalla sommatoria tra i seguenti addendi:

i) importo risultante dall’applicazione della percentuale di ribasso offerta sull’importo a base d’asta al netto degli oneri della sicurezza e delle spese relative al costo del personale:

ii) importo oneri della sicurezza indicato in bando;

iii) costo del personale indicato dalla ditta concorrente ai sensi dell’art. 82, comma 3-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”.

5b Il Tribunale ha ritenuto che il Seggio, nel porre in essere le operazioni di computo investite dalle contestazioni della GREEN, si fosse limitato a fare applicazione della puntuale regolamentazione dettata dal disciplinare, che la medesima ricorrente aveva invece ommesso d’impugnare.

La *lex specialis* aveva delineato, infatti, un’univoca modalità di aggiudicazione, posta a fondamento della percentuale *“equivalente”* o *“normalizzata”* che ha determinato il risultato contestato dal ricorso, stabilendo nel contempo le modalità del concorso, nelle operazioni di computo, anche dei costi del personale e degli oneri della sicurezza.

6a Con il presente appello avverso l’impostazione del Tribunale vengono sollevate le seguenti critiche.

Si deduce che la lett. i) della ricordata norma del disciplinare aveva chiarito che si sarebbe tenuto conto dell’importo *“risultante dall’applicazione della percentuale di ribasso offerta sull’importo a base d’asta al netto degli oneri della sicurezza e delle spese relative al costo del personale”*, laddove gli ammontari successivamente indicati *sub ii) e iii)*, ossia l’importo degli oneri della sicurezza indicato nel bando e quello del costo del personale indicato dall’offerente, avrebbero avuto la sola e diversa funzione dell’individuazione del *“prezzo complessivo offerto”*.

L’appellante deduce, inoltre, che la lettura della *lex specialis* operata dal Tribunale avrebbe disatteso il criterio dell’interpretazione *secundum legem* coerente con la previsione dell’art. 82, comma 3-bis, del d.lgs. n. 163/2006, che esclude appunto che le spese riflettenti i costi del personale e per la sicurezza possano trovare considerazione ai fini dell’individuazione dell’offerta dal prezzo più basso.

6b Le doglianze così mosse alla sentenza oggetto d’appello, per quanto sufficientemente specifiche da superare l’eccezione d’inammissibilità dell’appello sollevata dalla difesa dell’Amministrazione, non sono tuttavia suscettibili di trovare adesione.

6c Il primo dei due rilievi opposti alla sentenza di prime cure riceve smentita dal testo letterale –ma, ancor prima, dalla stessa impostazione tipografica- della norma del disciplinare in esame. Quest’ultima, come la sua lettura fa risaltare con immediatezza, pone invero sullo stesso piano le voci riportate *sub i), ii) e iii)*, configurate tutte quali semplici addendi destinati a essere sommati tra loro per generare il risultato costituito

dal “*prezzo complessivo offerto*”, ossia il valore alla stregua del quale la legge di gara stabiliva di formulare la graduatoria della procedura.

Da ciò l'impossibilità di operare il distinguo qualitativo proposto dall'appellante fra le tre voci appena dette.

6d Venendo al secondo rilievo a base dell'appello, è la stessa appellante a riconoscere che il criterio ermeneutico dell'interpretazione *secundum legem*, da essa invocato, è suscettibile di trovare applicazione unicamente “*ove possibile*”, e pertanto quando la singola previsione di *lex specialis* si presti a contrastanti interpretazioni, e non anche quando la stessa, lungi dal poter dare àdito a dubbi interpretativi, presenti un testo dal senso del tutto univoco.

Orbene, poiché nella presente vicenda era questa seconda condizione, e non la prima, a sussistere, costituiva allora onere della parte ricorrente, alternativamente, quello:

- d'impugnare a tempo debito anche la *lex specialis*, come ritenuto dal T.A.R.;

- oppure di allegare e dimostrare, in occasione del proprio appello, l'inesattezza della valutazione del Tribunale secondo la quale il Seggio non aveva fatto altro, nell'identificare la migliore offerta in gara, che uniformarsi alle puntuali ed esaustive regole all'uopo dettate dalla *lex specialis* (secondo il T.A.R., infatti, “*tra l'atto di regolamentazione della gara e l'aggiudicazione vi è un rapporto di consequenzialità immediata, diretta e necessaria, nel senso che l'atto successivo si pone come inevitabile conseguenza di quello precedente*”).

Poiché, quindi, entrambi gli oneri sono rimasti inadempiti, anche questa seconda doglianza della GREEN deve pertanto essere disattesa, così come l'appello nella sua interezza.

7 In conclusione, l'appello deve essere respinto siccome infondato.

Le spese processuali del presente grado di giudizio sono liquidate secondo la soccombenza dal seguente dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo respinge.

Condanna la società appellante al rimborso alle parti appellate costituite delle spese processuali del presente grado, che liquida in favore di ciascuna delle due aventi diritto nella misura di euro tremila oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Palermo nella Camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Zucchelli, Presidente

Silvia La Guardia, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Giuseppe Mineo, Consigliere

Giuseppe Barone, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/04/2016

IL SEGRETARIO

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