



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 per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8965 del 2011, proposto da:
S.E.A.P. s.r.l. e Ador.Mare s.r.l., in proprio e quali rispettivamente
capogruppo mandataria e mandante di costituendo r.t.i., rappresentate
e difese dagli avv.ti Carlo Comandè e Francesco Buscaglia, con
domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Antonio
Stoppani, n.1;

contro

Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della protezione
civile, Commissario delegato ex Opcm 3933/2011, rappresentati e
difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la cui sede
domicilia per legge in Roma, via dei Portoghesi, n.12;

nei confronti di

Consorzio C.o.m.a.p., Augustea s.p.a., Cet s.r.l., Submariner s.r.l.,
Sidermetal s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria di r.t.i. con

Ador.Ter.Mar s.r.l., Ador.Ter.Mar s.r.l., in proprio e nella qualità di mandante di r.t.i. con Sidermetal s.r.l.;

per l'annullamento:

- della nota, *ex* OPCM 3933/0005898, del 18 ottobre 2011, sia nella parte in cui la Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento protezione civile, ha comunicato al costituendo r.t.i. S.E.A.P. – Ador.mare che “facendo propri i contenuti dei verbali della Commissione” è stata individuata come ditta aggiudicataria della gara *de qua* il Consorzio C.O.M.A.P., sia nella parte in cui ha comunicato l'esclusione del r.t.i. odierno ricorrente dalla gara per l'affidamento del "servizio di rimozione, trasporto, demolizione ed avvio a recupero/smaltimento di imbarcazioni e relitti situati nell'isola di Lampedusa di imbarcazioni situate nei porti di Licata e Mazara del Vallo, nonché di imbarcazioni e motori situati nell'area portuale dell'isola di Pantelleria nell'ambito dell'emergenza derivante dall'eccezionale afflusso di cittadini extracomunitari - CIG 30519282A8”;

- del decreto n. 5126 del 18 ottobre 2011 con il quale il «Commissario delegato *ex* OPCM 3933/2011 - Soggetto attuatore ai sensi del Decreto Commissariale rep. n. 2206 del 6.05.2011» ha approvato le risultanze delle operazioni relative alla suddetta procedura di gara e, in particolare, i verbali di gara sotto menzionati, e, conseguentemente, ha disposto l'aggiudicazione definitiva della gara in favore del Consorzio C.O.M.A.P.;

- dei verbali n. 1 del 6 ottobre 2011 e n. 2 del 17 ottobre 2011, nella

parte in cui la stazione appaltante ha escluso dalla gara il costituendo rti S.E.A.P. – Ador.mare e ha individuato come società aggiudicataria provvisoria il Consorzio C.O.M.A.P.;

- ove occorra ed in via subordinata, del bando, del disciplinare e di ogni altro atto annesso e collegato, inviato in data 14 settembre 2011 per la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea e pubblicato nella G.U.R.I. n. 110 del 19 settembre 2011, bandito dalla Presidenza del Consiglio dei ministri -Dipartimento della protezione civile - Commissario delegato *ex* OPCM 3933/2011 – Soggetto attuatore ai sensi del Decreto Commissariale rep. n. 2206 del 6 maggio 2011 avente ad oggetto "Servizio di rimozione, trasporto, demolizione ed avvio a recupero/smaltimento di imbarcazioni e relitti situati nell'isola di Lampedusa, di imbarcazioni situate nei porti di Licata e Mazara del Vallo, nonché di imbarcazioni e motori situati nell'area portuale dell'isola di Pantelleria nell'ambito dell'emergenza derivante dall'eccezionale afflusso di cittadini extracomunitari - CIG 30519282A8", e, in particolare, dei punti 6.2 e 7.1. del predetto disciplinare, in relazione alla interpretazione degli stessi operata dalla commissione di gara, nella parte in cui non rinviano alle cause tassative di esclusione così come individuate dall'art. 46, comma 1 *bis* del d.lgs. n. 163/06 introducendo ulteriori ipotesi di esclusione;

- dei verbali n. 1 del 6 ottobre 2011 e n. 2 del 17 ottobre 2011, nella parte in cui la stazione appaltante non ha provveduto ad escludere tutte le imprese concorrenti che non hanno predisposto l'offerta in base a quanto previsto dall'art. 81, comma 3 *bis*, del d.lgs. n.

163/2006, come introdotto con l'art. 4, comma 2, lett. i *bis*, del d.l. n. 70/11, conv. dalla l. n. 106/11;

- in via subordinata, del bando, del disciplinare e di ogni altro atto annesso e collegato, inviato in data 14 settembre 2011 per la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'unione Europea e pubblicato nella G.U.R.I. n. 110 del 19 settembre 2011, bandito dalla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della protezione civile - Commissario delegato *ex* OPCM 3933/2011 – Soggetto attuatore ai sensi del Decreto commissariale rep. n. 2206 del 6 maggio 2011, avente ad oggetto "Servizio di rimozione, trasporto, demolizione ed avvio a recupero/smaltimento di imbarcazioni e relitti situati nell'isola di Lampedusa, di imbarcazioni situate nei porti di Licata e Mazara del Vallo, nonché di imbarcazioni e motori situati nell'area portuale dell'isola di Pantelleria nell'ambito dell'emergenza derivante dall'eccezionale afflusso di cittadini extracomunitari - CIG 30519282A8" nella parte in cui non provvede a determinare l'importo a base d'asta dell'appalto scorporando, oltre agli oneri di sicurezza, anche gli oneri relativi al costo del personale;

- ove occorra, dell'eventuale silenzio-rigetto *ex* art. 243 *bis* del d.lgs. n. 163/06 formatosi in relazione all'istanza del 10 ottobre 2011 a firma dell'Avv. Francesco Buscaglia inoltrata alla stazione appaltante;

- di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale.

Nonché:

- per l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del conseguente contratto (tutela in forma

specifica), e, nell'ipotesi in cui sia stato stipulato il contratto, per la declaratoria di inefficacia del contratto stesso *ex artt.* 121, comma 1, lett. c) e d) e 122 del d. lgs. 104/2010, per l'accoglimento della domanda di subentro, che formalmente si esplicita, per l'eventuale applicazione di sanzioni alternative *ex art.* 123 d. lgs. 104/2010;

- per l'ipotesi di non conseguimento di aggiudicazione e stipula, ovvero per l'affidamento solo parziale dei servizi oggetto di gara, per l'accoglimento della domanda di condanna della stazione appaltante al risarcimento per equivalente monetario per la refusione dei danni subiti e subendi, oltre accessori.

Visto il ricorso;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della Protezione civile e Commissario delegato *ex Opcm* 3933/2011;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica dell'11 gennaio 2012 il cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti i difensori come da relativo verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Espone parte ricorrente di aver partecipato alla gara indetta dal Dipartimento della protezione civile, Commissario delegato *ex Opcm* 3933/2011, quale soggetto attuatore ai sensi del decreto commissariale n. 2206 del 6 maggio 2011, ai sensi dell'art. 55 del d.

lgs. n. 163 del 2006, per l'affidamento del "servizio di rimozione, trasporto, demolizione ed avvio a recupero/smaltimento di imbarcazioni e relitti situati nell'isola di Lampedusa, di imbarcazioni situate nei porti di Licata e Mazara del Vallo, nonché di imbarcazioni e motori situati nell'area portuale dell'isola di Pantelleria".

Esponde ancora parte ricorrente di essere stata, nell'ambito della suddetta procedura, aggiudicata ad altra concorrente, illegittimamente esclusa:

- per aver indicato la percentuale di ribasso proposta rispetto al prezzo a base di gara utilizzando come base di calcolo la somma posta a base di gara, detratte non solo le spese relative agli oneri di sicurezza ma anche quelle relative al costo del lavoro, in violazione del punto 6.2. del disciplinare;
- per aver presentato un offerta plurima, indicando a margine della stessa un ulteriore importo in lettere.

Ciò posto, parte ricorrente, con riferimento al primo motivo di esclusione, rappresenta di aver presentato, nel calcolare la percentuale di ribasso utilizzando come base di calcolo la somma posta a base di gara, detratte non solo le spese relative agli oneri di sicurezza ma anche quelle relative al costo del lavoro, offerta in linea con la nuova normativa in materia di appalti pubblici di cui all'art. 81, comma 3-*bis* del codice dei contratti introdotta dalla l. 106/2011, richiamata anche dal bando, e di essere stata, anzi, l'unica concorrente ad aver presentato offerta conforme a legge, di talchè lamenta che il seggio di gara avrebbe errato non solo nel dichiarare l'ammissibilità della sua

offerta, ma anche nell'ammettere le offerte delle altre concorrenti, violative del ridetto art. 81, comma 3-*bis*.

Con riferimento al secondo motivo di esclusione, lamenta parte ricorrente che la contestazione è pretestuosa e formale, risultando chiaramente l'offerta del raggruppamento quella indicata in cifre ed in percentuale, quest'ultima specificata anche in lettere, laddove, invece, l'ulteriore importo indicato a margine dell'offerta è chiaramente ed agevolmente percepibile quale refuso, ciò di cui, del resto, si è accorta anche la stessa commissione di gara, all'atto dell'apertura delle offerte economiche, laddove individua correttamente l'importo a corpo offerto e la percentuale di ribasso.

La ricorrente propone, pertanto, impugnativa degli atti di cui in epigrafe, di cui domanda l'annullamento, esponendo il proprio interesse alla proposizione del gravame, e racchiudendo le doglianze sopra sinteticamente descritte nei seguenti titoli di censura:

1) Violazione e falsa applicazione del punto 6.2. del disciplinare – violazione e falsa applicazione dell'art. 46, comma 1-*bis*, del d. lgs. 163/06 – violazione dei principi fissati in tema di massima partecipazione e non aggravamento del procedimento – eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, contraddittorietà ed illogicità;

1.A) Nullità delle clausole della *lex specialis* laddove dispongono cause di esclusione diverse da quelle stabilite dall'art. 146, comma 1-*bis*, del d. lgs. 163/06 – eccesso di potere;

2) violazione e falsa applicazione dell'art. 81, comma 3-*bis*, del d. lgs. 163/06, come introdotto dalla lettera I-*bis*) del comma 2 dell'art. 4 del

d.l. 13 maggio 2011, n. 70, nel testo integrato dalla relative legge di conversione – violazione della *ratio* della predetta norma – violazione e falsa applicazione del punto 6.2. del disciplinare di gara – violazione e falsa applicazione dell’art. 46 del d.lgs. 163/06 – violazione dei principi fissati in tema di massima partecipazione e non aggravamento del procedimento – violazione dei principi in tema di buon andamento (art. 97 Cost.) – eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifesta;

3) In via subordinata, violazione e falsa applicazione del punto 6.2. del disciplinare –*error in procedendo* – eccesso di potere;

4) In via ulteriormente subordinata, illegittimità e nullità della *lex specialis* laddove ha determinato l’importo a base di gara senza operare lo scorporo delle spese relative al costo del personale in violazione dell’art. 81, comma 3-*bis* del d. lgs. 163/06 – violazione dei principi di buon andamento della p.a. (art. 97 Cost.) – eccesso di potere.

Alla domanda demolitoria parte ricorrente fa seguire domanda di risarcimento del danno, articolata come in epigrafe.

2. Si è costituita in resistenza l’intimato plesso amministrativo, domandando la reiezione del gravame, poichè infondato.

Esponde, a sostegno delle proprie difese parte resistente, per un verso, che l’offerta della ricorrente è plurima, con ciò escludendosi la possibilità della stazione appaltante, a termini dei principi che informano le gare, di far ricorso al rimedio istruttorio, per altro verso, di aver dovuto ricorrere ad una interpretazione del ridetto art. 81, comma 3-*bis* del codice dei contratti, tenuto conto del dibattito che si

è aperto sull'articolo in questione, conforme alle norme comunitarie, con cui si profila in contrasto, comportante la sua disapplicazione.

3. Con ordinanza 24 novembre 2011, n. 4369, la Sezione ha accolto limitatamente la domanda di sospensione interinale degli atti impugnati, incidentalmente formulata dalla parte ricorrente.

4. Il ricorso è stato trattenuto in decisione alla pubblica udienza dell'11 gennaio 2012.

5. Il prezzo offerto dalla ricorrente, a corpo, per le attività oggetto dell'appalto di cui trattasi è stato indicato nella cifra di "€ 1.130.000,00 al netto delle spese relative al costo di personale pari a € 250.000,00, determinato mediante ribasso percentuale del 29,685% (ventinovevirgolaseicentottantacinque%) sull'importo a base di gara soggetto a ribasso di € 1.607.062,90 a cui vanno sommati gli oneri per la sicurezza di € 37.141,26 e le spese relative al costo del personale di € 250.000,00 non soggette a ribasso per un importo complessivo di € 1.894.204,16".

A tale indicazione si è aggiunta, infine, l'ulteriore indicazione, di "eurounmilione duecentotrentasettemilacentotrentasei/26", discordante con l'importo di cui sopra.

Ma tale discordanza è agevolmente riconducibile ad un mero refuso, e non poteva, per l'effetto, determinare l'inammissibilità dell'offerta, non influenzando, come erroneamente ritenuto dall'amministrazione procedente, sulla sua evidente percepibilità ed unicità, attese le chiare indicazioni inerenti sia il prezzo a corpo indicato in cifre sia le lineari modalità per pervenire al suo calcolo.

Del resto:

- lo stesso disciplinare di gara, regolando astrattamente la fattispecie poi concretamente verificatasi, al punto 6.2. chiariva che “In caso di discordanza tra l’importo espresso in cifre e quello in lettere, ovvero tra l’importo offerto e la percentuale di ribasso, l’Amministrazione prenderà in considerazione il valore più favorevole per la committenza”, valore che, nel caso di specie, era esattamente quello che le ricorrenti intendevano indicare, ed hanno di fatto indicato nella prima parte dell’offerta come sopra riportata;

- la commissione di gara non ha avuto alcun dubbio laddove, nel verbale n. 1 del 6 ottobre 2011, ha riferito che il rti ricorrente “ha formulato la proposta con un ribasso del 29,685% e nel calcolare l’importo a corpo, applicando alla lettera il richiamato art. 81 del d.l. 70/2011, ha decurtato dall’importo posto a base d’asta, pari a € 1.857.062,90 – già al netto degli oneri per la sicurezza – il costo relativo al personale, determinando così un importo a corpo di € 1.130.000,00”.

Il motivo di esclusione di cui trattasi non resiste, pertanto, alle mende denunziate in gravame.

6. Miglior sorte non merita l’altro motivo di esclusione.

Come risulta da quanto rilevato dalla stessa commissione valutatrice nel verbale n. 1, nella parte sopra riportata, nel predisporre l’offerta, le ricorrenti hanno applicato “alla lettera il richiamato art. 81 del d.l. 70/2011”.

Il riferimento è, in particolare, all’art. 3-*bis* dell’art. 81 del d. lgs 12

aprile 2006, codice dei contratti pubblici, introdotto, appunto, dalla lettera *i-bis*) del comma 2 dell'art. 4, d.l. 13 maggio 2011, n. 70, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione (l. 12 luglio 2011, n. 106) che prescrive(va) che “L’offerta migliore è altresì determinata 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, e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro”.

Tale prescrizione è anche riportata:

- nel bando di gara che, al punto II.2.1)-Quantitativo o entità totale, precisa che “L’importo è determinato al netto delle spese relative al costo del personale, come previsto dall’art. 81, comma 3-*bis* del d. lgs. 163/2006 e s.m.i., come modificato dall’art. 4, comma 2, lett. *i-bis* del decreto legge 70/2011, convertito dalla legge 106/2011.”;
- nel disciplinare di gara, che al punto 6.2 precisa che “L’offerta è altresì determinata al netto delle spese relative al costo del personale, come previsto dall’art. 81, comma 3-*bis* del d. lgs. 163/2006 e s.m.i., come modificato dall’art. 4, comma 2, lett. *i-bis* del decreto legge 70/2011, convertito dalla legge 106/2011.”.

Immediatamente prima della sopra riportata notazione, la commissione rilevava che “Il Disciplinare di gara stabilisce che l’offerta economica deve contenere, a pena di esclusione, l’importo a corpo offerto per tutte le attività oggetto dell’appalto e deve inoltre

contenere l'indicazione della percentuale di ribasso proposta rispetto al prezzo a base di gara. L'offerta deve altresì essere determinata al netto delle spese relative al costo del personale, come previsto dall'art. 81, comma 3 *bis* del d. lgs. 163/2006 e s.m.i., come modificato dall'art. 4, comma 2, lett. *i-bis* del d.l. 70/2011, convertito nella legge 106/2011.”.

Priva di qualsiasi fondamento è, dunque, l'esclusione delle ricorrenti disposta a motivo dell'indicazione di una percentuale di ribasso utilizzando come base di calcolo la somma posta a base di gara, detratte anche le spese relative al costo del lavoro, inspiegabilmente ritenuta dall'amministrazione “in contrasto con la chiara lettera del punto 6.2 del disciplinare”, come recita il gravato provvedimento di esclusione (ovvero <<per violazione del punto 6.2 del disciplinare di gara nella parte in cui impone di indicare “la percentuale di ribasso proposta rispetto al prezzo a base di gara”>>, come recita il verbale n. 2) , laddove, invece, l'offerta delle ricorrenti risulta conformata proprio a quanto specificamente dettato dalla norma di disciplinare citata.

Né siffatto fondamento può rinvenirsi in quanto sostenuto dalla parte resistente (ma mai esplicitato nei verbali di gara) in ordine alla necessità di tener conto del dibattito dottrinario apertosi sulla disposizione di cui all'art. 81, comma 3-*bis* del codice dei contratti, comportante, sempre secondo parte resistente, la necessità di interpretare ovvero disapplicare il ridetto art. 81, comma 3-*bis* secondo le superiori norme comunitarie, con cui lo stesso si profilava

in contrasto.

Infatti, al riguardo, pur rilevandosi che, com'è noto, recentissimamente, ovvero nelle more della decisione del gravame, l'art. 81, comma 3-*bis* in parola è stato abrogato dal comma 2 dell'art. 44 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214, si osserva che siffatta ricostruzione non risulta tenere in debito conto che la specifica previsione normativa di cui trattasi, nel periodo della sua vigenza, che abbraccia sia il momento dell'adozione del bando sia quello della valutazione delle offerte, è stata richiamata ed inserita nella *lex specialis* di gara.

Di talchè, in disparte qualsiasi dubbio potesse insorgere in ordine alla "tenuta" della fonte normativa, la commissione, che per prima è vincolata all'applicazione delle regole della procedura, non era legittimata ad operare una interpretazione di una di esse che, ponendosi manifestamente in contrasto con la lettera e la volontà ivi espressa, ne comportasse di fatto la disapplicazione.

7. Risultata, in virtù di quanto sopra, fondata la censura, di carattere assorbente, di violazione e falsa applicazione del punto 6.2. del disciplinare di gara da parte degli atti della gravata procedura, il Collegio non può non osservare che gli atti versati al fascicolo di causa sia dalle ricorrenti sia dall'amministrazione resistente non fanno emergere elementi di assoluto rilievo ai fini delle conseguenti deliberazioni sulle articolate domande demolitorie e risarcitorie (in forma specifica e per equivalente) avanzate in gravame.

In particolare, al Collegio non è dato conoscere:

- se alla aggiudicazione definitiva della procedura abbia fatto seguito la stipula del contratto;
- se tra il verbale di consegna lavori dell'11 novembre 2011, citato dalla difesa erariale nella memoria depositata in data 19 novembre 2011, e la sospensione cautelare dei provvedimenti di esclusione delle ricorrenti e di aggiudicazione della gara ad altro concorrente, di cui all'ordinanza della Sezione n. 4369 del 24 novembre 2011, i servizi oggetto di gara abbiano avuto esecuzione in tutto o in parte.

Va ulteriormente fatto constare che le domande risarcitorie dalla parte ricorrente genericamente avanzate in gravame non sono state dalla medesima precisate in corso di giudizio.

Per l'effetto, il gravame va accolto parzialmente, ovvero nei limiti di quanto risultante di ragione allo stato degli atti, in particolare disponendosi, fermi il bando ed il disciplinare di gara:

- a) l'annullamento degli atti gravati che hanno disposto l'esclusione dell'offerta della ricorrente nonché l'aggiudicazione definitiva della gara ad altro concorrente;
- b) l'ordine di riammissione alla procedura del r.t.i. ricorrente;
- c) l'obbligo di rinnovare le operazioni di gara.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso di cui in epigrafe, lo accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio dell'11 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Roberto Politi, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/01/2012

IL SEGRETARIO

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