

Consiglio di Stato, Sezione Quarta, Sentenza n. 2950 del 7 aprile 2025

Appalti di servizi – Erroneo calcolo base d’asta da parte del concorrente – Errore essenziale –
Esclusione dalla gara – Legittimità

Publicato il 07/04/2025

N. 02950/2025REG.PROV.COLL.

N. 00637/2025 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 637 del 2025, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

contro

il Comune di (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

la Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di (...), (...), (...), (...) e (...), Comune di (...), non costituiti in giudizio;

nei confronti

(...) s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa

dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da registri di Giustizia;
(...) s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) n. 1833 del 2024.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di (...) e di (...) s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 marzo 2025 il Cons. Emanuela Loria;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale.

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente contenzioso è costituito:

a) dalla determinazione n. 12/2024 di aggiudicazione della gara per l'affidamento del "*servizio di raccolta, trasporto e conferimento dei rifiuti urbani raccolti nel Comune di Montauro*" con la previsione dell'aggiudicazione mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato e per il subentro, previa aggiudicazione, della ditta (...);

b) della determinazione del Responsabile della Centrale unica di committenza (CUC) n. 16 del 5 giugno 2024 e del presupposto verbale n. 3 del 5 giugno 2024 nella parte in cui, pur confermandosi l'aggiudicazione in favore di (...), è stato rideterminato al ribasso l'importo offerto dall'aggiudicataria ai fini dell'esecuzione del servizio di raccolta, trasporto e conferimento dei rifiuti urbani raccolti nel Comune di (...);

c) della determinazione del Responsabile della CUC n. 17 del 21 giugno 2024 e del presupposto verbale n. 4 del 21 giugno 2024 nella parte in cui, pur confermandosi l'aggiudicazione in favore di (...), è stato nuovamente rideterminato al ribasso

l'importo offerto dall'aggiudicataria ai fini dell'esecuzione del servizio di raccolta, trasporto e conferimento dei rifiuti urbani raccolti nel Comune di (...);

d) della nota del Responsabile della CUC prot. 0010058 del 7 agosto 2024, adottata a seguito del riscontro inviato da (...) al Comune di (...) dopo il rifiuto di quest'ultima di accettare la fattura emessa a fronte dell'espletamento dei servizi appaltati.

2. Con il ricorso principale proposto in primo grado dianozi al T.A.R. per la Calabria, la ditta (...) ha chiesto l'annullamento del provvedimento n. 12 del 29.04.2024, con cui è stata disposta l'aggiudicazione in favore di (...) della gara sopra indicata, chiedendo, altresì, la declaratoria di inefficacia del contratto medio tempore stipulato ed il subentro.

2.1. La ditta (...), classificatasi al terzo posto, ha dedotto l'illegittimità del provvedimento avverso in ragione dell'omessa esclusione delle prime due graduate, con violazione degli artt. 3 e 21 del disciplinare, nonché dell'art. 41, comma 14, d.lgs. n. 36 del 2023.

Con motivi aggiunti proposti in primo grado, la ricorrente ha chiesto l'annullamento anche della nota pec del 5 giugno 2024 e della determinazione n. 16 del 5 giugno 2024, con le quali è stata esclusa dalla gara ed è stata confermata l'aggiudicazione alla (...) s.r.l.

La ditta la ricorrente ha dedotto, in particolare, che, a seguito di riconvocazione della Commissione di gara, è stata emanata nei propri confronti la statuizione espulsiva, sul presupposto che l'offerta economica non avrebbe indicato l'ammontare degli oneri aziendali interni della sicurezza e il costo della manodopera, determinazione che risulterebbe illegittima per violazione dell'art. 21 del disciplinare di gara, dell'art. 108, comma 9, d.lgs. n. 36/2023, nonché per eccesso di potere.

3. Con un secondo atto di motivi aggiunti la stessa ditta ha inoltre impugnato il provvedimento n. 17 del 21 giugno 2024 emesso dalla Centrale Unica di

Committenza, con cui è stata nuovamente confermata l'aggiudicazione in favore di (...) del servizio di raccolta dei rifiuti.

Invero, l'amministrazione, dopo la notifica dei primi motivi aggiunti, ha prescritto nuovamente la convocazione della commissione di gara, al fine del riesame delle offerte presentate e, dopo avere riammesso alla gara la ditta ricorrente, ha nuovamente confermato l'ammissione in gara e l'aggiudicazione in favore di (...).

3.1. Avverso tali nuovi provvedimenti, la ricorrente in primo grado ha dedotto la illegittimità di tale provvedimento per violazione dell'art. 15, comma 5, d.lgs. n. 36 del 2023, dell'art. 7, comma 1, lett. g), all. I.2 d.lgs. n. 36 del 2023, dell'art. 23 del disciplinare e degli artt. 4 e 6 della convenzione per la gestione in forma associata della C.U.C., con incompetenza della commissione e del responsabile della C.U.C. ad adottare il provvedimento di aggiudicazione.

La deducente ha lamentato altresì la mancata esclusione delle prime due graduate, per violazione dell'art. 21 del disciplinare di gara e dell'art. 108, comma 9, d.lgs. n. 36 del 2023.

4. Con ricorso incidentale l'aggiudicataria (...) ha chiesto l'annullamento della determina n. 16/2024 della C.U.C., impugnata da (...) con il primo ricorso per motivi aggiunti, nella parte in cui, pur confermandosi l'aggiudicazione in favore della stessa (...), è stato rideterminato al ribasso l'importo offerto dall'aggiudicataria ai fini dell'esecuzione del servizio, chiedendo altresì l'annullamento della determina n. 17/2024, parimenti impugnata da (...) con il secondo atto di motivi aggiunti, nella parte in cui, pur confermandosi l'aggiudicazione in favore di (...), è stato nuovamente rideterminato al ribasso l'importo offerto.

In particolare, l'esponente ha dedotto la violazione dell'art. 3 del disciplinare e dell'art. 101, comma 3, d.lgs. n. 36 del 2023.

4.1. La ricorrente incidentale ha, inoltre, presentato motivi aggiunti avverso la nota della C.U.C. prot. 10058 del 7 agosto 2024, adottata - dopo il rifiuto del

Comune di pagare la fattura emessa per l'esecuzione di parte del servizio di raccolta - sul presupposto che l'importo di tale fattura sarebbe stato più alto di quello previsto nella determina di aggiudicazione dell'appalto n. 17/2024.

5. Il T.A.R. per la Calabria, con la sentenza impugnata:

a) ha dichiarato, previo avviso alle parti *ex art. 73 c.p.a.*, l'improcedibilità del ricorso principale e, in parte, dei primi motivi aggiunti poiché la determinazione n. 12/2024 di aggiudicazione dell'appalto è stata superata dalle determinazioni n. 16/2024 e n. 17/2024 che il giudice di primo grado ha qualificato quali conferme in senso proprio e quindi come statuizioni dotate di autonoma lesività, poiché emanate in esito ad una nuova valutazione delle offerte degli operatori economici eseguita dalla commissione;

b) in relazione al primo atto di motivi aggiunti, ha dichiarato la cessazione della materia del contendere, ai sensi dell'art. 34, comma 5, c.p.a., nella parte in cui (...) ha impugnato il provvedimento di esclusione dalla gara, poiché tale determinazione è stata poi ritirata in autotutela dalla C.U.C.;

c) ha accolto i secondi motivi aggiunti proposti dalla ricorrente ritenendo fondato il secondo motivo, con il quale è stata dedotta l'illegittima ammissione alla procedura selettiva della società seconda graduata, e di (...), le quali avrebbero formulato un'offerta economica contraria alle prescrizioni di cui al d.lgs. n. 36 del 2023 e pertanto avrebbero dovuto essere escluse;

d) in relazione alla domanda di subentro nel contratto, ha dichiarato inefficace, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., il contratto di appalto stipulato tra l'aggiudicataria e la stazione appaltante a far data dal trentesimo giorno successivo alla notifica della sentenza, al fine di garantire lo svolgimento del servizio di raccolta dei rifiuti nel termine necessario all'amministrazione resistente di rideterminarsi sull'aggiudicazione della commessa pubblica;

e) ha dichiarato improcedibili il ricorso incidentale e i relativi motivi aggiunti.

f) ha condannato la società (...), la C.U.C. e il Comune di (...) al pagamento delle

spese di lite in favore della ricorrente principale.

5. La ditta (...) ha impugnato la suindicata sentenza articolando due motivi:

1. Illegittimità del capo della sentenza con cui sono state accolte le censure articolate da (...) in primo grado.

Violazione degli articoli 10 e 70, comma 4, del d.gs. 31 marzo 2023 n. 36. Violazione dell'art. 21 del disciplinare di gara.

Errore nei presupposti di fatto e di diritto. Illogicità manifesta.

La ditta (...), con il ricorso di primo grado, ha sostenuto che la ditta (...) avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di gara in ragione di asserite carenze essenziali inficianti la relativa offerta economica.

In particolare, le censure di controparte si basavano sul seguente ragionamento:

- il valore complessivo dell'appalto (comprensivo dei costi della manodopera e degli oneri della sicurezza) sarebbe pari a 1.155.595,29 euro;
- nella propria offerta, (...) avrebbe indicato quale "*importo complessivo dell'appalto*" su cui ha applicato la percentuale di ribasso offerta (7,89%) proprio l'importo di euro 1.155.595,29, a cui avrebbe però poi aggiunto l'importo di euro 20.328,00 riferito agli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso.

Sulla base di tale ricostruzione, la ricorrente ha lamentato:

(a) da un lato, l'ipotetica violazione dell'art. 41, comma 14, del d.lgs. n. 36 del 2023, per omessa separata indicazione delle voci di costo non soggette a ribasso;

(b) dall'altro, un asserito artificioso aumento, da parte di (...), del valore complessivo dell'appalto controverso, per aver di fatto l'aggiudicataria offerto un prezzo più alto di quello indicato come base d'asta negli atti di gara.

Il T.A.R. ha sostanzialmente accolto la tesi della ricorrente.

Secondo l'appellante, dalla documentazione agli atti del giudizio, risulterebbe che, nella propria offerta, (...) ha indicato il prezzo offerto per l'appalto come pari ad euro 1.064.418,82, a cui ha poi aggiunto i 20.328,00, riferiti agli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso.

L'importo complessivo offerto da (...) ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto è pertanto indiscutibilmente pari a 1.084.476,82 euro e quindi si tratterebbe di un importo inferiore a quello, di euro 1.155.595,29, che la sentenza impugnata ha individuato come base d'asta.

L'assunto del giudice di prime cure per cui l'importo di euro 1.155.595,29 dovrebbe ritenersi inclusivo degli oneri per la sicurezza non sarebbe corretto giacché ai sensi del bando e del disciplinare di gara l'importo di euro 1.155.595,29 non costituirebbe il valore complessivo dell'appalto, ma solo l'importo della prestazione richiesta all'appaltatore comprensivo dei costi della manodopera, a cui andrebbero aggiunti gli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso, stimati dalla stazione appaltante in euro 20.328,00.

2. Illegittimità del capo della sentenza di primo grado che ha pronunciato sul ricorso incidentale e sui motivi aggiunti proposti da (...).

Violazione dell'art. 3 del disciplinare di gara. Violazione dell'art. 101 comma 3 d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36. Violazione del principio di immodificabilità delle offerte. Errore nei presupposti di fatto e di diritto. Difetto di istruttoria.

La sentenza impugnata ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale e per motivi proposti da (...) all'esito dell'accoglimento del ricorso principale.

Ove venisse accolto il primo motivo d'appello, tornerebbe attuale l'interesse di (...) allo scrutinio delle censure incidentali articolate in primo grado, che (...) ripropone.

In particolare, si ripropone la censura di illegittimità dell'aggiudicazione, che sia pure avvenuta a favore di (...), presenta un importo di euro 20.000 inferiore rispetto a quanto effettivamente offerto dalla società nel corso della procedura di gara.

Illegittimo sarebbe l'assunto da cui è partita la Commissione giudicatrice per procedere al ricalcolo delle offerte presentate dai concorrenti, vale a dire che l'importo di 1.155.595,29 sarebbe stato già inclusivo dei 20.328,00 euro riferiti agli

oneri della sicurezza.

La *lex specialis* di gara (cfr. art. 3 del disciplinare e pag. 1 del bando di gara) sarebbe inequivoca nello stabilire che tale importo debba essere sommato a quello (pari appunto a euro 1.155.595,29) riferito al costo della prestazione. La stazione appaltante non avrebbe quindi potuto procedere ad una revisione dell'importo complessivo del servizio, posto che, per consolidata giurisprudenza, *“le prescrizioni stabilite nella lex specialis delle gare vincolano non solo i concorrenti, ma anche le stazioni appaltanti che sono tenute a conformarsi, senza margine di discrezionalità, al bando di gara che non può essere disapplicato”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 maggio 2023, n. 5242).

In ogni caso, l'offerta di (...) non lasciava adito a dubbi giacché era chiaramente indicato nell'offerta che il prezzo complessivamente offerto per il servizio, comprensivo degli oneri per la sicurezza, è pari ad euro 1.084.476,82 e questo importo avrebbe quindi dovuto essere posto a base del provvedimento di aggiudicazione, come, del resto, previsto nella determina n. 12 del 29 aprile 2024, successivamente modificata in corso di causa.

In ogni caso, la stazione appaltante non avrebbe potuto modificare i contenuti dell'offerta, ma (per di più ricalcolando al ribasso i costi della manodopera stimati dell'aggiudicataria), avrebbe dovuto chiedere a (...) chiarimenti, ai sensi di quanto previsto dall'art. 101, comma 3, del d.lgs. n. 36 del 2023.

6. Il Comune di (...) si è costituito in giudizio e ha proposto ricorso incidentale con il quale ha, da un lato, sottoposto a critica la sentenza impugnata, e dall'altro, ha sostenuto, contestando il motivo d'appello proposto da (...), che la stazione appaltante non avrebbe effettuato alcuna “modifica” all'offerta bensì una mera operazione matematica perché l'elemento corretto non farebbe parte dell'offerta, ma sarebbe solo una conseguenza automatica della medesima.

7. La ditta (...) s.r.l. si è costituita in giudizio argomentando in relazione all'infondatezza dei motivi dedotti con l'appello e con memoria ex art. 73 c.p.a. in relazione alle argomentazioni dell'appello incidentale del Comune.

8. Le parti hanno depositato memorie e memorie di replica in vista dell'udienza.
9. Alla pubblica udienza del 6 marzo 2025 la causa è stata trattenuta in decisione.
10. L'appello principale è infondato per le motivazioni di seguito indicate.
11. Come correttamente rilevato dal T.A.R. per la Calabria, al fine di risolvere la controversia - che verte essenzialmente sulla determinazione dell'importo dell'appalto e sull'importo da cui partire per effettuare l'offerta - è necessario partire dal dato testuale del principale documento di gara, vale a dire il bando, che, nel caso in esame, prescrive che: *“L'importo dell'appalto è determinato nella somma complessiva di euro € 1.155.199,87”*.

Tale previsione, stante l'inciso “somma complessiva”, deve ritenersi pertanto dirimente nel ricomprendere nella cifra sia i costi della manodopera sia gli oneri di sicurezza non soggetti al ribasso.

Il medesimo bando, inoltre, indica nel paragrafo A), al pari del disciplinare nell'art. 3, la specificazione in euro 875.081,94 dei costi della manodopera e in euro 20.328,00 degli oneri di sicurezza.

Dunque, si è indubbiamente verificata, da parte dell'offerta dell'aggiudicataria, la violazione dell'art. 21 del disciplinare, secondo cui *“Sono inammissibili le offerte economiche a ribasso o che non siano formulate nel rispetto dei prezzi di riferimento indicati all'articolo 3 del presente disciplinare”* e dell'art. 70, comma 4, d.lgs. n. 36/2023, ai sensi del quale *“Sono inammissibili le offerte: a) non conformi ai documenti di gara”*.

Invero, l'aggiudicataria ha illegittimamente applicato il ribasso sull'importo complessivo dell'appalto, pari ad euro 1.155.595,29, senza tuttavia scorporare i costi per gli oneri della sicurezza, fissati in euro 20.328,00, come desumibile dalla somma di euro 1.064.418,82 presente nella propria offerta, coincidente appunto nel ribasso di 7,89% alla cifra di euro 1.155.595,29 inclusiva dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza (non soggetti a ribasso).

L'aggiudicataria, pertanto, avrebbe dovuto essere esclusa per aver individuato in modo scorretto la base d'asta e per avere applicato il ribasso sugli oneri di

sicurezza in violazione dell'art. 21 della *lex specialis* di gara (secondo l'insegnamento dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato n. 3 del 2015 trattasi di “*costi non soggetti a ribasso*”) che, infatti, ha successivamente indicato come importo aggiuntivo (ma così facendo è in concreto aumentato l'importo dell'appalto, che invero la stazione appaltante, in sede di esecuzione, ha cercato di ribassare di 20.000,00 euro).

Inoltre – *ad abundantiam* e anche per smentire la tesi infondata della carenza di interesse di (...) - la seconda graduata, non costituita, ha offerto il ribasso del 5,78% sull'importo complessivo dell'appalto di euro 1.155.595,29, poiché l'offerta dalla medesima avanzata è stata di euro 1.088.801,88, coincidente al 5,78% del valore complessivo dell'appalto stimato in euro 1.155.595,29.

12. In relazione all'appello incidentale proposto dal Comune, il Collegio ritiene che sia da respingere.

La tesi centrale dello stesso consiste nell'affermazione per cui ai fini dell'ammissibilità dell'offerta sarebbe rilevante il solo “ribasso”, mentre non avrebbe significato la dichiarazione resa dall'aggiudicataria con la quale la stessa ha manifestato la volontà di applicare il ribasso ad una base d'asta erronea (euro 1.155.595,29) perché inclusiva degli oneri della sicurezza dovuti ai rischi di interferenze, nonché l'ulteriore dichiarazione secondo cui “*all'importo risultante dal ribasso percentuale è da aggiungersi l'importo di € 20.328,00 per gli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso*”.

Sarebbe in altri termini rilevante il solo “ribasso” dell'offerta dell'aggiudicataria.

La tesi è infondata e ciò è dimostrato dal fatto che la stessa stazione appaltante al fine di ritenere significativo il solo ribasso, ha dovuto rideterminare d'ufficio – come si rileva dai verbali nn. 3 e 4 della Commissione di gara - i costi della manodopera dichiarati dall'aggiudicataria, ribassandoli, con un'operazione che la stessa aggiudicataria ha contestato (con il ricorso incidentale di primo grado, e con motivo riproposto in appello), rivendicando il riconoscimento, nei confronti del

Comune, della maggiore somma di euro 20.328,00 corrispondente agli oneri della sicurezza predeterminati dalla stazione appaltante e su cui, come già detto, è stato illegittimamente applicato il ribasso offerto.

In ogni caso, la Commissione di gara ha illegittimamente modificato “in via interpretativa” una parte significativa dell’offerta di una delle partecipanti al procedimento di gara.

13. Conclusivamente, sia l’appello principale sia l’appello incidentale devono essere respinti.

14. Le spese del giudizio seguono la regola della soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull’appello r.g. n. 637/2025:

- respinge l’appello principale;
- respinge l’appello incidentale.

Condanna (...) s.r.l. e il Comune di (...) a rifondere, in via solidale, le spese del giudizio alla parte appellata nella misura di euro 6.000,00 (seimila700) oltre accessori come per legge se dovuti (I.V.A., C.P.A. spese generali al 15%), da dividersi in parti uguali.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2025 con l’intervento dei magistrati:

Vincenzo Lopilato, Presidente

Giuseppe Rotondo, Consigliere

Emanuela Loria, Consigliere, Estensore

Luigi Furno, Consigliere

Ofelia Fratamico, Consigliere

L'ESTENSORE

Emanuela Loria

IL PRESIDENTE

Vincenzo Lopilato

IL SEGRETARIO