

Pubblicato il 04/07/2024

N. 02421/2024 REG.PROV.COLL.
N. 01092/2024 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia
sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1092 del 2024, proposto, in relazione alla procedura CIG B0959626A1, da Società Cooperativa Sociale Golden Service, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Alberto Grasso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

l'Assessorato beni culturali e identità siciliana della Regione Siciliana, la Soprintendenza per i beni culturali e ambientali di Messina, il Parco archeologico di Naxos Taormina, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Catania, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

di: Recycling Sistem S.r.l., non costituita in giudizio alla data del 27 giugno 2024, data di spedizione in decisione del giudizio;

per l'annullamento,

previa misura cautelare,

- del verbale della Commissione di valutazione del 18 aprile 2024;
 - della determina del R.U.P del 9 maggio 2024, a mezzo della quale è stato proposto di aggiudicare la gara alla ditta odierna controinteressata;
 - della determina n. 169 del 15 maggio 2024, di aggiudicazione definitiva dei lavori oggetto dell'appalto;
 - della nota del Parco Archeologico Naxos Taormina n. prot. 2401 del 15 maggio 2024, a mezzo della quale è stata comunicata l'aggiudicazione definitiva;
 - ove occorra, della nota del Parco Archeologico Naxos Taormina, n. prot. 2735 del 31 maggio 2024;
 - di ogni ulteriore atto presupposto e consequenziale dal quale la ricorrente possa subire pregiudizio e di cui non abbia conoscenza;
- nonché per la declaratoria di illegittimità derivata dei successivi atti ed inefficacia del relativo contratto ove stipulato nelle more del giudizio, per l'accertamento del diritto della ricorrente all'aggiudicazione della procedura in oggetto e, per l'effetto, per la condanna della stazione appaltante ad adottare i relativi atti, con ogni consequenziale provvedimento di legge, e per la condanna dei resistenti, a risarcire i danni alla ricorrente in conseguenza degli atti impugnati, per perdita di chance, danno da mancata aggiudicazione e danno curricolare, nella misura che risulterà nel corso del giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Assessorato beni culturali e identità siciliana della Regione Siciliana, del Dipartimento beni culturali e identità siciliana della Regione Siciliana, della Soprintendenza per i beni

culturali e ambientali di Messina, e del Parco archeologico di Naxos Taormina;

Visti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 giugno 2024 il dott. Diego Spampinato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Con ricorso notificato via PEC in data 8 giugno 2024, sia alle amministrazioni che alla società controinteressata, e depositato il 10 giugno 2024, la società ricorrente impugna gli atti in epigrafe, afferenti la procedura (n. CIG B0959626A1) per l'affidamento del servizio di pulizia, scerbature e diserbo delle aree del Parco Archeologico di Naxos Taormina (area Archeologica di Francavilla di Sicilia, Teatro antico, Isola Bella, Area Archeologica di Naxos e Giardino di Villa Caronia); chiede anche: a) la declaratoria di inefficacia del relativo contratto ove stipulato nelle more del giudizio; b) il risarcimento per perdita di *chance*, mancata aggiudicazione e danno curriculare, nella misura che risulterà in corso di giudizio.

Affida il ricorso ai seguenti motivi.

1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 101 d.lgs 36/23, dell'art.16 del disciplinare di gara, delle regole di gara e del principio della *par condicio* e di trasparenza; difetto di motivazione e di istruttoria; irragionevolezza ed illogicità della motivazione. Nella seduta del 18 aprile 2024 la commissione avrebbe riammesso in gara la società controinteressata senza alcuna plausibile giustificazione, non essendo possibile comprendere se ciò fosse dovuto al malfunzionamento della piattaforma ovvero ad un errore della Commissione né come mai il costo del lavoro sia stato indicato in euro 188.000,00, sulla scorta di un *file* non indicato nel precedente verbale del 17 aprile 2024, e dopo che le offerte economiche delle altre ditte erano già state rese note; il principio dell'autoresponsabilità in sede di caricamento della

documentazione nelle gare telematiche implicherebbe motivo di esclusione dell'aggiudicataria per un vizio originario del file di offerta.

2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 41 d.lgs 36/23, e dell'art. 4 del disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione, sotto un diverso profilo, del combinato disposto degli artt. 41 e 110 del d. lgs. 36/23; difetto di motivazione e di istruttoria. L'art. 4 del disciplinare di gara avrebbe espressamente escluso dal ribasso i costi della manodopera determinati dalla stazione appaltante; inoltre, la commissione di gara avrebbe proceduto ad una seconda non consentita richiesta di giustificazioni; inoltre, in tale seconda richiesta avrebbe chiarito che il monte ore offerto dalla società controinteressata si discostava da quello di progetto e che le prime giustificazioni di tale scostamento non apparivano plausibili; inoltre, nessuna giustificazione sarebbe stata fornita in ordine alla proposta di impiego di un solo operaio specializzato in luogo dei due previsti nel progetto.

3. Violazione e falsa applicazione delle regole di gara e del principio della *par condicio* e di trasparenza; difetto di motivazione e di istruttoria; irragionevolezza ed illogicità della motivazione; cattivo esercizio del potere; inammissibilità dell'offerta *aliud pro alio*. Nella proposta di aggiudicazione del 9 maggio 2024, il RUP avrebbe rilevato la difformità fra la stima di progetto (che prevedrebbe due operai qualificati e due operai comuni) rispetto all'offerta della società controinteressata (che prevedrebbe un solo operaio specializzato e tre operai comuni).

Le Amministrazioni, costituite a mezzo dell'Avvocatura dello Stato, hanno spiegato difese così sintetizzabili:

a) «...la piattaforma MEPA è spesso soggetta a malfunzionamenti e di blocchi; in questi casi il Presidente di gara deve necessariamente procedere al riavvio del sistema, facendo un nuovo accesso; detto nuovo accesso può generare confusione tra i documenti scaricati e, nel caso in esame, ha forse potuto indurre – in perfetta buona fede – in un errore a cui, grazie

alla trasparenza delle procedure, si è cercato di porre rimedio...» (memoria depositata in data 21 giugno 2024, pag. 3);

b) la ditta aggiudicataria ha previsto una squadra tipo composta da 1 operaio qualificato e 3 operai comuni per effettuare le lavorazioni, mentre nella stima da progetto era stata previsto un egual numero di operai comuni e qualificati; ne deriva che il monte ore di operaio comune risulta maggiore rispetto alla stima da progetto, mentre quello di operaio qualificato risulta minore, comportando ciò una contrazione dei costi in termini economici.

Hanno anche precisato: *«...con riguardo all'istanza cautelare avanzata dalla ricorrente si ritiene utile ribadire che le lavorazioni, già avviate a seguito di stipula del contratto su MEPA n. 4078351 prot. 2795 - allo stato - sono state svolte dalla ditta Recycling Sistem nel rispetto dei tempi previsti e dichiarati e con risultati più che soddisfacenti, dimostrando la correttezza delle valutazioni effettuate dal RUP durante la procedura di verifica...»* (memoria depositata in data 21 giugno 2024, pag. 8).

La società ricorrente, con memoria di replica depositata il 24 giugno 2024, ha affermato che *«... persiste l'interesse alla spiegata domanda cautelare posto che il servizio oggetto dell'appalto prevede n. 4 interventi totali sulle diverse aree per gli anni 2024/2025 onde la circostanza che già siano state eseguite talune lavorazione è del tutto ininfluenza ai fini della persistenza dell'interesse...»* (pag. 3).

All'udienza camerale del 27 giugno 2024, fissata per la trattazione della domanda cautelare, il giudizio è stato trattato e trattenuto in decisione; in tale sede, in particolare, è stato dato avviso alle parti (presenti sia parte ricorrente che le amministrazioni resistenti; non costituita la società controinteressata), circa la possibilità di definire il giudizio a mezzo di sentenza in forma semplificata.

A tenore del sistema informatico della Giustizia amministrativa, la società controinteressata si è costituita in data 1 luglio 2024, successivamente alla spedizione in decisione della causa nel corso dell'udienza camerale del 27 giugno 2024.

Il presente giudizio può essere definito con sentenza in forma semplificata ai sensi degli articoli 60, 74, 119 e 120 cpa, essendo il ricorso manifestamente fondato, avendo le parti costituite spiegato compiute difese in ordine alla vicenda, essendo trascorsi almeno dieci giorni dall'ultima notificazione del ricorso (termine dimidiato *ex art.* 119, comma 2, cpa, rispetto all'ordinario termine di venti giorni di cui all'art. 60 cpa), non essendovi necessità di istruttoria, non avendo alcuna parte dichiarato di voler proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza, ovvero regolamento di giurisdizione, ed essendo stato dato avviso alle parti circa la possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata.

Giova, ai fini del decidere, precisare che:

- la società controinteressata aggiudicataria, con verbale del 17 aprile 2024 (allegato al ricorso *sub* 8), era stata inizialmente esclusa dalla procedura per aver proposto un'offerta economica (208.000,00 euro) inferiore al costo della manodopera dichiarato (236.021,00 euro);
- sul presupposto di un malfunzionamento informatico, con verbale del 18 aprile 2024 (allegato al ricorso *sub* 9), la Commissione ha riammesso la società controinteressata alla gara ed – avendo tale società proposto un'offerta di 208.000,00 euro, con un costo della manodopera di 188.000,00 euro, così risultando tale offerta quella più bassa delle quattro pervenute – ha stabilito di procedere a richiederle la documentazione idonea a giustificare la «...*congruità della manodopera rispetto ai minimi salariali retributivi...*» (verbale del 18 aprile 2024, pag. 2);
- con nota n. prot. 1905 dello stesso 18 aprile 2024 (allegato al ricorso *sub* 10), il RUP ha quindi chiesto apposita relazione giustificativa corredata della documentazione a comprova;
- la società controinteressata ha risposto con nota datata 27 aprile 2024 (allegato al ricorso *sub* 11);

- con nota n. prot. 2106 del 2 maggio 2024 (allegato al ricorso *sub* 12), sul presupposto che «... dalla verifica della documentazione si evince tuttavia che per l'espletamento del servizio il monte ore previsto, a meno delle voci P101 e P102, si discosta da quello di progetto [...] Il totale stimato in progetto pertanto è pari a 7.468,66 ore, mentre la quantificazione proposta da codesta Spett.le Ditta è di $1700 \times 3 = 5.100 + 1264 = 6.364$ inferiore del 14,79%...», il RUP ha richiesto, al fine di completare la verifica sui costi della manodopera dichiarati «... di voler specificare come il monte ore dichiarato sia sufficiente a garantire la buona esecuzione del servizio motivando lo scostamento rispetto al monte ore di progetto...»;
- la società controinteressata ha risposto con nota datata 6 maggio 2024 (allegato al ricorso *sub* 13);
- con nota del 9 maggio 2024 (allegato al ricorso *sub* 14), premettendo che «... dalla documentazione giustificativa si evince che la ditta utilizzerà una squadra composta da 1 operaio qualificato e 3 operai comuni per effettuare le lavorazioni, mentre nella stima da progetto è prevista la parità tra numero di operai comuni e qualificati. Ne deriva che il monte ore di operaio comune risulta maggiore rispetto la stima da progetto mentre quello di operaio qualificato risulta minore, comportando ciò una contrazione in termini economici...» (pag. 3), il RUP ha ritenuto congruo il costo della manodopera dichiarata nell'offerta presentata dalla società controinteressata ed ha pertanto proposto di aggiudicarle l'appalto, avendo tale società proposto un'offerta per «...un importo netto di Euro 208.000,00 (euroduecentoottomila/00) - ribasso del 26,38 (ventiseivirgolatrentotto) - oltre oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso pari ad € 28.738,56 (euroottomilasettecentotrentotto/56) e quindi per un importo contrattuale netto pari ad € 216.738,56 (euroduecentosedicimilasettecentotrentotto/56) oltre IVA al 22%...» (*ibidem*);
- con determina del Direttore del Parco n prot. 169 del 15 maggio 2024 (allegato al ricorso *sub* 15), l'appalto è stato aggiudicato alla società controinteressata «... per un importo netto di Euro 208.000,00 (euroduecentoottomila/00) - oltre oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso pari ad €

8.738,56 (euroottomilasettecentotrentotto/ 56) e quindi per un importo contrattuale netto pari ad € 216.738,56 (euroduecentosedicimilasettecentotrentotto/56) oltre IVA al 22%...» (pag. 3).

Tanto premesso in punto di fatto, questione dirimente che impone l'accoglimento del ricorso è quella inerente la censura di violazione dell'art. 4 del disciplinare, per essere stata aggiudicata la procedura alla società controinteressata sulla base di un'offerta economica inferiore anche al solo costo della manodopera.

Al riguardo, si legge nell'art. 4 del disciplinare di gara (allegato al ricorso *sub* 18): «...L'importo complessivo a base di gara è pari a € 291.285,21 di cui [...] costi della manodopera determinati dalla S.A. € 236.021,00 non soggetti a ribasso...».

La società controinteressata ha invece quantificato i costi di manodopera in euro 188.000,00 (ciò risultando nel citato verbale del 18 aprile 2024).

Essendo stata aggiudicata la procedura sulla base di un ribasso dei costi di manodopera espressamente vietato dalla *lex specialis* di gara, la domanda annullatoria del ricorso – assorbiti ogni motivo o censura non espressamente delibati – è fondata e va accolta, richiamata sul punto la giurisprudenza, da cui il Collegio non ravvisa motivo di discostarsi, secondo cui «...come affermato dalla giurisprudenza condivisa dal Collegio, è ammessa la presentazione di un'offerta contenente un costo per la manodopera inferiore a quello stimato dalla stazione appaltante, fatta salva la sola ipotesi – non ravvisabile nella fattispecie - in cui il disciplinare di gara abbia espressamente definito come non suscettibile di ribasso il costo della manodopera (cfr. C.d.S., Sez. V, n. 5483/2020; *id.*, n. 8698/2019)...» (TAR Lombardia – Milano, Sez. IV, 16 novembre 2021, n. 2535), tale orientamento risultando peraltro coerente con quello che ritiene che l'amministrazione non possa discostarsi dall'autovincolo imposto con la *lex specialis* (sul punto, secondo quanto si vedrà a breve, Cons. Stato, Sez. III, 30 settembre 2022, n. 8432, *infra*).

Né a diversa decisione potrebbe indurre l'argomentazione difensiva spiegata dalle amministrazioni resistenti, secondo cui il ribasso sarebbe stato giustificato dalla scelta della società ricorrente di proporre una squadra in composizione diversa da quella di cui al progetto della Stazione appaltante (un operaio specializzato e tre operai comuni, in luogo di due operai specializzati e due operai comuni), ciò che avrebbe determinato risparmi di spesa per il personale, e consentito di ritenere congrua l'offerta della società controinteressata.

Tale progetto non risulta essere stato versato in atti, ma non è in discussione la discrepanza fra la composizione della squadra come proposta dalla società controinteressata e come prevista nel progetto, essendo stata tale discrepanza espressamente rilevata sia nella nota del RUP n. prot. 2106 del 2 maggio 2024, che nella proposta di aggiudicazione del 9 maggio 2024, secondo quanto sopra riportato.

Al riguardo, è sufficiente richiamare l'insegnamento del Giudice d'appello secondo cui «... *È, infatti, ius receptum nella giurisprudenza anche di questa Sezione "la pacifica vigenza del principio per il quale quando l'Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni (Cons. St., sez. V, 17 luglio 2017, n. 3502). L'autovincolo, com'è noto, costituisce un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che l'amministrazione pone a se medesima in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell'individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice l'ampia e impregiudicata discrezionalità, favorire in executivis l'utilizzo di criteri decisionali non imparziali. La garanzia dell'autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fondamentalmente finalizzata alla par condicio: conoscere in via anticipata i criteri*

valutativi e decisionali della commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti” (Cons. Stato, Sez. III, 20 aprile 2021, n. 3180)...» (Cons. Stato, Sez. III, 30 settembre 2022, n. 8432).

Applicando tale insegnamento al caso di specie, la violazione del divieto di ribasso di cui all'art. 4 del disciplinare di gara non può trovare giustificazione nelle ragioni addotte dalla società controinteressata; e ciò, al netto della circostanza, che il Collegio non ravvisa motivo di approfondire, attesa la frontale violazione del disposto dell'art. 4 del disciplinare, in ordine al fatto se anche la modifica della composizione della squadra offerta dalla società aggiudicataria, lungi dal costituire una giustificazione al non consentito ribasso, integri, di per sé sola, violazione di un ulteriore autovincolo dell'amministrazione.

La domanda annullatoria proposta con il ricorso, quindi, assorbiti ogni ulteriore motivo o censura non espressamente delibati, va accolta; da tale accoglimento discende l'annullamento del segmento di gara a valle del verbale della seduta del 17 aprile 2023, seduta nella quale la società controinteressata era stata esclusa, con conseguente obbligo per il Parco resistente, in forza dell'effetto conformativo della presente sentenza, di rinnovare tale segmento di gara, rideterminandosi al riguardo.

Dall'accoglimento della domanda annullatoria discende altresì il rigetto della domanda di declaratoria di inefficacia del contratto stipulato con la controinteressata aggiudicataria, individuato dalla difesa erariale, nella memoria depositata il 21 giugno 2024, come contratto stipulato «...su MEPA n. 4078351 prot. 2795...», senza indicare la data di stipula, e senza versarne copia in atti.

Ciò atteso il divieto di cui all'art. 122 cpa di dichiarare inefficace il contratto laddove il vizio dell'aggiudicazione comporti l'obbligo di rinnovare la gara (sul punto, Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2017, n. 4050, secondo cui «...

L'evidente ratio della disposizione eccezionale consiste nella considerazione di economia generale dell'azione amministrativa per cui, se l'accertamento dell'oggettiva illegittimità comporta il travolgimento (totale o parziale) della procedura di gara e il conseguente obbligo di rinnovarne le fasi, non si porrà neppure in via di principio la questione se consentire il subentro da parte del ricorrente vittorioso, la cui posizione in gara potrebbe essere comunque compromessa dal travolgimento della gara (o di una sua fase), non consentendo il subentro...»).

Sarà quindi la stazione appaltante, in forza dell'effetto conformativo della presente sentenza, all'esito della rinnovazione del segmento annullato della procedura di gara, a provvedere ai conseguenti atti in ordine al contratto (sul punto, la citata Cons. Stato 4050/2017).

Deve infine essere rigettata anche la domanda risarcitoria, atteso che la pronta tutela discendente dall'accoglimento del ricorso nel merito in esito alla udienza camerale fissata per la trattazione della domanda cautelare ha eliso il danno.

Essendo le amministrazioni resistenti risultate soccombenti per la parte assolutamente prevalente del giudizio, le spese devono essere regolate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, venendo liquidate in dispositivo, in relazione alle parti costituite al 27 giugno 2024, data di spedizione in decisione del giudizio; non vi è invece luogo a provvedere in ordine alla società controinteressata, non costituita al 27 giugno 2024.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania (Sezione IV), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto: a) accoglie la domanda annullatoria e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati, secondo quanto in motivazione; b) rigetta la domanda di dichiarare inefficace il contratto (indicato dalla difesa erariale nella memoria depositata il 21 giugno 2024, come contratto stipulato «...su MEPA n. 4078351 prot. 2795...»), dovendo al riguardo rideterminarsi il Parco resistente

in esito alla rinnovazione del segmento annullato della procedura di gara, secondo quanto in motivazione; c) rigetta la domanda risarcitoria; d) condanna le amministrazioni resistenti, in solido fra loro, al pagamento, nei confronti di parte ricorrente, delle spese processuali del presente grado di giudizio, che liquida, in via equitativa, in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, nonché alla rifusione del contributo unificato corrisposto da parte ricorrente; nulla sulle spese in relazione alla società controinteressata, non costituita al 27 giugno 2024, data di spedizione in decisione del giudizio.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 27 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppa Leggio, Presidente

Diego Spampinato, Consigliere, Estensore

Manuela Bucca, Referendario

L'ESTENSORE
Diego Spampinato

IL PRESIDENTE
Giuseppa Leggio

IL SEGRETARIO