

TAR Calabria, sez. I, 29.6.2023 n. 947

Massime (segue testo alla pagina 4)

“anche l'assenza di segnalazioni in merito da parte dei ricorrenti, evidenziata dal Comune resistente in sede di discussione, risulta del tutto neutra nell'economia della controversia e, comunque non è idonea a “sanare” la suddetta criticità.

Difatti, quantunque è vero che tutti i partecipanti alla gara devono comportarsi lealmente (principio, quest'ultimo, d'altronde enfatizzato nei principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici del d.lgs. n. 36 del 2023), in base alla normativa vigente non è comunque possibile esigere dai concorrenti un onere di segnalazione nel corso della procedura, in ordine a criticità nell'infrastruttura informatica messa a disposizione dall'Amministrazione stessa, tale da ribaltare su di essi le conseguenze negative in caso di mancata segnalazione delle stesse. “

“in caso di mancata indicazione dei costi di manodopera è stato di recente affermato che, sebbene ciò comporti di principio l'esclusione dell'impresa dalla gara, "e) unica eccezione a tale regola generale (si ripete: esclusione dalla gara per omessa separata indicazione di costi sicurezza e manodopera senza soccorso istruttorio ed anche in assenza di espressa comminatoria di esclusione del bando di gara) è costituita dalla presenza di clausole e di modelli che non consentano ai concorrenti di indicare espressamente tali costi nell'ambito della propria offerta economica. Deve trattarsi in altre parole di disposizioni fortemente ambigue o fuorvianti, tali da ingenerare "confusione" nel concorrente, nonché di modelli predisposti dalla stazione appaltante in modo tale da rendere materialmente impossibile (es. assenza di spazio fisico nella domanda di partecipazione e nel relativo schema di offerta) il loro effettivo inserimento.

Da tali condivisi principi (cfr. tra le tante: T.A.R. Sicilia - Catania, Sez. II, 4 luglio 2022, n. 1774; Sez. I, 19 luglio 2021, n. 2363 e 1 giugno 2020, n. 1202) discende che la regola secondo cui la mancata indicazione dei costi di manodopera comporta in via automatica l'esclusione dell'offerente dalla gara, ai sensi dell'art. 95, comma 10, del codice dei contratti, può applicarsi solo nel caso in cui l'offerente sia messo nella possibilità concreta di indicare i costi in questione

nella propria offerta economica, come sicuramente si verifica nelle ipotesi nelle quali le ditte hanno la possibilità di elaborare liberamente quest'ultima.

Diversamente, nel caso in cui tale possibilità non sia ravvisabile, perché ad esempio il modello da compilare on line non contempla un apposito campo in cui indicare separatamente il richiesto costo della manodopera o degli oneri di sicurezza o altro dove liberamente poter inserire il dato, ovvero ancora comunque sussistono impedimenti oggettivi alla indicazione del dato, la regola si arresta e trova campo l'eccezione individuata dalla stessa Corte di Giustizia e dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (cfr. anche: Cons. Stato, Sez. V, 9 aprile 2020, n. 2350; 8 gennaio 2021, n. 283; T.A.R. Sicilia - Palermo, Sez. III, 25 gennaio 2021, n. 315; T.A.R. Puglia - Lecce Sez. III, 31 agosto 2020, n. 965; T.A.R. Lazio - Roma, Sezione III ter, 1 giugno 2020, n. 5780) T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 28.11.2022, n.3092).

13.9- I principi di fondo espressi nella suddetta pronuncia possono essere mutuati anche laddove la questione si focalizzi non tanto sulla mancata indicazione di costi di manodopera e di oneri di sicurezza ma sul loro inserimento in una busta non pertinente. Ciò in quanto anche in tale caso il comportamento del concorrente, quantunque erroneo, è stato necessitato dall'assenza, nella scheda messa a disposizione dalla Stazione Appaltante, nell'ambito della piattaforma telematica, di alcuna casella ove inserire tali dati, circostanza che ha reso impossibile il caricamento dei dati nella busta appropriata e reso necessario inserirli in altra busta.”

“anche nella diversa ipotesi in cui dalla quantificazione potessero individuarsi elementi per avere una conoscenza anticipata di tale elemento di valutazione dell'offerta tecnica, è da osservare che, perchè possa ritenersi concretamente inverata un'impropria commistione delle due offerte, sanzionabile con l'esclusione, sarebbe comunque necessario, in base alla precitata giurisprudenza, che le informazioni già note consentissero di ricostruire anticipatamente l'offerta economica nella sua interezza o, quanto meno, in aspetti economicamente significativi, tali, cioè, da permettere al seggio di gara di apprezzare anzitempo la consistenza e la convenienza di tale offerta; orbene, tenuto conto della molteplicità dei criteri di valutazione, alcuni dei quali ripartiti in sub-criteri, nonché del fatto che al criterio in discussione è attribuito un peso massimo di 10 punti sul

complessivo di 80 punti a disposizione, non può ritenersi che l'eventuale conoscenza anticipata di tale elemento ridondi in potenziale ricostruzione anticipata dell'offerta nella sua interezza o nella sua preponderanza in modo da poterne anticipatamente saggiarne la sua convenienza complessiva.”

Publicato il 29/06/2023

N. 00947/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00451/2023 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 Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 451 del 2023, integrato da motivi aggiunti,
proposto da
Impresa di Passafaro Giovanni, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Mollica, Francesco Zaccone, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Spadola, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Passafaro, con domicilio digitale come
da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

S.F. Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avvocato Letterio Donato, con domicilio digitale come
da PEC da Registri di Giustizia;
Ministero dell'Interno, Presidenza del Consiglio dei Ministri – Italia Domani Piano

Nazionale di Ripresa e Resilienza, Ministero per la Transazione Ecologica, Mef Ministero di Economica e Finanze, Mims Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili, Ministero dell'Ambiente, Mise Ministero delle Imprese e del Made in Italy, Presidenza del Consiglio dei Ministri, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il RICORSO INTRODUTTIVO:

- degli atti e delle operazioni concernenti la procedura aperta, indetta dal Comune di Spadola avente ad oggetto i lavori relativi alla “sistemazione e ripristino della officiosità idraulica e messa in sicurezza del rischio idrogeologico delle aree urbane a ridosso dei Torrenti Rio Zucchi, Rio Budello e Rio Mulinello - legge 145/2018 art.1 comma 139 – anno 2021 (CUP: C74H20001420001 - CIG: 9592272145)”, nella parte in cui con gli stessi si è disposta l'aggiudicazione della gara in favore di S.F. Costruzioni S.r.l. e, in particolare:
- della determina n. 34 del 24.02.2023 a mezzo della quale la S.A. ha disposto l'aggiudicazione dei lavori in oggetto in favore di S.F. Costruzioni S.r.l.;
- della nota prot. n. 692 del 24.02.2023 recante comunicazione della citata aggiudicazione;
- della proposta di aggiudicazione di cui al verbale di gara del 22.2.2023;
- di tutti i verbali di gara (anche istruttori) anche ove non conosciuti e, in particolare, del verbale di gara del 22.2.2023;
- delle risultanze delle verifiche effettuate dalla S.A. in merito al possesso dei requisiti in capo al soggetto aggiudicatario;
- di ogni ulteriore atto (anche istruttorio), verbale o provvedimento, ancorché ad oggi non conosciuto;
- ove occorra, della legge di gara, qualora da intendersi nel senso che l'inserimento di elementi economici che non anticipano il prezzo dell'offerta (quali il costo della

manodopera) in buste diverse dall'offerta economica, comporti l'esclusione dalla gara, poiché contraria ai principi di ragionevolezza e proporzionalità;

– di ogni ulteriore atto presupposto, connesso o conseguente

- Con richiesta di subentro del ricorrente nel contratto eventualmente stipulato con il soggetto controinteressato, previa dichiarazione d'inefficacia del contratto stesso ex artt. 121 e/o 122 del c.p.a., non comportando i vizi dedotti l'obbligo di rinnovare la gara;

- in subordine, ove in corso di causa la pretesa al conseguimento di tale bene della vita dovesse risultare impossibile per fatto indipendente da volontà e/o colpa dell'odierno ricorrente, si chiede sin d'ora la condanna dell'Ente intimato al risarcimento per equivalente del pregiudizio patito.

Per quanto riguarda i MOTIVI AGGIUNTI presentati da Impresa di Passafaro Giovanni il 17/4/2023:

– dei medesimi atti sopra riportati e già gravati con il ricorso introduttivo;

– della determina n. 56 del 5.4.2023, a mezzo della quale l'Amministrazione ha deliberato di annullare, in autotutela, non solo la determina n. 34 del 24.02.2023, di approvazione della proposta di aggiudicazione dei lavori”, ma anche l'intera procedura di gara;

– delle risultanze del riesame effettuato dalla S.A. in merito alla documentazione amministrativa prodotta in sede di gara dalle quattro imprese partecipanti alla procedura;

– delle risultanze delle verifiche condotte dall'Amministrazione circa la sussistenza dei presupposti di legge per procedere ai sensi dell'art. 21 nonies, comma 1, l. 241/1990;

– della legge di gara, ove da intendersi nel senso fatto proprio dalla S.A.;

– di ogni altro atto, operazione o valutazione, adottati o posti in essere dall'Amministrazione in dipendenza ed in relazione di tali valutazioni e verifiche;

– di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Spadola e di S.F. Costruzioni S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2023 il dott. Domenico Gaglioti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1- Con ricorso notificato il 24.3.2023 e depositato il 5.4.2023 l'Impresa di Passafaro Giovanni, in persona del l.r.p.t., ha esposto:

-) essa ha partecipato alla procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del D.lgs. n. 50/2016 s.m.i., disposta dal Comune di Spadola con bando del 17.1.2023 mediante portale telematico Me.P.A., per i lavori di *“sistemazione e ripristino della officiosità idraulica e messa in sicurezza del rischio idrogeologico delle aree urbane a ridosso dei Torrenti Rio Zucchi, Rio Budello e Rio Mulinello - legge 145/2018 art.1 comma 139 – anno 2021”* (CUP: C74H20001420001 - CIG: 9592272145), da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di importo pari a € 643.958,14, alla quale ha partecipato anche la S.F. Costruzioni S.r.l.;

-) esperite le operazioni di gara, la S.F. Costruzioni si collocava al primo posto in graduatoria, con il punteggio totale pari a 79,84 (70,83 offerta tecnica e 9,00 offerta economica) con un ribasso del 9 %, seguita dall'impresa ricorrente con un punteggio totale pari a 73,67 (53,67 offerta tecnica e 20,00 offerta economica) con un ribasso del 19,99%;

-) alla luce della citata graduatoria, giusta verbale di gara del 22.2.2023, la S.A. proponeva di aggiudicare la gara in esame all'Impresa Appalti Di Bello;

-) con successiva determinazione 34 del 24.2.2023, comunicata in pari data, la Committente, previa approvazione della proposta di aggiudicazione, deliberava di affidare l'appalto in oggetto in favore di S.F. Costruzioni S.r.l.;

2- Ritenendo illegittima l'aggiudicazione e, prima ancora, la mancata esclusione dell'aggiudicataria, l'Impresa Passafaro ha adito questo Tribunale per il seguente articolato motivo di diritto: *violazione e/o falsa applicazione dell'art. 79, comma 5-bis D.lgs. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30 D.lgs. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione del principio di separazione tra offerta tecnica ed economica. Violazione e/o falsa applicazione del principio di segretezza delle offerte economiche. Violazione della lex specialis. Violazione del principio dell'autovincolo. Violazione dei principi di imparzialità, buon andamento, non discriminazione, trasparenza e par condicio. Eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria e sviamento di potere.*

In particolare, la ricorrente ha rilevato che la S.F. Costruzioni aveva inserito l'intera offerta economica all'interno dell'offerta tecnica, dichiarando in sede di gara che *“l'offerta economica è stata caricata nell'offerta Tecnica, in quanto nella sezione “Scheda di Offerta” è consentito inserire solamente il “Valore massimo ammesso: 20 (estremo escluso)” non consentendo l'inserimento del Ribasso Percentuale. Detta situazione è stata chiarita telefonicamente in data 06/02/2023 con il Responsabile del Procedimento”*, problematiche pur tuttavia non riscontrate dalla ricorrente stessa, che ha inserito il ribasso e, quindi, l'importo offerto nella busta dell'offerta economica. Inoltre, le criticità evidenziate sollevate dall'aggiudicataria non emergerebbero da alcun verbale di gara.

Da ciò deriverebbe:

i. violazione del principio di segretezza dell'offerta economica e di separazione tra offerta economica e offerta tecnica in cui è incorso il soggetto aggiudicatario

caricando l'offerta economica all'interno dell'offerta tecnica che ne avrebbe dovuto comportare la doverosa esclusione dalla gara de qua, conformemente alle chiare disposizioni concorsuali sul punto;

ii. la mancata adozione da parte della Committente di qualsivoglia accorgimento idoneo a sanare un asserito malfunzionamento della portale Mepa (peraltro in alcun modo provato) a salvaguardia della genuinità della gara, nonché dei principi di imparzialità, buon andamento, non discriminazione, trasparenza e par condicio.

Tutto ciò, peraltro, in violazione anche del disciplinare di gara che in ordine al caricamento dei documenti informatici all'interno delle buste telematiche, raccomandava *"...la massima attenzione in fase di caricamento dei documenti informatici all'interno delle pertinenti buste telematiche"* chiariva poi che *"l'inserimento di elementi concernenti il prezzo offerto nelle buste non pertinenti ..costituirà causa di esclusione dalla gara"* (disciplinare, § 9, pag. 19) e *"le imprese, per il solo fatto che partecipano alla presente procedura di gara, accettano esplicitamente e totalmente tutti i patti, le condizioni, i vincoli, gli obblighi e le clausole stabilite dal presente Lettera di Invito-disciplinare, dal Capitolato Speciale di Appalto, nessuna esclusa"* (bando, § 17.43 pag. 9).

3- Con ulteriore atto, notificato il 13.4.2023 e depositato il 17.4.2023 la ricorrente propone motivi aggiunti.

In particolare, rileva la ricorrente che con determina n. 56 del 5.4.2023 il Comune di Spadola, a seguito della proposizione del citato gravame, ha disposto l'annullamento in autotutela della determina n. 34 del 24.02.2023 disponendo, tuttavia, contestualmente, l'annullamento in autotutela dell'intera procedura di gara, ritenendo di dover escludere tutti i concorrenti per aver essi inserito degli elementi dell'offerta economica in ambito non appropriato determinando la violazione del principio di separazione e segretezza dell'offerta economica.

4- Ritenendo illegittimo il sopravvenuto provvedimento, tanto in riferimento alla sua espulsione quanto in riferimento all'esercizio del potere di autotutela, l'Impresa Passafaro Giovanni lo impugna per il seguente articolato motivo di diritto:

II) Illegittimità in via derivata ed autonoma. Violazione di legge (art. 21 nonies L. 241/1990 – artt. 30, 83 e 95 D.Lgs. 50/2016). Violazione e falsa applicazione della legge di gara. Violazione dei principi di buon andamento, ragionevolezza, proporzionalità, favor participationis e concorrenza. Travisamento e difetto apprezzamento dei presupposti. Eccesso di potere per difetto di istruttoria.

II.a) In primo luogo la ricorrente -rilevando di aver già impugnato la legge di gara qualora da intendersi nel senso che l'inserimento di limitati elementi economici (costo della manodopera e oneri di sicurezza aziendali) in buste diverse da quella contenente l'offerta economica comporti l'esclusione dalla gara anche ove il modello di offerta predisposto dalla S.A. non consenta l'inserimento di tali limitate voci- rileva di essere stata costretta ad inserire nella documentazione amministrativa la sola dichiarazione relativa al costo della manodopera e degli oneri di sicurezza stante l'assenza di apposita sezione nel modulo dell'offerta economica del relativo campo e l'impossibilità oggettiva di inserirla altrimenti, circostanza che non avrebbe anticipato conoscenza o conoscibilità dell'intera offerta economica, costituita dal solo ribasso ed importo offerto.

Da ciò desume erroneità dell'assunto della Stazione Appaltante per cui *“l'impresa Passafaro Giovanni ha inserito elementi dell'offerta economica, costi aziendali della manodopera e della sicurezza, all'interno della busta amministrativa violando quanto prescritto dal disciplinare di gara (cfr. disciplinare di gara pag. 19), pertanto, l'impresa andava esclusa”*.

II.b) La ricorrente contesta altresì la sussistenza dei presupposti indicati dal Comune di Spadola per il ritiro in autotutela della procedura di gara.

In primo luogo, deduce erronea valutazione dell'interesse pubblico che, quantunque in presenza di un'offerta regolare –quella del ricorrente appunto- ha

comunque deliberato di annullare in autotutela l'intera procedura di gara, omettendo di aggiudicare la commessa contesa all'unica offerta immune da vizi, con ciò contraddicendo anche le esigenze di celere esecuzione degli interventi connesso anche alla fonte di finanziamento di cui al PNRR Next Generation EU.

Il Comune di Spadola avrebbe altresì errato nel considerare intervenuto il ritiro in autotutela quando ancora non si era pervenuti all'aggiudicazione definitiva e dunque in assenza di consolidamento di alcuna posizione dei concorrenti, rilevando invece che il provvedimento n. 34/2023 dava luogo ad una vera aggiudicazione definitiva, peraltro oggetto di comunicazione ai sensi dell'art. 76, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, come effettivamente intervenuto.

5- Con atto depositato il 18.4.2023, si è costituito il Comune di Spadola per resistere al ricorso, chiedendo preliminarmente rinvio per termini a difesa ed eccependo, in rito, l'inammissibilità del ricorso principale in quanto la determina n. 34 del 24.2.2023 costituirebbe mera proposta di aggiudicazione e non anche provvedimento definitivo di aggiudicazione, nonché inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti per carenza di interesse in quanto il ricorrente copre il secondo posto nella graduatoria e l'infondatezza dell'atto di motivi aggiunti.

6- Alla camera di consiglio del 18.4.2023 il ricorso veniva rinviato, per la concessione di termini a difesa, alla successiva camera di consiglio del 3.5.2023.

7- E' seguito il deposito di memorie da parte del ricorrente (27.4.2023) e del Comune di Spadola (28.4.2023).

8- Alla camera di consiglio del 3.5.2023 il Collegio ha chiesto al Comune chiarimenti in ordine alla circostanza, dedotta da parte ricorrente, circa la mancanza di appositi spazi nel riquadro dell'offerta economica nei quali inserire il costo della manodopera e gli oneri della sicurezza e l'amministrazione resistente ha dichiarato di non aver avuto alcuna segnalazione circa le criticità riscontrate nel modulo di presentazione delle offerte e che, non appena ha avuto contezza delle

criticità della procedura ha annullato in autotutela la gara. Quindi, con ordinanza n. 218/2023, pubblicata in data 8.5.2023, è stata accolta l'istanza cautelare con sospensione del provvedimento impugnato.

9- Il 31.5.2023 la ricorrente ha depositato memoria in vista della trattazione del merito.

10- Con atto depositato l'1.6.2023 si è costituita la S.F. Costruzioni srl per resistere al ricorso.

11- È seguito deposito di memoria da parte del Comune di Spadola (5.6.2023) e replica della ricorrente (7.6.2023).

12- All'udienza pubblica, tenuta -ai sensi dell'art. 12-bis, comma 8, l. n. 108/2022- il 21.6.2023 il ricorso è stato spedito in decisione.

DIRITTO

13- Viene anzitutto scrutinato l'atto per motivi aggiunti, atteso che il suo esito influenza la stessa procedibilità del ricorso principale.

13.1- Preliminarmente deve essere affrontata l'eccezione formulata dall'Amministrazione resistente, di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti per carenza di interesse in quanto il ricorrente copre il secondo posto nella graduatoria.

13.1.1- L'eccezione è infondata, atteso che l'interesse del ricorrente, il quale è secondo graduato, è appunto quello di evitare la caducazione *ab imis* della procedura di gara e dunque la definitiva frustrazione della possibilità di conseguire il controverso appalto in caso di accoglimento del ricorso principale.

13.2- Nel merito, il ricorso è fondato.

13.3- Si osserva anzitutto che il provvedimento impugnato recita:

‘PRESO ATTO che l'impresa di Passafaro Giovanni (...) ha notificato all'Ente il ricorso innanzi al Tar Calabria (...) contestando, tra l'altro, che la ditta S.F Costruzioni S.r.L. ha

violato il principio di segretezza dell'offerta economica e di separazione tra offerta tecnica ed economica in palese contrasto del disciplinare di gara;

CONSIDERATO che consolidata giurisprudenza ha confermato il principio di separazione tra offerta tecnica e offerta economica rispondendo alla finalità di garantire la segretezza dell'offerta economica nonché di poter influenzare e/o condizionare le scelte discrezionali della Commissione di gara;

CONSIDERATO che lo stesso disciplinare di gara prevedeva espressamente che “Si raccomanda la massima attenzione in fase di caricamento dei documenti informatici all'interno delle pertinenti buste telematiche” stabilendo, altresì, che “l'inserimento di elementi concernenti il prezzo offerto nelle Buste non pertinenti, costituirà causa di esclusione dalla gara”;

RIESAMINATA la documentazione amministrativa prodotta in sede di gara dalle quattro imprese partecipanti alla procedura nonché la documentazione prodotta dalla commissione di gara è emerso che:

- l'impresa S.F Costruzioni srl ha inserito nell'offerta tecnica elementi dell'offerta economica violando il principio di segretezza dell'offerta nonché quanto prescritto dal disciplinare di gara (cfr. disciplinare di gara pag. 19), pertanto, l'impresa andava esclusa;

- l'impresa Passafaro Giovanni ha inserito elementi dell'offerta economica, costi aziendali della manodopera e della sicurezza, all'interno della busta amministrativa violando quanto prescritto dal disciplinare di gara (cfr. disciplinare di gara pag. 19), pertanto, l'impresa andava esclusa;

- l'impresa Costantino Costruzioni ha omesso di indicare nell'offerta economica i costi aziendali della manodopera e della sicurezza, violando quanto prescritto dal disciplinare di gara, (cfr. disciplinare di gara pag. 17), pertanto l'impresa andava esclusa;

- l'impresa Umberto Chiaravalloti ha inserito nell'offerta tecnica elementi dell'offerta economica violando il principio di segretezza dell'offerta nonché quanto prescritto dal disciplinare di gara (cfr. disciplinare di gara pag. 19) pertanto, l'impresa andava esclusa;

(...)

CONSIDERATO che l'esercizio del potere di autotutela trova fondamento nel principio costituzionale di buon andamento che impegna la Pubblica Amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire ed autorizza, quindi, anche il riesame degli atti adottati; CONSIDERATO che la Pubblica Amministrazione conserva indiscutibilmente anche in relazione ai procedimenti di gara per la scelta del contraente il potere di annullare o revocare in via di autotutela il bando e le singole operazioni di gara, quando i criteri di selezione si manifestano come suscettibili di produrre effetti indesiderati o comunque illogici tenendo quindi conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse (cfr. Cons. St. Sez. V, 7 giugno 2013 n. 3125);

(...)

RITENUTO che alla luce di quanto sopra esposto con il riesame degli atti di gara sussistono negli atti prodotti e adottati nel procedimento di gara vizi di legittimità che impongono, in ossequio ai predetti principi, l'adozione di annullamento in autotutela di tali atti;

VERIFICATA la sussistenza, nel caso specifico, dei presupposti di legge per procedere all'annullamento in autotutela della procedura di gara ai sensi dell'art. 21 nonies comma 1 della L. 241 del 1990 smi;

RAVVISATA la necessità, alla luce di quanto sopra esposto, di provvedere a: - annullare in autotutela, per quanto suddetto, la determinazione dirigenziale n. 34 del 24.02.2023 con la quale è stata disposta l'approvazione della proposta di aggiudicazione dell'appalto in argomento a favore della Ditta S.F. COSTRUZIONI SRL, P.I. 03313010799 con sede in Vibo Valentia (VV)

DETERMINA

- di annullare, in autotutela, la determina n. 34 del 24.02.2023 di approvazione della proposta di aggiudicazione dei lavori (...)

- di annullare, in autotutela, la gara a procedura aperta avviata con la determina n. 4 del 10.01.2023 e di tutti gli atti connessi e conseguenti posti in essere”.

13.4- In sostanza, con il provvedimento gravato il Comune ha annullato l'intera procedura di gara sull'assunto di un'asserita irregolarità nella presentazione delle offerte da parte di tutti i partecipanti nessuno escluso, consistente nella violazione di una puntuale disposizione del disciplinare ivi parimenti indicata e che, ove fosse stata correttamente valutata dalla Commissione di gara avrebbe dovuto comportare l'esclusione di tutti i concorrenti e la dichiarazione di gara deserta e che, per la portata dell'irregolarità, è stata ritenuta idonea a ripercuotersi su tutti gli atti adottati dall'Amministrazione in merito alla procedura stessa.

13.5- Vi è però da considerare che, in base alle allegazioni delle parti e alla documentazione versata in atti, una valutazione di tal fatta è da intendersi erronea e frutto di travisamento.

13.6- Si premette anzitutto che il par. 9 del disciplinare di gara disponeva:

-) a pag. 17 (quanto all'offerta economica) che:

- *“Offerta economica: L'offerta economica deve essere predisposta mediante la sottoscrizione, da parte del legale rappresentante della Ditta (o di un suo procuratore a ciò abilitato), di una dichiarazione attestante: * IN CASO DI RIBASSO PERCENTUALE SULL'ELENCO PREZZI il ribasso percentuale che la Ditta offre sull'importo dell'appalto a base di gara pari ad € 630.793,48 al netto degli oneri della sicurezza complessiva (compresa di CSI + CSA). L'offerta relativa al ribasso offerto dovrà essere espressa in cifre ed in lettere con massimo due decimali dopo la virgola. In caso di discordanza tra importo e il ribasso offerti, prevale il ribasso percentuale espresso in lettere”;*

- *“Ai sensi dell'art 95 comma 10 del codice, l'operatore deve indicare nell'offerta, A PENA DI ESCLUSIONE IN QUANTO NON SI TRATTA DI IRREGOLARITA' SANABILE MEDIANTE SOCCORSO ISTRUTTORIO, l'ammontare dei propri costi della manodopera e degli oneri aziendali per la sicurezza del lavoro, propri dell'attività di impresa, inclusi nel prezzo complessivo offerto”;*

-) a pag. 19 che *“La presentazione delle offerte consistente nel caricamento di documenti informatici deve avvenire mediante la presentazione delle seguenti buste:*

- Busta amministrativa: a. DGUE b. Dichiarazione partecipazione e requisiti c. Relazione sul personale (in caso di appalto Pnrr/Pnc) d. PASSOE e. in caso di consorzio, RTI o GEIE) Mandato collettivo f. (in caso di avvalimento) Dichiarazione Avvalimento g. (eventuale) Cauzione e Impegno h. Pagamento F 23

- Busta tecnica - crit. 1 - crit. 2 - crit. 3 – ecc...

- Busta economica a. Offerta economica

I documenti da allegare dovranno essere rinominati in base al proprio contenuto, utilizzando esclusivamente le diciture sopra riportate. Si raccomanda la massima attenzione in fase di caricamento dei documenti informatici all'interno delle pertinenti buste telematiche: l'inserimento dell'offerta economica nell'ambito della “Busta amministrativa” comporterà l'esclusione per violazione del principio di segretezza delle offerte economiche. Pertanto, la mancata separazione della documentazione necessaria per valutare l'ammissione alla gara del concorrente dall'offerta economica ovvero l'inserimento di elementi concernenti il prezzo offerto nelle Buste non pertinenti, costituirà causa di esclusione dalla gara”

13.7- Orbene, *nella fattispecie la ricorrente ha fatto ricorso all'inserimento dell'indicazione dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza aziendali, la cui corretta collocazione sarebbe stata nell'ambito dell'offerta economica, all'interno della Busta amministrativa.*

13.8- Tanto premesso, *in caso di mancata indicazione dei costi di manodopera è stato di recente affermato che, sebbene ciò comporti di principio l'esclusione dell'impresa dalla gara, "e) unica eccezione a tale regola generale (si ripete: esclusione dalla gara per omessa separata indicazione di costi sicurezza e manodopera senza soccorso istruttorio ed anche in assenza di espressa comminatoria di esclusione del bando di gara) è costituita dalla presenza di clausole e di modelli che non consentano ai concorrenti di indicare espressamente tali costi nell'ambito della propria offerta economica. Deve trattarsi in altre parole di disposizioni*

fortemente ambigue o fuorvianti, tali da ingenerare "confusione" nel concorrente, nonché di modelli predisposti dalla stazione appaltante in modo tale da rendere materialmente impossibile (es. assenza di spazio fisico nella domanda di partecipazione e nel relativo schema di offerta) il loro effettivo inserimento.

Da tali condivisi principi (cfr. tra le tante: T.A.R. Sicilia - Catania, Sez. II, 4 luglio 2022, n. 1774; Sez. I, 19 luglio 2021, n. 2363 e 1 giugno 2020, n. 1202) discende che la regola secondo cui la mancata indicazione dei costi di manodopera comporta in via automatica l'esclusione dell'offerente dalla gara, ai sensi dell'art. 95, comma 10, del codice dei contratti, può applicarsi solo nel caso in cui l'offerente sia messo nella possibilità concreta di indicare i costi in questione nella propria offerta economica, come sicuramente si verifica nelle ipotesi nelle quali le ditte hanno la possibilità di elaborare liberamente quest'ultima.

Diversamente, nel caso in cui tale possibilità non sia ravvisabile, perché ad esempio il modello da compilare on line non contempla un apposito campo in cui indicare separatamente il richiesto costo della manodopera o degli oneri di sicurezza o altro dove liberamente poter inserire il dato, ovvero ancora comunque sussistono impedimenti oggettivi alla indicazione del dato, la regola si arresta e trova campo l'eccezione individuata dalla stessa Corte di Giustizia e dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (cfr. anche: Cons. Stato, Sez. V, 9 aprile 2020, n. 2350; 8 gennaio 2021, n. 283; T.A.R. Sicilia - Palermo, Sez. III, 25 gennaio 2021, n. 315; T.A.R. Puglia - Lecce Sez. III, 31 agosto 2020, n. 965; T.A.R. Lazio - Roma, Sezione III ter, 1 giugno 2020, n. 5780) T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 28.11.2022, n.3092).

13.9- I principi di fondo espressi nella suddetta pronuncia possono essere mutuati anche laddove la questione si focalizzi non tanto sulla mancata indicazione di costi di manodopera e di oneri di sicurezza ma sul loro inserimento in una busta non pertinente. Ciò in quanto anche in tale caso il comportamento del concorrente, quantunque erroneo, è stato necessitato dall'assenza, nella scheda messa a disposizione dalla Stazione Appaltante, nell'ambito della piattaforma telematica, di alcuna casella ove inserire tali dati, circostanza che ha reso impossibile il

caricamento dei dati nella busta appropriata e reso necessario inserirli in altra busta.

13.10- È da soggiungersi peraltro che, nella documentazione allegata in atti (per precisione all.006 – doc. 5, depositato il 5.4.2023), è presente uno “screenshot” della scheda di offerta economica, quantunque allegata a documentazione della controinteressata S.F. Costruzioni, da cui si evince l’assenza di alcuna finca o casella ove inserire i costi di manodopera e gli oneri di sicurezza.

13.11- D’altronde, l’esistenza della suddetta criticità non è stata negata dall’Amministrazione nei chiarimenti forniti al Collegio in sede di udienza camerale per la trattazione dell’istanza cautelare; il Comune si è giustificato soltanto rilevando di non aver ricevuto segnalazioni specifiche in merito ma soggiungendo che, appena avuta contezza della criticità, ha annullato la gara, con ciò confermando anche implicitamente la sussistenza di detta criticità.

13.12- Solo per completezza di analisi, anche esaminando le cause di esclusione degli altri concorrenti – *in primis* la controinteressata originaria aggiudicataria che in ordine al provvedimento di autotutela ha manifestato acquiescenza – si evince come a tutti si imputa la criticità circa il mancato inserimento o l’erroneo inserimento dei costi di manodopera e degli oneri aziendali, circostanza che, nel complesso, corrobora l’esistenza della criticità ora evidenziata.

13.13- Tanto chiarito, come emerge dalla succitata giurisprudenza e come già evidenziato dal Collegio, quantunque nella provvisorietà della sede cautelare, le criticità evidenziate dalla ricorrente configurano un’eccezione al principio di segretezza dell’offerta economica e divieto di inserimento di dati della stessa in altre buste, che fa sì che la dedotta ragione di escludibilità della ricorrente dalla gara sia priva di adeguata base giustificativa.

13.14- Quanto alle allegazioni della controinteressata SF Costruzioni (che, si rileva incidentalmente, peraltro si trova, quanto al provvedimento impugnato, alla

stregua di un cointeressato leso al pari del ricorrente, e, quanto al ricorso principale, non ha svolto deduzioni in ordine alle doglianze del ricorrente) in ordine al fatto che la previa conoscenza della quantificazione degli oneri di sicurezza e dei costi di manodopera, in uno con la previsione, tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica, degli accorgimenti previsti a tutela della sicurezza, della salute dei lavoratori e di prevenzione ad interferenze esterne, avrebbe consentito alla Commissione di gara di pervenire ad un'anticipata conoscenza dell'offerta tecnica, violando l'obbligo di separazione tra l'offerta tecnica ed offerta economica, ad un attento esame esse non convincono.

13.14.1- Osserva infatti la giurisprudenza del Consiglio di Stato che *“il divieto di commistione tra offerta tecnica e offerta economica costituisce espressione del principio di segretezza dell'offerta economica nonché presidio dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost., sub specie della trasparenza e della par condicio tra i concorrenti. La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha elaborato al riguardo le note regole per cui: a) la valutazione delle offerte tecniche deve precedere la valutazione delle offerte economiche, e la commissione non può aprire le buste delle offerte economiche prima di aver completato la valutazione delle offerte tecniche (Cons. Stato, V, 20 luglio 2016, n. 3287); b) le offerte economiche devono essere contenute in buste separate dagli altri elementi (documentazione e offerte tecniche) e debitamente sigillate (Cons. Stato, V, 21 novembre 2017, n. 5392; VI, 27 novembre 2014, n. 5890); c) nell'offerta tecnica non deve essere inclusa né l'intera offerta economica, né elementi consistenti della stessa o che consentano comunque di ricostruirla (Cons. Stato, V, 24 gennaio 2019, n. 612); d) nell'offerta tecnica possono essere inclusi singoli elementi economici che siano resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché non facenti parte dell'offerta economica (come i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato), e, in quanto isolati e del tutto marginali rispetto a essa, non ne consentano la sua complessiva ricostruzione (Cons. Stato, V, 12 novembre 2015, n. 5181; VI, 27 novembre 2014, n. 5890); e) per integrare la violazione del divieto, gli elementi economici esposti o*

desumibili dall'offerta tecnica debbono essere effettivamente tali da consentire di ricostruire in via anticipata l'offerta economica nella sua interezza o, quanto meno, in aspetti economicamente significativi, idonei a permettere al seggio di gara di apprezzare prima del tempo la consistenza e la convenienza di tale offerta, anche solo potenzialmente (Cons. Stato, V, 2 agosto 2021, n. 5645; 17 maggio 2021, n. 3833; 29 aprile 2020, n. 273; 11 giugno 2018, n. 3609; III, 3 dicembre 2021, n. 8047; 26 marzo 2021, n. 2581; 9 gennaio 2020, n. 167; 12 luglio 2018, n. 4284; 3 aprile 2017, n. 1530); f) anche la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica prima di quella tecnica è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità della valutazione, alterandola o perlomeno rischiando di alterarla in astratto (Cons. Stato, V, n. 612/2019; n. 3287/2016; n. 5181/2015, cit.); il divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica non va inteso in senso assoluto, dovendosi invece fare riferimento al parametro di giudizio costituito dalla concreta concludenza dei dati economici in quanto anticipatori della conoscenza dell'offerta economica. In particolare, il giudice amministrativo deve procedere di volta in volta a una valutazione in concreto circa l'effettiva attitudine degli elementi dell'offerta economica resi anticipatamente noti a condizionare le scelte della commissione di gara (Cons. Stato, V, 2 maggio 2017, n. 1988; 29 febbraio 2016, n. 824)" (Consiglio di Stato, Sez. V, 24.10.2022, n.9047).

13.14.2- Nel caso controverso, il disciplinare di gara (pagg. 4-6) prevedeva che alla valutazione dell'offerta tecnica (il cui punteggio complessivo è di 80/100 rispetto al rimanente 20/100 per l'offerta economica) concorrevano i seguenti criteri:

1. CERTIFICAZIONE DI QUALITÀ (max punti 12)
2. STRUTTURA CONCORRENTE (max 13 punti)
3. ORGANIZZAZIONE DEL CANTIERE (max punti 20)
4. CRITERI AMBIENTALI MINIMI (max punti 5)
5. MODALITÀ DI ESECUZIONE LAVORI (max punti 23)
6. SCELTA DEI MATERIALI - DNHS (max punti 5)

7. CRITERI PREMIALI PNRR (max punti 2), articolato in sub criterio 7.1 Assunzione disabili oltre quota di legge (max punti 1) e sub criterio 7.2 (Assunzione giovani under 36 oltre quota art 47 comma 4 D.L. n. 77/2021 conv. In legge n. 108/2021, max punti 1.

Quanto poi, al criterio *sub 3*), su cui si incentrano le difese della controinteressata, esso prevede un'ulteriore ripartizione in:

i) tutela della sicurezza e salute dei lavoratori ed interferenze con l'ambiente esterno adiacente al cantiere al fine di ridurre i disagi nelle fasi operative cui sono attribuiti al massimo 10 punti;

ii) modalità organizzative e mezzi utilizzati al fine di ridurre i disagi ai cittadini nelle fasi di realizzazione (max punti 10)

Per ciascuno dei suddetti ambiti è previsto che il concorrente debba produrre una relazione descrittiva per massimo n. 5 fogli.

13.14.3- Orbene, riportando quanto da ultimo evidenziato alla precitata giurisprudenza emerge che:

i) la parte (*sub ii*) del criterio di valutazione n. 3 oggetto di discussione prevede una valutazione di carattere qualitativo delle modalità di organizzazione della sicurezza e della salute dei lavoratori come pure delle interferenze esterne sulla base della relazione da produrre. Ora, estrinsecandosi tale valutazione sul “come” e non sul “quanto” e, dunque, sia sulle risorse messe a disposizione ma anche sulle modalità con cui le risorse a disposizione vengono concretamente organizzate per pervenire al risultato indicato, non è dato rinvenire l'assioma circa una corrispondenza biunivoca tra migliore organizzazione del cantiere e più ingente quantificazione dei costi. Difatti, ben si possono avere, in astratto, situazioni in cui ad elevati costi possano corrispondere misure organizzative qualitativamente inadeguate o non corrispondenti all'impegno economico profuso e, al contrario, modalità organizzative qualitativamente apprezzabili ma che, per ragioni le più disparate,

siano meno impattanti dal punto di vista meramente economico. In sostanza, pertanto, non può affermarsi che dalla conoscenza anticipata degli oneri di sicurezza o dei costi della manodopera si possa valutare la qualità del segmento dell'offerta tecnica in discussione;

ii) per altro verso, anche nella diversa ipotesi in cui dalla quantificazione potessero individuarsi elementi per avere una conoscenza anticipata di tale elemento di valutazione dell'offerta tecnica, è da osservare che, perchè possa ritenersi concretamente inverata un'impropria commistione delle due offerte, sanzionabile con l'esclusione, sarebbe comunque necessario, in base alla precitata giurisprudenza, che le informazioni già note consentissero di ricostruire anticipatamente l'offerta economica nella sua interezza o, quanto meno, in aspetti economicamente significativi, tali, cioè, da permettere al seggio di gara di apprezzare anzitempo la consistenza e la convenienza di tale offerta; orbene, tenuto conto della molteplicità dei criteri di valutazione, alcuni dei quali ripartiti in sub-criteri, nonché del fatto che al criterio in discussione è attribuito un peso massimo di 10 punti sul complessivo di 80 punti a disposizione, non può ritenersi che l'eventuale conoscenza anticipata di tale elemento ridondi in potenziale ricostruzione anticipata dell'offerta nella sua interezza o nella sua preponderanza in modo da poterne anticipatamente saggiarne la sua convenienza complessiva.

13.15- Inoltre, come già osservato in sede cautelare, non risulta neanche centrato il richiamo dell'Amministrazione resistente alla cogenza della clausola del bando che imponeva l'esclusione per l'inserimento di "elementi concernenti il prezzo offerto" in buste non pertinenti (pag. 19 del disciplinare: v. sopra, § 13.6).

Per un verso, infatti, la sua formulazione letterale –che limita l'esclusione alla mancata separazione della documentazione necessaria per valutare l'ammissione alla gara del concorrente dall'offerta economica o all'inserimento di elementi concernenti il prezzo offerto nelle buste non pertinenti– e l'ulteriore

considerazione, sempre tratta dal disciplinare, per cui l'offerta economica si sostanzia precipuamente nel ribasso, unitamente all'assenza di riferimenti ad elementi ulteriori rispetto al prezzo nella scheda predisposta dalla piattaforma per l'offerta economica può dar luogo ad un'ambiguità tale da giustificare l'interpretazione secondo il *favor participationis (ex plurimis*, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 7.12.2015, n.5687).

Per altro verso, qualora si interpreti la suddetta clausola unitamente all'ulteriore previsione di cui a pag. 17 del disciplinare (v. sopra § 13.6), nel senso di includere anche l'ammontare dei propri costi della manodopera e degli oneri aziendali quali parti del prezzo alla luce dell'art. 95 comma 10 d.lgs. n. 50 del 2016, dovrebbe comunque convenirsi che l'assolutizzazione della portata escludente della clausola la renderebbe illegittima laddove applicabile anche al caso in cui il comportamento non corretto del concorrente sia dovuto unicamente all'infrastruttura predisposta dalla Stazione Appaltante e pertanto non risulta governabile dal concorrente, e dunque annullabile per quanto di interesse del ricorrente stesso e, comunque, superabile dalla necessità di pervenire comunque ad una valutazione concreta dell'idoneità degli elementi anticipatamente portati a conoscenza della Stazione Appaltante di determinare una pre-cognizione dell'offerta tecnica, idoneità che, per le ragioni precedentemente esposte (v. § 13.14.2) è da ritenere non sussistente nella fattispecie.

13.16- Per completezza, anche l'assenza di segnalazioni in merito da parte dei ricorrenti, evidenziata dal Comune resistente in sede di discussione, risulta del tutto neutra nell'economia della controversia e, comunque non è idonea a "sanare" la suddetta criticità.

Difatti, **quantunque è vero che tutti i partecipanti alla gara devono comportarsi lealmente (principio, quest'ultimo, d'altronde enfatizzato nei principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici del d.lgs. n. 36 del 2023), in base alla normativa**

vigente non è comunque possibile esigere dai concorrenti un onere di segnalazione nel corso della procedura, in ordine a criticità nell'infrastruttura informatica messa a disposizione dall'Amministrazione stessa, tale da ribaltare su di essi le conseguenze negative in caso di mancata segnalazione delle stesse.

13.17- Seguendo la chiave di lettura ora esposta è anche censurabile la valutazione complessiva degli interessi in campo.

Difatti, è pur vero che, qualora vi fosse stato un vizio originario tale da rendere illegittima l'aggiudicazione a qualunque concorrente l'interesse pubblico potrebbe dirsi violato ove fosse stata disposta l'aggiudicazione ad un concorrente sulla base di un'offerta viziata.

Non di meno, l'Amministrazione, nel provvedimento impugnato, per un verso ha erroneamente supposto che trattavasi di aggiudicazione "provvisoria" e, per altro verso, non ha svolto alcuna ponderazione né sul complesso delle circostanze che hanno comportato l'improprio inserimento, da parte del ricorrente, dei costi della manodopera e degli oneri di sicurezza nella busta amministrativa né sulla concreta idoneità di tali elementi a falsare la segretezza dell'offerta economica, ragion per cui anche l'assetto di interessi come sfociato nel provvedimento impugnato risulta nel suo complesso fallace.

13.18- Le conseguenze ora rassegnate inducono all'accoglimento dell'atto di motivi aggiunti e all'annullamento dell'atto di autotutela impugnato, nei limiti dell'interesse di parte ricorrente.

14- È pertanto possibile a questo punto scrutinare il ricorso principale.

14.1- Preliminarmente deve disattendersi l'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse, dedotta dal Comune resistente a motivo dell'asserita natura di mero atto endoprocedimentale della determinazione n. 34 del 24.2.2023.

14.1.1- Richiamando le considerazioni recentemente esposte dalla Sezione in un precedente sul punto sostanzialmente sovrapponibile (sentenza n. 2283 del

19.12.2022), si osserva che *“Gli atti amministrativi vanno interpretati non solo in base al tenore letterale, ma anche risalendo alla effettiva volontà dell'Amministrazione e al potere concretamente esercitato, cosicché occorre prescindere dal nomen iuris adottato ai fini dell'inquadramento degli stessi all'interno delle tradizionali categorie dell'annullamento, che opera per vizi di legittimità, con effetto ex tunc, e della revoca, in presenza di vizi di merito, che opera ex nunc. Gli atti amministrativi vanno, dunque, qualificati per il loro effettivo contenuto, per quanto effettivamente dispongono, non già per la sola qualificazione che l'autorità, nell'emanarli, eventualmente ed espressamente conferisca loro”* (ex plurimis, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 5.5.2022, n. 5648).

14.1.2- Orbene, con riferimento alla questione controversa si rileva che, come già da tempo chiarito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, *“l'art. 32 del d.lgs. n. 50 del 2016 – al fine di assicurare con la massima celerità la certezza delle situazioni giuridiche ed imprenditoriali – ha del tutto eliminato la tradizionale categoria della ‘aggiudicazione provvisoria’, ma distingue solo tra: – la ‘proposta di aggiudicazione’, che è quella adottata dal seggio di gara, ai sensi dell'art. 32, co.5, e che ai sensi dell'art. 120, co. 2-bis ultimo periodo del codice del processo amministrativo non costituisce provvedimento impugnabile; – la ‘aggiudicazione’ tout court che è il provvedimento conclusivo di aggiudicazione (...)”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, sentenze n. 1710 del 15.3.2019 e n. 6904 del 10.10.2019).

14.1.3- Conseguenze da ciò che il passaggio dalla disciplina previgente, che prevedeva due distinti atti (aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva) al sistema attuale, imperniato su un atto interno al seggio di gara (ossia la proposta di aggiudicazione) e un unico provvedimento definitivo adottato da parte dell'organo competente a deliberare l'aggiudicazione, importa che con la determina n. 102 del 25.3.2022 l'Amministrazione, per opera dell'organo a ciò istituzionalmente preposto, abbia inteso determinarsi nel senso di aggiudicare *tout court* la gara all'odierna controinteressata.

14.1.4- Nella fattispecie, con la determina n. 34 del 24.2.2023 il Responsabile del Servizio Tecnico del Comune di Spadola ha:

-) preso atto del verbale di gara del 22.2.2023 della commissione dalla quale emerge che l'offerta economicamente più vantaggiosa, valutata in sede di gara, è risultata quella offerta dalla ditta S.F. COSTRUZIONI SRL;

-) considerato che nulla è da rilevare in ordine alle modalità, ai termini e alle procedure poste in essere;

-) richiamato l'art. 32, comma 5, del d.lgs. 50/2016 nel senso che "La Stazione Appaltante, previa verifica della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'art. 33, comma 1, provvede all'aggiudicazione" e il successivo art. 33, comma 1 per il quale "La proposta di aggiudicazione è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della Stazione Appaltante...";

-) dato atto che devono essere avviati i controlli sull'aggiudicatario al fine di verificare il possesso dei requisiti e l'assenza dei motivi di esclusione ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016;

-) precisato che in caso di successivo eventuale accertamento del difetto del possesso dei requisiti generali ex artt. 80 e 83 d.lgs. 50/2016, autodichiarati dall'operatore economico, si sarebbe provveduto alla revoca del presente atto;

-) precisato che il contratto sarebbe stato stipulato secondo quanto previsto dall'art. 32, comma 14 del d.lgs. 50/2016 ss.mm.ii.;

-) ritenuto di procedere, ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 32, comma 5 e all'art. 33, comma 1, del d.lgs. 50/2016, all'approvazione della proposta di aggiudicazione, così come formulata nel verbale delle operazioni di gara per l'affidamento dei lavori di cui all'oggetto.

14.1.5- Da quanto ora rilevato si evince che il potere concretamente esercitato dall'Amministrazione, a mezzo del suo organo a ciò preposto, consiste nell'aggiudicazione *tout court* della gara alla controinteressata e tale provvedimento è

da considerarsi atto definitivo e lesivo e, come tale, onerava la ricorrente – venutane a conoscenza personalmente a mezzo comunicazione pec- della tempestiva impugnazione.

14.1.6- A fronte di ciò risultano recessive le argomentazioni spese dalla ricorrente in ordine al *nomen iuris* utilizzato, di per sé irrilevante, anche laddove mantenuto nella prassi degli uffici, essendo piuttosto dirimente la volontà dell'amministrazione ed il potere concretamente esercitato.

D'altronde, il fatto che l'Amministrazione, pur erroneamente utilizzando il termine “provvisoria” non abbia mai fatto riserva alcuna a successivi provvedimenti (in ipotesi di aggiudicazione definitiva) di per sé corrobora le conclusioni sopra rilevate in ordine all'effettività del potere esercitato (a nulla rilevando, come già osservato in sede cautelare, il successivo operato dell'Amministrazione).

Ancora, il fatto che l'Amministrazione abbia proceduto alla notifica alla ricorrente del provvedimento di aggiudicazione, di per sé non prescritta per la mera proposta interna di aggiudicazione, corrobora le conclusioni sopra rassegnate.

14.2- Tanto chiarito, nel merito il ricorso è fondato.

14.3- Dal punto di vista fattuale, risulta adeguatamente comprovato da parte ricorrente, anche a mezzo del deposito della comunicazione della controinteressata S.F. Costruzioni srl (allegato n. 6 – doc. 5 depositato il 5.4.2023), che quest'ultima aveva inserito il modulo contenente il prezzo offerto comprensivo del ribasso, la quantificazione dei costi di manodopera e degli oneri della sicurezza nell'offerta tecnica.

Tale circostanza, peraltro, si evince anche dalle premesse della determinazione n. 56 del 5.4.2023 e non risulta altresì contestata dalla stessa controinteressata S.F. Costruzioni.

14.4- La suddetta operazione, comportando la previa conoscibilità anticipata dell'intera offerta economica, *in primis* il prezzo offerto e il relativo ribasso, all'atto

di apertura dell'offerta tecnica e violando così il principio di separazione dell'offerta tecnica dall'offerta economica, come peraltro cristallizzato dal disciplinare di gara (pag. 19) avrebbe dovuto comportare l'esclusione della medesima S.F. Costruzione dalla gara.

14.5- A fronte di tale criticità non risultano adeguatamente evidenziate, dalle controparti onerate della relativa prova, circostanze tali da rendere scusabile detto errore.

Peraltro, un'eventuale criticità (ossia quella, contenuta nella dichiarazione della stessa S.F. Costruzione del 6.2.2023 versata in atti, per cui *“nella sezione “Scheda di Offerta” è consentito inserire solamente il “Valore massimo ammesso: 20 (estremo escluso) “ non consentendo l’inserimento del Ribasso Percentuale”* per un verso non risulta comprovata dalla lettura dei verbali di gara o da alcuna affermazione dell'Amministrazione e, comunque, al più avrebbe legittimato l'Amministrazione ad assumere gli accorgimenti tecnici garantendo comunque la segretezza delle offerte e non anche consentire ad inserire l'intera offerta economica nell'offerta tecnica (in argomento, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 21/11/2022, n.7202).

14.6- In conclusione, il ricorso principale va accolto e l'aggiudicazione impugnata va annullata.

15- Non essendo stato stipulato alcun contratto, non vi è luogo a pronunciarsi in merito.

Per l'effetto, anche con riferimento alla domanda risarcitoria, va disposta l'aggiudicazione in favore della ricorrente Impresa di Passafaro Giovanni, seconda graduata, salve le verifiche di competenza dell'Amministrazione a norma dell'art. 32 comma 12 d.lgs. n. 50 del 2016 e del disciplinare di gara.

16- Le spese di lite seguono la soccombenza e vanno poste per due terzi a carico del Comune di Spadola e per il rimanente terzo a carico della controinteressata, per essere liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- 1) accoglie il ricorso per motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla, nei limiti dell'interesse della ricorrente, l'impugnato atto di autotutela;
- 2) accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla l'impugnato atto di aggiudicazione in favore della controinteressata, con aggiudicazione in favore della ricorrente Impresa di Passafaro Giovanni, per come disposto in parte motiva (v. sopra, § 15).
- 3) Condanna il Comune di Spadola e la controinteressata S.F. Costruzioni S.r.l. alle spese di lite in favore del ricorrente, liquidandole in complessivi euro 6.000,00, oltre rimborso forfettario spese legali, IVA e CPA come per legge, ripartendole in ragione di due terzi a carico del Comune di Spadola e del rimanente terzo a carico della controinteressata.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Arturo Levato, Primo Referendario

Domenico Gaglioti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Domenico Gaglioti

IL PRESIDENTE
Giancarlo Pennetti

IL SEGRETARIO