

CODICE APPALTI 2023: IL PRINCIPIO DELLA FIDUCIA NON PUO' TRADURSI NEL LEGITTIMARE COMPORTAMENTI DISCREZIONALI DELL'AMMINISTRAZIONE CHE TRADISCONO L'INTERESSE PUBBLICO PERSEGUITO CON LA GARA

[TAR Sicilia, Catania, sez. III, 7.2.2024 n. 478](#)

Massime (segue testo)

<< Tale impostazione, del resto, risulta altresì coerente con la *ratio* che pervade il nuovo impianto codicistico adottato in materia di contratti pubblici con il suddetto d.lgs. n. 36/2023, il quale erge, tra i suoi capisaldi, il c.d. principio della fiducia, introdotto dall'art. 2 con il preciso fine di valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni oggetto di gara. Tale principio-guida amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile e delimita - con maggior forza rispetto al passato - il perimetro della discrezionalità amministrativa sottoposta al vaglio dell'Autorità giurisdizionale. Il Giudice, tuttavia, a fronte di scelte discrezionali dell'amministrazione che presentino, come nel caso di specie, macroscopici vizi di illegittimità, non può veder arretrare l'area del suo scrutinio, specie ove riconosca che la "fiducia" accordata alla scelta operata da una stazione appaltante tradisca l'interesse pubblico sotteso ad una gara. Ogni stazione appaltante ha invero la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile, senza tuttavia tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad

una gara, le quali, invece, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior
soddisfacimento>>

Pubblicato il 07/02/2024

N. 00478/2024 REG.PROV.COLL.

N. 02086/2023 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 Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2086 del 2023, proposto da Neotek S.r.l. Società Unipersonale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A00C34A92B, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Buscemi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale Catania, domiciliataria *ex lege* in Catania, via Vecchia Ognina, 149;

nei confronti

Patania S.r.l., La Portuale II Soc. Coop., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Bonaventura Lo Duca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Catania, via Milano n. 85;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della determinazione di registro generale n. 66 del 06-10-2023 con la quale il Dirigente della Direzione Manutenzioni, Servizi, Ambiente ed Energia dell'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale ha aggiudicato al costituendo R.T.I. composto tra le Società "Patania S.R.L." (mandataria, P.IVA 01586440891) e "La Portuale II" Soc. Coop. a.r.l. (mandante, P.IVA 02284990872), l'appalto per l'affidamento del servizio per mesi sei oltre opzione contrattuale di ulteriori mesi sei, di pulizia e disinquinamento degli specchi acquei portuali e delle relative linee di battigia di competenze dell'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale, ai fini della sicurezza nell'ambito portuale (Porto di Catania e Porto di Augusta, C.I.G. A00C34A92B);

- del verbale unico di gara del 26-09-2023 con il quale la Commissione della licitazione per cui è causa, dopo avere ammesso alla gara il costituendo R.T.I. composto dalle predette società e dopo avere provveduto ad aprire l'offerta economica presentata dalla stessa ed averla ritenuta congrua, ha stilato la graduatoria provvisoria di gara che ha visto il predetto R.T.I. collocarsi al primo posto, ed ha proposto l'aggiudicazione della gara al succitato costituendo R.T.I.;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e successivo e comunque sconosciuto e pregiudizievole per la ricorrente, tra i quali la sconosciuta nota prot. n. 17855 del 05-10-2023 del R.U.P.;

E con richiesta di conseguire l'aggiudicazione ed il contratto, nonché di subentro nel contratto, previa dichiarazione di inefficacia di quello "nelle more", ove mai, dovesse essere stipulato con il costituendo R.T.I. aggiudicatario, e/o in subordine per il risarcimento del danno causato alla ricorrente correlato al pregiudizio per la mancata esecuzione del servizio nella misura che verrà accertata in corso di causa.

E per l'annullamento,

per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Patania S.r.l. e La Portuale II Soc. Coop.:

- della determinazione n. 66 del 06.10.2023 dell'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale, nella sola parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla gara della Neotek S.r.l.;
- del verbale di gara del 26.9.2023 della Commissione di gara, nella parte in cui non ha provveduto ad escludere l'offerta della Neotek S.r.l.;
- di ogni ulteriore atto connesso, presupposto e/o conseguente, ancorché non conosciuti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale e delle società Patania S.r.l. e La Portuale II Soc. Coop.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 gennaio 2024 il dott. Francesco Fichera e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con lettera di invito dell'8.09.2023 l'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale ha indetto - ai sensi dell'art. 50 del d.lgs. n. 36/2023 - una procedura di gara negoziata avente ad oggetto l'affidamento, per mesi sei, oltre opzione di ripetizione contrattuale di ulteriori mesi sei, per l'affidamento del servizio di pulizia e disinquinamento degli specchi acquei portuali e delle relative linee di battigia di competenza della stessa Autorità, ai fini della sicurezza nell'ambito portuale (porto di Catania e porto di Augusta, C.I.G. A00C34A92B).

Secondo quanto previsto dalla lettera di invito: i) l'appalto ha ad oggetto l'attività di pulizia degli specchi acquei e delle relative linee di battigia del porto di Augusta e del porto di Catania, con conseguente obbligo dell'impresa aggiudicataria di eseguire il pattugliamento e la raccolta dei rifiuti solidi di provenienza ignota, galleggianti, semisommersi di qualsiasi natura e consistenza, differenziandoli quando possibile, nonché il carico, il trasporto, il recupero o smaltimento dei rifiuti raccolti, presso impianti di conferimento finali, autorizzati secondo la normativa vigente; ii) le attività di pattugliamento e raccolta dei rifiuti devono essere esperite per n. 365 giorni l'anno, e per n. 8 ore giornaliere di cui n. 5 ore giornaliere per il porto di Augusta e n. 3 ore giornaliere per il porto di Catania, nelle ore diurne; iii) per lo svolgimento del servizio di pattugliamento e pulizia degli specchi acquei l'impresa partecipante ed aggiudicataria è chiamata a mettere a disposizione almeno n. 1 squadra tipo per ogni porto, ciascuna delle quali è composta da un minimo di n. 2 unità; l'impresa aggiudicataria è unica responsabile delle operazioni di pulizia, trasporto e recupero smaltimento rifiuti, ottemperando agli adempimenti di cui al d.lgs. n. 152/2006 tra i quali, a titolo esemplificativo, classificazione dei rifiuti, registro di carico e scarico, formulari di identificazione dei rifiuti; iv) l'importo a base d'asta per lo svolgimento del servizio, da aggiudicarsi con il criterio del maggior ribasso, è pari ad € 96.000,00, di cui € 94.000,00 per servizio a base d'asta soggetto a ribasso ed € 2.000,00 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso; v) il criterio di selezione delle offerte è quello del minor prezzo.

Il capitolato speciale d'appalto prevede, altresì, all'art. 3, che ciascuna delle due squadre da impiegare per lo svolgimento del servizio deve essere composta da n. 1 comandante e da n. 1 mozzo; viene inoltre stabilito che, per il conferimento all'impianto di recupero e smaltimento dei rifiuti raccolti, è previsto l'impiego di n. 1 ulteriore unità lavorativa per entrambi i porti.

Le dotazioni minime dei mezzi necessari per l'esecuzione del servizio consistono in: n. 2 mezzi nautici a motore completamente attrezzati (almeno uno per ogni porto) dotati delle caratteristiche minime indicate nello stesso capitolato, n. 1 autocarro con gru idraulica, ricetrasmittente VHF e altre eventuali attrezzature. L'art. 8 del capitolato speciale d'appalto prevede, infine, che l'impresa aggiudicataria si obbliga ad osservare tutte le norme di legge in materia di assunzione di manodopera e versamento contributi previdenziali, nonché le norme in materia di sicurezza del lavoro, con indicazione di almeno un referente/responsabile del servizio sempre reperibile.

Alla gara, alla quale sono stati invitati n. 6 operatori economici, hanno partecipato solo Neotek s.r.l. società unipersonale, odierna ricorrente principale, e le società Patania s.r.l. e La Portuale II soc. coop. a.r.l., rispettivamente mandataria e mandante di un costituendo R.T.I., ricorrente incidentale.

In data 26.09.2023 si è tenuta la seduta unica di gara, durante la quale si è proceduto all'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa presentata dalle imprese partecipanti e, in seguito, all'apertura delle buste contenenti le rispettive offerte economiche, da cui si è appurato che: i) l'odierna ricorrente ha praticato un ribasso sulla base d'asta di € 94.000,00 pari all'1,33% (con prezzo offerto pari ad € 92.749,80, comprensivo di € 65.771,00 per costo della manodopera ritualmente indicato); l'R.T.I. "Patania-La Portuale" ha invece praticato il ribasso del 41,321% (con un prezzo offerto pari ad € 55.158,26, comprensivo di € 48.856,44 per costo della manodopera ritualmente indicato). Il verbale di gara è stato pubblicato sulla piattaforma telematica e trasmesso al R.U.P. in data 28.09.2023 prot. 17361.

Non vertendosi nell'ipotesi di esclusione automatica dell'offerta prevista dall'art. 54 del d.lgs. n. 36/2023, la commissione di gara ha, pertanto, proposto l'aggiudicazione in favore del costituendo R.T.I. "Patania-La Portuale".

Eseguite le relative verifiche di legge, giusto verbale del 05.10.2023 prot. 17855, in data 06.10.2023 il R.U.P. ha aggiudicato l'appalto in favore del suddetto raggruppamento temporaneo d'impresе.

2. Con ricorso principale ritualmente notificato in data 3.11.2023 e depositato il 6.11.2023, Neotek s.r.l. ha impugnato, chiedendone l'annullamento previa sospensione degli effetti, i seguenti atti: 1) la determinazione di registro Generale n. 66 del 06.10.2023 con la quale il Dirigente della Direzione Manutenzioni, Servizi, Ambiente ed Energia dell'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale ha aggiudicato al costituendo R.T.I. "Patania-La Portuale" l'appalto per l'affidamento - per mesi sei oltre opzione contrattuale di ulteriori mesi sei - del servizio di pulizia e disinquinamento degli specchi acquei portuali e delle relative linee di battigia di competenze dell'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale, ai fini della sicurezza nell'ambito portuale (Porto di Catania e Porto di Augusta, C.I.G. A00C34A92B); 2) il verbale unico di gara del 26.09.2023 con il quale la Commissione di gara, dopo avere ammesso alla gara il costituendo R.T.I. "Patania-La Portuale" e dopo avere provveduto ad aprire l'offerta economica presentata dalla stessa ed averla ritenuta congrua, ha stilato la graduatoria provvisoria di gara che ha visto il predetto R.T.I. collocarsi al primo posto, ed ha proposto l'aggiudicazione della gara al suddetto costituendo R.T.I.; 3) ogni altro atto presupposto, connesso e successivo e comunque sconosciuto e pregiudizievole per la ricorrente, tra i quali la sconosciuta nota prot.n. 17855 del 05.10.2023 del R.U.P..

La ricorrente ha altresì chiesto: 1) di conseguire l'aggiudicazione ed il relativo contratto; 2) il subentro nel contratto, previa dichiarazione di inefficacia di quello nelle more eventualmente stipulato con il costituendo R.T.I. aggiudicatario; 3) e/o in subordine, il risarcimento del danno correlato al pregiudizio per la mancata esecuzione del servizio nella misura che verrà accertata in corso di causa.

I sopra riportati atti sono stati impugnati per il seguente, unico, motivo: *violazione e/o falsa applicazione dell'art. 54 e dell'art. 110 del d.lgs. n. 36/2023 (codice degli appalti); eccesso di potere per illogicità manifesta ed irragionevolezza; eccesso di potere per contraddittorietà e per sviamento; violazione dei principi ex art. 97 Costituzione di buon andamento e di imparzialità della p.a..*

2.1. Viene in particolare evidenziato che la condotta dell'Amministrazione appaltante abbia concretizzato una violazione degli artt. 54 e 110 del d.lgs. n. 36/2023, nella misura in cui quest'ultima ha ritenuto di non qualificare come anomala l'offerta economica ricevuta dal R.T.I. aggiudicatario dell'appalto, contenente un ribasso pari al 41,321% del prezzo posto a base d'asta, pari a € 94.000,00, da cui discenderebbe, al netto della somma da impiegare per il costo della manodopera (pari a € 48.856,44), che l'aggiudicataria dispone della residua somma di € 6.301,82 per far fronte alle ulteriori spese di gestione del servizio e conseguire, allo stesso tempo, un utile d'impresa.

Tale somma residua, in particolare, secondo la prospettazione della ricorrente non sarebbe sufficiente per coprire i costi di carburante necessari per garantire il funzionamento dei due mezzi da impiegare per la gestione del servizio durante i sei mesi di durata del contratto (che sarebbero pari a € 10.950,00), conseguendo, pertanto, una perdita economica rispetto al residuo. A tale spesa, continua parte ricorrente, andrebbe sommata anche quella necessaria per conferire in discarica i rifiuti raccolti dai due mezzi nautici, che graverebbe interamente sulla aggiudicataria del servizio, il cui costo complessivo – alla luce dei formulari dei rifiuti allegati dalla mandante La Portuale nel corso del precedente servizio gestito dal R.T.I. *de quo* e di cui la ricorrente principale ha estratto copia a seguito di istanza di accesso – sarebbe pari a € 6.300,00 per il periodo di durata del servizio previsto dall'appalto per cui è causa.

A tali costi sarebbero da aggiungersi, inoltre: i) il costo del carburante del mezzo deputato a trasportare i rifiuti raccolti in discarica, stimato per il semestre in € 744,00; ii) il costo legato agli oneri di manutenzione dei mezzi nautici (varo, alaggio, manutenzione, motore ed assicurazione), stimato in € 5.500,00; iii) le spese per la manutenzione di autocarro (assicurazione, bollo, usura, tagliando, ammortamento), che sono stimate in € 386,00; iv) i costi della manodopera indicati in sede di gara dal R.T.I., che si discostano da quelli dallo stesso indicati in una precedente gara del 2020, e che, applicando il C.C.N.L. di riferimento, ammonterebbero a € 49.216,60 (già superiore di € 360,16 al costo indicato dal R.T.I.), senza tener conto che nel luglio 2023 è subentrato un aumento salariale per le figure professionali impiegate nello svolgimento del servizio.

Da tali evidenze discenderebbe, per la ricorrente, che la scelta dell'Amministrazione appaltante di non sottoporre a verifica di anomalia l'offerta economica presentata dal R.T.I. aggiudicatario sia manifestamente illogica e irragionevole; tale irragionevolezza sarebbe ancor più significativa alla luce del fatto che l'anomalia di tale offerta fosse accertabile già alla luce dei costi presuntivi del servizio indicati dalla Stazione appaltante in seno alla precedente medesima gara dalla stessa indetta nel 2020.

3. L'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale, Amministrazione intimata, si è costituita in giudizio in data 16.11.2023 e con successiva memoria del 17.11.2023 ha chiesto il rigetto del ricorso in quanto infondato.

3.1. L'Amministrazione appaltante, in particolare, ha evidenziato di essere in possesso di dati empirici per stimare con presumibile certezza i costi presuntivi relativi al carburante per i mezzi impiegati, il valore medio dei rifiuti da mancare a conferimento e il correlato prezzo. Con specifico riguardo al costo di conferimento in discarica viene dedotto che, come precisato nel capitolato speciale d'appalto, il mezzo impiegato per l'attività conferita in appalto deve avere essere

dotato di “big bag” (sacchi contenitori omologati adatti per il trasporto di qualsiasi materiale solido alla rinfusa: polvere, scaglie e granuli) che consente una capacità minima di stoccaggio a bordo pari a 3 metri cubi. Da ciò discenderebbe un elemento dirimente per la quantificazione delle spese, atteso che il costo della discarica non va quantificato “al giorno” in quanto nelle attività giornaliere potrebbe non verificarsene la necessità. Il costo giornaliero medio di conferimento a discarica, in ragione di quanto sopra e delle tabelle medie di costo evidenziatesi nell’ultimo quinquennio per la tipologia di servizio, sarebbe pari a € 12,00. Tenuto conto, come evidenziato, che l’appaltatore gode di una capacità di stoccaggio a bordo pari a 3 metri cubi, ammettendo che il conferimento avvenga ogni giorno, il costo complessivo sarebbe pari a € 2.196,00.

Quanto al costo del carburante, viene stimato che la media consumo del carburante sia pari a circa un litro e mezzo l’ora, stante la necessità di osservare dei precisi limiti di velocità di bordo atteso che il mezzo si muove in acque portuali ad alta densità di traffico mercantile e peschereccio, con un costo giornaliero, per 8 ore al giorno, pari a € 20,4 e un costo semestrale pari a € 3.733,2.

Da tali stime, secondo la prospettazione della parte resistente, si evincerebbe che, alla luce dell’importo dei costi residui indicati dall’aggiudicataria, pari a € 6.301,82 (da sommare a quelli relativa alla manodopera), l’offerta acquisita sia da ritenersi congrua e sostenibile.

Non sarebbero evidenziabili, in particolare, vizi macroscopici e di manifesta illogicità nella valutazione della congruità dell’offerta, principalmente in considerazione del fatto che il costo della discarica non può essere quantificato “al giorno”, in quanto - nelle attività giornaliere proprie dello specifico servizio aggiudicato - non se ne riscontrerebbe quotidianamente la necessità. Nel caso di specie, invero, non viene in rilievo un servizio di pulizia analogo a quello di

raccolta dei rifiuti urbani, nel quale si ha invece certezza della necessità delle relative attività di pulizia con cadenza giornaliera.

4. Patania s.r.l. e La Portuale Soc. Coop., società controinteressate, con memoria di costituzione del 20.11.2023 hanno eccepito l'infondatezza del ricorso e della contestuale istanza cautelare, con riserva di meglio articolare le proprie difese e di proporre ricorso incidentale, anche in considerazione del fatto che l'Autorità resistente, al momento della costituzione, non avesse consentito l'accesso alla documentazione di gara presentata dalla ricorrente.

Le controinteressate evidenziano, nello specifico, che - posta la piena discrezionalità della Stazione appaltante di procedere ai sensi dell'art. 54 del d.lgs. n. 36/2023 alla valutazione della congruità delle offerte presentate - mancherebbero gli "specifici elementi" per ritenere che l'offerta pervenuta dal R.T.I. "Patania-La Portuale" possa apparire anormalmente bassa.

In particolare, sarebbe errato il costo per il carburante dedotto dalla ricorrente, in quanto frutto di una comparazione con delle stime risalenti nel tempo (relative al 2020), concernenti un'altra procedura di gara e non confrontabili con l'attuale affidamento. Il R.T.I. aggiudicatario della gara avrebbe infatti ottimizzato negli anni i consumi dei propri mezzi nautici, i quali montano motori (c.d. entrobordo diesel) che permettono un significativo risparmio di costi rispetto a quelli che asseritamente sarebbero invece montati dalla Neotek (c.d. fuoribordo a benzina), i cui consumi sono nettamente superiori.

Ugualmente errato sarebbe anche quanto dedotto dalla ricorrente in merito alla spesa necessaria per conferire in discarica i rifiuti, in quanto i formulari presi a riferimento dalla stessa si riferirebbero alla tipologia di rifiuti urbani non differenziati CER 200301, comprendendo quindi tutti i rifiuti raccolti in ambito portuale e non soltanto quelli relativi al servizio di pulizia degli specchi acquei, oggetto dell'affidamento contestato in giudizio. Più nello specifico, il quantitativo

indicati in tali formulari deriverebbe, continuano le due società controinteressate, dalla sommatoria sia dei rifiuti raccolti negli specchi acquei portuali nonché dei rifiuti raccolti sul sedime portuale e nelle banchine portuali, servizio dato in concessione alla Società La Portuale II con un diverso contratto. I formulari attinenti alla gara per cui è causa, invece, riportano nelle annotazioni la dicitura “rifiuti provenienti dall’ambito portuale”. Da ciò deriverebbe che solo una frazione di tale quantitativo sia computabile al servizio di pulizia specchi acquei.

Fuorviante sarebbe anche il riferimento alle spese di manutenzione dei mezzi nautici, le quali, affermano la società controinteressate, non corrisponderebbero a quelle necessarie per i propri mezzi.

Errata risulterebbe, infine, anche la censura relativa al costo della manodopera, in quanto il costo dichiarato in sede di offerta dal R.T.I. aggiudicatario sarebbe ben superiore ai trattamenti salariali previsti dal C.C.N.L. Marittimi di navi fino a 151 TSL, sottosezione speciale per Marittimi imbarcati su navi che svolgono attività di Disinquinamento e Antinquinamento, comprensivo anche degli adeguamenti all’anno corrente e dei relativi oneri contributivi.

In ultimo, le controinteressate evidenziano anche l’avvenuta sottoscrizione del contratto conseguente all’aggiudicazione in data 9-10.10.2023.

5. A seguito della camera di consiglio del 22.11.2023, con ordinanza cautelare n. 571 del 23.11.2023 il Collegio ha rilevato che non sussiste il requisito del *periculum in mora*, tenuto conto che in data 9-10.10.2023 è stata sottoscritta la lettera di affidamento del servizio e, nella comparazione dei contrapposti interessi, risulta prevalente quello in capo all’Amministrazione resistente allo svolgimento del servizio oggetto di affidamento, attesa la rilevanza dell’interesse pubblico a esso sotteso. In ragione del rito cui è soggetta la controversia, il Collegio ha altresì fissato l’udienza pubblica per la decisione della causa per la data del 31.01.2024.

6. Con ricorso incidentale notificato il 4.12.2023 e depositato in data 13.12.2023, le controinteressate Patania s.r.l. e La Portuale II Soc. Coop. hanno impugnato i seguenti atti: 1) la determinazione n. 66 del 06.10.2023 dell'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale, nella sola parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla gara della Neotek s.r.l.; 2) il verbale di gara del 26.9.2023 della Commissione di gara, nella parte in cui non ha provveduto ad escludere l'offerta della Neotek s.r.l.; 3) ogni ulteriore atto connesso, presupposto e/o conseguente, ancorché non conosciuti.

I suddetti atti sono stati impugnati per i seguenti motivi: 1) *Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 99 e 100 del d.lgs. 36/2023; violazione dell'art. 3 del capitolato speciale descrittivo prestazionale di gara, dell'art. 5 della lettera d'invito; eccesso di potere per difetto d'istruttoria, travisamento dei fatti, difetto dei presupposti, difetto di motivazione; violazione del principio della par condicio dei concorrenti; violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa;* 2) *Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 99 e 100 del d.lgs. 36/2023; violazione dell'art. 3 del capitolato speciale descrittivo prestazionale di gara, dell'art. 5 della lettera d'invito; eccesso di potere per difetto d'istruttoria, travisamento dei fatti, difetto dei presupposti, difetto di motivazione; violazione del principio della par condicio dei concorrenti; violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa;* 3) *Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 94, 99 e 100 del d.lgs. n. 36/2023; violazione dell'art. 3 del capitolato speciale descrittivo prestazionale di gara, dell'art. 11 e art. 20 del disciplinare di gara; eccesso di potere per difetto d'istruttoria, travisamento dei fatti, difetto dei presupposti, difetto di motivazione; violazione del principio della par condicio dei concorrenti; violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa.*

6.1. Con il primo motivo del gravame incidentale, viene rilevato che la procedura di affidamento per cui è causa ha ad oggetto il servizio di pulizia e disinquinamento degli specchi acquei portuali, richiedendo all'uopo, tra le dotazioni minime, 2

mezzi nautici, per ciascuno dei quali deve essere messa a disposizione una squadra composta da 1 comandante e 1 mozzo. In contrasto con quanto richiesto dalla *lex specialis* di gara, la Neotek - affermano le ricorrenti incidentali - ha dichiarato di applicare il Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro per il settore “Nettezza urbana igiene ambientale”, il quale non sarebbe tuttavia applicabile alle figure professionali richieste e non sarebbe attinente al servizio oggetto della procedura di affidamento, dovendosi, al contrario, dare applicazione al Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro per il settore privato dell’industria armatoriale, il quale disciplina il rapporto di lavoro per la figura del comandante di mezzo nautico e per quella del mozzo.

Da ciò discenderebbe, continuano le controinteressate, l’inidoneità dell’offerta presentata dalla Neotek, la quale avrebbe dovuto essere esclusa.

Sebbene la Stazione appaltante non possa imporre agli operatori economici l'applicazione di un determinato C.C.N.L. per la partecipazione alla gara, l’offerta sarebbe da considerarsi inammissibile ove il C.C.N.L. di settore, applicato dall'offerente, sia del tutto avulso rispetto all'oggetto dell'appalto.

6.2. Con la seconda doglianza, viene dedotto che l’art. 3 del Capitolato Speciale richiede tra le dotazioni minime dei mezzi per l’esecuzione del servizio la disponibilità di “*n. 1 autocarro con pianale/cassone, idoneo all’espletamento del servizio, con gru idraulica per il carico dei Big Bag’s e successivo trasporto presso gli impianti di recupero/smaltimento autorizzati*”. Dalla domanda di partecipazione presentata dalla Neotek, che include anche le dichiarazioni relative alla capacità tecnica dell’impresa, con “*elenco mezzi ed attrezzature posseduti*”, non emergerebbe la presenza di alcun mezzo con le caratteristiche richieste dalla legge di gara quali dotazioni minime.

Viene altresì precisato che le “*casse scarrabili con Gru*”, indicate nell’elenco dei mezzi e delle attrezzature nella disponibilità della Neotek, siano differenti dalla dotazione

richiesta dal disciplinare, in quanto trattasi di semplici attrezzature, non motorizzate. Il paragrafo 20 del disciplinare, tra l'altro, stabilisce che “...*tutte le prescrizioni, modalità e condizioni contenute nella presente lettera hanno il carattere dell'inderogabilità e, pertanto, nel caso in cui le medesime non vengano osservate o rispettate il concorrente inadempiente è sanzionato con l'esclusione dalla gara.*” Da ciò discenderebbe che l'offerta della Neotek andasse esclusa anche per carenza delle dotazioni minime.

6.3. Con la terza e ultima censura, viene rilevato che in seno alla propria domanda di partecipazione e nella documentazione presentata Neotek avrebbe integralmente omesso tutte le dichiarazioni aventi ad oggetto il prescritto possesso dei requisiti di cui agli artt. 94, 99 e 100 del d.lgs. 36/2023, nonché di cui all'art. 85, comma 3, del d.lgs. n. 159/2011.

Il Paragrafo 11 “*requisiti necessari per la partecipazione*” del disciplinare prevede: “*Requisiti di ordine generale e speciale. La partecipazione alla procedura di gara è riservata agli operatori economici in possesso, a pena di esclusione, dei requisiti di ordine generale ovvero in capo ai quali non sussistano i motivi di esclusione di cui agli artt. 94, 99 e 100 del nuovo TU degli Appalti*”.

Anche sotto tale profilo la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa, ritenendosi, concludono le due società, che il rimedio del soccorso istruttorio non sarebbe comunque idoneo a sanare la radicale carenza che inficia la validità dell'offerta della Neotek.

7. Con successiva memoria del 18.12.2023, l'Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale ha insistito per il rigetto del ricorso principale.

8. Con memoria del 10.01.2024, la società ricorrente ha controdedotto rispetto alle censure sollevate dalle controinteressate con il ricorso incidentale.

Rispetto alla prima doglianza ivi proposta, viene rilevato che, tenuto conto di quanto espressamente previsto dall'art. 11 del d.lgs. n. 36 del 2023 – il cui secondo comma stabilisce che “*Nei bandi e negli inviti le stazioni appaltanti e gli enti concedenti*

indicano il contratto collettivo applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto o nella concessione, in conformità al comma 1" – alcun atto di gara avrebbe indicato il C.C.N.L. applicabile al personale dipendente impiegato nell'appalto per cui è causa.

La Neotek, pertanto, in ossequio a quanto previsto dal comma 3 del predetto art. 11 - ai sensi del quale *"Gli operatori economici possono indicare nella propria offerta il differente contratto collettivo da essi applicato, purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele di quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente"* - ha indicato di applicare il C.C.N.L. del Settore "Nettezza urbana igiene ambientale", il quale sarebbe applicabile all'oggetto dell'appalto e/o compatibile con esso, tenuto conto che quest'ultimo è finalizzato alla pulizia ed alla raccolta dei rifiuti presenti in mare, ed al loro trasporto e conferimento in discarica. Il C.C.N.L. applicato dalla ricorrente, inoltre, garantirebbe ai dipendenti maggiori tutele rispetto al differente C.C.N.L. applicato dalle controinteressate, in quanto i costi della manodopera indicati in seno alla propria offerta economica sarebbero superiori a quelli indicati dalle altre concorrenti.

Rispetto al secondo motivo del ricorso incidentale, viene rilevato che l'art. 11 disciplinare di gara non preveda - tra i requisiti di ordine tecnico ed economico necessari ai fini della partecipazione alla gara - la comprova, entro il termine di presentazione dell'offerta, di alcun mezzo, in quanto il possesso dei suindicati mezzi indicati negli atti di gara non costituirebbe in alcun modo requisito di partecipazione, ma requisito di esecuzione del servizio.

In ordine all'ultima censura del ricorso incidentale, la ricorrente principale afferma di aver presentato tutte le dichiarazioni sostitutive richieste per legge e dalla lettera di invito. Viene altresì evidenziato che l'omessa presentazione di dichiarazioni sostitutive in merito al possesso dei requisiti di affidabilità morale e di ordine generale sia suscettibile di soccorso istruttorio, non essendo tale omissione/carenza riconducibile alla nozione di *"irregolarità essenziali non sanabili"*.

9. Con successiva memoria del 15.01.2023, le due controinteressate hanno insistito per il respingimento del ricorso principale, evidenziando di aver versato in atti una specifica relazione tecnica che comproverebbe l'erroneità delle deduzioni della ricorrente. Nello specifico, la quantificazione del costo del lavoro per l'affidamento in oggetto è stata effettuata con riferimento al C.C.N.L. Marittimi – Navi fino a 151 t.s.l. codice CNEL I391. Per le contribuzioni previdenziali e assistenziali si è tenuto conto della contribuzione attualmente a carico della azienda, che nel 2023, e anche nel 2024, potrà inoltre scontare fino al 30% di sgravio per decontribuzione “SUD”, garantendo un ulteriore margine di riduzione del costo lavoro. Viene altresì evidenziata la produzione, in allegato alla citata relazione, di una tabella riepilogativa con lo sviluppo degli importi minimi inderogabili del costo complessivo del lavoro, con tutti gli oneri diretti e indiretti, che tiene conto anche della quota di TFR spettante calcolata sul periodo di riferimento.

Quanto al costo relativo alla figura di un autista per la gestione tra le due sedi dei porti di Catania e Augusta, questo troverebbe copertura economica nel margine (considerato il minimo inderogabile pari ad euro 24.698,31) dei costi della manodopera dichiarati nell'offerta economica del R.T.I. aggiudicatario.

Per quanto riguarda i costi di carburante e smaltimento, questi si baserebbero su dati certi e anche statistici, relativi ai consumi dei propri mezzi nautici, che negli anni le due società sono riuscite ad ottimizzare, grazie a procedure operative adeguate e all'utilizzo di tecnologie ecosostenibili in linea con la politica ambientale aziendale.

In ultimo, per quanto concerne la “*spesa necessaria per conferire in discarica i rifiuti*”, viene evidenziato che i costi siano da correlarsi alle quantità raccolte, tenendo conto che essa è distribuita solo su alcuni giorni della settimana. Il R.T.I. aggiudicatario, viene dedotto, svolge le attività di raccolta differenziata a bordo dei

propri mezzi e grazie ai propri impianti, con riduzione del volume dei rifiuti da conferire in discarica.

10. Con successiva memoria di replica del 20.01.2024, le società controinteressate hanno replicato alle controdeduzioni presentate dalla ricorrente principale in ordine al proprio gravame incidentale.

In merito alla prima censura del summenzionato ricorso, viene ribadito che il C.C.N.L. indicato dalla Neotek non sarebbe applicabile alle figure richieste obbligatoriamente dalla legge di gara, individuate in un comandante e un mozzo. Non condivisa è anche l'affermazione della ricorrente principale secondo cui il suddetto C.C.N.L. sarebbe di maggior tutela per le figure lavorative a cui lo stesso è applicabile, in quanto esso non prevede le indennità di cui agli artt. 353 (Indennità in caso di risoluzione del contratto per la perdita o la innavigabilità assoluta della nave), 354 (Indennità nel caso di perdita presunta), 355 (Indennità in caso di morte dell'arruolato), 356 (Trattamento spettante dopo la risoluzione del contratto all'arruolato ammalato o ferito), 358 (Indennità in caso di risoluzione del contratto per volontà dell'armatore) e 360 (Indennità in caso di perdita della nazionalità della nave o di sbarco dell'arruolato per cattivo trattamento) del Codice della navigazione. Il C.C.N.L. Nettezza urbana igiene ambientale, inoltre, continua la ricorrente incidentale, non prevederebbe nemmeno le ulteriori tutele previste dal C.C.N.L. sezione per i marittimi imbarcati su navi fino a 151 t.s.l., quali quelle previste dall'art. 15 "Vitto - Panatica convenzionale", dall'art. 22 "Indennità perdita corredo", dall'allegato 2 "Assicurazioni Malattie" e dall'allegato 3 "Assicurazioni infortuni", dall'allegato 8 "sottosezione speciale per i marittimi imbarcati su navi che svolgono attività di antinquinamento e disinquinamento". Viene altresì osservato che per l'accesso all'attività professionale di lavoratore marittimo oggetto dell'appalto siano richiesti requisiti professionali specifici, come sarebbe confermato dall'art. 35 dello Statuto dei lavoratori (l. n. 300/1970).

Rispetto al secondo motivo di ricorso incidentale, è sottolineato che il possesso di un autocarro con gru idraulica per espressa previsione della legge di gara rientra tra i requisiti richiesti per la dimostrazione della capacità tecnica dell'impresa e non costituirebbe, come invece sostenuto dalla Neotek, solo un requisito per l'esecuzione del servizio.

In ultimo, sul terzo motivo di ricorso incidentale, viene ribadito che l'omessa dichiarazione di un requisito non possa essere rimediata dalla Stazione appaltante nel caso di dichiarazione del tutto mancante.

11. Alla pubblica udienza del 31.12.2024, presenti i difensori delle parti come da verbale, la causa è stata posta in decisione.

12. Il ricorso principale è fondato, nei sensi di quanto di seguito specificato.

12.1. L'art. 54 del d.lgs. n. 36/2023 stabilisce, al primo comma, che *“Nel caso di aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, di contratti di appalto di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea che non presentano un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, in deroga a quanto previsto dall'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. Il primo periodo non si applica agli affidamenti di cui all'articolo 50, comma 1, lettere a) e b). In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”*.

Viene così previsto che, ove i contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea relativi ad appalti di lavori o servizi siano aggiudicati con il criterio del prezzo più basso e non presentino un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, in deroga all'art. 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultino anomale, *«qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque»*. La ratio della previsione poggia sulla circostanza che la concorrenza tra offerte competitive a basso prezzo, sebbene consenta talvolta risparmi economici significativi per le stazioni appaltanti, nondimeno può risultare

non conveniente nei casi in cui al basso prezzo corrisponda o una troppo ottimistica valutazione dei costi di esecuzione del contratto o il comportamento spregiudicato di alcuni operatori economici i quali, nonostante i molti presidi a tutela della serietà delle offerte, fondino il basso prezzo su uno scarso rapporto qualità-prezzo. È in questo tipo di contesto che si pone il concetto di “*anomalia*” o, meglio, di “*offerte anormalmente basse*”.

Il meccanismo dell'esclusione automatica viene escluso per le forme di affidamento di cui all'art. 50, comma 1, lett. a) e b), prevedendosi che le stazioni appaltanti possano comunque valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa. Viene così recuperata, nel testo del nuovo codice di settore in materia di appalti, quanto previsto dall'art. nell'art. 97, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016 in tema di “verifica facoltativa” della congruità dell'offerta.

Il successivo comma 2, innovando rispetto alla pregressa disciplina, introduce l'obbligo per le stazioni appaltanti di prevedere negli atti di indizione della procedura da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, oltre alla citata opzione per l'esclusione automatica delle offerte, anche il metodo matematico di determinazione della soglia di anomalia, individuato – a scelta delle medesime stazioni appaltanti – tra uno dei tre indicati nell'allegato II.2 dello stesso d.lgs. n. 36/2023. Al fine di ridurre in misura significativa i rischi di manipolazione della soglia di anomalia, e, al contempo, assicurare il fondamentale bilanciamento tra il contenimento dei costi e l'ottenimento di una qualità dell'esecuzione del contratto adeguata alle esigenze della stazione appaltante, la disposizione consente, pertanto, alle stazioni appaltanti di scegliere, in via alternativa e senza necessità di motivazione, uno dei tre metodi di calcolo della soglia descritti nell'allegato II.2, con l'unica condizione di indicare negli atti indittivi il metodo prescelto.

Ciò rilevato in via di premessa sistematica, dal tenore della lettera di invito pubblicata in data 8.09.2023 dalla Autorità di Sistema Portuale del Mare di Sicilia Orientale, nelle vesti di Stazione appaltante, si evince, alla luce del servizio oggetto di affidamento, del criterio economico di selezione dell'aggiudicatario, del valore economico dell'appalto e del numero di imprese invitate a partecipare alla procedura, che, con specifico riguardo alla verifica di anomalia dell'offerta debba trovare applicazione l'art. 54 del d.lgs. 36/2023, nella parte in cui tale verifica viene resa facoltativa e senza obbligo di indicazione del metodo di calcolo della soglia di anomalia negli atti di gara.

La giurisprudenza amministrativa, in presenza di una "verifica facoltativa" della congruità dell'offerta di un operatore economico, riconosce alle stazioni appaltanti un'ampia discrezionalità con riguardo alla scelta di procedere, o no, alla verifica facoltativa, con la conseguenza che il ricorso all'istituto (come pure la mancata applicazione di esso) non necessita di una particolare motivazione né può essere sindacato se non nelle ipotesi, remote, di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto (Consiglio di Stato, sez. V, 29/01/2018, n. 604).

Più specificatamente, la valutazione di anomalia dell'offerta costituisce tipica espressione della discrezionalità tecnica di cui l'amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell'interesse pubblico ad essa affidato dalla legge: detta valutazione è di norma sottratta al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da irragionevolezza, irrazionalità, illogicità, arbitrarietà o travisamento dei fatti; in altri termini, il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni operate dalla stazione appaltante in ordine al giudizio di anomalia dell'offerta non può estendersi oltre l'apprezzamento della loro intrinseca logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria, essendo preclusa all'organo giurisdizionale la possibilità di svolgere (autonomamente o a mezzo di consulenti tecnici)

un'autonoma verifica circa la sussistenza, o meno, dell'anomalia, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità tecnica dell'amministrazione; laddove, pertanto, le valutazioni dell'amministrazione in ordine alla congruità della offerta, pur in ipotesi opinabili, siano tuttavia motivate sotto il profilo tecnico discrezionale e fondate su dati, anche statistici, non manifestamente errati né travisati (o del cui errore o travisamento non sia stata fornita alcuna dimostrazione in giudizio), non può che concludersi per il rigetto della relativa impugnazione (*ex multis*, Consiglio di Stato sez. V, 01/03/2023, n. 2170).

Anche la decisione di non procedere alla mancata verifica di anomalia dell'offerta, pertanto, costituisce una scelta discrezionale e facoltativa dell'amministrazione, che diventa sindacabile dal giudice amministrativo solo nei casi di manifesta illogicità e ragionevolezza, o quando alla base vi sia un decisivo errore di fatto (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 02/02/2022, n. 1233; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 07/04/2021, n. 2294).

Tale indirizzo appare giustificato dall'ampiezza del presupposto su cui l'art. 54 (e prima di esso, l'art. 97, co. 6, del d.lgs. n. 50/2016) fonda la discrezionalità dell'amministrazione appaltante, la quale "può" valutare la congruità di un'offerta in base a "elementi specifici" e nel caso in cui essa "appaia anormalmente bassa".

Va altresì rilevato che, per consolidato orientamento giurisprudenziale, "*la verifica di congruità di un'offerta non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte, perché va condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata ed alla capacità dell'impresa - tenuto conto della propria organizzazione aziendale e, se del caso, della comprovata esistenza di particolari condizioni favorevoli esterne - di eseguire le prestazioni contrattuali al prezzo proposto, essendo ben possibile che un ribasso sostenibile per un concorrente non lo sia per un altro, per cui il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrare la congruità di una di esse*" (Cons. Stato sez. V, 15/02/2023, n. 1589; Cons. Stato, V, 28 gennaio 2019, n. 690; Cons. Stato, V, n. 2540 del 2018, cit.; 13

febbraio 2017, n. 607; 20 luglio 2016, n. 3271; 7 settembre 2007 n. 4694; IV, 29 ottobre 2002, n. 5945).

Non avendo per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, la verifica di anomalia dell'offerta mira - quindi - ad accertare se in concreto essa risulti, nel suo complesso, attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto; pertanto, la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo (*ex multis*, Cons. Stato, V, 2 maggio 2019, n. 2879; III, 29 gennaio 2019, n. 726; V, 23 gennaio 2018, n. 430; 30 ottobre 2017, n. 4978).

L'esito della gara, conseguentemente, può essere travolto solo quando il giudizio negativo sul piano dell'attendibilità riguardi voci che, per la loro rilevanza ed incidenza complessiva, rendano l'intera operazione economicamente non plausibile e insidiata da indici strutturali di carente affidabilità a garantire la regolare esecuzione del contratto volta al perseguimento dell'interesse pubblico (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 10/06/2022, n. 7712).

Non può esser taciuto, d'altro lato, che la formulazione di un'offerta economica e la conseguente verifica di anomalia si fondano su stime previsionali e, dunque, su apprezzamenti e valutazioni implicanti un ineliminabile margine di opinabilità ed elasticità, essendo quindi impossibile pretendere una rigorosa quantificazione preventiva delle grandezze delle voci di costo rivenienti dall'esecuzione futura di un contratto e risultando, pertanto, sufficiente che questa si mostri *ex ante* ragionevole ed attendibile (così espressamente Cons. Stato, sez. V, 3480/2018).

Orbene, nella procedura di affidamento oggetto del presente gravame emerge, *ictu oculi*, la presenza di taluni elementi che possono far legittimamente dubitare della ragionevolezza e logicità con cui l'Amministrazione resistente ha valutato l'offerta

presentata dal R.T.I. aggiudicatario, escludendo ogni necessità di ricorrere al giudizio di anomalia.

Il predetto R.T.I. ha, invero, praticato un ribasso sulla base d'asta di € 94.000,00 del 41,321%, con un prezzo offerto pari ad € 55.158,26, comprensivo di € 48.856,44 per costo della manodopera. Da ciò discende che il raggruppamento dispone della residua somma di € 6.301,82 per far fronte alle ulteriori spese di gestione del servizio, tra i quali appare plausibile dover far rientrare - stimati per un semestre - i costi di carburante necessari per garantire il funzionamento dei due mezzi da impiegare per la gestione del servizio durante la durata del contratto, i costi per conferire in discarica i rifiuti raccolti dai due mezzi nautici, il costo del carburante del mezzo deputato a trasportare i rifiuti raccolti in discarica, il costo legato agli oneri di manutenzione dei mezzi nautici.

Comparando il prezzo offerto dal raggruppamento controinteressato con i costi stimati dalla stessa Stazione appaltante nell'ambito dell'affidamento avente ad oggetto, nel 2020, il medesimo servizio di pulizia e disinquinamento nei porti di Augusta e Catania, appare irragionevole che a distanza di tre anni dalla precedente gara i costi effettivi di tutte le attività connesse al servizio di pulizia e disinquinamento dello specchio acqueo del Porto di Augusta e del Porto di Catania, tra cui rientrano - si legge nel calcolo presuntivo redatto dalla stessa Amministrazione nel 2020 - i costi del personale, del mezzo nautico, del carburante e del mezzo terrestre con gru, possano variare al punto da far supporre un loro abbattimento che raggiunge il ribasso praticato in sede di offerta dalle società controinteressate.

Lo scrutinio volto a individuare la presunta macroscopica irragionevolezza e illogicità della scelta discrezionale dell'Amministrazione resistente di non sottoporre il R.T.I. aggiudicatario al giudizio di anomalia non deve fondarsi, ad avviso del Collegio, sul rilievo che i costi di manodopera indicati in sede di gara si

discostino, tra l'altro in misura non significativa, dai parametri retributivi previsti dal C.C.N.L. di categoria per le figure professionali da impiegarsi nella gestione del servizio, come invece rilevato da parte ricorrente. Per consolidata giurisprudenza, invero, *“nell'ambito di una procedura di gara pubblica l'offerta non può essere considerata anomala qualora il costo del lavoro sia stato calcolato in base a valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali, o dai contratti collettivi; i costi medi della manodopera, indicati in dette tabelle, non assumono infatti valore di parametro assoluto e inderogabile”* (Consiglio di Stato sez. V, 18/02/2019, n. 109). È pertanto giustificabile che vi sia uno scostamento tra il valore astratto di un C.C.N.L. e il costo del lavoro (complessivo) sostenuto dalla singola impresa, rientrando nell'autonomia organizzativa dell'imprenditore anche il potere di gestire e organizzare in maniera efficiente le risorse umane, abbattendo i costi della manodopera (eventualmente usufruendo delle misure di flessibilità o di incentivazione previste dall'ordinamento: es. part-time, sgravi determinati dall'apprendistato o dovuti ad assunzioni agevolate; sgravi contributivi previsti eventualmente anche dalle diverse leggi di bilancio annuali), o anche applicando un contratto collettivo nazionale diverso da quello dello specifico settore merceologico preso in considerazione dalla tabella, purché ad esso congruente (*ex multis*, T.A.R. Napoli, (Campania) sez. II, 11/12/2019, n. 5892).

Non è quindi dal costo della manodopera - ove evidentemente quest'ultimo non risulti basso in modo abnorme - che l'amministrazione deve trarre il convincimento di sottoporre una data offerta al giudizio di anomalia; la valutazione da compiersi, nell'esercizio della propria piena discrezionalità, attiene piuttosto ad un accertamento in concreto dell'offerta, il quale deve risultare globale e sintetico e non concentrarsi sulle singole voci di costo.

Il Collegio ritiene che la natura del prezzo offerto in sede di gara dal R.T.I. “Patania-La Portuale”, con un ribasso del 41,321% rispetto all'importo della base d'asta, avrebbe dovuto condurre l'Amministrazione resistente a compiere gli

accertamenti che la legge le consente in caso di offerte che “appaiano anormalmente basse”, disponendo di quegli “elementi specifici” - come previsto dall’art. 54 del d.lgs. n. 36/2023 - che le consentono di appurare la congruità di un’offerta, avendo, peraltro, proceduto nel 2020 a indire una gara per l’affidamento del medesimo servizio e con specifiche stime delle singole voci di costo ad esso correlate, dalle quali avrebbero potuto essere tratte, ragionevolmente, utili indicazioni per accertare se l’offerta presentata dall’aggiudicatario potesse risultare economicamente non plausibile o, al più, potesse risultare insidiata da indici strutturali di carente affidabilità al fine di garantire la regolare esecuzione di un servizio che, avendo ad oggetto la pulizia e il disinquinamento degli specchi acquei portuali e delle relative linee di battigia dei porti di Augusta e Catania, appare volto al perseguimento di un rilevante interesse pubblico.

Devono invero evidenziarsi i seguenti profili.

Quanto ai costi di carburante, i quali - secondo la prospettazione della ricorrente - andrebbero quantificati in sei mesi in € 10.950,00, deve da un lato tenersi in debito conto, ai fini del vaglio della presunta manifesta irragionevolezza e illogicità della valutazione compiuta dall’Amministrazione aggiudicatrice, di quanto controdedotto in sede difensiva dalle due società controinteressate, le quali evidenziano che le suddette stime operate da chi ricorre in giudizio, promananti da una comparazione con la speculare procedura di gara indetta nel 2020 dalla Stazione appaltante, debbano essere rapportate all’ottimizzazione dei consumi che negli anni ha interessato i mezzi adoperati dalle due società vincitrici, con conseguente risparmio di costi. A corroborare tale risparmio sarebbe il ricorso a mezzi nautici per i quali viene chiesto un tipo di carburante che renderebbe più circoscritti i costi rispetto a quanto supposto dalla Neotek. Non viene tuttavia fornita alcuna allegazione atta a suffragare tale risparmio.

Più puntuali appiano, sul punto, le stime operate in sede difensiva dalla Stazione appaltante, secondo cui il costo semestrale del carburante non supererebbe la somma di € 3.733,2, a cui deve addivenirsi sommando il presumibile costo giornaliero dello stesso – pari a € 20,40 per le otto ore giornaliere di servizio previste complessivamente per entrambi i porti dalla *lex specialis* (5h/giorno per il porto di Augusta, 3h/giorno per il porto di Catania), calcolato stimando il costo del carburante in € 1,70/l, il quale è in linea con quello attualmente praticato nel mercato – per i 180 giorni corrispondenti alla durata del contratto (“*mesi 6, ripetibile per ulteriori mesi 6*”).

Rispetto alla spesa per conferire in discarica i rifiuti, l’Amministrazione resistente evidenzia di aver verificato, in sede di valutazione dell’offerta, il costo giornaliero medio di conferimento, in ragione delle tabelle medie di costo relative all’ultimo quinquennio per la tipologia di servizio interessata, corrispondente a € 12,00. Tenuto conto che il mezzo adoperato per l’attività oggetto dell’appalto, come previsto dal capitolato speciale di gara, deve essere dotato di “big bag” - con correlata capacità minima di stoccaggio a bordo pari a 3 metri cubi -, non appare irragionevole l’esito di calcolo cui giunge la Stazione appaltante, la quale, pur rilevando che il conferimento in discarica possa non avvenire giornalmente (attesa la suddetta capacità minima di stoccaggio richiesta di 3 metri cubi), specifica che, anche ammettendo che tale conferimento sia effettuato ogni giorno, il costo complessivo sarebbe pari a € 2.196,00.

Rispetto agli ulteriori costi residui, i quali attengono ai costi di carburante relativi al conferimento in discarica con apposito mezzo di terra per un semestre nonché agli oneri di manutenzione di tutti mezzi adoperati nello svolgimento del servizio, la quantificazione operata dalla società ricorrente - che quantifica tali costi in € 5.500,00 (per varo, alaggio, manutenzione, motore e assicurazione dei mezzi nautici) e € 386,00 (per assicurazione, bollo, usura, tagliandi, ammortamento per

l'autocarro) - non viene smentita né dalla Stazione appaltante, la quale è silente sul punto, né dalle due società controinteressate, le quali nulla allegano per supportare la propria tesi difensiva secondo cui *“fuorviante è il riferimento alle spese di manutenzione dei mezzi”* fornita dalla ricorrente, evidenziando che *“probabilmente i costi immaginati si riferiscono ai mezzi acquistati d'occasione da parte della Neoterke, ma non sono replicabili per i mezzi e le attrezzature del RTI aggiudicatario”*.

Orbene, questo Collegio ritiene che, anche a voler ritenere, in linea di pura ipotesi, plausibili le stime riportate dall'Amministrazione aggiudicatrice in ordine ai costi di carburante per i due mezzi di mare, pari a € 3.733,20, e a quelli concernenti lo smaltimento in discarica, pari a € 2.196,00, sia macroscopicamente irragionevole ritenere che la residua somma di € 372,62, risultante dalla sottrazione dei suddetti importi alla somma complessiva dei costi indicati dal R.T.I. aggiudicatario, pari a € 6.301,82 (al netto di quelli previsti per la manodopera), sia sufficiente per coprire le ulteriori spese sopra riportate, relative, lo si ripete, ai costi di carburante relativi al conferimento in discarica con apposito mezzo di terra per un semestre nonché agli oneri di manutenzione di tutti mezzi adoperati nello svolgimento del servizio.

Non può sfuggire, invero, che la Stazione appaltante abbia individuato l'importo a base d'asta, fissandolo in € 96.000,00 (di cui € 94.000,00 per servizio a base d'asta soggetto a ribasso ed € 2.000,00 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso) tenendo evidentemente conto anche di tali costi, anche alla luce del prospetto dei costi relativi alla gara avente il medesimo oggetto bandita nel 2020.

A fronte di tale importo residuo, pari a € 372,62, e dinanzi alla concreta possibilità di sottoporre l'offerta censurata dalla ricorrente principale ad una comparazione con i costi relativi alla precedente gara – da cui, tra l'altro, promana la scelta di fissare a € 96.000,00 l'importo a base d'asta, quale espressione di un giudizio di discrezionalità tecnica – non si comprende come l'Amministrazione che resiste in giudizio abbia deciso di non sottoporre al giudizio di anomalia tale offerta, specie

in considerazione della particolare natura dell'interesse pubblico sotteso al servizio di pulizia e disinquinamento degli specchi acquei di due porti nevralgici per la Sicilia orientale.

Ritenuto, pertanto, che sussistano i presupposti per sottoporre la decisione di non ricorrere al giudizio di anomalia al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, il Collegio rileva che la scelta compiuta dall'Amministrazione resistente risulti inficiata da irragionevolezza e illogicità manifesta, risultando altresì sintomatica - atteso, come detto, il rilevante interesse pubblico perseguito con l'affidamento in oggetto - di un uso della discrezionalità tecnica distorto e contrario al principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., determinando, pertanto, l'intervento caducatorio dell'Autorità giurisdizionale.

Tale impostazione, del resto, risulta altresì coerente con la *ratio* che pervade il nuovo impianto codicistico adottato in materia di contratti pubblici con il suddetto d.lgs. n. 36/2023, il quale erge, tra i suoi capisaldi, il c.d. principio della fiducia, introdotto dall'art. 2 con il preciso fine di valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni oggetto di gara. Tale principio-guida amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile e delimita - con maggior forza rispetto al passato - il perimetro della discrezionalità amministrativa sottoposta al vaglio dell'Autorità giurisdizionale. Il Giudice, tuttavia, a fronte di scelte discrezionali dell'amministrazione che presentino, come nel caso di specie, macroscopici vizi di illegittimità, non può veder arretrare l'area del suo scrutinio, specie ove riconosca che la "fiducia" accordata alla scelta operata da una stazione appaltante tradisca l'interesse pubblico sotteso ad una gara. Ogni stazione appaltante ha invero la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è

funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile, senza tuttavia tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, invece, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento.

Proprio il perseguimento di tale interesse pubblico costituisce il "risultato" cui deve tendere l'appalto, rappresentando, come previsto dall'art. 1 del predetto d.lgs. 36/2023, il "*criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale*". Il risultato che l'amministrazione deve perseguire, invero, deve essere "*virtuoso*", risultando tale quello che possa portare a diminuire i costi di un servizio assicurando allo stesso tempo l'accrescimento della qualità e della produttività.

Se è vero che, nell'impostazione del nuovo Codice dei contratti pubblici l'amministrazione è chiamata a compiere la scelta più "virtuosa", assicurando il "*miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza*", non può ritenersi che tale "miglior rapporto" sia stato raggiunto nella gara in oggetto, ove la stazione appaltante, addivenendo alla propria decisione di aggiudicare l'appalto in favore delle due società controinteressate sulla base di una valutazione che appare largamente basarsi sul maggior ribasso praticato dalla stessa, ha disatteso, irragionevolmente, ogni potenziale verifica in ordine ai presidi di qualità ed efficienza del servizio che quest'ultima è chiamata a svolgere, finendo per tradire la funzionalizzazione verso il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico cui essa deve tendere.

Nel caso di specie, l'ampliamento dei poteri valutativi in capo alla Stazione appaltante non può implicare, ad avviso del Collegio, che la stessa possa compiere scelte manifestamente illogiche o irragionevoli, ove quest'ultime, come si ritiene sia

accaduto nella gara in oggetto, determino il rischio di non ottenere il miglior risultato possibile, e, quindi, di ledere l'interesse pubblico sotteso all'indizione di una procedura di affidamento.

Disponendo, lo si ribadisce, di quegli "elementi specifici" - come previsto dall'art. 54 del d.lgs. n. 36/2023 - che le consentissero di appurare la congruità di un'offerta, data l'indizione della medesima gara nel 2020 e la presenza di specifiche stime delle singole voci di costo ad essa correlate, l'Amministrazione, nell'esercizio della sua discrezionalità ampliata dai principi della fiducia e del risultato, avrebbe dovuto disporre il giudizio di anomalia nei confronti della parte controinteressata, nell'ottica di assicurarsi di compiere la scelta più funzionale al soddisfacimento dell'interesse pubblico sotteso alla procedura di gara.

Per tutto quanto sopra esposto e considerato, il ricorso principale è quindi da ritenersi fondato con specifico riferimento alla domanda di annullamento degli atti impugnati.

13. Appurata la fondatezza della domanda di annullamento del ricorso principale, il Collegio esamina le censure sollevate con il ricorso incidentale presentato dal R.T.I. controinteressato, il quale è infondato e deve essere respinto.

13.1. Il primo motivo del ricorso incidentale è infondato per quanto di seguito indicato.

In assenza dell'indicazione da parte della Stazione appaltante del C.C.N.L. da applicare ai lavoratori impiegati nel servizio oggetto di affidamento, l'operatore economico deve ritenersi libero di operare gli inquadramenti professionali secondo la regolamentazione dettata dal C.C.N.L. che viene da quest'ultimo applicato. L'eventuale difformità tra l'inquadramento professionale attribuito al lavoratore e la qualifica contrattuale spettategli secondo le declaratorie previste dal contratto collettivo dev'essere fatta valere - in linea di principio - nell'ambito dei rapporti fra lavoratore e datore di lavoro, salvi i riflessi sulla congruità complessiva dell'offerta,

ove l'inquadramento sia del tutto anomalo o abnorme in relazione ai profili professionali ritenuti necessari per lo svolgimento del servizio; e fatti salvi, altresì, i riflessi in punto di ammissibilità dell'offerta, se il C.C.N.L. di settore, applicato dall'offerente, risulti del tutto avulso rispetto all'oggetto dell'appalto.

Dalla comparazione tra il C.C.N.L. Nettezza urbana igiene ambientale, indicato in sede di offerta dalla Neotek, e il C.C.N.L. del settore marittimo dell'industria armatoriale, indicato invece dal R.T.I. aggiudicatario, non può trarsi il convincimento che il primo sia da considerarsi del tutto avulso rispetto all'oggetto dell'appalto, tenuto conto, in particolare, della classificazione del personale operata dall'art. 140 del C.C.N.L. Nettezza urbana igiene ambientale, basata su cinque aree funzionali e nove livelli, oltre al livello di quadro, e delle correlate tabelle retributive.

Rilevato invero che il servizio oggetto dell'affidamento per cui è causa concerne la pulizia e il disinquinamento degli specchi acquei portuali e delle relative linee di battigia, e che le attività di *“spazzamento, raccolta, tutela e decoro del territorio”* (prima area funzionale del C.C.N.L. applicato dalla ricorrente principale), nonché di *“conduzione”* di mezzi (seconda area funzionale del medesimo C.C.N.L.), presentino caratteristiche da ritenersi compatibili con tale servizio, non può contestarsi, ad avviso del Collegio, la decisione di ammissione alla gara della società Neotek operata dalla Stazione appaltante.

Tale assunto appare, del resto, coerente con l'impostazione pretoria secondo cui soltanto la scelta del C.C.N.L. applicabile al personale dipendente che diverge insanabilmente, per coerenza e adeguatezza, da quanto richiesto dalla Stazione appaltante in relazione ai profili professionali ritenuti necessari è idonea, di per sé, a determinare un'ipotesi di anomalia, riflettendosi sulla possibilità di formulare adeguate offerte sotto il profilo economico, essendo incoerenti o incompatibili i profili professionali di riferimento (Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2020, n. 6336).

L'Amministrazione portuale ha ritenuto, nell'esercizio della propria discrezionalità amministrativa, di non ricorrere al giudizio di anomalia alla luce del C.C.N.L. indicato da Neotek in sede di offerta, e tale decisione non può ritenersi manifestamente illogica o irragionevole, specie ove si considerino, tra l'altro, i costi di manodopera indicati dalla stessa società, pari a € 65.771,00, pienamente coerenti con l'importo a base d'asta indicato dall'Autorità resistente nel bando di gara.

13.2. Anche la seconda doglianza del ricorso incidentale appare priva di pregio e deve essere disattesa.

Dal combinato disposto dei paragrafi 11 e 20 della lettera d'invito e dell'art. 3 del capitolato speciale di gara emerge che la dotazione di *“1 autocarro con pianale/cassone, idoneo all'espletamento del servizio, con gru idraulica per il carico dei Big Bag's e successivo trasporto presso gli impianti di recupero/smaltimento autorizzati”* non costituisca requisito necessario da comprovare, a pena di esclusione, al momento della presentazione dell'offerta, non figurando all'interno del paragrafo 11 della suddetta lettera d'invito. L'esclusione dalla gara cui fa riferimento, invece, il successivo paragrafo 20 di quest'ultima investe, con specifico riferimento alla dotazione di mezzi richiesta, la successiva fase di esecuzione del contratto e deve essere raccordata, tra l'altro, con il principio di tassatività delle cause di esclusione previsto dall'art. 10 del d.lgs. n. 36/2023, il quale, al comma 1, stabilisce che *“I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice”*, e al secondo comma prevede che *“Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte”*.

13.3. Il terzo e ultimo motivo di ricorso del gravame incidentale è anch'esso infondato e deve essere respinto.

L'art. 101 del d.lgs. 36 del 2023 prevede, al comma 1, l'obbligo della Stazione appaltante di attivare il soccorso istruttorio sia per integrare la documentazione trasmessa, sia allo scopo di sanare eventuali omissioni, inesattezze ed irregolarità; non viene riproposta la differenziazione, operata dal precedente d.lgs. n. 50 del 2016, tra irregolarità essenziali e non essenziali. Il soccorso istruttorio, in particolare, non può riguardare la sola *“documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica”* e l'amministrazione vi fa ricorso per *“sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara...Sono non sanabili soltanto le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente”*.

La logica semplificatoria che emerge dalla disposizione è affiancata dall'intento di evitare che, nel rispetto del principio della *par condicio*, lo svolgimento della procedura di gara sia condizionato da un eccessivo formalismo, il quale potrebbe pregiudicare la qualità dell'offerta e il pieno raggiungimento dell'obiettivo perseguito dalla stazione appaltante con la procedura di gara. Concretizzando una manifestazione del principio-guida della fiducia, da leggersi in termini bilaterali quale fiducia nell'attività dell'amministrazione e nella diligente responsabilità dell'operatore, la disposizione attenua, quindi, possibili rigorismi applicativi e non può indurre ad accogliere la prospettazione delle due società ricorrenti incidentali, secondo cui la carenza dichiarativa della Neotek rispetto al possesso dei requisiti di cui agli artt. 94, 95 e 100 del d.lgs. n. 36 del 2023 non potrebbe essere rimediata dalla Stazione appaltante.

Tale rilievo, che deve essere esteso anche alla dichiarazione di cui all'art. 85, comma 3, del d.lgs. n. 159 del 2011, conduce a ritenere che la Neotek non avrebbe potuto essere esclusa per non aver prodotto le suddette dichiarazioni; tale lettura, per il vero già affermata dalla giurisprudenza amministrativa in costanza di

applicazione del precedente d.lgs. 50 del 2016 (Consiglio di Stato, VI, 24 febbraio 2022, n. 1308; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 24/03/2023, n. 971), deve ancor più essere ribadita in virtù del nuovo impianto codicistico delineato dal d.lgs. n. 36 del 2023.

14. Per tutto quanto sopra considerato ed esposto, il ricorso principale è fondato e deve essere accolto relativamente alla domanda di annullamento degli atti impugnati, facendo salve le ulteriori determinazioni dell'Amministrazione resistente. Nelle more del riesercizio del potere amministrativo, non può invece essere accolta la correlata domanda avente ad oggetto il conseguimento dell'aggiudicazione e del relativo contratto, previa sua dichiarazione di inefficacia. Non è altresì accoglibile la domanda risarcitoria presentata in subordine dalla ricorrente principale, in quanto l'eventuale diritto al risarcimento risulta, anch'esso, correlato al riesercizio del potere da parte dell'Amministrazione resistente.

Il ricorso incidentale, in quanto infondato, deve essere invece respinto.

15. Alla luce del combinato disposto di cui agli articoli 26, comma 1, c. p. a. e 92, comma 2, c.p.c., si ritiene di ravvisare, nelle peculiarità del giudizio, eccezionali ragioni per l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposti:

- accoglie il ricorso principale nei sensi e nei limiti di cui in motivazione;
- respinge il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Aurora Lento, Presidente

Valeria Ventura, Referendario

Francesco Fichera, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Francesco Fichera

IL PRESIDENTE
Aurora Lento

IL SEGRETARIO