

N. 00119/2024 REG.PROV.COLL.
N. 00567/2023 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 Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 567 del 2023, proposto dalla società Ca.Ti.Fra. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in relazione alla procedura CIG 9887512904, rappresentata e difesa dall'avv. Umberto Ilardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e Autorità di Sistema Portuale dello Stretto Messina, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Reggio Calabria, domiciliataria *ex lege* in Reggio Calabria, via del Plebiscito, 15;

nei confronti

Società S.I.L.E.M. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Fabio Saitta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia:

- del Decreto n. 219 dell'11 ottobre 2023, con cui l'Autorità di Sistema Portuale dello Stretto ha aggiudicato definitivamente alla S.I.L.E.M. s.r.l. unipersonale la procedura aperta, ai sensi dell'art. 71 del D.lgs. n.36/2023, per l'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e della esecuzione dei lavori, sulla base del progetto di fattibilità tecnico-economica, relativi all'intervento denominato "Progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di adeguamento e risanamento della banchina Margottini nel porto di Reggio Calabria", CIG: 9887512904;
 - della proposta di aggiudicazione in favore della S.I.L.E.M. s.r.l. unipersonale, della dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione, ove, per ipotesi, autonoma dalla aggiudicazione definitiva, nonché – sempre ove ed in quanto ciò occorrer possa – della verifica dei requisiti, generali e speciali, della S.I.L.E.M. s.r.l. unipersonale e del "progettista indicato";
 - di tutti i verbali delle sedute di gara, pubbliche e riservate, delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla Commissione di gara incaricata di valutare le offerte tecniche ed economiche dei concorrenti, nonché, in genere, di qualsiasi altro atto annesso, connesso, presupposto e/o consequenziale, compreso – sempre nei limiti di interesse – anche il disciplinare di gara;
- nonché per l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del relativo contratto ovvero per la declaratoria di inefficacia del contratto stesso, ai sensi e per gli effetti degli artt. 121 e 122 del c.p.a. e, quale risarcimento in forma specifica, per l'accoglimento della domanda di subentro;
- nonché, ancora:
- per le subordinate ipotesi in cui non venissero conseguiti l'aggiudicazione ed il contratto, ovvero in cui (in caso di parziale esecuzione dell'opera da parte della controinteressata) venisse affidata solo una parte dell'opera, per l'accoglimento della domanda di condanna della P.A. al risarcimento per equivalente monetario dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, dell'Autorità di Sistema Portuale dello Stretto e di S.I.L.E.M. S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 gennaio 2024 la dott.ssa Roberta Mazzulla 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 ricorso notificato in data 10.11.2023 e depositato in data 10.11.2023, la società ricorrente, collocatasi al secondo posto della graduatoria relativa alla procedura aperta, ex art. 71 del D.lgs. n. 36/2023, bandita dall'Autorità di Sistema Portuale dello Stretto per l'affidamento congiunto, sulla base del progetto di fattibilità tecnico-economica, della progettazione esecutiva e della esecuzione dei lavori, relativi all'intervento denominato "Progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di adeguamento e risanamento della banchina Margottini nel porto di Reggio Calabria", CIG: 9887512904, ha impugnato il Decreto n. 219 dell'11 ottobre 2023, con cui la stazione appaltante ha aggiudicato definitivamente la commessa pubblica alla S.I.L.E.M. s.r.l. Ha, dunque, chiesto l'assegnazione dell'appalto l'inefficacia dell'eventuale contratto *medio tempore* stipulato ovvero, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente.

2. Il ricorso risulta affidato ai motivi di diritto appresso sintetizzati e raggruppati per censure omogenee.

- "VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 41, COMMA 14, E 108, D.LGS. N. 36/2023 – VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE

DEL BANDO E DEL DISCIPLINARE DI GARA, IN PARTICOLARE DELLE DISPOSIZIONI RELATIVE ALL'IMPORTO DELL'APPALTO, ALLE MODALITÀ DI FORMULAZIONE DELL'OFFERTA ECONOMICA – ECCESSO DI POTERE – ERRORE DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO – DIFETTO DI ISTRUTTORIA – CARENZA, ILLOGICITÀ E CONTRADDITTORIETÀ DELLA MOTIVAZIONE – ERRONEA VALUTAZIONE DELL'OFFERTA ECONOMICA DELLA S.I.L.E.M. S.R.L. – INDETERMINATEZZA E/O EQUIVOCITÀ DELL'OFFERTA – SVIAMENTO – VIOLAZIONE DELLA PAR CONDICIO – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI BUON ANDAMENTO, TRASPARENZA, IMPARZIALITÀ ED EFFICIENZA DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA”;

La Commissione di gara avrebbe dovuto escludere l'aggiudicataria in quanto, in sede di presentazione dell'offerta economica, e, più precisamente, nel redigere il modello di offerta economica di cui all'allegato C – che, secondo quanto previsto dal disciplinare di gara, avrebbe dovuto essere accluso alla cd. documentazione economica – ha esposto, quale *“importo soggetto a ribasso”*, sul quale calcolare, in via diretta ed immediata, il cd. *“ribasso percentuale unico offerto”*, una cifra, corrispondente ad € 9.084.418,22, di cui € 1.011.221,98 quali oneri della manodopera non soggetta a ribasso d'asta. L'esposizione di tale cifra, siccome inclusiva dei suddetti costi della manodopera, violerebbe il disposto di cui all'art. 41 comma 14 D.lgs. n. 36/2023, espressamente richiamato nel disciplinare di gara, secondo cui *“I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso”*.

A fronte di tale circostanza, l'Autorità Portuale avrebbe dovuto escludere l'aggiudicataria dalla gara, per violazione della normativa inderogabile sopra citata, e non già, per come invece effettuato dalla Commissione in occasione della seduta del 25.09.2023, *“manipolare”* la relativa offerta, estrapolando dall'importo

inequivocabilmente indicato quale “*soggetto a ribasso*” la somma relativa ai costi della manodopera (€ 1.011.221,98).

Tale manipolazione non troverebbe giustificazione alcuna nella pretesa annotazione esplicativa esposta nella tabella di cui al modello C, allegato dalla S.I.L.E.M. srl, laddove, nell’area corrispondente all’importo esposto quale “*soggetto a ribasso*” (€ 9.084.418,22) è dato leggere: “*Come previsto del Disciplinare di Gara per cui per LAVORI (soggetti a ribasso d’asta) € 8.799.450,40, inclusa la manodopera (non soggetta a ribasso d’asta) di € 1.011.221,98 + per PROGETTAZIONE ESECUTIVA E COORDINAMENTO SICUREZZA N FASE DI PROGETTAZIONE (soggetti a ribasso d’asta) € 284.967,82*”.

Ciò nella misura in cui, contrariamente a quanto ritenuto dalla Commissione in occasione della seduta del 25.09.2023, ove, con tale annotazione, l’aggiudicataria avesse realmente voluto escludere dall’importo “*soggetto a ribasso*” tutte “*le somme non soggette a ribasso d’asta*”, avrebbe dovuto ivi indicare non soltanto i costi della manodopera (€ 1.011.221,98) ma anche gli oneri relativi alla sicurezza aziendale, (€ 310.225,09), parimenti “*non soggetti a ribasso d’asta*” (ma non inseriti nella parte “*esplicativa*” della tabella in questione).

Siffatta annotazione, viceversa, siccome posta al di sotto della cifra pari ad € 9.084.418,22, esplicherebbe semmai il reale intento della SILEM ovvero quello di sommare al costo dei lavori (€ 7.788.225,42) e della progettazione (284.967,82), quello della manodopera (€ 1.011.221,98), per un totale complessivo, per l’appunto, di € 9.084.418,22, integralmente assoggettato, nelle reali intenzioni della concorrente, al cd. ribasso unico percentuale offerto, pari al 28,456%.

La Commissione, nell’estrapolare dal suddetto importo (€ 9.084.418,22) quello relativo al costo della manodopera (€ 1.011.221,98), si sarebbe sostituita alla volontà dell’aggiudicataria, effettuando una non consentita manipolazione della relativa offerta, in luogo della doverosa esclusione della stessa.

A tutto voler concedere, l'annotazione summenzionata, lungi dall'essere chiarificatrice di quale fosse l'effettivo importo sul quale applicare, nelle intenzioni della concorrente, il cd. *“ribasso percentuale unico offerto”*, avrebbe semmai dovuto viepiù giustificarne l'esclusione, in ragione dell'evidente equivocità ed incertezza circa la reale portata della relativa offerta economica.

A comprova dell'estrema incertezza dell'offerta in questione soccorrerebbe l'indicazione successivamente operata dalla S.I.L.E.M. nell'ambito del medesimo allegato C, laddove risulta esposto, a titolo di *“costi della manodopera”*, un importo (€ 1.100.000,00) superiore rispetto a quello in precedenza *“dettagliato”* (€ 1.011.221,98).

Secondo la prospettazione della ricorrente, quindi, la Commissione, lungi dal trovarsi dinanzi ad un *«errore facilmente riconoscibile attraverso elementi “diretti ed univoci”, tali da configurare un errore materiale o di scritturazione, astrattamente emendabile»* (e, come tale, soccorribile) dell'offerta economica, avrebbe dovuto escludere *de plano* la concorrente e non già effettuare una indebita attività manipolativa, avente effetti distorsivi della concorrenza.

- *“VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 44 E 100, D.LGS. N.36/2023 – VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEL DISCIPLINARE DI GARA, IN PARTICOLARE DELLE DISPOSIZIONI AFFERENTI AL PROGETTISTA INDICATO, AL POSSESSO DEI REQUISITI DA PARTE DEL PROGETTISTA INDICATO E ALL'OFFERTA TECNICA – ECCESSO DI POTERE – ERRORE NEI PRESUPPOSTI – DIFETTO DI ISTRUTTORIA – CARENZA DI MOTIVAZIONE – CONTRADDITTORIETÀ – VIOLAZIONE DELLA PAR CONDICIO – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI BUON ANDAMENTO, TRASPARENZA, IMPARZIALITÀ ED EFFICIENZA DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA – ERRONEA VALUTAZIONE DELL'OFFERTA TECNICA ED ERRONEA*

ATTRIBUZIONE DEI PUNTEGGI – INDETERMINATEZZA E/O EQUIVOCITÀ DELL’OFFERTA”;

- “VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 105 E 108, D.LGS. N. 36/2023 NONCHÉ DELL’ALLEGATO II.8 – VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEL DISCIPLINARE DI GARA, IN PARTICOLARE DELLE DISPOSIZIONI E DEI CRITERI IN MATERIA DI VALUTAZIONE DELL’OFFERTA TECNICA E DI ATTRIBUZIONE DEI PUNTEGGI – VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA ISO 14001 - ECCESSO DI POTERE – ERRORE NEI PRESUPPOSTI – ERRONEA VALUTAZIONE DELL’OFFERTA TECNICA ED ERRONEA ATTRIBUZIONE DEI PUNTEGGI - DIFETTO DI ISTRUTTORIA – CARENZA DI MOTIVAZIONE – DISPARITÀ DI TRATTAMENTO – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI BUON ANDAMENTO, TRASPARENZA, IMPARZIALITÀ ED EFFICIENZA DELL’AZIONE AMMINISTRATIVA”;

La S.I.L.E.M. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara anche per avere indicato, in sede di Relazione Unica, quale figura apicale nell’attività di progettazione, l’Ing. Sutura, ovvero un soggetto diverso da quelli inseriti nel D.G.U.E., laddove il medesimo ingegnere non figurerebbe nel novero dei professionisti incaricati dall’attività di progettazione, risultando esclusivamente uno dei soci della Dinamica s.r.l., responsabile della progettazione, quale capogruppo, unitamente al mandante arch. De Meo.

In ogni caso, i punteggi attribuiti alla S.I.L.E.M. a titolo di “professionalità ed adeguatezza dell’offerta” criterio sub A1 (punti 4), nonché a titolo di “Metodologia di sviluppo dell’intervento”, criterio B.1 (punti 14) dovrebbero azzerarsi per le seguenti ragioni:

- Il punteggio relativo al criterio sub A1, in quanto l'aggiudicataria, avuto riguardo all'allegato servizio svolto presso il porto di Capo d'Orlando, relativo ad opere classificate con ID IA.01, non avrebbe indicato, per come prescritto nel disciplinare, né il periodo di esecuzione del servizio né il nominativo dei responsabili dell'espletamento dello stesso.

- il punteggio relativo al criterio sub B.1 in quanto nella Relazione Unica, esplicitiva delle esperienze maturate dall'aggiudicataria, sarebbe stata ampiamente valorizzata la figura di un professionista – ing. Sutera – non rientrante nella rosa dei progettisti incaricati dell'espletamento del servizio oggetto di appalti, secondo le indicazioni del D.G.U.E.

Il doveroso azzeramento di siffatti punteggi erroneamente assegnati a S.I.L.E.M. srl, unitamente all'illegittimo mancato riconoscimento, in favore della ricorrente, del punteggio associato alla certificazione del sistema di gestione ambientale UNI EN ISO 14001, avuto riguardo al codice EA-28, avente valore generale, avrebbero consentito a quest'ultima di aggiudicarsi la gara.

3. S.I.L.E.M. S.r.l., costituitasi in giudizio, ha resistito al gravame mediante articolate e documentate deduzioni difensive, chiedendone il rigetto.

Avuto specifico riguardo al primo motivo di gravame, l'aggiudicataria ha escluso che la Commissione abbia effettuato un'attività manipolativa della propria offerta economica, essendosi piuttosto limitata a leggerla in coerenza tanto con le previsioni di cui al bando ed al disciplinare di gara, reiterative della disposizione normativa di cui all'art. 41 comma 14 D.lgs. n. 36/2023, quanto con le annotazioni esplicative di cui al Modello C allegato alla propria offerta economica, laddove i costi della manodopera sarebbero stati scorporati dall'importo soggetto a ribasso.

Del resto, a fronte delle indicazioni fuorvianti contenute nel portale della stazione appaltante (laddove l'importo soggetto al ribasso era stato esposto al netto dei costi della progettazione), al quale ciascun concorrente era, comunque, tenuto ad accedere

onde inserirvi direttamente il ribasso percentuale offerto (oltre che a “caricare” il modello C dell’offerta), la Commissione di gara non avrebbe potuto che “soccorrere” l’eventuale errore materiale in cui S.I.L.E.M. fosse incorsa nella indicazione dell’importo soggetto al ribasso, senza che ciò determinasse alcuna violazione della *par condicio competitorum*.

4. In data 17 novembre 2023 si sono costituite in giudizio la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Il 20 novembre 2023 si è costituita l’Autorità di Sistema Portuale dello Stretto di Messina, con memoria di mera forma, corredata da ampia documentazione.

5. Con ordinanza del 23/11/2023 n. 214, il Collegio, valutata la preminenza dell’interesse pubblico alla celere conclusione della procedura, siccome condizionata dalla tempistica relativa all’erogazione dei fondi PNRR, ha respinto la richiesta di sospensione dell’efficacia dell’aggiudicazione, nel contempo fissando l’udienza pubblica di trattazione della causa nel merito.

5.1 Il Consiglio di Stato, adito dalla ricorrente avverso la pronuncia cautelare in parola, ha rigettato l’appello previa delibazione non soltanto del *periculum in mora* ma anche del *fumus boni iuris* in quanto «nella gara qui controversa l’offerta economica ha ad oggetto il ribasso percentuale e non l’importo ribassabile, predeterminato dalla stazione appaltante e vincolante per tutti i partecipanti».

6. In vista della trattazione della causa nel merito, ciascuna delle parti, ivi inclusa quella pubblica, ha meglio precisato e chiarito le rispettive ragioni.

In particolare, la ricorrente ha valorizzato la funzione svolta dal Modello C che, per come prescritto dal bando, ciascun concorrente avrebbe dovuto porre a corredo della propria offerta. Tale offerta, intesa quale inequivocabile volontà negoziale in ordine al “prezzo” sostanzialmente richiesto da ciascun concorrente quale “corrispettivo” della complessiva attività di progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di adeguamento e risanamento della banchina Margottini nel porto di

Reggio Calabria, risulterebbe disvelata non soltanto dal dato percentuale di Ribasso Percentuale Unico Offerto, esposto a video in piattaforma, ma anche dal cd. “*importo soggetto a ribasso*”, sul quale applicare il ribasso percentuale in parola. Tale importo avrebbe, per ciò stesso, dovuto essere univocamente esposto nell’apposito riquadro di cui al suddetto modello C del disciplinare, da caricare a sistema quale parte integrante della “*documentazione economica*”.

L’aver consapevolmente inserito, nel riquadro relativo al cd. “*importo soggetto a ribasso*” di cui al modello C, anche il costo della manodopera avrebbe, quindi, dovuto condurre *de plano* all’esclusione dell’aggiudicataria per violazione dell’art. 41 comma 14 Codice appalti. Pur volendolo in subordine ritenere, per come sostenuto da Ca.Ti.Fra, che questa abbia commesso un mero errore materiale emendabile, esso avrebbe dovuto al più essere soccorso nei termini di cui all’art. 101 comma 4 citato Codice ovvero fino al giorno fissato per l’apertura delle offerte.

L’aggiudicataria, dal suo canto, dopo aver allegato la sopravvenuta consegna dei lavori (21.12.2023) in via d’urgenza, ex art. 17 comma 8 D.lgs. n. 36/2023, cui avrebbe fatto seguito l’allestimento del cantiere come da cronoprogramma dei lavori (recinzione area di intervento, posa dei box uffici e servizi igienici ed simili attività preliminari), ha valorizzato la delibazione del *fumus* operata dal Consiglio di Stato, ritenendola idonea a confortare la mancata valenza escludente – erroneamente dedotta dalla Ca.Ti.Fra con il primo motivo di gravame – dell’eventuale imprecisione della propria offerta economica, avuto specifico riguardo all’inclusione, nel modello C alla stessa allegato, dei costi della manodopera all’interno dell’importo complessivo “*soggetto a ribasso*” (€ 9.084.418,22 di cui € 1.011.221,98 quali costi della manodopera).

Più precisamente, a detta della aggiudicataria, l’unico aspetto rilevante ai fini della legittima presentazione dell’offerta economica coinciderebbe con l’importo percentuale del cd. Ribasso Percentuale Unico Offerto, da inserire direttamente

accedendo alla piattaforma telematica e compilando direttamente a video l'offerta, e non già con l'ancillare modello C. Nell'eventualità in cui, l'indicazione dell'importo soggetto a ribasso operata in tale Modello C fosse ritenuta erronea, dopo aver eccepito l'inammissibilità dell'obiettata violazione del disposto di cui all'art. 101 comma 4 Codice Appali, Ca.Ti.Fra., sul presupposto che si tratti di un mero errore materiale, ha invocato il cd. soccorso istruttorio "processuale", sostanzialmente sminuendone la idoneità ad escluderla dalla procedura, per come preteso dalla ricorrente.

7. In occasione dell'udienza pubblica del 24 gennaio 2024, dopo ampia discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

8. Coglie nel segno la preliminare ed assorbente censura escludente formulata dalla società ricorrente con il primo motivo di gravame.

9. L'apprezzamento della fondatezza di siffatta censura passa dalla preliminare ricognizione della disciplina normativa di cui al novellato Codice Appalti, D.lgs. n. 36/2023, in tema di esposizione, in sede di partecipazione alle commesse pubbliche, dei cd. costi della manodopera, chiarendo fin da subito come siffatta disciplina sia stata pienamente recepita dall'odierna Stazione Appaltante in sede di predisposizione degli atti gara, il cui contenuto era per ciò stesso vincolante nei confronti di ciascun concorrente.

10. Soccorre a tale proposito, la disposizione di cui all'art. 41 comma 14 citato D.lgs., secondo cui: *«Nei contratti di lavori e servizi, per determinare l'importo posto a base di gara, la stazione appaltante o l'ente concedente individua nei documenti di gara i costi della manodopera secondo quanto previsto dal comma 13. I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale».*

La disposizione normativa sopra trascritta contiene il riferimento a due concetti distinti e, come si vedrà, non sono sovrapponibili ovvero “*l'importo posto a base di gara*”, nell'individuare il quale la stazione appaltante deve prevedere anche il cd. costo della manodopera, e l’*“importo assoggettato al ribasso”* dal quale, invece, “*i costi della manodopera*”, devono essere scorporati.

Tale previsione normativa vieta, quindi, che i costi della manodopera, pur rientrando nel più generale “*importo posto a base di asta*”, siano inclusi nel cd. *importo assoggettato al ribasso* ovvero nell'importo sul quale dovrà essere applicato il ribasso percentuale offerto dal concorrente e ciò all'evidente fine di non sottostimare le retribuzioni da erogare ai lavoratori “applicati” nell'esecuzione delle commesse pubbliche.

Questo, tuttavia, non esclude che, per come espressamente previsto dal Legislatore in coerenza con l'orientamento giurisprudenziale formatosi sotto la vigenza della precedente normativa in tema di appalti, ciascun concorrente possa, in via separata rispetto “*all'importo assoggettato al ribasso*” (ovvero quello sul quale applicare la percentuale di ribasso percentuale), esporre una cifra, a titolo di costi della manodopera, inferiore rispetto a quella che la stazione appaltante ha previsto *ex ante* nell'ambito del più ampio *importo posto a base di gara*.

Ciò, tuttavia, potrà avvenire a condizione che tale, per così dire, “indiretto” ribasso dei costi della manodopera risulti coerente con una “*più efficiente organizzazione aziendale*” che l'operatore dovrà dimostrare in sede di verifica dell'anomalia, doverosamente promossa dalla stazione appaltante (Consiglio di Stato sez. V, 09/06/2023, n. 5665; T.A.R. Sicilia, Palermo sez. II, 19/12/2023, n. 3779; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 07/11/2023, n. 6128).

10.1 Chiarito quanto sopra e venendo alla fattispecie in esame, rileva il Collegio come la disposizione normativa di cui al sopra trascritto art. 41 comma 14 D.lgs. n. 36/2023 sia stata pienamente recepita dall'odierna stazione appaltante laddove:

a) in sede di bando di gara ha precisato che *“Nell’importo dei lavori a base d’asta”* [concetto distinto, come prima chiarito dall’*importo assoggettato al ribasso*] è compreso l’importo relativo ai costi della manodopera pari ad € 1.011.221,98, per una percentuale del 11,492% dei lavori medesimi”;

- in sede di disciplinare, ha previsto, sia pure con una formulazione, a tratti non proprio felice, che:

a) *“L’importo totale dell’appalto è di € 9.394.643,31, di cui: per LAVORI (soggetti a ribasso d’asta) € 8.799.450,40 inclusa manodopera (non soggetta a ribasso d’asta) di € 1.011.221,98; per Oneri Sicurezza (non soggetti a ribasso d’asta) € 310.225,09; per PROGETTAZIONE ESECUTIVA e COORDINAMENTO SICUREZZA IN FASE DI PROGETTAZIONE (soggetti a ribasso d’asta) € 284.967,82. Ai sensi dell’articolo 108, co. 9, del D. Lgs. 36/2023, l’operatore economico dovrà dichiarare, a pena di esclusione, in sede di presentazione dell’offerta, i costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro”* (art. 3.2 del disciplinare);

b) *“Ai sensi dell’articolo 41, co. 14, del D. Lgs. 36/2023 i costi della manodopera indicati all’articolo 3 del presente Disciplinare non sono ribassabili. Resta la possibilità per l’operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell’importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale, su richiesta della Stazione Appaltante”* (art. 14.3, lett. a., punto 3 del disciplinare).

In altri termini, ciascun concorrente avrebbe potuto sì ribassare il costo della manodopera, pari ad € 1.011.221,98 - ricompreso nell’ambito del più complessivo l’importo posto a base di gara, pari ad € 9.394.643,31 - ma avrebbe potuto farlo soltanto in via indiretta, ovvero esponendo una cifra inferiore rispetto a quella computata *ex ante* dall’Autorità di Sistema Portuale e non già inserendo il costo medesimo, in via diretta ed immediata, nel diverso e distinto *“importo assoggettato a ribasso”*, sul quale applicarsi il Ribasso Percentuale Unico Offerto, da intendersi quale ribasso proposto avuto riguardo a tutte le attività oggetto di appalto: *“servizi tecnici e lavori”*.

11. Ed è proprio in coerenza con siffatte regole di gara che all'art. 14.3, rubricato "Offerta Economica", sono state previste le seguenti regole per la presentazione dell'offerta:

«L'operatore economico dovrà, accedendo alla risposta economica, compilare direttamente a video la propria offerta; in particolare l'operatore economico dovrà:

1. a pena di esclusione, inserire, nella cella gialla, il RIBASSO PERCENTUALE UNICO offerto, che verrà applicato ai servizi tecnici e ai lavori; si precisa che il ribasso percentuale dovrà essere indicato a video in cifre impiegando soltanto 3 decimali e dovrà essere espresso in valore assoluto utilizzando come separatore delle cifre decimali la virgola e NON il punto;

2. indicare, a pena di esclusione, ai sensi dell'articolo 108, co. 9, del D. Lgs. 36/2023, l'importo dei "ONERI DELLA SICUREZZA AZIENDALI", che non potrà essere pari a "0", ricompresi nel PREZZO OFFERTO; il predetto importo dovrà essere indicato a video in cifre impiegando soltanto 3 decimali, utilizzando come separatore delle cifre decimali la virgola e NON il punto, e dovrà essere espresso in valore assoluto;

3. indicare, a pena di esclusione, ai sensi dell'articolo 108, co. 9, del D. Lgs. 36/2023, l'importo dei "COSTI DELLA MANODOPERA", che non potrà essere pari a "0" ricompresi nel PREZZO OFFERTO; il predetto importo dovrà essere indicato a video in cifre impiegando soltanto tre decimali, utilizzando come separatore delle cifre decimali la virgola e NON il punto, e dovrà essere espresso in valore assoluto».

L'offerta economica di ciascun operatore è, quindi, composta:

a) dal ribasso Percentuale Unico Offerto, da applicarsi ai servizi tecnici ed ai lavori ovvero *all'importo assoggettato al ribasso*, da digitare direttamente sulla piattaforma informativa;

b) dal modello C, da compilare ed allegare in piattaforma, nel quale, per come è evincibile dal relativo schema, ciascun candidato avrebbe dovuto chiaramente distinguere:

- l'importo soggetto al ribasso (IVA esclusa), sul quale avrebbe voluto applicare la percentuale caricata direttamente on line, e comunque da ribadire nello schema in parola;

- l'importo dei costi della manodopera impiegata, non inseribili nell'ambito del suddetto importo, per come sopra chiarito.

11.1 L'offerta economica di ciascun operatore, per come chiaramente evincibile dal tenore della *lex specialis*, è, quindi, necessariamente composita, essendo costituita dal ribasso percentuale, da inserire in piattaforma, disvelato - nella sua concreta applicazione funzionale ad identificare quale sia, in sostanza, il corrispettivo effettivamente preteso per l'esecuzione dell'intera commessa - nelle indicazioni da inserire nel cd. Modello Allegato C al disciplinare.

12. Le superiori considerazioni consentono di apprezzare la fondatezza della censura espulsiva proposta dalla ricorrente con il primo motivo di gravame.

Ed invero, l'aggiudicataria, dopo aver inserito in piattaforma il ribasso percentuale offerto (pari al 28,456%), ha riempito gli spazi lasciati liberi nell'apposito Modello C - le cui indicazioni erano necessarie, ai fini sopra indicati - inserendo nella casella corrispondente all'*importo soggetto a ribasso* la cifra di € 9.084.418,22 corrispondente esattamente alla sommatoria tra € 7.788.225,42 quale costo del lavoro, € 284.967,82 quale costo della progettazione e, per l'appunto, € 1.011.221,98 quale costo della manodopera.

12.1 L'inserimento di siffatto costo nel novero dell'*importo assoggettato a ribasso*, in quanto contrastante con le disposizioni normative e speciali sopra indicate, avrebbe dovuto condurre all'esclusione *de plano* la concorrente.

L'operazione, in proposito, effettuata dalla Commissione di gara, la quale ha "ritenuto" che le intenzioni della concorrente fossero quelle di scorporare dalla cifra di € 9.084.418,22 il costo della manodopera (€ 1.011.221,98) deve ritenersi obiettivamente manipolativa dell'offerta economica.

Ciò in quanto siffatta attività interpretativa presuppone l'esecuzione, da parte della Commissione, di un'azione diversa e, soprattutto, contraria rispetto a quella consapevolmente effettuata dalla concorrente allorquando quest'ultima ha operato la sommatoria di tutti i fattori sopra indicati, giungendo, nella compilazione dell'apposito riquadro del Modello C, alla somma di € 9.084.418,22, quale *importo soggetto a ribasso* inclusivo del costo della manodopera.

13. Né è possibile ritenere che siffatta volontà fosse inequivocabilmente "ricostruibile" dalla Commissione, per avere l'aggiudicataria fatto seguire all'esposizione della cifra in parola l'indicazione secondo cui: "*Come previsto del Disciplinare di Gara per cui per LAVORI (soggetti a ribasso d'asta) € 8.799.450,40, inclusa la manodopera (non soggetta a ribasso d'asta) di € 1.011.221,98 + per PROGETTAZIONE ESECUTIVA E COORDINAMENTO SICUREZZA N FASE DI PROGETTAZIONE (soggetti a ribasso d'asta) € 284.967,82*".

Ed invero, siffatta "specificazione", in quanto parzialmente riproduttiva della previsione generale di cui all'art. 3.2 del disciplinare, attesa la mancata indicazione dell'ulteriore importo relativo agli oneri di sicurezza aziendale (€ 310.225,09), avrebbe semmai dovuto indurre la Commissione a valutare l'estrema incertezza dell'offerta economica dell'aggiudicataria. Tale incertezza risulta, invero, figlia non già di un mero errore materiale, facilmente riconoscibile ed emendabile, in applicazione dei principi del risultato e della fiducia, oggi codificati agli artt. 1 e 2 D.lgs. n. 36/2023, bensì della predisposizione di una offerta in termini confusi ed indecisi la quale, per ciò stesso, non avrebbe potuto essere oggetto di alcuna attività esegetica, pena l'indebita sostituzione dell'amministrazione nella volontà dell'offerente, con conseguente violazione del principio della *par condicio competitorum*. Quanto sopra trova riscontro in quel consolidato orientamento giurisprudenziale, condiviso dal Collegio, secondo cui "*L'errore materiale rilevante si caratterizza, infatti, per la sua percepibilità (o riconoscibilità) da parte dell'interprete dell'atto di cui si postula che sia affetto*

dal vizio negoziale, dovendo sussistere elementi univoci per ricondurlo ad un vizio di trascrizione o di compilazione inequivocabilmente e immediatamente rilevabile come tale, attraverso un'analisi che deve concernere il solo documento recante l'errore e non anche elementi ad esso esterni o collaterali.

[...]

Se, viceversa, l'esegesi ricostruttiva della volontà negoziale si estende ad una considerazione sistematica degli elementi contenutistici dei diversi atti di gara, essa trascende in una ricostruzione di tipo logico - deduttivo che non pare più coerente con i canoni della immediata evidenza e del mero errore materiale emendabile» (così Cons. Stato, sez. V, 15/09/2022, n. 8008; 5.04.2022, n. 2529 e giurisprudenza ivi richiamata).

14. In conclusione, il ricorso è fondato e, come tale, deve essere accolto, in adesione all'assorbente censura escludente sopra scrutinata.

Ne consegue l'annullamento del Decreto n. 219 dell'11 ottobre 2023, con cui l'Autorità di Sistema Portuale dello Stretto ha aggiudicato definitivamente alla S.I.L.E.M. s.r.l. unipersonale la procedura aperta, ai sensi dell'art. 71 del D.lgs. n.36/2023, per l'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e della esecuzione dei lavori, sulla base del progetto di fattibilità tecnico-economica, relativi all'intervento denominato "Progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di adeguamento e risanamento della banchina Margottini nel porto di Reggio Calabria", CIG: 9887512904.

Considerata la mancata stipula del contratto, essendo stata documentata soltanto la "consegna dei lavori in via d'urgenza", nulla osta, ex artt. 48 comma 4 D.L. n. 77/2021, per come modificato dall'art. 12 bis comma 7 D.L. n. 68/2022 e 125 c.p.a., che, quale effetto conformativo delle presenti statuizioni annullatorie ed in adesione alla domanda all'uopo formulata dalla società ricorrente, l'appalto sia a quest'ultima aggiudicato, essendosi collocata al secondo posto in graduatoria (cfr. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 27.09.2023, n. 725).

In proposito, irrilevanti si appalesano le attività preliminari, allegate dalla S.I.L.E.M., conseguenti alla consegna in questione e ciò in considerazione della natura dell'attività preliminare oggetto della commessa pubblica, coincidente con la progettazione esecutiva prima ancora che con l'esecuzione dei lavori di adeguamento e risanamento della banchina Margottini sita nel porto di Reggio Calabria.

15. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo; possono essere, invece, interamente compensate nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, ai sensi e nei termini di cui in motivazione.

Per l'effetto:

- annulla il Decreto n. 219 dell'11 ottobre 2023, con cui l'Autorità di Sistema Portuale dello Stretto ha aggiudicato definitivamente alla S.I.L.E.M. s.r.l. unipersonale la procedura aperta, ai sensi dell'art. 71 del D.lgs. n.36/2023, per l'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e della esecuzione dei lavori, sulla base del progetto di fattibilità tecnico-economica, relativi all'intervento denominato "Progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di adeguamento e risanamento della banchina Margottini nel porto di Reggio Calabria", CIG: 9887512904;

- dichiara CA.TI.FRA. s.r.l. aggiudicataria della gara per l'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e della esecuzione dei lavori, sulla base del progetto di fattibilità tecnico-economica relativi all'intervento predetto - CIG: 9887512904;

Condanna S.I.L.E.M. S.r.l. e l'Autorità di Sistema Portuale dello Stretto al pagamento, in favore di parte ricorrente, della somma di € 4.000,00 (€ 2.000,00 ciascuno) a titolo di spese di lite, oltre rimborso forfettario, IVA e CPA, come per

legge; dichiara interamente compensate le spese nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente

Roberta Mazzulla, Primo Referendario, Estensore

Alberto Romeo, Referendario

L'ESTENSORE
Roberta Mazzulla

IL PRESIDENTE
Caterina Criscenti

IL SEGRETARIO