

N. 00120/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00568/2023 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 568 del 2023, proposto da Ca.Ti.Fra. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9887609910, rappresentata e difesa dall'avvocato 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 *pro tempore*, rappresentate e difese dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Reggio Calabria, domiciliata in Reggio Calabria, via del Plebiscito, n. 15;

nei confronti

S.I.L.E.M. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Saitta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di

Giustizia;

Franco Giuseppe S.r.l., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- del Decreto n. 220 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 ristrutturazione dello scivolo 0 nel porto di Villa San Giovanni (RC)", CIG: 988769910;

- 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";

- ed ancora: 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, della graduatoria di gara stilata ed approvata, nonché, in genere, di qualsiasi altro atto annesso, connesso, presupposto e/o consequenziale, tra essi compreso anche – sempre nei limiti di interesse – il disciplinare di gara;

NONCHÉ

per l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del relativo contratto

E, NELL'IPOTESI IN CUI SIA STATO (O NELLE MORE VENISSE)
STIPULATO IL CONTRATTO,

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, che fin d'ora espressamente si esplicita,

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, nella misura che, s.ee.oo., si indica nel 15% dell'importo a base d'asta del contratto (10% per lucro cessante e 5% per perdita di qualificazione e di chances), ovvero nella maggiore o minore somma che risulterà in corso di giudizio, anche in esito alla analitica comparazione tra ricavi e costi e con espressa riserva di ulteriormente dedurre, precisare e comprovare in corso di giudizio, ed in ogni caso oltre interessi legali e rivalutazione monetaria, trattandosi di debito di valore, nonché, ove si ritenesse di essere in presenza di debito di valuta, maggior danno ai sensi dell'art. 1224, 2° comma, c.c.

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 Agata Gabriella Caudullo 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 decreto n. 192 del 4 agosto 2023, l'Autorità di Sistema Portuale dello Stretto ha indetto una procedura aperta ex art. 71 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, dell'intervento denominato *“Progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di ristrutturazione dello scivolo 0 nel porto di Villa San Giovanni (RC)”*, CIG: 988769910.

Premette la società ricorrente che l'appalto è stato ammesso a finanziamento statale con decreto del MIT del 30/07/2022, n.172, a valere sulle risorse del PNRR – MISURA M5C3 - Interventi per le zone economiche speciali (ZES) – Accessibilità al Porto di Villa San Giovanni, la cui aggiudicazione è da determinarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e con il metodo dell'inversione. Alla gara, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, hanno partecipato quattro concorrenti, a cui la Commissione di gara ha attribuito il seguente punteggio: SI.LE.M. punti 55,602; FRANCO GIUSEPPE punti 45,339; CA.TI.FRA punti 40,662; Nikante Costruzioni s.r.l. punti 28,271, risultando aggiudicataria la prima società.

2. Con il ricorso in esame, notificato in data 10 novembre 2023, la ricorrente, terza in graduatoria, ha chiesto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione in favore della SI.LE.M. s.r.l. nonché di tutti i verbali delle sedute di gara, pubbliche e riservate, di attribuzione dei punteggi e della graduatoria stilata ed approvata.

3. A sostegno della propria domanda ha articolato i seguenti motivi di diritto:

I. 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'offerte economiche della S.I.L.E.M. s.r.l. e della Franco Giuseppe s.r.l. – indeterminatezza e/o equivocità delle offerte - sviamento – violazione della par condicio – violazione dei principi di buon andamento, trasparenza, imparzialità ed efficienza dell'azione amministrativa.

Assume la ricorrente che la S.I.L.E.M. s.r.l. e la Franco Giuseppe s.r.l. avrebbero dovuto essere escluse dalla gara per aver applicato il ribasso percentuale offerto a un importo dell'appalto comprensivo del costo della manodopera, in aperta violazione con quanto statuito dalla *lex specialis* (art. 3.2. del disciplinare di gara) che prevedeva espressamente come non soggetto a ribasso il suddetto costo.

3.1. Sull'offerta della S.I.L.E.M. s.r.l.

a) In particolare, la S.I.L.E.M., nel Modello Offerta Economica presente sulla piattaforma, ha indicato: nell'importo soggetto a ribasso (iva esclusa) il valore di 5.032.846,72 con seguente dicitura “Come previsto dal Disciplinare di Gara al punto 3.2 IMPORTI A BASE DI GARA di cui per LAVORI (soggetti a ribasso d'asta) € 4.845.638,83 inclusa manodopera (non soggetta a ribasso d'asta) di € 533.323,18 + per PROGETTAZIONE ESECUTIVA E COORDINAMENTO SICUREZZA IN FASE DI PROGETTAZIONE (soggetti a ribasso d'asta) € 187.208,09”; mentre nel prospetto dei costi della manodopera impiegata nell'esecuzione dell'appalto ha inserito il seguente valore “540.000,00”.

La società risultata aggiudicataria, indicando nel modello di offerta economica appositamente predisposto dalla stazione appaltante, un *importo soggetto a ribasso* pari a € 5.032.846,72, avrebbe inteso offrire il ribasso percentuale indicato (28,765%) su un importo comprensivo del costo della manodopera non soggetto a ribasso ed avrebbe dovuto, pertanto, essere esclusa dalla gara.

b) Assume ancora la ricorrente che, del tutto illegittimamente, la Commissione avrebbe attribuito all'offerta della S.I.L.E.M. un significato che essa, alla luce di quanto appena dedotto, non aveva.

Nella seduta pubblica n. 2 del 25 e 26 settembre 2023, infatti, la Commissione, rilevava che *l'offerta economica presentata dalla SILEM s.r.l. nell'allegato 6.5. riporta, quale importo soggetto a ribasso d'asta, l'importo complessivo dei lavori (inclusa manodopera) e progettazione esecutiva e coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, dettagliando analiticamente le somme non soggette a ribasso d'asta che, ad ogni modo, vengono comunque dettagliate nella successiva tabella quali importi non ribassabili*"

Così facendo, valorizzando quanto riportato con caratteri più piccoli nell'offerta economica, la commissione avrebbe manipolato l'offerta della S.I.L.E.M. che, peraltro, sarebbe, tutt'al più, da considerare equivoca ed indeterminabile e, quindi, da escludere anche per tale ragione.

c) A rendere più evidente la natura manipolativa dell'interpretazione effettuata dalla Commissione sarebbe, poi, la circostanza che essa non si sarebbe nemmeno avveduta che la S.I.L.E.M. non ha dettagliato analiticamente tutte le somme non soggette a ribasso avendo omesso di indicare gli oneri della sicurezza effettivamente scomputati dall'importo soggetto a ribasso indicato dalla società.

d) Pur ammettendo che con la precisazione in formato minuscolo la S.I.L.E.M. abbia inteso effettivamente offrire un ribasso percentuale sull'importo dell'appalto al netto

del costo della manodopera non sarebbe, altresì, chiaro perché essa abbia indicato quale costo non soggetto a ribasso quello previsto negli atti di gara (€ 533.323,18) e non il diverso costo da essa offerto, pari a € 540.000,00.

Ciò renderebbe tanto più evidente l'equivocità e l'indeterminatezza dell'offerta della SI.LE.M e la manipolazione della stessa effettuata dalla Commissione, posto che la mancanza di elementi chiari ed inequivoci esclude che si trattasse di errori materiali o facilmente riconoscibili, in quanto tali, astrattamente emendabili.

3.2. Sull'offerta della Franco Giuseppe s.r.l.

Anche la Franco Giuseppe s.r.l. avrebbe offerto il proprio ribasso percentuale (12,060%) non sulla cifra ribassabile di 4.499.523,54 ma sulla cifra di 5.032.846,3697 indicando nel Modello Offerta Economica la seguente dicitura “€ 5.032.846,3697 di cui € 4.845.638,2797 per lavori ed € 187.208,09 per la progettazione esecutiva e coordinamento sicurezza in fase di progettazione”.

Si evincerebbe anche in questo caso come il ribasso offerto sia stato calcolato sul primo valore che includerebbe anche i costi della manodopera (non soggetti a ribasso).

Anche in questo caso, del tutto illegittimamente, la Commissione avrebbe deciso di non escludere la concorrente dalla gara in quanto le somme non soggette a ribasso *ad ogni modo, vengono comunque dettagliate nella successiva tabella quali importi non ribassabili.*

II. 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 –

carezza di motivazione – disparità di trattamento – violazione dei principi di buon andamento, trasparenza, imparzialità ed efficienza dell'azione amministrativa.

Lamenta la società ricorrente che la Commissione avrebbe immotivatamente omesso di attribuirle il punteggio (pari a 4 punti) previsto dal disciplinare di gara per il possesso, dichiarato e documentato, della certificazione UNI EN ISO 14001.

Tale punteggio le avrebbe consentito di conseguire un punteggio finale pari a 57,578 e di collocarsi, pertanto, al secondo posto della graduatoria finale, prima della Franco Giuseppe s.r.l. il cui punteggio è pari a 53,724.

III. 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 – carezza 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.

La Commissione di gara avrebbe, inoltre, omesso di escludere la S.I.L.E.M. s.r.l. dalla gara nonostante essa abbia indicato nell'offerta tecnica un progettista ormai cessato dalla carica e non essendovi, dunque, coincidenza tra l'organigramma indicato nel DGUE e quello indicato nell'offerta.

In subordine, nessun punto avrebbe dovuto essere assegnato con riferimento al *CAPITOLO A – Professionalità e adeguatezza dell'offerta* e al *CAPITOLO B – Metodologia di sviluppo dell'intervento*.

4. In data 17 novembre 2023 si sono costituite in giudizio la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti; il 20 novembre 2023

si è costituita l'Autorità di Sistema Portuale dello Stretto di Messina, producendo documentazione.

5. Con memoria depositata il 20 novembre 2023 si è costituita in giudizio la S.I.L.E.M. s.r.l. deducendo l'infondatezza del ricorso.

5.1. Contrariamente a quanto dedotto da parte ricorrente, le imprese concorrenti erano tenute a presentare la propria offerta economica inserendo il ribasso percentuale sulla piattaforma che non consentiva, tuttavia, in alcun modo di modificare le altre voci ovvero, in particolare, l'importo a base d'asta che, dunque era fisso e imm modificabile e predeterminato dalla stazione appaltante.

Il modello di offerta economica al quale fa riferimento la società ricorrente non può prevalere, pertanto, sulla dichiarazione di volontà espressa attraverso l'indicazione del ribasso percentuale sulla piattaforma.

Osserva, altresì, la società controinteressata che la piattaforma conteneva alcuni errori nell'indicazione dell'importo a base d'asta in quanto non ricomprendeva non solo i costi della manodopera effettivamente non soggetti a ribasso ma anche i costi della progettazione che, invece, avrebbero dovuto essere inclusi nella base d'asta.

Ciò avrebbe indotto la S.I.L.E.M. a dettagliare nel modello di offerta economico gli importi dell'appalto.

Quella puntualizzazione, contenente un espresso richiamo al disciplinare di gara, non è certamente indicativa della contestata equivocità ed indeterminatezza dell'offerta.

Nessuna manipolazione dell'offerta avrebbe, inoltre, effettuato la Commissione che, proprio in considerazione degli errori contenuti nella piattaforma, ha valorizzato la puntualizzazione contenuta nell'offerta economica che, comunque, conteneva una chiara indicazione in ordine alla non ribassabilità del costo della manodopera.

Per quanto concerne, invece, il valore superiore indicato nel costo della manodopera (di 540.000,00 anziché di 533.323,18), ha osservato che nessuna disposizione impedisce al concorrente di quantificare in modo diverso i costi della manodopera, salvo giustificare lo scostamento.

5.2. La società controinteressata ha contestato, infine, l'infondatezza delle censure sollevate con il terzo motivo di ricorso non sussistendo i rappresentati motivi di esclusione dalla gara in quanto:

- sotto il primo profilo, con l'indicazione del servizio di progettazione ID IA.01 avrebbe dato un *quid pluris* alla Stazione Appaltante ai fini di valutazione delle pregresse esperienze di progettazione avendo soddisfatto i requisiti del disciplinare di gara con l'indicazione dettagliata e specifica del servizio di progettazione ID S.04;
- sotto il secondo profilo, la mancata coincidenza del progettista indicato nel DGUE e quello indicato nella Relazione Unica sarebbe ascrivibile, tutt'al più, ad un mero errore materiale, il quale, certamente, non può essere causa di esclusione dalla gara, quanto piuttosto motivo di attivazione del soccorso procedimentale.

6. Con ordinanza n. 215/2023 la Sezione ha rigettato la domanda cautelare ritenendo non compatibili le rappresentate esigenze cautelari con i tempi di attuazione del PNRR, così come documentati dall'amministrazione.

7. Con ordinanza n. 5010/2023 il Consiglio di Stato ha confermato il rigetto della domanda cautelare ritenendo non sussistente il requisito del *fumus boni iuris in quanto, sulla base della valutazione tipica di questa fase, 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.*

In punto di *periculum in mora*, il giudice d'appello ha ritenuto prevalenti le esigenze esecutive trattandosi di appalto finanziato con decreto del MIT del 30/07/2022, n. 172, a

valere sulle risorse del PNRR i cui lavori, al fine di garantire il mantenimento del finanziamento dovranno essere avviati, comprovati dal certificato di inizio lavori, entro il 31 dicembre 2023". Il Consiglio di Stato ha, altresì, precisato che *"una volta consegnati i lavori la stipulazione del contratto non incide sulle possibilità di subentro, ancorate piuttosto allo stato dell'esecuzione"*.

8. Con produzione documentale del 3 gennaio 2024 la S.I.L.E.M. s.r.l. ha documentato l'avvenuta consegna dei lavori in via d'urgenza (v. verbale del 21 dicembre 2023) e l'allestimento del cantiere.

9. All'udienza pubblica del 24 gennaio 2024, in vista della quale le parti hanno depositato ulteriori scritti difensivi, la causa è stata trattenuta in decisione.

10. Ritiene il Collegio che il ricorso sia fondato sotto l'assorbente profilo contestato con il primo motivo di ricorso il cui accoglimento, pur con le dovute differenze legate alla diversa formulazione dell'offerta da parte delle prime due graduate, consente alla ricorrente, attualmente terza in graduatoria, di collocarsi al primo posto della stessa e di conseguire, pertanto, l'aggiudicazione dell'appalto.

10.1. Deve preliminarmente osservarsi che, come evidenziato dal Consiglio di Stato in sede cautelare, *l'offerta economica ha ad oggetto il ribasso percentuale e non l'importo ribassabile, predeterminato dalla stazione appaltante e vincolante per tutti i partecipanti*.

Occorre, pertanto, partire proprio dalla corretta individuazione dell'*importo ribassabile*, posto che non può dubitarsi del fatto che esso sia predeterminato dalla stazione appaltante e uguale per tutte le imprese, giocandosi il confronto concorrenziale sul ribasso percentuale da indicare in sede di offerta.

Se invero è innegabile che l'offerta economica ha ad oggetto il ribasso percentuale e che l'importo ribassabile è predeterminato dalla stazione appaltante, la corretta individuazione dello stesso non è, tuttavia, irrilevante atteso che l'importo

concretamente offerto, che costituisce il fulcro della volontà negoziale manifestata dalla concorrente in quanto la vincola nei confronti della stazione appaltante, non può che essere stabilito applicando il ribasso percentuale all'importo soggetto a ribasso indicato.

Non può, a tal fine, che partirsi dalle indicazioni contenute nella *lex specialis* che, come vedremo, sono del tutto coerenti con il dato normativo.

Il bando di gara nella sezione II (Oggetto dell'appalto – Importo – Finanziamento) stabilisce che “L'importo dell'appalto è di € 5.280.788,98, di cui: per lavori (soggetti a ribasso d'asta) € 4.312.315,5, per manodopera (non soggetto a ribasso d'asta) € 533.323,18; per oneri sicurezza (non soggetti a ribasso d'asta) € 247.42,26; per progettazione esecutiva e coordinamento sicurezza in fase di progettazione (soggetti a ribasso d'asta) € 187.208,09. Nell'importo dei lavori a base d'asta è compreso l'importo relativo ai costi della manodopera pari ad € 533.323,18 per una percentuale del 10,986% dei lavori medesimi, scaturenti dall'allegato progettuale ‘Stima incidenza manodopera’.

Non diversamente, il disciplinare di gara prevede al punto 3.2. (importo a base di gara):

“L'importo dell'appalto è di € 5.280.788,98, di cui: per lavori (soggetti a ribasso d'asta) € 4.312.315,5, per manodopera (non soggetta a ribasso d'asta) € 533.323,18; per oneri sicurezza (non soggetti a ribasso d'asta) € 247.42,26; per progettazione esecutiva e coordinamento sicurezza in fase di progettazione (soggetti a ribasso d'asta € 187.208,09). 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”.

Il disciplinare di gara prevede, ancora, al successivo punto 14.3. lett. a. offerta economica, che “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”.

10.2. Al fine di leggere e applicare correttamente le clausole della *lex specialis*, non può, pertanto, non richiamarsi l’art. 41 comma 14 del d.lgs. 36/2023 che, in applicazione del criterio di delega di cui all’art. 1 comma 2 lett. t della L. 78/2022, prevede: “14. 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”.

Ciò che emerge, quindi, dalla lettura delle disposizioni dettate dalla *lex specialis*, anche alla luce della summenzionata disposizione normativa, è che l’importo complessivo dell’appalto è comprensivo di voci di costo soggette a ribasso e di voci di costo espressamente non soggette a ribasso (costo della manodopera e oneri di sicurezza) e che tali ultimi costi *sono scorporati dall’importo assoggettato al ribasso*.

Ne deriva quale indefettibile corollario che l’importo *ribassabile* (ovvero l’importo a cui andrà applicato il ribasso percentuale offerto dalle imprese concorrenti) è pari alla somma del costo dei lavori e dei costi per la progettazione esecutiva e

coordinamento sicurezza in fase di progettazione, al netto dei costi della manodopera (pari a € 533.323,18) e degli oneri della sicurezza (pari a € 247.942,26). In termini numerici, l'importo ribassabile è, nel caso di specie, pari a € 4.499.523,54. Su tale importo, pertanto, le imprese concorrenti avrebbero dovuto calcolare il ribasso percentuale da offrire in sede di gara.

10.3. La particolarità della procedura di gara in esame è, tuttavia, costituita dalle modalità attraverso cui le imprese erano tenute a dichiarare la propria offerta economica.

Così come previsto dal punto 14.3. del disciplinare, l'operatore economico era tenuto a *compilare direttamente a video la propria offerta inserendo nella cella gialla il ribasso percentuale unico offerto* e indicando, altresì, *l'importo degli oneri della sicurezza aziendali nonché l'importo dei costi della manodopera.*

Lo stesso punto 14.3. prevedeva, inoltre: *la documentazione economica dovrà contenere l'offerta economica, come da modello offerta economica (allegato C) che è elencato tra gli allegati di gara.*

La piattaforma non consentiva di indicare e/o modificare l'importo ribassabile e, tuttavia, nel caso concreto, come evidenziato dalla società controinteressata, l'importo ribassabile ivi indicato risulta errato in quanto comprensivo dei soli costi dei lavori, al netto del costo della manodopera e dei costi della sicurezza, ma al netto anche dei costi della progettazione esecutiva e coordinamento sicurezza in fase di progettazione.

È utile precisare al riguardo che, nonostante l'evidente errore contenuto nella piattaforma, non risulta che alcuna delle imprese concorrenti abbia richiesto chiarimenti in merito.

L'allegato C, contenente l'offerta economica, rimetteva ai concorrenti la compilazione del riquadro *importo soggetto a ribasso (IVA esclusa)*, al pari degli altri riquadri relativi al *ribasso percentuale offerto* (in cifre e in lettere) ai *costi della manodopera* e agli *oneri relativi alla sicurezza aziendale* e precisava, altresì, richiamando l'art. 41 comma 14 del D.lgs. n. 36/2023, che *i costi della manodopera indicati all'articolo 3 del presente Disciplinare non sono ribassabili*.

10.4. Ciò posto, occorre a questo punto procedere all'esame delle offerte presentate dalle odierne controinteressate per verificarne la conformità con quanto previsto dalla *lex specialis*.

Tenuto conto del fatto che sulla piattaforma le imprese erano tenute ad inserire solo il ribasso percentuale, oltre ai costi della manodopera e agli oneri della sicurezza aziendale, deve farsi riferimento all'allegato C – Modello Offerta Economica in cui, come sopra evidenziato, era richiesto loro di inserire, oltre a questi dati, anche l'importo soggetto a ribasso.

Per quanto qui di interesse, come già rappresentato in fatto, le imprese hanno così compilato il suddetto modello:

- la S.I.L.E.M. s.r.l. ha indicato nel riquadro *importo soggetto a ribasso* l'importo di € 5.032.846,72, seguito dalla precisazione *Come previsto dal Disciplinare di gara al punto 3.2. IMPORTI A BASE DI GARA di cui LAVORI (soggetti a ribasso d'asta) € 4.845.638,83 inclusa manodopera (non soggetta a ribasso d'asta) di € 533.323,18 + PROGETTAZIONE ESECUTIVA E COORDINAMENTO SICUREZZA IN FASE DI PROGETTAZIONE (soggetti a ribasso d'asta) € 187.208,09;*
- la Franco Giuseppe s.r.l. ha indicato nello stesso riquadro l'importo di € 5.032.846,3697 seguito dalla precisazione *di cui € 4.845.638,2797 per lavori ed € 187.208,09 per la progettazione esecutiva e coordinamento sicurezza in fase di progettazione;*

- la CA.TI.FRA. s.r.l. ha indicato nell'apposito riquadro un importo soggetto a ribasso pari a € 4.499.523,54.

Nella seduta di gara del 25 settembre 2023 (verbale n. 2), la Commissione ha dato atto che le offerte economiche della società S.I.L.E.M. s.r.l., e della Franco Giuseppe s.r.l. riportavano *nell'allegato 6.5. ... quale importo soggetto a ribasso d'asta, l'importo complessivo dei lavori (inclusa manodopera) e progettazione esecutiva e coordinamento della sicurezza in fase di progettazione.*

Ha ritenuto, tuttavia, dirimente, il fatto che le somme non soggette a ribasso fossero *ad ogni modo ... dettagliate nella successiva tabella quali importi non ribassabili.*

Conseguentemente, come poi è dato evincersi dal provvedimento di aggiudicazione (decreto n. 220 dell'11 ottobre 2023) la Stazione appaltante, *forzando* il senso della dichiarazione negoziale formulata dalla S.I.L.E.M. s.r.l., ha applicato il ribasso percentuale da essa offerto (28,765%) all'importo dell'appalto al netto dei costi della manodopera (oltre che dei costi di sicurezza) e determinando, pertanto, l'importo offerto in € 3.986.501,18.

Ritiene il Collegio che colga nel segno la censura contenuta nel primo motivo di ricorso secondo cui, così facendo, l'Amministrazione ha manipolato le offerte delle prime due graduate allo scopo di renderle conformi a quanto prescritto dalla *lex specialis* e, dunque, ammissibili, pur indicando esse, quale importo soggetto a ribasso, un importo comprensivo del costo della manodopera non soggetto a ribasso.

10.5. Né una diversa indicazione può essere desunta dalla postilla aggiunta dopo la cifra indicata quale importo soggetto a ribasso.

Ed infatti, se con riferimento alla Franco Giuseppe s.r.l., quella postilla, non contenendo alcun riferimento ai costi della manodopera non soggetti a ribasso, rende tanto più evidente la volontà dell'operatore economico di offrire il ribasso

percentuale sull'importo dell'appalto comprensivo di questi costi e al netto dei soli oneri per la sicurezza, con riferimento alla S.I.L.E.M. s.r.l., quella postilla, vale piuttosto a renderne incerto ed indeterminato il contenuto.

Secondo la giurisprudenza condivisa dal Collegio le offerte *“devono essere improntate alla massima linearità e chiarezza, onde prefigurare all'Amministrazione un quadro certo dei rispettivi doveri ed obblighi contrattuali in corrispondenza agli atti di gara”*, e *“qualsivoglia elemento che introduca nel sinallagma negoziale profili diversi vale a conferire all'offerta la natura di offerta indeterminata o condizionata che ne deve comportare l'esclusione dalla gara”*, e ciò anche *“a prescindere dalla presenza o meno nella legge di gara di un'espressa comminatoria di esclusione, stante la superiorità del principio che vieta le offerte condizionate e le rende inammissibili”* (T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II-ter, n. 5268/2016; T.A.R. Puglia - Lecce, Sez. III, n. 1428/2017; T.A.R. Veneto, Sez. I, n. 128/2019; T.A.R. Piemonte, Sez. I, n. 785/2011).

10.6. Non è condivisibile, infine, l'assunto secondo cui bene avrebbe fatto la commissione ad ammettere la S.I.L.E.M. s.r.l. in gara atteso che la cifra indicata quale importo ribassabile (€ 5.032.846,72) sarebbe, tutt'al più, da considerare quale mero errore materiale immediatamente riconoscibile e dunque emendabile dalla commissione o, comunque, soccorribile.

Per la giurisprudenza sussiste, infatti, la possibilità che la stazione appaltante corregga gli errori materiali inficianti l'offerta, a condizione che l'effettiva volontà negoziale dell'impresa partecipante alla gara sia individuabile in modo certo nell'offerta presentata, senza margini di opacità o ambiguità, così che si possa giungere a esiti univoci circa la portata dell'impegno ivi assunto; in altri termini, la ricerca della volontà dell'offerente ben può consistere anche nell'individuazione e nella rettifica di eventuali errori di scritturazione o di calcolo, a condizione, però,

che alla rettifica si possa pervenire con ragionevole certezza e, comunque, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta: l'errore materiale direttamente emendabile è infatti solo quello che può essere percepito e rilevato immediatamente e *ictu oculi* dal contesto stesso dell'atto, e senza bisogno di complesse indagini ricostruttive della volontà, che deve risultare agevolmente individuabile e chiaramente riconoscibile da chiunque. In definitiva, il potere di rettifica di errori materiali e refusi è circoscritto alle sole ipotesi in cui l'effettiva volontà negoziale sia stata comunque espressa nell'offerta (tra tante, Cons. Stato, V, 5 aprile 2022, n. 2529; III, 24 febbraio 2020, n. 1347; VI, 2 marzo 2017, n. 978).

Nel caso di specie, la volontà di scorporare il costo della manodopera dall'importo al quale applicare il ribasso percentuale, così come richiesto dalla *lex specialis* oltre che dall'art. 41, comma 14 del D.lgs. n. 36/2023, non emerge in modo univoco dall'offerta che, se mai, attraverso l'aggiunta della *postilla* dopo l'indicazione dell'*importo soggetto a ribasso* risulta ambigua, incerta e indeterminata.

11. Sia la SI.LE.M. s.r.l. che la Franco Giuseppe s.r.l. avrebbero dovuto essere, pertanto, escluse dalla gara per aver offerto il proprio ribasso percentuale su un importo comprensivo del costo della manodopera in violazione di quanto disposto dalla *lex specialis* nonché dell'art. 41, comma 14 del D.lgs. n. 36/2023.

12. In conclusione, per le ragioni esposte e con assorbimento delle ulteriori censure, il ricorso è fondato e va accolto, con il conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Considerato che non risulta ancora stipulato il contratto d'appalto tra la Stazione appaltante e la SI.LE.M. s.r.l., essendo stata documentata soltanto la consegna dei lavori in via d'urgenza, all'annullamento di detti provvedimenti segue anche

l'accoglimento della consequenziale domanda della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del relativo contratto.

13. Le spese seguono la soccombenza nei confronti dell'Autorità di Sistema Portuale dello Stretto e della S.I.L.E.M. s.r.l.

Sussistono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e dichiararne la non ripetibilità nei confronti della Franco Giuseppe s.r.l., non costituita in giudizio.

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 e per l'effetto:

- annulla i provvedimenti impugnati;
- dichiara la 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 denominato "Progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di ristrutturazione dello scivolo 0 nel porto di Villa San Giovanni (RC)";
- condanna l'Autorità Portuale dello Stretto e la S.I.L.E.M. s.r.l. al pagamento, in favore della ricorrente, delle spese di lite, che liquida in euro 2.000,00 (duemila/00) ciascuno, oltre oneri di legge e refusione, in solido, del contributo unificato, se versato;
- compensa le spese di lite nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e le dichiara non ripetibili nei confronti della Franco Giuseppe s.r.l..

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

Agata Gabriella Caudullo, Primo Referendario, Estensore

Andrea De Col, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Agata Gabriella Caudullo

IL PRESIDENTE
Caterina Criscenti

IL SEGRETARIO