

Pubblicato il 20/11/2020

N. 01473/2020 REG.PROV.COLL.

N. 01065/2020 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 1065 del 2020, proposto da
Il s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli
avvocati Domenico Gentile e Maria Lucia Civello, con domicilio digitale come da PEC da Registri
di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Virginio Orsini 19;

contro

....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati
Sandra Bernardini e Elena Orbini Michelucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

nei confronti

.....s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato
Pio Rinaldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

– della D.D. prot. del settembre 2020, con cui ha aggiudicato la procedura aperta
telematica per l'affidamento del servizio di triennale di vigilanza armata presso vari immobili
dell'Ateneo stesso ad S.p.a.;

- di tutti i verbali della procedura di gara, ivi incluso quello della seduta di gara del 15 giugno 2020, convocata per l'apertura dell'offerta economica e l'attribuzione dei punteggi, all'esito della quale è stata stilata la graduatoria;
- del provvedimento di approvazione degli atti e dei verbali di gara, nella parte in cui è stata confermata la decisione di aggiudicare la gara alla controinteressata;
- della relazione finale sulle offerte stilata dal RUP, con cui quest'ultimo ha concluso per la ammissibilità e congruità dell'offerta della controinteressata;

nonché per la declaratoria d'inefficacia del contratto ove medio tempore stipulato e per la condanna della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 30 del c.p.a., al risarcimento in forma specifica, tramite affidamento del servizio alla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'..... e di .. s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2020 il dott. Riccardo Giani e trattenuta la causa in decisione senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, ai sensi dell'art. 25, comma 2, del decreto-legge n. 137 del 2020;

1 - Nell'atto introduttivo del giudizio parte ricorrente espone quanto segue:

- con bando pubblicato sulla GUUE del 28.11.2019 ha indetto una procedura aperta telematica per l'affidamento del servizio di triennale di vigilanza armata presso vari immobili dell'Università medesima, da aggiudicare sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo;

- ai sensi dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016, i concorrenti dovevano indicare, oltre il ribasso percentuale espresso sul prezzo posto a base di gara (pari ad euro 280.000,00 al netto di Iva e degli oneri per la sicurezza per le interferenze e non soggetti a ribasso, pari a euro 495,36), la stima dei costi aziendali relativi alla salute ed alla sicurezza sui luoghi di lavoro e dei costi della manodopera;

- in esito allo svolgimento della gara la ricorrente società Ilsrl si è classificata al secondo posto (con un punteggio totale di 93,54) e la controinteressata ... S.p.A. al primo posto (con un punteggio complessivo di 95,88);

- l'aggiudicataria ha indicato, nella propria offerta economica, un ribasso del 32,90% pari ad un importo complessivo di euro 187.880,00, comprensivo di costi della manodopera, stimati in euro 123.047,00 e costi della sicurezza, indicati per complessivi euro 495,36 per l'intero triennio di durata contrattuale - importo esattamente corrispondente ai costi della sicurezza da interferenza stimati dall'Ateneo, anch'essi separatamente indicati nel documento di offerta - con importo finale totale offerto al netto dell'IVA pari ad euro 188.375,36;

- con nota del 22 giugno 2020 richiedeva giustificativi ai fini della verifica di anomalia dell'offerta, cui la controinteressata rispondeva con le prime giustificazioni nelle quali forniva le seguenti indicazioni: i costi della manodopera sono stati rettificati da euro 123.047,00 ad euro 138.763,89, i costi della sicurezza aziendale sono passati da euro 495,36 a euro 2.300,00 per il triennio, il saldo complessivo dell'offerta è passato da euro 187.880,00 a euro 188.289,02;

- con nota del 20 luglio 2020 il RUP richiedeva ulteriori chiarimenti su specifici elementi di composizione dell'offerta, ai quali la controinteressata dava riscontro con seconde giustificazioni;

- seguiva la relazione finale sull'anomalia, che giungeva a ritenere l'offerta diS.p.a. congrua e nel complesso affidabile.

2 - Avverso l'aggiudicazione e gli altri atti come meglio in epigrafe indicati parte ricorrente muove i seguenti profili di contestazione:

- ... sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara per aver inammissibilmente modificato la propria offerta in sede di verifica di congruità dell'offerta, sia con riferimento al saldo complessivo, che con riferimento alle voci "sensibili" dell'offerta della manodopera e della sicurezza;

- quanto al saldo complessivo risulta *per tabulas* che l'importo complessivo indicato nei giustificativi, pari a euro 187.793,66, sia diverso da quello indicato in offerta e frutto del ribasso del 32,90%, pari a euro 187.880,00, al netto degli oneri della sicurezza da interferenza; il RUP ha ritenuto la modifica irrilevante solo perché insuscettibile di alterare gli esiti della gara; ma la variazione in sé dell'offerta in sede di giustificativi comporta l'esclusione dalla gara; l'offerta economica integra infatti l'impegno negoziale del concorrente, ed esprime, quindi, la consapevole assunzione della relativa responsabilità; ne consegue che, a presidio di tale principio, il valore deve rimanere inalterato, anche al fine di consentire all'amministrazione di ricostruire in modo chiaro e inequivocabile la volontà dell'offerente;

- in sede di giustificazioni, ha sensibilmente modificato anche i costi della manodopera (da euro 123.047,00 a euro 138.763,89, con uno scostamento in aumento di ben 12,77% che il RUP ha sorprendentemente ritenuto "non significativo"), senza neanche "giustificare" tale modifica in termini di limitati aggiustamenti tra sovrastime e sottostime di voci (ammessa entro determinati limiti in giurisprudenza, sebbene non con riferimento ai costi sensibili indicati a parte); non si tratta di dichiarazione di scienza ma di una componente essenziale dell'offerta, la cui modifica, pertanto, non può assimilarsi ad una semplice integrazione;

- ha modificato anche l'altra voce di costo sensibile separatamente indicata in offerta, vale a dire quella relativa ai costi della sicurezza c.d. aziendali, che passano da € 495,36 a € 2.300,00; il RUP, non solo ha erroneamente ritenuto tale indicazione, al pari di quella relativa alla manodopera, una mera "dichiarazione di scienza", ma ha ritenuto di intravedere nell'originaria formulazione un mero errore materiale, come tale emendabile, dal momento che l'importo corrispondeva, al centesimo, con quello stimato dall'amministrazione per i costi della sicurezza da interferenza.

3 - e la controinteressata s.p.a. si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso.

4 - Ai sensi dell'art. 25, comma 2, del decreto-legge n. 137 del 2020 la causa, chiamata alla camera di consiglio del giorno 19 novembre 2020 per la decisione cautelare, è stata trattenuta dal Collegio per la decisione nel merito, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., sussistendone i presupposti, senza avviso alle parti, e senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, giusto il disposto dell'art. 25, comma 2, cit..

5 – Il ricorso è fondato.

5.1 - Costituisce principio cardine del diritto degli appalti pubblici, posto a garanzia della *par condicio* tra i partecipanti, quello della immodificabilità dell'offerta durante la gara, traibile dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, a mente del quale non è consentito il soccorso istruttorio e non sono possibili integrazioni e regolarizzazioni con riferimento all'offerta economica e all'offerta tecnica. Discende ulteriormente da ciò che, sia eventuali chiarimenti richiesti dalla stazione appaltante e tanto più la richiesta di giustificazioni ai fini della verifica di anomalia, non possono che aver riguardo all'offerta come formulata in gara, senza che siano possibili aggiustamenti o modifiche di quanto dichiarato in sede di gara. La violazione del divieto di modificazione dell'offerta non può che avere come esito l'esclusione del concorrente dalla gara, avendo egli modificato l'offerta originaria e non essendo chiara quale sia la volontà delle parti, se quella espressa in sede di offerta economica o quella manifestata in sede di giustificativi dell'anomalia dell'offerta.

5-2 – In fatto non può dubitarsi che, nel caso in esame, vi sia stata modifica dell'offerta, essendo ciò pacifico, con riferimento a tre significativi elementi dell'offerta stessa. È cambiato l'importo offerto, in esito al ribasso praticato, al netto dell'IVA, che passa da € 187.880,00, compresi gli oneri di sicurezza afferenti l'impresa (così indicato in offerta) a € 188.289,06, inclusi oneri interferenziali (indicati in sede di giustificazione dell'offerta), secondo le risultanze in atti. È del pari significativamente lievitato il costo della manodopera, che passa da € 123.047,00 (in offerta) a € 138.763,89 (nei giustificativi). Lo stesso dicasi per i costi di sicurezza aziendale, che passano da € 495,36 (in offerta) a € 2.300,00 (nei giustificativi). Si aggiunga che nelle giustificazioni si derogano gli importi di cui all'offerta, senza che l'operatore economico si dia carico di indicare le ragioni di ciò o le modalità di compensazione complessiva all'interno dell'offerta.

5.3 – Né paiono convincenti le argomentazioni con le quali il RUP, che ha rilevato le modificazioni stesse, ha tentato di giustificare le modifiche stesse. In primo luogo balza agli occhi la pluralità di modifiche, che si sommano e contribuiscono a rendere incerta la volontà della parte e il contenuto della offerta stessa e dell'accordo contrattuale che si doveva stipulare. È vero che il saldo complessivo è variato di importo modesto, ma ciò non toglie che, senza indicazione giustificativa alcuna, si modifica la manifestazione finale della volontà negoziale. La variazione del costo della manodopera non è neppure modesta, e non convince il riferimento al fatto che si tratterebbe di mera dichiarazione di scienza e non di volontà, comunque incidendo sulla determinazione dell'offerta. Non è modesta neppure la modifica degli oneri di sicurezza; il RUP ha, con specifico riferimento al punto, fatto riferimento ad un possibile errore materiale (giacché nell'offerta era indicato importo analogo agli oneri interferenziali); ma il controinteressato, nei suoi scritti, pare escludere ciò, affermando che *“la differenza tra il costo degli oneri per la sicurezza aziendali indicato in sede di offerta e quello indicato in sede di verifica di congruità costituisce una consentita rimodulazione di una singola voce”*; ammessa modificabilità che pare tuttavia al Collegio da escludere.

6 – Alla luce di quanto esposto il ricorso deve essere accolto, con spese a carico delle resistenti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato.

Condanna le resistenti al pagamento di complessivi € 4.000,00 (quattromila/00), di cui € 2.000,00 (duemila/00) a carico dell'.....e € 2.000,00 (duemila/00) a carico della controinteressata.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in video conferenza, secondo quanto disposto dagli articoli 25 del decreto-legge n. 137 del 2020 e 4 del decreto-legge n. 28 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Riccardo Giani, Consigliere, Estensore

Alessandro Cacciari, Consigliere

L'ESTENSORE

Riccardo Giani

IL PRESIDENTE

Rosaria Trizzino

IL SEGRETARIO