

# **Costo della manodopera non ribassabile ed offerta economica ambigua: la ricerca dell'effettiva volontà dell'offerente tra potere discrezionale della stazione appaltante nel prisma del Codice dei contratti pubblici e (doveroso) soccorso istruttorio procedi**

di Antonio La Marca

Data di pubblicazione: 28-11-2024

*L'operato della stazione appaltante, volto alla ricerca dell'effettiva volontà espressa dall'offerente, sulla base di quanto inequivocabilmente indicato sia nel dettaglio degli importi ribassabili e non ribassabili del costo dei lavori, sia nella parte relativa all'indicazione del costo della manodopera concretamente offerto, è peraltro del tutto coerente con il principio del risultato e della fiducia, quali codificati dal nuovo codice dei contratti pubblici.*

*La declinazione del principio del risultato quale "criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto" si traduce infatti nel dovere degli enti committenti di ispirare le loro scelte discrezionali più al raggiungimento del risultato sostanziale che a una lettura meramente formale della norma da applicare ed è destinata ad avere un maggiore impatto sui comportamenti concreti delle amministrazioni, soprattutto con riguardo all'interpretazione ed all'applicazione delle regole di gara, dovendo entrambe le fasi essere ispirate al risultato finale perseguito dalla programmata operazione negoziale, di cui assume un profilo dirimente la sua destinazione teleologica.*

*Il nuovo principio guida della fiducia, introdotto dall'art. 2 del d.lgs. n. 36 del 2023, porta a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma una regola chiara: ogni stazione appaltante ha 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 (Tar Campania, Napoli, sez. V, 6 maggio 2024 n. 2959).*

*Il principio del risultato e quello della fiducia sono avvinti inestricabilmente: la gara è funzionale a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell'intervento medesimo (ex multis Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924).*

*(..) le offerte, intese come atto negoziale, sono suscettibili di essere interpretate in modo tale da ricercare l'effettiva volontà del dichiarante.*

*Al riguardo, pertanto, il soccorso che la stazione appaltante avrebbe dovuto esperire - ove*

*ritenuto necessario, il che nell'ipotesi di specie non è avvenuto— era il c.d. soccorso procedimentale, da applicarsi peraltro, nel vigore dell'attuale codice dei contratti pubblici, tenendo conto del principio del risultato e del principio della fiducia, costituente cardini guida per l'operato delle stazioni appaltanti, secondo quanto innanzi indicato.*

## **Il Consiglio di Stato**

### **in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1949 del 2024, proposto da S.I.L.E.M. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 0988769910, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Clarizia, Vittorio Milardi, Fabio Saitta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

#### ***contro***

Ca.Ti.Fra. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Umberto Ilardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Autorita' di Sistema Portuale dello Stretto Messina, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;  
Franco Giuseppe S.r.l., non costituito in giudizio;

#### ***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria n. 120/2024, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ca.Ti.Fra. S.r.l. e di Presidenza del Consiglio dei Ministri e di Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e di Autorita' di Sistema Portuale dello Stretto Messina;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2024 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Saitta e Ilardo.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con decreto n. 192 del 4 agosto 2023, l'Autorità di Sistema Portuale dello Stretto di Messina ha indetto una procedura aperta, ex art. 71 d.lgs. n. 36 del 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.

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 era da determinarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e con il metodo dell'inversione procedimentale.

Alla gara hanno partecipato quattro concorrenti, a cui la Commissione di gara ha attribuito il seguente punteggio: SI.LE.M. S.r.l. punti 55,602; Franco Giuseppe S.r.l. punti 45,339; Ca.Ti.Fra. S.r.l., punti 40,662; Nikante Costruzioni punti 28,271, con conseguente aggiudicazione a SI.LE.M. S.r.l..

2. Con ricorso innanzi al Tar per la Calabria, sezione distaccata di Reggio Calabria, Ca.Ti.Fra. S.r.l., terza in graduatoria, richiedeva l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione in favore della S.I.L.E.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, assumendo in via prioritaria che le prime due graduate avrebbero dovuto essere escluse per aver formulato offerta economica contrastante con la *lex specialis* di gara, ovvero per avere considerato quale importo soggetto a ribasso anche il costo della manodopera che invece doveva essere scomputato dal costo ribassabile.

Segnatamente venivano articolate le seguenti censure:

l) 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 SI.LE.M. S.r.l. e della Franco Giuseppe S.r.l. – indeterminazione e/o equivocità delle offerte - sviamento – violazione della *par condicio* – violazione dei principi di buon andamento, trasparenza, imparzialità ed efficienza dell'azione amministrativa.

In tesi di parte ricorrente, del tutto illegittimamente, la commissione aveva attribuito all'offerta dell'aggiudicataria un significato che essa non aveva.

Nella seduta pubblica n. 2 del 25 e 26 settembre 2023, infatti, la Commissione, rilevava che l'offerta economica presentata dalla SI.LE.M. S.r.l. nell'allegato 6.5. riportava, 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 peraltro analiticamente le somme non soggette a ribasso d'asta che, ad ogni modo, erano state comunque dettagliate nella successiva tabella quali importi non ribassabili.

Così facendo, valorizzando quanto riportato con caratteri più piccoli nell'offerta economica, la commissione, in tesi attorea, avrebbe manipolato l'offerta dell'aggiudicataria che, peraltro, avrebbe dovuto essere considerata equivoca ed indeterminabile e, quindi, da escludere anche per tale ragione. A rendere più evidente la natura manipolativa dell'interpretazione effettuata dalla Commissione era, poi, la circostanza che la stessa non si era nemmeno avveduta che la SI.LE.M. S.r.l. non aveva 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. Anche a voler ammettere, per astratta e denegata ipotesi, che con la precisazione in formato minuscolo la SI.LE.M. S.r.l. avesse effettivamente inteso offrire un ribasso percentuale sull'importo dell'appalto al netto del costo della manodopera non era, altresì, chiaro perché essa avesse 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, in tesi attorea, rendeva tanto più evidente l'equivocità e l'indeterminatezza dell'offerta della SI.LE.M. S.r.l. e la manipolazione della stessa effettuata dalla Commissione, posto che la mancanza di elementi chiari ed inequivoci doveva portare ad escludere che si trattasse di errori materiali o facilmente riconoscibili, in quanto tali, astrattamente emendabili.

Anche la Franco Giuseppe S.r.l. aveva 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”*.

Anche in questo caso si evinceva come il ribasso offerto fosse stato calcolato sul primo valore che includeva anche i costi della manodopera (non soggetti a ribasso) per cui, del tutto illegittimamente la Commissione aveva deciso di non escludere la concorrente dalla gara in quanto le somme non soggette a ribasso erano state 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 – carenza di motivazione – disparità di trattamento – violazione dei principi di buon andamento, trasparenza, imparzialità ed efficienza dell'azione amministrativa.

In tesi attorea la commissione di gara aveva errato non attribuire alla Ca.Ti.Fra. S.r.l. i 4

punti previsti dal disciplinare di gara per il possesso della certificazione, in corso di validità, ai sensi della norma UNI EN ISO 14001.

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 – 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.

Nel valutare l’offerta tecnica della S.I.L.E.M. S.r.l., la commissione di gara era incorsa in evidenti errori ed omissioni.

La Commissione di gara avrebbe infatti omesso di escludere la S.I.L.E.M. S.r.l. dalla gara nonostante essa avesse 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.

3. Il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione distaccata di Reggio Calabria, con la sentenza 8 febbraio 2024 n. 120, ha accolto il ricorso in relazione al primo motivo, di carattere assorbente, ritenendo inoltre che non potessero ricorrere i presupposti per il soccorso istruttorio, non essendo configurabile il mero errore materiale ed essendo equivoca la volontà espressa dall’offerente.

4. S.I.L.E.M. S.r.l. ha interposto appello avverso tale sentenza, articolando due motivi di appello volti a contestare, il primo, la motivazione della sentenza di *prime cure* nella parte in cui aveva ritenuto che la commissione di gara avesse manipolato la sua offerta economica per renderla conforme alla *lex specialis* di gara (che non prevedeva il ribasso dei costi della manodopera) ed in ogni caso a contestare la sentenza di *prime cure* laddove aveva affermato che l’importo della manodopera non era ribassabile e, il secondo, il capo della sentenza che aveva escluso la possibilità per la stazione appaltante di espletare il soccorso istruttorio, non essendo riscontrabile un mero errore materiale riscontrabile *ictu oculi*.

5. Si è costituita Ca.Ti.Fra. S.r.l. eccependo l’inammissibilità dell’appello in quanto non calibrato a suo dire sulla *ratio* del *decisum di prime cure* ed in ogni caso contraddittorio.

5.1. La Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e l’Autorità di Sistema Portuale dello Stretto Messina si sono costituite a mezzo dell’Avvocatura erariale con atto di mero stile.

6. Questa Sezione ha accolto l'istanza di sospensiva con ordinanza 22 marzo 2024 n. 1067 alla stregua dei seguenti rilievi: “*Ritenuto che:*

- *nella comparazione degli opposti interessi l'istanza di sospensiva sia meritevole di accoglimento in considerazione della circostanza che, venendo in rilievo un appalto finanziato con fondi P.N.R.R., si è proceduto alla consegna dei lavori e all'allestimento del cantiere, con consegna anche della garanzia fideiussoria;*

- *la domanda di sospensiva, salvo successivi approfondimenti nella sede di merito, sia supportata anche dal fumus boni iuris, ricorrendo i presupposti per l'esperimento del soccorso procedimentale, essendo la definizione dell'importo non ribassabile di spettanza della stazione appaltante ed avendo la S.I.L.E.M. specificato nell'offerta economica, accanto all'indicazione erronea dell'importo ribassabile, gli importi ribassabili indicati nella lex specialis di gara, nonché in via separata gli importi degli oneri della sicurezza e della manodopera (questi ultimi in maniera peraltro superiore a quella indicata nella lex specialis di gara)”*

7. Con memoria depositata in data 5 aprile 2024, nei termini di rito Ca.Ti.Fra. S.r.l. ha riproposto, ex art. 101 comma 2 c.p.a, il secondo e terzo motivo del ricorso di *prime cure*, assorbiti dal Tar.

8. Nelle more della celebrazione dell'udienza pubblica, l'Autorità di Sistema Portuale dello Stretto, come da documentazione depositata in data 29 maggio 2024, ha provveduto ad aggiudicare di nuovo l'appalto di cui è causa a S.I.L.E.M. S.r.l. con decreto n. 72 del 2 aprile 2024 ed a stipulare il relativo contratto in data 3 aprile 2024, registrato il giorno successivo.

9. In vista dell'udienza pubblica sia S.I.L.E.M. S.r.l. che Ca.Ti.Fra. S.r.l. hanno depositato documenti e memorie difensive, ex art. 73 comma 1 c.p.a., instando nei rispettivi assunti.

9.1. In particolare S.I.L.E.M. S.r.l., oltre ad insistere nel rigetto dell'appello, ha controdedotto anche in merito ai motivi assorbiti *in prime cure* e riproposti da S.I.L.E.M. S.r.l. ex art. 101 comma 2 c.p.a..

9.2. Ca.Ti.Fra. S.r.l. con la memoria di discussione finale, instando per la declaratoria di inammissibilità o per il rigetto dell'appello e in subordine per l'accoglimento dei motivi assorbiti *in prime cure*, oltre a richiedere il subentro nel contratto, ha richiesto il risarcimento dei danni o in funzione della riduzione (parziale) dell'appalto eseguibile, ossia per il caso in cui le venisse affidata solo una parte dell'opera, ovvero per l'intero, ove ritenuto non applicabile il subentro, avendo riguardo sia al mancato utile che alla perdita di qualificazione e di *chances* (come risultante dalla documentazione versata in atti in data 30 maggio 2024).

10. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 20 giugno 2024.

## DIRITTO

11. Viene in decisione l'appello proposto da S.I.L.E.M. S.r.l., avverso la sentenza del Tar per

la Calabria, sezione distaccata di Reggio Calabria che in accoglimento del ricorso proposto da Ca.Ti.Fra. S.r.l. ha disposto l'esclusione della medesima S.I.L.E.M. S.r.l., prima graduata, e della seconda graduata, Franco Giuseppe S.r.l., sulla base del rilievo della non conformità della loro offerta economica alla *lex specialis* di gara, disponendo l'aggiudicazione in favore della ricorrente dell'appalto integrato dell'intervento denominato "*Progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di ristrutturazione dello scivolo 0 nel porto di Villa San Giovanni (RC)*", per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore di S.I.L.E.M. S.r.l..

11.1. Segnatamente il giudice di *prime cure* ha accolto il primo motivo di ricorso, assorbendo il secondo e terzo motivo, evidenziando preliminarmente che, come ritenuto da questa sezione in sede di appello cautelare (ordinanza n. 5010/2023), l'offerta economica "*aveva ad oggetto il ribasso percentuale e non l'importo ribassabile, predeterminato dalla stazione appaltante e vincolante per tutti i partecipanti*" e che la piattaforma non consentiva di indicare e/o modificare l'importo ribassabile e, tuttavia, nel caso concreto, come evidenziato dalla S.I.L.E.M. S.r.l., l'importo ribassabile ivi indicato risultava 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, che invece erano suscettibili di ribasso, ma, che nonostante l'evidente errore contenuto nella piattaforma, nessuna delle imprese concorrenti aveva richiesto chiarimenti in merito.

Peraltro l'allegato C, contenente l'offerta economica, rimetteva ai concorrenti la compilazione del riquadro *importo soggetto a ribasso, (IVA esclusa)*, al pari degli alti 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*.

11.2. Ciò posto, secondo il primo giudice, le prime due graduate avevano inteso presentare un'offerta economica che non aveva riguardo all'importo non ribassabile, da individuarsi sulla base della *lex specialis* di gara, pari a € 4.499.523,54, avendo ricompreso nella voce importo ribassabile del modello C dell'offerta economica anche il costo della manodopera, che a norma della *lex specialis* di gara doveva per contro essere scomputato dall'importo a base d'asta, cui applicare il ribasso unico.

In particolare la S.I.L.E.M. S.r.l. aveva 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*"

11.3. Secondo il primo giudice pertanto, avuto riguardo a detta non conformità dell'offerta economica alla *lex specialis* di gara, illegittimamente la commissione di gara aveva manipolato l'offerta, ritenendo dirimente il fatto che le somme non soggette a ribasso fossero *ad ogni modo ... dettagliate nella successiva tabella quali importi non ribassabili*.

Del pari illegittimo doveva considerarsi il provvedimento di aggiudicazione (decreto n. 220 dell'11 ottobre 2023) in quanto la Stazione appaltante, forzando il senso della dichiarazione negoziale formulata dalla SI.LE.M. S.r.l., aveva 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) determinando, pertanto, l'importo offerto in € 3.986.501,18.

11.4. Né, secondo il primo giudice, una diversa indicazione poteva essere desunta dalla postilla aggiunta dopo la cifra indicata quale importo soggetto a ribasso, posto che con riferimento alla specifica posizione della SI.LE.M. S.r.l. (che viene in rilievo nel presente giudizio di appello) quella postilla valeva piuttosto a renderne incerto ed indeterminato il contenuto; pertanto 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 emergeva in modo univoco dall'offerta che, se mai, attraverso l'aggiunta della postilla, dopo l'indicazione dell'*importo soggetto a ribasso* risultava ambigua, incerta e indeterminata.

Per tali ragioni pertanto il Tar ha ritenuto che l'erronea indicazione dell'importo ribassabile non integrasse un errore materiale, immediatamente riconoscibile e dunque emendabile dalla commissione o, comunque, soccorribile, accogliendo pertanto il ricorso sulla base del rilievo che *“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. Con il primo motivo di appello SI.LE.M. S.r.l. critica la statuizione di *prime cure* sia nel punto in cui aveva ritenuto che la stazione appaltante avesse manipolato la sua offerta economica, da intendersi in ogni caso incerta, sia nel punto in cui aveva ritenuto che essa dovesse essere esclusa dalla procedura di 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.

13. Con riferimento al primo profilo evidenzia, che come evincibile anche dal *«Regolamento generale di utilizzo della piattaforma»*, l'importo indicato sul portale, sul quale ogni partecipante era chiamato ad offrire il ribasso, non era modificabile dai partecipanti, che potevano solo indicare il ribasso offerto.

Peraltro l'importo indicato in detta piattaforma era errato in quanto non comprendeva la progettazione, soggetta anch'essa a ribasso, prevedendo quale base d'asta ribassabile l'importo di € 4.312.315,45, importo dei lavori, esclusa non soltanto la manodopera, ma anche la progettazione.

Avuto riguardo a ciò S.I.L.E.M. S.r.l. aveva ritenuto di indicare nel modello C dell'offerta economica, nella parte relativa all'importo ribassabile, non solo (l'erroneo) importo ribassabile ma anche il dettaglio degli importi ribassabili e non ribassabili: *«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».**

Pertanto l'importo era stato depurato, alla luce della successiva specifica, dalle voci non ribassabili, come correttamente riconosciuto anche dalla commissione.

In tesi di parte appellante, faceva pertanto fede esclusivamente il ribasso percentuale sull'importo ribassabile, come evincibile dalla successiva specifica.

Peraltro il contenuto dell'offerta economica doveva essere valutato avuto riguardo alla prescrizione 14.3 del disciplinare di gara, cui la ricorrente si era conformata, indicando il ribasso percentuale offerto che secondo la medesima prescrizione sarebbe stato applicato ai servizi tecnici e ai lavori.

Inoltre l'offerta era altresì conforme all'art 12 del «*Regolamento generale di utilizzo della piattaforma*» in quanto la volontà dell'offerente S.I.L.E.M. S.r.l. risultava chiara e inequivocabile sia quanto al ribasso che quanto agli importi su cui lo stesso s'intendeva applicare, con conseguente insussistenza dei presupposti per l'esclusione.

13.1. Infine parte appellante evidenzia come la sentenza sarebbe erronea anche nel punto in cui aveva ritenuto non conformi alla *lex specialis* di gara le offerte che prevedevano un ribasso anche sul costo della manodopera, dovendo le prescrizioni della *lex specialis* di gara leggersi avendo riguardo al disposto dell'art. 41 comma 14 del d.lgs. n. 36 del 2023, nella parte in cui prevede che resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale.

In tale ottica, la S.I.L.E.M. S.r.l., al pari degli altri concorrenti, era tenuta a compilare il «Modello Offerta Economica – All. C Busta Economica» il quale richiedeva ai partecipanti alla gara di indicare il proprio costo della manodopera, che poteva, quindi, essere diverso da quello medio stimato dalla stazione appaltante. Ed infatti, qualora il costo predeterminato dalla stazione appaltante fosse stato fisso e inderogabile, l'anzidetto modello sarebbe stato totalmente superfluo, non potendo indicare i concorrenti oneri aziendali per il personale di importo diverso da quello stimato nella *lex specialis*.

I costi della manodopera indicati dai concorrenti, in quanto soggetti a verifica da parte della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 110, comma 5, lett. d), d.lgs. n. 36/2023, ben potevano non corrispondere all'importo indicato nella *lex specialis* ed essere sia maggiori che minori.

Lo stesso bando tipo A.N.AC. n. 1/2023 indicava che: a) l'importo a base di gara comprende i costi della manodopera stimati dalla stazione appaltante; b) i costi della manodopera effettivamente stimati dal concorrente vanno indicati in offerta da quest'ultimo.

Nello stesso senso si era successivamente espressa l'A.N.AC., secondo la quale, nonostante la formulazione letterale della prima parte dell'art. 41, comma 14, «*induca a ritenere che i costi della manodopera siano scorporati dall'importo assoggettato a ribasso, la lettura sistematica e costituzionalmente orientata delle diverse disposizioni del Codice in materia di costi della*

*manodopera*» deve portare a conclusioni opposte (delib. 15 novembre 2023, n. 528), riferendosi al secondo inciso contenuto nell'art. 41, comma 14, a mente del quale «*resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale*». Tale inciso sarebbe, infatti, secondo l'Autorità, posto nel nulla se si interpretasse il precedente inciso come divieto inderogabile di ribasso dei costi della manodopera.

L'A.N.AC. aveva altresì fatto riferimento agli artt. 108, comma 9, e 110 del codice, le cui previsioni non avrebbero avuto ragion d'essere se davvero l'art. 41, comma 14, avesse inteso vietare *tout court* il ribasso sui costi della manodopera.

In tal senso, secondo parte appellante, si era orientata anche una parte della giurisprudenza di primo grado, oltre che una sentenza di questa sezione, sia pure intervenuta sulla prescrizione del nuovo codice *incidenter tantum*.

14. Con il secondo motivo di appello viene sottoposta a critica la statuizione di *prime cure* per non avere debitamente considerato che, a tutto voler concedere, si sarebbe potuto attivare il c.d. soccorso procedimentale, per risolvere eventuali dubbi riguardanti gli elementi essenziali dell'offerta economica tramite l'acquisizione di chiarimenti finalizzati a consentire l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà della concorrente:

Pertanto erroneamente il primo giudice non aveva ritenuto sussistessero i presupposti per il soccorso istruttorio, sulla base del semplice rilievo che non si fosse al cospetto di un mero errore materiale, posto che il soccorso istruttorio in senso stretto, ovvero il soccorso procedimentale, sarebbe esperibile proprio per consentirne l'esatta acquisizione ed a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della *par condicio*) di apportarvi qualunque modifica, come riconosciuto anche dalla recente giurisprudenza.

In tale contesto era stato invocato *in prime cure*, in via subordinata, anche il soccorso procedimentale.

15. Ca.Ti.Fra. S.r.l. nel costituirsi, ha in primo luogo eccepito l'inammissibilità dell'appello, sulla base del rilievo che lo stesso non sarebbe calibrato sulla *ratio decidendi* del pronunciamento di *prime cure*, che in alcun modo aveva affermato che i costi della manodopera stimati dalla Stazione appaltante siano fissi e non derogabili, bensì solo che ad essi, in funzione della tutela cogente del lavoro e dei lavoratori, non si applicasse il "ribasso unico di gara", essendo ben possibile che il concorrente indicasse un costo della manodopera in misura diversa, in ipotesi anche inferiore, da quello stimato *ex ante* dalla stazione appaltante, dando poi evidenza, in sede di verifica di congruità, della sostenibilità di detto costo.

15.1. Peraltro, in tesi di parte appellata, ove mai il ribasso unico offerto da S.I.L.E.M. fosse stato applicato anche all'importo della manodopera, come a suo dire evincibile dal modello C prodotto in sede di gara, avrebbe dato luogo ad un importo di € 3.071.877,91 che, pur

aumentato degli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso ( € 247.942,26) avrebbe dato luogo all'importo di € 3.319.820,17, diverso ed inferiore rispetto a quello di 3.986.501,03 a cui era avvenuta l'aggiudicazione annullata dal primo giudice.

15.2. Inoltre, in tesi di Ca.Ti.Fra. S.r.l., parte appellante non aveva dato alcuna giustificazione del perché, relativamente alle indicazioni, nel "*Modello C – Offerta Economica*", dell' "*importo soggetto a ribasso*" in una misura comprensiva del costo della manodopera, aveva addotto delle (pretese) ragioni che, però, non risultavano in sintonia con il proprio *modus operandi*, non avendo spiegato, infatti, perché aveva inserito il costo della manodopera e non già gli oneri di sicurezza, anch'essi non soggetti a ribasso; per tale ragione l'appello sarebbe inammissibile.

Alcuna valenza avrebbe poi l'invocazione della Delibera ANAC del 15 novembre 2023, ossia una delibera che, in ragione delle peculiarità di quella gara, contemplava espressamente l'applicazione del ribasso unico di gara anche al costo della manodopera, mentre nell'ipotesi di specie, la lex di gara sanciva, univocamente, la non applicazione del ribasso unico di gara al costo della manodopera ed agli oneri di sicurezza, entrambi espressamente specificati come "*non soggetti a ribasso d'asta*".

La stessa stazione appaltante, nella Relazione del 20 novembre 2023 depositata in giudizio aveva testualmente esplicitato che il disciplinare "*...coerentemente con la vigente norma, specifica che i costi della manodopera non sono soggetti a ribasso...*", soggiungendo significativamente che: "*...proprio per rafforzare tale concetto, il disciplinare impone ai concorrenti di esplicitare i costi della manodopera non soggetti a ribasso nel "Modello Offerta Economica - Allegato C"...*".

Peraltro, a detta Delibera ANAC del 15 novembre 2023 (ove l'Authority afferma che, in quel caso, il ribasso percentuale si sarebbe dovuto applicare anche al costo della manodopera) la S.I.L.E.M. non aveva fatto alcun riferimento *in prime cure*, essendosi limitata ad affermare (sia pur in contrasto con l'evidenza documentale) di non aver espresso il ribasso sul costo della manodopera.

Tale contraddizione, lampante, ridonderebbe, in tesi, anch'essa sull'inammissibilità dell'appello.

15.3. Nel merito ha insistito per il rigetto dell'appello.

16. Prima di procedere alla disamina dei motivi di appello e ancor prima della preliminare eccezione di inammissibilità dell'appello, giova richiamare la disciplina in materia di costi dalla manodopera dettata dal nuovo codice dei contratti pubblici, richiamato espressamente dalla *lex specialis* di gara riguardante un appalto finanziato con fondi P.N.R.R. e non oggetto di alcuna impugnativa *in parte qua*.

16.1. La disciplina in materia di costi dalla manodopera nel nuovo codice dei contratti pubblici si ricava, oltre che dall'art. 11 del d.lgs. n. 36 del 2023, in materia di contratto collettivo di settore, dall'art. 41, comma 13 (relativo alla determinazione del costo del lavoro sulla base delle tabelle ministeriali) e comma 14, nonché dagli artt.108, comma 9 e 110, comma 1, del

d.lgs. n. 36 del 2023.

In particolare, per quel che più rileva nella presente sede, l'art. 41 comma 14 precisa che *“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.*

16.2. Ai sensi dell'art. 108 comma 9 *“Nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale”.*

16.3. L'art. 110 comma 1 a sua volta dispone che *“Le stazioni appaltanti valutano la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta, che in base a elementi specifici, inclusi i costi dichiarati ai sensi dell'articolo 108, comma 9, appaia anormalmente bassa. Il bando o l'avviso indicano gli elementi specifici ai fini della valutazione”.*

16.4. Pertanto anche nel vigore del nuovo codice dei contratti pubblici è ammesso il ribasso sui costi dalla manodopera indicati dalla stazione appaltante nella *lex specialis* di gara, come già ritenuto, sia pure *incidenter tantum* a da questa sezione, in riferimento ad una fattispecie soggetto alla disciplina del codice previgente (Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2023 n. 5665 secondo la quale *“Persino nel nuovo codice, che in applicazione di un preciso criterio di delega di cui all'art. 1, secondo comma, lett. t) della l. n. 78 del 2022, ha previsto “in ogni caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso”, è stata fatta salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che un ribasso che coinvolga il costo della manodopera sia derivante da una più efficiente organizzazione aziendale, così armonizzando il criterio di delega, con l'art. 41 Cost.”.*

16.5. Sulla base del combinato disposto degli artt. 41, comma 14, 108, comma 9, e 110, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023, deve pertanto ritenersi che, per l'operatore economico che applichi il ribasso anche ai costi della manodopera, la conseguenza non è l'esclusione dalla gara, ma l'assoggettamento della sua offerta alla verifica dell'anomalia: in quella sede l'operatore economico avrà l'onere di dimostrare che il ribasso deriva da una più efficiente organizzazione aziendale, oltre il rispetto dei minimi salariali (T.a.r. per la Toscana, sez. IV, 29 gennaio 2024, n. 120 che ha ritenuto che tale interpretazione del dettato normativo consente un adeguato bilanciamento tra la tutela rafforzata della manodopera – che costituisce la *ratio* della previsione dello scorporo dei costi della manodopera, evincibile dal criterio contenuto nella lett. t) dell'art. 1, primo comma, della legge delega (l. n. 78 del 2022) – con la libertà di iniziativa economica e d'impresa, costituzionalmente garantita, la quale, nel suo concreto dispiegarsi, non può che comportare la facoltà dell'operatore economico di dimostrare che la più efficiente organizzazione aziendale impatta sui costi della manodopera, diminuendone l'importo rispetto a quello stimato dalla stazione appaltante negli atti di gara).

Solo seguendo tale impostazione si spiega anche l'obbligo del concorrente di indicare i propri costi della manodopera, a pena di esclusione dalla gara (art. 108, comma 9 del d.lgs. n. 36 del 2023), previsione che sarebbe evidentemente superflua se i costi della manodopera non fossero ribassabili, e il successivo art. 110, primo comma, che include i costi della manodopera dichiarati dal concorrente tra gli elementi specifici, in presenza dei quali la stazione appaltante avvia il procedimento di verifica dell'anomalia.

16.5.1. In tale ottica è stato affermato che "la non "ribassabilità" dei costi della manodopera, normativamente prevista, non impone implicitamente anche lo scorporo di questi ultimi dalla base d'asta. (T.a.r. per la Sicilia, sez. III, 19 dicembre 2023, n. n. 3787).

16.6. Da questo punto di vista il d.lgs. n. 36 del 2023 segue la via tracciata dal d.lgs. n. 50 del 2016 nell'assicurare una tutela rafforzata degli interessi dei lavoratori, richiedendo ai partecipanti alla gara di indicare, in via separata, nella propria offerta economica, i costi della manodopera e i costi per gli oneri di sicurezza, e sanzionando con l'esclusione la violazione di detto obbligo (come evincibile dagli artt. 41, comma 13, e 108, comma 9, del d.lgs. n. 36 del 2023). Dalla lettura combinata delle disposizioni citate, emerge, infatti, la volontà di responsabilizzare gli operatori economici, allo scopo di assicurare che questi ultimi, prima di formulare il proprio "ribasso complessivo", svolgano una seria valutazione preventiva dei predetti costi. L'art. 108, comma 9, innovando rispetto al codice previgente, sanziona espressamente l'omessa indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera e degli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, con l'esclusione dalla gara, come riconosciuto nella relazione al nuovo codice.

Da ciò si desume la piena continuità del codice del 2023 rispetto a quello del 2016 nella tutela degli interessi dei lavoratori, che nel nuovo codice assume una valenza rafforzata come desumibile dall'art. 11, terzo comma, che agli operatori economici che applicano un contratto collettivo diverso rispetto a quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, richiede dichiarazioni di garanzia di equivalenza delle tutele offerte ai propri dipendenti rispetto a quelli indicati, non applicati.

17. Per quanto riguarda specificatamente la procedura *de qua* il bando di gara, nella sezione II (Oggetto dell'appalto – Importo – Finanziamento) stabiliva 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 parti ad € 533.323,18 per una percentuale del 10,986% dei lavori medesimi, scaturenti dall'allegato progettuale 'Stima incidenza manodopera”.*

17.1. Non diversamente, il disciplinare di gara prevedeva 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”.

17.2. Il disciplinare di gara prevedeva inoltre al punto 14.3: “a. OFFERTA ECONOMICA

*L'operatore economico dovrà, accedendo alla piattaforma telematica, 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.*

*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”.*

17.3. Inoltre come incontestabilmente risultante dagli scritti difensivi delle parti, l'offerta da presentare tramite la piattaforma telematica non consentiva agli operatori economici di variare l'importo ribassabile, individuato, peraltro erroneamente in detta piattaforma, dalla stazione appaltante, ma di indicare il solo ribasso unico percentuale che sarebbe stato applicato, secondo quanto previsto nella *lex specialis* di gara ai servizi tecnici e ai lavori.

18. Ciò posto, richiamando la *lex specialis* di gara l'art. 41 comma 14 del d.lgs., n. 36 del 2023 nella sua interezza, non era escluso che gli operatori economici potessero indicare un importo della manodopera in ribasso rispetto a quello individuato dalla stazione appaltante, ma detto ribasso doveva evincersi dal modello C dell'offerta economica, nella parte relativa all'esplicita indicazione del costo della manodopera, che doveva essere compilata separatamente, come

del pari doveva essere compilata separatamente la casella relativa agli oneri della sicurezza aziendale (caselle queste che richiamavano al riguardo le previsioni codicistiche), essendo per contro l'importo ribassabile, cui applicare il ribasso unico offerto, rimesso alla stazione appaltante, come già ritenuto da questa sezione in sede di appello cautelare.

18.1. Ed invero neppure dal punto 14.3. del disciplinare di gara si evinceva che l'offerente dovesse indicare l'importo ribassabile - poi individuato in una distinta casella del modello C - essendo previsto l'onere dell'operatore economico di indicare "*a pena di esclusione*" il ribasso unico offerto (da applicarsi ai servizi tecnici e ai lavori), nonché in via separata "*a pena di esclusione*", ai sensi dell'articolo 108, comma 9 del d.lgs. 36 del 2023, l'importo dei costi della manodopera, nonché ancora in via separata, sempre ai sensi di tale previsione, gli oneri della sicurezza aziendale.

In tal senso va pertanto inteso quanto dedotto dalla stazione appaltante nella Relazione del 20 novembre 2023 depositata in giudizio, citata da parte appellata, laddove la stessa aveva testualmente esplicitato che il disciplinare "*...coerentemente con la vigente norma, specifica che i costi della manodopera non sono soggetti a ribasso...*", soggiungendo significativamente che: "*...proprio per rafforzare tale concetto, il disciplinare impone ai concorrenti di esplicitare i costi della manodopera non soggetti a ribasso nel "Modello Offerta Economica - Allegato C"...*", ovvero nel senso che il ribasso percentuale offerto non potesse applicarsi ai costi della manodopera, che in quanto non soggetti, rispetto alla gara de qua, al ribasso della base d'asta, andavano indicati in via separata nel *Modello Offerta Economica - Allegato C*.

18.2. Indefettibile corollario delle previsioni della *lex specialis* di gara, come del resto ritenuto dal primo giudice, era che l'importo ribassabile (ovvero l'importo a cui andava applicato il ribasso percentuale offerto dalle imprese concorrenti) era 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), ovvero era pari a € 4.499.523,54.

19. Ciò posto va in via preliminare delibata l'eccezione di inammissibilità dell'appello formulata da Ca.Ti.Fra. S.r.l..

Infatti come noto l'esame delle questioni preliminari di rito deve precedere la valutazione del merito della domanda (Cons. Stato, ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4), salve esigenze eccezionali di semplificazione che possono giustificare l'esame prioritario di altri aspetti della lite, in ossequio al superiore principio di economia dei mezzi processuali (Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5); inoltre l'ordine di esame delle questioni pregiudiziali di rito non rientra nella disponibilità delle parti (Cons. Stato, ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9).

La norma positiva enucleabile dal combinato disposto degli artt. 76, comma 4, c.p.a. e 276, comma 2, c.p.c., impone infatti di risolvere le questioni processuali e di merito secondo l'ordine logico loro proprio, assumendo come prioritaria la definizione di quelle di rito rispetto a quelle di merito, e fra le prime la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali (nell'ordine, giurisdizione, competenza, capacità delle parti, *ius postulandi*, ricevibilità, contraddittorio, estinzione), rispetto alle condizioni dell'azione (tale fondamentale

canone processuale è stato ribadito anche da Cons. Stato, ad. plen. 3 giugno 2011, n. 10).

19.1. Le stesse sono infondate posto che, con il primo motivo di appello, S.I.L.E.M. S.r.l. ha in primo luogo criticato i capi della sentenza che avevano ritenuto che la commissione di gara prima e la stazione appaltante poi avessero manipolato l'offerta dell'aggiudicataria, avuto riguardo all'importo indicato come ribassabile nel modello C ed in secondo luogo criticato il capo della sentenza che - partendo dal presupposto che l'offerta dell'aggiudicataria avesse incluso nell'importo ribassabile il costo della manodopera - aveva ritenuto che *"Sia la S.I.L.E.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"*.

19.2. Ciò fermo restando l'irrilevanza di questo profilo di doglianza e dell'esatta comprensione della *ratio* del *decisum* di *prime cure*, ove si pervenga alla conclusione che, al contrario di quanto ritenuto dal primo giudice, la commissione di gara non aveva manipolato l'offerta economica della S.I.L.E.M. S.r.l., essendosi attenuta a detta offerta, quale evincibile dalla complessiva disamina del modello C.

19.3. Con il secondo motivo di appello ha infine criticato il capo della sentenza che aveva ritenuto come nell'ipotesi di specie, stante l'equivocità dell'offerta economica, non fosse esperibile il soccorso istruttorio.

20. Nel merito l'appello è fondato, avuto riguardo alla prima doglianza espressa nel primo motivo di appello, da esaminarsi avuto riguardo all'interpretazione della volontà negoziale di S.I.L.E.M. S.r.l., operata dalla stazione appaltante avendo riguardo a quanto indicato nel modello C.

20.1. Ed invero, in considerazione del rilievo che il portale conteneva un'indicazione inesatta dell'importo non ribassabile (rimesso alla stazione appaltante), in quanto non comprendeva i costi per la progettazione e per il coordinamento della sicurezza, la S.I.L.E.M., S.r.l., ha inteso non solo indicare l'inesatto importo ribassabile di € 5.032.846,72, ma precisare successivamente come dovessero identificarsi le voci degli importi ribassabili previsti nel disciplinare di gara *"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"*.

20.2. Nella parte del modello C dedicato all'indicazione dei costi della manodopera (ove era precisato *"Costi della manodopera impiegata nell'esecuzione dell'appalto art. 109, comma 9 del d.lgs. 36/2023. 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"*) inoltre la S.I.L.E.M. S.r.l. ha indicato l'importo di € 540.000,00, ovvero un importo addirittura in aumento rispetto al costo della manodopera non ribassabile individuato dalla stazione appaltante, e nella parte dedicata agli oneri della sicurezza aziendale (ove era precisato *"Oneri relativi alla sicurezza"*

aziendale concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro art. 109, comma 9 del d.lgs. 36/2023"), l'importo di € 30.000,00 (come già evidenziato nell'ordinanza cautelare n. 1067 del 2024); il tutto in conformità con le previsioni del punto 13.2. del disciplinare di gara, come innanzi riportate.

20.3. Infatti, fermo restando che a norma della *lex specialis* di gara l'importo non ribassabile era stato rimesso alla valutazione della stazione appaltante e che pertanto il ribasso unico di gara dovesse applicarsi ai soli servizi tecnici e ai lavori, la concreta volontà dell'operatore economico di presentare un'offerta in cui il costo del lavoro fosse in ribasso, ovvero anche in rialzo, rispetto a quello individuato dalla stazione appaltante, non poteva che evincersi dalla analitica indicazione del costo della manodopera presente nel modello C, come avvenuto nell'ipotesi di specie, in cui S.I.L.E.M. ha indicato un costo di poco superiore a quello previsto dalla *lex specialis* di gara, facoltà questa da intendersi riconosciuta all'operatore economico.

20.3.1. Ed invero laddove il ribasso offerto dall'operatore economico implichi anche la riduzione dei costi della manodopera indicati a base d'asta, l'offerta si presume *iuris tantum* anomala, fatta salva la possibilità del concorrente di dimostrare ai sensi dell'art. 41, quattordicesimo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023 "che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale"; di contro, il ribasso proposto dall'operatore economico unitamente all'indicazione dei costi della manodopera "a rialzo" non costituisce, di per sé, come nel caso di indicazione "a ribasso", un indice di anomalia dell'offerta, poiché è necessario che la proposta in aumento di tale componente di costo si caratterizzi per la sua effettiva e concreta capacità di incidere sulla remuneratività dell'offerta, andando ad abbattere l'utile ritraibile dall'importo offerto: ciò in quanto per offerta anormalmente bassa si intende quella che, in quanto tale e rispetto all'entità delle prestazioni richieste dal bando di gara, suscita il sospetto della scarsa serietà e di una possibile non corretta esecuzione della prestazione contrattuale per l'inidoneità ad assicurare all'operatore economico un adeguato profitto.

20.4. Pertanto del tutto corretto è stato al riguardo l'operato della commissione di gara che nella seduta del 25 settembre 2023 ha evidenziato che "l'offerta economica presentata dalla società S.I.L.E.M. S.r.l. nell'allegato 6.5. riporta, quale importo soggetto a ribasso d'asta, l'importo complessivo dei lavori (inclusa la manodopera) e progettazione esecutiva e coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, dettagliando analiticamente le somme soggette a ribasso d'asta, che, ad ogni modo, vengono comunque dettagliate nella successiva tabella" (quella relativa al costo della manodopera) "quali importi non ribassabili".

20.4.1. Del pari correttamente la stazione appaltante ha dunque aggiudicato l'appalto *de quo* non applicando il ribasso indicato dalla S.I.L.E.M. S.r.l. al costo della manodopera, in perfetta sintonia con la *voluntas* negoziale desumibile dal modello C.

20.5. L'operato della stazione appaltante, volto alla ricerca dell'effettiva volontà espressa dall'offerente, sulla base di quanto inequivocabilmente indicato sia nel dettaglio degli importi ribassabili e non ribassabili del costo dei lavori, sia nella parte relativa all'indicazione del costo della manodopera concretamente offerto, è peraltro del tutto coerente con il principio del risultato e della fiducia, quali codificati dal nuovo codice dei contratti pubblici.

20.5.1. La declinazione del principio del risultato quale “*criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto*” si traduce infatti nel dovere degli enti committenti di ispirare le loro scelte discrezionali più al raggiungimento del risultato sostanziale che a una lettura meramente formale della norma da applicare ed è destinata ad avere un maggiore impatto sui comportamenti concreti delle amministrazioni, soprattutto con riguardo all’interpretazione ed all’applicazione delle regole di gara, dovendo entrambe le fasi essere ispirate al risultato finale perseguito dalla programmata operazione negoziale, di cui assume un profilo dirimente la sua destinazione teleologica.

Il nuovo principio guida della fiducia, introdotto dall’art. 2 del d.lgs. n. 36 del 2023, porta a valorizzare l’autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma una regola chiara: ogni stazione appaltante ha 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 (Tar Campania, Napoli, sez. V, 6 maggio 2024 n. 2959).

Il principio del risultato e quello della fiducia sono avvinati inestricabilmente: la gara è funzionale a portare a compimento l’intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell’intervento medesimo (ex multis Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924).

20.6. Né in tale ottica può avere rilievo la circostanza che la S.I.L.E.M. avesse indicato nella parte del modello C relativa all’importo non ribassabile l’importo di euro € 533.323,18, corrispondente a quello individuato dalla stazione appaltante, e non l’importo di € 540.000,00, concretamente offerto, in quanto lo stesso è stato all’evidenza indicato, come precisato da S.I.L.E.M. S.r.l. nella memoria di replica, solo al fine di evidenziare che detto importo, indicato nella base d’asta del disciplinare di gara nell’importo complessivo per i lavori, non era da assoggettare al ribasso unico, dovendo essere assoggettata la restante parte dell’importo dei lavori (“*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*”), oltre che l’importo previsto per la progettazione (+ per *PROGETTAZIONE ESECUTIVA e COORDINAMENTO SICUREZZA IN FASE DI PROGETTAZIONE (soggetti a ribasso d’asta) € 187.208,09*’).

20.7. In tale ottica, del pari irrilevante è la circostanza che in detta parte del modello C non fosse stato indicato l’importo degli oneri della sicurezza (pari a € 247.942,26), trattandosi di importo indiscutibilmente escluso dalla base d’asta soggetta a ribasso.

21. Posto il carattere assorbente della prima censura del primo motivo di appello, si rileva ultronea la disamina della seconda censura – che postulerebbe che S.I.L.E.M. S.r.l., come ritenuto dal primo giudice, avesse indicato un costo della manodopera distonico rispetto alle previsioni della *lex specialis* di gara, nonché del secondo motivo di appello, diretto ad avversare il capo della sentenza di *prime cure* secondo cui l’erronea indicazione contenuta nel modello C dell’importo ribassabile della base d’asta non fosse suscettibile di essere emendato dalla stazione appaltante, non potendo considerarsi quale mero errore materiale, né

fosse suscettibile di soccorso istruttorio.

21.1. Ed invero, come innanzi rilevato, non si trattava di emendare un errore materiale, ma di interpretare la *voluntas* negoziale, quale desumibile da due indici univoci del modello C, ovvero dall'esplicitazione del costo della manodopera quale importo non ribassabile, e dall'esplicita e separate indicazione del costo della manodopera concretamente offerto.

21.2. Infatti, come correttamente ritenuto da parte appellante, le offerte, intese come atto negoziale, sono suscettibili di essere interpretate in modo tale da ricercare l'effettiva volontà del dichiarante (ex multis Cons. Stato, sez. III, 12 luglio 2018, n. 4284 secondo cui all'uopo la stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti : *“ciò in quanto, fronte di una sospetta incongruenza formale determinatasi fra la volontà e la sua espressione letterale, una siffatta richiesta di chiarimenti non avrebbe implicato alcuna modifica sostanziale dei dati forniti in sede di domanda di partecipazione, ma la semplice deduzione di un dato parziale, univocamente ricavabile dal contesto documentale di riferimento e tale da riallineare in toto la manifestazione di volontà all'intento effettivamente concepito. D'altra parte, la costante giurisprudenza di questo Consiglio afferma che nelle gare pubbliche è ammissibile una attività interpretativa della volontà dell'impresa partecipante alla gara da parte della stazione appaltante, al fine di superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta, purché si giunga ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essi assunti (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. V, 1. Agosto 2015, n. 3769; 27 aprile 2015, n. 2082; sez. III, 10 novembre 2017, n. 5182; 21 ottobre 2014, n. 5196; 27 marzo 2014, n. 1487)”*.

21.3. A tal riguardo pertanto il soccorso che la stazione appaltante avrebbe dovuto esperire - ove ritenuto necessario, il che nell'ipotesi di specie non è avvenuto— era il c.d. soccorso procedimentale, da applicarsi peraltro, nel vigore dell'attuale codice dei contratti pubblici, tenendo conto del principio del risultato e del principio della fiducia, costituente cardini guida per l'operato delle stazioni appaltanti, secondo quanto innanzi indicato.

Come già ritenuto da questo Consiglio di Stato alla luce della disciplina recata dall'art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023 è possibile distinguere tra:

1) soccorso integrativo o completivo (primo comma, lettera a) dell'art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023., non difforme dall'art. 83, nono comma, del d.lgs. n. 50 del 2016), che mira, in termini essenzialmente quantitativi, al recupero di carenze della c.d. documentazione amministrativa necessaria alla partecipazione alla gara (con esplicita esclusione, quindi, della documentazione inerente l'offerta, sia sotto il profilo tecnico che sotto il profilo economico), sempreché non si tratti di documenti bensì non allegati, ma acquisibili direttamente dalla stazione appaltante (in prospettiva, tramite accesso al fascicolo virtuale dell'operatore economico);

2) soccorso sanante (primo comma lettera b), non difforme dall'art. 83, nono comma, del d.lgs. n. 50 del 2016, che consente, in termini qualitativi, di rimediare ad omissioni, inesattezze od irregolarità della documentazione amministrativa (con il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili);

3) soccorso istruttorio in senso stretto (terzo comma), che – recuperando gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso c.d. procedimentale – abilita la stazione appaltante (o l'ente concedente) a sollecitare chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell'offerta tecnica e/o dell'offerta economica, finalizzati a consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della *par condicio*) di apportarvi qualunque modifica;

4) soccorso correttivo (quarto comma): che, in realtà, a differenza delle altre ipotesi – rispetto alle quali si atteggia, peraltro, a fattispecie di nuovo conio, come tale insuscettibile, almeno in principio, di applicazione retroattiva – prescinde dall'iniziativa e dall'impulso della stazione appaltante o dell'ente concedente (sicché non si tratta, a rigore, di soccorso in senso stretto), abilitando direttamente il concorrente, fino al giorno di apertura delle offerte, alla rettifica di errori che ne inficino materialmente il contenuto, fermo il duplice limite formale del rispetto dell'anonimato e sostanziale della immodificabilità contenutistica (Cons. Stato, sez. V, 4 giugno 2024 n. 4984, che richiama quanto elaborato da Cons. Stato, sez. V, n. 7870 del 2023).

21.3.1. Ed invero rispetto alla fattispecie *de qua*, ove la stazione appaltante avesse ritenuto di avere dei dubbi in ordine all'effettiva portata dell'offerta economica, avuto riguardo per un verso all'erronea indicazione dell'importo non ribassabile, e per altro verso all'esplicitazione del costo della manodopera compreso nel costo dei lavori come importo non ribassabile e alla (chiara e) separata indicazione del costo della manodopera compreso nel prezzo offerto, ben avrebbe potuto richiedere dei chiarimenti alla S.I.L.E.M. S.r.l., ricorrendo i presupposti per l'esperibilità del soccorso procedimentale (soccorso istruttorio in senso stretto alla luce della previsione dell'art. 101 comma 3 del d.l.gs. 36 del 2023).

Come chiarito di recente da questa Sezione (Cons. Stato, sez. V, 4 giugno 2024 n. 4984, con richiamo a Cons. Stato, Sez. V, 3 novembre 2023, n. 9541) anche nell'ambito delle procedure di affidamento di contratti pubblici, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (per tutte cfr. sez. V, 27 gennaio 2020, n. 680) è consolidata nel senso che la mera richiesta volta ad ottenere delucidazioni sulla interpretazione dell'offerta tecnica non comporta che i chiarimenti resi costituiscano una modifica dell'offerta presentata in gara, se essi sono limitati a specificare la portata di elementi già interamente contenuti nella stessa offerta (non è superfluo rammentare ...che nel nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. n. 36 del 2023, la fattispecie è stata testualmente prevista all'art. 101, comma 3: "*La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato. L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a dieci giorni. I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica*").

22. L'appello va pertanto accolto.

23. Avuto riguardo all'accoglimento dell'appello, vanno pertanto esaminati il secondo e terzo motivo del ricorso di *prime cure*, formulati da Ca.Ti.Fra. S.r.l., assorbiti dal primo giudice e

dalla stessa riproposti in questa sede, ex art. 101 comma 2 c.p.a..

23.1. Con il secondo motivo Ca.Ti.Fra. S.r.l. deduceva che la commissione di gara aveva errato nel non attribuirle i 4 punti previsti dal disciplinare di gara per il possesso della certificazione, in corso di validità, ai sensi della norma UNI EN ISO 14001.

Ca.Ti.Fra. S.r.l. sarebbe infatti in possesso, e lo avrebbe dimostrato in gara, della certificazione conforme alla norma ISO 140001: 2015, rilasciata il 26 maggio 2021, con scadenza 15 maggio 2024, dalla LL-C Certification per il Codice EA-28.

Il suddetto certificato, in tesi avrebbe valenza generale, coprendo l'intero settore EA – 28, sicché la commissione avrebbe dovuto attribuirle, così come aveva fatto per le prime due graduate, i 4 punti previsti dal disciplinare.

23.2. La disamina di tale motivo, verrà postergata alla disamina del terzo motivo, in quanto comportando, in ipotesi di ritenuta fondatezza, il riconoscimento di soli quattro punti aggiuntivi a Ca.Ti.Fra. S.r.l. sarebbe inidoneo al superamento della prova di resistenza, data la differenza di punteggio tra la medesima e S.I.L.E.M. S.r.l. (S.I.L.E.M. S.r.l. punti 55,602; Ca.Ti.Fra. S.r.l., punti 40,662).

23.3. Conseguentemente, in ipotesi di ritenuta infondatezza del terzo motivo di ricorso, tale motivo sarà considerato inammissibile per difetto di interesse, non potendo determinare un sovvertimento della graduatoria di gara.

24. Con il terzo motivo del ricorso di *prime cure* Ca.Ti.Fra. S.r.l. assumeva che l'operato della commissione di gara aveva violato la prescrizione del punto 14.2.2. - Documentazione relativa all'offerta tecnica, con riferimento al cap. A 1 "*Un servizio riguardante Opere classificate con ID S.04 punti 16*" e con riferimento al cap. B *Capitolo B. – Metodologia di sviluppo dell'intervento*, e ai suoi criteri e sub-criteri.

24.1. Segnatamente con riferimento al criterio A 1 Ca.Ti.Fra. S.r.l. assume che tra i servizi di progettazione svolti dalla Dinamica s.r.l., incaricata della progettazione da parte di S.I.L.E.M. S.r.l., in riferimento alle categorie ID Opere S.04 era stato indicato:

*"Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale – "Consolidamento banchine di levante ponte Eritrea Porto di Genova" (importo lavori € 11.462.875,70)"*.

Oltre al suddetto servizio, poi, la S.I.L.E.M. S.r.l. aveva riportato un altro servizio:

*"Porto Turistico Capo d'Orlando S.p.A. – "Completamento del porto turistico e da diporto di capo d'Orlando" (importo lavori € 42.506.309,96)"* che in tesi non poteva essere preso in considerazione, non essendo stato indicato il periodo in cui sarebbe stata svolta l'attività e neppure il soggetto di riferimento del servizio

24.2. Con riferimento al criterio al cap. B *Capitolo B. – Metodologia di sviluppo dell'intervento*, e ai suoi criteri e sub-criteri, assume che la figura di riferimento del progettista indicato dalla

S.I.L.E.M. S.r.l. era quella dell'Ing. Antonino Sutera, il quale, oltre ad elaborare il Piano di Gestione della Commessa, *"...svolgerà il ruolo di Project manager, responsabile dell'integrazione tra le prestazioni specialistiche nonché esperto progettista di idraulica marittima: coordinerà e supervisionerà il gruppo di lavoro, definendo obiettivi, tempi e modalità di interazione delle diverse professionalità coinvolte, mantenendo un continuo contatto con i preposti Uffici per la verifica in progress dell'avanzamento delle attività e della piena rispondenza di quanto svolto alle esigenze della Committenza..."*.

Senonché, e questo sarebbe il punto nodale, il suddetto Ing. Antonino Sutera, non risultava tra i professionisti che componevano il gruppo di lavoro indicato nel DGUE e che, quindi, si sarebbero occupati dello svolgimento del servizio.

Il che, all'evidenza, si porrebbe in contrasto con le previsioni del disciplinare, le quali, prescrivevano che: *"La documentazione presentata dovrà includere la descrizione dell'organigramma di progetto, con l'indicazione dei professionisti che si occuperanno dello svolgimento del servizio, che dovranno coincidere con i Progettisti indicati all'interno del DGUE ..."*.

Infatti nel D.G.U.E. della DINAMICA s.r.l., prodotto in gara dalla S.I.L.E.M. S.r.l. nella tabella in cui sono stati indicati i soggetti incaricati dell'esecuzione dei servizi oggetto della procedura (cfr. pagg. 19-20 del DGUE della DINAMICA s.r.l.), il nominativo dell'Ing. Antonino Sutera non figurava affatto tra i professionisti che si sarebbero occupati dello svolgimento del servizio.

Inoltre, con riferimento all'Ing. Antonino Sutera, in allegato al D.G.U.E., la DINAMICA s.r.l. aveva dichiarato che il medesimo, socio (titolare di una quota del 28,57% delle quote della Dinamica s.r.l.), per le specifiche ragioni indicate dalla stessa DINAMICA, sarebbe cessato dalla carica di Presidente CdA, Amministratore Delegato e Direttore Tecnico in data 14 gennaio 2022.

Nel DGUE, al posto dell'Ing. Antonino Sutera, figurava, quale Responsabile delle integrazioni delle prestazioni specialistiche, l'Ing. Salvatore Russo, il quale, però, non era stato indicato nella descrizione della Struttura tecnico-organizzativa per lo svolgimento dell'attività progettuale di cui alla Relazione unica, in cui, infatti, figurava l'Ing. Sutera, quale *Project manager*, responsabile dell'integrazione tra le prestazioni specialistiche.

24.3. Entrambe le doglianze sono infondate.

24.3.1. Ed invero quanto al subcriterio A 1 è sufficiente evidenziare come il disciplinare di gara prevedesse l'assegnazione del punteggio di 16 anche in relazione ad un solo servizio riguardante opere classificate con ID S04, sebbene prevedesse la possibilità per gli operatori economici di produrre la documentazione relativa a due progetti.

Pertanto con riferimento al criterio A1 l'appellante aveva già soddisfatto la richiesta del disciplinare di gara, indicando – come riferito dalla stessa Ca.Ti.Fra. S.r.l. – sia il periodo di riferimento che il soggetto esecutore relativo a un servizio relativo a opere classificate con ID S.04.

Oltre al servizio richiesto nel disciplinare, l'offerta tecnica di S.I.L.E.M. S.r.l. conteneva anche un altro servizio di progettazione, da ritenersi un *quid pluris* volto a comprovare esclusivamente l'abitudine della società di progettazione a questo tipo di lavorazione, in quanto relativo a un servizio di opere similari per complessità, seppur classificate con ID IA.01.

Pertanto che la mancanza di dettagli relativi a quest'ultimo servizio non poteva costituire in alcun modo motivo di esclusione o di riduzione del punteggio, avuto riguardo anche al rilievo che in relazione a tale subcriterio non era stato attribuito a S.I.L.E.M. S.r.l. il punteggio massimo di 16 ma il punteggio di 13,328.

24.3.2. Parimenti destituita di fondamento è la doglianza riferita al subcriterio B1 in quanto l'erronea e differente indicazione tra il soggetto indicato quale Project Manager nel D.G.U.E. di Dinamica S.r.l. e quello indicato nella «*Struttura tecnico-organizzativa per lo svolgimento dell'attività progettuale*» a pag. 8 della «*Relazione unica*» di S.I.L.E.M. S.r.l.. è da ascriversi a mero errore materiale, *ictu oculi* riscontrabile e pertanto rettificabile dalla stazione appaltante, atteso che proprio nella stessa relazione unica, nella pagina immediatamente successiva viene riportato l'«*Organigramma figure coinvolte nello svolgimento dell'attività progettuale*», in cui il ruolo di Project Manager risulta rivestito proprio dall'Ing. S. Russo, come indicato nel D.G.U.E. ed in cui del pari sono indicati gli altri soggetti componenti l'organigramma, corrispondenti a quelli indicati a pag. 19 e 20 del D.G.U.E. di Dinamica s.r.l..

La doglianza inoltre è del tutto fuori fuoco con riferimento al subcriterio B 2, in alcun modo riferibile alla posizione della progettista Dinamica S.r.l. in quanto riferibile alla «*Metodologia per la gestione e la fase di esecuzione delle attività*», ovvero alla fase di esecuzione dei lavori.

25. Avuto riguardo all'infondatezza del terzo motivo del ricorso di *prime cure*, il secondo motivo, come innanzi precisato, va dichiarato inammissibile per difetto di interesse, non consentendo a Ca.Ti.Fra. S.r.l. di vincere la prova di resistenza.

26. In conclusione l'appello va accolto, mentre i motivi di ricorso formulati *in prime cure* e riproposti in questa sede da Ca.Ti.Fra. S.r.l. vanno in parte dichiarati inammissibili ed in parte respinti e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di primo grado.

Conseguentemente non sussistono i presupposti per disporre il subentro nel contratto né per il risarcimento dei danni, richiesti da Ca.Ti.Fra. S.r.l. con la memoria di discussione finale.

27. Sussistono nondimeno eccezionali e gravi ragioni, avuto riguardo alla complessità delle questioni sottese, per compensare tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e in parte respinge e in parte dichiara inammissibili i motivi assorbiti in primo grado e riproposti da Ca.Ti.Fra. S.r.l. e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa le spese di lite del doppio grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

## **Il Consiglio di Stato**

### **in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1954 del 2024, proposto da S.I.L.E.M. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 9887512904, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Vittorio Milardi, Fabio Saitta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

### ***contro***

Ca.Ti.Fra. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Umberto Ilardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Autorita' di Sistema Portuale dello Stretto Messina, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

### ***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria sezione staccata di

Reggio Calabria n. 119/2024, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ca.Ti.Fra. S.r.l. e di Presidenza del Consiglio dei Ministri e di Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e di Autorita' di Sistema Portuale dello Stretto Messina;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2024 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Saitta e Ilardo.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

1.L'Autorità di Sistema Portuale dello Stretto di Messina con bando di gara ritualmente pubblicato ha indetto una procedura aperta, ai sensi dell'art. 71, d.lgs. n.36 del 2023, per l'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dell'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, per un importo complessivo di € 9.394.643,31, di cui:

- € 8.799.450,40 per lavori (soggetti a ribasso d'asta) inclusa manodopera (non soggetta a ribasso d'asta) per € 1.011.221,98;

- € 310.225,09 per oneri sicurezza (non soggetti a ribasso d'asta);

- € 284.967,82 per progettazione esecutiva e coordinamento sicurezza in fase di progettazione (soggetti a ribasso d'asta).

1.1. Come previsto nel Bando di gara, l'appalto in questione 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 Reggio Calabria.

1.2. Alla gara hanno partecipato Ca.Ti. Fra. S.r.l., S.I.L.E.M. S.r.l. e Franco Giuseppe S.r.l.

1.3. All'esito della gara la commissione ha assegnato i seguenti punteggi: S.I.L.E.M. S.r.l. punti 74,135, Ca.Ti. Fra. S.r.l., punti 57,105 e Franco Giuseppe S.r.l. 55,428 e conseguentemente la gara veniva aggiudicata a S.I.L.E.M. S.r.l..

2. Con ricorso innanzi al Tar per la Calabria, sezione distaccata di Reggio Calabria, Ca.Ti. Fra. S.r.l., richiedeva l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione in favore della S.I.L.E.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, assumendo in via prioritaria che avrebbe dovuto essere esclusa per aver formulato offerta economica contrastante con la *lex specialis* di gara, ovvero per avere considerato quale importo soggetto a ribasso anche il costo della manodopera, che invece doveva essere scomputato dal costo ribassabile.

2.1. Segnatamente venivano articolate le seguenti censure:

l) 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.

In tesi di parte ricorrente, del tutto illegittimamente, la commissione aveva attribuito all'offerta dell'aggiudicataria un significato che essa non aveva.

Nella seduta pubblica n. 2 del 25 settembre 2023, infatti, la Commissione, rilevava che l'offerta economica presentata dalla S.I.L.E.M. S.r.l. nell'allegato 6.5. riportava, 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 peraltro analiticamente le somme non soggette a ribasso d'asta che, ad ogni modo, erano state comunque dettagliate nella successiva tabella quali importi non ribassabili.

Così facendo, valorizzando quanto riportato con caratteri più piccoli nell'offerta economica, la commissione, in tesi attorea, avrebbe manipolato l'offerta dell'aggiudicataria che, peraltro, avrebbe dovuto essere considerata equivoca ed indeterminabile e, quindi, da escludere anche per tale ragione. A rendere più evidente la natura manipolativa dell'interpretazione effettuata dalla Commissione era, poi, la circostanza che la stessa non si era nemmeno avveduta che la S.I.L.E.M. S.r.l. non aveva 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. Anche a voler ammettere, per astratta e denegata ipotesi, che con la precisazione in formato minuscolo la S.I.L.E.M. S.r.l. avesse effettivamente inteso offrire un ribasso percentuale sull'importo dell'appalto al netto del costo della manodopera non era, altresì, chiaro perché essa avesse indicato quale costo non soggetto a ribasso quello previsto negli atti di gara (€ 1.011.221,98) e non il diverso costo da essa offerto, pari a € 1.100.000,00.

Ciò, in tesi attorea, rendeva tanto più evidente l'equivocità e l'indeterminatezza dell'offerta della S.I.L.E.M. S.r.l. e la manipolazione della stessa effettuata dalla Commissione, posto che la mancanza di elementi chiari ed inequivoci doveva portare ad escludere che si trattasse di

errori materiali o facilmente riconoscibili, in quanto tali, astrattamente emendabili.

II) 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;

III) 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. Sutera, 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, esplicativa 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. S.r.l., lamentati con il secondo motivo, 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, lamentato con il terzo motivo, avrebbero consentito a quest’ultima di aggiudicarsi la gara.

3. Il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione distaccata di Reggio Calabria, con la sentenza 8 febbraio 2024 n. 119, ha accolto il ricorso in relazione al primo motivo, di carattere assorbente, ritenendo inoltre che non potessero ricorrere i presupposti per il soccorso istruttorio, non essendo configurabile il mero errore materiale ed essendo equivoca la volontà espressa dall'offerente.

4. S.I.L.E.M. S.r.l. ha interposto appello avverso tale sentenza, articolando due motivi di appello, volti a contestare, il primo, la motivazione della sentenza di *prime cure* nella parte in cui aveva ritenuto che la commissione di gara avesse manipolato la sua offerta economica per renderla conforme alla *lex specialis* di gara (che non prevedeva il ribasso dei costi della manodopera) ed in ogni caso a contestare la sentenza di *prime cure* laddove, in tesi, aveva affermato che l'importo della manodopera non era ribassabile e, il secondo, il capo della sentenza che aveva escluso la possibilità per la stazione appaltante di interpretare l'offerta ricorrendo ad elementi ad essa esterni e dunque di espletare il soccorso istruttorio, non essendo riscontrabile un mero errore materiale riscontrabile *ictu oculi*.

5. Si è costituita Ca.Ti. Fra. S.r.l. eccependo l'inammissibilità dell'appello in quanto non calibrato a suo dire sulla *ratio* del *decisum di prime cure* ed in ogni caso contraddittorio.

5.1. La Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e l'Autorità di Sistema Portuale dello Stretto Messina si sono costituite a mezzo dell'Avvocatura erariale con atto di mero stile.

6. Questa Sezione ha accolto l'istanza di sospensiva con ordinanza 22 marzo 2024 n. 1068 alla stregua dei seguenti rilievi: "*Ritenuto che:*

- *nella comparazione degli opposti interessi l'istanza di sospensiva sia meritevole di accoglimento in considerazione della circostanza che, venendo in rilievo un appalto finanziato con fondi P.N.R.R., si è proceduto alla consegna dei lavori e all'allestimento del cantiere, con consegna anche della garanzia fideiussoria;*

- *la domanda di sospensiva, salvo successivi approfondimenti nella sede di merito, sia supportata anche dal fumus boni iuris, ricorrendo i presupposti per l'esperimento del soccorso procedimentale, essendo la definizione dell'importo non ribassabile di spettanza della stazione appaltante ed avendo la S.I.L.E.M. specificato nell'offerta economica, accanto all'indicazione erronea dell'importo ribassabile, gli importi ribassabili indicati nella *lex specialis* di gara, nonché in via separata gli importi degli oneri della sicurezza e della manodopera (questi ultimi in maniera peraltro superiore a quella indicata nella *lex specialis* di gara)"*

7. Con memoria depositata in data 6 aprile 2024, nei termini di rito Ca.Ti. Fra. S.r.l. ha riproposto, ex art. 101 comma 2 c.p.a, il secondo e il terzo motivo del ricorso di *prime cure*, assorbiti dal Tar.

8. Nelle more della celebrazione dell'udienza pubblica, l'Autorità di Sistema Portuale dello Stretto, come da documentazione depositata in data 29 maggio 2024, ha provveduto ad

aggiudicare di nuovo l'appalto di cui è causa a S.I.L.E.M. S.r.l. con decreto n. 73 del 2 aprile 2024 ed a stipulare il relativo contratto in data 3 aprile 2024, registrato il giorno successivo.

9. In vista dell'udienza pubblica sia S.I.L.E.M. S.r.l. che Ca.Ti. Fra. S.r.l. hanno depositato documenti e memorie difensive, ex art. 73 comma 1 c.p.a., instando nei rispettivi assunti.

9.1. In particolare S.I.L.E.M. S.r.l., oltre ad insistere nel rigetto dell'appello, ha controdedotto anche in merito ai motivi assorbiti *in prime cure* e riproposti da S.I.L.E.M. S.r.l. ex art. 101 comma 2 c.p.a..

9.2. Ca.Ti.Fra. S.r.l. con la memoria di discussione finale, instando per la declaratoria di inammissibilità o per il rigetto dell'appello e in subordine per l'accoglimento dei motivi assorbiti *in prime cure*, oltre a richiedere il subentro nel contratto, ha richiesto il risarcimento dei danni o in funzione della riduzione (parziale) dell'appalto eseguibile, ossia per il caso in cui le venisse affidata solo una parte dell'opera, ovvero per l'intero, ove ritenuto non applicabile il subentro, avendo riguardo sia al mancato utile che alla perdita di qualificazione e di *chances* (come risultante dalla documentazione versata in atti in data 30 maggio 2024).

10. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 20 giugno 2024.

## DIRITTO

11. Viene in decisione l'appello proposto da S.I.L.E.M. S.r.l., avverso la sentenza del Tar per la Calabria, sezione distaccata di Reggio Calabria che, in accoglimento del ricorso proposto da Ca.Ti.Fra. S.r.l. ha disposto l'esclusione della medesima S.I.L.E.M. S.r.l., prima graduata, sulla base del rilievo della non conformità della sua offerta economica alla *lex specialis* di gara, disponendo l'aggiudicazione in favore della ricorrente dell'appalto integrato dell'intervento denominato "*Progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di adeguamento e risanamento della banchina Margottini nel porto di Reggio Calabria*" per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore di S.I.L.E.M. S.r.l..

11.1 Segnatamente il primo giudice ha preliminarmente evidenziato che la stazione appaltante:

- in sede di bando di gara aveva precisato che "*Nell'importo dei lavori a base d'asta*" [concetto distinto 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, aveva 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 Offerito, da intendersi quale ribasso proposto avuto riguardo a tutte le attività oggetto di appalto: "*servizi tecnici e lavori*".

Inoltre, secondo il primo giudice, alla luce della *lex specialis* di gara (punto 14.3. del Disciplinare) l'offerta economica di ciascun operatore doveva intendersi composta:

a) dal ribasso Percentuale Unico Offerito, 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 era evincibile dal relativo schema, ciascun offerente 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.

11.2. Ciò posto, ha evidenziato che l'aggiudicataria, dopo aver inserito in piattaforma il ribasso percentuale offerto (pari al 28,456%), aveva riempito gli spazi lasciati liberi nell'apposito Modello C – le cui indicazioni erano necessarie– 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.

11.3 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 pertanto condurre all'esclusione *de plano* della concorrente.

L'operazione, in proposito, effettuata dalla Commissione di gara, la quale aveva per contro "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) doveva quindi, secondo il Tar, ritenersi obiettivamente manipolativa dell'offerta economica.

Né era 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*"; ciò in quanto 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 risultava, secondo il primo giudice 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 del 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 troverebbe riscontro in quel consolidato orientamento giurisprudenziale, 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*»

12. Con il primo motivo di appello SI.LE.M. S.r.l. critica la statuizione di *prime cure* sia nel punto in cui aveva ritenuto che la stazione appaltante avesse manipolato la sua offerta economica, da intendersi in ogni caso incerta, sia nel punto in cui aveva ritenuto che essa dovesse essere esclusa dalla procedura di 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.

13. Con riferimento al primo profilo evidenza, che come evincibile anche dal «*Regolamento generale di utilizzo della piattaforma*», l'importo indicato sul portale, sul quale ogni partecipante era chiamato ad offrire il ribasso, non era modificabile dai partecipanti, che potevano solo indicare il ribasso offerto.

Peraltro l'importo indicato in detta piattaforma era errato in quanto non comprendeva la

progettazione, soggetta anch'essa a ribasso, prevedendo quale base d'asta ribassabile l'importo dei lavori, esclusa non soltanto la manodopera, ma anche la progettazione.

Avuto riguardo a ciò S.I.L.E.M. S.r.l. aveva ritenuto di indicare nel modello C dell'offerta economica, nella parte relativa all'importo ribassabile, non solo (l'erroneo) importo ribassabile ma anche il dettaglio degli importi ribassabili e non ribassabili: « *Come previsto dal Disciplinare di Gara 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 PROGETTAZIONE ESECUTIVA e COORDINAMENTO SICUREZZA IN FASE DI PROGETTAZIONE (soggetti a ribasso d'asta) € 284.967,82* ».

Pertanto l'importo era stato depurato, alla luce della successiva specifica, dalle voci non ribassabili, come correttamente riconosciuto anche dalla commissione.

In tesi di parte appellante, faceva pertanto fede esclusivamente il ribasso percentuale sull'importo ribassabile, come evincibile dalla successiva specifica, come d'altronde già evidenziato da questa sezione in sede di appello cautelare con l'ordinanza n. 5009 del 2023 secondo la quale «*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*».

Peraltro il contenuto dell'offerta economica doveva essere valutato avuto riguardo alla prescrizione 14.3 del disciplinare di gara, cui la ricorrente si era conformata, indicando il ribasso percentuale offerto che secondo la medesima prescrizione sarebbe stato applicato ai servizi tecnici e ai lavori, laddove, nella sentenza di *prime cure*, si era minimizzato il fatto che la piattaforma non consentisse di indicare e/o modificare l'importo ivi indicato (€ 8.799.450,40) e dunque doveva aversi riguardo esclusivamente al ribasso offerto (e non all'importo ribassabile).

Inoltre l'offerta economica prodotta, in tesi di parte appellante, era perfettamente conforme all'art. 12 del Regolamento generale di utilizzo della piattaforma, in quanto non condizionata ed indicativa della volontà dell'offerente.

13.1. Infine parte appellante evidenzia come la sentenza sarebbe erronea anche nel punto in cui aveva ritenuto, a suo dire, non conformi alla *lex specialis* di gara le offerte che prevedevano un ribasso anche sul costo della manodopera, dovendo le prescrizioni della *lex specialis* di gara leggersi avendo riguardo al disposto dell'art. 41 comma 14 del d.lgs. n. 36 del 2023, nella parte in cui prevede che resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale e potendo l'operatore economico indicare nell'offerta un importo per il costo della manodopera diverso da quello stimato dalla stazione appaltante.

In tale ottica, la S.I.L.E.M. S.r.l., al pari degli altri concorrenti, era tenuta a compilare il «Modello Offerta Economica – All. C Busta Economica» il quale richiedeva ai partecipanti alla gara di indicare il proprio costo della manodopera, che poteva, quindi, essere diverso da quello medio stimato dalla stazione appaltante. Ed infatti, qualora il costo predeterminato dalla

stazione appaltante fosse stato fisso e inderogabile, l'anzidetto modello sarebbe stato totalmente superfluo, non potendo indicare i concorrenti oneri aziendali per il personale di importo diverso da quello stimato nella *lex specialis*.

I costi della manodopera indicati dai concorrenti, in quanto soggetti a verifica da parte della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 110, comma 5, lett. d), d.lgs. n. 36/2023, ben potevano non corrispondere all'importo indicato nella *lex specialis* ed essere sia maggiori che minori.

Lo stesso bando tipo A.N.AC. n. 1/2023 indicava che: a) l'importo a base di gara comprende i costi della manodopera stimati dalla stazione appaltante; b) i costi della manodopera effettivamente stimati dal concorrente vanno indicati in offerta da quest'ultimo.

Nello stesso senso si era successivamente espressa l'A.N.AC., secondo la quale, nonostante la formulazione letterale della prima parte dell'art. 41, comma 14, «*induca a ritenere che i costi della manodopera siano scorporati dall'importo assoggettato a ribasso, la lettura sistematica e costituzionalmente orientata delle diverse disposizioni del Codice in materia di costi della manodopera*» deve portare a conclusioni opposte (delib. 15 novembre 2023, n. 528), riferendosi al secondo inciso contenuto nell'art. 41, comma 14, a mente del quale «*resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale*». Tale inciso sarebbe, infatti, secondo l'Autorità, posto nel nulla se si interpretasse il precedente inciso come divieto inderogabile di ribasso dei costi della manodopera.

L'A.N.AC. aveva altresì fatto riferimento agli artt. 108, comma 9, e 110 del codice, le cui previsioni non avrebbero avuto ragion d'essere se davvero l'art. 41, comma 14, avesse inteso vietare *tout court* il ribasso sui costi della manodopera.

In tal senso, secondo parte appellante, si era orientata anche una parte della giurisprudenza di primo grado, oltre che una sentenza di questa sezione, sia pure intervenuta sulla prescrizione del nuovo codice *incidenter tantum*.

14. Con il secondo motivo di appello viene sottoposta a critica la statuizione di *prime cure* per non avere debitamente considerato che, a tutto voler concedere, si sarebbe potuto attivare il c.d. soccorso procedimentale, per risolvere eventuali dubbi riguardanti gli elementi essenziali dell'offerta economica tramite l'acquisizione di chiarimenti finalizzati a consentire l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà della concorrente:

Pertanto erroneamente il primo giudice non aveva ritenuto sussistessero i presupposti per il soccorso istruttorio, sulla base del semplice rilievo che non si fosse al cospetto di un mero errore materiale, posto che il soccorso istruttorio in senso stretto, ovvero il soccorso procedimentale, sarebbe esperibile proprio per consentirne l'esatta acquisizione ed a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della *par condicio*) di apportarvi qualunque modifica, come riconosciuto anche dalla recente giurisprudenza.

In tale contesto era stato invocato *in prime cure*, in via subordinata, anche il soccorso processuale.

15. Ca.Ti.Fra. S.r.l. nel costituirsi, ha in primo luogo eccepito l'inammissibilità dell'appello, sulla base del rilievo che lo stesso non sarebbe calibrato sulla *ratio decidendi* del pronunciamento di *prime cure*, che in alcun modo aveva affermato che i costi della manodopera stimati dalla Stazione appaltante siano fissi e non derogabili, bensì solo che ad essi, in funzione della tutela cogente del lavoro e dei lavoratori, non si applicasse il "ribasso unico di gara", essendo ben possibile che il concorrente indicasse un costo della manodopera in misura diversa, in ipotesi anche inferiore, da quello stimato *ex ante* dalla stazione appaltante, dando poi evidenza, in sede di verifica di congruità, della sostenibilità di detto costo.

15.1. Peraltro, in tesi di parte appellata, ove mai il ribasso unico offerto da S.I.L.E.M. fosse stato applicato anche all'importo della manodopera, come a suo dire evincibile dal modello C prodotto in sede di gara, avrebbe dato luogo ad un importo di € 6.295.478,794, che, pur aumentato degli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso (€ 310.225,09) non era affatto coerente con l'importo (euro 7.097.334,59) a cui è avvenuta l'aggiudicazione da essa impugnata ed annullata dal Tar.

15.2. Inoltre, in tesi di Ca.Ti.Fra. S.r.l., parte appellante non aveva dato alcuna giustificazione del perché, relativamente alle indicazioni, nel "*Modello C – Offerta Economica*", dell' "*importo soggetto a ribasso*" in una misura comprensiva del costo della manodopera, aveva addotto delle (pretese) ragioni che, però, non risultavano in sintonia con il proprio *modus operandi*, non avendo spiegato, infatti, perché aveva inserito il costo della manodopera e non già gli oneri di sicurezza, anch'essi non soggetti a ribasso; per tale ragione l'appello sarebbe inammissibile.

Alcuna valenza avrebbe poi l'invocazione della Delibera ANAC del 15 novembre 2023, ossia una delibera che, in ragione delle peculiarità di quella gara, contemplava espressamente l'applicazione del ribasso unico di gara anche al costo della manodopera, mentre nell'ipotesi di specie, la *lex* di gara sanciva, univocamente, la non applicazione del ribasso unico di gara al costo della manodopera ed agli oneri di sicurezza, entrambi espressamente specificati come "*non soggetti a ribasso d'asta*".

La stessa stazione appaltante, nella Relazione del 20 novembre 2023, depositata in giudizio, aveva testualmente esplicitato che il disciplinare "...coerentemente con la vigente norma, specifica che i costi della manodopera non sono soggetti a ribasso...", soggiungendo significativamente che: "...proprio per rafforzare tale concetto, il disciplinare impone ai concorrenti di esplicitare i costi della manodopera non soggetti a ribasso nel "*Modello Offerta Economica - Allegato C*"...".

Peraltro, a detta Delibera ANAC del 15 novembre 2023 (ove l'Authority afferma che, in quel caso, il ribasso percentuale si sarebbe dovuto applicare anche al costo della manodopera) la S.I.L.E.M. non aveva fatto alcun riferimento *in prime cure*, essendosi limitata ad affermare (sia pur in contrasto con l'evidenza documentale) di non aver espresso il ribasso sul costo della manodopera.

Tale contraddizione, lampante, ridonderebbe, in tesi, anch'essa sull'inammissibilità dell'appello.

15.3. Nel merito ha insistito per il rigetto dell'appello.

16. Prima di procedere alla disamina dei motivi di appello e ancor prima della preliminare eccezione di inammissibilità dell'appello, giova richiamare la disciplina in materia di costi dalla manodopera dettata dal nuovo codice dei contratti pubblici, richiamato espressamente dalla *lex specialis* di gara riguardante un appalto finanziato con fondi P.N.R.R. e non oggetto di alcuna impugnativa *in parte qua*.

16.1. La disciplina in materia di costi dalla manodopera nel nuovo codice dei contratti pubblici si ricava, oltre che dall'art. 11 del d.lgs. n. 36 del 2023, in materia di contratto collettivo di settore, dall'art. 41, comma 13 (relativo alla determinazione del costo del lavoro sulla base delle tabelle ministeriali) e comma 14, nonché dagli artt. 108, comma 9 e 110, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023.

In particolare, per quel che più rileva nella presente sede, l'art. 41 comma 14 precisa che *“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.*

16.2. Ai sensi dell'art. 108 comma 9 *“Nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale”.*

16.3. L'art. 110 comma 1 a sua volta dispone che *“Le stazioni appaltanti valutano la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta, che in base a elementi specifici, inclusi i costi dichiarati ai sensi dell'articolo 108, comma 9, appaia anormalmente bassa. Il bando o l'avviso indicano gli elementi specifici ai fini della valutazione”.*

16.4. Pertanto anche nel vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, come del resto riconosciuto dal primo giudice, è ammesso il ribasso sui costi dalla manodopera indicati dalla stazione appaltante nella *lex specialis* di gara, come già ritenuto, sia pure *incidenter tantum* a da questa sezione, in riferimento ad una fattispecie soggetto alla disciplina del codice previgente (Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2023 n. 5665 secondo la quale *“Persino nel nuovo codice, che in applicazione di un preciso criterio di delega di cui all'art. 1, secondo comma, lett. t) della l. n. 78 del 2022, ha previsto “in ogni caso che i costi della manodopera e della sicurezza siano sempre scorporati dagli importi assoggettati a ribasso”, è stata fatta salva la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che un ribasso che coinvolga il costo della manodopera sia derivante da una più efficiente organizzazione aziendale, così armonizzando il criterio di delega, con l'art. 41 Cost.”.*

16.5. Sulla base del combinato disposto degli artt. 41, comma 14, 108, comma 9, e 110, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023, deve pertanto ritenersi che, per l'operatore economico che applichi il ribasso anche ai costi della manodopera, la conseguenza non è l'esclusione dalla gara, ma l'assoggettamento della sua offerta alla verifica dell'anomalia: in quella sede l'operatore economico avrà l'onere di dimostrare che il ribasso deriva da una più efficiente organizzazione aziendale, oltre il rispetto dei minimi salariali (T.a.r. per la Toscana, sez. IV, 29 gennaio 2024, n. 120 che ha ritenuto che tale interpretazione del dettato normativo consente un adeguato bilanciamento tra la tutela rafforzata della manodopera – che costituisce la *ratio* della previsione dello scorporo dei costi della manodopera, evincibile dal criterio contenuto nella lett. t) dell'art. 1, primo comma, della legge delega (l. n. 78 del 2022) – con la libertà di iniziativa economica e d'impresa, costituzionalmente garantita, la quale, nel suo concreto dispiegarsi, non può che comportare la facoltà dell'operatore economico di dimostrare che la più efficiente organizzazione aziendale impatta sui costi della manodopera, diminuendone l'importo rispetto a quello stimato dalla stazione appaltante negli atti di gara).

Solo seguendo tale impostazione si spiega anche l'obbligo del concorrente di indicare i propri costi della manodopera, a pena di esclusione dalla gara (art. 108, comma 9 del d.lgs. n. 36 del 2023), previsione che sarebbe evidentemente superflua se i costi della manodopera non fossero ribassabili, e il successivo art. 110, primo comma, che include i costi della manodopera dichiarati dal concorrente tra gli elementi specifici, in presenza dei quali la stazione appaltante avvia il procedimento di verifica dell'anomalia.

16.5.1. In tale ottica è stato affermato che "la non "ribassabilità" dei costi della manodopera, normativamente prevista, non impone implicitamente anche lo scorporo di questi ultimi dalla base d'asta (T.a.r. per la Sicilia, sez. III, 19 dicembre 2023, n. n. 3787).

16.6. Da questo punto di vista il d.lgs. n. 36 del 2023 segue la via tracciata dal d.lgs. n. 50 del 2016 nell'assicurare una tutela rafforzata degli interessi dei lavoratori, richiedendo ai partecipanti alla gara di indicare, in via separata, nella propria offerta economica, i costi della manodopera e i costi per gli oneri di sicurezza, e sanzionando con l'esclusione la violazione di detto obbligo (come evincibile dagli artt. 41, comma 13, e 108, comma 9, del d.lgs. n. 36 del 2023). Dalla lettura combinata delle disposizioni citate, emerge, infatti, la volontà di responsabilizzare gli operatori economici, allo scopo di assicurare che questi ultimi, prima di formulare il proprio "ribasso complessivo", svolgano una seria valutazione preventiva dei predetti costi. L'art. 108, comma 9, innovando rispetto al codice previgente, sanziona espressamente l'omessa indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera e degli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, con l'esclusione dalla gara, come riconosciuto nella relazione al nuovo codice.

Da ciò si desume la piena continuità del codice del 2023 rispetto a quello del 2016 nella tutela degli interessi dei lavoratori, che nel nuovo codice assume una valenza rafforzata come desumibile dall'art. 11, terzo comma, che agli operatori economici che applicano un contratto collettivo diverso rispetto a quello indicato dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, richiede dichiarazioni di garanzia di equivalenza delle tutele offerte ai propri dipendenti rispetto a quelli indicati, non applicati.

17. Per quanto riguarda specificatamente la procedura *de qua* il disciplinare di gara prevedeva *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" (punto 3.2 del disciplinare);*

17.1. Il disciplinare di gara prevedeva inoltre al punto 14.3: "a. OFFERTA ECONOMICA

*L'operatore economico dovrà, accedendo alla piattaforma telematica, 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.*

*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".*

17.2. Inoltre, come incontestabilmente risultante dagli scritti difensivi delle parti, l'offerta da presentare tramite la piattaforma telematica non consentiva agli operatori economici di variare l'importo ribassabile, individuato, peraltro erroneamente in detta piattaforma, dalla stazione appaltante, ma di indicare il solo ribasso unico percentuale che sarebbe stato applicato, secondo quanto previsto nella *lex specialis* di gara ai servizi tecnici e ai lavori.

18. Ciò posto, richiamando la *lex specialis* di gara l'art. 41 comma 14 del d.lgs., n. 36 del 2023 nella sua interezza, non era escluso che gli operatori economici potessero indicare un importo

della manodopera in ribasso rispetto a quello individuato dalla stazione appaltante, ma detto ribasso doveva evincersi dal modello C dell'offerta economica, nella parte relativa all'esplicita indicazione del costo della manodopera, che doveva essere compilata separatamente, come del pari doveva essere compilata separatamente la casella relativa agli oneri della sicurezza aziendale (caselle queste che richiamavano al riguardo le previsioni codicistiche), essendo per contro l'importo ribassabile, cui applicare il ribasso unico offerto, rimesso alla stazione appaltante, come già ritenuto da questa sezione in sede di appello cautelare.

18.1. Ed invero neppure dal punto 14.3. del disciplinare di gara si evinceva che l'offerente dovesse indicare l'importo ribassabile - poi individuato in una distinta casella del modello C - essendo previsto l'onere dell'operatore economico di indicare "*a pena di esclusione*" il ribasso unico offerto (da applicarsi ai servizi tecnici e ai lavori), nonché in via separata "*a pena di esclusione*", ai sensi dell'articolo 108, comma 9 del d.lgs. 36 del 2023, l'importo dei costi della manodopera, nonché ancora in via separata, sempre ai sensi di tale previsione, gli oneri della sicurezza aziendale.

In tal senso va pertanto inteso quanto dedotto dalla stazione appaltante nella Relazione del 20 novembre 2023 depositata in giudizio, citata da parte appellata, laddove la stessa aveva testualmente esplicitato che il disciplinare "*...coerentemente con la vigente norma, specifica che i costi della manodopera non sono soggetti a ribasso...*", soggiungendo significativamente che: "*...proprio per rafforzare tale concetto, il disciplinare impone ai concorrenti di esplicitare i costi della manodopera non soggetti a ribasso nel "Modello Offerta Economica - Allegato C"...*", ovvero nel senso che il ribasso percentuale offerto non potesse applicarsi ai costi della manodopera, che in quanto non soggetti, rispetto alla gara de qua, al ribasso della base d'asta, andavano indicati in via separata nel *Modello Offerta Economica - Allegato C*.

18.2. Indefettibile corollario delle previsioni della *lex specialis* di gara, come del resto ritenuto dal primo giudice, era che l'importo ribassabile (ovvero l'importo a cui andava applicato il ribasso percentuale offerto dalle imprese concorrenti) era pari alla somma del costo dei lavori e dei costi per la progettazione esecutiva, al netto dei costi della manodopera e degli oneri della sicurezza.

19. Ciò posto va in via preliminare delibata l'eccezione di inammissibilità dell'appello formulata da Ca.Ti.Fra. S.r.l..

Infatti, come noto, l'esame delle questioni preliminari di rito deve precedere la valutazione del merito della domanda (Cons. Stato, ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4), salve esigenze eccezionali di semplificazione che possono giustificare l'esame prioritario di altri aspetti della lite, in ossequio al superiore principio di economia dei mezzi processuali (Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5); inoltre l'ordine di esame delle questioni pregiudiziali di rito non rientra nella disponibilità delle parti (Cons. Stato, ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9).

La norma positiva enucleabile dal combinato disposto degli artt. 76, comma 4, c.p.a. e 276, comma 2, c.p.c., impone infatti di risolvere le questioni processuali e di merito secondo l'ordine logico loro proprio, assumendo come prioritaria la definizione di quelle di rito rispetto a quelle di merito, e fra le prime la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti

processuali (nell'ordine, giurisdizione, competenza, capacità delle parti, *ius postulandi*, ricevibilità, contraddittorio, estinzione), rispetto alle condizioni dell'azione (tale fondamentale canone processuale è stato ribadito anche da Cons. Stato, ad. plen. 3 giugno 2011, n. 10).

19.1. Le stesse sono infondate posto che, con il primo motivo di appello, S.I.L.E.M. S.r.l. ha in primo luogo criticato i capi della sentenza che avevano ritenuto che la commissione di gara prima e la stazione appaltante poi avessero manipolato l'offerta dell'aggiudicataria, avuto riguardo all'importo indicato come ribassabile nel modello C ed in secondo luogo criticato il capo della sentenza che - partendo dal presupposto che l'offerta dell'aggiudicataria avesse incluso nell'importo ribassabile il costo della manodopera - aveva ritenuto che la S.I.L.E.M. avrebbe dovuto escludere 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.

In particolare, secondo parte appellante, anche alla luce delle disposizioni del nuovo codice dei contratti pubblici, non era precluso all'operatore economico di indicare un costo della manodopera diverso, ovvero sia in ribasso, che in rialzo, a quello stimato dalla stazione appaltante (profilo questo peraltro coincidente con quanto argomentato dal primo giudice, che però non ne ha tratto le necessarie conseguenze, non avendo esaminato l'importo del costo della manodopera indicato da S.I.L.E.M. nella separata casella del modello C, deputata proprio all'indicazione dei costi della manodopera).

19.2. Ciò fermo restando l'irrilevanza di questo profilo di doglianza e dell'esatta comprensione della *ratio* del *decisum* di *prime cure*, ove si pervenga alla conclusione che, al contrario di quanto ritenuto dal primo giudice, la commissione di gara non aveva manipolato l'offerta economica della S.I.L.E.M. S.r.l., essendosi attenuta a detta offerta, quale evincibile dalla complessiva disamina del modello C.

19.3. Con il secondo motivo di appello ha infine criticato il capo della sentenza che aveva ritenuto come nell'ipotesi di specie, stante l'equivocità dell'offerta economica, non fosse esperibile il soccorso istruttorio.

20. Nel merito l'appello è fondato, avuto riguardo alla prima doglianza espressa nel primo motivo di appello, da esaminarsi avuto riguardo all'interpretazione della volontà negoziale di S.I.L.E.M. S.r.l., operata dalla stazione appaltante avendo riguardo a quanto indicato nel modello C.

20.1. Ed invero, in considerazione del rilievo che il portale conteneva un'indicazione inesatta dell'importo non ribassabile (rimesso alla stazione appaltante), in quanto non comprendeva i costi per la progettazione, la S.I.L.E.M., S.r.l., ha inteso non solo indicare l'inesatto importo ribassabile di € 9.084.418,22 ma anche dettagliare analiticamente i costi non soggetti a ribasso d'asta, distinguendoli da quelli soggetti al ribasso « *Come previsto dal Disciplinary di Gara 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 PROGETTAZIONE ESECUTIVA e COORDINAMENTO SICUREZZA IN FASE DI PROGETTAZIONE (soggetti a ribasso d'asta) € 284.967,82* ».

20.2. Nella parte del modello C dedicato all'indicazione dei costi della manodopera (ove era precisato "*Costi della manodopera impiegata nell'esecuzione dell'appalto art. 109, comma 9 del d.lgs. 36/2023. 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*) inoltre la S.I.L.E.M. S.r.l. ha indicato l'importo di € 1.1.000.000,00, ovvero un importo addirittura in aumento rispetto al costo della manodopera non ribassabile individuato dalla stazione appaltante, e nella parte dedicata agli oneri della sicurezza aziendale (ove era precisato "*Oneri relativi alla sicurezza aziendale concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro art. 109, comma 9 del d.lgs. 36/2023*"), l'importo di € 56.000,00 (come già evidenziato nell'ordinanza cautelare n. 1068 del 2024); il tutto in conformità con le previsioni del punto 13.2. del disciplinare di gara, come innanzi riportate.

20.3. Infatti, fermo restando che a norma della *lex specialis* di gara l'importo non ribassabile era stato rimesso alla valutazione della stazione appaltante e che pertanto il ribasso unico di gara dovesse applicarsi ai soli servizi tecnici e ai lavori, la concreta volontà dell'operatore economico di presentare un'offerta in cui il costo del lavoro fosse in ribasso, ovvero anche in rialzo, rispetto a quello individuato dalla stazione appaltante, non poteva che evincersi dalla analitica indicazione del costo della manodopera presente nel modello C, come avvenuto nell'ipotesi di specie, in cui S.I.L.E.M. ha indicato un costo di poco superiore a quello previsto dalla *lex specialis* di gara, facoltà questa da intendersi riconosciuta all'operatore economico.

20.3.1. Ed invero laddove il ribasso offerto dall'operatore economico implichi anche la riduzione dei costi della manodopera indicati a base d'asta, l'offerta si presume *iuris tantum* anomala, fatta salva la possibilità del concorrente di dimostrare ai sensi dell'art. 41, quattordicesimo comma, del d.lgs. n. 36 del 2023 "*che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale*"; di contro, il ribasso proposto dall'operatore economico unitamente all'indicazione dei costi della manodopera "*a rialzo*" non costituisce, di per sé, come nel caso di indicazione "*a ribasso*", un indice di anomalia dell'offerta, poiché è necessario che la proposta in aumento di tale componente di costo si caratterizzi per la sua effettiva e concreta capacità di incidere sulla renumeratività dell'offerta, andando ad abbattere l'utile ritraibile dall'importo offerto: ciò in quanto per offerta anormalmente bassa si intende quella che, in quanto tale e rispetto all'entità delle prestazioni richieste dal bando di gara, suscita il sospetto della scarsa serietà e di una possibile non corretta esecuzione della prestazione contrattuale per l'inidoneità ad assicurare all'operatore economico un adeguato profitto.

20.4. Pertanto del tutto corretto è stato al riguardo l'operato dalla commissione di gara che nella seduta del 25 settembre 2023 ha evidenziato che "*l'offerta economica presentata dalla società S.I.L.E.M. S.r.l. nell'allegato 6.5. riporta, quale importo soggetto a ribasso d'asta, l'importo complessivo dei lavori (inclusa la manodopera) e progettazione esecutiva e coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, dettagliando analiticamente le somme soggette a ribasso d'asta, che, ad ogni modo, vengono comunque dettagliate nella successiva tabella*" (quella relativa al costo della manodopera) "*quali importi non ribassabili*", valorizzando non solo la specificazione dei costi non soggetti a ribasso d'asta contenuta nella parte del modello C relativa all'importo non ribassabile ma la specifica indicazione dei costi della manodopera indicati nella casella all'uopo prevista.

20.4.1. Del pari correttamente la stazione appaltante ha dunque aggiudicato l'appalto *de quo* non applicando il ribasso indicato dalla S.I.L.E.M. S.r.l. al costo della manodopera, in perfetta sintonia con la *voluntas* negoziale desumibile dal modello C.

20.5. L'operato della stazione appaltante, volto alla ricerca dell'effettiva volontà espressa dall'offerente, sulla base di quanto inequivocabilmente indicato sia nel dettaglio degli importi ribassabili e non ribassabili del costo dei lavori, sia nella parte relativa all'indicazione del costo della manodopera concretamente offerto, è peraltro del tutto coerente con il principio del risultato e della fiducia, quali codificati dal nuovo codice dei contratti pubblici.

20.5.1. La declinazione del principio del risultato quale "*criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto*" si traduce infatti nel dovere degli enti committenti di ispirare le loro scelte discrezionali più al raggiungimento del risultato sostanziale che a una lettura meramente formale della norma da applicare ed è destinata ad avere un maggiore impatto sui comportamenti concreti delle amministrazioni, soprattutto con riguardo all'interpretazione ed all'applicazione delle regole di gara, dovendo entrambe le fasi essere ispirate al risultato finale perseguito dalla programmata operazione negoziale, di cui assume un profilo dirimente la sua destinazione teleologica.

Il nuovo principio guida della fiducia, introdotto dall'art. 2 del d.lgs. n. 36 del 2023, porta a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma una regola chiara: ogni stazione appaltante ha 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 (Tar Campania, Napoli, sez. V, 6 maggio 2024 n. 2959).

Il principio del risultato e quello della fiducia sono avvinti inestricabilmente: la gara è funzionale a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell'intervento medesimo (ex multis Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924).

20.6. Né in tale ottica può avere rilievo la circostanza che la S.I.L.E.M. S.r.l. avesse indicato, nella parte del modello C relativa all'importo non ribassabile, l'importo di euro € 1.011.221,98, corrispondente a quello individuato dalla stazione appaltante, e non l'importo di € 1.100.000,00, concretamente offerto, in quanto lo stesso è stato all'evidenza indicato, come precisato da S.I.L.E.M. S.r.l. nella memoria di replica, solo al fine di evidenziare che detto importo, indicato nella base d'asta del disciplinare di gara nell'importo complessivo per i lavori, non era da assoggettare al ribasso unico, dovendo essere assoggettata la restante parte dell'importo dei lavori ("*di cui LAVORI (soggetti a ribasso d'asta) € 8.799.450,40 inclusa manodopera (non soggetta a ribasso d'asta) di € 1.011.221,98*"), oltre che l'importo previsto per la progettazione (+ per *PROGETTAZIONE ESECUTIVA e COORDINAMENTO SICUREZZA IN FASE DI PROGETTAZIONE (soggetti a ribasso d'asta) € 284.967,82*).

20.7. In tale ottica, del pari irrilevante è la circostanza che in detta parte del modello C non

fosse stato indicato l'importo degli oneri della sicurezza (pari a € 310.225,), trattandosi di importo indiscutibilmente escluso dalla base d'asta soggetta a ribasso.

21. Posto il carattere assorbente della prima censura del primo motivo di appello, si rileva ultronea la disamina della seconda censura – che postulerebbe che S.I.L.E.M. S.r.l., come ritenuto dal primo giudice, avesse indicato un costo della manodopera distonico rispetto alle previsioni della *lex specialis* di gara, nonché del secondo motivo di appello, diretto ad avversare il capo della sentenza di *prime cure* secondo cui l'erronea indicazione contenuta nel modello C dell'importo ribassabile della base d'asta non fosse suscettibile di essere emendato dalla stazione appaltante, non potendo considerarsi quale mero errore materiale, né potendo la stazione appaltante ricercare la *voluntas* negoziale al di fuori di documenti diversi dall'offerta.

21.1. Ed invero non si trattava di emendare un errore materiale, ma di interpretare la *voluntas* negoziale all'interno dello stesso modello C, quale desumibile da due indici univoci in esso indicati, ovvero dall'esplicitazione del costo della manodopera quale importo non ribassabile, e dall'esplicita e separate indicazione del costo della manodopera concretamente offerto, laddove il primo giudice non ha esaminato la casella del modello C esplicitamente deputata alla separata indicazione del costo della manodopera.

21.2. Infatti, come correttamente ritenuto da parte appellante, le offerte, intese come atto negoziale, sono suscettibili di essere interpretate in modo tale da ricercare l'effettiva volontà del dichiarante (ex multis Cons. Stato, sez. III, 12 luglio 2018, n. 4284 secondo cui all'uopo la stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti : *“ciò in quanto, fronte di una sospetta incongruenza formale determinatasi fra la volontà e la sua espressione letterale, una siffatta richiesta di chiarimenti non avrebbe implicato alcuna modifica sostanziale dei dati forniti in sede di domanda di partecipazione, ma la semplice deduzione di un dato parziale, univocamente ricavabile dal contesto documentale di riferimento e tale da riallineare in toto la manifestazione di volontà all'intento effettivamente concepito. D'altra parte, la costante giurisprudenza di questo Consiglio afferma che nelle gare pubbliche è ammissibile una attività interpretativa della volontà dell'impresa partecipante alla gara da parte della stazione appaltante, al fine di superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta, purché si giunga ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essi assunti (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. V, 1. Agosto 2015, n. 3769; 27 aprile 2015, n. 2082; sez. III, 10 novembre 2017, n. 5182; 21 ottobre 2014, n. 5196; 27 marzo 2014, n. 1487)”*.

21.3. A tal riguardo pertanto il soccorso che la stazione appaltante avrebbe dovuto esperire - ove ritenuto necessario, il che nell'ipotesi di specie non è avvenuto – era il c.d. soccorso procedimentale, da applicarsi peraltro, nel vigore dell'attuale codice dei contratti pubblici, tenendo conto del principio del risultato e del principio della fiducia, costituente cardini guida per l'operato delle stazioni appaltanti, secondo quanto innanzi indicato.

Come già ritenuto da questo Consiglio di Stato alla luce della disciplina recata dall'art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023 è possibile distinguere tra:

1) soccorso integrativo o completivo (primo comma, lettera a) dell'art. 101 del d.lgs. n. 36 del

2023., non difforme dall'art. 83, nono comma, del d.lgs. n. 50 del 2016), che mira, in termini essenzialmente quantitativi, al recupero di carenze della c.d. documentazione amministrativa necessaria alla partecipazione alla gara (con esplicita esclusione, quindi, della documentazione inerente l'offerta, sia sotto il profilo tecnico che sotto il profilo economico), sempreché non si tratti di documenti bensì non allegati, ma acquisibili direttamente dalla stazione appaltante (in prospettiva, tramite accesso al fascicolo virtuale dell'operatore economico);

2) soccorso sanante (primo comma lettera b), non difforme dall'art. 83, nono comma, del d.lgs. n. 50 del 2016, che consente, in termini qualitativi, di rimediare ad omissioni, inesattezze od irregolarità della documentazione amministrativa (con il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili);

3) soccorso istruttorio in senso stretto (terzo comma), che – recuperando gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso c.d. procedimentale – abilita la stazione appaltante (o l'ente concedente) a sollecitare chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell'offerta tecnica e/o dell'offerta economica, finalizzati a consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della *par condicio*) di apportarvi qualunque modifica;

4) soccorso correttivo (quarto comma): che, in realtà, a differenza delle altre ipotesi – rispetto alle quali si atteggia, peraltro, a fattispecie di nuovo conio, come tale insuscettibile, almeno in principio, di applicazione retroattiva – prescinde dall'iniziativa e dall'impulso della stazione appaltante o dell'ente concedente (sicché non si tratta, a rigore, di soccorso in senso stretto), abilitando direttamente il concorrente, fino al giorno di apertura delle offerte, alla rettifica di errori che ne inficino materialmente il contenuto, fermo il duplice limite formale del rispetto dell'anonimato e sostanziale della immodificabilità contenutistica (Cons. Stato, sez. V, 4 giugno 2024 n. 4984, che richiama quanto elaborato da Cons. Stato, sez. V, n. 7870 del 2023).

21.3.1. Ed invero rispetto alla fattispecie *de qua*, ove la stazione appaltante avesse ritenuto di avere dei dubbi in ordine all'effettiva portata dell'offerta economica, avuto riguardo per un verso all'erronea indicazione dell'importo non ribassabile, e per altro verso all'esplicitazione del costo della manodopera compreso nel costo dei lavori come importo non ribassabile e alla (chiara e) separata indicazione del costo della manodopera compreso nel prezzo offerto, ben avrebbe potuto richiedere dei chiarimenti alla S.I.L.E.M. S.r.l., ricorrendo i presupposti per l'esperibilità del soccorso procedimentale (soccorso istruttorio in senso stretto alla luce della previsione dell'art. 101 comma 3 del d.lgs. 36 del 2023).

Come chiarito di recente da questa Sezione (Cons. Stato, sez. V, 4 giugno 2024 n. 4984, con richiamo a Cons. Stato, Sez. V, 3 novembre 2023, n. 9541) anche nell'ambito delle procedure di affidamento di contratti pubblici, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (per tutte cfr. sez. V, 27 gennaio 2020, n. 680) è consolidata nel senso che la mera richiesta volta ad ottenere delucidazioni sulla interpretazione dell'offerta tecnica non comporta che i chiarimenti

resi costituiscono una modifica dell'offerta presentata in gara, se essi sono limitati a specificare la portata di elementi già interamente contenuti nella stessa offerta (non è superfluo rammentare ...che nel nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. n. 36 del 2023, la fattispecie è stata testualmente prevista all'art. 101, comma 3: "*La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato. L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a dieci giorni. I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica*").

22. L'appello va pertanto accolto.

23. Avuto riguardo all'accoglimento dell'appello, vano pertanto esaminati il secondo e il terzo motivo del ricorso di *prime cure*, formulato da Ca.Ti.Fra. S.r.l., assorbiti dal primo giudice e dalla stessa riproposti in questa sede, ex art. 101 comma 2 c.p.a..

23. 1. Con il secondo motivo Ca.Ti.Fra. S.r.l. assumeva che l'operato della commissione di gara aveva violato la prescrizione del punto 14.2.2. - Documentazione relativa all'offerta tecnica, con riferimento al cap. A. - Professionalità ed adeguatezza dell'offerta in relazione al quale la tabella prevedeva un punteggio massimo di 16 punti, relativamente ai criteri e sub-criteri di valutazione, e con riferimento al cap. B *Capitolo B. – Metodologia di sviluppo dell'intervento*, e ai suoi criteri e sub-criteri.

23.2. Segnatamente con riferimento al criterio A il disciplinare prevedeva i seguenti punteggi:

A.1 Un servizio riguardante Opere classificate con ID S.04 punti 12;

A.2 Un servizio riguardante Opere classificate con ID IA.01 punti 4.

Ca.Ti.Fra. S.r.l. assume che tra i servizi di progettazione svolti dalla Dinamica s.r.l., incaricata della progettazione da parte di S.I.L.E.M. S.r.l., in riferimento alle categorie ID Opere S.04 era stato indicato:

A 1 "*Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale – "Consolidamento banchine di levante ponte Eritrea Porto di Genova" (importo lavori € 11.462.875,70)*".

A 2 "*Porto Turistico Capo d'Orlando S.p.A. – "Completamento del porto turistico e da diporto di capo d'Orlando" (importo lavori € 42.506.309,96)*" che in tesi non poteva essere preso in considerazione, non essendo stato indicato il periodo in cui sarebbe stata svolta l'attività e neppure il soggetto di riferimento del servizio

23.3. Con riferimento al criterio di cui al cap. B *Capitolo B. – Metodologia di sviluppo dell'intervento*, e ai suoi criteri e sub-criteri, assume che la figura di riferimento del progettista indicato dalla S.I.L.E.M. S.r.l. era quella dell'Ing. Antonino Sutera, il quale, oltre ad elaborare il Piano di Gestione della Commessa, "*...svolgerà il ruolo di Project manager, responsabile dell'integrazione tra le prestazioni specialistiche nonché esperto progettista di idraulica*

*marittima: coordinerà e supervisionerà il gruppo di lavoro, definendo obiettivi, tempi e modalità di interazione delle diverse professionalità coinvolte, mantenendo un continuo contatto con i preposti Uffici per la verifica in progress dell'avanzamento delle attività e della piena rispondenza di quanto svolto alle esigenze della Committenza...”.*

Senonché, e questo sarebbe il punto nodale, il suddetto Ing. Antonino Sutera, non risultava tra i professionisti che componevano il gruppo di lavoro indicato nel D.G.U.E. e che, quindi, si sarebbero occupati dello svolgimento del servizio.

Il che, all'evidenza, si porrebbe in contrasto con le previsioni del disciplinare, le quali, prescrivevano che: *“La documentazione presentata dovrà includere la descrizione dell'organigramma di progetto, con l'indicazione dei professionisti che si occuperanno dello svolgimento del servizio, che dovranno coincidere con i Progettisti indicati all'interno del D.G.U.E. ...”.*

Infatti nel D.G.U.E. della DINAMICA s.r.l., prodotto in gara dalla S.I.L.E.M. S.r.l. nella tabella in cui sono stati indicati i soggetti incaricati dell'esecuzione dei servizi oggetto della procedura (cfr. pagg. 19-20 del D.G.U.E. della DINAMICA s.r.l.), il nominativo dell'Ing. Antonino Sutera non figurava affatto tra i professionisti che si sarebbero occupati dello svolgimento del servizio.

Inoltre, con riferimento all'Ing. Antonino Sutera, in allegato al D.G.U.E., la DINAMICA s.r.l. aveva dichiarato che il medesimo, socio (titolare di una quota del 28,57% delle quote della Dinamica s.r.l.), per le specifiche ragioni indicate dalla stessa DINAMICA, sarebbe cessato dalla carica di Presidente CdA, Amministratore Delegato e Direttore Tecnico in data 14 gennaio 2022.

Nel D.G.U.E., al posto dell'Ing. Antonino Sutera, figurava, quale Responsabile delle integrazioni delle prestazioni specialistiche, l'Ing. Salvatore Russo, il quale, però, non era stato indicato nella descrizione della Struttura tecnico-organizzativa per lo svolgimento dell'attività progettuale di cui alla Relazione unica, in cui, infatti, figurava l'Ing. Sutera, quale *Project manager*, responsabile dell'integrazione tra le prestazioni specialistiche.

24.. Entrambe le doglianze sono infondate.

24.1. Ed invero quanto al subcriterio A 1 è la stessa Ca.Ti.Fra. S.r.l. ad ammettere che l'appellante aveva già soddisfatto la richiesta del disciplinare di gara, indicando sia il periodo di riferimento che il soggetto esecutore relativo a un servizio riferito a opere classificate con ID S.04; pertanto è indubbio come alla stessa vada riconosciuto il punteggio di 8,796 assegnatole dalla commissione di gara.

24.2. La censura riferita al criterio A 2 *“Un servizio riguardante Opere classificate con ID IA.01 punti 4”*, in relazione al quale alla S.I.L.E.M. S.r.l. è stato assegnato il punteggio di 3,068, in quanto *ex se* idoneo al superamento della prova di resistenza, verrà per contro esaminato dopo la valutazione delle doglianze riferite ai criteri B1 e B2 cui sono stati assegnati alla S.I.L.E.M. S.r.l. i punteggi di 9,338 e 8,400, nonché, ove necessario a vincere la prova di resistenza, dopo la disamina del terzo motivo, con cui Ca.Ti.Fra. S.r.l. assumeva che non gli

erano stati illegittimamente riconosciuti i 4 punti richiesti per il possesso della certificazione ISO 14001.

24.3. Destituita di fondamento è la doglianza, del pari contenuta nel secondo motivo, riferita al subcriterio B1, in quanto l'erronea e differente indicazione tra il soggetto indicato quale Project Manager nel D.G.U.E. di Dinamica S.r.l. e quello indicato nella «*Struttura tecnico-organizzativa per lo svolgimento dell'attività progettuale*» a pag. 10 della «*Relazione unica*» di S.I.L.E.M. S.r.l. è da ascrivere a mero errore materiale, *ictu oculi* riscontrabile e pertanto rettificabile dalla stazione appaltante, atteso che proprio nella stessa relazione unica, nella pagina immediatamente successiva viene riportato l'«*Organigramma figure coinvolte nello svolgimento dell'attività progettuale*», in cui il ruolo di Project Manager risulta rivestito proprio dall'Ing. S. Russo, come indicato nel D.G.U.E. ed in cui del pari sono indicati gli altri soggetti componenti l'organigramma, corrispondenti a quelli indicati a pag. 19 e 20 del D.G.U.E. di Dinamica s.r.l..

La doglianza inoltre è del tutto fuori fuoco con riferimento al subcriterio B 2, in alcun modo riferibile alla posizione della progettista Dinamica S.r.l. in quanto riferibile alla «*Metodologia per la gestione e la fase di esecuzione delle attività*», ovvero alla fase di esecuzione dei lavori.

25. Avuto riguardo all'infondatezza delle doglianze riferite ai subcriteri A1, B1 e B2, sia la doglianza riferita al subcriterio A.2. in relazione al quale alla S.I.L.E.M. S.r.l. sono stati assegnati solo 3,068 punti che il terzo motivo di ricorso, con cui Ca.Ti.Fra S.r.l. lamenta la mancata assegnazione di quattro punti per la certificazione di qualità, sono inammissibili per difetto di interesse, posto che il loro accoglimento potrebbe condurre ad una differenziazione ulteriore di punteggio tra le due offerte di 7,068 punti (- 3,068 a S.I.L.E.M. S.r.l. e + 4,00 a Ca.Ti.Fra. S.r.l.) inidonei al superamento della prova di resistenza, in considerazione del rilievo che alla S.I.L.E.M. S.r.l. sono stati assegnati dalla commissione di gara punti 74,135, e a Ca.Ti.Fra. S.r.l., punti 57,105.

26. In conclusione l'appello va accolto, mentre i motivi di ricorso formulati *in prime cure* e riproposti in questa sede da Ca.Ti.Fra. S.r.l. vanno in parte dichiarati inammissibili ed in parte respinti e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di primo grado.

Conseguentemente non sussistono i presupposti per disporre il subentro nel contratto né per il risarcimento dei danni, richiesti da Ca.Ti.Fra. S.r.l. con la memoria di discussione finale.

27. Sussistono nondimeno eccezionali e gravi ragioni, avuto riguardo alla complessità delle questioni sottese, per compensare tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e in parte respinge e in parte dichiara inammissibili i motivi assorbiti in primo grado e riproposti da Ca.Ti.Fra. S.r.l. e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa le spese di lite del doppio grado.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

## Guida alla lettura

Le sentenze in commento ricostruiscono eminentemente gli **spazi di discrezionalità e gli obblighi della stazione appaltante**, così come **delineati dai principi del risultato e della fiducia**, in caso di **offerta economica ambigua**.

Nelle procedure sottese alle pronunce in esame, in particolare, gli aggiudicatari, nel riportare il ribasso proposto, avevano fatto riferimento all'intero importo posto a base d'asta, comprensivo anche dei costi della manodopera, definiti, però, **non ribassabili dalla *lex specialis***. Tale circostanza fattuale non aveva, tuttavia, determinato l'esclusione degli operatori economici, giacché la stazione appaltante, valorizzando anche gli allegati dell'offerta economica in cui venivano dettagliati i costi non ribassati, aveva ritenuto che le imprese intendessero, invero, offrire il ribasso sull'importo a base d'asta a netto degli oneri correlati alla manodopera.

Il Consiglio di Stato, riformando la sentenza di primo grado, ha sul punto osservato che in ipotesi siffatte non necessariamente si assiste a un intervento manipolativo da parte della committente pubblica. Quest'ultima, infatti, **è tenuta a ricostruire l'esatta volontà negoziale dell'offerente** alla luce dell'intera documentazione presentata in sede di gara e, laddove riscontri un'anomalia, deve ricorrere alla relativa fase di verifica; l'**art. 108, comma 9, D. Lgs. 36/2023**, infatti, prescrive l'**esclusione soltanto in caso di omessa indicazione del costo della manodopera**, prevedendo il Codice per le ipotesi differenti una fase procedimentale in cui consentire all'operatore economico di fornire i dovuti chiarimenti.

Al di là dell'aspetto procedimentale sopra richiamato, l'operato della stazione appaltante finalizzato a individuare l'effettiva volontà dell'operatore economico è coerente con i **principi del risultato e della fiducia**: il primo si traduce nell'obbligo di ispirare le proprie scelte discrezionali al raggiungimento dello scopo della procedura, ossia la conclusione dell'intervento pubblico in maniera coerente con gli interessi della collettività; il secondo nella

valorizzazione della autonomia decisionale dei funzionari pubblici purché esercitata coerentemente con l'obiettivo pubblico sotteso al singolo affidamento.

A fronte di una offerta ambigua, dunque, la stazione appaltante che ricostruisce il contenuto della proposta, valorizzando i vari allegati della busta economica, pone in essere una condotta che, lungi dal produrre un (inammissibile) effetto manipolativo, è pienamente coerente con i compiti gravanti sui funzionari pubblici e con i principi che innervano il Codice.

Il Collegio soggiunge che se, invece, l'indagine della stazione appaltante tesa a ricostruire l'effettivo *ubi consistam* dell'offerta non risulta risolutiva e permangono dubbi interpretativi, essa può, *rectius* deve, esperire **il soccorso istruttorio procedimentale ex art. 101, comma 3, D. Lgs. 36/2023**, sollecitando chiarimenti da parte dell'operatore economico.

Da quanto illustrato emerge che, ferma l'immodificabilità dell'offerta, l'enigmaticità della volontà dell'operatore economico non può giustificare una sua esclusione, ma impone uno sforzo interpretativo teso a rintracciare l'effettivo contenuto della proposta tecnica e/o economica e, in caso di persistente incertezza, il ricorso al soccorso istruttorio. La condotta e/o il provvedimento della p.a. espressione di tale "indagine ricostruttiva" non possono, dunque, essere ritenuti illegittimi.