

Pubblicato il 07/10/2021

N. 10276/2021 REG.PROV.COLL.
N. 06212/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6212 del 2021, proposto da Itapol Vigilanza S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Fraccastoro, Alice Volino, Nunzianta Di Lorenzo, Cristiano Giovanni Gasparutti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Enea - Agenzia Nazionale Nuove Tecnologie Energia e Sviluppo Economico Sostenibile, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Cosmopol Security in proprio e quale mandataria Rti con Cosmopol Basilicata e Cosmopol Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino, Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento:

- del provvedimento di esclusione dalla “Procedura aperta su piattaforma ASP MEF CONSIP ID n. 2714729 per l'affidamento dell'appalto del servizio di vigilanza armata e portierato del Centro Ricerche Casaccia postazioni ENEA, SOGIN, NUCLECO” – CIG 8502039887, comunicato a mezzo pec in data 21.5.2021;
- del provvedimento del 26.5.2021 di aggiudicazione provvisoria della procedura di gara in favore del costituendo RTI tra Cosmopol Security S.r.l. (mandataria), Cosmopol Basilicata S.r.l. e Cosmopol S.p.A. (mandanti), comunicato in data 27.5.2021;
- di tutti i verbali di gara, nella parte in cui è stata valutata la irregolarità dell'offerta economica presentata dal costituendo RTI Italpol Vigilanza S.r.l. – Italservizi 2007 S.r.l.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Enea, di Cosmopol Security s.r.l. in proprio e quale mandataria Rti con Cosmopol Basilicata e Cosmopol Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 settembre 2021 la cons. Paola Anna Gemma Di Cesare e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con ricorso notificato in data 11 giugno 2021 la Italpol Vigilanza S.r.l. (d'ora in avanti: Italpol) chiede l'annullamento della propria esclusione, nonché dell'aggiudicazione disposta dall'Enea in favore della Cosmopol Security S.r.l. della “Procedura aperta su piattaforma ASP MEF CONSIP ID n. 2714729 per l'affidamento dell'appalto del servizio di vigilanza armata e portierato del Centro Ricerche Casaccia postazioni ENEA, SOGIN, NUCLECO”.

In particolare, per quanto di interesse, la *lex specialis* prevedeva: un importo a base gara pari ad euro 7.334.932,00, IVA esclusa; l'aggiudicazione dell'appalto secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di massimo 70 punti per l'offerta tecnica e di massimo 30 punti per quella economica.

Alla gara partecipavano, oltre all'odierno raggruppamento capeggiato da Cosmopol Security, anche altri 7 concorrenti, tra cui in particolare il RTI con mandataria Itapol Vigilanza e mandante Italservizi 2007.

Nella seduta n. 5 del 06.05.2021, la commissione di gara, in esito all'apertura delle offerte economiche rilevava che il ribasso unico percentuale medio pari a ben il 41,14% proposto da Itapol, oltre ad essere del tutto abnorme e sproporzionato, rispetto ai ribassi risultanti dalle offerte degli altri partecipanti, risultava manifestamente incoerente con le altre specifiche voci indicate dallo stesso concorrente e riguardanti i singoli prezzi unitari, nonché con il costo complessivo della manodopera.

Nella successiva seduta n. 6 del 18.05.2021 la commissione di gara, dopo aver acclarato che l'inserimento del ribasso unico non era calcolato dal portale (il quale determinava l'importo dell'offerta), ma era rimesso a ciascun concorrente, proponeva al RUP l'esclusione dell'offerta proposta da Itapol e ciò in ragione della incertezza obiettiva sul contenuto della stessa, scaturente dall'analisi del ribasso proposto rispetto alle altre voci indicate.

Con provvedimento 21 maggio 2021 il RUP disponeva quindi l'esclusione della Itapol dalla procedura e nella medesima seduta erano valutate le altre offerte e formata la graduatoria di gara, con aggiudicazione nei confronti del primo graduato RTI Cosmopol Security.

La ricorrente deduce l'illegittimità del provvedimento di esclusione e della successiva aggiudicazione, deducendo i seguenti motivi:

1. *Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 59, comma 3, 83, comma 9 e 94 del d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 3 della legge n. 241/1990, degli artt. 17 e 21 del disciplinare di gara e dell'art. 7 del CSA. Violazione e falsa applicazione del principio di favor*

participationis. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, contraddittorietà e manifesta illogicità;

2. *Violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 59, comma 3, 83, comma 9 e 94 del d.lgs. n. 50/2016, degli artt. 17, 18.3 e 21 del disciplinare di gara e dell'art. 7 del CSA. Eccesso di potere per difetto d'istruttoria. Manifesta illogicità. Travisamento.*

Per resistere al ricorso si è costituita l'Enea, chiedendo il rigetto del ricorso in ragione dell'inattendibilità dell'offerta economica della ricorrente.

Si è altresì costituita la controinteressata, la quale eccepisce, in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per mancata allegazione della "prova di resistenza". Nel merito confuta i motivi di ricorso proposti, chiedendone il rigetto.

Con ordinanza 13 luglio 2021, n. 3874, la domanda cautelare è stata respinta:

“Considerato che, ad una sommaria delibazione propria della presente fase, non ricorre una favorevole prognosi in ordine all'accoglimento del ricorso, tenuto conto che, a fronte del ribasso unico percentuale indicato dalla ricorrente nella propria offerta, gli altri dati riportati risultano tra loro incongruenti e non correggibili attraverso una semplice operazione aritmetica della commissione di gara, trattandosi di componenti fondamentali dell'offerta stessa; Considerato inoltre che, anche laddove l'erroneo inserimento del dato in questione fosse emendabile, la ricorrente non ha comunque dato prova di un suo collocamento in posizione utile”.

All'udienza pubblica del 29 settembre 2021 la causa è stata riservata per la decisione.

2.- Il giudizio ha ad oggetto l'esclusione della ricorrente dalla procedura per l'affidamento del servizio di vigilanza armata e portierato indetto dall' ENEA.

3.- E' possibile prescindere dall'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di prova di resistenza, attesa l'infondatezza del ricorso nel merito.

4.- Con una prima censura Italpol denuncia l'illegittimità dell'operato della Stazione appaltante, laddove quest'ultima ha disposto l'esclusione dell'odierna ricorrente dalla procedura di gara, senza fornire idonea motivazione a supporto del provvedimento impugnato in spregio all'obbligo imposto

dall'art. 3 della L. n. 241/1990. Lamenta che dall'impianto motivazionale del provvedimento impugnato non sarebbe possibile rinvenire le ragioni dell'esclusione ossia della pretesa "incongruenza tra i vari dati dell'offerta economica" e della conseguente "incertezza obiettiva sul contenuto sostanziale dell'offerta stessa". Né potrebbe ravvisarsi una motivazione *per relationem*, tenuto conto che la comprensione delle motivazioni sottese all'esclusione è contenuta nei verbali della quinta e sesta riunione, di cui non vi sarebbe il minimo riferimento all'interno del provvedimento impugnato.

La doglianza è infondata.

Il provvedimento, nel rispetto del disposto di cui all'art. 3 della legge 241 del 1990, reca in modo esplicito le ragioni di fatto e di diritto poste a fondamento dell'esclusione dovute alla "*palese incongruenza tra i vari dati dell'offerta economica*" e all' "*incertezza obiettiva sul contenuto sostanziale dell'offerta stessa, alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione contenuto nell'art. 84, comma 9, del d.lgs. 50/2016 e s.m.i. richiamato dall'art. 59, comma 3, lett. a) della stessa norma citata dal medesimo disciplinare*".

Né si condivide la tesi di parte ricorrente circa la natura apparente, erronea e contraddittoria della motivazione, posto che la Itapol avrebbe indicato il ribasso unico percentuale medio rispetto alle tariffe indicate all'art. 7 del CSA, così come precisato all'art. 17 del disciplinare di gara.

Osserva, al riguardo, il Collegio che il motivo dell'esclusione non si incentra sulla mancata indicazione dei ribassi ai sensi dell'art. 7 CSA e dell'art. 17 del disciplinare, quanto sulla incertezza del contenuto dell'offerta economica.

Ed invero, come emerge dalla documentazione versata in atti, l'offerta economica del raggruppamento facente capo ad Itapol conteneva i seguenti elementi:

- 41,14% ribasso unico percentuale medio;
- € 85.972,43 costi della sicurezza;
- € 6.054.591,10 costi della manodopera;
- €/h 19,90 costo orario GPG;

- €/h 12,50 costo orario AAS;
- 20€/mese costo mensile mezzi.

Dall'esame dell'offerta, come rilevato dalla stazione appaltante, emerge *ictu oculi* l'incongruenza del ribasso offerto con il costo dichiarato per la manodopera.

Infatti, secondo il ragionamento della commissione di gara, applicando il ribasso del 41,14% alla base d'asta (pari a 7.334.932,00 €) si ottiene un importo contrattuale di 4.317.340,97 €, importo inferiore al solo costo dichiarato per la manodopera (€ 6.054.591,10).

Invero, nell'offerta economica mancano esplicite indicazioni circa il ribasso che l'odierna ricorrente avrebbe inteso praticare in applicazione della formula matematica prevista nella *lex specialis* e che avrebbero condotto ad un ribasso percentuale pari a 11,74%.

Ne consegue che, l'incertezza sull'entità del ribasso offerto, si è tradotta in incertezza su di un elemento essenziale dell'offerta, di talché non è censurabile l'operato della Commissione che ha provveduto all'esclusione.

5.- Con altra censura la ricorrente insiste nel sostenere che la stazione appaltante avrebbe, comunque, potuto ricostruire la volontà negoziale dell'offerente "individuando" il "reale" ribasso, attraverso l'utilizzo dei dati espressamente indicati all'interno del modulo telematico dell'offerta economica; a tale scopo verrebbero riportati una serie di calcoli che porterebbero ad un ribasso unico percentuale diverso da quello risultante nel modulo relativo all'offerta (11,74% anziché 41,14%).

Secondo la prospettazione di parte ricorrente il confronto competitivo tra i concorrenti si sarebbe dovuto svolgere sugli elementi dell'offerta economica di cui all'art. 17 del disciplinare e non sul ribasso percentuale rispetto alla base d'asta. Tale interpretazione risulterebbe confermata dall'art. 7 del CSA, dove è specificato che: "sarà riconosciuta all'appaltatore per i servizi di cui trattasi la tariffa oraria offerta dall'Istituto di vigilanza. Tale tariffa sarà comprensiva dell'utile di impresa, delle spese di contratto, delle spese di gestione e di ogni

altro onere e spesa, eventualmente non indicati, relativi all'esecuzione del servizio..."; dalla previsione del CSA secondo cui "l'importo presunto dell'appalto a base d'asta è indicato per motivi fiscali; verranno retribuite solo le prestazioni effettivamente eseguite durante il periodo contrattuale". Conclude la ricorrente che "l'importo a base d'asta non è da considerare quale prezzo del servizio" e che "pertanto, solo conoscendo il prezzo delle singole voci di costo, la stazione appaltante è in grado di prefigurare l'effettivo costo del servizio".

La censura non ha pregio.

Non è condivisibile la tesi di parte ricorrente secondo la quale il disciplinare, nel richiedere che in offerta fosse indicato il "ribasso unico percentuale medio" avrebbe fatto riferimento non già al ribasso offerto rispetto all'importo complessivo a base di gara, bensì al diverso dato riguardante la "media aritmetica" dei ribassi proposti dall'operatore con riferimento ai singoli prezzi unitari stimati dalla stazione appaltante.

La *lex specialis*, invero, prevede in modo inequivoco che il concorrente aggiudicatario dovrà garantire un'offerta pari al ribasso percentuale proposto in gara sull'importo complessivo a base d'asta.

E ciò si evince dall' art. 2.1.del disciplinare, dove l'importo complessivo dell'appalto è stabilito espressamente "al lordo del ribasso d'asta".

Ne deriva, altresì, l'infondatezza della dedotta ambiguità delle clausole della *lex specialis* che avrebbero ingenerato un legittimo affidamento nella concorrente.

6.- La ricorrente contesta poi la dichiarata incertezza della propria offerta economica, deducendo che la stazione appaltante avrebbe potuto ricostruire la volontà negoziale dell'offerente "individuando" il "reale" ribasso, attraverso il ricorso allo strumento del cd. soccorso istruttorio.

La doglianza è infondata.

L'art. 83, comma 9, del D.Lgs. 18/04/2016, n. 50, prevede che: <<le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di

soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa>>.

Orbene, l'incompletezza e l'incertezza dell'offerta economica, laddove non consente, come nella specie, l'individuazione certa del ribasso offerto, concreta una mancanza di un elemento essenziale, non sanabile con il soccorso istruttorio.

Ne consegue che la stazione appaltante giammai avrebbe potuto desumere la volontà negoziale dell'offerente attraverso la richiesta di chiarimenti e integrazioni documentali, pena la violazione del sopra citato art. 83, comma 9, del d.lgs 50 del 2016.

7.- Alla luce di tutte le considerazioni svolte il ricorso deve essere respinto.

8.-Le spese di lite, regolate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di lite, liquidate in complessivi euro 4.000 per ciascuna parte, in favore dell'Enea e della controinteressata Cosmopol Security s.r.l.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Luca De Gennaro, Presidente FF

Paola Anna Gemma Di Cesare, Consigliere, Estensore

Emanuela Traina, Referendario

L'ESTENSORE

Paola Anna Gemma Di Cesare

IL PRESIDENTE

Luca De Gennaro

IL SEGRETARIO