

Pubblicato il 29/09/2023

N. 00629/2023REG.PROV.COLL.

N. 00697/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 697 del 2023, proposto da
OMISSIS S.r.l. a socio unico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e
difesa dall'avvocato Maria Cristina Lenoci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

contro

Comune di Castellammare del Golfo, non costituito in giudizio;

nei confronti

OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa
dall'avvocato Massimiliano Mangano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia
e domicilio eletto presso lo studio del predetto difensore sito in Palermo, via Nunzio Morello 40;

per la riforma, previa sospensione dell'efficacia,

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia n. 2090 del 22 giugno 2023,
resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di OMISSIS S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 settembre 2023 il Cons. Giuseppe Chinè e uditi per le parti gli avvocati Come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Con ricorso depositato in data 21 aprile 2023 presso il TAR Sicilia, la OMISSIS Segnaletica Industriale Stradale S.r.l. a socio unico ha impugnato – chiedendone l'annullamento previa sospensione e con richiesta di conseguire l'aggiudicazione e subentrare nel contratto eventualmente stipulato e, in subordine, il risarcimento del danno – la determinazione del Responsabile del IV Settore del Comune di Castellammare del Golfo n. 243 del 7 marzo 2023, con cui è stata aggiudicata a OMISSIS S.r.l. la concessione del servizio “*di gestione delle aree destinate a parcheggio a pagamento non custodito, con parchimetri elettronici a servizio di ausiliari del traffico, compresa la manutenzione della segnaletica orizzontale, con l'integrazione del servizio bus navetta estivo e le attività di gestione e controllo della ZTL per la durata di anni sette*”, nonché delle relative operazioni e dei presupposti verbali di gara.

2. Con l'atto introduttivo del giudizio, l'odierna appellante ha esposto che:

- alla procedura in argomento, indetta dal Comune di Castellammare del Golfo con determina a contrarre n. 412 R.G. del 7.04.2022, e da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo ai sensi degli artt. 60 e 95 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, hanno partecipato due sole concorrenti, ossia la società odierna appellante ed OMISSIS S.r.l.;

- la commissione di gara ha proceduto alla valutazione delle offerte tecniche, assegnando ad OMISSIS il massimo punteggio (70 punti) ed a OMISSIS punti 54;

- dopo avere proceduto all'apertura dell'offerta economica, la commissione ha riscontrato che l'offerta di OMISSIS è stata pari a 21,120%, mentre il rialzo di OMISSIS è stato del 210,511%, così da determinare un aggio percentuale in favore del comune del 42,102%;

- in totale ad OMISSIS sono stati quindi assegnati per l'offerta economica punti 30/30 mentre a OMISSIS punti 3,009/30;

- nella graduatoria finale OMISSIS si è quindi collocata al primo posto con un punteggio complessivo di 100, seguita da OMISSIS con soli punti 57,009, dal che l'aggiudicazione della concessione alla prima graduata con il provvedimento oggetto di gravame.

3. A fondamento della spiegata impugnativa dinanzi al TAR, la ricorrente ha articolato i seguenti motivi di censura:

a) *Violazione di legge. Violazione del principio di buon andamento e di affidamento del cittadino nell'azione della P.A. ex art. 97 Cost. Violazione del principio del giusto procedimento. Violazione degli artt. 4, 30, 83, 94 e 95 d. lgs. n. 50 del 2016. Violazione degli artt. 3, 13.2.1. e 17 del disciplinare di gara, per come anche recepiti dal capitolato speciale d'appalto. Violazione del principio dell'autovincolo. Eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto ed in diritto,*

difetto finanche assoluto di istruttoria, difetto di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento, illogicità, perplessità, ingiustizia manifesta;

b) Violazione di legge. Violazione del principio di buon andamento e di affidamento del cittadino nell'azione della P.A. ex art. 97 Cost. Violazione del principio del giusto procedimento. Violazione degli artt. 4, 30, 83, 94, 95 e 97 del d. lgs. n. 50 del 2016. Violazione degli artt. 3, 13.2.1. e 17 del disciplinare di gara, per come anche recepiti dal capitolato speciale d'appalto. Eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto ed in diritto, difetto finanche assoluto di istruttoria, difetto di motivazione, contraddittorietà, disparità di trattamento, illogicità, perplessità, ingiustizia manifesta.

4. Con la sentenza n. 2090 del 22 giugno 2023 il TAR Sicilia ha respinto il ricorso di OMISSIS condannando la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, liquidate in euro 5.300,00, oltre accessori di legge, disponendone la distrazione in favore dei procuratori antistatari.

5. Con l'appello in epigrafe, la OMISSIS., dopo avere riassunto la vicenda controversa, articola due distinti ordini di doglianze, ripetitivi delle censure già formulate dinanzi al TAR. Censura, inoltre, con un terzo motivo il capo recante la condanna alle spese di giudizio, ritenendo tale condanna sproporzionata e comunque ingiustificata in virtù della complessità delle questioni sottoposte al vaglio giurisdizionale.

Chiede, pertanto, che – previa sospensione della sua efficacia anche con decreto monocratico presidenziale – la sentenza di primo grado venga integralmente riformata, con conseguente annullamento degli atti impugnati dinanzi al giudice di primo grado e conseguimento dell'aggiudicazione in luogo della OMISSIS S.r.l.

6. Con decreto presidenziale n. 234 del 19 luglio 2023 è stata respinta l'istanza di concessione di misure cautelari proposta dalla appellante e fissata la camera di consiglio per la trattazione collegiale della domanda cautelare al 7 settembre 2023.

7. Con memoria depositata in data 19 luglio 2023 si è costituita per resistere all'appello la OMISSIS S.r.l., deducendo l'assenza dei presupposti per la concessione della richiesta tutela cautelare.

8. Con ulteriore memoria depositata in prossimità della camera di consiglio per la trattazione collegiale della istanza cautelare l'appellata ha eccepito l'inammissibilità dei motivi di appello per violazione dell'art. 101, comma 1, c.p.a. e ne ha argomentato nel merito l'integrale infondatezza. Ha ribadito inoltre la richiesta di condanna dell'appellante alla rifusione delle spese del grado di appello, da distrarsi ex art. 93 c.p.a. in favore del difensore costituito, dichiaratosi antistatario.

9. Alla camera di consiglio del 7 settembre 2023, previo avviso alle parti in ordine alla possibilità di definizione della controversia nel merito con sentenza in forma semplificata, la causa è stata trattenuta in decisione.

10. L'appello è integralmente infondato e ciò permette al Collegio di prescindere dall'esame dell'eccezione preliminare di inammissibilità formulata negli scritti difensivi dell'appellata OMISSIS S.r.l.

10.1. Con i primi due motivi di gravame, che in quanto oggettivamente connessi possono essere di seguito congiuntamente esaminati, l'appellante ripropone la doglianza di violazione della *lex specialis* per avere il seggio di gara omesso di escludere l'aggiudicataria nonostante avesse presentato una offerta al rialzo recante valori pari a "0" e "100", e comunque recante un rialzo

superiore al 100%, nonché per avere offerto alla stazione appaltante un aggio inferiore a quello previsto dal disciplinare di gara.

10.2. Entrambi i motivi si palesano privi di pregio.

10.3. Quanto al primo, l'appellante lo articola prendendo le mosse dalla disposizione del punto 13.2.1 (*Deposito della documentazione di gara*) del Disciplinare di gara, in base al quale, *sub C*) – *Offerta economica, <<Si precisa che: ...non è possibile inserire i valori “0 (zero) o “100 (cento)” nella cella relativa alla formulazione dell’offerta economica>>*.

Secondo l'appellante, avendo OMISSIS S.r.l. offerto in gara un rialzo pari al 210,511%, andava esclusa dalla procedura selettiva avendo violato l'espresso divieto di inserire valori superiori al 100%; e ciò in ossequio anche alla chiara previsione del punto 17 del Disciplinare che imponeva alla concorrente, a pena di esclusione, di predisporre l'offerta economica “*secondo lo schema generato dalla piattaforma*” allegato al medesimo Disciplinare.

10.4. Quanto al secondo motivo, con esso l'appellante deduce la violazione sotto altro profilo della medesima disposizione della *lex specialis*, sostenendo che l'offerta di OMISSIS S.r.l. si appalesa inattendibile, non seria ed indeterminata, in quanto a fronte del rialzo pari a 210,511%, l'offerente avrebbe dovuto riconoscere alla stazione appaltante un aggio pari al 62,102% e non del 42,102%.

10.5. Con la sentenza appellata entrambe le citate censure sono state respinte dal TAR, sulla base dei seguenti argomenti: a) il Disciplinare di gara non contiene un divieto esplicito per i concorrenti di presentare offerte al rialzo per valori percentuali superiori al 100%, ma si limita univocamente ad indicare come impossibile l'inserimento dei valori “0” e “100” nella cella relativa alla formulazione dell'offerta economica, come si desume dalla circostanza che il vero valore minimale di ammissibilità del rialzo era fissato dalla *lex specialis* nella percentuale del 20%; b) l'aggio da riservare alla stazione appaltante, in base al punto 13.2.1, lettera C), del Disciplinare di gara, è pari al 20%, da riferire all'importo a base di gara di euro 2.100.000,00, di talché l'offerta da parte della Ecoparking S.r.l. di un aggio nella misura del 42,102% sull'importo a base di gara, superiore alla percentuale minima stabilita dalla *lex specialis*, è certamente rispettosa delle regole di gara.

10.6. Entrambe le conclusioni raggiunte dal TAR possono essere condivise dal Collegio.

10.7. La disposizione del Disciplinare di gara richiamata dall'appellante a sostegno delle censure mosse alla sentenza di primo grado, come già evidenziato, si inserisce all'interno del punto 13.2.1 relativo alla “*Documentazione di gara*” e, in particolare, attiene alla predisposizione e presentazione della “*Offerta economica*”.

Dopo avere stabilito che l'offerta economica contiene “- *il rialzo percentuale offerto sull'importo a base di gara con una percentuale minima del 20% riconosciuta alla Stazione Appaltante*” e che “*Tutti i documenti relativi all'offerta economica (file generato dalla piattaforma e i documenti del dettaglio dell'offerta economica) devono essere firmati digitalmente e inseriti in una cartella compressa (per esempio .zip, .rar, .7z). La cartella compressa dovrà essere firmata digitalmente*”, il Disciplinare contiene una serie di indicazioni in ordine alle modalità di predisposizione e redazione su supporto digitale dell'offerta. Segnatamente: “*Si precisa che: - le celle poste sotto il*

campo “Offerta economica” e “Offerta Tempo” devono contenere esclusivamente valori

numerici e non devono riportare il simbolo di percentuale (%); il numero massimo di cifre

decimali da inserire per la formulazione del ribasso è 3 (tre); non è possibile inserire i valori “0 (zero)” o “100 (cento)” nella cella relativa alla formulazione dell’offerta

economica; non è possibile lasciare vuote le celle; prima di formulare la propria offerta, il concorrente è tenuto a considerare attentamente l’importo posto a base d’asta per ogni singolo lotto”.

10.8. In ossequio a giurisprudenza affatto consolidata (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2023, n. 7861; Id., sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4297), anche di questo Consiglio di Giustizia Amministrativa (cfr. *ex multis*, C.G.A. 25 maggio 2023, n. 359) – secondo cui le clausole del bando di gara si interpretano facendo applicazione delle norme in materia di contratti, soprattutto di quelle concernenti il criterio ermeneutico letterale e sistematico di cui agli artt. 1362 e 1363 c.c. - la predetta disposizione del Disciplinare va interpretata letteralmente, stante la sua chiarezza, nel senso che non era consentito inserire i valori “0” o “100” nella apposita cella dedicata all’offerta economica, così come non era permesso lasciare vuota (i.e.: non compilata) alcuna cella del modulo generato dalla piattaforma informatica.

Ma da tale previsione non può essere tratta la conseguenza, del tutto avulsa dal contenuto della clausola della *lex specialis* e dal contesto in cui è inserita (regole riguardanti le modalità di compilazione del modulo digitalizzato generato dalla piattaforma informatica) che il rialzo pari al 210,511% di OMISSIS S.r.l. si pone in contrasto con la *lex specialis*.

Tale conclusione trova conferma nella circostanza che la *lex specialis* non ha previsto – contrariamente a quanto dedotto dall’appellante – alcun limite massimo in ordine alla presentazione del rialzo, ma ha fissato soltanto il limite minimo di ammissibilità del 20% al punto 3 del Disciplinare (*Oggetto e valore dell’appalto*), secondo cui “*La base d’asta sulla quale l’Operatore economico dovrà offrire in sede di gara una percentuale al rialzo è di euro 2.100.000 e tale percentuale al rialzo non inferiore al 20%*”. Al di sotto di detta soglia l’offerta avrebbe dovuto essere esclusa.

Ne consegue, sempre seguendo i criteri di interpretazione letterale e sistematica delle clausole della *lex specialis*, e segnatamente considerando la natura prettamente “*tecnica*” della indicazione del Disciplinare e delle altre coeve previsioni riguardanti, ad esempio, le cifre decimali da inserire per la formulazione del ribasso ed il divieto di lasciare vuote le celle del modulo, che ci si trovi in presenza di disposizione finalizzata a permettere il “*dialogo*” con il sistema informatico, collocata nell’ambito della disciplina di una procedura completamente digitalizzata.

In sintesi, dalla lettura complessiva delle disposizioni del Disciplinare di gara non è dato evincere alcuna soglia massima del 100% per la proposizione dell’offerta economica, di talché l’offerta al rialzo – tipica delle procedure di gara finalizzate alla stipula di “*contratti attivi*” – presentata dalla odierna appellata appare rispettosa della *lex specialis* e conforme all’interesse pubblico sotteso alla procedura di gara.

10.9. Gli argomenti che precedono disvelano la infondatezza anche del secondo motivo di appello.

Si è già evidenziato che la disposizione del punto 13.2.1 del Disciplinare stabilisce che l’offerta economica contiene “- *il rialzo percentuale offerto sull’importo a base di gara con una percentuale minima del 20% riconosciuta alla Stazione Appaltante*”.

Risulta nella specie *per tabulas* che l'offerta economica della aggiudicataria, odierna appellata, dopo avere indicato il rialzo nella percentuale del 210,511, ha indicato "un aggio percentuale in favore del Comune del 42,102 per cento".

In sintesi, l'aggiudicataria ha offerto in gara un aggio pari al 20% del rialzo percentuale del 210,511%.

Tale misura dell'aggio, come correttamente affermato dal TAR, è rispettosa della previsione della *lex specialis*, la quale impone soltanto la percentuale minima del 20%, da calcolarsi "sull'importo a base di gara" indicato nella medesima disposizione. Ed invero, l'aggiudicataria, offrendo un aggio pari al 42,102%, ha confezionato una offerta che supera la soglia minima stabilita dal Disciplinare, pertanto maggiormente favorevole per la stazione appaltante.

L'interpretazione fornita dall'appellante della clausola della *lex specialis* non può quindi essere condivisa dal Collegio, ponendosi in aperto contrasto con la chiara previsione letterale della clausola, non rinvenendosi alcun elemento, né nella clausola stessa, né in altre clausole del medesimo Disciplinare, che possa indurre a ritenere che l'aggio avrebbe dovuto essere calcolato tenendo conto della percentuale di rialzo offerta dal concorrente e, pertanto, avrebbe dovuto, nel caso di specie, essere pari al 62,102%.

11. Del pari privo di pregio si palesa il terzo ed ultimo motivo di appello, con il quale viene censurato il capo contenente la condanna alle spese di giudizio.

Secondo l'appellante, la decisione di primo grado sarebbe sul punto "insensata e comunque sproporzionata rispetto ai temi sottoposti al vaglio del TAR e che lo stesso ha espressamente riconosciuto essere complessi".

Per giurisprudenza affatto consolidata (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, II, 31 marzo 2023, n. 3366), anche di questo Consiglio (cfr. C.G.A 11 luglio 2022, n. 800), la sindacabilità in appello della condanna alle spese comminata in primo grado, in quanto espressiva della discrezionalità di cui dispone il giudice in ogni fase del processo, è limitata solo all'ipotesi in cui venga modificata la decisione principale, salvo la manifesta abnormità che ricorre, solo in situazioni eccezionali, identificate dalla giurisprudenza nell'erronea condanna alle spese della parte vittoriosa e nella manifesta e macroscopica eccessività o sproporzione della condanna.

Al di fuori di questi limitati casi rientra nella discrezionalità del giudice la definizione delle spese processuali.

In base alle suindicate coordinate giurisprudenziali il capo di condanna alle spese di lite della parte soccombente contenuto nella sentenza appellata sfugge alla censura di parte appellante.

12. In conclusione, l'appello va respinto.

13. Le spese del grado seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte appellante al pagamento in favore di OMISSIS S.r.l. delle spese del grado liquidate in euro 6.000,00 (seimila/00), oltre s.g., accessori di legge e c.u. se dovuti, da distrarsi in favore del difensore costituito dichiaratosi antistatario.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 7 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Ermanno de Francisco, Presidente

Michele Pizzi, Consigliere

Giuseppe Chinè, Consigliere, Estensore

Antonino Caleca, Consigliere

Marco Mazzamuto, Consigliere

L'ESTENSORE

Giuseppe Chinè

IL PRESIDENTE

Ermanno de Francisco

IL SEGRETARIO