

Pubblicato il 20/10/2023

N. 01801/2023 REG.PROV.CAU.
N. 04247/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
(Sezione Seconda)
ha pronunciato la presente
ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 4247 del 2023, proposto da

(Omissis), in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG (Omissis), rappresentato e difeso dagli avvocati F. F., T. P., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(Omissis), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso (Omissis), domiciliataria (Omissis);

nei confronti

(Omissis), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato R. P., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

avverso e per l'annullamento

previa sospensiva

anche con adozione di misura cautelare inaudita altera parte ex art. 56 cpa

a) del decreto del Direttore Generale (Omissis) n. 974 del 28/07/2023, comunicato con nota prot. n. PG 93990 del 30/07/2023 con il quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva del lotto n. 1 della procedura di gara per l'affidamento del "Servizio di vigilanza armata da espletare presso le sedi (Omissis)" (CIG – (Omissis)) a favore della società (Omissis);

b) di tutti i verbali esitati dalla commissione giudicatrice e dal RUP relativi al subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta prima graduata, ivi compresi la relazione del RUP del 30/06/2022 ed il verbale di commissione n. 10 del 29/06/2023 con cui l'offerta prima graduata è stata ritenuta congrua, se ed in quanto lesivi;

c) di ogni ulteriore atto presupposto, preordinato, connesso e conseguente, ivi compresi gli atti con i quali è stato disposto l'avvio del servizio da parte del nuovo aggiudicatario per il 1°/10/2023, se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente;

nonché per la declaratoria

di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicatario e del diritto della ricorrente a subentrare nell'aggiudicazione e nel contratto cui si dichiara sin da ora disponibile;

nonchè

in subordine, qualora non fosse possibile il ristoro in forma specifica mediante affidamento del contratto, per il risarcimento del danno subito e subendo dalla ricorrente a causa del colposo operato della p.a. resistente:

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio (Omissis) e di (Omissis);

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Data per letta nella camera di consiglio del 19 ottobre 2023 la relazione del consigliere Paolo Corciulo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Tanto premesso, nodo centrale della controversia, dovendo assumersi che il valore economico che rappresenta, pari a circa €11.050,27, non oggetto di specifica contestazione, potrebbe rivelarsi decisivo per l'assorbimento della contestata perdita di € 12.335,69 dedotta da (Omissis) riguarda la tempistica di applicazione della cd Decontribuzione Sud.

Come già evidenziato (Omissis) assume che lo slittamento in avanti del tempo di stipulazione del contratto o di inizio del servizio, inevitabilmente impedirebbe a (Omissis) di poter usufruire dello sgravio previdenziale del 30% per un anno di esecuzione, dovendo applicarsi la minore aliquota del 20%.

La questione investe il più generale tema della rilevanza delle sopravvenienze in fase di verifica dell'anomalia rispetto al momento di presentazione dell'offerta.

E' noto che in giurisprudenza si ritiene che «in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta di gara sono consentiti aggiustamenti e spostamenti di costi tra le varie componenti del prezzo, potendosi tenere conto anche delle sopravvenienze (normative o meno), a condizione che ciò non comporti una modificazione dell'offerta stessa» (ex multis Consiglio di Stato , sez. V , 20/07/2021 , n. 5455; Consiglio di Stato , sez. V , 28/06/2021 , n. 4868; Consiglio di Stato , sez. V , 26/02/2021 , n. 1637). Più specificamente, si assume e ribadisce il principio di immodificabilità dell'offerta a garanzia della par condicio competitorum che risulterebbe violata soltanto ove si consentisse al concorrente, successivamente alla valutazione delle offerte, di introdurre delle modifiche, tali da alterarne la sostanza.

La richiamata giurisprudenza ha quindi mitigato il principio di invariabilità dell'offerta, consentendo dei minimi aggiustamenti o operazioni di compensazione, tuttavia circoscritti entro limiti tali da non stravolgerne l'originaria composizione.

Nel consentire tale modulazione, in effetti, il citato orientamento non fa altro che ribadire fermamente che l'offerta presentata debba comunque necessariamente restare immutabile.

L'idea di "storicizzare" l'identità economica dell'offerta e, quindi, il suo valore finale, ammettendone solo circoscritti interventi correttivi nella fase di sua destrutturazione, i cui dati analitici si sostanziano nelle giustificazioni presentate in fase di anomalia, dovrebbe determinare, come corollario, anche la storicizzazione delle relative sue componenti, nel caso di specie gli elementi di costo, nel caso di specie il regime previdenziale.

Ebbene, se tale soluzione non suscita particolari perplessità nel Collegio, rimettendosi al giudice la verifica di una sostanziale inalterabilità della identità economica dell'offerta pur in presenza di modulazione di alcune sue voci costitutive, a diverse conclusioni deve pervenirsi laddove non si sia in presenza di esigenze di riequilibrio interno all'offerta, dovendosi piuttosto tenere conto di sopravvenienze esogene, fattuali o dovute a successivi interventi normativi.

Proprio a proposito dell'istituto della cd. Decontribuzione Sud la Sezione, in linea con parte della giurisprudenza, ha ribadito, a proposito della rilevanza di sopravvenienze nella fase di verifica dell'anomalia, che «sulla applicazione temporale del regime della cd. «decontribuzione sud», di cui al d.l. 14.8.2020 n. 104, convertito dalla legge 13.10.2020 n. 126, che consente a determinati operatori economici di beneficiare di una riduzione del 30% degli oneri contributivi, così da diminuire le spese del personale, costituisce orientamento della Sezione (TAR Campania Napoli Sezione II,26 aprile 2021 n. 2690), quello secondo cui «nulla impediva all'aggiudicataria di fare applicazione della norma previdenziale vigente al momento di verifica della anomalia, non trattandosi di "elementi futuri e/o ipotetici, anche se probabili", ma di benefici ben riconoscibili per il periodo di durata di esecuzione del contratto. Né può essere condivisa l'idea di una successiva modificazione dell'offerta, dal momento che, seppur in relazione di parziale simmetria, la fase di composizione di questa e quella di

verifica di anomalia si presentano comunque distinte, essendo quest'ultima volta non già ad una formale ricognizione e conferma dei dati costitutivi originari, risolvendosi piuttosto in un giudizio di sua complessiva sostenibilità in previsione della stipulazione, escludendo solo ipotesi di "aggiustamenti" che ne abbiano determinato un decisivo e radicale stravolgimento» (TAR Campania Napoli, II Sezione 13 settembre 2021 n. 5818).

L'ipotesi scrutinata era quella di eventi favorevoli al concorrente, nel senso che il quid novi aveva riguardato circostanze che avrebbero agevolato il raggiungimento dell'obiettivo di congruità dell'offerta, ciò, dal momento che se è vero che la verifica di anomalia è posta a presidio della par condicio, contrastando la presentazione di offerte che siano, ab origine, non sostenibili e quindi tali da alterare la concorrenza, è anche vero che l'accertamento è volto ad assicurare, fin dal momento di aggiudicazione, alla stazione appaltante che al contratto si pervenga con una proposta attualmente sostenibile.

Si pone, pertanto, la problematica di dare rilievo anche ad esigenze di "attualizzazione" dell'offerta, che sorgono in presenza di fatti tali da incidere sfavorevolmente sulla sua originaria congruità.

Riconosce il Collegio che le richiamate esigenze tendono a rendere recessivo il principio di buona fede e quello di legittimo affidamento riconosciuto ai partecipanti ad una gara, principi che hanno aperto la strada all'idea di cristallizzare l'offerta ed i suoi elementi costitutivi al momento della sua presentazione, pur con le richiamate prudenti aperture giurisprudenziali in punto di verifica di anomalia.

E' anche vero, tuttavia, che denegare rilevanza a sopravvenienze sfavorevoli che spostano l'equilibrio dell'offerta nel senso di una sua attuale insostenibilità, implicherebbe imporre alla stazione appaltante di procedere comunque all'aggiudicazione ed alla stipulazione, seppur in presenza di un'offerta ormai divenuta anomala o sospettata di esserlo diventata; e che tale obbligo non sussiste è confermato sia da quanto previsto dall'art. 32, comma ottavo del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 ove si stabilisce che «la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante», sia dall'art. 17, comma quinto del d.lgs 31 marzo 2023 n. 36 che impone all'organo competente a disporre l'aggiudicazione di verificarne la conformità all'interesse pubblico.

Deve, in linea di principio, quindi, assumersi che nella fase istruttoria di verifica di anomalia, la stazione appaltante non possa non dare rilievo ad eventi sopravvenuti che possano alterare l'originaria consistenza dell'offerta dal punto di vista della sua congruità; né potrebbe sostenersi che tale principio determinerebbe incertezza sui tempi di rilevazione di eventuali sopravvenienze, dal momento che le stesse potrebbero intervenire ed avere giuridica rilevanza anche in epoca successiva alla stipulazione, in questo caso incidendo sull'ormai costituito sinallagma negoziale.

Occorre, per concludere il ragionamento, tuttavia superare il rigido principio di "storicizzazione" dell'offerta anche dal lato del concorrente, nella prospettiva di un contemperamento e riequilibrio dei ruoli dei soggetti del procedimento, in generale e di quello di gara in particolare.

Assume in tal senso il Collegio che se deve essere "attualizzata" l'offerta e quindi riconosciuta giuridica rilevanza a sopravvenienze di fatto o normative successive alla sua presentazione e prima ed in vista dell'aggiudicazione, deve anche essere consentito al concorrente di giustificarne la congruità al tempo presente, mercè l'introduzione di elementi a sostegno che, seppur successivamente intervenuti o acquisiti, siano idonei a confermarne il sostanziale equilibrio; deve, ovviamente, anche in questo caso trattarsi di elementi tali da non stravolgere l'originaria consistenza dell'offerta e che, quindi, pur andando oltre al mero aggiustamento di voci o minime compensazioni, devono, ad esempio, risolversi in nuove soluzioni organizzative, economie di scala o agevolazioni previdenziali o fiscali, divenute ora necessarie per neutralizzare eventuali sopravvenienze sfavorevoli.

Venendo al caso di specie, in fase istruttoria non si rileva che la stazione appaltante abbia tenuto conto che la data di stipulazione del contratto ipotizzabile sarebbe slittata in avanti, determinando così un'incidenza sfavorevole dal punto di vista dei costi previdenziali da sostenersi nel quinquennio, circostanza probabilmente decisiva dell'esito della verifica di anomalia.

Deve pertanto essere accolta la domanda cautelare dovendo la stazione appaltante rinnovare l'attività di verifica di congruità dell'offerta di (Omissis), tenendo conto delle sopravvenienze oggetto di giudiziale rilevazione, tuttavia consentendo a tale società di fornire nuove giustificazioni che, pur non alterando la sostanziale identità dell'offerta, possano essere fondate su nuovi elementi a sostegno, siano essi di natura fattuale, normativa o organizzativa.

Al predetto adempimento la stazione appaltante provvederà entro il termine di giorni sessanta dalla comunicazione del presente provvedimento, o comunicazione, se anteriore.

L'accoglimento della domanda cautelare si estende anche alla prosecuzione della sospensione l'efficacia della aggiudicazione definitiva, già disposta in sede cautelare monocratica.

Per la novità delle questioni esaminate sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese della presente fase cautelare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda) accoglie la domanda cautelare e per l'effetto dispone che la stazione appaltante proceda a rinnovare la fase di verifica di anomalia dell'offerta di (Omissis) con le modalità ed entro i termini di cui in parte motiva; sospende l'efficacia del provvedimento di aggiudicazione impugnato, ferma restando la cauzione versata;

Fissa l'udienza di discussione per il 15 febbraio 2024.

Compensa le spese della presente fase cautelare.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente, Estensore

Maria Laura Maddalena, Consigliere

Daria Valletta, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Paolo Corciulo

IL SEGRETARIO