



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia
sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1042 del 2025, proposto da (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati F. R. e F. D. P., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato P. C., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...), non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa concessione di idonee misure cautelari

- del provvedimento n. 63 del 23 aprile 2025, con cui (...) ha escluso (...) dalla procedura avente ad oggetto "Noleggio di Prodotti Software e Servizi Qualificati per la progettazione, pianificazione e ottimizzazione dei servizi di trasporto pubblico";
- della nota del 12 maggio 2025, con cui (...) ha rigettato l'istanza di autotutela;
- di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso ai precedenti, ancorché non conosciuto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 giugno 2025 la dott.ssa Manuela Bucca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determina a contrarre n. 290 del 23 dicembre 2024, (...) (di seguito, per brevità, (...)) indicava una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. e) del d. lgs. n. 36/2023, avente ad oggetto "*Noleggio di Prodotti Software e Servizi Qualificati per la progettazione, pianificazione e ottimizzazione dei servizi di trasporto pubblico*", per la durata di quattro anni (CIG (...)).

All'esito della valutazione delle offerte, (...) risultava prima classificata, avendo offerto un ribasso del 50,00% sull'importo a base di gara.

La Commissione riteneva di dover approfondire la congruità dell'offerta economica dal suddetto operatore economico e, in conseguenza, chiedeva chiarimenti ai sensi dell'art. 110 del d. lgs. n. 36/2023 "*sulle condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per prestare i servizi*" (cfr. richiesta spiegazioni offerta economica del 27 marzo 2025).

Con provvedimento n. 63 del 23 aprile 2025, (...) escludeva dalla procedura (...), per la seguente motivazione:

- “mentre l’oggetto dell’appalto è il noleggio di prodotti software e servizi qualificati per la progettazione, pianificazione e ottimizzazione dei servizi di trasporto pubblico, nei chiarimenti, l’unico servizio di nolo cui si fa riferimento è il servizio di hosting, mentre nessuna quantificazione viene svolta con riferimento al noleggio di prodotti software e servizi qualificati per la progettazione, pianificazione e ottimizzazione dei servizi di trasporto pubblico”;
- “nei chiarimenti non è mai indicato il costo del noleggio”;
- “mancando nei chiarimenti qualsivoglia riferimento al costo del noleggio di tutto quanto oggetto dell’appalto e risultando pertanto del tutto anomala l’offerta si rappresenta l’esito negativo della procedura di verifica dell’anomalia dell’offerta economica”.

La procedura veniva, al contempo, aggiudicata a (...) previe verifiche di rito.

In data 6 maggio 2025, (...) formulava istanza di annullamento in autotutela del predetto provvedimento di esclusione, fornendo ulteriori spiegazioni sul ribasso offerto.

Con nota del 12 maggio 2025, (...) confermava le proprie determinazioni, ribadendo che “i chiarimenti forniti (incluso quanto dedotto nell’istanza di annullamento in autotutela dell’esclusione) non giustificano in alcun modo l’anomalia dell’offerta, visto che, mentre l’oggetto dell’appalto è il noleggio di prodotti software e servizi qualificati per la progettazione, pianificazione e ottimizzazione dei servizi di trasporto pubblico, nei chiarimenti forniti da codesta ditta, l’unico servizio di nolo cui si fa riferimento è il servizio di hosting, mentre nessuna quantificazione viene svolta con riferimento al noleggio di prodotti software e servizi qualificati per la progettazione, pianificazione e ottimizzazione dei servizi di trasporto pubblico”.

Avverso tali atti propone ricorso, ritualmente notificato e depositato, (...) articolando il seguente motivo di censura:

I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41 e 97 Costituzione. Violazione e falsa applicazione delle Direttive comunitarie in materia di affidamento di contratti pubblici. Violazione e falsa applicazione della L. n. 241/1990. Violazione e/o erronea applicazione del D.Lgs. n. 36/2023. Violazione e/o erronea applicazione della lex specialis. 7 Violazione di legge, difetto di motivazione, difetto di istruttoria, erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto, illogicità, perplessità, irragionevolezza, ingiustizia grave e manifesta. Violazione dei principi di libera concorrenza, non discriminazione e parità di trattamento, correttezza, economicità, efficacia, proporzionalità, tempestività, trasparenza, pubblicità e risultato.

Nello specifico, la ricorrente sostiene l’erroneità del giudizio di anomalia dell’offerta formulato dall’Azienda (e la conseguente illegittimità della sua esclusione), non costituendo la fornitura del *software* un costo per l’impresa in quanto:

- il *software* oggetto dell’appalto è già stato interamente sviluppato dalla società ed è di sua proprietà, così come gran parte delle customizzazioni e personalizzazioni;
- i costi del *software* sono già stati ammortizzati e pagati dai clienti - tra cui la stessa (...) - che hanno acquisito le licenze del *software* medesimo.

La ricorrente sostiene, inoltre, che le attività di customizzazione sarebbero notevolmente ridotte grazie al preesistente avviamento, essendo il *software* già in uso dalla stazione appaltante.

Il ribasso offerto non sarebbe, quindi, sintomo di cattiva qualità delle prestazioni offerte, bensì giustificato da una serie di fattori strutturali, organizzativi ed economici, nonché da condizioni favorevoli di cui la società dispone e che le avrebbero permesso di offrire condizioni vantaggiose.

Resiste al ricorso (...), deducendone l’infondatezza nel merito.

(...), seppur ritualmente intimata, non si è costituita in giudizio.

Formulato avviso di possibile definizione del giudizio ai sensi dell’art. 60 cod. proc. amm., alla camera di consiglio del 5 giugno 2025, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è meritevole di accoglimento.

Secondo pacifico orientamento giurisprudenziale:

- “Nelle gare pubbliche la verifica dell’anomalia dell’offerta è finalizzata alla verifica dell’attendibilità e della serietà della stessa ed all’accertamento dell’effettiva possibilità dell’impresa di eseguire correttamente l’appalto alle condizioni proposte” (Consiglio di Stato sez. III, 3 gennaio 2025, n.30);

- *“il giudizio di anomalia di un’offerta richiede, nel caso di una valutazione sfavorevole all’offerente, una motivazione rigorosa e analitica, determinata dalla immediata lesività del provvedimento che determina l’esclusione dalla procedura”* (T.A.R. Trento, (Trentino-Alto Adige) sez. I, 24 settembre 2024, n. 143);

- *“la valutazione di anomalia costituisce espressione della discrezionalità tecnica di cui l’amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell’interesse pubblico ad essa affidato dalla legge, e, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza o travisamento dei fatti”* (Consiglio di Stato sez. V, 31 dicembre 2024, n. 10542).

Alla luce di tali coordinate ermeneutiche, ritiene il Collegio che la valutazione di (...) sia inficiata da profili di irragionevolezza.

Oggetto dell’appalto è il *“Noleggio di Prodotti Software e Servizi Qualificati per la progettazione, pianificazione e ottimizzazione dei servizi di trasporto pubblico”*.

In particolare, la fornitura comprende:

- la cessione in uso temporaneo (noleggio), esclusivo e non trasferibile di *software*, il quale deve garantire le prestazioni minime specificate nel capitolato;

- l’aggiornamento *software*, l’assistenza e il supporto, per la durata del noleggio, sui moduli *software* oggetto di offerta;

- la cessione in uso, esclusivo e non trasferibile del servizio di *hosting in cloud* offerto;

- i seguenti servizi di implementazione: 1) predisposizione ambiente *cloud*; 2) installazione delle licenze necessarie al corretto funzionamento del *software* offerto; 3) analisi organizzazione e condivisione ipotesi di GANTT di progetto; 4) installazione e configurazione *software* di pianificazione; 5) installazione e configurazione *software* operativo; 6) caricamento dati e cartografia; 7) *project management*; 8) servizio di formazione e affiancamento del personale (cfr. art. 1 del capitolato tecnico prestazionale).

Il valore dell’appalto è di € 300.000,00, comprendente i costi della manodopera che - stimati in misura pari al 10% del valore del contratto (€ 30.000,00) - non sono assoggettabili a ribasso.

(...) ha escluso dalla procedura la società ricorrente per anomalia dell’offerta, ritenendo la gratuità della fornitura del *software* in contrasto con l’oggetto dell’appalto.

Proprio in riferimento ai *software* applicativi, è stato chiarito che *“non appare inusuale la loro concessione in uso a titolo gratuito o per prezzi simbolici, atteso che, da un lato, ove trattasi di programmi già elaborati, i relativi costi di realizzazione sono già stati sostenuti dall’operatore economico; dall’altro lato, la mancata corresponsione di un prezzo relativo alla licenza del programma è comunque ampiamente compensata dalla prestazione delle ulteriori attività riguardanti la manutenzione e l’assistenza dei macchinari e dell’hardware.*

Se ne ha conferma da CdS, V, 17.10.2002, n. 5657, ove viene in proposito affermato: che “nel concetto di offerta economicamente più vantaggiosa rientra, sicuramente, anche l’offerta a costo zero”; che (nel caso in quella sede esaminato, non diverso da quello di cui trattasi) “non solo l’importo dell’appalto è indicato in via presuntiva, ma non è imposto alcun limite minimo neppure alla soglia di anomalia dell’offerta”; che nell’ambito del settore commerciale relativo ai programmi informatici (c.d. software), è di comune dominio che offerte in licenza d’uso a costo zero non sono inusuali né eccezionali, poiché di frequente “l’interesse maggiore del produttore o del fornitore di software non è quello di percepire immediatamente un prezzo, bensì quello di acquisire esperienza (know how) attraverso la concreta sperimentazione del prodotto e di conseguire il vantaggio economico, sia pure posticipato, derivante dalla valorizzazione sul mercato nazionale e internazionale che ad esso riviene dalla sua utilizzazione presso una determinata struttura burocratica o aziendale” (T.A.R. Roma, (Lazio) sez. III, 1 agosto 2011, n. 6825).

In ragione di tali condivise considerazioni, ritiene il Collegio che sia legittima la concessione sostanzialmente gratuita della licenza d’uso del *software* offerta da (...).

In sede di chiarimenti, la società ricorrente ha giustificato il ribasso offerto, in ragione dei seguenti fattori strutturali, organizzativi ed economici:

1. *“Struttura organizzativa interna ottimizzata: La nostra azienda dispone di un’organizzazione consolidata, con personale interno altamente qualificato, che consente una gestione efficiente dei servizi, riducendo i costi operativi”;*

2. *“Economia di scala e specializzazione settoriale: Operando da anni nel settore specifico dell’appalto, con numerosi clienti nazionali che utilizzano i medesimi software oggetto dell’appalto, abbiamo sviluppato prodotti e processi standardizzati e ottimizzati, che ci permettono di contenere i costi pur mantenendo elevati standard qualitativi”;*

3. *“Dotazioni e attrezzature già disponibili: Tutto il software oggetto dell'appalto è già interamente sviluppato e disponibile, così come la gran parte delle customizzazioni e personalizzazioni (ad esempio le interfacce con il sistema AVM, sistemi di infomobilità, etc)”*;

4. *“Ottimizzazione dei costi di avvio del progetto Grazie alla disponibilità dei dati di base necessari all'avvio del progetto, possiamo ridurre notevolmente la predisposizione dell'ambiente operativo. Inoltre grazie alla familiarità del personale ATM con il sistema Motus oggetto della nostra offerta, i tempi di formazione sono notevolmente ridotti. Ciò garantisce una transizione fluida e ottimizzata verso la versione completa di Motus”*;

5. *“Approvvigionamenti dei servizi di Hosting a costi agevolati: Grazie ad accordi consolidati con nostri fornitori, possiamo usufruire di condizioni economiche vantaggiose per l'approvvigionamento delle forniture necessarie”* (cfr. nota di chiarimenti del 10 aprile 2025).

E, con specifico riguardo al software, sempre (...) ha chiarito che:

- *“il software oggetto dell'offerta si compone di tre applicativi di proprietà di (...) (Motus, Bacheca e App mydesk) erogati in saas a noleggio su infrastruttura in hosting dedicata”*;

- *“tutto il software oggetto dell'appalto è già interamente sviluppato e disponibile, così come la gran parte delle customizzazioni e personalizzazioni”*;

- *“il software oggetto dell'offerta è tutt'ora in uso presso codesta Stazione Appaltante, permettendo così un'ottimizzazione dei costi”*;

- *“i costi del software – che, va ribadito, è di proprietà di (...) – sono già stati ammortizzati”*;

- *“Per l'effetto, non sussiste alcun costo relativo al noleggio del software poiché è la stessa (...) titolare del sorgente e dei diritti d'uso: dunque, al contrario di quanto sostenuto da codesta Stazione Appaltante, il noleggio non costituisce un costo, bensì un utile d'impresa”* (cfr. istanza di annullamento in autotutela del 6 maggio 2025).

Sulla base di quanto esposto, ritiene il Collegio che la gratuità della fornitura del software sia stata ampiamente giustificata, riguardando sostanzialmente la licenza di un programma già predisposto dalla ricorrente per finalità proprie e dalla cui concessione ad (...) non deriva alcun particolare e significativo onere aggiuntivo rispetto a quelli già sostenuti.

La società ricorrente ha poi evidenziando in maniera analitica:

- il costo del personale impiegato per l'esecuzione dell'appalto fino al termine previsto contrattualmente;

- i costi di trasferta del personale;

- il costo dei materiali e delle apparecchiature fornite;

- il costo previsto per il servizio di hosting;

- i costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza specifici dell'appalto.

Ed ha quantificato l'utile d'impresa (€ 13.636,36).

Anche alla luce di tali chiarimenti, ritiene il Collegio che il provvedimento di esclusione non soltanto presenti profili di irragionevolezza ma risulti, altresì, carente dal punto di vista motivazionale.

Sul punto:

- *“A livello unionale, la Corte di Giustizia ha espresso, persino in relazione alle offerte complessivamente pari a zero, il principio per cui “l'art. 2, par. 1, pt. 5, della direttiva 2014/24/UE, come modificata dal regolamento 2017/2365 della Commissione, deve essere interpretato nel senso che esso non costituisce un fondamento giuridico per il rigetto dell'offerta nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per il solo motivo che il prezzo proposto nell'offerta è di EUR 0” (Corte di Giustizia, 10 settembre 2020, in causa C-367/19), e ciò perché “dalla logica sottesa all'articolo 69 della direttiva 2014/24 risulta che un'offerta non può automaticamente essere respinta per il solo motivo che il prezzo proposto è di EUR 0”, con la conseguenza che l'eventuale anomalia dell'offerta deve essere verificata in concreto e puntualmente motivata, rimanendo fermo che “le amministrazioni aggiudicatrici, in caso di sospetto di offerta anormalmente bassa, sono tenute a verificare l'effettiva sussistenza di tale carattere anormalmente basso prendendo in considerazione tutti gli elementi pertinenti del bando di gara e del capitolato d'oneri” (Corte di Giustizia, 15 settembre 2022, in causa C-669/20)”*;

- *“Per stabilire quando un'offerta può essere definita anomala - vale a dire senza un margine minimo e, dunque, in perdita - si deve sempre fare riferimento alla fattispecie concreta.*

La giurisprudenza in materia ha stabilito il principio, salvo il caso in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è dato stabilire una soglia di utile al di sotto della quale l'offerta va considerata anomala, potendo anche un utile modesto comportare

un vantaggio significativo (Cons. Stato Sez. V, 22/03/2021, n. 2437; Cons. Stato Sez. III, Sent., 13-07-2021, n. 5283)” (Consiglio di Stato sez. III, 8 aprile 2025, n. 2980).

A ciò aggiungasi che *“La gratuità della prestazione è d'altra parte consentita in linea di principio, ove non preclusa dalla legge di gara o dal meccanismo di calcolo del punteggio (come chiarito dal precedente di questa Sezione n. 1307 del 2016)”* (Consiglio di Stato sez. III, 10 marzo 2025, n.1978); evenienza ostativa che nel caso di specie, peraltro, non ricorre considerando tutte le componenti della fornitura.

In conclusione, per le ragioni esposte, essendo stata illegittimamente disposta l'esclusione della società ricorrente, il ricorso deve essere accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Dovendo però l'Amministrazione di rideterminarsi sull'aggiudicazione, provvedendo anche a tutte le verifiche di rito, la domanda risarcitoria non può trovare accoglimento.

Per quel che riguarda le spese di lite:

- nei rapporti tra (...) e (...) seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo;
- nei rapporti tra (...) e (...) sono irripetibili.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- lo accoglie nei sensi di cui in motivazione;
- condanna (...) alla refusione delle spese di lite in favore della parte ricorrente, che liquida in complessivi € 2.000,00, oltre al rimborso delle spese generali nella misura del 15%, nonché IVA e CPA come per legge;
- dichiara le spese irripetibili nei rapporti tra (...) e (...).

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 5 giugno 2025 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppa Leggio, Presidente

Diego Spampinato, Consigliere

Manuela Bucca, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Manuela Bucca

IL PRESIDENTE

Giuseppa Leggio

IL SEGRETARIO