

Pubblicato il 14/09/2020

N. 01663/2020 REG.PROV.COLL.
N. 01374/2019 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 la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1374 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Regent International S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Carmine Genovese, Daniele Bocci e Anna Francesca Guaricci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

ARCA S.p.A., (ora ARIA S.p.A.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudia Sala e Stefano Marras, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso l'Ufficio legale dell'ente in Milano, via Fabio Filzi 22;

nei confronti

VEG S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Raffaella Arcangeli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della determinazione del Direttore Generale dell'Azienda Regionale Centrale Acquisti n. 401 del 16.5.2019, pubblicata sul sistema Sintel in data 17.5.2019, recante “*annullamento della determinazione n. 229 del 15.03.2019 ed aggiudicazione gara ARCA 2018_095 procedura aperta ai sensi dell'art. 60 d.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento della fornitura di un servizio di agenzia viaggi per trasferte di lavoro ed. 5*”, nonché di ogni suo atto preparatorio, presupposto, connesso e/o consequenziale, con particolare riferimento alla nota prot. n. ARCA.2019.0008328 del 16.5.2019, con la quale il R.U.P. ha proposto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione già disposto in favore di Regent International S.r.l. e l'adozione della nuova aggiudicazione in favore dell'operatore Veg S.r.l., nonché al verbale n. 7 della seduta riservata di gara del 4 aprile 2019 e al verbale di gara n. 8 del 13 maggio 2019, nonché, “ove e per quanto occorra”, all'art. 2 del disciplinare della gara ARCA_2018_095, nella parte in cui riferisce che la procedura sarebbe diretta all'affidamento di servizi aventi “natura intellettuale”;

nonché per l'accertamento del diritto della ricorrente

al conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto della gara *de qua*,

previa eventuale declaratoria dell'inefficacia del contratto medio tempore stipulato con

l'impresa aggiudicataria,

nonché del diritto all'eventuale subentro nel contratto medesimo,

ovvero ancora, in subordine, del diritto della ricorrente al risarcimento dei danni subiti con conseguente condanna dell'amministrazione resistente;

e per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 20.11.2019,

per l'annullamento, previa concessione di misure cautelari,

della determinazione del R.U.P. prot. n. IA.2019.0010633 del 7.10.2019, non pubblicata sulla piattaforma Sintel né altrimenti comunicata, conosciuta solo a seguito del deposito giudiziale avvenuto in data 8.10.2019, recante “*Conferma aggiudicazione all'operatore economico VEG a seguito di chiarimento*”, nonché di ogni suo atto preparatorio, presupposto, connesso e/o consequenziale, con particolare riferimento della determinazione del Direttore Generale

dell'Azienda Regionale Centrale Acquisti n. 401 del 16.5.2019, recante “*annullamento della determinazione n. 229 del 15.3.2019 ed aggiudicazione gara ARCA 2018_095*” in favore di VEG S.r.l.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Veg S.r.l. e di Arca S.p.A. (ora Aria S.p.A.);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Oscar Marongiu nell'udienza del giorno 6 maggio 2020, svoltasi senza discussione orale e mediante collegamento da remoto in audioconferenza ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (convertito in legge n. 27/2020), come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Regent International S.r.l., premesso di avere partecipato alla procedura aperta, indetta da ARCA S.p.A., per l'affidamento del “servizio di agenzia viaggi per trasferte di lavoro” in favore degli Enti e delle Amministrazioni aventi sede nel territorio della Regione Lombardia, ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, tra cui, in particolare, la determinazione n. 401 del 16.5.2019, con la quale ARCA S.p.A. ha disposto l'aggiudicazione della gara in favore di VEG S.r.l., odierna controinteressata.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 18 del Disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione del principio di immodificabilità dell'offerta in corso di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dei principi in materia di verifica dell'anomalia; violazione e falsa applicazione della parità di trattamento tra gli operatori concorrenti; eccesso di potere per irragionevolezza e disparità di trattamento: il provvedimento di aggiudicazione sarebbe illegittimo in quanto la stazione appaltante ha ammesso le giustificazioni fornite da VEG S.r.l. in sede di

verifica *ex art.* 97 del d.lgs. n. 50/2016, nonostante le stesse integrino, a dire della ricorrente, delle vere e proprie modificazioni in corso di gara dell'offerta economica, comportanti plurime modifiche dei costi originariamente indicati e un'alterazione dell'offerta prospettata in sede di partecipazione, tale da evidenziare comunque una complessiva inattendibilità e non serietà della candidatura proposta dall'operatore VEG S.r.l.; l'Amministrazione avrebbe aggiudicato la gara in favore di un operatore economico che non ha correttamente individuato le modalità di esecuzione né ha correttamente quantificato i costi della propria offerta, essendosi l'aggiudicataria riservata un'opzione asseritamente inammissibile in merito alla scelta delle concrete modalità esecutive della propria proposta, e ciò sarebbe ancor più grave in quanto espressamente ammesso in sede di verifica dell'anomalia ai sensi dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016;

2) violazione e falsa applicazione dell'art. 19 del Disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 (sotto altro profilo); violazione e falsa applicazione dei principi in materia di verifica dell'anomalia delle offerte; violazione e falsa applicazione dell'art. 10 della l. n. 241/1990; violazione e falsa applicazione dei principi in materia di autotutela amministrativa; eccesso di potere per difetto d'istruttoria; ingiustizia manifesta: le affermazioni rese da VEG S.r.l. in sede di verifica di congruità risulterebbero smentite *per tabulas* dagli operatori con i quali la ditta asserisce di intrattenere "accordi commerciali" talmente privilegiati da consentire "ricavi molto vantaggiosi", fintanto da poter offrire "1 centesimo di Euro per ciascun prodotto in gara" (a fronte di un importo a base d'asta pari ad € 1,74 per ciascun prezzo unitario); la stazione appaltante non avrebbe rilevato l'inattendibilità e l'insostenibilità dell'offerta proposta dall'attuale aggiudicataria, in spregio dell'interesse pubblico coincidente con la necessità di selezionare il contraente più affidabile per l'Amministrazione, con ogni conseguente pregiudizio per la corretta esecuzione del servizio oggetto di affidamento e in violazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 19 del

Disciplinare di gara, avendo ARCA S.p.A. omesso di escludere la controinteressata, benché tempestivamente messa a conoscenza delle ragioni che evidenzierebbero la non serietà e l'inattendibilità della sua offerta;

3) violazione e falsa applicazione dell'art. 12.2.3 del Disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 13 del Disciplinare; violazione e falsa applicazione dell'art. 97, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per irragionevolezza: la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere la controinteressata in considerazione della mancata indicazione in sede di offerta economica dei propri costi della manodopera e dei costi di sicurezza aziendale; nonostante il disciplinare di gara e l'apposito modello di offerta economica imponessero a tutti gli operatori economici di quotare specificamente sia il costo della manodopera che gli oneri di sicurezza aziendali, VEG S.r.l. non è stata esclusa sebbene la stessa abbia quantificato nell'apposita sezione del modulo dell'offerta un costo del lavoro pari ad € 0,01 e un costo di sicurezza aziendale pari ad € 0,00; né, in senso contrario, potrebbe sostenersi che la mancata indicazione dei costi di sicurezza aziendale trova giustificazione nella previsione di cui all'art. 2 del Disciplinare di gara (parimenti oggetto d'impugnazione), a tenore del quale la procedura ha ad oggetto "servizi aventi natura intellettuale", giacché il servizio di agenzia oggetto di affidamento non concernerebbe un'attività intellettuale, venendo invece in rilievo una serie di attività materiali standardizzate da parte dell'organizzazione aziendale ed eseguite in assenza di uno specifico apporto personale, in relazione alle quali l'operatore si limiterebbe a dare esecuzione alle direttive già dettagliate ed esplicitate da parte dell'Amministrazione nelle richieste e negli ordinativi di fornitura;

4) violazione e falsa applicazione dell'art. 12.2.3 del Disciplinare di gara; eccesso di potere per difetto d'istruttoria: la stazione appaltante non ha provveduto ad escludere l'attuale aggiudicataria sebbene la stessa non abbia

mai prodotto il documento richiesto a pena di esclusione dell'art. 12.2.3 del disciplinare e denominato "Dichiarazione di Offerta Economica": la controinteressata, già esclusa dalla procedura per non conformità dell'allegato – dalla medesima società denominato DICHCON – al modello previsto dall'art. 12.2.3, lett. f, del Disciplinare ("Dichiarazione di offerta economica"), è stata poi riammessa in gara (in pendenza del giudizio proposto dinanzi a questo T.A.R. da VEG S.r.l. e contraddistinto dal n. R.G. 668/2019, poi definito con sentenza n. 1205/2019 di cessazione della materia del contendere), a dire della ricorrente in maniera illegittima, in quanto la stazione appaltante avrebbe erroneamente ritenuto che il documento prodotto da VEG S.r.l. in sede di partecipazione contenga sostanzialmente le dichiarazioni espressamente previste nel modello richiesto dalla *lex specialis*.

Si sono costituite ARCA S.p.A. e VEG S.r.l., chiedendo la reiezione del ricorso.

Alla camera di consiglio del giorno 25 luglio 2019 la Sezione ha accolto provvisoriamente l'istanza cautelare con ordinanza n. 971/2019.

Con motivi aggiunti depositati il 20 novembre 2019 la ricorrente ha impugnato la determinazione con la quale il RUP, in sede di riesame, ha ritenuto "*opportuno confermare l'aggiudicazione disposta da ARCA SpA con Determinazione n. 401 del 16/05/2019*", deducendone l'illegittimità per i seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis), del d.lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990; violazione e falsa applicazione dell'art. 19 del Disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dei principi in materia di autotutela; violazione e falsa applicazione dei principi in materia di verifica dell'anomalia dell'offerta; eccesso di potere per difetto d'istruttoria; ingiustizia manifesta: la stazione appaltante non avrebbe né esaminato, né attribuito alcuna rilevanza al contenuto delle dichiarazioni

prodotte dalla controinteressata a sostegno della congruità della propria offerta, nonostante la veridicità delle dichiarazioni e della documentazione trasmessa dall'aggiudicataria in sede di verifica dell'anomalia sia stata smentita, a dire della ricorrente, dalle plurime allegazioni prodotte in giudizio dalla stessa; la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere l'operatore economico ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis), del d.lgs. n. 50/2016, anziché confermare il provvedimento di aggiudicazione sulla base di dichiarazioni che, all'evidenza, sarebbero sicuramente inattendibili e fuorvianti, se non, addirittura, false;

2) violazione e falsa applicazione dei principi che impongono la pubblicità degli atti delle procedure di affidamento dei contratti pubblici; violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; violazione e falsa applicazione dell'art. 1.3 del Disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 7 della l. n. 241/1990; violazione e falsa applicazione degli artt. 31 e 77 del d.lgs. n. 50/2016; incompetenza del RUP; violazione e falsa applicazione dei principi in materia di autotutela; eccesso di potere per difetto d'istruttoria; ingiustizia manifesta: la stazione appaltante, anziché disporre e comunicare l'avvio di un procedimento di autotutela avverso il provvedimento già adottato, si sarebbe limitata ad esercitare funzioni di secondo grado sulla base di una mera dichiarazione formulata dalla controinteressata e depositata in giudizio, ma non correttamente pubblicata sulla piattaforma telematica SINTEL, in violazione dell'art. 1.3 del Disciplinare di gara, secondo il quale *“tutte le comunicazioni tra stazione appaltante e operatori economici si intendono validamente ed efficacemente effettuate qualora rese mediante l'utilizzo della funzione “Comunicazioni della procedura” presente sulla piattaforma Sintel”*; né risulterebbe che sia stata correttamente coinvolta la commissione esaminatrice, come avvenuto in occasione del procedimento di verifica di anomalia e come previsto anche dall'art. 19 del Disciplinare di gara, secondo cui il RUP esamina *“con il supporto della commissione”* le *“spiegazioni fornite dall'offerente”*; l'iniziativa del RUP, con la quale lo stesso organo avrebbe proceduto

autonomamente a deliberare la conferma dell'aggiudicazione senza riconvocare previamente la commissione esaminatrice, sarebbe viziata sotto il profilo dell'incompetenza di tale organo ad assumere autonomamente la decisione di confermare l'aggiudicazione;

3) violazione e falsa applicazione dell'art. 18 del Disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione del principio di immodificabilità dell'offerta in corso di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dei principi in materia di autotutela; violazione e falsa applicazione dei principi in materia di verifica dell'anomalia delle offerte; eccesso di potere per difetto d'istruttoria; violazione e falsa applicazione della parità di trattamento tra gli operatori concorrenti; ingiustizia manifesta; eccesso di potere per irragionevolezza e disparità di trattamento: l'Amministrazione ha aggiudicato la gara in favore di un operatore economico che avrebbe formulato un'offerta ipotetica e condizionata, essendosi l'aggiudicataria riservata un'inammissibile opzione in merito a differenti voci di costo per le quali il modulo d'offerta ne richiedeva, a pena d'esclusione, l'immediata quantificazione già in sede di partecipazione, così incorrendo in una grave violazione dei principi di immodificabilità dell'offerta e della *par condicio competitorum*.

ARCA S.p.A. e VEG S.r.l. hanno resistito ai motivi aggiunti con memorie.

Alla camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2019 la Sezione ha accolto l'istanza cautelare con ordinanza n. 1707/2019.

La ricorrente ha da ultimo depositato note di udienza.

All'udienza del giorno 6 maggio 2020, tenutasi senza discussione orale e mediante collegamento da remoto in audioconferenza ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (convertito in legge n. 27/2020), la causa è passata in decisione.

2. Il ricorso e i motivi aggiunti sono fondati.

2.1. Risultano dirimenti, ai fini dell'accoglimento del gravame, le censure sollevate con il primo motivo del ricorso introduttivo e con il terzo dei motivi aggiunti (con il quale, sostanzialmente, si ripropongono doglianze analoghe a quelle già esposte nel primo motivo del ricorso introduttivo).

Al riguardo, è sufficiente osservare che:

- VEG S.r.l., nell'offerta economica presentata in gara, ha quantificato i costi del personale in misura pari ad € 0,01 (v. doc. 1 della produzione della controinteressata);
- in sede di verifica di anomalia, nelle giustificazioni del 10.4.2019, la controinteressata ha indicato un diverso importo per i “costi della manodopera/personale”, pari ad € 57.904,80, di cui € 26.178,62 per un operatore Business travel 1° livello al 30% dell'orario per 24 mesi, € 22.800,89 per un operatore Business travel 3° livello al 30% dell'orario per 24 mesi ed € 8.935,75 per un operatore Amministrativo 3° livello al 15% per 24 mesi (v. doc. 4 di VEG S.r.l.);
- nelle successive giustificazioni del 16.4.2019 VEG S.r.l., “*a chiarimento della discrasia rilevata tra il costo del personale indicato in offerta con quello indicato nella nostra comunicazione del 10 aprile u.s.*”, ha precisato che: i) “*il Sig. Gerardo Caprio, socio di maggioranza della VEG S.r.l., con una partecipazione pari al 75% del capitale sociale (oltre che l.r.p.t. della medesima società), intende dedicarsi in prima persona all'esecuzione dell'appalto in questione*”; ii) ciò “*comporta, evidentemente, una considerevole contrazione dei costi del personale, agendo egli come portatore di un evidente interesse all'esecuzione della commessa ma non quale dipendente della società*”; iii) “*l'offerta è stata comunque pensata tenendo in ogni caso conto dei costi del personale, che, in ipotesi, la VEG S.r.l. dovrebbe sostenere se, per qualunque motivo, il Sig. Gerardo Caprio non potesse dedicarsi all'esecuzione del contratto con l'impegno ipotizzato*”; in quest'ottica, il costo di € 57.904,80, indicato nei giustificativi del 10 aprile 2019, corrisponderebbe ad “*una stima prudenziale dei costi del personale, ossia senza considerare l'attività che l'amministratore unico della società svolgerà comunque personalmente*”;

- come efficacemente dedotto da parte ricorrente, l'offerta proposta dalla controinteressata, alla luce delle giustificazioni dalla stessa fornite e sopra riportate, risulta formulata in maniera non univoca, atteso che, nella sostanza, vengono prospettate due distinte e alternative modalità di gestione del servizio (di cui solo una, peraltro, è stata resa nota tempestivamente, al momento della presentazione della domanda di partecipazione): l'una riguarderebbe il diretto coinvolgimento del socio, l'altra, invece, l'utilizzo di tre unità di personale dipendente, con conseguente aumento dei costi in misura pari ad € 57.904,80;
- tale *modus operandi* si pone in contrasto con i principi di immutabilità dell'offerta e di *par condicio competitorum*, in quanto VEG S.r.l. quota inammissibilmente i nuovi (seppure solo eventuali, ma pur sempre probabili) costi della manodopera solo in sede di giustificazioni; né può rilevare, in senso favorevole alla controinteressata, la circostanza che la quotazione di tali nuovi costi sia stata effettuata a titolo di "stima prudenziale dei costi del personale", perché ciò non è sufficiente a escludere la possibilità che il servizio venga svolto secondo modalità differenti da quelle originariamente offerte;
- secondo la giurisprudenza condivisa dal Collegio le offerte "*devono essere improntate alla massima linearità e chiarezza, onde prefigurare all'Amministrazione un quadro certo dei rispettivi doveri ed obblighi contrattuali in corrispondenza agli atti di gara*", e "*qualsivoglia elemento che introduca nel sinallagma negoziale profili diversi vale a conferire all'offerta la natura di offerta indeterminata o condizionata che ne deve comportare l'esclusione dalla gara*", e ciò anche "*a prescindere dalla presenza o meno nella legge di gara di un'espressa comminatoria di esclusione, stante la superiorità del principio che vieta le offerte condizionate e le rende inammissibili?*" (T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II-ter, n. 5268/2016; T.A.R. Puglia - Lecce, Sez. III, n. 1428/2017; T.A.R. Veneto, Sez. I, n. 128/2019; T.A.R. Piemonte, Sez. I, n. 785/2011);
- ed invero, ammettere la possibilità di modificare la propria offerta nei termini sopra evidenziati equivarrebbe ad attribuire all'operatore economico la facoltà di modificare le condizioni già indicate e proposte in relazione alle

differenti esigenze (o carenze della propria offerta) che possono verificarsi in corso di esecuzione, così integrando la violazione del fondamentale canone ermeneutico della *par condicio competitorum*, in quanto in tal modo l'operatore consegue un beneficio consistente nella possibilità di tenere ferma una duplice e differente modalità organizzativa della propria proposta, con evidente diversa allocazione dei costi a seconda dell'autonoma, spontanea e libera facoltà di scelta tra l'una o l'altra modalità di esecuzione del servizio.

Per tali ragioni, il primo motivo del ricorso introduttivo e il terzo dei motivi aggiunti sono fondati e vanno accolti.

2.2. L'accoglimento di tali motivi determina l'esclusione della controinteressata dalla gara e l'annullamento dell'aggiudicazione già disposta in suo favore, con la conseguente aggiudicazione della procedura in favore della ricorrente, e tanto basta ai fini dell'accoglimento del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti, potendosi quindi ritenere assorbiti gli altri motivi.

2.3. Le spese del giudizio, liquidate come da dispositivo, seguono il criterio della soccombenza, come di norma.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, integrato da motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Condanna VEG S.r.l. e ARIA S.p.A. (già ARCA S.p.A.) alla rifusione delle spese del giudizio in favore della ricorrente, nella misura di € 2.000 (duemila/00) a carico di ciascuna, oltre accessori come per legge e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 6 maggio 2020, svoltasi in audioconferenza, con l'intervento dei magistrati:

Rosalia Maria Rita Messina, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere

Oscar Marongiu, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Oscar Marongiu

IL PRESIDENTE

Rosalia Maria Rita Messina

IL SEGRETARIO