

Pubblicato il 02/07/2024

N. 00431/2024 REG.PROV.COLL.
N. 00366/2024 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 Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 366 del 2024, proposto da Grande Albergo Miramare S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A01817145B, rappresentata e difesa dagli avvocati Damiano Pallottino, Laura Sommaruga e Claudio Antonio Crocé, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Difesa, Comando Brigata Meccanizzata Aosta Messina, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Reggio Calabria, domiciliataria ex lege in Reggio Calabria, via del Plebiscito n. 15;

nei confronti

A.C. 1931 S.r.l, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- dei seguenti atti del Ministero della Difesa – Comando Brigata Meccanizzata “Aosta” – Direzione di Intendenza (d’ora innanzi solo “Stazione appaltante”) adottati nell’ambito della procedura ristretta ex art. 61 del d.lgs. 50/2016 per l’approvvigionamento “dei servizi alberghieri e di ristorazione per il personale militare dell’Esercito in servizio di ordine pubblico fuori sede nell’ambito dell’operazione denominata “Strade Sicure”, nonché per il personale dell’A.M. in attività di controllo ispettivo, manutenzione materiali e mezzi e di temporaneo avvicendamento” da svolgersi nella città di Reggio Calabria (CIG A01817145B) e pubblicati sul link “<https://www.esercito.difesa.it/comunicazione/Bandi-di-gara-Esercito/Brigata-Meccanizzata-Aosta/Pagine/PROCEDURA-RISTRETTA-PER-L%E2%80%99APPALTO-DI-SERVIZI-ALBERGHIERI-E-DI-RISTORAZIONE-PER-IL-PERSONALE-MILITARE-DELL%E2%80%99ESERCITO.aspx>”:

- il Verbale 16 maggio 2024 n. 11 di reg. della Commissione giudicatrice per la valutazione delle offerte economiche presentate da Grande Albergo Miramare S.p.A. (d’ora innanzi solo “GAM” o “ricorrente”) e da A.C. 1931 S.r.l. (d’ora innanzi solo “AC1931” o “controinteressata”), inviato a GAM tramite pec in data 17 maggio 2024, con cui è stata esclusa l’offerta economica di GAM ed è stata ritenuta valida l’offerta economica di AC1931 con conseguente proposta di aggiudicazione in favore della medesima AC1931;

- il Decreto di aggiudicazione 21 maggio 2024 n. 24, inviato a GAM tramite pec in data 22 maggio 2024, con cui è stata disposta l’aggiudicazione della gara in favore di AC1931;

- e ogni atto ad essi presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto, ivi inclusi: (i) il Verbale della Commissione giudicatrice 23 novembre 2023 n. 138 di reg. di valutazione delle offerte di GAM e di AC1931; (ii) il Verbale del 22 dicembre 2023, inviato a GAM tramite pec in pari data unitamente a 16 allegati, con cui il RUP ha ritenuto anomala l’offerta economica della medesima GAM; e (iii), ove ritenuto ancora esistente a

seguito della sentenza di codesto Ecc.mo T.A.R. 24 aprile 2024 n. 310, in quanto non annullato dalla Stazione appaltante con il Decreto dirigenziale 10 maggio 2024 n. 19, il Verbale del 28 dicembre 2023, inviato a GAM tramite pec in data 29 dicembre 2023 unitamente ai relativi 4 allegati, con cui il RUP ha ritenuto valida l'offerta economica di AC1931,

nonché

per la inibizione, previa idonea misura cautelare, con richiesta di decreto presidenziale cautelare ex art. 56 c.p.a., della Stazione appaltante a sottoscrivere il contratto con AC 1931,

e per la condanna, previa idonea misura cautelare, della Stazione appaltante alla reintegrazione in forma specifica in favore di GAM mediante (i) la riammissione alla gara e (ii) la successiva aggiudicazione della gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa e della Comando Brigata Meccanizzata Aosta Messina;

Visto il Decreto Presidenziale n. 113 del 15.06.2024;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2024 il dott. Andrea De Col 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 e DIRITTO

1. Il Grande Albergo Miramare S.p.a. (d'ora in avanti, GAM) ha partecipato, in qualità di gestore uscente in regime di proroga tecnica, alla procedura ristretta indetta ex art. 61 del D.lgs. 50/2016 dal Ministero della Difesa per *“l’approvvigionamento dei servizi alberghieri e di ristorazione per il personale militare dell’Esercito in servizio di ordine pubblico fuori sede”* nell’ambito dell’operazione denominata “Strade Sicure”.

2. Alla gara, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, ha partecipato anche la società AC 1931.
3. Aperte le buste per la disamina delle offerte economiche e valutato eccessivo il ribasso del 31,31% praticato da GAM a causa della presunta sottostima dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza rispetto a quelli indicati nel disciplinare di gara, la Commissione giudicatrice, nominata dalla Stazione appaltante con atto del 31.10.2023, sollecitava con verbale del 23.11.2023 il RP per la fase di affidamento (d'ora in avanti, solo RP) ad attivare ai sensi dell'art. 24 del Disciplinare Amministrativo il sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.
4. Il RP procedeva, quindi, in contraddittorio ad acquisire i giustificativi di GAM e, ritenuti insoddisfacenti, con motivato verbale del 22.12.2023 accertava l'anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97 D.lgs. n. 50/2016, comunicando alle ditte concorrenti che per il giorno 28.12.2023 alle ore 10:00 era prevista la seduta pubblica della Commissione per la chiusura del procedimento di valutazione delle offerte economiche presentate dalle ditte concorrenti.
5. Con atto del 27.12.2023 la stazione appaltante nominava un'altra Commissione giudicatrice in sostituzione della precedente che, con verbale del 28.12.2023, *“unitamente al RP per la fase di affidamento...a) esclude(va) l'offerta presentata dalla società Grande Albergo Miramare che appariva anomala ai sensi dell'art. 97 co.5 del D.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. e che tale si conferma a seguito degli approfondimenti istruttori eseguiti e sulla base dei dati e delle giustificazioni fornite dalla società stessa”* e b) *“considerata valida l'offerta presentata dalla società AC1931 S.r.l. dichiara(va) regolare la procedura e concluso il procedimento con proposta di aggiudicazione in favore della stessa che ha presentato offerta pari al 1,25% di sconto percentuale sui premi posti a base del disciplinare amministrativo, chiudendo le operazioni di gara”*.
6. Su ricorso di GAM, il TAR con sentenza n. 310/2024 annullava l'esclusione della ricorrente e l'aggiudicazione a favore della controinteressata per l'illegittimo avvicendamento delle due Commissioni di gara avvenuto nel

corso del procedimento di valutazione delle offerte, ordinando agli effetti conformativi la riconvocazione della 1^a Commissione affinché si pronunciasse sulla valutazione effettuata dal RUP nel verbale del 22.12.2023.

7. Con verbale del 16.05.2024 la 1^a Commissione, opportunamente riconvocata dal RP nel rispetto degli effetti conformativi della sentenza, ha escluso l'offerta economica di GAM, confermandone l'anomalia e la non congruità e ha aggiudicato l'appalto in favore di AC 1931.

8. GAM, pertanto, ha impugnato il suddetto verbale, affidando la domanda di annullamento dell'esclusione dalla gara e dell'aggiudicazione ad AC 1931 ai seguenti motivi:

8.1. *Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 comma 2 bis L. n. 241/90. Eccesso di potere per motivazione apparente e difetto di istruttoria.*

Con un primo gruppo di censure, la ricorrente lamenta la mancata attivazione del contraddittorio sui rilevati aspetti di anomalia dell'offerta che la 1^a Commissione, appositamente riconvocata per confermare la valutazione del RP, avrebbe omesso di esercitare, quantunque alla seduta pubblica del 10.05.2024 fosse stata in tal senso sollecitata dal rappresentante di GAM. In seconda battuta, l'impugnato verbale della Commissione risulterebbe viziato da una motivazione "standardizzata", rinviando sic et simpliciter alle considerazioni già espresse dal RP nel verbale del 22.11.2023, senza operare alcun autonomo giudizio sulla sostenibilità o meno dell'offerta.

8.2. *Violazione e falsa applicazione degli artt. 97 commi 3-5-6 e 59 comma 3 D.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 24 del Disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di motivazione, per carenza di istruttoria e per travisamento dei fatti.*

Con un secondo ordine di censure, la ricorrente si duole della violazione degli artt. 97 co.3,5, 6 e 59 co.3 del D.lgs. n. 50/2016, dell'art. 24 del disciplinare di gara, nonché dell'eccesso di potere per erronea motivazione, difetto di istruttoria e travisamento dei fatti in quanto:

-il procedimento di anomalia sarebbe stato attivato in assenza dei suoi autonomi presupposti fissati dall'art. 23 della *lex specialis* ("il calcolo dell'anomalia

è effettuato ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque”);

- l’offerta di GAM, nonostante la percentuale di sconto indicato (31,31%), presenterebbe un margine di utile (34,80%) accettabile rispetto a quello stimato dalla stessa S.A (€ 436.000,00);

- il RP avrebbe completamente travisato le considerazioni svolte dalla ricorrente in sede di “spiegazioni” ex art. 97 co.5 D.lgs. n. 50/16, ritenendo erroneamente anomala l’offerta sulla base di n. 7 “aspetti contraddittori”, incentrati in massima parte sull’ingiustificata diminuzione dei costi di gestione del servizio (60,89% contro il 91,5% dell’anno precedente) che dissimulerebbero chiaramente un’offerta non remunerativa ed in perdita (-8.726,95 come da prospetto di analisi dell’offerta economica di GAM (v. colonna D “annesso n. 16”) e sull’inserimento dei costi della sicurezza-pari al 4,2% dell’importo posto a base d’asta (€ 1.252.874,40) ma non ribassabili per espressa previsione della *lex specialis*- nella voce “costi/spese generali”.

Ritenendo che la presunta sottostima delle contestate voci di costo non sarebbe ex se sintomatica di anomalia, fintanto che la commessa presenti comunque margini di guadagno calcolato nelle battute finali del ricorso in € 83.141,05, GAM ha concluso per l’annullamento dei verbali impugnati e del decreto di aggiudicazione in favore della controinteressata, nonché per la condanna dell’Amministrazione intimata alla reintegrazione in forma specifica mediante la sua riammissione in gara e l’aggiudicazione del servizio.

9. Con decreto n. 113 del 15.06.2024 il Presidente del TAR respingeva la domanda di misure cautelari urgenti.

10. In data 21.06.2024 la ricorrente depositava la relazione tecnica di parte del dott. Colella, rivolta a dimostrare la piena economicità dell’offerta (viene stimato un utile al netto delle imposte pari ad € 29.116,80), avvalorando gli errori di duplicazione dei costi della sicurezza e, più in generale, di metodo compiuti dal RP nell’analisi dell’offerta economica che non sarebbe affatto in perdita.

11. Con atto di mera forma del 22.06.2024, accompagnato da successiva memoria difensiva depositata il 24.06.2024, si costituiva in giudizio il Ministero della Difesa ed eccepiva l'infondatezza del ricorso, opponendosi sia all'invocata riproposizione del contraddittorio con la ditta ricorrente, ampiamente soddisfatto nel corso delle precedenti fasi della procedura sia alla critica sulla violazione dei limiti interni della discrezionalità tecnica della S.A. nella valutazione dell'anomalia dell'offerta.

12. Non si costituiva in giudizio la controinteressata AC 1931.

13. Alla camera di consiglio del 26 giugno 2024, convocata per l'esame della domanda cautelare, il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

14. Sussistono innanzitutto i presupposti di legge per definire il giudizio nella presente sede cautelare con sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 120 comma 6 c.p.a, essendo, tra l'altro, state rese edotte le parti di tale eventualità, come consta dal verbale d'udienza.

15. Il ricorso è infondato per le ragioni di seguito esposte.

Il primo motivo non coglie nel segno.

Con la sentenza n. 310/2024 il TAR aveva espressamente conformato la riedizione dell'attività procedimentale della S.A. nel senso che *“l'Amministrazione resistente dovrà riconvocare entro trenta giorni dalla comunicazione della presente sentenza la 1^a Commissione per confermare o meno con il proprio parere la valutazione sull'anomalia dell'offerta della ditta ricorrente di cui al verbale del 22.12.2023 (v. doc. n. 6 della ricorrente), già operata dal RUP, cui spettano la decisione finale sulla congruità o meno della stessa e il compito di concludere la fase di affidamento con la proposta di aggiudicazione”*.

Si trattava di completare l'ultimo segmento della procedura di affidamento del servizio de quo, riservando allo stesso organismo collegiale che aveva a suo tempo rilevato possibili aspetti di anomalia dell'offerta, concernenti l'eccessivo ribasso proposto su alcune voci di costo (costi della manodopera e oneri della sicurezza), il compito di condividere o meno le analitiche valutazioni già effettuate dal RP nel verbale del 22.12.2023 (doc. n. 4 *bis*) dopo

aver esaminato in contraddittorio le giustificazioni della ricorrente (v. doc. n. 4 octies e n. 4 decies di parte ricorrente).

La Commissione, rinviando “per relationem” alle motivazioni del RP (*“il solo risultato di perdita di impresa calcolato semplicemente in base ai dati comunicati in sede di offerta ed integrati in sede di giustificazioni risulta un dato che induce a dichiarare la non congruità dell’offerta in termini serietà, sostenibilità e realizzabilità a garanzia dell’esecuzione contrattuale a perfetta regola d’arte (vedasi colonna D dell’Annesso 16), anche alla luce delle affermazioni della società circa il rapporto inversamente proporzionale tra unità di personale militare e ricavi aziendali posto”*), ha escluso “unitamente al RP per la fase di affidamento ai sensi degli artt. 59, comma 3, lett. c) e 97, commi 5 e 6, D.lgs. n. 50/2016 l’offerta presentata dalla società “Grande Albergo Miramare” che appariva anomala ai sensi dell’art. 97 comma 5 e che tale si conferma a seguito degli approfondimenti istruttori eseguiti e sulla base e delle giustificazioni fornite dalla società stessa” (v. verbale 16.05.2024 – doc. n. 1 di parte ricorrente), concludendo le operazioni di gara con la proposta di aggiudicazione in favore di AC 1931.

Il Collegio reputa che l’onere motivazionale dell’esclusione dell’offerta anomala sia stato validamente assolto, richiamando le valutazioni dettagliate dal RP nel verbale del 22.12.2023, valutazioni che la Commissione di gara ha condiviso e fatto proprie non prima di averle anch’essa filtrate attraverso un esame approfondito dei documenti presentati da GAM, compresi i bilanci degli anni 2019-2022 e le giustificazioni fornite in risposta alle richieste di chiarimenti.

Non vi era, peraltro, alcuna necessità di replicare- a pena di contravvenire ai noti principi di non aggravamento e di celerità che contraddistinguono le procedure di affidamento dei contratti pubblici- la fase del contraddittorio con la ditta interessata che aveva già riscontrato in due precedenti occasioni le richieste giustificative avanzate dalla S.A.

Come precisato più volte dalla giurisprudenza, *“Il contraddittorio procedimentale ex articolo 97 del D.lgs. 50/2016 non può estendersi ad libitum e, soprattutto, come chiarito dalla giurisprudenza, la stazione appaltante non è obbligata, ricevuti i chiarimenti richiesti,*

a far precedere l'esclusione per incongruità dell'offerta da un relativo preavviso all'interessato: ciò in quanto nella verifica di anomalia il contraddittorio procedimentale ha funzione meramente istruttoria, consentendo alla stazione appaltante di acquisire ogni elemento utile alla miglior valutazione dei dati contenuti nell'offerta al fine di acclarare se questa sia effettivamente sostenibile e, quindi, consenta di realizzare l'interesse pubblico inerente al contratto da aggiudicare, ma non è preordinato a risolvere in via anticipata un contrasto tra differenti posizioni?" (cfr. in termini, Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2021 n. 3472; Id, 4 giugno 2020, n. 3508).

Ne deriva come corollario che solo laddove la stazione appaltante non possa sciogliere i dubbi in ordine all'attendibilità dell'offerta soggetta a verifica di anomalia e lo richiedano le circostanze concrete (per incompletezza delle giustificazioni fornite o perché residuano ancora profili controversi o incerti), qui insussistenti, è necessario esperire ulteriori fasi del contraddittorio procedimentale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 gennaio 2019 n. 690).

Il richiamo al principio di collaborazione e buona fede, recentemente positivizzato dall'art. 1 co. 2 *bis* L. n. 241/90 e sicuramente applicabile alle procedure di affidamento dei contratti pubblici (v. Cons. Stato, sez. III, 19 febbraio 2024 n. 1591), non è pertanto pertinente, poiché né la Commissione né il RUP, una volta verificata l'anomalia dell'offerta anche sulla base delle giustificazioni prodotte in contraddittorio dalla ricorrente e ritenute inidonee a dimostrare la complessiva sostenibilità dell'offerta, erano tenuti ad avviare un'ulteriore interlocuzione procedimentale per acquisire nuovi chiarimenti (v. anche TAR Lazio, sez. 5^{ter}, 30 aprile 2024 n. 8580).

Il motivo si rivela, quindi, privo di fondamento.

16. Con un secondo ed articolato gruppo di censure la ricorrente rimprovera innanzitutto all'Amministrazione resistente sia di aver illegittimamente introdotto la fase di valutazione dell'anomalia dell'offerta- ostandovi la lettera dell'art. 23 del Disciplinare di gara (*"Il calcolo di anomalia è effettuato ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque"*), sia di averlo inutilmente concluso alla luce del dato documentale di partenza e cioè che il ribasso del

31,31% offerto da GAM sarebbe inferiore al margine del 34,80% ricavato dalla committenza per stimare un utile di € 436.000,00 (v. colonna D “annesso 16”-doc. n. 4 *octiesdecies* di parte ricorrente).

I profili di critica sono privi di pregio.

Quanto alla presunta vincolatività della prescrizione della *lex specialis* che limiterebbe il giudizio di anomalia solo in presenza di cinque o più offerte validamente ammesse, il Collegio ricorda la regola, posta a tutela dell’interesse della stessa S.A. di non trovarsi in sede di esecuzione al cospetto di prestazioni contrattuali inaffidabili e/o carenti dal punto di vista tecnico, per cui “*la scelta di sottoporre l’offerta a verifica facoltativa di anomalia, ai sensi dell’art. 97, comma 6, D.lgs. n. 50/2016 è rimessa all’ampia discrezionalità della Stazione Appaltante, che la dispone soltanto laddove in base ad elementi specifici l’offerta appaia anormalmente bassa. Si tratta, quindi, di valutazione ampiamente discrezionale, che non richiede un’espressa motivazione e che risulta sindacabile soltanto in caso di macroscopica irragionevolezza o illogicità*” (v. TAR Napoli, sez. VII, 27 aprile 2020 n. 1510; Cons. Stato, sez. V, 29 gennaio 2018 n. 604).

Nel caso di specie- ad avviso del Collegio- il rilevante ribasso effettuato da GAM (31,31%), in qualità di gestore uscente del servizio, contro quello “minimo” (1,21%) dalla stessa praticato nel 2022 e simile a quello proposto dall’aggiudicataria (1,25%) rendeva *prima facie* conforme a canoni sostanziali e procedurali di ragionevolezza e proporzionalità l’approfondimento istruttorio sulla reale sostenibilità dell’offerta.

Allo stesso modo, il rilievo che già dai dati esposti dalla S.A (v. colonna B del più volte citato “annesso n. 16”) si potesse in astratto desumere che l’offerta di GAM sarebbe stata non anormalmente bassa non esimeva il RP dal concludere il sub-procedimento di anomalia, verificando se i costi dichiarati dalla ricorrente fossero o meno effettivamente sottostimati, una volta messi a sistema con i dati ricavati dai bilanci 2019,2020 e 2021 presentati in sede di offerta.

17. Proseguendo oltre con la disamina del mezzo di gravame, si osserva che il giudizio di anomalia dell'offerta, contenuto nel verbale del 22.12.2023 ed analiticamente motivato dal RP, poggia su una pluralità di presupposti ("n.7 aspetti contraddittori"), sicché *"In presenza di un atto plurimotivato, assistito quindi da più motivazioni distinte e autonome, ciascuna delle quali risulta idonea a sorreggerlo, la legittimità anche di una sola di esse è sufficiente - di per sé - a supportare l'intero provvedimento, non assumendo alcun rilievo le ulteriori censure volte a contestare gli ulteriori profili motivazionali: e ciò in quanto l'eventuale illegittimità di tali altre motivazioni non può comunque portare al suo annullamento"* (cfr. TAR Trento 15 gennaio 2024 n. 5; Cons. Stato, sez. II, 5 marzo 2024 n. 2189).

Di queste plurime ragioni di esclusione dell'offerta, reputa il Collegio di poter apprezzare la decisività di quella motivatamente descritta nel 6° "aspetto contraddittorio", laddove il RP muove dall'assunto, invero non contestato, che "nei costi generali la Società ritiene di comprendere i costi per la sicurezza non soggetti a ribasso".

Più nel dettaglio, il RP, chiarita la distinzione tra costi della sicurezza non soggetti al ribasso (o costi da "interferenze") e oneri aziendali o costi "interni" della sicurezza ribassabili, ha evidenziato che "Nel corpo dell'offerta la Società ha indicato costi della sicurezza diversi da quelli stimati dalla S.A. Infatti, la Società conferma costi per la sicurezza non soggetti a ribasso pari a € 8.900,00 che non possono essere diversi da quelli indicati dalla stazione appaltante (€ 52.620,72 pari al 4,2% dell'importo base di € 1.252.874,40) confondendoli, come si evince dalle giustificazioni rese, con gli oneri aziendali la cui stima è di competenza della Società".

Ed in effetti, alla voce *"Costi della sicurezza non soggetti a ribasso"* GAM, a differenza dell'offerta aggiudicataria, ha indicato l'importo (ribassato) di € 8.900,00 e non quello immodificabile di € 52.620,72, corrispondente al 4,2% di quello fissato a base d'asta, mentre alla voce distinta e successiva *"Costi aspetti nutrizionali, autocontrollo igienico sanitario e sicurezza"* ha riportato un'altra somma di € 62.000,00.

Tanto basta a determinare: a) l'incertezza dell'offerta in questione in relazione a un suo elemento essenziale non essendo comprensibili quali siano i costi della sicurezza soggetti al ribasso e quali invece non lo siano; b) l'esclusione dalla gara dell'offerta stessa per inosservanza di un precetto imperativo (art. 97 co. 6 D.lgs. n. 50/2016 applicabile "ratione temporis"); c) la violazione della *lex specialis* (punto n.2 del Disciplinare di gara), in quanto la ricorrente ha offerto un ribasso su costi espressamente dichiarati non ribassabili e insuscettibili di essere compresi nelle spese generali a differenza degli oneri aziendali il cui definitivo ammontare è affidato, come è noto, alla funzionalità delle scelte aziendali dell'impresa.

Già con la sentenza del 3 luglio 2013, n. 3565 la Sezione III del Consiglio di Stato aveva stabilito che *"in materia di appalti pubblici, nella predisposizione della gara (e cioè dei bandi e della documentazione integrativa degli stessi), i costi relativi alla sicurezza derivanti dalla valutazione delle interferenze devono essere specificamente indicati (ex art. 86, comma 3-bis, Codice degli appalti) separatamente dall'importo dell'appalto posto a base d'asta, con preclusione di qualsivoglia facoltà di ribasso dei costi stessi (art. 86, comma 3-ter, D. Lgs. n. 163/2006), in virtù della preclusione legale di indisponibilità di detti oneri da parte dei concorrenti, trattandosi di costi necessari, finalizzati con tutta evidenza alla massima tutela del bene costituzionalmente rilevante dell'integrità dei lavoratori"* e tale principio non è ovviamente mutato nel tempo sia nel nuovo che nel vecchio codice dei contratti pubblici.

Non appare nemmeno meritevole di essere accreditata l'obiezione riportata dalla ricorrente, dapprima in sede di contraddittorio procedimentale e poi nella presente sede processuale, secondo cui essa avrebbe "scorporato" i costi della sicurezza in due importi (peraltro riconducibili a due distinte voci di offerta economica (una non ribassabile e l'altra, invece, ribassabile) perché a ciò indotta dal riscontro fornito dalla stessa S.A. ad una FAQ concernente la composizione della percentuale di incidenza di tali costi rispettivamente sugli "aspetti nutrizionali, autocontrollo igienico sanitario" (1,2%) sulla "sicurezza" (3%).

In conformità al consolidato indirizzo del giudice di appello, non può non rammentarsi che nella gare pubbliche le FAQ (“Frequently Asked Questions”), ovvero i chiarimenti in ordine alla valenza delle clausole della *lex* di gara fornite dalla stazione appaltante anteriormente alla presentazione delle offerte, “*non costituiscono un’indebita, e perciò illegittima, modifica delle regole di gara, ma una sorta d’interpretazione autentica, con cui l’Amministrazione chiarisce la propria volontà provvedimentale, in un primo momento poco intelligibile, precisando e meglio delucidando le previsioni della lex specialis*” (Cons. Stato, sez. IV, 21 gennaio 2013, n. 341; III, 22 gennaio 2014, n. 290), sicché esse, per quanto non vincolanti, orientano i comportamenti degli interessati e non possono essere considerate *tamquam non essent*. Più in particolare, pur non avendo come detto carattere vincolante, le risposte date dall’amministrazione contribuiscono a fornire utili indicazioni di carattere applicativo in ordine alla ratio sottesa alle procedure e agli atti in corso di esame (v. Cons. Stato, I, parere 6812/2020), e, una volta suggerita, attraverso le FAQ, la ratio propria dell’avviso pubblico, all’amministrazione è consentito discostarsene solo in presenza di elementi decisivi, che il giudice deve sottoporre a uno scrutinio particolarmente severo, per evitare il rischio che la discrezionalità amministrativa si converta, con il diverso orientamento amministrativo sopravvenuto, in arbitrio o comunque leda l’affidamento creato nei destinatari delle disposizioni (Cons. Stato, I, parere 1275/2021)” (v. Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2022 n. 1486).

Il Collegio rileva di non aver rinvenuto in atti né il testo della FAQ né la risposta della S.A che, anche se data per pacifica e non contestata, non autorizzava in ogni caso la ricorrente a suddividere i costi della sicurezza e a ribassarne l’importo, finendo per confonderli con gli oneri aziendali (questi sì ribassabili) e allocarli nelle spese generali a fronte di una previsione chiara, precisa e assolutamente univoca della *lex specialis* che imponeva di scrivere a fianco della voce “*costi sicurezza non soggetti a ribasso*” la somma in euro corrispondente al 4.2% dell’importo complessivo posto a base d’asta (€ 1.252.874.40), come peraltro correttamente eseguito da AC 1931 (v. doc. n. 7 *quinquies* di parte ricorrente).

La valutazione operata dal RP sull'esaminato profilo risulta immune dalle censure dedotte, comporta la definitiva inconsistenza del mezzo di gravame in questione e, in quanto autosufficiente a giustificare l'esclusione di GAM dalla gara, esonera il Collegio dallo scrutinio delle altre contestazioni mosse all'operato dell'organo competente sul giudizio di anomalia dell'offerta formulata dalla ricorrente.

18. Per quanto sopra esposto, il ricorso è infondato e deve essere, dunque, respinto.

19. Quanto alla regolazione delle spese di lite, il Collegio stima equo compensarle per intero tra la ricorrente e l'Amministrazione resistente sussistendone le condizioni, mentre nulla ritiene di dover disporre nei confronti di AC 1931 non costituitasi in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Compensa integralmente le spese di giudizio tra le parti. Nulla nei confronti di AC 1931.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente

Agata Gabriella Caudullo, Primo Referendario

Andrea De Col, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Andrea De Col

IL PRESIDENTE
Caterina Criscenti

IL SEGRETARIO