

Publicato il 18/10/2021

N. 01333/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01118/2021 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 Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1118 del 2021, proposto da

Real Costruzioni s.r.l., in proprio e quale capogruppo di RTI, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Caliendo e Laura Diana, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Difesa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze, domiciliataria *ex lege* in Firenze, via degli Arazzieri, 4;

nei confronti

Consorzio Research, Rti Svam Costruzioni S.r.l. e Consorzio Stabile Aduno S.r.l., Rti Edil Casa S.r.l. e Ing. Ferdinando Zito S.r.l., Rti Cgm S.r.l. e S.P.E.L. S.r.l., non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- a) del verbale della gara n. 033/2018 del 23.10.2018 del 25.8.2021 recante la riammissione in gara di concorrenti esclusi al 23.10.2018 e sui quali si era cristallizzata la loro esclusione;
- b) del verbale di gara n. 033/2018 del 23.10.2018 del 25.8.2021 nella parte in cui si dispone il ricalcolo della soglia di anomalia benché le riammissioni sono intervenute pacificamente dopo la aggiudicazione già disposta a favore della RTI CGM s.r.l./S.P.E.L. s.r.l. 01732740764 alla via della Magnolie n. 1 in Atella (PZ);
- c) del Bando di gara se in quanto lesivo degli interessi della ricorrente;
- d) del provvedimento di aggiudicazione dei lavori “ampliamento capacità di base deposito carburanti” disposto a favore del Consorzio Research;
- e) della determina di aggiudicazione definitiva disposta a carico del Consorzio controinteressato e di ogni altro atto, provvedimento, determina, delibera propedeutica, connessa o consequenziale degli atti impugnati e se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente;
- f) dell'elusione della sentenza del TAR di Firenze confermata dal Consiglio di Stato, anche dopo la pronuncia dell'Adunanza Plenaria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2021 il dott. Riccardo Giani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1 - Con ricorso r.g. n. 1529 del 2018 la Real Costruzioni s.r.l. aveva rilevato quanto segue:

- essa è azienda che opera nel settore dei lavori pubblici e privati da diversi anni, ha presentato domanda di partecipazione alla gara indetta dal Ministero della Difesa – Aeronautica Militare - 2 Reparto Genio A.M. avente ad oggetto “*ampliamento capacità di base deposito carburanti*”, chiedendo di avvalersi dei

requisiti tecnici di impresa ausiliaria, possibilità prevista dall'art. 20 del Bando di Gara;

- in data 24.10.2018, l'Amministrazione l'aveva esclusa dalla gara di appalto per la seguente motivazione "...*manca*za attestato SOA della ditta ausiliata";

- essa aveva proposto istanza di riammissione in gara, evidenziando alla PA di aver partecipato avvalendosi dei requisiti dell'impresa ausiliaria e che non era affatto necessario possedere un attestato SOA;

- il valore della soglia di anomalia veniva determinato dalla Commissione di Gara nella misura di 31,785% e risultava aggiudicatario provvisorio, con il ribasso del 31,707%, il RTI controinteressato; - la ricorrente aveva offerto ribasso del 31,721% e quindi, se ammessa, sarebbe risultata aggiudicataria.

2 – Questa Sezione, con sentenza n. 356 del 2019, accoglieva il ricorso e annullava gli atti impugnati, cioè l'esclusione della ricorrente dalla gara e l'aggiudicazione al raggruppamento d'impresе risultato aggiudicatario. La sentenza veniva impugnata in appello e la questione controversa veniva rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che la decideva con la sentenza n. 22 del 2020, cui faceva seguito la sentenza della Quinta Sezione del Consiglio di Stato n. 4238 del 2021, che respingeva l'appello avverso la sentenza n. 356/19 di questo Tribunale.

3 – Riferisce parte ricorrente che la stazione appaltante, in esito alla conferma di annullamento dei propri atti, ha rimesso in moto il meccanismo procedimentale, riammettendo alla gara tutte le imprese che, come la ricorrente, erano state escluse dalla gara, ancorché queste ultime non avessero impugnato la propria esclusione e ha rideterminato la soglia di anomalia dell'offerta, in violazione del principio di invarianza della stessa, di cui all'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50/2016. Riferisce ancora che la soglia di anomalia è stata rideterminata in 31,879462% e che è risultata aggiudicatario provvisorio, con il ribasso del 31,879%, il Consorzio Research. Osserva ancora la ricorrente che, al contrario, l'aggiudicazione doveva essere ottenuta dall'impresa Real Costruzioni che ha offerto un ribasso del 31,721%, a fronte

di una soglia di anomalia, già calcolata ed immutabile, pari al 31,785%. Aggiunge che non dovevano comunque essere riammesse le imprese escluse e che non avevano impugnato la loro esclusione.

4 – Nei confronti degli atti come meglio in epigrafe indicati parte ricorrente muove le seguenti censure:

- contrariamente a quanto statuito dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 4238 del 2021 l'amministrazione ha deciso di riammettere anche gli altri concorrenti esclusi benché i provvedimenti di esclusione adottati a carico di questi ultimi fossero divenuti inoppugnabili, in tal modo violando il giudicato; il provvedimento di riammissione disposto dalla s.a. a favore delle ATI controinteressate Savam e Edil Casa è palesemente illegittimo poiché emesso a favore di ditte che non avevano impugnato la loro esclusione ed il cui provvedimento di esclusione era, oramai, divenuto inoppugnabile; era peraltro consumato anche ogni potere di autotutela, essendo decorsi oltre 18 mesi dall'esclusione delle ditte dalla gara; la ricorrente, in difetto di detta illegittima riammissione, sarebbe risultata aggiudicataria della gara;
- è stata ricalcolata la soglia di anomalia delle offerte, in violazione dell'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50/2016; anche per tale via la ricorrente sarebbe risultata aggiudicataria;
- in applicazione dell'art. 95, comma 15 cit., la ricorrente sarebbe risultata aggiudicataria anche in ipotesi di riammissione delle altre due offerte, poiché nessuna delle ditte riammesse si inserisce tra la percentuale della soglia determinata e che è immutabile e l'offerta economica presentata dalla Real Costruzioni s.r.l. che, quindi, doveva essere decretata la migliore e quindi aggiudicataria dei lavori; neppure l'offerta della ricorrente è stata computata nel calcolo della soglia di anomalia e non deve esserlo, in forza del richiamato principio di invarianza; il momento che segna l'applicazione dell'invarianza è l'aggiudicazione definitiva e l'aggiudicazione definitiva alla CGM era stata comunicata prima della riammissione della ricorrente;

- la riammissione delle altre due ditte è ingiustificata e in contrasto con il giudicato; il ricalcolo della soglia di anomalia alla luce della sola riammissione della ricorrente, porterebbe comunque quest'ultima all'aggiudicazione della gara.

5 – Il Ministero della Difesa si è costituito in giudizio per resistere al ricorso.

6 – La causa è stata chiamata alla camera di consiglio del 13 ottobre 2021 ove è stata trattenuta in decisione dal Collegio, con avviso di possibile definizione nel merito ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

7 – Il ricorso è fondato alla luce delle considerazioni che seguono.

7.1 - Con il ricorso in esame parte ricorrente censura l'operato della stazione appaltante sotto due distinti profili: in primo luogo contesta la riammissione in gare delle altre imprese originariamente escluse dalla procedura, per le stesse ragioni per le quali era stata esclusa la ricorrente, ma che non avevano impugnato l'esclusione medesima; in secondo luogo contesta che la stazione appaltante abbia proceduto alla rideterminazione della soglia di anomalia dell'offerta, in esito alla suddetta riammissione, in violazione del principio di invarianza della soglia.

7.2 – Il Collegio ritiene di dover esaminare con priorità la seconda questione, quella attinente alla immodificabilità della soglia di anomalia, in quanto idonea a definire l'intera controversia.

7.3 - Viene in considerazione il disposto di cui all'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50/2016, a mente del quale *“ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte”*. La giurisprudenza si è interrogata su quale sia il momento a partire dal quale si verifica l'effetto di irrilevanza delle modificazioni intervenute sulla determinazione della soglia di anomalia, in mancanza di una precisa scansione normativa del procedimento di gara, arrivando alla conclusione che tale effetto di produce comunque a decorrere dall'aggiudicazione definitiva, che formalizza in modo certo la

chiusura della fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte. Questo Tribunale amministrativo ha già evidenziato che *“lo sbarramento determinato dalla cristallizzazione della soglia, ex art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016 consegue alla sola adozione del provvedimento di aggiudicazione sicchè non è contestabile la persistenza del potere dell'amministrazione di agire in autotutela anche dopo la proposta di aggiudicazione”* (Tar Toscana, sez. II, sentenza 29 marzo 2021, n. 446). Nel caso di specie, come risulta dalla narrativa in fatto, l'aggiudicazione definitiva della gara vi era già stata; infatti, in data 30 ottobre 2018, dopo aver escluso nella precedente seduta del 23 ottobre 2018 tre imprese (tra cui la ricorrente) per avvalimento della SOA senza esserne dotate, la stazione appaltante determinava la soglia di anomalia in 31,785198% e aggiudicava la gara alla CGM s.r.l. che aveva offerto un ribasso di 31,707%. Le vicende processuali successive, che hanno portato alla riammissione di concorrenti esclusi, si situano quindi a valle dell'aggiudicazione definitiva, con il risultato che esse non rilevano ai fini del calcolo della soglia di anomalia, che resta fissato (anche nella fase successiva alla riammissione alla gara) in 31,785198%. La diversa tesi sostenuta dal Consiglio di Stato, nella sentenza della Quinta Sezione n. 2047 del 2021, non convince. In primo luogo essa propone una lettura teleologica della norma di cui all'art. 95, comma 15, *cit.*, in base alla quale la previsione disciplinare si applicherebbe solo ove volta a impedire impugnazioni di carattere strumentale; osserva tuttavia il Collegio che, pur convenendo con la individuazione di tale finalità, una volta che risultino integrati i presupposti applicativi della disposizione, non appare possibile non dare corso al disposto normativo, altrimenti addivenendo ad una inammissibile disapplicazione di norma primaria. Né convince la richiamata sentenza dove stigmatizza la vicinanza temporale tra provvedimento di esclusione e di aggiudicazione, in forza della quale *“non si era cristallizzata la platea dei soggetti partecipanti alla procedura di gara”*; anche in questo caso si aggiunge alla disposizione di legge un presupposto applicativo che non risulta

dal testo della norma, finendo per restringerne ingiustificatamente l'ambito applicativo.

7.4 – Conseguenze da quanto precede la fondatezza delle censure formulate in ricorso con le quali si contesta la mancata applicazione della invarianza della soglia di anomalia. In esito a ciò, l'aggiudicazione della gara spettava alla ricorrente, senza che vi sia bisogno di scrutinare le ulteriori articolate censure. Infatti, anche con la ammissione alla gara degli ulteriori due offerenti, profilo che parte ricorrente contesta, l'aggiudicazione spettava comunque alla ricorrente. Come risulta dal verbale di gara del 25 agosto 2021, infatti, sono stati riammessi alla gara la Real Costruzioni, con ribasso di 31,721%, la Savam Costruzioni, con ribasso di 31,052%, e la Edilcasa s.r.l., con ribasso di 30,555%. Una volta acclarato che la soglia di anomalia, resta fissata a 31,785198%, l'offerta valida ad essa più vicina è quella della ricorrente; le offerte delle altre due imprese riammesse sono valide ma prevedono ribassi inferiori; l'offerta della CGM s.r.l., aggiudicataria prima dell'annullamento giurisdizionale, era di 31,707%, quindi anch'essa valida ma inferiore alla ricorrente; mentre l'offerta della Research, aggiudicataria dopo la riammissione secondo la stazione appaltante, è pari a 31,879%, ribasso quindi superiore a quello della ricorrente, ma invalido perché superiore anche alla soglia di anomalia.

7.5 – Deve quindi concludersi che, senza necessità dello scrutinio delle censure relative alla riammissione delle imprese escluse e non impugnanti, il ricorso deve essere accolto, stante la illegittimità della rinnovata determinazione della soglia di anomalia, con annullamento dell'aggiudicazione a favore del Consorzio Stabile Research e conseguente aggiudicazione della gara alla ricorrente, come partecipante alla gara che ha offerto il massimo ribasso valido. Stante la presenza di sentenza del Giudice d'appello che esprime, in analogia fattispecie, un diverso orientamento, le spese devono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla l'aggiudicazione gravata e dispone che l'aggiudicazione della gara a favore della ricorrente, salve le verifiche di legge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente

Riccardo Giani, Consigliere, Estensore

Nicola Fenicia, Consigliere

L'ESTENSORE
Riccardo Giani

IL PRESIDENTE
Carlo Testori

IL SEGRETARIO