

Publicato il 14/11/2020

N. 00795/2020 REG.PROV.CAU.
N. 00929/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA

Sezione giurisdizionale

Il Presidente

ha pronunciato il presente

DECRETO

sul ricorso numero di registro generale 929 del 2020, proposto da
G.P. Costruzioni di Giuseppe Proietto s.a.s., in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabrizio
Laudani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Aveni s.r.l. allo stato non costituita in appello;

nei confronti

Comune di Enna allo stato non costituito in appello;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione
staccata di Catania (Sezione Prima) n. 2913/2020, resa tra le parti, che ha
accolto il ricorso proposto dalla società odierna controinteressata per
l'annullamento:

- “1) dei verbali di gara telematica delle sedute pubbliche del 13/01/2020, 14/01/2020, 15/01/2020, 16/01/2020, 20/01/2020, per l'aggiudicazione dei lavori di <<Ristrutturazione edifici tre stelle, in via R. Sanzio Enna>>;
- 2) del verbale di aggiudicazione provvisoria del 20/11/2020 e relativa proposta di aggiudicazione provvisoria;
- 3) del provvedimento di aggiudicazione definitiva. Determinazione Dirigenziale area 2 n. 294 del 03/03/2020 Reg. Gen. N. 924 del 19/03/2020, pubblicato all'albo pretorio in data 19/03/2020 in favore dell'impresa G.P. Costruzioni di Giuseppe Proietto sas;”

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Vista l'istanza di misure cautelari monocratiche proposta dal ricorrente, ai sensi degli artt. 56, 62, co. 2 e 98, co. 2, cod. proc. amm.;

Considerato che il ricorso, al sommario esame della presente fase, non appare provvisto di *fumus boni iuris* in quanto:

- a) il richiamo del principio della cristallizzazione della soglia di anomalia di cui all'art. 95 c. 15, codice dei contratti pubblici, non è pertinente quando la materia del contendere sia proprio, come nella specie, il criterio di determinazione della soglia di anomalia, perché una cristallizzazione della soglia, in siffatta evenienza, significherebbe impedire in radice la tutela giurisdizionale in forma specifica nel caso di errata determinazione della soglia di anomalia;
- b) dell'art. 4 l.r. n. 13/2019 la sentenza del Tar ha dato (consentendolo il caso specifico), una ragionevole interpretazione restrittiva e costituzionalmente orientata (nel senso di conteggiare separatamente le offerte con identico ribasso solo per le offerte a cavallo del taglio delle ali e non per quelle all'interno del taglio delle ali, e controvertendosi nella specie di offerte con identico ribasso all'interno del taglio delle ali), laddove la diversa interpretazione proposta dall'appellante (di conteggiare separatamente anche le offerte con identico ribasso all'interno del taglio delle ali) imporrebbe di sollevare incidente di costituzionalità per contrasto dell'art. 4, l.r. n. 13/2019 con l'art. 97, c. 2, lett. a), codice dei contratti pubblici (a tenore del quale

quando, nell'effettuare il calcolo delle offerte da includere nel taglio delle ali *“siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare”*), per violazione della riserva di legge statale nella materia della tutela della concorrenza, cui sono da ascrivere le norme sulle procedure di gara di appalto, riserva che anche le Regioni a Statuto speciale, quale è la Sicilia, sono tenute ad osservare;

c) l'invocato art. 5 d.l. n. 76/2020 è del tutto irrilevante nella presente controversia atteso che:

c.1) riguarda i soli appalti sopra soglia comunitaria, laddove nella specie si disputa di un appalto sotto soglia;

c.2) riguarda i provvedimenti amministrativi di sospensione dei lavori, disposti dalla stazione appaltante per autonoma determinazione, e non si estende ai provvedimenti cautelari del giudice né alle sospensioni di lavori disposte dalla stazione appaltante in esecuzione di provvedimenti giurisdizionali;

c.3) l'invocato comma 6 del citato art. 5 non è applicabile al caso di una controversia sull'aggiudicazione di una gara; esso contiene una disposizione processuale extravagante, secondo cui *“In sede giudiziale, sia in fase cautelare che di merito, il giudice tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale o locale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, il giudice valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per l'operatore economico, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto pubblico alla celere realizzazione dell'opera. In ogni caso, l'interesse economico dell'appaltatore o la sua eventuale sottoposizione a procedura concorsuale o di crisi non può essere ritenuto prevalente rispetto all'interesse alla realizzazione dell'opera pubblica”* il cui ambito applicativo deve essere riferito all'ambito sostanziale del medesimo comma 6 (*“Salva l'esistenza di uno dei casi di sospensione di cui al comma 1, le parti non possono invocare l'inadempimento della controparte o di altri soggetti per sospendere l'esecuzione dei lavori di realizzazione dell'opera ovvero le prestazioni connesse alla tempestiva realizzazione dell'opera”*) ovvero all'ambito sostanziale del comma 1, dell'art. 5, ossia i casi in

cui o vi sia tra le parti una controversia sull'inadempimento contrattuale ai sensi dell'art. 5 comma 6 primo periodo, o una controversia su un provvedimento amministrativo di sospensione dei lavori disposto dal RUP ai sensi dell'art. 5, commi 1 e 2; essendo altresì da stabilire se in siffatte due evenienze la giurisdizione sulla controversia spetti al giudice ordinario ovvero al giudice amministrativo; in ogni caso la citata previsione processuale extravagante dell'art. 5, comma 6, d.l. n. 76/2020 non incide sulle regole processuali contenute negli art. 120 e ss. c.p.a. in ordine alla sentenze di merito del giudice amministrativo sull'aggiudicazione degli appalti e sulla sorte del contratto;

c.4) solo per completezza si osserva che trattandosi di appalto aggiudicato prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 76/2020, non si ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 1 del citato d.l. e in ogni caso non si ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 4, c. 3, d.l. n. 76/2020 per ragioni di soglia, sicché neppure sono applicabili le regole processuali speciali recate dall'art. 125 c.p.a. e segnatamente quella che non consente la tutela in forma specifica mediante aggiudicazione e subentro nel contratto, ma solo la tutela risarcitoria per equivalente;

c.5) la paventata "sospensione dei lavori" a scapito dell'interesse pubblico al sollecito completamento dell'opera non è un risultato inevitabile derivante dalla sentenza di primo grado, apparendo agevole il subentro del ricorrente vittorioso, senza soluzione di continuità e senza danno per l'interesse pubblico, come, del resto, sembra evincersi dal provvedimento che il Comune di Enna ha già adottato in (provvisoria) esecuzione della sentenza qui appellata.

P.Q.M.

Respinge la domanda di sospensione della sentenza appellata.

Fissa, per la discussione, la camera di consiglio del 16 dicembre 2020.

Il presente decreto sarà eseguito dall'Amministrazione ed è depositato presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Palermo il giorno 13 novembre 2020.

Il Presidente
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO