

Pubblicato il 31/01/2022

N. 00265/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00026/2022 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 Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 26 del 2022, proposto da BLAS Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Emilio Amoroso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di Caltanissetta, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Daniela Rita Sollima, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

di Green & House S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione,

1) di tutti i verbali e le operazioni di gara con relativi allegati inerenti l'appalto avente ad oggetto: "MANUTENZIONE VERDE ESISTENTE ED INTEGRAZIONE CON NUOVE ESSENZE". PROCEDURA DI

AFFIDAMENTO DIRETTO DI CUI ALL'ART. 1, COMMA 2, LETT. A), DEL D.L. 76/2020 COME CONVERTITO CON LEGGE N. 120 DEL 11/09/2020 E S.M.I., PRECEDUTO DA UN CONFRONTO CONCORRENZIALE AL FINE DI ADDIVENIRE AL MIGLIOR PREZZO TRAMITE RDO SUL MEPA. CIG 85360467FE. IMPORTO € 145.049,29", nella parte in cui la Commissione aggiudicatrice ha illegittimamente mancato" di applicare l'art. 97 del d.lgs. 50/2016, come modificato dall'art. 1, comma 3, d.l. n. 76/2020, conv. in l. 120/2020, previsto dal disciplinare di gara, ritenendo arbitrariamente di richiedere le "giustificazioni" dell'offerta dimessa dalla ditta Green House, già individuata superiore alla calcolata soglia di anomalia, pervenendo all'illegittima determinazione di aggiudicazione dell'appalto in favore della stessa in forza del ribasso proposto pari al 32,269 %;

2) della determinazione n. 2059 dell'10 dicembre 2021, con i relativi allegati, con la quale sono stati approvati i verbali di gara, la relativa proposta di aggiudicazione e definitivamente aggiudicati alla controinteressata i lavori di "MANUTENZIONE VERDE ESISTENTE ED INTEGRAZIONE CON NUOVE ESSENZE". PROCEDURA DI AFFIDAMENTO DIRETTO DI CUI ALL'ART. 1, COMMA 2, LETT. A), DEL D.L. 76/2020 COME CONVERTITO CON LEGGE N. 120 DEL 11/09/2020 E S.M.I., PRECEDUTO DA UN CONFRONTO CONCORRENZIALE AL FINE DI ADDIVENIRE AL MIGLIOR PREZZO TRAMITE RDO SUL MEPA. CIG 85360467FE. IMPORTO € 145.049,29";

3) della determinazione n. 2059 dell'10 dicembre 2021, con i relativi allegati, con la quale sono stati approvati i verbali di gara, la relativa proposta di aggiudicazione e dichiarata l'aggiudicazione definitiva a seguito degli esiti positivi delle verifiche effettuate dalla stazione appaltante;

4) Della nota prot. N. 0130925 dell'25 ottobre 2021 con la quale è stato (negativamente) riscontrato l'atto di comunicazione ed invito a provvedere inoltrato dalla ricorrente il 15 settembre 2021;

- 5) della nota prot. N. 0142125 dell'22 novembre 2021 con la quale è stata rigettata l'informativa ricorso inoltrata il 5 novembre 2021;
- 6) della richiesta di parere di merito al Segretario ed all'Avvocatura Comunale inoltrata con nota prot. n.0115860/2021 del 17/09/2021, evasa con nota riservata prot. n.0124849/2021 del 11/10/2021, atti mai comunicati e/o conosciuti dalla ricorrente, ed allo stato ignoti, richiamati nelle note prot. N. 0130925 dell'25 ottobre 2021 e prot. N. 0142125 dell'22 novembre 2021, con i quali sarebbe stata confermata la legittimità della procedura di gara;
- 7) del verbale di seduta riservata n. 7 dell'21 ottobre 2021, menzionato nella nota prot. N. 0130925 dell'25 ottobre 2021, non diversamente conosciuto e/o comunicato, con il quale il RUP e la commissione di gara hanno proceduto ad esaminare le giustificazioni prodotte sulle offerte anomale, così come richieste in data 06/09/2021;
- 8) del verbale di gara n. 8 dell'25 ottobre 2021, con il quale la commissione di gara ha valutato congrue le giustificazioni prodotte dalla Green House s.r.l., provvedendo all'aggiudicazione provvisoria dei lavori in favore della stessa;
- 10) della nota prot. 132069 dell'28 ottobre 2021 menzionata nella determinazione n. 2059 dell'10 dicembre, non diversamente conosciuta e/o comunicata, con la quale il Dirigente e Presidente di gara ha comunicato i suddetti esiti e chiesto al R.U.P. le verifiche di rito per procedere all'aggiudicazione definitiva;
- 11) della richiesta di giustificazioni dell'offerta inoltrata alla Green House s.r.l. il 6 settembre 2021;
- 12) della RDO e del disciplinare per quanto di interesse, ed in particolare delle disposizioni regolanti la procedura di aggiudicazione, ove fossero interpretate ed intese difformemente alle previsioni della legge primaria, ed in senso contrario a quello propugnato con il presente ricorso;
- 13) di ogni altro atto e provvedimento presupposto e/o consequenziale e/o comunque agli stessi connesso, ancorché non conosciuto, che possa frapporsi al diritto fatto valere dalla ricorrente, ivi inclusi il provvedimento di

approvazione degli atti di gara con l'aggiudicazione definitiva e/o il contratto d'appalto stipulato, il verbale di consegna dei lavori, ove intervenuta, la RDO ed il disciplinare ove interpretati in senso difforme a quello previsto dalla legge vigente e propugnato con il presente atto;

e per l'accertamento e la declaratoria

dell'inefficacia del contratto, ove nelle more sottoscritto, e del diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione, previa dichiarazione di (automatica) esclusione dell'offerta (anomala) dimessa dalla Green House s.r.l., in quanto superiore alla determinata soglia di anomalia, ed a subentrare nel contratto medesimo, nonché del diritto ad ottenere il risarcimento per equivalente, nell'ipotesi in cui non fosse possibile il risarcimento in forma specifica, con condanna del Comune di Caltanissetta, in persona del legale rappresentante protempore, al pagamento delle relative somme con interessi legali e rivalutazione da quantificarsi nella misura che si indica nel 15 per cento dell'importo a base d'asta del contratto (10 per cento per lucro cessante e 5 per cento per perdita di qualificazione e di chances), ovvero nella maggiore o minore somma che risulterà in corso di giudizio e con espressa riserva di ulteriormente dedurre, precisare e comprovare, in ogni caso oltre interessi legali e rivalutazione monetaria trattandosi di debito di valore nonché maggior danno ai sensi dell'art.1224, 2° comma, c.c..

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Vista l'istanza cautelare presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Vista la memoria di costituzione del Comune di Caltanissetta, e vista la documentazione depositata;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli articoli 55, 60, 119 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore il consigliere dottoressa Maria Cappellano alla camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2022, e uditi il difensore di parte ricorrente e il difensore del Comune di Caltanissetta, come da verbale;

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

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

A. – Con il ricorso in esame, ritualmente notificato e depositato, la società odierna istante ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, di aggiudicazione alla ditta Green & House S.r.l. dell'appalto indetto dal Comune di Caltanissetta – relativo all'affidamento diretto di cui all'art. 1, co. 2, lett. a), del d.l. n. 76/2020 tramite R.D.O. – per i lavori di *“pianificazione partecipata – parco urbano Balate: progetto di manutenzione verde esistente ed integrazione con nuove essenze”*, per l'importo di € 145.049,29.

Espone al riguardo che:

- il Comune intimato, con apposita R.D.O., ha reso pubblica sul mercato economico la suddetta procedura, indicando quale criterio di aggiudicazione il “prezzo più basso”;
- il seggio di gara, dopo aver calcolato la soglia di anomalia delle offerte ammesse, secondo l'art. 97, co. 1, del codice appalti come modificato dall'art. 1, co. 3, del d.l. n. 76/2020 (conv. in l. 120/2020) richiamato dal disciplinare di gara, ha provveduto all'esclusione automatica delle offerte risultate superiori alla soglia di anomalia, tra cui quella dell'odierna controinteressata Green House s.r.l.; rimettendo tuttavia al RUP, per i successivi adempimenti sulle valutazioni delle offerte anomale, la graduatoria così stilata, che vedeva quale prima migliore offerta quella della ricorrente (30,749%);
- la ricorrente ha pertanto inviato un primo reclamo richiamando l'orientamento formatosi sulla norma emergenziale su citata, dalla cui applicazione conseguirebbe l'obbligo di aggiudicare alla predetta, nonché di non valutare l'anomalia delle due offerte automaticamente escluse; con riscontro negativo del Comune, con nota del 25 ottobre 2021, e conseguente aggiudicazione provvisoria in favore della controinteressata;

- è seguita l'informativa di ricorso del 5 novembre 2021, con cui la ricorrente ha chiesto l'annullamento delle operazioni di gara, con riscontro negativo da parte dell'ente locale con nota del 22 novembre 2021, e conseguente aggiudicazione definitiva alla controinteressata con la contestata determinazione dirigenziale n. 2059 del 10 dicembre 2021.

L'odierna istante – titolare di un interesse concreto e attuale, in quanto risulterebbe aggiudicataria in base all'applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte – si duole dell'esito della gara deducendo le censure di:

1) *Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 97, comma 2, e 8, del D.lgs. 50/2016 nonché dell'articolo 1, comma 3, ultimo capoverso, del D.L. del 16 luglio 2020, n. 76, convertito con legge dell'11 settembre 2020, n. 120 – Violazione e/o falsa applicazione dell'R.D.O. nonché del disciplinare di gara- criterio di aggiudicazione e verifica di anomalia delle offerte – Eccesso di potere per sviamento, contraddittorietà tra atti ed ingiustizia manifesta;*

2) *Violazione e falsa applicazione della RDO e del disciplinare - criterio di aggiudicazione - Violazione del principio dell'autovincolo della stazione appaltante e del contrarius actus- Eccesso di potere- Difetto di istruttoria- Sviamento e straripamento.*

Ha chiesto l'annullamento degli atti impugnati per quanto di suo interesse, il risarcimento in forma specifica mediante declaratoria del diritto all'aggiudicazione dell'appalto, con contestuale dichiarazione di inefficacia del contratto ove nelle more stipulato; e, in via subordinata, il risarcimento del danno per equivalente, con vittoria di spese.

B. – Si è costituito in giudizio il Comune di Caltanissetta, depositando documentazione e chiedendo il rigetto del ricorso in quanto infondato.

La ditta controinteressata, seppure ritualmente intimata, non si è costituita.

C. – Alla camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2022 – uditi il difensore di parte ricorrente e il difensore del Comune di Caltanissetta, come da verbale – la causa è stata posta in decisione, previo avviso da parte del Presidente del

Collegio in ordine alla possibilità di immediata definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata.

D. – Ritiene preliminarmente il Collegio che il giudizio può essere definito con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm. e adottata in esito alla camera di consiglio per la trattazione delle istanze cautelari, sussistendone tutti i presupposti; possibilità, questa, espressamente indicata dal Presidente del Collegio.

E. – Nel merito, il ricorso è fondato per la ritenuta fondatezza della prima assorbente censura.

La ricorrente si duole, in particolare, dell'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata, la quale avrebbe, per contro, dovuto essere esclusa automaticamente, in applicazione di quanto disposto dall'art.1, co. 2, lett. a), e co. 3 del d.l. n. 76/2020, espressamente richiamato sia dalla R.D.O. che dal disciplinare.

Dal canto suo la stazione appaltante – sia nelle note di riscontro ai reclami, sia nelle difese versate in atti – ha evidenziato di avere dato prevalenza alla parte del disciplinare, per vero pure impugnato dalla ricorrente, che prevede la verifica in concreto dell'anomalia delle offerte; nonché, di avere effettuato una sorta di indagine di mercato, per la quale non si applicherebbe tale meccanismo.

Osserva, tuttavia, il Collegio che la disposizione emergenziale contenuta nell'art. 1, co. 2, lett. a), del d.l. n. 76/2020 è richiamata espressamente: a) nella R.D.O., la quale indica, inoltre, quale criterio di aggiudicazione il “prezzo più basso”; b) nella determinazione a contrarre n. 1064 del 5 luglio 2021; c) nel disciplinare di gara.

Deve anche precisarsi che il disciplinare contiene, in effetti, una parte dedicata alla verifica di anomalia dell'offerta su cui si tornerà a breve; parte della legge di gara, in base alla quale la commissione, riunitasi in seduta pubblica, ha aperto le buste contenenti le offerte economiche, ha calcolato la soglia di anomalia con esclusione automatica delle due offerte risultate superiori e

conseguente stesura della relativa graduatoria, per poi tuttavia rimettere gli atti al RUP per l'ulteriore verifica delle offerte anomale (v. verbale n. 5).

Ne consegue che – contrariamente a quanto sostenuto dal Comune – non è stata svolta una mera indagine di mercato, bensì è stata posta in essere una sequenza procedimentale che va dall'interlocuzione con gli operatori del mercato tramite R.D.O., fino alla seduta pubblica per l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica e la stesura di una graduatoria finale.

Sotto tale profilo, deve a questo punto essere richiamata la norma contenuta nell'art. 1, co. 3, del d.l. n. 76/2020, convertito dalla l. n. 120/2020 – norma disciplinante le procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia – applicabile alla fattispecie in esame in quanto la determinazione a contrarre è del 5 luglio 2021 (v. art. 1, co. 1, del d.l. n. 76/2020 nella versione applicabile *ratione temporis*).

Tale disposizione stabilisce che “*3. Gli affidamenti diretti possono essere realizzati tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga gli elementi descritti nell'articolo 32, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016. Per gli affidamenti di cui al comma 2, lettera b), le stazioni appaltanti, fermo restando quanto previsto dall'articolo 95, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono, a loro scelta, all'aggiudicazione dei relativi appalti, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero del prezzo più basso. Nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 97, commi 2, 2-bis e 2-ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque.*”.

Secondo l'orientamento maggioritario formatosi su tale disposizione, tale meccanismo di esclusione automatica delle offerte – previsto per gli appalti sotto soglia nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso – trova applicazione anche se la legge di gara non lo preveda espressamente, in quanto tale norma emergenziale eterointegra la *lex specialis* che eventualmente

non lo indichi (v., in tal senso, T.A.R. Piemonte, Sez. I, 17 novembre 2020, n. 736, richiamato da T.A.R. Lazio, Sez. I, 19 febbraio 2021, n. 2104, e da T.A.R. Campania, Sez. II, 24 maggio 2021, n. 3429; v. anche T.A.R. Sicilia, Sez. III, 11 giugno 2021, n. 1892; T.A.R. Lazio, Sez. I *bis*, 7 ottobre 2021, n. 10278; pareri ANAC n. 4/2022, n. 222/2021 e n. 837/2021).

Va, infatti, considerato che l'esclusione automatica delle offerte anomale costituisce una delle misure, temporanee e derogatorie rispetto al Codice degli Appalti, indicate dal su citato art. 1 del Decreto semplificazioni per lo snellimento delle procedure di gara indette per l'aggiudicazione degli appalti pubblici sotto soglia, al dichiarato fine di fronteggiare le ricadute economiche negative derivanti dalla pandemia da COVID-19 e incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici (cfr. *incipit* dell'art. 1, co. 1, del d.l. n. 76/2020).

Nel caso in esame, peraltro, il Comune aveva espressamente richiamato tale disposizione; e, in concreto, si è verificata l'ulteriore condizione ivi prevista, dell'ammissione di almeno cinque offerte (esattamente, undici offerte).

Deve, pertanto, ritenersi che, in base al principio della eterointegrazione della *lex specialis*, il disciplinare sia integrato dal transitorio regime giuridico previsto dalla norma nazionale e che debba applicarsi l'esclusione automatica delle due offerte (una, quella della controinteressata) risultate superiori alla soglia di anomalia, ai sensi di quanto disposto dal richiamato art. 1, co. 3, del d.l. n. 76/2020; il che rende inconferente il richiamo, contenuto nella memoria del Comune, all'orientamento giurisprudenziale sul carattere vincolante della legge di gara, la quale peraltro sul punto è stata espressamente impugnata dalla ricorrente.

Pertanto, in base a quanto finora esposto e rilevato – assorbito il secondo motivo – il ricorso, in quanto fondato, deve essere accolto e, per l'effetto, vanno annullati gli atti impugnati nei sensi appena chiariti, e con le precisazioni che seguono per quanto attiene ai verbali di gara (tutti impugnati).

Vanno, in particolare, annullati i seguenti verbali di gara: 1) i verbali n. 5 del 3 settembre 2021 e n. 6 del 6 settembre 2021, nella (sola) parte in cui la commissione ha rinviato al RUP per la verifica dell'anomalia delle offerte; 2) il verbale n. 8 del 25 ottobre 2021 di aggiudicazione provvisoria e il presupposto verbale di seduta riservata n. 7.

Non vanno, per contro, annullati i primi quattro verbali di gara (datati 13, 18, 31 agosto e 2 settembre 2021), in quanto relativi alla fase antecedente di esame della documentazione amministrativa e di apertura delle buste delle offerte economiche e, pertanto, non affetti dal vizio denunciato.

Inoltre, poiché la fase procedimentale obbligatoria, di esclusione automatica delle due offerte anomale, è stata effettuata e l'offerta della ricorrente è stata dichiarata la prima migliore offerta seguente alle prime due escluse (v. verbale n. 5), il Comune di Caltanissetta, in sede di riedizione del potere, dovrà procedere ad aggiudicare la gara all'odierna istante, che risulta avere presentato la prima migliore offerta, naturalmente previa verifica del possesso di tutti i requisiti di legge.

Conclusivamente, il ricorso, in quanto fondato, va accolto e, per l'effetto, vanno annullati gli atti impugnati nei sensi sopra specificati.

F. – Le spese del giudizio, ai sensi degli artt. 26 cod. proc. amm. e 91 cod. proc. civ., seguono la soccombenza e si liquidano nella misura quantificata in dispositivo, in ragione della concreta attività difensiva svolta. Dette spese possono compensarsi con la parte privata, non costituita, la quale non risulta avere contribuito all'insorgere della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati secondo quanto precisato nella stessa parte motiva.

Condanna il Comune di Caltanissetta al pagamento delle spese di giudizio in favore della parte ricorrente, che liquida in € 2.000,00 (euro duemila/00), oltre

oneri accessori come per legge; compensa dette spese con la parte privata.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2022

con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Maria Cappellano, Consigliere, Estensore

Luca Girardi, Referendario

L'ESTENSORE
Maria Cappellano

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO