

Publicato il 20/04/2023

N. 01307/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00547/2023 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 547 del 2023, proposto da Impregida S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Comandè e Filippo Morici, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, e con domicilio fisico eletto presso lo studio dei predetti difensori in Palermo, via Caltanissetta n.2/D;

contro

- l'Istituto Autonomo Case Popolari (I.A.C.P.) della provincia di Palermo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Natalia Alimena, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- l'Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana, Dipartimento Regionale Tecnico; U.R.E.G.A. di Palermo;
- la Presidenza del Consiglio dei Ministri;
- il Ministero degli Affari europei, politiche di Coesione e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza;

- il Ministero dell'Economia e delle Finanze;

- il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, presso i cui uffici, siti in Palermo, via V. Villareale n. 6, sono per legge domiciliati;

nei confronti

- di Palazzolo Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Beatrice Miceli e Giuliana Ardito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, e con domicilio fisico eletto presso lo studio del primo difensore in Palermo, via Nunzio Morello n. 40;

- della “Impresa Edile Stradale e Impianti Elettrici Tonnino Giovanni Battista”, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa adozione di idonea misura cautelare

- della determinazione dirigenziale n. 304 del 13 marzo 2023 dello I.A.C.P. di Palermo, pubblicata in pari data nel sito web istituzionale della Stazione Appaltante, relativa alla procedura negoziata a valere sul finanziamento di cui al D.M. MIMS n.52 del 30/03/2022 - D.D.G. n. 2868 del 29/09/2022 “PNRR – Programma di riqualificazione dell'edilizia residenziale pubblica “Sicuro, verde e sociale” – nella parte in cui sono stati aggiudicati in via definitiva alla ditta Palazzolo Costruzioni S.r.l. i “Lavori di manutenzione straordinaria in n. 48 alloggi comune di Palermo via A.Forni civv. 5-15-21-31-lotto 142 - CIG 9507265B43, CUP B77H21008860005”, e nella parte in cui è stata individuata quale seconda in graduatoria, alla suddetta procedura, l'Impresa Tonnino, che invece avrebbe dovuto essere esclusa;

- dell'avviso relativo ad appalto pubblico aggiudicato, di cui all'art. 98 del D.Lgs. n. 50/2016, pubblicato in data 14 marzo 2023 sul sito istituzionale web dell'I.A.C.P. della Provincia di Palermo con il quale è stata data notizia dell'intervenuta aggiudicazione definitiva, in favore dell'impresa Palazzolo

Costruzioni s.r.l., della procedura negoziata a valere sul finanziamento “PNRR – Programma di riqualificazione dell'edilizia residenziale pubblica “Sicuro, verde e sociale”, avente ad oggetto l'affidamento dei “Lavori di manutenzione straordinaria in n. 48 alloggi comune di Palermo via A.Forni civv. 5-15-21-31-lotto 142 - CIG 9507265B43, CUP B77H21008860005”;

- del verbale di gara n. 1 della seduta del 14 febbraio 2023 nella parte in cui la Commissione di gara (UREGA di Palermo), invece di procedere all'esclusione dalla procedura dell'Impresa Tonnino, attivava nei confronti di quest'ultima l'istituto del soccorso istruttorio per ovviare alle carenze inerenti la cauzione provvisoria presentata e contestualmente l'ammetteva con riserva;

- del verbale di gara n. 2 della seduta del 24 febbraio 2023 nella parte in cui la Commissione di gara (UREGA di Palermo) ad esito dell'espletato soccorso istruttorio riteneva, in maniera del tutto illegittima, assolto l'onere dell'Impresa Tonnino ammettendola alle successive fasi di gara e nella parte in cui ad esito dello scrutinio delle offerte economiche ed il calcolo della soglia di anomalia individuava quale prima in graduatoria l'impresa Palazzolo Costruzioni S.r.l. formulando proposta di aggiudicazione nei suoi confronti;

- ove occorra e per quanto di ragione della nota, non conosciuta, prot. n. 35610 dell'8 marzo 2023, con la quale la Commissione di gara costituita presso l'U.R.E.G.A. di Palermo, chiamata a confermare o meno, dalla Stazione Appaltante, la proposta di aggiudicazione disposta col verbale del 24 febbraio 2023, sulla scorta delle osservazioni trasmesse, a mezzo pec, dall'odierna ricorrente alla stazione appaltante in data 3 marzo 2023 con istanza di accesso agli atti, confermava le sue precedenti determinazioni;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale;

NONCHÉ

per l'accoglimento della domanda di aggiudicazione dell'appalto in favore dell'odierna ricorrente in ragione della esclusione dell'impresa Tonnino (che determinerebbe l'aggiudicazione della gara al massimo ribasso non essendo consentito dalla legge l'esclusione automatica dei ribassi superiori alla soglia di

anomalia individuata nei casi come in quello di specie in cui le offerte sarebbero in numero inferiore a cinque) e la stipula del conseguente contratto (tutela in forma specifica), e nell'ipotesi in cui nelle more del giudizio venisse stipulato il contratto:

- per la declaratoria di inefficacia del contratto stesso, ai sensi e per gli effetti degli artt. 121 comma 1, lett. c) e d) e 122 del D. Lgs. n. 104/2010;
- per l'accoglimento della conseguente domanda di subentro, che fin d'ora pure, in quanto occorra, formalmente si esplicita;
- per l'eventuale applicazione di sanzioni alternative ex art. 123 D.Lgs. 104/2010

NONCHÉ ANCORA

per le subordinate ipotesi in cui non venissero conseguiti l'aggiudicazione ed il contratto, ovvero in cui (in caso di parziale esecuzione dei lavori da parte della controinteressata Palazzolo Costruzioni o per qualunque altra causa) venisse affidato solo una parte dei lavori oggetto di gara, per l'accoglimento della domanda di condanna della Stazione Appaltante al risarcimento per equivalente monetario per la refusione dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati, nella misura che, si indica già nel 20 % dell'importo a base d'asta del contratto (15% per lucro cessante e 5% per perdita di qualificazione e di chances), ovvero nella maggiore o minore somma che risulterà in corso di giudizio, con espressa riserva di ulteriormente dedurre, precisare e comprovare, in ogni caso oltre interessi legali e rivalutazione monetaria trattandosi di debito di valore.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana, Dipartimento Regionale Tecnico; U.R.E.G.A. di Palermo, della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero degli Affari europei, politiche di Coesione e Piano Nazionale di

Ripresa e Resilienza, del Ministero dell'Economia e delle Finanze e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Palazzolo Costruzioni S.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Istituto Autonomo Case Popolari (I.A.C.P.) della Provincia di Palermo;

Vista la documentazione depositata dalla ricorrente;

Vista la memoria depositata dalla controinteressata;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2023 il consigliere Maria Cappellano, e uditi i difensori delle parti costituite, presenti come specificato nel 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, notificato il 7 aprile 2023 e depositato in data 11 aprile, la società odierna istante ha impugnato la determinazione dirigenziale n. 304 del 13 marzo 2023 dello I.A.C.P. di Palermo, relativa alla procedura negoziata a valere sul finanziamento di cui al D.M. MIMS n.52 del 30/03/2022 - D.D.G. n. 2868 del 29/09/2022 “PNRR – Programma di riqualificazione dell'edilizia residenziale pubblica “Sicuro, verde e sociale”, nella parte in cui sono stati aggiudicati in via definitiva alla ditta Palazzolo Costruzioni S.r.l. i “Lavori di manutenzione straordinaria in n. 48 alloggi comune di Palermo via A.Forni civv. 5-15- 21-31-lotto 142 - CIG 9507265B43, CUP B77H21008860005”.

Censura, in particolare, gli atti di gara nella parte in cui è stata individuata quale seconda in graduatoria l'Impresa Tonnino, che invece avrebbe dovuto essere esclusa.

Espone, al riguardo, che:

- l'intimato I.A.C.P. della provincia di Palermo ha indetto la procedura per l'affidamento dei lavori su indicati, mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, interamente telematica ai sensi dell'articolo 58 del d. lgs. n. 50/2016, invitando dieci operatori economici tra i quali la ricorrente e le due controinteressate;
- in base a quanto previsto dal capo 5 del disciplinare di gara, la procedura sarebbe stata aggiudicata secondo il criterio del prezzo più basso, con applicazione dell'esclusione automatica delle offerte che avrebbero presentato una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 97, commi 2, 2 *bis* e 2 *ter*, del d. lgs. n. 50/2016, anche nel caso in cui il numero di offerte fosse pari o superiore a cinque;
- la legge di gara ha previsto che le offerte avrebbero dovuto essere corredate da una garanzia provvisoria, il cui documento, inviato in formato pdf, avrebbe dovuto essere sottoscritto con firma digitale; prevedendo altresì il soccorso istruttorio solo in relazione a documenti preesistenti e comprovabili con data certa, anteriore al termine di presentazione dell'offerta;
- entro il termine sono pervenute cinque offerte, tra cui quella della ricorrente e delle odierne controinteressate, con conseguente svolgimento delle operazioni di gara da parte della commissione insediata presso l'U.R.E.G.A. di Palermo, la quale ha attivato il soccorso istruttorio in relazione all'offerta dell'impresa Tonnino per la garanzia provvisoria, in quanto non accompagnata dalla firma digitale; né, in alternativa, da autenticazione notarile corredata da carta d'identità da parte dell'assicuratore;
- ammessa anche la suddetta ditta, all'esito dello scrutinio delle offerte economiche, calcolata la soglia di anomalia (individuata in 26,9823 punti percentuali), è stata individuata come prima classificata l'Impresa Palazzolo Costruzioni, che aveva offerto un ribasso rispetto al prezzo posto a base d'asta pari al 19,6543%, e seconda in graduatoria l'impresa Tonnino che aveva offerto un ribasso pari al 18,8876%; per contro, l'offerta della ricorrente, che aveva offerto il ribasso percentuale più alto (33,9723%), non è stata

considerata ai fini dell'aggiudicazione, in quanto, essendo state ammesse cinque offerte, secondo la legge di gara e l'art. 97, co. 8, del d. lgs. n. 50/2016, sarebbero state escluse, automaticamente, tutte quelle offerte che avessero riportato una percentuale di ribasso pari o superiore rispetto alla soglia di anomalia individuata.

Ciò premesso in punto di fatto, la ricorrente – la quale ha esercitato il diritto di accesso, acquisendo la documentazione di gara relativa alla suddetta ditta – si duole dell'ammissione alla gara dell'impresa Tonnino, precisando che l'interesse, che la predetta fa valere, attiene alla mancata applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte, le quali abbiano riportato un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata; meccanismo nel caso in esame utilizzato – e che ha comportato la sua esclusione (fittizia) per avere offerto un ribasso risultato “anomalo” – ma che verrebbe meno se il numero delle offerte, in atto pari a cinque, diventasse inferiore, con conseguente aggiudicazione in suo favore.

A tal fine, la predetta chiede, pertanto, l'esclusione dell'impresa Tonnino, al fine di ridurre a quattro il numero delle concorrenti ammesse.

A tal fine deduce la censura di *VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 83 CO. 9 E 93 DEL D.LGS. N. 50/16 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PUNTO 1.6) DEL DISCIPLINARE DI GARA – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PUNTO III.1.1) “CAUZIONI E GARANZIE RICHIESTE” DELLA LETTERA D'INVITO - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL CAPO 5 RUBRICATO “SOCCORSO ISTRUTTORIO” DEL DISCIPLINARE DI GARA – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PAR CONDICIO FRA I CONCORRENTI – ECCESSO DI POTERE VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI BUONA FEDE – ILLEGITTIMITÀ MANIFESTA.*

Sostiene, in sintesi, che l'Impresa Tonnino avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, in quanto, a seguito del soccorso istruttorio, ha presentato una polizza

fideiussoria con la firma digitale dell'assicuratore apposta in data successiva alla scadenza del termine per la ricezione delle offerte (23 gennaio 2023).

Ha, quindi, chiesto, l'annullamento degli atti impugnati, l'accoglimento delle domande di aggiudicazione dell'appalto e di stipula del contratto, previa eventuale declaratoria di inefficacia di quello eventualmente stipulato tra lo I.A.C.P. e l'impresa Palazzolo Costruzioni s.r.l..

In via subordinata, ha chiesto il risarcimento del danno per equivalente monetario, con vittoria di spese.

B. – Si sono costituite in giudizio le Amministrazioni intime, nonché lo I.A.C.P. della provincia di Palermo, il quale ha chiesto il rigetto del ricorso in quanto infondato, con vittoria di spese.

C. – Si è costituita in giudizio l'impresa Palazzolo Costruzioni S.r.l., la quale ha chiesto il rigetto del ricorso, in quanto infondato.

D. – Alla camera di consiglio del giorno 18 aprile 2023, presenti i difensori delle parti costituite, come da verbale, le parti hanno reso chiarimenti, e il Presidente del Collegio ha indicato il possibile profilo dell'inammissibilità del ricorso in relazione alla cristallizzazione della graduatoria definitiva, sul quale le parti hanno argomentato; la difesa erariale ha, altresì, eccepito il difetto di legittimazione passiva dell'U.R.E.G.A..

Il Presidente ha, quindi, dato avviso della possibile definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata, e la causa è stata posta in decisione.

E. – Ritiene preliminarmente il Collegio di potere definire il giudizio 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 alle parti.

Va anche precisato che la controversia riguarda una procedura amministrativa relativa ad un intervento finanziato con le risorse previste dal P.N.R.R. (procedura negoziata a valere sul finanziamento di cui al D.M. MIMS n.52 del 30/03/2022 - D.D.G. n. 2868 del 29/09/2022 "PNRR – Programma di

riqualificazione dell'edilizia residenziale pubblica "Sicuro, verde e sociale"); ed è pertanto assoggettata alle peculiari regole processuali di cui all'art. 48, co. 4, del d.l. n. 77/2021 convertito, con modificazioni, dalla l. n. 108/2021, e all'art. 12 *bis* del d.l. n. 68/2022, inserito, in sede di conversione, dall'art. 1, co. 1, della l. n. 108/2022.

F. – Ciò premesso, in via preliminare – come eccepito in sede di chiarimenti dalla difesa erariale – deve essere dichiarato il difetto di legittimazione passiva dell'U.R.E.G.A. di Palermo, con conseguente estromissione dello stesso.

Invero, l'U.R.E.G.A., quale struttura intermedia del Dipartimento regionale tecnico dell'Assessorato regionale delle infrastrutture e della mobilità (*ex art. 9, co. 3, della l.r. n. 12/2011*), è solo una struttura servente della stazione appaltante e, conseguentemente, la responsabilità ultima degli atti adottati ricade sull'Amministrazione appaltante e non già sull'U.R.E.G.A. stesso, con conseguente difetto di legittimazione passiva di quest'ultimo.

La legittimazione passiva di detto Ufficio regionale è, infatti, riconoscibile solo in presenza di ricorsi proposti unicamente contro la proposta di aggiudicazione adottata dal medesimo, oppure veicolanti una domanda risarcitoria spiegata, anche, o soltanto, contro l'Ufficio stesso (v. C.G.A., 13 aprile 2022, n. 470; 21 gennaio 2019, n. 49; 27 febbraio 2017, n. 66); circostanze non sussistenti nel caso in esame.

G. – Sempre in via preliminare deve essere affrontata la questione, indicata dal Presidente del Collegio ai sensi dell'art. 73, co. 3, cod. proc. amm. – e su cui le parti hanno interloquito – dell'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, in relazione a quanto previsto dall'art. 95, co. 15, del d. lgs. n. 50/2016.

Invero, come evidenziato dalla stessa parte istante, l'interesse che la predetta fa valere attiene alla mancata applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte; meccanismo nel caso in esame utilizzato – e che ha comportato la sua esclusione (fittizia) per avere offerto un ribasso risultato "anomalo" – ma che, come già chiarito, non sarebbe applicato se il numero

delle offerte, in atto pari a cinque, diventasse inferiore, con conseguente aggiudicazione in suo favore.

A tal fine, pertanto, la ricorrente tende a conseguire l'esclusione dell'impresa Tonnino, al fine di ridurre a quattro il numero delle concorrenti ammesse.

Ciò premesso, deve essere richiamato l'art. 95, co. 15, del d. lgs. n. 50/2016, il quale stabilisce che *“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”*.

Secondo un orientamento del Giudice di appello, che il Collegio condivide, *“...La giurisprudenza, dalla quale non si ha ragione di discostarsi, interpreta la disposizione nel senso che non rilevano ai fini ivi indicati, tra cui appunto l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte, tutte le modificazioni della graduatoria che si vengano a determinare a seguito di un'iniziativa assunta da un'impresa concorrente (diversa da quella destinataria del provvedimento di esclusione) per modificare la soglia di anomalia quando la graduatoria si sia oramai "cristallizzata" col provvedimento di aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, V, 12 febbraio 2020, n. 1117, nel senso che l'art. 95, comma 15, mira a paralizzare "gli effetti riflessi sulla soglia di anomalia" derivanti da modifiche incidenti a posteriori sul novero degli operatori economici partecipanti alla gara).*

Ne consegue che, essendo inutile la pronuncia giurisdizionale che sopravvenga all'aggiudicazione, a seguito di ricorso introdotto impugnando quest'ultima, è priva di interesse ad agire la parte ricorrente che invoca la modifica della soglia quale (unico) effetto dell'impugnazione a sé favorevole.

(...omissis...).

5.3. Pur potendosi condividere il rilievo dell'appellante che l'art. 95, comma 15, del D.Lgs. n. 50 del 2016 è disposizione che è stata collegata a quella di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., che imponeva l'impugnazione immediata dei provvedimenti di esclusione e di ammissione dei concorrenti, è un dato di fatto che, malgrado l'abrogazione della norma del codice del processo amministrativo (per effetto dell'art. 1, comma 22, lett. a, del D.L. 18

aprile 2019, n. 32, convertito dalla L. 14 giugno 2019, n. 55), è rimasto vigente il comma 15 dell'art. 95.

I rapporti tra le due norme, all'epoca della contestuale vigenza, sono stati ben delineati dalla sentenza di questo Consiglio di Stato, III, 27 aprile 2018, n. 2579, dalla cui motivazione - alla quale è qui sufficiente fare rinvio - si desume come l'art. 120, comma 2, bis c.p.a. avesse soltanto rafforzato, sul piano processuale, il c.d. principio di invarianza e il conseguente effetto del c.d. blocco della graduatoria tuttavia già presenti nell'ordinamento, perché previsti dall'art. 38, comma 2 bis, del D.Lgs. n. 163 del 2006, introdotta nel 2014, poi trasfuso nell'articolo in commento del D.Lgs. n. 50 del 2016.

La sentenza n.2579/2018, appena richiamata, esprime la corretta interpretazione dell'art. 95, comma 15, del D.Lgs. n. 50 del 2016, precisando che "il concorrente, il quale intenda contestare l'ammissione (o l'esclusione) di un altro concorrente - laddove ovviamente, come nel caso di specie, tale interesse sia attuale, immediato e concreto, per essere stata la determinazione della soglia immediatamente successiva all'ammissione dei concorrenti - debba farlo immediatamente, a nulla rilevando la finalità per la quale intenda farlo, come, appunto, per l'ipotesi in cui egli persegua, così facendo, l'interesse - in sé del tutto legittimo - di potere incidere sul calcolo delle medie e della soglia di anomalia, erroneamente determinato sulla base di una ammissione - o di una esclusione- illegittima".

La situazione del concorrente che intendesse contestare anche soltanto la determinazione della soglia di anomalia provocata dall'ammissione (o dall'esclusione) illegittima di altri operatori economici era agevolata dalla vigenza dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. come interpretato da detta sentenza nel rapporto con l'art. 95, comma 15, del D.Lgs. n. 50 del 2016, nel senso che "l'immediata impugnativa dell'atto di ammissione, in una fase della gara nella quale l'ammissione non si è ancora stabilizzata per essere ancora sub iudice, non può non retroagire, una volta accolta, al momento della illegittima ammissione, tempestivamente impugnata, in quanto, diversamente ritenendo, la stabilizzazione della soglia sarebbe "sterilizzata" da ogni eventuale illegittimità di una ammissione o esclusione tempestivamente contestata.". In definitiva, la presenza di una norma come quella dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., imponendo comunque l'impugnazione immediata dei

provvedimenti endo-procedimentali aveva l'effetto di precludere la "cristallizzazione" dell'art. 95, comma 15, del codice dei contratti pubblici.

Tuttavia, una volta abrogata la norma processuale, è rimasta ferma la regola sostanziale dell'art. 95, comma 15, che comporta che il concorrente deve comunque impugnare immediatamente l'ammissione (o l'esclusione) dell'altro, ove sia a conoscenza di una causa di illegittima ammissione (o esclusione) che abbia comportato un'alterazione della determinazione della soglia di anomalia, senza attendere l'esito della gara e, in particolare, l'aggiudicazione (cfr. Cons. St., sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4107, Cons. Giust. Amm. Sic., sez. giurisd., 19 febbraio 2018, n. 96). Infatti, il suo ricorso avverso quest'ultima è inammissibile per difetto di interesse secondo una valutazione già effettuata ope legis dal codice dei contratti pubblici, che vieta nell'art. 95, comma 15, la proposizione di azioni volte solo ad ottenere ex post la modifica della soglia, anche se è venuta meno l'espressa previsione dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., nella parte in cui stabiliva che "l'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale"..." (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 30 gennaio 2023 n. 1034).

Per quanto attiene, poi, specificamente, al principio dell'invarianza – il quale trova applicazione anche ai fini del divieto di regressione procedimentale, che implica l'immodificabilità della graduatoria anche all'esito dell'estromissione di uno dei concorrenti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2020, n. 2257) – è stato rilevato che detto principio “...opera nel senso della "cristallizzazione delle offerte" e della "immodificabilità della graduatoria" ed integra un'espressa eccezione all'ordinario meccanismo del regresso procedimentale per positiva irrilevanza delle sopravvenienze, obbedendo alla duplice e concorrente finalità:

a) di garantire, per un verso, continuità alla gara e stabilità ai suoi esiti, onde impedire che la stazione appaltante debba retrocedere il procedimento fino alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte, cioè di quella soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta si presume senz'altro anomala, situazione che ingenererebbe una diseconomica dilatazione dei tempi di conclusione della gara correlata a un irragionevole dispendio di

risorse umane ed economiche (cfr. Cons. Stato, V, 22 gennaio 2021, n. 683; III, 12 luglio 2018, n. 4286; 27 aprile 2018, n. 2579);

b) di impedire, o comunque vanificare, in prospettiva antielusiva, la promozione di controversie meramente speculative e strumentali da parte di concorrenti non utilmente collocatisi in graduatoria, mossi dall'unica finalità, una volta noti i ribassi offerti e quindi gli effetti delle rispettive partecipazioni in gara sulla soglia di anomalia, di incidere direttamente su quest'ultima traendone vantaggio (cfr. Cons. Stato, V, 2 novembre 2021, n. 7303; III, 22 febbraio 2017, n. 841).

Il principio di invarianza è pertanto finalizzato anche a tutelare l'affidamento medio tempore maturato dai partecipanti alla gara ed è volto altresì a salvaguardare l'interesse delle amministrazioni alla stabilità degli assetti definiti e consolidati dalla chiusura di alcune fasi di gara, con riguardo alla determinazione della soglia di anomalia e al calcolo delle medie per i punteggi attribuiti alle offerte. Ciò, nonostante l'eventuale successiva esclusione di taluno dei concorrenti e nonostante l'evidente rischio che, nelle more della partecipazione, la permanenza in gara del concorrente in seguito escluso abbia sortito taluni effetti in punto di determinazione delle medie o delle soglie di anomalia..." (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 20 dicembre 2021, n. 8460, conforme a Consiglio di Stato, Sez. V, 2 novembre 2021, n. 7303).

Applicando i su esposti principi al caso di specie, osserva il Collegio che la ditta ricorrente, per il tramite del suo legale rappresentante, era perfettamente a conoscenza della presunta causa di esclusione dell'impresa Tonnino già in data 24 febbraio 2023, in occasione della seduta di gara conclusasi con la formulazione della proposta di aggiudicazione (v. verbale del 24 febbraio 2023); e tanto si evince non solo dalla presenza del predetto alla seduta di gara (confermata in sede di istanza di accesso), ma dal contenuto dell'istanza di accesso formulata in data 3 marzo 2023, da cui si evince chiaramente la conoscenza della presunta causa di esclusione per l'impresa Tonnino, oggi fatta valere quale vizio dell'aggiudicazione definitiva in favore della ditta Palazzolo Costruzioni s.r.l..

Tuttavia, la ricorrente ha censurato, esclusivamente sotto tale profilo, gli atti di gara successivamente all'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva; passaggio procedimentale che ha cristallizzato la graduatoria, rispetto alla quale eventuali sopravvenienze – quale l'invocata esclusione di una concorrente – sono irrilevanti.

Il ricorso in esame è, pertanto, inammissibile per difetto di interesse.

Il ricorso è, peraltro, anche infondato.

Come già chiarito, sostiene la ricorrente che l'impresa Tonnino avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per avere presentato una polizza fideiussoria senza la firma digitale del garante, poi illegittimamente ammessa al soccorso istruttorio con l'apposizione della firma postuma rispetto alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

La prospettazione non può essere accolta.

Il disciplinare di gara, per quanto qui di specifico interesse relativamente al soccorso istruttorio, stabilisce che:

“Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, e in particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DGUE, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9 del “Codice”.

L'irregolarità essenziale è sanabile laddove non si accompagni ad una carenza sostanziale del requisito alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata. La successiva correzione o integrazione documentale è ammessa laddove consenta di attestare l'esistenza di circostanze preesistenti, vale a dire requisiti previsti per la partecipazione e documenti/elementi a corredo dell'offerta. Nello specifico valgono le seguenti regole:

(...omissis...)

- la mancata presentazione di elementi a corredo dell'offerta (es. garanzia provvisoria e impegno del fideiussore) ovvero di condizioni di partecipazione gara (es. mandato collettivo speciale o impegno a conferire mandato collettivo), entrambi aventi rilevanza in fase di gara,

sono sanabili, solo se preesistenti e comprovabili con documenti di data certa, anteriore al termine di presentazione dell'offerta".

Osserva il Collegio che – sebbene la polizza prodotta dall'impresa Tonnino entro il termine di partecipazione fosse firmata digitalmente solo dal contraente – la stessa era comunque stata prodotta unitamente alla domanda di partecipazione, con una data di emissione (19 gennaio 2023) e una data di decorrenza del premio (22 gennaio 2023), entrambi antecedenti alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte; dati rimasti immutati nella polizza inviata in seguito al soccorso istruttorio con la firma digitale del garante.

Conseguentemente, non può condividersi l'assunto della ricorrente, secondo cui la polizza non fosse esistente al momento della presentazione della domanda – e sarebbe stata emessa, in sostanza, successivamente alla scadenza – fattispecie alla quale si riferisce il disciplinare di gara nell'escludere la sanabilità.

Deve ulteriormente osservarsi – oltre a quanto già rilevato sulle date di emissione e di decorrenza – che, ad ulteriore conferma della preesistenza del documento avente data certa: a) la polizza era stata comunque stata sottoscritta digitalmente dal contraente; b) quella inviata a seguito del soccorso istruttorio presenta lo stesso numero di quella inizialmente emessa; c) quest'ultima presenta comunque la firma olografa del garante, la quale – per quanto verosimilmente generata direttamente da un applicativo informatico – conferma indirettamente che l'Agenzia ha comunque emesso la polizza.

Ne consegue che legittimamente la commissione ha consentito la regolarizzazione mediante soccorso istruttorio, nel rispetto di quanto previsto dal disciplinare di gara (in fattispecie simile, v. Consiglio di Stato, Sez. III, 13 dicembre 2022, n. 10932).

H. – Conclusivamente, per tutto quanto esposto e rilevato, il ricorso – previa estromissione dal giudizio dell'U.R.E.G.A. di Palermo – peraltro

inammissibile per difetto di interesse, in quanto infondato deve essere rigettato, con salvezza di tutti gli atti impugnati.

I. – Le spese di giudizio, ai sensi degli artt. 26 c.p.a. e 91 c.p.c., seguono la soccombenza e si liquidano nella misura quantificata in dispositivo, tenuto conto del valore della controversia e della media complessità delle questioni giuridiche affrontate; nulla deve, invece, statuirsi con riguardo all’“Impresa Edile Stradale e Impianti Elettrici Tonnino Giovanni Battista”, non costituita in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- dichiara il difetto di legittimazione passiva dell’U.R.E.G.A. di Palermo e, per l’effetto, lo estromette dal giudizio;
- rigetta il ricorso;
- condanna Impregida S.r.l. al pagamento delle spese di giudizio in favore dello I.A.C.P. della provincia di Palermo, delle resistenti Amministrazioni e di Palazzolo Costruzioni S.r.l., liquidandole in € 1.500,00 (euro millecinquecento/00), oltre oneri accessori come per legge, in favore di ciascuna parte; nulla spese nei riguardi della “Impresa Edile Stradale e Impianti Elettrici Tonnino Giovanni Battista”.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2023 con l’intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Maria Cappellano, Consigliere, Estensore

Francesco Mulieri, Consigliere

L’ESTENSORE
Maria Cappellano

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO