

Pubblicato il 04/12/2020

N. 00559/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00543/2020 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 l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 543 del 2020, proposto da Studio Baffo s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Guido Saleppichi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Scheggino, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Valeriano Tascini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Lorenzo Corsini, Studio Tecnico Associato Ingeo, Ilaria Casanova non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

della "lettera di invito/disciplinare di gara" del 10 agosto 2020;

– dei verbali di gara del 27.08.2020 e del 07.09.2020;

- della determinazione n. 124 del 08.10.2020 del Responsabile del Servizio Lavori Pubblici del Comune di Scheggino, ing. Pamela Virgili, con la quale sono stati aggiudicati alla controinteressata i servizi di progettazione definitiva esecutiva, i servizi geologici, direzione lavori, contabilità, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e esecuzione, redazione del certificato di regolare esecuzione relativamente all'intervento "STRADA COMUNALE SCHEGGINO - OSTERIA - TERRIA, LAVORI PER IL RIPRISTINO DEL VERSANTE IN FRANA", codice CIG 829201533F e codice CUP J87H1900550000, comunicata in data 20.10.2020;
- nonché di ogni altro atto e provvedimento riguardante la procedura di gara così individuata.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Scheggino;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2020 il dott. Enrico Mattei;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con atto di ricorso (n.r.g. 543/2020) ritualmente notificato e depositato, Studio Baffo s.r.l. ha adito l'intestato Tribunale per chiedere l'annullamento degli atti, meglio in epigrafe riportati, inerenti la procedura di gara da aggiudicarsi con il prezzo più basso, indetta dal Comune di Scheggino per l'affidamento dei servizi di progettazione definitiva-esecutiva e le altre attività ivi descritte, relative all'intervento "Strada Comunale Scheggino Osteria-Terria, lavori per il servizio di ripristino del versante di frana", aggiudicati in via definitiva al controinteressato Studio Tecnico Associato Ingeo, non costituito in giudizio.

2. Il gravame è stato affidato ai seguenti motivi:

I. Violazione dell'art. 1, comma 3, del decreto legge n. 76/2020, nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria, motivazione carente e contraddittorietà, atteso che <<Pur avendo indetto la gara con “lettera di invito/disciplinare di gara” spedita il 10 agosto 2020, il Comune di Scheggino si è rifiutato di applicare il d.l. n. 76/2020, pubblicato in G.U. ed entrato in vigore il 16.07.2020, segnatamente nella parte in cui prevede, per le procedure negoziate, che “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 anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque” (art. 1, co. 3, d.l. n. 76/2020)>> (cfr. pag. 5 del ricorso).

II. In via subordinata: violazione degli artt. 48, comma 8, e 97 del d.lgs. n. 50/2016 e del par. 6.1 della lettera d’invito/disciplinare, nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria, stante <<la mancata esclusione dell’operatore economico controinteressato (che si è presentato quale RTP ancora da costituire), in relazione alla omessa presentazione di giustificazioni nel sub procedimento di valutazione dell’offerta anomala>> (cfr., pag. 8 del ricorso).

3. Conclude lo Studio ricorrente per l’accoglimento in via principale del primo motivo di ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati ed aggiudicazione in proprio favore del servizio oggetto di gara. In via subordinata per la rinnovazione della procedura di gara, ovvero, in via ulteriormente subordinata, per la condanna del comune di Scheggino al risarcimento per equivalente nella somma di € 20.000 (comprensiva del danno curriculare) o di quella superiore o minore che dovesse risultare in corso di causa.

4. Il Comune di Scheggino si è costituito in giudizio eccependo in via preliminare la tardività della notifica del ricorso effettuata in data 9.11.2020, a fronte dell’avvenuta conoscenza dell’asserita lesività della lettera d’invito comunicata alla ricorrente in data 10 agosto 2020 e del verbale di gara del 27 agosto 2020 in cui è stato precisato che “Ai sensi dell’art. 97, comma 8, del

D.Lgs. 50/2016 non si applica l'esclusione automatica perché il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci", tanto da avere contestato la circostanza chiedendo l'applicazione della nuova normativa, con lettere del proprio legale del 4 e del 17 settembre 2020.

5. Conclude nel merito l'amministrazione resistente per il rigetto del ricorso, in ragione del fatto che ai fini dell'applicazione della disciplina di cui all'art. 97, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, vigente prima dell'entrata in vigore in data 16 luglio 2020 dell'art. 1, comma 3, del decreto legge n. 76/2020, avrebbe dovuto farsi riferimento alle determinazioni a contrarre n. 59 del 6 maggio 2020 e n. 82 in data 8 luglio 2020.

5. Alla camera di consiglio del giorno 20 novembre 2020, per la discussione della domanda cautelare, il collegio ha ritenuto di convertire il rito e di trattenerne, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., la causa per la sua immediata decisione con sentenza in forma semplificata, ricorrendone i presupposti di legge.

6. Tanto premesso in punto di fatto, deve preliminarmente essere disattesa l'eccezione di tardività del ricorso per mancata impugnazione nel termine di legge della lettera d'invito comunicata alla ricorrente in data 10 agosto 2020 e del verbale di gara del 27 agosto 2020, atteso che per giurisprudenza costante le clausole del bando di gara che non rivestano, come nel caso di specie, portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo da individuarsi nell'aggiudicazione definitiva alla controinteressata del servizio oggetto di gara, tempestivamente gravato dall'odierna ricorrente (cfr., *ex multis*, Cons. St., Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4).

7. Nel merito il ricorso è fondato e va accolto in relazione al primo motivo di doglianza.

8. Osserva infatti il collegio che per giurisprudenza costante "la procedura di affidamento di un contratto pubblico è soggetta alla normativa vigente alla data di pubblicazione del bando, in conformità al principio *tempus regit actum* ed alla natura del bando di gara, quale norma speciale della procedura che regola cui non solo le imprese partecipanti, ma anche l'amministrazione

non può sottrarsi” (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 7 giugno 2016, n. 2433)” (Consiglio di Stato, sent. n. 2222/2017).

9. Ne consegue che, essendo state ammesse a partecipare alla procedura *de qua* nove concorrenti, la disciplina applicabile in materia di anomalia dell’offerta coincide con quella cronologicamente vigente al momento di invio, in data 10 agosto 2020, delle lettere di invito, ossia con quella di cui all’art. 1, comma 3, del decreto legge n. 76/2020, entrato in vigore il 16 luglio 2020, a tenore del quale “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 anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque”.

10. Non può infatti condividersi la prospettazione dell’amministrazione resistente per la quale ai fini dell’applicazione della disciplina di cui all’art. 97, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, vigente prima dell’entrata in vigore del decreto legge n. 76/2020, avrebbe dovuto farsi riferimento alle determinate a contrarre n. 59 del 6 maggio 2020 e n. 82 in data 8 luglio 2020, avendo la giurisprudenza definitivamente chiarito che la determina a contrarre ha natura endoprocedimentale, *ex se* inidonea a fondare in capo ai terzi posizioni di interesse qualificato.

11. Né può ritenersi, come paventato da R.U.P. con nota in data 8 ottobre 2020, che il servizio di progettazione oggetto di gara potrebbe comunque essere conferito allo Studio odierno aggiudicatario per affidamento diretto senza esclusione automatica delle offerte sotto soglia, avendo al riguardo la giurisprudenza chiarito che la scelta tra procedura negoziata e affidamento diretto non è libera, dovendo essa essere guidata da specifiche ragioni che inducono a ritenere non praticabile la via ordinaria, che è quella dell’evidenza pubblica, soprattutto laddove, come nel caso di specie, l’amministrazione ha intrapreso una precisa strada per l’affidamento del servizio *de qua* (cfr., T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 31 ottobre 2017, n. 1632).

12. Va da ultimo rilevato che, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa comunale, il decreto legge n. 76/2020 non contiene norme derogatorie al decreto legge n. 189/2016 in tema di “Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici del 2016”, nella parte in cui statuisce, all’art. 2-bis, che “l’affidamento degli incarichi di progettazione e dei servizi di architettura e ingegneria ed altri servizi tecnici... avviene mediante procedure negoziate previa consultazione di almeno dieci soggetti.....utilizzando il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso con le modalità previste dall’articolo 97, commi 2, 2-bis e 2-ter, del citato codice di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016”, non operando detta disposizione alcun riferimento all’art. 97, comma 8, del codice dei contratti (“... l’esclusione automatica non opera quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci”), espressamente derogato dall’art. 1, comma 3, del decreto legge 76/2020.

13. In conclusione il gravame va accolto con conseguente annullamento di tutti gli atti e provvedimenti impugnati e rinnovazione della gara sulla base della nuova normativa applicabile, previo assorbimento del secondo motivo di ricorso proposto.

14. Deve infatti essere disattesa la domanda, formulata in via principale dall’odierna ricorrente, di aggiudicazione del servizio oggetto di gara in proprio favore per aver presentato la migliore offerta non anomala rispetto alle due offerte, entrambe anomale, proposte dalle concorrenti classificatesi al primo ed al secondo posto, atteso che per evidenti ragioni di *par condicio* tutte le concorrenti che hanno partecipato alla procedura *de qua* devono essere messe nella condizione di riformulare le proprie offerte secondo la disciplina correttamente applicabile alla procedura in esame.

15. Deve infine essere disattesa la domanda risarcitoria in quanto formulata in via ulteriormente subordinata rispetto alla domanda di rifacimento della procedura di gara.

16. Le spese del giudizio seguono, come da regola, la soccombenza e si liquidano nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione.

Condanna il Comune di Scheggino al pagamento delle spese del giudizio in favore dello Studio ricorrente nella misura di € 3.000,00 (tremila/00), oltre oneri ed accessori di legge.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2020, celebrata in via telematica secondo quanto disposto dall'art. 25 del decreto legge n. 137/2020, dall'art. 4 del decreto legge n. 28/2020, conv. in legge n. 70/2020 e dal decreto del Presidente del T.A.R. Umbria n. 26/2020, con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Enrico Mattei, Consigliere, Estensore

Daniela Carrarelli, Referendario

L'ESTENSORE

Enrico Mattei

IL PRESIDENTE

Raffaele Potenza

IL SEGRETARIO