

Publicato il 28/01/2021

**N. 00159/2021 REG.PROV.COLL.**  
**N. 00904/2020 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 la Toscana**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 904 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Co.Ge.Ben s.r.l.s, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Lucio Perone, Crescenzo Giuseppe Rinaldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Comune di Scandicci, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Claudia Bonacchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Lelio Maritato, Silvano Imbriaci, Antonella Francesca Paola Micheli, Ilario Maio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Ilario Maio in Firenze, viale Belfiore 28/A;

*nei confronti*

Mod. All. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Salvatore Della Corte, Luca Ruggiero, Concetta Borgese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

dell'aggiudicazione della gara lavori pubblici Scuola primaria Toti San Valentino a Torri di cui alla determinazione n. 259 del 24 settembre 2020;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato tra la Stazione appaltante e la controinteressata e il risarcimento dei danni in forma specifica.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Scandicci e di Mod. All.s.r.l. e di Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (Inps);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 gennaio 2021 il consigliere Luigi Viola e uditi per le parti o dati per presenti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente partecipava, unitamente ad altri 191 concorrenti, alla procedura di gara indetta dal Comune di Scandicci, con determina 10 febbraio 2020, n. 30 del Settore 5-Servizi tecnici e lavori pubblici ed avente ad oggetto l'affidamento dei lavori per <<la realizzazione della nuova scuola primaria Toti San Valentino a Torri>> (CIG 8184459D37).

Con PEC del 23 aprile 2020 (prot. n. 16056), l'Ufficio Lavori Pubblici del Comune di Scandicci comunicava alla ditta Santise Costruzioni s.r.l. l'esclusione dalla gara a seguito della rilevazione dell'irregolarità della documentazione di partecipazione operata dalla Commissione di gara nella seduta del 7 aprile 2020

(si veda, al proposito, il verbale n. 7 dei lavori della Commissione); di conseguenza, il calcolo della soglia di anomalia e le conseguenti operazioni di individuazione dell'aggiudicatario erano effettuate senza considerare la Santise Costruzioni s.r.l. e la procedura si concludeva con l'aggiudicazione alla MOD.ALL. s.r.l., peraltro all'esito del sorteggio con la La.Re.Fin. s.r.l. che aveva presentato identica offerta (verbale n. 9 del 21 maggio 2020).

A seguito dell'istanza di riammissione presentata dalla Santise Costruzioni s.r.l. in data 25 maggio 2020, la Stazione appaltante, con determinazione 9 giugno 2020 n. 155 del Settore 5-Servizi tecnici e lavori pubblici, disponeva la riammissione della stessa alla procedura e la conseguenziale rinnovazione delle operazioni di gara; la rinnovazione del calcolo della soglia di anomalia e le conseguenti operazioni di individuazione dell'aggiudicatario effettuate in maniera comprensiva anche della Santise Costruzioni s.r.l. portavano all'aggiudicazione della procedura alla ricorrente (verbale n. 10 del 16 giugno 2020) e gli atti erano pertanto trasmessi alla Stazione appaltante per l'aggiudicazione.

Con determinazione 24 settembre 2020, n. 259, il Dirigente il Settore 5-Servizi tecnici e lavori pubblici del Comune di Scandicci decideva però, in sostanziale riscontro della diffida presentata dalla controinteressata in data 23 giugno 2020, di aggiudicare alla stessa la procedura di gara, ritenendo di dover attribuire considerazione, in applicazione della previsione dell'art. 95, 15° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (codice dei contratti pubblici), all'individuazione dell'aggiudicatario operata dal verbale n. 9 del 21 maggio 2020 (sulla base di un novero dei partecipanti, quindi, non comprensivo della Santise Costruzioni s.r.l.); l'esito della gara era comunicato alla ricorrente con nota via PEC del 29 settembre 2020 del Settore 5-Servizi tecnici e lavori pubblici del Comune di Scandicci che comunicava altresì come <<l'eventuale aggiudicazione (alla stessa) sarebbe stata comunque revocata, in quanto la regolarità contributiva della ditta deve permanere per tutta la durata del rapporto con la stazione appaltante, così

come specificato ai sensi dell'art. 80) c. 4 del D.Lgs50/2016 >> e non risultando la CO.GE.BEN s.r.l.s. in possesso di tale requisito, come da D.U.R.C. richiesto dalla Stazione appaltante e rilasciato in data 18 giugno 2020.

Gli atti meglio specificati in epigrafe erano impugnati dalla ricorrente che articolava censure di: 1) sulla determina n. 259 del 24 settembre 2020, violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 15, del d.lgs. 50/2016; 2) difetto di motivazione e di istruttoria; 3) violazione delle garanzie partecipative; con il ricorso, erano altresì richiesti la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato tra la Stazione appaltante e la controinteressata e il risarcimento dei danni in forma specifica.

Si costituivano in giudizio l'I.N.P.S. (con comparsa di pura forma), l'Amministrazione comunale di Scandicci e la controinteressata (che controdeducevano sul merito del ricorso); l'Amministrazione comunale di Scandicci articolava altresì eccezione preliminare di difetto di interesse all'impugnazione in capo alla ricorrente non potendo la stessa risultare aggiudicataria della procedura (per effetto della mancanza del requisito della regolarità contributiva sopra rilevata) e del carattere non definitivo dell'atto impugnato.

Con decreto Presidenziale 9 ottobre 2020, n. 549, era respinta l'istanza di tutela cautelare monocratica presentata con il ricorso, sulla base della rilevazione della prevalenza dell'interesse pubblico <<a realizzare una struttura scolastica>>; alla camera di consiglio del 21 ottobre 2020, l'istanza cautelare era rinviata al merito della decisione in considerazione della necessità di parte ricorrente di depositare ricorso per motivi aggiunti.

Con motivi aggiunti regolarmente notificati e depositati in data 30 ottobre 2020, la ricorrente impugnava altresì la già citata nota via PEC del 29 settembre 2020 del Settore 5-Servizi tecnici e lavori pubblici del Comune di Scandicci di

comunicazione dell'esito della gara anche con riferimento alla rilevazione della presunta irregolarità contributiva della CO.GE.BEN s.r.l.s.

In via preliminare, la Sezione deve rilevare come non possa trovare accoglimento la (sostanzialmente duplice) eccezione preliminare di inammissibilità dell'impugnazione per difetto di interesse articolata dalla difesa dell'Amministrazione comunale di Scandicci.

Per quello che riguarda la prima articolazione dell'eccezione di difetto di interesse (radicata su una presunta irregolarità contributiva della ricorrente che renderebbe impossibile l'aggiudicazione alla stessa della procedura di gara, con conseguenziale difetto di interesse alla proposizione della relativa impugnazione, anche in mancanza di un provvedimento di formale esclusione dalla gara), la Sezione deve rilevare come si tratti di problematica del tutto superata dall'annullamento del D.U.R.C. 18 giugno 2020 n. INAIL\_22603237 desumibile dalla "stampata" del cassetto fiscale depositata in giudizio dalla ricorrente in data 30 ottobre 2020; del resto, anche l'Amministrazione comunale di Scandicci ha preso lealmente atto di tale circostanza con la memoria conclusionale dell'11 gennaio 2021, non insistendo ulteriormente sull'eccezione.

Con tutta evidenza, il chiaro riferimento ad un sostanziale annullamento del D.U.R.C. in questione (quindi ad un provvedimento di autotutela destinato ad operare *ex tunc*) rende, infatti, del tutto inapplicabile alla fattispecie il chiaro orientamento giurisprudenziale (avallato anche da interventi dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato) che ha affermato che l'impresa partecipante alla procedura deve mantenere il possesso del requisito della regolarità contributiva per tutta la durata del procedimento di aggiudicazione ed ha escluso ogni possibilità di regolarizzazione successiva del D.U.R.C.: <<il giudice di prime cure ha richiamato la sentenza di Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 2016, n. 5, secondo cui ai fini della partecipazione alle gare di appalto, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 convertito con

modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, risultando dunque irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva. L'Adunanza plenaria ha altresì precisato che l'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già contemplato dall'art. 7, comma 3, del d.m. 24 ottobre 2007, ed ora recepito dall'art. 31, comma 8, del d.l. n. 69 del 2013, può operare solo nei rapporti tra impresa ed ente previdenziale, e cioè con riferimento al DURC chiesto dall'impresa, e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. i), ai fini della partecipazione alla gara d'appalto>> (Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2018, n. 673; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 16 marzo 2020, n. 486).

La seconda articolazione dell'eccezione preliminare di inammissibilità per difetto di interesse radicata sul carattere non definitivo dell'atto impugnato risulta poi solo abbozzata dalle difese dell'Amministrazione comunale di Scandicci e non può comunque trovare accoglimento, avendo la ricorrente correttamente impugnato un provvedimento di aggiudicazione che rispetta le prescrizioni e trova giustificazione nella previsione dell'art. 32, 5° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (peraltro citata nel testo del provvedimento); insuscettibile di accoglimento risulta peraltro la rilevazione (probabilmente basata su fonti normative ormai superate) in ordine al carattere non lesivo dell'atto impugnato.

Nel merito, il primo motivo di ricorso è poi fondato e deve pertanto essere accolto.

Per quello che riguarda l'interpretazione della contrastata previsione dell'art. 95, 15° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (<<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 Sezione condivide espressamente e decide di fare proprio il più recente orientamento del Consiglio di Stato che ha rilevato come la *ratio* della disposizione sia <<quella di “paralizzare gli effetti riflessi sulla soglia di anomalia, derivanti da modifiche incidenti a posteriori sul novero degli operatori economici legittimamente partecipanti”, in particolare al fine di “evitare che concorrenti non utilmente collocati in graduatoria promuovano giudizi meramente speculativ[i] e strumentali, e mosse ‘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’ (così Cons. Stato, V, 30 luglio 2018, n. 4664, cui aderisce Cons. Stato, V, 2 settembre 2019, n. 6013; cfr. inoltre Cons. Stato, III, 27 aprile 2018, n. 2579)” (Cons. Stato, V, 12 febbraio 2020, n. 1117). Inoltre, la norma è rivolta a garantire “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, sez. III, 12 luglio 2018, n. 4286; Id., sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579)” (Cons. Stato, V, 6 aprile 2020, n. 2257).

Poiché, però, la norma non può essere intesa come volta a mortificare le iniziative giurisdizionali legittime, con le quali si contesti l’ammissione alla gara di imprese prive dei requisiti di partecipazione o autrici di offerte invalide, che nondimeno abbiano inciso sulla soglia di anomalia determinata in modo automatico, parimenti, in attuazione dei principi di buon andamento ed

imparzialità dell'attività amministrativa, “la rettifica della soglia di anomalia derivante dall'illegittima ammissione di imprese prive dei requisiti di partecipazione alla gara deve [...] essere consentita alla stessa stazione appaltante avvedutasi di ciò” (Cons. Stato, n. 1117 del 2020, citata).

Ne consegue che la “fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte” a conclusione della quale, ai sensi dell'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016, non è più consentita la modifica della soglia di anomalia in via di intervento dal parte della stessa stazione appaltante è delimitata, dal punto di vista temporale e procedimentale, dal provvedimento di aggiudicazione (Cons. Stato, III, 27 aprile 2018, n. 2579; V, 2 settembre 2019, n. 6013; in relazione all'applicazione della medesima regola nella vigenza dell'art. 38, comma 2-bis, d.lgs. n. 163 del 2006, cfr. Cga, 11 gennaio 2017, n. 14, che indica quale momento iniziale per l'applicazione dell'invarianza l'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva; nello stesso senso Id., 22 dicembre 2015, n. 740).

Più precisamente, nel vigore del d.lgs. n. 50 del 2016 e succ. mod., essendo venuta meno la distinzione tra aggiudicazione provvisoria ed aggiudicazione definitiva, propria del sistema delineato dal d.lgs. n. 163 del 2006, la relativa fase è caratterizzata dalla successione procedimentale tra proposta di aggiudicazione, proveniente, di regola, dalla commissione di gara ed approvazione della proposta e conseguente aggiudicazione, da parte della stazione appaltante, ai sensi degli artt. 32, comma 5, e 33, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016. Di modo che il termine ultimo entro il quale l'intervento in autotutela della stazione appaltante può comportare variazioni rilevanti per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte è segnato dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione>> (Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2020, n. 7332; principi sostanzialmente analoghi sono affermati anche da sez. V, 27 ottobre 2020, n. 6542 e dall'ancora più recente 22 gennaio 2021, n. 683).

Con tutta evidenza, l'adesione all'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato non entra poi in contraddizione con la precedente sentenza 30 dicembre 2020, n. 1753 della Sezione che risulta essere riferita a diversa problematica (l'interpretazione della previsione di cui all'art. 85, 5° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) ed in cui i riferimenti al principio di invarianza di cui all'art. 95, 15° comma d.lgs. cit. assumevano valore solo incidentale e rafforzativo di una soluzione, in realtà, desunta da ben diversi principi.

Nel caso che ci occupa, la riammissione della Santise Costruzioni s.r.l. alla procedura di gara è stata disposta (precisamente, con la determinazione 9 giugno 2020 n. 155 del Settore 5-Servizi tecnici e lavori pubblici, peraltro neanche impugnata in via incidentale dalla controinteressata, circostanza che preclude qualsiasi ulteriore contestazione in ordine alla legittimità della riammissione) in data antecedente all'intervento della determinazione di aggiudicazione della procedura e pertanto non può trovare applicazione la previsione di cui all'art. 95, 15° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; ne deriva la legittimità della rinnovazione delle operazioni di aggiudicazione di cui al verbale n. 10 del 16 giugno 2020 (quindi nella "versione" comprensiva anche della Santise Costruzioni s.r.l.) e l'accoglimento della prima censura articolata dalla ricorrente, con conseguenziale necessità, per la Stazione appaltante, di rinnovare le operazioni di gara, sulla base dei principi enunciati in motivazione.

Il carattere assorbente e pienamente satisfattivo per la ricorrente dell'accoglimento del primo motivo di ricorso permette poi di prescindere dall'esame delle ulteriori censure e dei motivi aggiunti (peraltro non caratterizzati da un vero carattere impugnatorio, ma dal solo intento di rafforzare una serie di argomentazioni già articolate in corso di giudizio); non possono, al contrario, trovare accoglimento l'azione di declaratoria dell'inefficacia del contratto (non risultando in giudizio la stipulazione dell'atto negoziale) e l'azione di risarcimento

danni in forma specifica (che risulta assorbita dalla rinnovazione delle operazioni di aggiudicazione secondo i principi enunciati in sentenza).

La particolare complessità della materia e i contrasti giurisprudenziali documentati dagli scritti di parte permettono di procedere alla compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto e sui motivi aggiunti depositati in data 30 ottobre 2020, li accoglie in parte, come da motivazione, e, per l'effetto, dispone l'annullamento della determinazione 24 settembre 2020, n. 259, il Dirigente il Settore 5-Servizi tecnici e lavori pubblici del Comune di Scandicci.

Compensa le spese di giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Firenze, a mezzo videoconferenza, nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Manfredo Atzeni, Presidente

Luigi Viola, Consigliere, Estensore

Raffaello Gisondi, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Luigi Viola**

**IL PRESIDENTE**

**Manfredo Atzeni**

**IL SEGRETARIO**

