

Publicato il 11/06/2021

N. 01892/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00934/2021 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 934 del 2021, proposto da MARINO ROSARIO s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Fabrizio Laudani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di Mazara del Vallo, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio;

nei confronti

di MEGA.COM s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- della determina 4 maggio 2021, n. 399, pubblicata il 21 maggio 2021 sull'albo pretorio, con la quale il Comune di Mazara del Vallo ha aggiudicato l'appalto

relativo all'Accordo quadro “per la manutenzione ordinaria della rete idrica cittadina e degli impianti idrici ed elettromeccanici dell'acquedotto comunale – anno 2021”, in favore della MEGA.COM s.r.l.;

- della proposta di aggiudicazione alla MEGA.COM s.r.l., non riportante alcuna data, pubblicata il 21 maggio 2021 sull'albo pretorio;
- del verbale di gara del 3 maggio 2021, pubblicato il 21 maggio 2021 sull'albo pretorio, nel quale la MEGA.COM s.r.l. risulta prima classificata;
- di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale;

Nonché per il risarcimento in forma specifica ai sensi dell'articolo 124 del codice del processo amministrativo, mediante declaratoria del diritto della ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto, previa declaratoria dell'inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato; in via subordinata del diritto a subentrare nel contratto medesimo; in via ulteriormente subordinata, per il risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Vista l'istanza di discussione orale presentata dal difensore della parte ricorrente, ai sensi dell'art. 4, co. 1, periodi quarto e seguenti, del d.l. n. 28/2020 (conv. dalla l. n. 70/2020), richiamato dall'art. 25 del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 25 del citato d.l. n. 137/2020;

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

Relatore il consigliere dottoressa Maria Cappellano alla camera di consiglio del giorno 8 giugno 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, tramite applicativo come indicato a verbale; e udito il difensore di parte ricorrente, come da verbale;

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 dell'appalto, indetto dal Comune di Mazara del Vallo, avente a oggetto “l'Accordo per la manutenzione ordinaria della rete idrica cittadina e degli impianti idrici ed elettromeccanici dell'acquedotto comunale – anno 2021”, per l'importo complessivo di € 84.500,00, di cui 5.046,45 di oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso.

Espone al riguardo che:

- il Comune intimato, con apposita R.D.O., ha reso pubblico sul mercato economico il suddetto appalto, prevedendo quale criterio di aggiudicazione il prezzo più basso; e, altresì, che il calcolo della soglia di anomalia delle offerte sarebbe stato “*effettuato secondo le prescrizioni dell'art. 97, comma 2, del Codice Appalti, in presenza di almeno 5 offerte ammesse*”, con conforme previsione al punto 14 della lettera di invito;
- la ricorrente, insieme ad altre diciassette imprese, è stata invitata a presentare un'offerta; ma, nonostante il numero delle ditte ammesse fosse superiore a cinque, la commissione di gara, disattendendo quanto previsto dalla R.D.O., non ha calcolato la soglia di anomalia ai fini dell'esclusione automatica delle offerte, aggiudicando invece la gara in base al criterio del massimo ribasso, con aggiudicazione alla ditta, evocata quale controinteressata, che aveva offerto il maggiore ribasso;
- sebbene la ditta ricorrente, dopo la seduta del 3 maggio 2021, con nota del 4 maggio 2021 avesse contestato tale esito, il Comune ha rigettato il reclamo sostenendo di avere operato tramite un affidamento diretto, con conseguente non applicabilità del calcolo della soglia di anomalia.

Conosciuta anche la determinazione dirigenziale di aggiudicazione della gara, la ricorrente – titolare di un interesse concreto, in quanto risulterebbe aggiudicataria in base all'applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte, come da foglio di calcolo allegato – si duole dell'esito della gara deducendo l'articolata censura di *Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 97, comma 2, e 8, del D.lgs. 50/20216 nonchè 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 della Lettera di invito – Eccesso di potere per sviamento, contraddittorietà tra atti ed ingiustizia manifesta.*

Ha anche chiesto il risarcimento in forma specifica mediante declaratoria del diritto all'aggiudicazione dell'appalto; e, in via subordinata, il risarcimento del danno per equivalente, con vittoria di spese.

B. – Né il Comune di Mazara del Vallo, né la controinteressata, seppure ritualmente intimati, si sono costituiti.

C. – Alla camera di consiglio del giorno 8 giugno 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza – e udito il difensore di parte ricorrente, 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 dell'unica articolata censura.

La ricorrente si duole, in particolare, dell'aggiudicazione dell'appalto in interesse in base al criterio del massimo ribasso, anziché in applicazione del criterio di

aggiudicazione del prezzo più basso e del calcolo della soglia di anomalia delle offerte, come previsto dalla R.D.O. e dalla lettera di invito.

Dal canto suo la stazione appaltante, nella nota di riscontro al reclamo proposto dalla predetta, ha evidenziato di avere effettuato un affidamento diretto, con conseguente presunta insussistenza dell'obbligo di applicare il calcolo della soglia di anomalia delle offerte.

Osserva, tuttavia, il Collegio che, contrariamente a quanto sostenuto dal Comune intimato:

- la R.D.O. – oltre a indicare quale criterio di aggiudicazione il “prezzo più basso” – indica espressamente le modalità di calcolo della soglia di anomalia delle offerte, rinviando all'art. 97, co. 2, del d. lgs. n. 50/2016, in presenza di almeno cinque offerte ammesse, stabilendo testualmente che *“Il calcolo della soglia di anomalia delle offerte è effettuato secondo le prescrizioni dell'art. 97, comma 2, del Codice Appalti, in presenza di almeno 5 offerte ammesse”*;

- la lettera di invito per un verso richiama l'art. 36, co. 2, lett. b), del d. lgs. n. 50/2016, indicando il criterio del minor prezzo; per altro verso richiama la l. n. 120/2020 (di conversione del d.l. n. 76/2020) e, quindi, la normativa emergenziale in materia di appalti contenuta nell'art. 1, co. 3, del d.l. n. 76/2020;

- il punto 14 della stessa lettera di invito stabilisce che *“La gara sarà aggiudicata secondo il criterio del prezzo più basso da esprimersi mediante offerta di ribasso percentuale sull'importo posto a base di gara”*;

- dal verbale di gara del 3 maggio 2021 si evince come “la commissione di gara” composta dal Dirigente del Settore e dal RUP, riunitasi in seduta pubblica, abbia aperto le buste contenenti l'offerta economica, con lettura dei ribassi percentuali, e conseguente stesura della relativa graduatoria finale, avendo partecipato diciotto ditte.

Pertanto, la stazione appaltante ha posto 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, senza tuttavia fare applicazione delle regole, alle quali si era autovincolata, peraltro richiamando esplicitamente la legge (n. 120/2020) di conversione del decreto legge Semplificazioni.

Sotto tale profilo, deve anche 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, citata nella lettera di invito, è del 28 aprile 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 quanto rilevato nei primi condivisibili arresti giurisprudenziali, 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).

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 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. art. 1, co. 1, del d.l. n. 76/2020).

Nel caso in esame, peraltro, il Comune – nell'ambito della cornice normativa emergenziale pure richiamata nella lettera di invito – aveva espressamente inserito, nella R.D.O., la previsione del calcolo della soglia di anomalia delle offerte; e, in concreto, si è verificata l'ulteriore condizione ivi prevista, dell'ammissione di almeno cinque offerte (esattamente, diciotto offerte).

Ne consegue che la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere all'esclusione automatica delle offerte anomale.

Pertanto, in base a quanto finora esposto e rilevato, il provvedimento del 4 maggio 2021 di aggiudicazione della gara, la relativa proposta di aggiudicazione e il presupposto verbale di gara del 3 maggio 2021, in quanto illegittimi devono essere annullati.

Peraltro, poiché la fase procedimentale obbligatoria, di esclusione automatica, è stata completamente pretermessa, il Comune di Mazara del Vallo, in sede di riedizione del potere, dovrà, conseguentemente, procedere all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 97, co. 2, del d. lgs. n. 50/2016, come espressamente previsto nella R.D.O.

Per quanto appena rilevato, non può, allo stato, essere accolta la domanda volta a ottenere la declaratoria del diritto all'aggiudicazione; né, naturalmente, la

domanda, proposta in via subordinata, di risarcimento del danno per equivalente. Conclusivamente, il ricorso, in quanto fondato nei sensi precisati, va accolto secondo quanto appena specificato e, per l'effetto, vanno annullati gli atti impugnati.

F. – Le spese del giudizio, ai sensi degli artt. 26 c.p.a. e 91 c.p.c., seguono la soccombenza e si liquidano, ai sensi del d.m. n. 55/2014, nella misura quantificata in dispositivo, tenuto conto del valore della controversia, della media complessità delle questioni giuridiche affrontate, avendo riguardo ai minimi tariffari in ragione della concreta attività difensiva svolta limitata alla fase studio e alla fase introduttiva. 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 Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna il Comune di Mazara del Vallo al pagamento delle spese di giudizio in favore della parte ricorrente, che liquida in € 2.500,00 (euro duemilacinquecento/00), oltre oneri accessori come per legge; spese compensate con MEGA.COM s.r.l.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 25 del d.l. n. 137/2020 convertito dalla l. n. 176/2020, con l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente

Maria Cappellano, Consigliere, Estensore

Bartolo Salone, Referendario

L'ESTENSORE
Maria Cappellano

IL PRESIDENTE
Maria Cristina Quiligotti

IL SEGRETARIO