

Pubblicato il 12/09/2024

N. 03010/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01542/2024 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 staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 1542 del 2024, proposto da
Omissis , in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla
procedura CIG B147931CA3, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabrizio
Belfiore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Omissis, in persona dei rispettivi legali *pro tempore*, rappresentati e difesi
dall'Avvocatura Distrettuale di Catania, domiciliataria *ex lege* in Catania, via Vecchia
Ognina, 149;

nei confronti

Omissis, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
dagli avvocati Emilio Salvatore Castorina e Antonio Fazio, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

dei seguenti atti e provvedimenti: a) della determina n. 279 del 25.07.2024, con cui il omissis, su proposta del responsabile del procedimento, ha ritenuto congrua l'offerta e disposto l'aggiudicazione in favore dell'impresa omissis dei *“Lavori di ripristino e riqualificazione dei locali Ex cabina Enel, servizi igienici pubblico, sala operativa personale di custodia e realizzazione collegamento fognario Casina Inglesi/scarico comunale e vasca deposito acqua antincendio presso il Teatro Antico in Taormina CUP: G87G23000270005; CIG: B147931CA3”*; b) di tutti i verbali della gara di cui sopra, ed in particolare dei verbali n. 1 del 29.05.2024, del verbale n. 2 del 3.06.2024 e del verbale n. 3 del 7.06.2024, con l'individuazione quale soggetto primo classificato in graduatoria dell'impresa Omissis; c) della nota del 6.08.2024 prot. 4172, con cui il responsabile del procedimento ed il omissis hanno riscontrato negativamente la precedente richiesta della omissis. di corretta applicazione della normativa di settore, di modifica della media di anomalia e di aggiudicazione in favore di quest'ultima, previa declaratoria di incongruità dell'offerta della omissis; d) di ogni altro atto o provvedimento, comunque presupposto connesso o consequenziale, ivi compresi gli atti non conosciuti di verifica dei requisiti in capo alla omissis, il disciplinare di gara, ove inteso in termini contrastanti con la normativa di cui all'allegato II.2, metodo “A”, punti 2 e 3, del d.lgs. n. 36 del 31 marzo 2023 e la nota di comunicazione del provvedimento di aggiudicazione del 29.07.2024 prot. 3994, e per l'accertamento del diritto di conseguire l'aggiudicazione e la sottoscrizione del contratto di appalto, con declaratoria d'inefficacia del contratto nelle more sottoscritto con la controinteressata e il subentro dell'odierna ricorrente, ovvero, in subordine, per il risarcimento del danno per equivalente subito e provato dall'odierna ricorrente anche in corso di causa, comunque non inferiore all'utile d'impresa pari al 10% dell'importo a base d'asta depurato del ribasso dell'odierna ricorrente, maggiorato di un ulteriore importo per danno curriculare pari al 5% sull'importo a base d'asta.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del omissis e di omissis;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 settembre 2024 il dott. Francesco Fichera e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

1. Il omissis ha indetto la procedura negoziata senza bando per l'affidamento e l'esecuzione dei *“lavori di ripristino e riqualificazione dei locali Ex cabina Enel, servizi igienici pubblico, sala operativa personale di custodia e realizzazione collegamento fognario Casina Inglesi/scarico comunale e vasca deposito acqua antincendio”* presso il Teatro Antico in Taormina, con la previsione di un importo complessivo a base d'asta di euro 297.036,81.

Il disciplinare di gara ha stabilito il criterio di aggiudicazione del minor prezzo, precisando altresì, al punto 15, che *“per il calcolo della soglia di anomalia la commissione di gara individua, tramite sorteggio, uno dei metodi tra quelli previsti nel METODO A punto 2 dell'allegato II.2 del D.L.vo 36/2023”*.

Alla procedura hanno partecipato e sono stati ammessi cinque concorrenti, tra i quali la società “omissis e la “omissis.

L'appalto è stato aggiudicato, giusta determina del 25.07.2024 - comunicata alle altre quattro concorrenti con nota del 29.07.2024 -, alla omissis, la quale ha praticato un ribasso del 9,9724%. Il conseguente contratto tra l'Amministrazione e la ditta omissis è stato stipulato nella medesima data con prot. n. 3939.

La omissisi, in qualità di concorrente alla procedura, in data 29.07.2024 ha presentato istanza di accesso avente ad oggetto le copie dei verbali di gara con i

ribassi proposti dagli altri quattro concorrenti, cui è seguita la nota di riscontro del omissis con la trasmissione di quanto richiesto.

A seguito della disamina dei tre verbali di gara, e - in particolare - del verbale n. 3 del 7.06.2024, la omissis, con email del 31.07.2024, ha evidenziato al omissis che il ribasso praticato dall'aggiudicataria coincidesse con la soglia di anomalia calcolata in coerenza con quanto previsto dall'allegato II.2, metodo "A", punti 2 e 3, del d.lgs. 36/2023; la società ha conseguentemente richiesto l'esclusione di omissis e l'aggiudicazione dell'appalto in proprio favore, quale concorrente ammessa col migliore ribasso immediatamente inferiore alla soglia di anomalia (5,9913%).

Il omissis, con nota del 6.08.2024, ha riscontrato negativamente la richiesta, mantenendo in gara la Restaura e confermando la relativa aggiudicazione.

Le argomentazioni dell'Amministrazione aggiudicatrice sono state contestate dalla omissis con PEC dello stesso 6.08.2024.

2. Con ricorso notificato in data 10.08.2024 e depositato il 24.08.2024 omissis ha impugnato, chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare dei relativi effetti, i seguenti atti: 1) la determina n. 279 del 25.07.2024, con cui il direttore del omissis, su proposta del responsabile del procedimento, ha ritenuto congrua e disposto l'aggiudicazione in favore dell'impresa omissis i "*Lavori di ripristino e riqualificazione dei locali Ex cabina Enel, servizi igienici pubblico, sala operativa personale di custodia e realizzazione collegamento fognario Casina Inglesi/scarico comunale e vasca deposito acqua antincendio*" presso il Teatro Antico in Taormina" CUP: G87G23000270005; CIG: B147931CA3"; 2) tutti i verbali della gara e, in particolare, i verbali n. 1 del 29.05.2024, n. 2 del 3.06.2024, n. 3 del 7.06.2024; 3) la nota n. 4172 del 6.08.2024, con cui il responsabile del procedimento ed il direttore del omissis hanno riscontrato negativamente la precedente richiesta della omissis di modifica della media di anomalia e di aggiudicazione in favore di quest'ultima, previa declaratoria di incongruità dell'offerta della omissis; 4) ogni altro atto e provvedimento,

comunque presupposto connesso e consequenziale, ivi compresi gli atti non conosciuti di verifica dei requisiti in capo alla omissis, il disciplinare di gara, ove inteso in termini contrastanti con la normativa di cui all'allegato II.2, metodo "A", punti 2 e 3, del d.lgs. 36/2023 e la nota di comunicazione del provvedimento di aggiudicazione n. 3994 del 29.07.2024.

La società ha quindi chiesto il conseguimento dell'aggiudicazione e della sottoscrizione del contratto di appalto, con declaratoria d'inefficacia del contratto nelle more sottoscritto con la controinteressata e il proprio subentro; in subordine, ha presentato domanda di risarcimento del danno per equivalente subito e provato anche in corso di causa, comunque non inferiore all'utile d'impresa pari al 10% dell'importo a base d'asta depurato del ribasso dalla stessa praticato, maggiorato di un ulteriore importo per danno curriculare pari al 5% sull'importo a base d'asta.

I suddetti provvedimenti sono stati censurati per il seguente, unico, motivo: *Violazione e falsa applicazione dell'allegato II.2, metodo "A", punti 2 e 3, del decreto legislativo 36/2023; violazione e falsa applicazione del punto 15 del Disciplinare di gara e dell'articolo 54 del decreto legislativo 36/2023; Violazione e falsa applicazione dei principi e delle interpretazioni contenuti nella Relazione al decreto legislativo 36/2023 (a valere in termini di interpretazione autentica del suddetto dato normativo).*

2.1. Nello specifico, viene dedotta l'illegittima applicazione dell'allegato II.2, metodo "A", punti 2 e 3 al d.lgs. 36/2023, in quanto la commissione di gara avrebbe erroneamente ammesso in gara ed aggiudicato i lavori a una concorrente che avrebbe dovuto essere esclusa per aver formulato un'offerta con un ribasso pari alla soglia di anomalia determinata (9,9724%).

Sarebbe pertanto violato l'art. 54 del d.lgs. 36/2023 e il correlato Allegato II.2, metodo A, punto 2, come richiamato dalla stessa disposizione e dal punto 15 del disciplinare di gara, applicato dalla commissione di gara in virtù della presentazione di un numero di offerte ammesse inferiore a quindici (cinque offerte valide).

Viene in particolare osservato che:

- a fronte della soglia di anomalia determinata dalla commissione di gara e pari a 9,9724%, avrebbe dovuto essere esclusa in via automatica per anomalia, oltre all'offerta presentata da omissis. (che ha praticato un ribasso del 15,7323%), anche l'offerta presentata dalla controinteressata omissis (che ha praticato, appunto, un ribasso del 9,9724%);
- l'aggiudicazione dell'appalto avrebbe dovuto essere disposta in favore dell'odierna ricorrente omissis, che ha praticato il ribasso immediatamente inferiore alla soglia di anomalia determinata (ribasso del 5,9913%).

3. L'omissis si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso in data 29.08.2024 e, con successiva memoria del 6.09.2024, hanno rilevato che dall'interpretazione letterale e sistematica delle lettere A), B), e C) dell'allegato II.2. del d.lgs. 36/2023 si evinca per ciascuno dei tre metodi di calcolo della soglia di anomalia ivi indicati si applichi la medesima regola secondo cui un'offerta è da considerarsi anomala soltanto se la stessa prevede un ribasso "superiore" alla soglia di anomalia, e non anche nel caso in cui il ribasso sia "pari" alla medesima.

4. Con memoria di costituzione del 6.09.2024 la società controinteressata, ditta "omissis", ha chiesto il rigetto del ricorso, controdeducendo nei medesimi termini di quanto rilevato dai due Enti resistenti.

5. Con successiva memoria del 9.09.2024 la parte che ricorre in giudizio ha insistito per l'accoglimento del proprio gravame e della relativa domanda cautelare.

6. Alla camera di consiglio dell'11.09.2024, previo avviso della possibile definizione con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a., data dal Presidente alle parti presenti, che nulla hanno osservato, la causa è stata posta in decisione.

7. Il ricorso è fondato per quanto di seguito esposto e considerato.

8. Ai sensi dell'art. 54, comma 1, primo periodo del d.lgs. 36 del 2023 *"Nel caso di aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, di contratti di appalto di lavori o servizi di*

importo inferiore alle soglie di rilevanza europea che non presentano un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, in deroga a quanto previsto dall'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque”.

Il successivo comma 2 stabilisce che *“Nei casi di cui al comma 1, primo periodo, le stazioni appaltanti indicano negli atti di gara il metodo per l'individuazione delle offerte anomale, scelto fra quelli descritti nell'allegato II.2, ovvero lo selezionano in sede di valutazione delle offerte tramite sorteggio tra i metodi compatibili dell'allegato II.2”.*

L'art. 15 del disciplinare di gara concernente la procedura per cui è causa richiama espressamente il suddetto art. 54 del d.lgs. 36/2023, stabilendo che verrà disposta *“...l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. Per il calcolo della soglia di anomalia la commissione di gara individua, tramite sorteggio, uno dei metodi tra quelli previsti nel METODO A punto 2 dell'allegato II.2 del D.L.vo 36/2023”.*

Il Metodo A, come disciplinato dal suddetto allegato II.2, individua la modalità di calcolo della somma di anomalia, prevedendo:

- al punto 1), che *“Quando il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a quindici, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore a una soglia di anomalia determinata; (...)”*;
- al punto 2), che *“Quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a quindici, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore a una soglia di anomalia determinata; (...)”*;
- al punto 3), che *“Tutti gli sconti superiori alla soglia di anomalia sono automaticamente esclusi. Tra le offerte non escluse, la stazione appaltante individua come vincitrice quella con lo sconto maggiore”.*

È di tutta evidenza che dal combinato disposto delle sopra riportate parti del Metodo A di calcolo della soglia di anomalia, come disciplinato dal predetto

allegato II.2 del d.lgs. 36 del 2023, si evinca un'aporia normativa cui è incorso il legislatore di settore, il quale:

- da un lato, stabilisce che *“la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore a una soglia di anomalia determinata”*;
- dall'altro, conclude disponendo che *“Tutti gli sconti superiori alla soglia di anomalia sono automaticamente esclusi”*.

La differente espressione linguistica scelta nel punto 3) del Metodo A, ove si fa riferimento - per quanto concerne l'esclusione automatica delle offerte anomale - ai soli *“sconti superiori alla soglia di anomalia”* e non più, come invece avviene nel corpo della disposizione che lo precede, alle *“offerte che presentano un ribasso pari o superiore...”* a tale soglia, ingenera il dubbio interpretativo in ordine alla sua corretta applicazione da parte delle stazioni appaltanti.

Il Collegio, condividendo l'approdo interpretativo cui è giunto il Consiglio di Stato con la sentenza n. 5780 dell'1.07.2024 (cfr. anche, T.A.R. Piemonte, Sez. I, 15.05.2024, n. 514; T.A.R. Toscana, Sez. I, 24.05.2024, n. 628; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 10.06.2024, n. 731), ritiene che la problematica interpretativa innestata dall'infelice formulazione letterale di cui sopra debba essere risolta nei termini che seguono.

Come si evince dalla Relazione di accompagnamento del d.lgs. 36 del 2023, la quale costituisce un prezioso ausilio utile a ricercare *“l'interpretazione autentica”* delle disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici che possono risultare di non immediata comprensione applicativa – e che costituisce *«“materiale della legge” (Gesetzmaterial) che si propone come un vero e proprio manuale operativo per l'uso del nuovo codice, assorbendo anche la funzione di indirizzo attuativo sinora rivestita dalle “linee guida non vincolanti”»* – il Metodo A del calcolo della soglia di anomalia e la conseguente disciplina concernente l'esclusione delle offerte c.d. anomale si collocano in linea di

continuità con quanto già previsto dal precedente d.lgs. 50 del 2016, il cui art. 97, stabiliva, in particolare:

- al comma 2-bis, che *“Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e il numero delle offerte ammesse è inferiore a 15, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; (...)”*;

al comma 8, che *“Per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all’articolo 35, e che non presentano carattere transfrontaliero, la stazione appaltante prevede nel bando l’esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2 e dei commi 2-bis e 2-ter. (...)”*.

Dalla lettura della suddetta Relazione di accompagnamento, in particolare, si desume che il Metodo A *“...replica esattamente il metodo introdotto, all’art. 97, commi 2 e 2-bis, del decreto legislativo n. 50 del 2016, dalla lett. u), n. 1), dell’art. 1, comma 20, del decreto-legge n. 32 del 2019, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 55 del 2019. La scelta di mantenere la possibilità di ricorrere a questo metodo è duplice. In primo luogo, esso permette alle stazioni appaltanti di ricorrere ad un metodo da loro già ampiamente utilizzato e, quindi, riduce le complessità di adeguarsi nell’immediato a sistemi potenzialmente più efficaci, ma anche più complessi quali quelli dei due metodi presentati di seguito come Metodo B e Metodo C. (...)”* (cfr. pag. 83 della Relazione).

Viene, quindi, confermata dal legislatore codicistico la piena operatività del metodo del c.d. taglio delle ali (cfr., sul punto, anche Ad. Plen., 19 settembre 2017, n. 5 in riferimento all’analogo metodo di cui al d.lgs. n. 163 del 2006 - ora Metodo A dell’allegato II.2 - per la determinazione della soglia).

Ad ulteriore conferma di quanto sopra, la Relazione di accompagnamento riporta una tabella illustrativa (cfr. Tavola “Esito della gara secondo i diversi metodi”, pag. 85 della Relazione) ove vengono evidenziate, in termini applicativi, le differenze tra il Metodo A, da un lato, e i Metodi B e C, dall’altro (rispetto ai quali sono escluse

solo le offerte superiori alla soglia di anomalia), preceduta da una spiegazione, in concreto, del primo metodo (Metodo A), ribadendosi che “(...).*Vengono escluse le imprese con offerte pari o superiori alla soglia di anomalia (...)*”.

È quindi certo, ad avviso di questo organo giudicante, che il legislatore codicistico sia incorso in una svista nella formulazione normativa adoperata nel suddetto allegato II.2, come anche confermato - *a contrario* – dall’analisi del Metodo B e del Metodo C di calcolo della soglia di anomalia, i quali presentano loro specifiche peculiarità tali da giustificare l’esclusione soltanto delle offerte superiori alla soglia di anomalia individuata.

L’interpretazione sostenuta dalla Stazione appaltante, che pure invoca il dato letterale del punto 3) del Metodo A dell’allegato II.2, si scontra - quindi - sul piano dell’interpretazione sistematica con le sopra esposte considerazioni.

Tale linea interpretativa risulta, peraltro, coerente con quanto rilevato dall’ANAC con il Parere di cui alla Delibera n. 536 del 21.11.2023, la quale ha evidenziato la volontà del legislatore di non compiere un’inversione di tendenza nelle modalità applicative dell’istituto e di salvaguardare la continuità con la previgente normativa di cui al pregresso d.lgs. 50 del 2016.

Deve quindi ritenersi che, in applicazione corretta del suddetto Metodo A, l’offerta che presenti un ribasso percentuale “pari” alla soglia di anomalia debba essere automaticamente esclusa insieme alle offerte di ribassi superiori, come già previsto dalla disciplina previgente.

Tale conclusione risulta del resto in linea con il disposto dell’articolo 1, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2023 il quale, nel descrivere il principio del risultato, afferma espressamente che: *"La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti"*. Con il principio *de quo* il legislatore ha, quindi, sancito che la concorrenza non deve essere vista come un fine ma come il mezzo attraverso il quale viene tutelato l’interesse pubblico ad un

affidamento efficace, tempestivo ed efficientemente eseguito; obiettivo, questo, che può essere raggiunto solo selezionando a monte gli operatori che dimostrino diligenza e professionalità, quali "sintomi" di una affidabilità che su di essi dovrà esser riposta al momento in cui, una volta aggiudicatari, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento (cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. III, 12.12.2023, n. 3738).

L'estromissione dalla gara di un operatore la cui offerta sia "pari" - e non soltanto superiore - alla soglia di anomalia calcolata nell'ambito delle procedure in cui trova applicazione il suesposto Metodo A dell'allegato II.2. del d.lgs. 36 del 2023 è, invero, coerente con l'obiettivo dell'Amministrazione di tendere al miglior risultato possibile, in "difesa" dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento. Il miglior risultato possibile, che sia anche il più "virtuoso", viene raggiunto, ad avviso del Collegio, anche mediante un'applicazione della disciplina *de qua* che conduca ad escludere dalla competizione chi abbia offerto un prezzo che - proprio perché pari alla soglia di anomalia nell'ambito - può essere indice del mancato rispetto di quei presidi di qualità ed efficienza della commessa che l'operatore è chiamata a svolgere, finendo per tradire la funzionalizzazione verso il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico cui essa deve tendere.

Orbene, dall'applicazione del metodo applicato dalla Stazione appaltante sulla base del sopra richiamato dato normativo si ricava che:

- la soglia di anomalia è stata individuata in 9,97240. Tale evidenza emerge dal verbale di gara n. 3 del 7.06.2024, versato in atti;
- l'offerta presentata dalla partecipante omissis, aggiudicataria dell'appalto per cui è causa, presenta un ribasso "pari" alla soglia di anomalia come sopra calcolata (9,9724%);

- oltre all'offerta presentata da omissis. (che ha praticato un ribasso del 15,7323%), anche l'offerta presentata dalla controinteressata omissis (che ha praticato, appunto, un ribasso del 9,9724%) avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara;
- l'aggiudicazione dell'appalto, fatti salvi i necessari controlli, avrebbe dovuto essere disposta in favore dell'odierna ricorrente omissis, che ha praticato il ribasso immediatamente inferiore alla soglia di anomalia determinata (ribasso del 5,9913%).

9. Per tutto quanto sopra esposto e considerato il ricorso è, quindi, da ritenersi fondato. Da ciò discende: i) l'annullamento degli atti impugnati, in quanto illegittimi; ii) l'accertamento del diritto della ricorrente di ottenere l'aggiudicazione definitiva della gara e la condanna dell'Amministrazione aggiudicatrice all'adozione del relativo provvedimento e alla sottoscrizione del contratto, dichiarandosi l'inefficacia del contratto precedentemente stipulato da quest'ultima con "omissis" e il conseguente diritto al subentro della nuova aggiudicataria, fatte salve le verifiche di rito.

10. In considerazione delle peculiarità della questione di lite, devono ritenersi sussistenti eccezionali motivi per compensare le spese di lite tra la parte ricorrente e le altre parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto:

- annulla i provvedimenti impugnati;
- accerta il diritto della parte ricorrente di ottenere l'aggiudicazione definitiva della gara e condanna l'Amministrazione resistente all'adozione del relativo provvedimento e alla sottoscrizione del contratto, fatte salve le verifiche di rito;

- dichiara l'inefficacia del contratto stipulato dall'Amministrazione resistente con "omissis" e il conseguente diritto al subentro della nuova aggiudicataria.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 11 settembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Aurora Lento, Presidente

Daniele Profili, Primo Referendario

Francesco Fichera, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Francesco Fichera

IL PRESIDENTE
Aurora Lento

IL SEGRETARIO