



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1021 del 2019, proposto da Ediltecnica Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Sonia Cirella e Antonio Palazzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Antonio Palazzo in Palermo, via Caltanissetta 1;

contro

Centrale Unica di Committenza fra i Comuni di Paternò, Adrano, Biancavilla e Misterbianco, Comune di Paternò, Comune di Biancavilla, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Fidea Appalti Pubblici S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Christian Mazzone e Antonino Mirone Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Impresa Edile Nucifora Alfio, Impianti S.r.l., non costituite in giudizio;

per l'annullamento

- della determinazione n. 26 del 17 maggio 2019, pubblicata in data 20 maggio 2019 (doc. 1), con la quale la Centrale Unica di Committenza (CUC) fra i Comuni di Paternò, Adrano, Biancavilla e Misterbianco (nell'ambito della procedura aperta indetta per l'affidamento dei lavori di realizzazione di una palestra nell'area antistante al campo di calcio “da adibire a palestra comunale per la scuola primaria G. Marconi nel Comune di Biancavilla”) ha disposto la riapertura delle operazioni di gara (invero già concluse il 9 aprile 2019), a seguito della riammissione, in via di autotutela, dell'ATI Impresa Edile Nucifora Alfio – Impianti s.r.l.;
 - della detta riammissione dell'ATI Impresa Edile Nucifora Alfio – Impianti s.r.l. alla procedura di che trattasi, disposta in via di autotutela dalla CUC (e di cui si è avuta cognizione soltanto con la summenzionata determina n. 26/2019);
 - della determinazione n. 33 del 14 giugno 2019 di approvazione di aggiudicazione definitiva della gara de qua disposta dalla CUC in favore della Fidea Appalti Pubblici s.r.l. (doc. 2), a seguito della riammissione dell'ATI Impresa Edile Nucifora Alfio – Impianti s.r.l., della riapertura della gara e del ricalcolo della soglia di anomalia delle offerte;
 - di ogni altro atto prodromico, consequenziale e/o comunque connesso ai precedenti, ivi inclusi tutti i verbali di gara e relativi allegati (docc. 3 e 4), nonché l'eventuale contratto che nelle more fosse sottoscritto tra Amministrazione e aggiudicataria, cui la ricorrente dichiara, sin d'ora, di voler subentrare ai sensi e per gli effetti dell'art. 122 c.p.a.;
- e per la conseguente condanna dell'Amministrazione odierna intimata al risarcimento del danno derivante alla ricorrente dall'esecuzione dei provvedimenti impugnati, in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente economico.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Fidea Appalti Pubblici S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2019 il dott. Pancrazio Maria Savasta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determina a contrarre n. 84 del 13 febbraio 2019 del Comune di Biancavilla, la Centrale Unica di Committenza fra i Comuni di Paternò, Adrano, Biancavilla e Misterbianco ha indetto la procedura aperta per l'affidamento dei "lavori di realizzazione di una palestra da realizzare nell'area antistante al campo di calcio da adibire a palestra comunale per la scuola primaria G. Marconi nel Comune di Biancavilla"

Entro la data di scadenza di presentazione delle offerte (22 marzo 2019, ore 13:00), pervenivano 136 plichi di diversi operatori, tra cui quello dell'odierna ricorrente, di Fidea Appalti Pubblici s.r.l. e del rti costituendo tra Impresa Edile Nucifora Alfio e Impianti s.r.l..

Nei verbali di gara non sarebbe stato indicato l'orario di arrivo dei plichi, tuttavia:

- alla ricorrente è stato assegnato il n. 86,
- alla FIDEA è stato assegnato il n. 83;
- al RTI NUCIFORA è stato assegnato il n. 50.

Sarebbe probabile, quindi, che Ediltecnica Costruzioni S.r.l. sia - tra i tre operatori considerati - quella che ha inserito presso la piattaforma telematica della CUC la propria offerta successivamente rispetto agli altri due concorrenti, in quanto la stazione appaltante sarebbe tenuta a registrare gli arrivi in ordine cronologico.

Assume parte ricorrente di aver caricato tutta la propria documentazione il 21 marzo alle ore 16:36:57, sicché il RTI NUCIFORA avrebbe necessariamente caricato in precedenza la propria offerta.

Nel corso della seduta di gara del 29 marzo 2019, quest'ultimo veniva escluso dalla procedura di che trattasi per avere presentato parte della documentazione priva della firma digitale del legale rappresentante dell'impresa mandante, Impianti S.r.l., in asserita difformità al Disciplinare di gara che prevedeva espressamente, per la domanda di partecipazione, il DGUE e il mandato con rappresentanza (in caso di raggruppamenti non ancora costituiti, qual è quello in questione) la firma digitale di tutti i componenti il raggruppamento, a pena di esclusione.

L'esclusione veniva comunicata al RTI NUCIFORA il 1° aprile 2019.

Il successivo 9 aprile, calcolata la soglia di anomalia (38,117%), veniva aggiudicata la gara alla ricorrente EDILTECNICA, con il ribasso del 38,102%.

Tale proposta veniva comunicata alla ricorrente (e resa nota agli altri concorrenti) in data 12 aprile 2019.

Il 19 aprile 2019, il RTI NUCIFORA invitava la stazione appaltante a “voler controllare la documentazione”, in quanto (asseritamente) sottoscritta dai legali rappresentanti di entrambe le imprese del costituendo raggruppamento; solo il 23 aprile 2019, a sostegno della propria tesi, inviava alla CUC alcuni documenti, attestanti la convalidazione della firma digitale (alla stessa data del 23 aprile) sui documenti denominati “ModelloRTI Compilato.pdf.p7m” e “Documentazione di Gara – Impianti s.r.l..pdf”; nessun riferimento, invece, vi sarebbe stato al file denominato “DGUE palestra biancavilla.pdf.p7m”.

In assenza di ulteriori informazioni, sarebbe debito presumere che anche la domanda di partecipazione alla procedura compilata da Impianti s.r.l. (uno dei documenti su cui la Commissione di gara non ha rinvenuto la firma digitale del legale rappresentante della mandante) sia contenuta nel medesimo file “Documentazione di Gara – Impianti s.r.l..pdf”.

Il successivo 9 maggio 2019 inviava alla CUC nuovi documenti (doc. 12).

Questa volta, il RTI NUCIFORA caricava sulla piattaforma digitale le due istantanee video risultanti dall'operazione "verifica alla data" delle firme digitali apposte sui documenti denominati:

- "Modello RTI Compilato.pdf.p7m";
- "Documentazione di Gara – Impianti s.r.l..pdf".

Laddove, sul primo file, l'operazione di "verifica alla data" risulta aver dato il seguente esito:

- firmatario MESSINA GIUSEPPE (che è il legale rappresentante di Impianti S.r.l.) e NUCIFORA ALFIO;
- quantità 2 firme;
- entrambe apposte il 20 marzo 2019.

Sul secondo file, invece, la verifica ha dato il seguente esito:

- firmatario MESSINA GIUSEPPE;
- quantità 1 firma;
- apposta il 22/03/2019 (cfr. doc. 12).

Risulterebbe, dunque, che il file "Documentazione di Gara – Impianti s.r.l..pdf" (contenente, presumibilmente, anche il DGUE e la domanda di partecipazione dell'impresa) sia stato firmato digitalmente dal legale rappresentante della mandante il 22 marzo 2019, ultimo giorno per la presentazione delle offerte nella gara de qua.

A distanza di 36 giorni dalla comunicazione della proposta di aggiudicazione, a seguito di alcuni controlli sulla piattaforma digitale della CUC (controlli finalizzati a verificare l'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva in proprio favore), accertasi della anomala "richiusura" della graduatoria della gara da parte della stazione appaltante, la ricorrente ha ritenuto opportuno chiedere chiarimenti immediati.

In particolare, con la PEC del 18 maggio 2019, invitava la stazione appaltante a non procedere, in ogni caso, al ricalcolo della soglia di anomalia delle offerte quand'anche si fosse determinata a riammettere alla procedura l'unico concorrente escluso.

Il successivo 20 maggio 2019, la ricorrente riceveva dalla CUC la comunicazione della riapertura della gara, nonché copia della determinazione n. 26/2019, dove si legge che: "L'ATI (Nucifora-Impianti) era stata esclusa in quanto dal sistema le dichiarazioni della ditta associata e l'impegno

alla costituzione della RTI non risultavano sottoscritte digitalmente. Con successiva comunicazione la ditta Nucifora ha trasmesso il report della firma digitale. L'Ufficio ha disposto le verifiche tecniche necessarie. Da un esame sulla documentazione presentata, in effetti risulta che la documentazione è stata firmata digitalmente anche dal legale rappresentante della ditta Impianti s.r.l. e la mancata visualizzazione da parte dell'operatore è dipesa probabilmente dal mancato aggiornamento del sistema operativo in dotazione della CUC. Si rende pertanto necessario procedere alla riapertura delle operazioni di gara e alla riformulazione della graduatoria di aggiudicazione".

Invero, dal tenore letterale del provvedimento, non sarebbe possibile comprendere se

la CUC abbia dovuto procedere ad un aggiornamento del sistema operativo (sistema in grado di accertare la presenza della firma digitale degli altri 135 operatori economici partecipanti alla gara), ovvero se, per giungere alla conclusione su riportata ("in effetti risulta che la documentazione è stata firmata digitalmente anche dal legale rappresentante della ditta Impianti s.r.l."), la stazione appaltante si sia limitata ad esaminare il report caricato sulla piattaforma digitale dal RTI NUCIFORA in data 9 maggio 2019 e a condurre, dunque, "verifiche tecniche" solo ed esclusivamente su tale ultima documentazione.

In quest'ultimo caso, gli accertamenti istruttori della CUC risulterebbero, asseritamente, condotti secondo un metro illogico e irrispettoso della par condicio dei concorrenti, dovendosi comprendere come un file, firmato solo il 22 marzo 2019, sia stato caricato sulla piattaforma digitale, presumibilmente, in un momento anteriore alle ore 16:36:57 del 21 marzo).

Di seguito alla riammissione, la CUC ha proceduto anche al ricalcolo della soglia di anomalia delle offerte (stabilita in 36,226%) e, conseguentemente, alla compilazione di una nuova graduatoria.

In esito alla nuova seduta di gara del 23 maggio 2019, la proposta di aggiudicazione dell'appalto veniva avanzata nei confronti della controinteressata Fidea Appalti Pubblici, con il ribasso del 36,135%, meno conveniente rispetto a quello offerto dalla ricorrente.

L'aggiudicazione alla FIDEA veniva approvata e resa efficace con la determinazione n. 33 del 14 giugno 2019.

Con ricorso notificato il 17.6.2019 e depositato il 25.6.2019, la ricorrente ha impugnato siffatti provvedimenti, affidandosi alle seguenti censure:

I. Violazione dell'art. 97 della costituzione – violazione dei principi generali in tema di autotutela – violazione (per mancata applicazione) degli artt. 1, 3 e 21-nonies della l. 241/90 e s.m.i. - violazione degli artt. 1 e 3 della l.r. 10/91 – eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, carenza di motivazione, illogicità manifesta, sviamento e perplessità.

La procedura di riverifica sarebbe caratterizzata da una evidente lunghezza, incoerente con quella di aggiudicazione di un appalto pubblico, avendo il raggruppamento controinteressato atteso il 19 aprile, vale a dire 18 giorni dalla sua esclusione, per comunicare alla CUC i motivi per i quali la riteneva illegittima:

Per altro, tale richiesta sarebbe successiva anche all'aggiudicazione provvisoria intervenuta il 9 aprile e comunicata il 12 aprile, allorché, applicando la formula

matematica prescelta per l'aggiudicazione della gara de qua, sarebbe stato ormai possibile verificare il ricalcolo della soglia di anomalia (come poi, in effetti, è stato) e, quindi, la mancanza di un suo interesse, in quanto comunque non portatrice dell'offerta idonea all'aggiudicazione dell'appalto.

In tale contesto, non sarebbe comprensibile la ragione per la quale il predetto RTI abbia insistito per la propria riammissione, ad operazioni di gara concluse.

Inoltre, il provvedimento di riesame sarebbe intervenuto:

- 43 giorni dalla comunicazione di esclusione del RTI NUCIFORA (in assenza di ricorso giurisdizionale del concorrente), quando cioè l'esclusione era divenuta ormai irretrattabile da parte dell'operatore economico;
- 34 giorni dopo avere aperto tutte le offerte economiche dei 135 concorrenti rimasti in gara;
- 31 giorni dalla comunicazione di aggiudicazione dell'appalto in favore di EDILTECNICA, la quale – ormai –, essendo in possesso di tutti i requisiti prescritti dalla lex specialis, confidava di avere ottenuto la commessa de qua.

Ebbene, siffatto modus operandi sarebbe violativo del disposto dell'art. 21-nonies, comma 1, della L. 241/1990, in quanto il potere di autotutela non potrebbe fondarsi unicamente sull'intento di ripristinare la legittimità violata, ma dovrebbe essere scrutinato in ragione della sussistenza di un interesse pubblico prevalente all'adozione del provvedimento di ritiro, in questo caso non esplicitato.

II. Violazione dell'art. 97 della costituzione, sotto altro profilo – violazione (per mancata applicazione) dell'art. 3 della l. 241/90 e s.m.i. - violazione dell'art. 3 della l.r. 10/91 – violazione del principio della par condicio dei concorrenti – eccesso di potere per carenza di istruttoria, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, apoditticità.

Con la determinazione n. 26 del 20 maggio 2019, si è appreso che la CUC ha riammesso il RTI NUCIFORA alla gara sulla scorta delle seguenti considerazioni:

“L'ATI era stata esclusa in quanto dal sistema le dichiarazioni della ditta associata e l'impegno alla costituzione della RTI non risultavano sottoscritte digitalmente. Con successiva comunicazione la ditta Nucifora ha trasmesso il report della firma digitale. L'Ufficio ha disposto le verifiche tecniche necessarie. Da un esame sulla documentazione presentata, in effetti risulta che la documentazione è stata firmata digitalmente anche dal legale rappresentante della ditta Impianti s.r.l. E la mancata visualizzazione da parte dell'operatore è dipesa probabilmente dal mancato aggiornamento del sistema operativo in dotazione della CUC. Si rende pertanto necessario procedere alla riapertura delle operazioni di gara e alla riformulazione della graduatoria di aggiudicazione”.

Assume parte ricorrente che dal tenore letterale del provvedimento in esame non sarebbe stato chiarito se, per poter leggere la firma sui files del controinteressato (quelli caricati sulla piattaforma digitale entro il termine di scadenza delle offerte), la CUC abbia dovuto procedere ad un aggiornamento del proprio sistema operativo, ovvero se la stazione appaltante si sia limitata ad esaminare il report caricato sulla piattaforma digitale dal RTI NUCIFORA in data 9 maggio 2019 ed a condurre, dunque, (non specificate) “verifiche tecniche” solo ed esclusivamente su tale documentazione.

Nell'ultimo caso, l'istruttoria condotta dalla CUC non potrebbe essere considerata in alcun modo idonea a supportare la decisione assunta dalla stazione appaltante in ordine alla riammissione del RTI NUCIFORA alla procedura; infatti la dimostrazione che il legale rappresentante di Impianti s.r.l. abbia firmato la documentazione il 22 marzo 2019 non sarebbe, difatti, dimostrazione certa neppure del fatto il RTI abbia, poi, effettivamente caricato la documentazione firmata sulla piattaforma digitale della CUC entro quella data.

Inoltre, uno dei files di Impianti S.r.l. (quello contenente, presumibilmente, il DGUE e la domanda di partecipazione della mandante, denominato

“Documentazione di Gara – Impianti s.r.l..pdf”) risulterebbe firmato il 22 marzo 2019, mentre il RTI (per il numero progressivo assegnatole dalla stazione appaltante) dovrebbe aver caricato la propria offerta sulla piattaforma digitale prima di quando vi abbia provveduto EDILTECNICA e, dunque, in un momento antecedente le ore 16:36:57 del 21 marzo 2019.

III. Violazione dell’art. 97 della costituzione, sotto altro profilo – violazione (per mancata applicazione) dell’art. 95, comma 15, del d.lgs. 50/2016 – violazione (per mancata applicazione) dell’art. 10 della l. 241/1990 - eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, irragionevolezza

L’Amministrazione ha riammesso il RTI NUCIFORA alla procedura di che trattasi, riaprendo la gara de qua, procedendo anche al ricalcolo della soglia di anomalia delle offerte, sebbene la stazione appaltante avesse già individuato l’aggiudicatario “provvisorio” dell’appalto, in asserita violazione del disposto del comma 15 dell’art. 95 del D.lgs. 50/2016 e, quindi, una volta cristallizzate le offerte

IV. Sul risarcimento del danno.

La ricorrente ha altresì concluso per la tutela risarcitoria in forma specifica (anche con il subentro nel contratto eventualmente stipulato tra Amministrazione e controinteressato, ai sensi e per gli effetti dell’art. 122 c.p.a.), ovvero ancora, per equivalente economico, nella misura - quantomeno - pari al mancato utile, tenuto conto delle perdute chances di aggiudicazione, secondo i criteri da illustrare in corso di causa, con maggiorazione di interessi legali e rivalutazione.

Costituitasi, la controinteressata ha concluso per l’infondatezza del ricorso.

Con Ordinanza n. 489/19, la Sezione ha rigettato la domanda di sospensione dei provvedimenti impugnati.

Alla pubblica udienza del 7.11.2019, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il Collegio esamina preliminarmente la seconda censura, sulla quale, per la verità, la posizione della ricorrente è apparsa in sede di discussione più sfumata alla luce delle considerazioni contenute nelle difese della controinteressata, e la ritiene infondata.

In disparte gli elementi probatori offerti da quest'ultima, è da ritenere che (cfr. TAR Cagliari, 22.01.2019 n. 34) <appare dirimente il fatto che – alla stregua dei principi caratterizzanti il procedimento amministrativo di selezione pubblica – il difetto parziale di sottoscrizione deve considerarsi suscettibile di sanatoria mediante soccorso istruttorio e, come tale, non costituisce causa di immediata esclusione del concorrente interessato.

<Giova, al riguardo, richiamare innanzitutto il tenore testuale dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, a mente del quale “Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stesse”.

<Orbene la vicenda non integra alcune delle ipotesi in cui il soccorso istruttorio è vietato dalla legge, in particolare: – non quella dei “vizi dell'offerta”, essendo la stessa compiutamente formulata e sottoscritta da uno degli amministratori della società, il che è sufficiente a comprovarne la riconducibilità a quest'ultima; – non

l'ipotesi di vizi inficianti "l'individuazione del soggetto responsabile", per la stessa ragione.

<A conferma si pone l'orientamento giurisprudenziale -che negli ultimi anni si è pienamente consolidato e dal quale non vi sono ragioni per discostarsi- secondo cui l'offerta recante la sottoscrizione di uno solo degli amministratori deve essere correttamente inquadrata -non già tra le ipotesi di omessa sottoscrizione in senso proprio, bensì- nella meno grave fattispecie di "non corretta spendita del potere rappresentativo", la quale "opera sul piano della efficacia e non su quello della validità" (così Consiglio di Stato, sez. III, 05.03.2018 n. 1338); a ciò consegue, proprio perché si è in presenza di mera incompletezza della sottoscrizione, che la stessa "non preclude la riconoscibilità della provenienza dell'offerta e non comporta un'incertezza assoluta sulla stessa (...), il che induce a ritenere il vizio sanabile mediante il soccorso istruttorio e non idoneo a cagionare l'immediata ed automatica estromissione dalla procedura selettiva" (così TAR Firenze, 31.03.2017 n. 496)>.

Nel caso di specie, per altro, si contesta la carenza di una delle sottoscrizioni, restando comunque indubbia la provenienza dell'offerta, poiché, come sostenuto in resistenza e non contestato, essendo stato utilizzato un sistema Maggioli, le parti erano già identificate.

Il Collegio esamina adesso congiuntamente la prima e la terza censura.

Le questioni agitate da parte ricorrente sono riconducibili, per un verso, alla legittimità di una procedura a istanza della parte esclusa, volta al riesame della sua corretta esclusione da una selezione pubblica, in assenza di uno specifico interesse, poiché dalla sua riammissione, comunque, non potrebbe sortire l'aggiudicazione in suo favore.

Tale richiesta, quindi, priva di interesse "proprio", sarebbe meramente strumentale alla revoca della medesima aggiudicazione provvisoria già intervenuta in favore

della ricorrente, per effetto del ricalcolo della soglia di anomalia delle offerte, ormai non più praticabile, ai sensi dell'art. 95, comma 15, del codice dei contratti.

Il Collegio osserva preliminarmente che, come sarà chiarito, il discrimine per un intervento in autotutela va individuato nell'aggiudicazione definitiva, momento nel quale si cristallizza comunque la valutazione dell'offerta.

Ciò premesso, va preliminarmente chiarito se la stessa si sia formata per silenzio assenso, posto che tra la comunicazione della proposta di aggiudicazione e l'aggiudicazione definitiva è trascorso un termine superiore a trenta giorni, senza alcuna "interruzione" della procedura per motivi istruttori indirizzata alla destinataria, attuale ricorrente, della detta proposta.

Il comma 1 dell'art. 33 del Decreto legislativo del 18/04/2016, n. 50, stabilisce che <1. La proposta di aggiudicazione è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione da parte dell'organo competente. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni. Il termine è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente. Decorsi tali termini, la proposta di aggiudicazione si intende approvata>.

Condivide il Collegio la giurisprudenza (cfr. T.A.R. Bari, sez. III, 30/08/2018, n.1205), secondo la quale < già prima dell'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti, la giurisprudenza aveva ricondotto all'inutile decorso del termine la formazione del silenzio assenso sull'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria (12 del D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/Ce e 2004/18/Ce), ma non il perfezionamento dell'aggiudicazione definitiva, per la quale si è sempre

puntualizzato che occorre una manifestazione di volontà espressa della pubblica amministrazione.

<In proposito, consolidato è il principio per cui la stazione appaltante, pur a fronte dell'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria, conserva comunque il potere discrezionale di procedere o meno all'aggiudicazione definitiva (ex multis, T.A.R. Umbria n. 172 del 16.6.2011, T.A.R. Lazio, Sez. I, 28 febbraio 2011, n. 1809).

<L'aggiudicazione provvisoria, infatti, è stata pacificamente ritenuta quale atto di natura endoprocedimentale, ad effetti instabili ed interinali, soggetta, ai sensi dell'art. 12 D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, all'approvazione dell'organo competente, che non può dubitarsi essere la stazione appaltante (cfr., Cons. Stat, sez. VI, 13/06/2013, n. 3310).

<Tale impostazione, fatta propria dalla giurisprudenza nel vigore del vecchio codice degli appalti, è stata ribadita anche con il nuovo codice dei contratti pubblici di cui al D. lgs. n. 50/2016 con una disciplina sostanzialmente simile: l'art. 32, comma 5, prevede che la "stazione appaltante, previa verifica della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 33, comma 1, provvede all'aggiudicazione", a cui segue la previsione di cui all'art. 33, comma 1, sopra richiamata.

<La disposizione dimostra che ciò che si forma tacitamente è l'approvazione della proposta di aggiudicazione, non anche l'aggiudicazione.

<Come affermato in una recente pronuncia condivisa dal Collegio "L'art. 33, co. 1, si riferisce solo all'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria, non anche alla formazione (tacita) dell'aggiudicazione definitiva, che, invece, trova la sua disciplina nell'art. 32, co. 5; norma che dimostra la necessità che l'aggiudicazione, per i complessi interessi sottesi e le esigenze che intende soddisfare, non può che rivestire le forme del provvedimento espresso" (Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, sent. n. 1153 del 12.7.2017).

<Dal tenore del testo normativo emerge che dalla mera inerzia della stazione appaltante non può desumersi il perfezionamento dell'aggiudicazione che richiede comunque una manifestazione di volontà espressa dell'Amministrazione, ossia un provvedimento, a conclusione dell'esercizio dei poteri generali di controllo spettanti alla stazione appaltante.

<La "proposta di aggiudicazione" si qualifica come atto infraprocedimentale, privo della forza di poter ledere le posizioni giuridiche dei concorrenti e come tale, ritenuto pacificamente non autonomamente impugnabile (Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, sent. n. 1153/2017, cit.).

<Quella che era "aggiudicazione definitiva" è divenuta tout court "aggiudicazione", atto, invece, da cui può discendere la lesione degli interessi legittimi delle ditte partecipanti alla gara.

<Occorre rimarcare ancora che, in ogni caso, sia la proposta di aggiudicazione, che l'aggiudicazione non producono l'effetto di far insorgere il rapporto obbligatorio tra ente appaltante ed operatore economico, bensì solo di concludere formalmente la procedura di gara con l'individuazione del miglior offerente. Il rapporto obbligatorio tra amministrazione appaltante ed appaltatore nasce solo ed esclusivamente a seguito della stipulazione del contratto">.

Quindi, il silenzio assenso non definisce l'aggiudicazione definitiva, essendo necessario un provvedimento espresso, che, sia pure con criticità e con tempi che avrebbero potuto essere più brevi, è stato emanato in tempi ragionevoli, tenuto conto che si è proceduto a una fase istruttoria, che l'Amministrazione avrebbe meglio condotto se avesse informato la destinataria, attuale ricorrente, della proposta di aggiudicazione.

In riferimento alla dedotta "stranezza" della provocazione di una procedura da parte della partecipante esclusa, non destinataria di un concreto interesse all'aggiudicazione, il Collegio ritiene che, in disparte l'asserita possibilità di

incameramento della cauzione, la circostanza più rilevante consista nella possibilità di ristabilire (l'interesse per) una aggiudicazione comunque legittima e sostanzialmente corretta, quale è quella conseguente alla riammissione di una partecipante illegittimamente esclusa.

In altre parole, tra due principi contrastanti, non può ritenersi recessivo, rispetto alla immediata stabilizzazione degli effetti ai fini "acceleratori", quello alla *conclusione* di una procedura, con la coerente eventuale rideterminazione della soglia di anomalia, per effetto della riammissione di un'offerta di una partecipante, come nel caso di specie, illegittimamente esclusa.

Se così è, tutta la questione si risolve nella individuazione della cristallizzazione dell'offerta, in considerazione di quanto previsto dal comma 15 dell'art. 95 del D.lgs.vo 50/2016.

La norma, in effetti (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 22/01/2019, n.572), <prevede (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".

<La disposizione presenta contenuto analogo all'art. 38, comma 2-bis, d.lgs. 16 aprile 2006, n. 163 inserita dall'art. 39 del d.-l. 24 giugno 2014 n. 90, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, ed ha la funzione di assicurare stabilità agli esiti finali della procedura di gara.

<La fattispecie definita dalla norma si verifica quando successivamente al superamento della fase di aggiudicazione del contratto, ovvero anche prima ove si intenda seguire l'orientamento estensivo che si va qui a ricordare, la stazione appaltante proceda all'esclusione dell'aggiudicatario (o di altro concorrente) per mancata dimostrazione dei requisiti dichiarati.

<Con il principio di invarianza della soglia di anomalia, la legge intende evitare che, in un tal caso, la stazione appaltante debba retrocedere la procedura fino alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte, cioè della soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta si presume senz'altro anomala (cfr. Cons. Stato, III, 12 luglio 2018, n. 4286; III, 27 aprile 2018, n. 2579), con l'inconveniente del conseguente prolungamento dei tempi della gara e del dispendio di risorse umane ed economiche.

<5.6. La disposizione è oggetto di interpretazioni divergenti circa il momento dal quale opera il principio di invarianza della soglia di anomalia. Secondo un primo e restrittivo orientamento, la cristallizzazione della soglia conseguirebbe alla sola adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, prima restando integro il potere della stazione appaltante di rivederla, pur dopo la fase di ammissione degli operatori economici (cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giuris., 11 gennaio 2017, n. 14; 22 dicembre 2015, n. 740; Cons. Stato, V, 16 marzo 2016, n. 1052); per altro orientamento, invece, considerato il carattere generale del principio, l'invarianza dovrebbe seguire già alla proposta di aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, V, 23 febbraio 2017, n. 847)>.

Il giudice di seconde cure (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 27.04.2018 n. 2579) ha rilevato che <lo sbarramento dell'art. 95, comma 15, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (principio della c.d. invarianza della soglia) non si può applicare nel caso in cui il concorrente abbia tempestivamente impugnato l'atto di ammissione, nelle forme e nei termini di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., in assenza, al momento, di qualsivoglia "cristallizzazione" della soglia per effetto di una graduatoria formata sulla base di ammissioni o esclusioni divenute inoppugnabili e immodificabili – per il rapidissimo susseguirsi degli atti di gara – e, anzi, in pendenza di un subprocedimento per la verifica dell'anomalia dell'offerta risultata prima graduata ancora aperto.

<Il coordinamento dell'art. 95, comma 15, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (che ha recepito l'analoga previsione dell'art. 38, comma 2-bis, d.lgs. n. 163 del 2006 introdotta nel 2014) – secondo cui “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” – con la disposizione dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a. esige anzitutto 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.

<Anzi, proprio in questa ipotesi, l'immediata impugnativa dell'ammissione appare necessaria, perché l'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016 ha inteso evitare che, a soglia già cristallizzata (c.d. blocco della graduatoria), un concorrente possa insorgere contro l'ammissione di un altro non già principaliter per contestarne la legittima ammissione alla gara, in assenza di un valido requisito, ma solo per rimettere in discussione il calcolo delle medie e la soglia di anomalia effettuato sulla platea dei concorrenti, spesso molto ampia, ponendo i risultati della gara in una situazione di perenne incertezza e determinando, così, la caducazione, a distanza di molto tempo trascorso e in presenza di molte risorse impiegate, dell'aggiudicazione già intervenuta.

<Proprio per questo l'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016, infatti, ha previsto l'immutabilità o invarianza della soglia, una volta cristallizzata, e cioè – al pari del

suo diretto antecedente storico, l'art. 38, comma 2-bis, d.lgs. n. 163 del 2006, di cui ricalca la formulazione – al fine di “scoraggiare impugnazioni sui provvedimenti di ammissione o esclusione che avessero come obiettivo soltanto quello di modificare la media delle offerte” (C.g.a. 26 giugno 2017, n. 316 ma. v. anche Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 22 dicembre 2015, n. 740 e Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 10 luglio 2015, n. 456).

< . . . Un diverso orientamento, che non considerasse tale potere di intervento in autotutela a procedura ancora aperta, da parte dell'amministrazione, e di esclusione dei concorrenti in qualunque momento della gara (art. 80, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016), creerebbe un irrigidimento non conforme ai principî costituzionali ed europei, prima ancora che alle disposizioni del codice, determinando una cristallizzazione della soglia insensibile a qualsivoglia illegittimità riscontrata in corso di gara persino dalla stessa stazione appaltante, e, come ogni automatismo che non consenta alla stessa di valutare in concreto le offerte presentate, sarebbe “contrario all'interesse stesso delle amministrazioni aggiudicatrici, in quanto queste ultime non sono in grado di valutare le offerte loro presentate in condizioni di concorrenza effettiva e quindi di assegnare l'appalto in applicazione dei criteri, anch'essi stabiliti nell'interesse pubblico, del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa” (Corte Giust. comm.UE 15 maggio 2008, in C. 147/06, § 29)>.

I detti principi, ad avviso del Collegio, vanno mantenuti adesso che la nuova normativa c.d. “sblocca cantieri”, ha abrogato i commi 2 bis e 6 bis dell'art. 120 c.p.a., posto che nel caso di specie è intervenuto comunque un contenzioso procedimentale proprio in merito alla legittimità o meno di un'esclusione incidente sulla determinazione della soglia di anomalia.

In altri termini, la cristallizzazione non è intervenuta proprio per effetto di tale contenzioso e in considerazione che la stessa, così come già ritenuto da questa

sezione (cfr. T.A.R. Catania, sez. I, 02/05/2018, n. 893 e, ivi, richiamo a C.G.A.R.S. n. 740/2015 del 22 dicembre 2015) si realizza con la definitività dell'aggiudicazione.

Il Giudice d'appello siciliano ha confermato la detta impostazione con sentenza del 19 febbraio 2018, n. 96, riaffermando che <secondo il proprio uniforme indirizzo, la previsione legislativa ("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, ne' per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte") sancisce una regola di immutabilità, ai fini del calcolo delle medie e dell'individuazione della soglia di anomalia, la quale può ritenersi operativa solo a partire dalla pronuncia di un'aggiudicazione definitiva>.

E, da ultimo, dalla stessa decisione del Giudice di seconde cure invocata da parte ricorrente nella memoria depositata il 22.10.2019 (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 02/09/2019, n. 6013), emerge <quanto alla individuazione del momento temporale idoneo a cristallizzare le offerte, (che) la norma è chiara nell'individuare nella definizione, in via amministrativa, della fase di ammissione (che, naturalmente, riguarda anche la non ammissione, cioè la esclusione), includendovi, peraltro, anche la fase di regolarizzazione, che si riferisce alle situazioni in cui sia stato attivato il soccorso istruttorio.

Ne discende che, nella logica della norma, *la eventuale fase di regolarizzazione rientra ancora nella fase di ammissione (tanto che l'offerta ammessa al soccorso istruttorio deve ritenersi ammessa "con riserva"), di tal che solo modifiche soggettive successive all'esperimento del soccorso istruttorio sono soggette al canone di invarianza.*

Risulta dunque corretto nel caso di specie l'operato della stazione appaltante, che ha ritenuto "non conclusa" la fase di ammissione fino alla definizione del soccorso, con ciò sottraendo la vicenda alla applicazione della regola in questione.

Del resto, si è più in generale ritenuto che la ridetta fase non possa ritenersi conclusa "almeno finché non sia spirato il termine per impugnare le ammissioni e le esclusioni" e comunque "finché la stessa stazione appaltante non possa esercitare il proprio potere di intervento di autotutela ed escludere 'un operatore economico in qualunque momento della procedura' (art. 80, comma 6, del d. lgs. n. 50 del 2016) e, quindi, sino all'aggiudicazione (esclusa, quindi, l'ipotesi di risoluzione "pubblicistica" di cui all'art. 108, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016, successiva alla stipula del contratto)" (cfr. Cons. Stato sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579)>.

Consegue, pertanto, l'infondatezza del ricorso.

La sua particolare complessità e la presenza di opposti orientamenti giurisprudenziali, tuttavia, sono giustificato motivo per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente, Estensore

Maria Stella Boscarino, Consigliere

Giuseppe La Greca, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Pancrazio Maria Savasta

IL SEGRETARIO

WWW.LAVORIPUBBLICI.IT