



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 della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 3734 del 2019, proposto da Ermar Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Caliendo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto in Napoli alla via P. Colletta n. 12;

contro

Comune di Casal di Principe, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Mariangela Cianci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Società La Cattolica Soc. Coop., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Pasquale Elia e Giuseppe Diana, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

1. Del bando e disciplinare per l'affidamento dei lavori di *“progetto per la realizzazione di un centro polifunzionale per l'accoglienza e l'integrazione dei minori con disagio, con*

laboratorio e area ricreativa, siti nel comune di Casal di Principe (ce) in via Firenze e aree limitrofe, su beni confiscati alla camorra” se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente;

2. Determina Dirigenziale Numero 54 del 04-09-2019 del Comune di Casal di Principe recante l'aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento dei lavori di “progetto per la realizzazione di un centro polifunzionale per l'accoglienza e l'integrazione dei minori con disagio, con laboratorio e area ricreativa, siti nel comune di Casal di Principe in via Firenze e aree limitrofe, su beni confiscati alla camorra” a favore della Soc. Coop. La cattolica con sede in via Catania n. 28 – 81033 Casal di Principe – P.IVA 02061440612;

3. Del verbale di gara del 2.9.2019 da cui emerge la inserimento in graduatoria di due offerte in precedenza escluse;

4. Di ogni altro atto, provvedimento, determina, delibera propedeutica, connessa o consequenziale degli atti impugnati e se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente;

5. Del provvedimento del Comune di Casal di Principe recante il rigetto delle deduzioni difensive notificate al fine di ottenere la riammissione in gara della stessa;

6. Del provvedimento di riammissione alla gara indetta per l'affidamento dei lavori di “progetto per la realizzazione di un centro polifunzionale per l'accoglienza e l'integrazione dei minori con disagio, con laboratorio e area ricreativa, siti nel comune di Casal di Principe in via Firenze e aree limitrofe, su beni confiscati alla camorra” delle ditte DISA e DBS Group, di cui si ignorano estremi e contenuto;

7. Dell'invito ad integrare l'offerta economica concessa dal Comune a favore delle due ditte DIS e DBS di cui si ignorano estremi e contenuto;

8. La Nota prot. n. 21194 del 30.8.2019 recante invito alla DISA di ripresentare l'offerta economica;

9. La nota prot. n. 21316 del 2.9.2019 recante invito alla GBS di ripresentare l'offerta economica

Nonché per la declaratoria

di inefficacia del contratto di appalto, ai sensi degli artt. 121 e ss. D.lgs. 104/10, ove medio tempore stipulato tra l'Amministrazione Appaltante e l'eventuale ulteriore aggiudicataria in via definitiva alla gara e con espressa richiesta di conseguire l'aggiudicazione della gara, per essere in possesso dei requisiti tecnico/organizzativi e per essere subito disponibile e all'immediata stipula del contratto – subentrando, quindi, in luogo dell'aggiudicataria – e all'immediato avvio di lavori messi a gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Casal di Principe e della Società La Cattolica Soc. Coop.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2019 il dott. Domenico De Falco e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso introduttivo del presente giudizio la Ermar Costruzioni s.r.l. ha impugnato gli atti, in epigrafe dettagliati, relativi alla gara per l'affidamento dei lavori di *“progetto per la realizzazione di un centro polifunzionale per l'accoglienza e l'integrazione dei minori con disagio, con laboratorio e area ricreativa, siti nel Comune di Casal di Principe (CE) in via Firenze e aree limitrofe, su beni confiscati alla camorra”*, chiedendone

l'annullamento previa sospensione e agendo, altresì, per la declaratoria di inefficacia del contratto frattanto concluso e per il successivo subentro.

La procedura di affidamento dei lavori si è svolta sulla base del progetto esecutivo approvato dall'Amministrazione comunale e del Disciplinare di gara che nelle "Premesse" stabiliva che "*Ai sensi dell'articolo 58 del Codice dei Contratti, la procedura di gara sarà gestita mediante apposito sistema telematico*" in base al quale le offerte economiche dovevano essere caricate nel sistema secondo un determinato *timing* il cui rispetto doveva essere assicurato utilizzando uno specifico formato dei files (.TSD invece che .TSR).

Pervenute 113 offerte, tra cui anche quella della ricorrente, alla seduta del 30 agosto 2019 la Commissione di gara rilevava che due delle offerte trasmesse (quelle della DISA Costruzioni S.r.l. e della DBS soc. coop.) risultavano marcate con file formato .TSR non rilevabile dalla piattaforma, sicchè il Seggio di gara si riservava di valutare con il supporto dell'azienda gestrice della piattaforma se vi fosse comunque certezza della tempestività dell'invio e nel frattempo procedeva all'apertura delle offerte economiche recanti la percentuale di ribasso sul prezzo a base di gara e procedeva al calcolo della soglia di anomalia (35,669%) "*nelle more degli elementi di verifica ad opera della Piattaforma transpare.com*".

Frattanto, la ditta interpellata per la verifica della marcatura delle predette offerte comunicava alla commissione di gara che "*risulta indispensabile acquisire gli ulteriori file formati al momento della creazione ovvero il serial number e il file origine pdf firmato digitalmente. Ciò al fine di completare le verifiche e la relativa associazione alla busta marcata temporalmente specificando inoltre che gli stessi non sono modificabili*".

Pertanto la Commissione di gara invitava le due imprese predette a trasmettere il *serial number* della busta contenente le offerte economiche oltre che il file .rar firmati digitalmente ad essi associati.

Verificata la documentazione indicata, l'azienda gestrice della piattaforma confermava che le offerte economiche delle ripetute imprese partecipanti erano state marcate temporalmente nel rispetto del timing di gara.

In seguito, alla seduta del 2 settembre 2019, la Commissione di gara procedeva all'apertura delle offerte in questione e ricalcolava, includendo anch'esse nel computo, la soglia di anomalia (35,469%); con la gravata determinazione dirigenziale n. 54 del 4 settembre 2019 il Comune di Casal di Principe aggiudicava la selezione alla Soc. Coop. La Cattolica che aveva offerto un ribasso del 35,399% sul prezzo a base di gara.

La ricorrente affida il gravame ai seguenti motivi di censura.

I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. – violazione e falsa applicazione degli articoli 97 comma 15 del codice degli appalti – violazione e falsa applicazione della legge 241 del 1990 – violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara - eccesso di potere – sviamento.

Il ricalcolo della soglia di anomalia operato dalla commissione sarebbe illegittimo in quanto operato in violazione dell'art. 95, co. 15 a mente del quale “ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione.... 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 ricorrente adduce che tale ricalcolo l'avrebbe pregiudicata atteso che la Ermar Costruzioni aveva effettuato un ribasso del 35,669% mentre la soglia di anomalia originaria era del 35,67% sicchè avrebbe conseguito con certezza l'affidamento dei lavori.

Ulteriore profilo di illegittimità consisterebbe nel fatto che la Commissione - avendo chiesto alle due imprese che avevano utilizzato un formato non riconosciuto di fornire i file necessari ad eseguire le verifiche – avrebbe in tal modo

condizionato la determinazione della soglia di anomalia, con la conseguente possibilità di subordinare le esclusioni automatiche alla scelta delle due imprese di aderire o meno alla richiesta istruttoria.

II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 cost – violazione e falsa applicazione degli articoli 83 comma 9 del codice degli appalti – violazione e falsa applicazione della legge 241 del 1990 – violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara - eccesso di potere – sviamento.

La scelta della Commissione di consentire la regolarizzazione delle offerte alle due imprese inizialmente escluse avrebbe anche violato l'art. 83, co. 9, del codice dei contratti che inibisce qualunque soccorso istruttorio con riferimento all'offerta economica e a quella tecnica.

Le imprese sarebbero state ammesse a ricaricare tardivamente sulla piattaforma di gara le proprie offerte, con ciò violando anche la fondamentale regola del rispetto del termine di presentazione delle offerte posto a presidio della tra i partecipanti.

III) Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. – violazione e falsa applicazione del codice dei contratti – violazione e falsa applicazione delle condizioni tassativamente prescritte dal bando e disciplinare – violazione e falsa applicazione del principio della *par condicio*.

L'errore in cui sarebbero incorsi i due operatori inizialmente esclusi sarebbe poi inescusabile, in quanto essi avrebbero potuto rilevare immediatamente la mancata allegazione del *file*; senza considerare che la legge di gara raccomandava espressamente ai partecipanti di controllare la corretta allegazione dei *file*.

IV) in via subordinata: violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. – violazione e falsa applicazione del codice dei contratti – violazione della trasparenza dell'azione amministrativa – eccesso di poter – sviamento.

Parte ricorrente ribadisce la censura per la quale la Commissione aggiudicatrice avrebbe consentito alle imprese riammesse di decidere se produrre la

documentazione relativa alle proprie offerte, pur conoscendo già il contenuto delle altre offerte e finendo per scegliere se incidere o meno sulla soglia di anomalia, favorendo selettivamente altre imprese a quel punto individuabili.

Si è costituita la controinteressata La Cattolica Soc. Coop. che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, in quanto l'accoglimento del ricorso non recherebbe alcun vantaggio alla ERMAR, atteso che la prima soglia di anomalia individuata dalla Commissione di gara (quella che non contempla le offerte delle due imprese la cui offerta era da verificare), e che diventerebbe quella applicabile in caso di accoglimento del ricorso, coincideva esattamente con la percentuale di ribasso da essa proposta con conseguente sua necessaria esclusione dalla procedura selettiva.

Nel merito la controinteressata ha replicato alle censure avversarie, contestandone il presupposto e, cioè, che le due imprese che avevano utilizzato il formato difforme da quello previsto dal Disciplinare non erano state escluse dalla Commissione ma la loro offerta era stata stralciata temporaneamente per consentire al gestore della piattaforma di verificare che esse fossero state tempestivamente trasmesse.

Si è costituito anche il Comune di Casal di Principe, sollevando la medesima eccezione di inammissibilità appena illustrata e contestando nel merito le censure attoree.

Alla camera di consiglio del 23 ottobre 2019 il Collegio ha comunicato alle parti, che non si sono opposte, la possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata e all'esito della discussione la causa è stata trattenuta in decisione.

Con la preliminarmente eccezione di inammissibilità le intime rilevano la carenza di interesse al ricorso, in quanto se esso venisse accolto la ricorrente dovrebbe essere esclusa per anomalia della propria offerta.

Il rilievo è fondato.

L'articolo 97 comma 8 del d.lgs. n. 50/21016, riprodotto dall'art. 25 del Disciplinare di gara, dispone espressamente che *"...saranno escluse automaticamente dalla gara le offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia come sopra individuata. Comunque la facoltà di esclusione automatica non sarà esercitabile se il numero delle offerte ammesse sarà inferiore a dieci"*.

Tale regola ha trovato puntuale applicazione anche nella gara per cui è causa, essendo pervenute un numero di offerte largamente superiore a dieci (113).

Ciò premesso, nel verbale della Commissione di gara del 30 agosto 2019 è riportato che era stata individuata la soglia di anomalia nella misura del 35,669 cifra esattamente corrispondente a quella indicata nell'offerta economica proposta dalla ricorrente e versata in atti (allegato n. 17 della produzione della controinteressata).

Invero, è proprio parte ricorrente che in una propria tabella in cui ha eseguito il ricalcolo della soglia di anomalia, individua la medesima soglia percentuale fissata dalla commissione, salvo poi arrotondarla a penna al 35,670, senza tuttavia spiegare le ragioni di tale arrotondamento. E infatti la legge di gara (punto 20.4 Disciplinare) prevede che *"il prezzo dovrà essere indicato in cifre impiegando soltanto due decimali...e che su tale ribasso percentuale verrà calcolata la soglia di anomalia"*. Ritiene il Collegio che l'espressione testè citata dalla legge di gara sia chiara nel senso che nessun arrotondamento avrebbe potuto essere introdotto, dovendosi avere riguardo alle prime due cifre decimali indicate nelle offerte degli operatori economici; dal che consegue che l'offerta proposta dalla ricorrente coincide effettivamente con la soglia di anomalia individuata in base al primo computo, per cui, in caso di accoglimento del ricorso, la ERMAR avrebbe dovuto essere esclusa, in linea con le previsioni di cui al menzionato art. 25 del Disciplinare.

Stando così le cose, deve quindi ravvisarsi la carenza di interesse al ricorso da cui discende la sua inammissibilità per difetto della c.d. "prova di resistenza" da parte della ERMAR che non ha dimostrato, come era suo onere fare, di essere titolare di

un interesse all'eliminazione dell'illegittimità censurata con il ricorso tale per cui se l'amministrazione non fosse incorsa nel vizio lamentato, essa si sarebbe sicuramente aggiudicata la gara (cfr. Cons. Stato, V, 26 aprile 2018, n. 2534; id., III, 17 dicembre 2015, n.5717) .

Nel caso di specie, invece, risulta esattamente il contrario in quanto se fosse stata confermata l'originaria soglia di anomalia, calcolata cioè senza considerare le offerte delle imprese che avevano impiegato il formato del file non corrispondente a quello prescritto dalla legge di gara, la ERMAR avrebbe dovuto essere addirittura esclusa dalla selezione in base alla, più volte menzionata, previsione del Disciplinare, peraltro non contestata.

Ne consegue l'inammissibilità del ricorso.

La definizione in rito del giudizio giustifica l'integrale compensazione delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Compensa integralmente le spese tra le parti costituite

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Paolo Corciulo, Consigliere

Domenico De Falco, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Domenico De Falco

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO

WWW.LAVORIPUBBLICI.IT