

Pubblicato il 16/07/2020

N. 00611/2020REG.PROV.COLL.  
N. 00292/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE  
SICILIANA**

**Sezione giurisdizionale**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 292 del 2020, proposto dalla ditta individuale Capobianco Giuseppe, in persona del legale rappresentante “pro tempore”, rappresentata e difesa dall'avvocato Danilo Colombo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

il Comune di Joppolo Giancaxio, in persona del legale rappresentante “pro tempore”, rappresentato e difeso dall'avvocato Vincenzo Caponnetto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

di Arli s.r.l., in persona del legale rappresentante “pro tempore”, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Buscaglia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per la riforma*

della sentenza del TAR della Sicilia - sezione III - n. 2979/2019, resa tra le parti, concernente gara di appalto – lavori - aggiudicazione - risarcimento del danno;

Visto il ricorso in appello, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Joppolo Giancaxio e di Arli s.r.l.;

Visto il d. P. CGA n. 273/2020 di accoglimento della istanza di misure cautelari;

Vista l'ord. collegiale CGA n. 342/2020 di accoglimento della istanza cautelare ex articoli 55 e 98 del c.p.a.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il cons. Marco Buricelli nell'udienza pubblica dell'8 luglio 2020 svoltasi con partecipazione da remoto dei magistrati ai sensi dell'art. 84, d. l. n. 18/2020 e senza discussione orale;

Considerati presenti, ai sensi dell'art. 4, comma 1, penultimo periodo del d. l. n. 28/2020, gli avvocati Danilo Colombo e Francesco Buscaglia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Viene in decisione il giudizio di appello proposto dalla ditta Capobianco Giuseppe, mandataria del RTI costituendo con la Impianti s.r.l. , contro il Comune di Joppolo Giancaxio e nei confronti della s.r.l. Arli, per la riforma della sentenza in epigrafe, resa in forma semplificata, con la quale la terza sezione del TAR della Sicilia ha respinto, con spese a carico, il ricorso n. r. g. 2238/2019 promosso dalla ditta Capobianco “per l’annullamento, previa sospensione, della determinazione dirigenziale n. 190 del 24.9.2019,

comunicata il successivo 27.9.2019, di affidamento definitivo dei “lavori di ristrutturazione dell’edificio scolastico comunale ubicato nella piazza Raffaello con utilizzo di tecniche e materiali ecocompatibili finalizzate alla riduzione del consumo energetico e alla eliminazione delle barriere architettoniche” - CIG 7972442B41, alla impresa ARLI s.r.l.; della nota prot. n. 4121 del 27.9.2019 con la quale è stata comunicata l’aggiudicazione definitiva; del verbale del 9.8.2019 di affidamento provvisorio dei lavori alla controinteressata ARLI. di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale compreso l’eventuale contratto di appalto, ove già stipulato; per l’accoglimento della domanda di conseguire l’aggiudicazione dell’appalto e la stipula del relativo contratto e, ove nelle more il contratto fosse già stipulato, (per l’accoglimento) della domanda di declaratoria di inefficacia del contratto stesso, nell’ipotesi in cui fosse stato o nelle more venisse stipulato, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121 e 122 del d. lgs. n. 104/2010, e della relativa domanda di subentro; per l’eventuale applicazione di sanzioni alternative ex art. 123 del d. lgs. n. 104/2010; e, in via subordinata, qualora non fossero conseguiti l’aggiudicazione ed il contratto, ovvero (in caso di parziale esecuzione dell’opera da parte del controinteressato o per qualunque altra causa) fosse affidata solo una parte dei lavori oggetto di gara, per l’accoglimento della domanda di condanna della P.A. al risarcimento del danno per equivalente monetario... a titolo di rifusione dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati, nella misura del 15 % dell’importo a base d’asta del contratto (di cui il 10 % per lucro cessante e il 5% per danno curriculare), ovvero nella maggiore o minore somma che risulterà in corso di giudizio, ... in ogni caso oltre a interessi legali e a rivalutazione monetaria, trattandosi di debito di valore”.

2.1. Il Comune di Joppolo Giancaxio ha indetto una gara per l’affidamento dei

lavori di ristrutturazione dell'edificio scolastico comunale indicato al p. 1., per un importo complessivo a base d'asta di € 859.404,65.

Il punto 2 della lettera d'invito, rubricato “procedura di aggiudicazione e criterio di aggiudicazione”, stabiliva che “l'aggiudicazione provvisoria sarà effettuata al minor prezzo, inferiore a quello posto a base d'asta, ai sensi dell'art. 95, comma 8, del d. lgs. n. 50/2016, (con) aggiudicazione (che pertanto) sarà effettuata a favore della ditta che praticherà il massimo ribasso percentuale sull'importo a base d'asta, al netto degli oneri per la sicurezza, mediante offerta espressa in cifra percentuale di ribasso, con 4 (quattro) cifre decimali, con 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, comma 2 e 2-bis del "Codice" ...”.

La stazione appaltante, ai fini del calcolo dell'anomalia, sulla base di quanto specificato nell'ultima pagina della lettera d'invito, recante “procedura di aggiudicazione”, ha precisato che si sarebbe attenuta a quanto disposto dall'art. 97, commi 2 e 2 bis del “nuovo” Codice degli appalti.

L'ATI Capobianco, in possesso di tutti i requisiti per la partecipazione alla gara, ha presentato un'offerta di ribasso del 28,9999%.

Alla gara hanno partecipato dieci imprese.

La commissione di gara, nella seduta del 9.8.2019, dopo avere visionato la documentazione amministrativa di tutte le ditte partecipanti, ha aperto le buste con le offerte economiche e ha avviato la procedura di calcolo della soglia di anomalia come prevede il menzionato art. 97, commi 2 e 2 bis, del Codice, così come modificato dal d. l. n. 32/2019, conv. con modificazioni nella l. n. 55/2019.

La soglia di anomalia è stata individuata nella misura percentuale del 30,28236.

La commissione di gara – prosegue la ricorrente - , “anziché aggiudicare

l'appalto all'ATI appellante che ha offerto il ribasso del 28,9999%, ovvero l'offerta che di più si avvicina per difetto alla individuata soglia di anomalia, con la determina dirigenziale n. 190 del 24.9.2019, comunicata con la nota prot. n. 4121 del successivo 27.9.2019, ha affidato l'appalto dei lavori alla Arli, che aveva offerto un ribasso del 27,5642%”.

Le risultanze di gara hanno visto prima classificata l'impresa Arli, dichiarata aggiudicataria provvisoria come da verbale di gara del 9.8.2019.

2.2. Con ricorso al TAR Sicilia spedito per la notifica il 23.10.2019 l'ATI Capobianco ha formulato un unico, articolato motivo, concernente violazione dell'art. 97, commi 2 e 2 bis, del d. lgs. n. 50/2016, come modificato dal d. l. n. 32/2019, conv. nella l. n. 55/2019, nonché violazione della lettera d'invio ed eccesso di potere per travisamento e difetto di istruttoria, segnalando, in sintesi estrema, come la commissione di gara, pur avendo correttamente operato il calcolo della soglia di anomalia, così come disciplinato dal citato art. 97, come modificato nel 2019, avrebbe errato nella individuazione dell'aggiudicatario. Infatti, l'art. 97 non ha previsto l'esclusione delle imprese che si sono collocate nelle ali. E poiché la Capobianco aveva presentato un'offerta al ribasso del 28,9999, la più vicina rispetto a quella del 30,28236%, individuata dal seggio di gara come soglia di anomalia, era la stessa Capobianco che avrebbe dovuto essere dichiarata aggiudicataria dell'appalto, e non la Arli, che aveva offerto un ribasso minore, pari al 27,5642%.

L'ATI Capobianco ha chiarito sin dall'inizio che è suo interesse primario quello di eseguire i lavori. Di qui, la domanda diretta a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del relativo contratto e, nel caso di contratto già stipulato, la domanda di declaratoria della inefficacia del contratto medesimo, ai sensi e per gli effetti di cui agli articoli 121 e 122 del c.p.a. , con richiesta di subentrare nel contratto al fine di vedere pienamente soddisfatto il

proprio interesse, leso dalla illegittima condotta della stazione appaltante.

In via subordinata, nel ricorso viene domandato il risarcimento del danno per equivalente, da quantificare – per ciò che attiene al mancato utile – nella misura del 15 % dell'importo a base d'asta del contratto (di cui il 10 % per lucro cessante e il 5% per danno curriculare).

3. Nella resistenza del Comune e della controinteressata, i quali hanno eccepito la inammissibilità del ricorso per la mancata impugnazione dell'asserita esclusione dalla procedura, e la irricevibilità del ricorso per la sua tardiva proposizione “oltre i trenta giorni decorrenti dalla data di comunicazione dell'aggiudicazione “provvisoria” disposta con il verbale del 9.8.2019”, dovendo l'azione, inoltre e in ogni caso, essere rigettata nel merito poiché infondata; il TAR, con la sentenza in forma semplificata n. 2979 del 3.-27.12.2019, prescindendo dall'esame delle suddette eccezioni, ha respinto il ricorso con condanna della impresa Capobianco alle spese.

Dopo avere richiamato la disciplina di cui all'art. 97, comma 2 bis, del Codice degli appalti, comma aggiunto dal d. l. n. 32/2019, conv. in l. n. 55/2019, il giudice di primo grado ha risolto la questione controversa, riguardante “l'effetto fittizio o meno del cd. “taglio delle ali” ... metodo di calcolo dell'anomalia diretto a eliminare fin da subito le offerte fuori mercato, disciplinato” dal citato comma 2 bis, osservando quanto segue.

“La “ratio” (della norma) è quella di contemperare l'interesse del concorrente a conseguire l'aggiudicazione formulando un'offerta competitiva con quello della stazione appaltante ad aggiudicare al minor costo senza rinunciare a standard adeguati e al rispetto dei tempi e dei costi contrattuali. Se il meccanismo del “taglio delle ali” risponde all'esigenza di porre rimedio al fenomeno delle offerte largamente e palesemente disancorate dai valori medi, presentate al solo scopo di condizionare pesantemente le medie, ciò implica

che le offerte “tagliate” non vadano reinserite nelle successive operazioni di calcolo previste dall’art. 97 del Decreto legislativo n. 50/2016 (cfr. Adunanza Plenaria, 30 agosto 2018, n. 13). Pertanto, le stazioni appaltanti escludono direttamente il concorrente ritenuto anomalo, senza che sorga la necessità di elaborare un giudizio tecnico sulla congruità dell’offerta e senza che possano essere presentate da parte dell’offerente eventuali spiegazioni sul prezzo: in tal caso, l’aggiudicatario è quello che ha presentato il prezzo più basso tra le offerte rimaste in gara, al netto del c.d. “taglio delle ali”, dopo l’applicazione dell’esclusione automatica delle offerte anomale”.

4.L’ATI Capobianco ha proposto appello con un unico, articolato motivo, intitolato “erronea interpretazione dell’art. 97 comma 2 bis del Nuovo Codice degli Appalti, così come modificato dall’articolo 1, comma 20, lettera u), numero 1), del D.L. 18 aprile 2019, n. 32 (“Decreto Sblocca Cantieri”), convertito con modificazioni dalla Legge 14 giugno 2019, n. 55”.

Con esso si sottolinea in particolare come l’art. 97, al comma 2 bis, non parli di esclusione automatica delle imprese la cui offerta si è collocata nelle ali, ma solo di “offerte da accantonare”, senza fare cenno alcuno a ”provvedimenti espulsivi”. Il verbale di gara del 9.8.2019 non contiene alcun provvedimento di esclusione dell’offerta ma solo una errata individuazione dell’offerta vincente. Su una fattispecie identica il TAR Catania, con la sent. n. 610/2020, ha fornito una lettura corretta della novella legislativa, in ordine al carattere “fittizio”, e non reale, del c. d. “taglio delle ali”. Il meccanismo del c. d. “taglio delle ali” è solo virtuale. Detta operazione non comporta “de plano” l’esclusione automatica dalla gara delle imprese che abbiano presentato offerte ricadenti nelle “ali”, ma implica unicamente l’accantonamento temporaneo di dette offerte dal calcolo della soglia di anomalia a fini prudenziali, in vista della determinazione della soglia di anomalia medesima.

Di qui, la domanda di riforma della sentenza, anche nella parte in cui è stata disposta la condanna della ricorrente alle spese.

L'appellante ha confermato il proprio perdurante interesse primario a eseguire i lavori: dal che, la domanda diretta a ottenere l'aggiudicazione dell'appalto e la stipulazione del relativo contratto e, nel caso di contratto già stipulato, la domanda di declaratoria della inefficacia del contratto medesimo e di subentro nei lavori.

In ogni caso, nell'atto di appello si chiede che il risarcimento del danno sia disposto per la quota dei lavori che non è stata eseguita, nella misura del 10% dell'importo dell'appalto non eseguito, oltre al danno curriculare, che viene quantificato nella misura del 5% della frazione dell'importo stabilito a base d'asta.

In via subordinata viene chiesto al CGA, ai sensi dell' art. 34, quarto comma, del c.p.a., che siano stabiliti criteri ai fini di una proposta risarcitoria del Comune a favore della ricorrente entro un congruo termine.

La ditta Capobianco, in definitiva, punta al subentro nel contratto.

Solo se le fosse negato il risarcimento del danno in forma specifica, l'ATI appellante chiede che le venga accordato il risarcimento per equivalente, da quantificarsi nel 10% del valore del contratto, oltre al 5% per danno curriculare, fermo restando che, ove i lavori siano stati parzialmente eseguiti dalla controinteressata, e l'affidamento all'appellante non possa che riguardare soltanto una parte dei lavori oggetto di gara, dovrà comunque essere accolta la domanda di condanna del Comune al risarcimento per equivalente, commisurata alla quota parte dei lavori compiuti dalla controinteressata, con liquidazione del danno anche attraverso i criteri di cui all'art. 34, comma 4, del c.p.a. .

Viene chiesta, infine, la distrazione delle spese relative a entrambi i gradi del



giudizio “in favore del procuratore che si dichiara antistatario”.

5. Alle prospettazioni di parte appellante resistono sia il Comune e sia l'appellata ARLI.

In particolare, l'impresa appellata ha eccepito la irricevibilità del ricorso di primo grado, avuto riguardo alla tardiva proposizione del ricorso medesimo oltre i trenta giorni decorrenti dalla data della comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria, disposta con il verbale del 9.8.2019.

Arlì ha anche eccepito la inammissibilità del ricorso di primo grado a causa della mancata impugnazione del presupposto atto di esclusione asseritamente adottato con il verbale di gara n. 2 del 9.8.2019.

Ancora, l'impresa appellata ha eccepito la inammissibilità del gravame in quanto meramente reiterativo delle censure formulate in primo grado e, dunque, proposto in violazione dell'obbligo di specificità dei motivi d'appello e di necessaria correlazione tra le censure dedotte e le argomentazioni logico giuridiche svolte in sentenza.

Nel merito, Arli ha controdedotto segnalando come i lavori siano in rapido stato di esecuzione.

Anche il Comune si è costituito, si è difeso nel merito e ha concluso chiedendo il rigetto dell'appello.

6. La domanda di misure cautelari è stata accolta sia, dapprima, con il d. P. CGA n. 273/2020, pronunciato ai sensi dell'art. 84 del d. l. n. 18/2020, e sia, in seguito, con l'ordinanza collegiale n. 342/2020, emessa da questo CGA ai sensi degli articoli 55 e 98 del c.p.a. .

Il d. P. n. 273/20 è stato motivato come segue: a un sommario esame “il ricorso evidenzia ”*fumus boni iuris*“ in quanto:

a) non pare allo stato tardivo il ricorso di primo grado perché:

(i) non risultava nessun rappresentante dell'impresa ricorrente presente alla

seduta del 9.8.2019 in cui è stata determinata la soglia di anomalia e disposta l'aggiudicazione "provvisoria";

(ii) nella seduta del 9.8.2019 è stato operato un calcolo della soglia di anomalia ma non è stata disposta nessuna formale esclusione della impresa ricorrente;

(iii) il termine di ricorso decorreva dalla comunicazione della aggiudicazione "definitiva" (recte: aggiudicazione tout court) e non dalla conoscenza dell'aggiudicazione "provvisoria" (recte: proposta di aggiudicazione) o dal momento anteriore del pieno accesso agli atti e in entrambi i casi il ricorso sembra tempestivo atteso che l'aggiudicazione definitiva risulta essere stata comunicata il 27.9.2019 e il ricorso di primo grado risulta essere stato spedito per la notificazione il 23.10.2019;

b) la disciplina del "taglio delle ali" al fine del calcolo della soglia di anomalia è sempre stata pacificamente interpretata (sia nel vigore del d.lgs. n. 163/2006 che nel vigore del d.lgs. n. 50/2016) nel senso che le offerte incluse nel taglio delle ali sono "provvisoriamente accantonate" e non definitivamente escluse, mentre potranno essere escluse successivamente solo se presentano un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia (in tal senso anche la plenaria n. 13/2018);

c) nel caso di specie la stazione appaltante ha proceduto al calcolo della soglia di anomalia ai sensi dell'art. 97 comma 2-bis d.lgs. n. 50/2016 come segue:

(i) essendovi 8 offerte ammesse, ha proceduto al taglio delle ali con riferimento alle due offerte estreme, calcolando la media dei ribassi avuto riguardo alle sei residue offerte;

(ii) la soglia è risultata essere pari a 30,28236;

(iii) il seggio di gara ha tuttavia "definitivamente escluso" e non solo "provvisoriamente accantonato" le due offerte estreme, tra cui quella di parte ricorrente, presentante il maggior ribasso pari a 28,9999, e ha aggiudicato

all'offerta di Arli s.r.l. che ha presentato il secondo migliore ribasso pari a 27,5642;

d) il procedimento di calcolo della soglia di anomalia posto in essere dal seggio di gara sembra presentare un errore concettuale laddove per calcolare lo scarto medio utilizza solo tre offerte superiori alla media dei ribassi, e non invece quattro offerte (ossia non include nel calcolo dello scarto medio l'offerta della ricorrente odierna); tuttavia tale errore concettuale non incide ai fini delle successive operazioni e non inficia il risultato di cui all'art. 97 comma 2-bis) lett. d), per cui effettivamente la soglia di anomalia risulta essere pari a 30,28236;

e) in tale contesto fattuale, non può essere ritenuta anomala ed essere automaticamente esclusa l'offerta di parte ricorrente che presenta un ribasso inferiore alla soglia di anomalia;

f) vanno pertanto sospese l'esclusione, l'aggiudicazione, la stipulazione e l'esecuzione del contratto....p.q.m. accoglie e per l'effetto sospende i provvedimenti di esclusione e aggiudicazione, nonché la stipulazione e l'esecuzione del contratto...”.

Analogamente, la struttura motivazionale che sorregge l'ordinanza cautelare collegiale di accoglimento n. 342/2020, con la quale questo Consiglio ha ritenuto inoltre di dover, “ai fini delle determinazioni da assumere, in sede di merito, sulle sorti del contratto ... acquisire documentati chiarimenti, a opera dell'Amministrazione interessata, sul preciso stato di esecuzione raggiunto dalla commessa (il documento elettronico pur depositato agli atti sullo stato di avanzamento dei lavori non risulta invero materialmente consultabile)...”, e ha quindi richiesto all'Amministrazione i chiarimenti suindicati da rendere, con relazione corredata di documenti, entro il 20.5.2020.

7. In prossimità dell'udienza di discussione del ricorso, fissata per l'8.7.2020, la

parte appellante ha presentato una succinta memoria con la quale, oltre a rinviare, in punto fondatezza dell'appello e tempestività del ricorso di primo grado, a quanto scritto nelle precedenti difese, e ai provvedimenti cautelari favorevoli di questo CGA; in ordine alla domanda di subentro ha rammentato che il Comune, nell'ottemperare alla richiesta istruttoria contenuta nella ordinanza cautelare n. 342/2020, ha depositato una relazione del Settore Tecnico, prot. n. 1859 del 14.5.2020, nella quale si è dato atto "... che in data 11.5.2020 il Direttore dei lavori ha redatto il libretto delle misure a tutto il 16.3.2020 e redatto il 1° SAL dei lavori che ammontano ad €. 72.656,80 di cui vengono detratti gli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso pari a €. 6.246,52 e per l'importo a base d'asta di €. 66.410,28 soggetto a ribasso d'asta del 27,5642% e per un importo netto di €. 48.104,82 che sommati agli oneri di sicurezza sommano complessivamente €. 54.351,34 , per i lavori svolti fino alla sospensione ...". "Ne consegue – ha precisato la ditta Capobianco - che è stato acclarato che la controinteressata ha svolto solo in minima parte i lavori ... Detti lavori, in base a quanto riferito in tale relazione, in ragione dell'aggiornamento al Nuovo Codice degli Appalti e al prezzario del 2019, ammontano ad un importo "... di €. 1.065.000,00 di cui €. 859.404,65 per lavori compresi €.73.885,62 per oneri di sicurezza ed €. 205.595,35 per somme a disposizione dell'Amministrazione ...".

8.All'udienza dell'8.7.2020, svoltasi in video conferenza mediante collegamento da remoto come previsto dagli articoli 4 del d. l. n. 28/2020 e 84 del d. l. n. 18/2020, la causa è stata trattenuta in decisione, venendo considerati presenti i difensori dell'appellante e dell'appellata Arli, ai sensi dell'art. 4, comma 1, penultimo periodo del d. l. n. 28/2020.

9. Il Collegio, nel condividere le considerazioni, in rito e nel merito, formulate nei menzionati provvedimenti, presidenziale, n. 273/20, e collegiale, n. 342/20,

di accoglimento della istanza di misure cautelari, ritiene che l'appello sia fondato e vada accolto, che la sentenza vada riformata e che, per l'effetto, l'aggiudicazione impugnata debba essere annullata, con conseguente dichiarazione della inefficacia del contratto, obbligo della, e ordine alla, stazione appaltante, di aggiudicare l'appalto di lavori all'appellante, e subentro della impresa Capobianco nel contratto.

Ritiene inoltre che, considerata l'impossibilità sopravvenuta (parziale), per l'impresa Capobianco, di ottenere tutela in forma specifica, il Comune vada condannato a risarcire il danno per equivalente sofferto dall'appellante limitatamente al "segmento" di lavori, che avrebbe dovuto essere affidato alla impresa Capobianco sin dall'origine, ma che è già stato realizzato dalla impresa Arli, tenuto conto dello stato di avanzamento indicato nella relazione del 14.5.2020 del Settore Tecnico del Comune, richiamata sopra al p. 7.

9.1. In rito, anzitutto, in ordine alla questione di (ir)ricevibilità del ricorso di primo grado, diversamente da quanto sostengono le parti appellate, per le quali il ricorso di prime cure sarebbe tardivo poiché proposto oltre il termine di 30 giorni decorrente dalla data della comunicazione dell'aggiudicazione ("provvisoria"), disposta con il verbale del 9.8.2019; e conformemente a quanto statuito da questo Consiglio nella fase cautelare con il d. P. n. 272/2020 e con l'ord. coll. n. 342/2020:

-nella seduta del 9.8.2019 – alla quale, tra l'altro, non ha partecipato nessun rappresentante della impresa ricorrente – è stato operato il calcolo della soglia di anomalia, è stata disposta l'aggiudicazione (già) provvisoria ("recte", la proposta di aggiudicazione) senza che, però, venisse decisa alcuna formale esclusione della ricorrente dalla gara;

-il termine per ricorrere decorreva dalla comunicazione della aggiudicazione "definitiva" ("recte": aggiudicazione "tout court") e non dalla conoscenza

dell'aggiudicazione "provvisoria" ("recte", proposta di aggiudicazione), sì che il ricorso è da considerarsi tempestivo atteso che l'atto del 24.9.2019, avente valore di aggiudicazione definitiva – la sola a dover essere fatta oggetto di esplicita impugnazione - è stato comunicato alla ricorrente il 27.9.2019, facendo così decorrere da tale momento il termine per la proposizione del ricorso di primo grado, atto introduttivo del giudizio che è stato spedito per la notificazione il 23.10.2019, dunque in termini;

-quanto al profilo ulteriore di tardività sollevato da Arli, secondo cui, stando a quanto dispone l'art. 33 del d. lgs. n. 50/2016, decorsi 30 giorni dalla proposta di aggiudicazione la stessa si intende comunque implicitamente approvata sicché, nella specie, trascorsi 30 giorni dalla data (9.8.2019) della formulazione della proposta di aggiudicazione, la stessa doveva considerarsi approvata in via definitiva sin dall'8.9.2019, con conseguente tardività del ricorso, passato per la notifica soltanto il 23.10.2019; è corretto l'assunto di parte appellante per il quale, quella che si forma con il silenzio dell'Amministrazione è l'approvazione della proposta di aggiudicazione e non l'aggiudicazione in sé medesima. Appare esatto in particolare il richiamo a Cons. Stato, sez. V, sent. n. 2148/2020 (ivi, riferimenti giurisprudenziali ulteriori) in base al quale, in primo luogo, l'aggiudicazione "tout court", o aggiudicazione definitiva, provvedimento conclusivo della procedura, non è un atto meramente consequenziale rispetto ai precedenti atti del procedimento, costituendo invece una "autonoma manifestazione di volontà dell'amministrazione appaltante resa all'esito della verifica della proposta di aggiudicazione" prevista dall'art. 32, comma 5 del d. lgs. n. 50/2016; e in secondo luogo la disposizione di cui all'art. 33, comma 1, del medesimo decreto n. 50/16, sulla approvazione della proposta di aggiudicazione, "regola in realtà il rapporto tra l'attività del ... seggio di gara (che formula la proposta) e l'amministrazione appaltante (che

deve verificare e controllare la regolarità e la legittimità del procedimento, formulando eventualmente osservazioni o chiedendo chiarimenti), così (che) l'approvazione "per silentium" della proposta impedisce l'ulteriore attività della commissione e consuma il potere di controllo dell'amministrazione, ma non trasforma automaticamente la proposta di aggiudicazione (ormai definitiva) in aggiudicazione...";

-in definitiva, nel caso in esame, trascorsi 30 giorni dalla proposta di aggiudicazione, non si era formata l'aggiudicazione (definitiva), né tantomeno detta aggiudicazione si era perfezionata in data 9.8.2019 in occasione della proposta di aggiudicazione (sì che perde rilievo il richiamo di ARLI alla violazione dell'art. 120 del c.p.a. là dove si fa decorrere il termine per impugnare dall'avviso di aggiudicazione definitiva).

E' solo con la determinazione dirigenziale del 24.9.2019, la cui emissione è stata comunicata alla ricorrente con nota in data 27.9.2019, che è iniziato a decorrere il termine di decadenza per impugnare (conf. d. P. CGA n. 273/20 e ord. coll. CGA n. 342/20, citati).

9.2.Quanto alla eccepta inammissibilità del ricorso di primo grado a causa della mancata impugnazione del presupposto atto di esclusione, asseritamente adottato con il verbale di gara n. 2 del 9.8.2019, a differenza di ciò che ritengono le appellate, il seggio di gara, nel procedimento di individuazione della soglia di anomalia, non ha inteso, in modo formale e univoco, escludere la Capobianco dalla procedura; non ha disposto alcuna formale esclusione delle offerte ricadenti nelle ali (conf., l'ord. cautelare CGA n. 342/20).

In ottemperanza a ciò che dispone l'art. 97, comma 2 bis, del d. lgs. n. 50/2016, il quale, alla lett. a), come si dirà meglio "infra", al p. 9.4., non dispone affatto una esclusione definitiva delle offerte che ricadono nelle ali ma prevede unicamente l'accantonamento del 10% dei ribassi collocati nell'ala

superiore ed inferiore, nella seduta del 9.8.2019, il cui verbale non contiene traccia dell'esclusione della impresa Capobianco, il seggio di gara si è limitato ad accantonare l'offerta della ricorrente conformemente a quanto stabilito dal citato comma 2 bis (non avvedendosi, però, del fatto che era la stessa Capobianco, l'offerta della quale rientrava nell'ala superiore, ad avere proposto il ribasso che più si avvicinava alla soglia di anomalia – su questo punto di merito v. più ampiamente sotto, al p. 9.4 - , così che, in definitiva, nella vicenda non viene in considerazione alcuna esclusione dalla procedura disposta dal seggio di gara il 9.8.2019 e neppure viene in questione l'applicazione dell'art. 76, comma 5/b) del codice degli appalti.

9.3. Ugualmente infondata e da respingere, infine, è l'eccezione di Arli di inammissibilità del gravame in quanto asseritamente reiterativo delle censure formulate in primo grado e, quindi, proposto in violazione dell'obbligo di specificità dei motivi d'appello e di necessaria correlazione tra le censure dedotte e le argomentazioni logico giuridiche svolte dal giudice di primo grado a sostegno della decisione impugnata.

Al riguardo, il Collegio osserva che, da un raffronto tra la sentenza impugnata, i cui passaggi motivazionali più salienti sono stati riprodotti sopra, al p. 3., e i motivi di appello, sintetizzati sopra, al p. 4., emerge che le censure formulate dalla impresa Capobianco appaiono tutt'altro che generiche e, anzi, sono specifiche e puntuali, basandosi su una interpretazione del comma 2 bis del citato art. 97 secondo cui, all'opposto di quanto ritenuto in sentenza e ribadito dalle parti appellate, per le quali verrebbe in gioco una esclusione automatica e diretta della offerta rientrante nel c. d. taglio delle ali, si fa questione invece di un semplice accantonamento temporaneo delle offerte, come quella della Capobianco, collocate nell'ala superiore. Viene distintamente in discorso la natura fittizia, o virtuale, e non reale, del c. d. taglio delle ali, sì che la suesposta



eccezione di inammissibilità del gravame va senz'altro respinta.

9.4. Sul merito, nel rimandare, per un riepilogo dei termini della questione, a quanto esposto sopra ai punti da 2. a 5. ; diversamente da quanto ritenuto in sentenza, e conformemente a quanto ribadito dalla impresa Capobianco, è corretto l'assunto di parte appellante, condiviso da questo Consiglio con i provvedimenti cautelari, presidenziale e collegiale, sopra specificati, in base al quale l'art. 97, comma 2-bis, del Codice degli Appalti, disposizione aggiunta dal d. l. n. 32/2019, conv. con modificazioni in l. n. 55/2019, ha previsto non l'esclusione delle imprese che si sono collocate nelle ali, ma soltanto un accantonamento, provvisorio, delle relative offerte.

Il citato comma 2 bis dell'art. 97 ("Offerte anormalmente basse") del codice degli appalti, comma aggiunto dall'articolo 1, comma 20, lettera u), numero 1), del d. l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, dispone che "Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e il numero delle offerte ammesse è inferiore a quindici, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; ai fini della determinazione della congruità delle offerte, al fine di non rendere predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia, il RUP o la commissione giudicatrice procedono come segue:

a) calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;

- b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a);
- c) calcolo del rapporto tra lo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b) e la media aritmetica di cui alla lettera a);
- d) se il rapporto di cui alla lettera c) è pari o inferiore a 0,15, la soglia di anomalia è pari al valore della media aritmetica di cui alla lettera a) incrementata del 20 per cento della medesima media aritmetica;
- e) se il rapporto di cui alla lettera c) è superiore a 0,15 la soglia di anomalia è calcolata come somma della media aritmetica di cui alla lettera a) e dello scarto medio aritmetico di cui alla lettera b)”....

Il “taglio delle ali” rientra tra le operazioni prodromiche alla individuazione della soglia di anomalia.

Il comma 2 bis non parla di esclusione automatica e diretta delle concorrenti le offerte delle quali siano collocate nelle ali, ma soltanto di offerte da accantonare (“dette offerte sono altresì da accantonare...”); non fa riferimento a esclusioni automatiche e dirette delle offerte “collocate nelle ali”.

Del resto, alla esclusione di una offerta si può ricorrere solo qualora la legge lo preveda espressamente.

Se il legislatore avesse voluto disporre l’esclusione reale e non fittizia delle offerte estreme, avrebbe dovuto esplicitarlo chiaramente, ma non l’ha fatto, e ciò, verosimilmente, anche per favorire, nei limiti del possibile, un maggiore risparmio per le stazioni appaltanti.

D’altronde, la disciplina del c. d. taglio delle ali ai fini del calcolo della soglia di anomalia è sempre stata interpretata (nel vigore sia del d. lgs. n. 163/2006 e sia del d. lgs. n. 50/2016) nel senso che le offerte investite dal taglio delle ali sono, con ciò, solo “provvisoriamente accantonate”, e non già escluse, potendo essere escluse successivamente solo ove presentino un ribasso pari o superiore

alla soglia di anomalia.

In particolare, l'Adunanza plenaria, con la sent. n. 13/2018, sia pure sulla (diversa) questione se le offerte tagliate debbano o meno essere reinserite nelle successive operazioni di calcolo previste dal citato art. 97, ha fatto chiaro riferimento alla circostanza che le offerte interessate dal taglio debbano essere "accantonate" (e quindi non escluse dalla gara), ai fini delle successive operazioni coinvolte nel calcolo della anomalia.

Ancora, in giurisprudenza, "Il metodo di calcolo della c. d. soglia di anomalia è composto da una serie di operazioni ... Ai fini del calcolo, la disposizione prevede l'accantonamento dal calcolo di quelle offerte che si collocano sui margini estremi del gruppo, così percentualmente definiti. Si presume infatti che le offerte che si collocano in queste fasce estreme possano corrispondere non tanto ad una reale intenzione di contrarre, quanto all'obiettivo di condizionare la determinazione della media stessa e dunque della soglia di anomalia (c. d. offerte di appoggio): per questa ragione di prevenzione di un'ipotetica turbativa esse sono prudenzialmente accantonate dal calcolo e dunque temporaneamente private di effetto, salva restando la loro successiva verifica, ai fini della effettiva esclusione dalla gara, rispetto al risultato del calcolo stesso" (così Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4803 del 2017, p. 4.2.).

Non viene dunque in gioco una esclusione, automatica e diretta, della offerta rientrante nel "taglio delle ali".

Il meccanismo del taglio delle ali, così come regolamentato dal citato comma 2 bis, ha carattere fittizio e non reale, nel senso che tale operazione è solo virtuale e non comporta "de plano" l'esclusione automatica dalla gara delle imprese che abbiano presentato offerte ricadenti nelle "ali". Esso implica unicamente l'accantonamento temporaneo di dette offerte dal calcolo della soglia di anomalia a fini prudenziali, in vista della individuazione della soglia di

anomalia medesima.

Nel caso di specie, la stazione appaltante ha proceduto al calcolo della soglia di anomalia ai sensi dell'art. 97 comma 2-bis del d. lgs. n. 50/2016 come segue (conf. d. P. CGA n. 273/20):

- essendovi otto offerte ammesse, ha proceduto al taglio delle ali con riferimento alle due offerte estreme, calcolando la media dei ribassi avuto riguardo alle sei residue offerte;
- la soglia è risultata essere pari a 30,28236;
- il seggio di gara ha correttamente calcolato la soglia di anomalia errando però nell'individuare l'aggiudicataria. Esso ha, infatti, "definitivamente escluso" e non solo "provvisoriamente accantonato" le due offerte estreme, tra cui quella di parte ricorrente, che presentava il maggior ribasso pari a 28,9999, e ha aggiudicato i lavori alla offerta di Arli, che presentava il secondo migliore ribasso, pari a 27,5642;
- in tale contesto, non poteva essere considerata anomala ed essere automaticamente e direttamente esclusa l'offerta di parte ricorrente la quale, come detto, era "la prima delle offerte non anomale", l'offerta più vicina, per difetto, alla soglia di anomalia individuata, non superiore però alla soglia stessa;
- la stazione appaltante ha, di fatto – anche se non in via formale (v. sopra, p. 9.2.) – esclusa, anziché soltanto accantonata in via provvisoria, l'offerta della ricorrente che, pure, presentava il maggior ribasso, pari al 28,9999 sempre, però, inferiore alla soglia di anomalia individuata, giungendo infine alla aggiudicazione a favore dell'offerta del secondo miglior ribasso, quello di Arli, pari al 27,5642%;
- appare dunque evidente che l'offerta della ricorrente non poteva essere reputata anomala e venire automaticamente esclusa;
- ove l'Ente avesse legittimamente e correttamente operato, a quanto consta, e

allo stato, l'impresa Capobianco si sarebbe aggiudicata l'appalto.

9.5. Dalle considerazioni esposte sopra discende l'accoglimento dell'appello e, in riforma della sentenza impugnata, l'accoglimento del ricorso di primo grado e l'annullamento dell'aggiudicazione disposta a favore di Arli, con la conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto tra Arli e stazione appaltante, in base a quanto dispone l'art. 122 del c.p.a., limitatamente alle prestazioni (in gran parte) ancora da eseguire alla data della pubblicazione della presente sentenza, e con l'obbligo per la stazione appaltante di riprovvedere sulla procedura alla luce delle statuizioni contenute in questa sentenza, e di disporre l'aggiudicazione della gara, sussistendone le condizioni, a favore della impresa Capobianco, entro 30 giorni dalla comunicazione in via amministrativa della presente sentenza ovvero dalla notificazione della stessa, se anteriormente avvenuta.

Come rammentato al p. 4., l'interesse dell'appellante è rivolto sia alla aggiudicazione che alla stipulazione del contratto con l'amministrazione comunale e alla esecuzione dei lavori in termini tali da riuscire a vedere pienamente soddisfatto il proprio interesse lesa dalla illegittima condotta del Comune.

Si dispone pertanto che, non appena interverrà l'aggiudicazione, l'impresa appellante subentri nel contratto con la stazione appaltante.

Inoltre, in applicazione dell'art. 124 del c.p.a., venendo in questione a quanto consta una fattispecie c. d. "a risultato garantito", caratterizzata cioè dal raggiungimento della prova positiva della certezza dell'aggiudicazione dei lavori a favore dell'appellante, il Collegio ritiene di dover disporre il risarcimento del danno per equivalente in favore dell'appellante medesima, con riferimento al pregiudizio sofferto, consistente nel mancato utile, a causa dell'illegittimo omesso affidamento e svolgimento dei lavori per il periodo, e

l'entità, in cui i lavori stessi sono stati illegittimamente affidati ed eseguiti dalla società appellante, sulla base di quanto riferito dal Settore Tecnico del Comune con la relazione prot. n. 1859 del 14.5.2020, in atti.

Da essa si ricava che i lavori per cui è causa sono stati effettuati soltanto in minima parte (v. relazione cit., sintetizzata sopra al p. 7.).

In proposito, in tema di elemento soggettivo, oltre alla presunzione di colpevolezza in capo alla stazione appaltante, presunzione vincibile attraverso la dimostrazione della scusabilità dell'errore, nella specie insussistente, viene in considerazione la sent. CGUE 30.9.2010 - Stadt Graz – C 314-09, che ha escluso rilevanza all'elemento soggettivo della colpa ai fini della tutela risarcitoria in materia di appalti (conf. Cons. Stato, Ad. plen., n. 2/2017, p. 35., cui si rinvia).

Circa l'ammontare del risarcimento per equivalente, sempre riferito al “segmento di appalto sottratto alla legittima aggiudicataria”, il Collegio, richiamata nuovamente la sent. Ad. plen. n. 2/2017, p. 41, cui si rinvia anche ai sensi degli articoli 60, 74, 88, comma 2, lett. d) e 120, comma 10, del c. p. a., rammenta che il mancato utile “spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questo dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di tale dimostrazione, può presumersi che l'impresa abbia riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori ovvero che avrebbe potuto riutilizzare, usando l'ordinaria diligenza dovuta al fine di non concorrere all'aggravamento del danno, a titolo di “aliunde perceptum vel percipiendum” (così A. P. n. 2/17 cit.).

Nella specie, sulla base di prove per presunzioni il risarcimento per equivalente va stabilito in ragione del 5% commisurato all'importo posto a base d'asta,

diminuito della percentuale di ribasso contenuta nella offerta della ricorrente, qualora, come in questo caso avviene, l'impresa appellante non abbia dimostrato l'assenza dell' "aliunde perceptum vel percipiendum".

Alla somma che sarà così determinata dovranno essere aggiunti rivalutazione e interessi secondo quanto stabilito al p. 47. della sent. A. P. n. 2/2017.

Il danno curriculare invece non spetta, posto che l'impresa ricorrente è destinata a subentrare nel contratto e nella esecuzione del restante, "ampio segmento" di lavori che costituiscono l'oggetto dell'appalto.

Al pagamento della somma liquidata l'amministrazione dovrà provvedere entro 60 giorni dalla comunicazione in via amministrativa della presente decisione o dalla notificazione della stessa - se anteriore - , a istanza di parte.

Scaduto infruttuosamente tale termine, senza che in tutto o in parte sia stata prestata ottemperanza alla sentenza, il Prefetto di Agrigento designerà, entro dieci giorni dal ricevimento di apposita richiesta scritta da parte della impresa interessata, un funzionario munito di adeguata professionalità affinché provveda, quale commissario "ad acta", a tutto quanto necessario per l'esautiva ottemperanza al giudicato in questione, entro 60 giorni decorrenti dalla nomina.

Il commissario "ad acta" potrà accedere agli atti della amministrazione ed avvalersi dei relativi apparati burocratici.

9.6. In conclusione, l'appello è fondato e va accolto per le ragioni, nei termini e con gli effetti esposti in motivazione (v. specialmente pp. 9.4. e 9.5.).

Tuttavia, nonostante l'esito della impugnazione, taluni profili di novità della vicenda giustificano in via eccezionale la compensazione delle spese e dei compensi del doppio grado del giudizio per la metà tra l'appellante e le parti appellate.

Per la restante metà le spese e i compensi del doppio grado seguono la

soccombenza e si liquidano nel dispositivo, a favore del difensore dell'appellante, dichiaratosi antistatario.

#### P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie per le ragioni e nei termini specificati in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata:

-accoglie il ricorso di primo grado e annulla l'aggiudicazione disposta dalla stazione appaltante;

-dichiara la inefficacia del contratto stipulato tra la stazione appaltante e la società Arli in seguito all'aggiudicazione dichiarata illegittima, e ciò a decorrere dalla nuova aggiudicazione che la stazione appaltante è tenuta a disporre a favore dell'appellante entro 30 giorni dalla notificazione della presente sentenza ovvero dalla comunicazione in via amministrativa della stessa, se anteriormente eseguita;

-in applicazione degli articoli 121 e seguenti del c.p.a., dispone il subentro della impresa Capobianco nel contratto con la stazione appaltante non appena l'appellante sarà dichiarata aggiudicataria;

-in applicazione dell'art. 124 del c.p.a., dispone il risarcimento del danno per equivalente in favore dell'appellante, con riferimento al pregiudizio sofferto a causa dell'illegittimo mancato affidamento e svolgimento dei lavori per il periodo, e l'entità, in cui i lavori stessi sono stati illegittimamente affidati e svolti dalla società appellante, alla stregua di quanto specificato sopra ai punti 7. , 9.4. e 9.5. della motivazione, in ragione del 5% commisurato all'importo posto a base d'asta, diminuito della percentuale di ribasso contenuta nella offerta della ricorrente, oltre agli accessori, somma al cui pagamento l'amministrazione va condannata entro 60 giorni, fatta salva la nomina del



commissario “ad acta”, come da motivazione.

-dichiara compensate tra le parti per la metà le spese e i compensi del doppio grado del giudizio;

-per la restante metà condanna l'amministrazione e la società Arli a rimborsare all'appellante le spese e i compensi del doppio grado del giudizio, che si liquidano nella misura complessiva di € quattromila/00 (€ 4.000/00), oltre agli accessori come per legge. Le spese vanno ripartite in misura uguale tra le parti soccombenti. Se ne dispone la distrazione a favore del difensore dichiaratosi antistatario.

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

Dispone inoltre che la sentenza sia comunicata in via telematica alla Prefettura di Agrigento in vista della eventuale nomina del commissario “ad acta”.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio dell'8 luglio 2020 svoltasi da remoto in video conferenza con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Nicola Gaviano, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere, Estensore

Giambattista Bufardecì, Consigliere

Antonino Caleca, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Marco Buricelli**

**IL PRESIDENTE**  
**Rosanna De Nictolis**

**IL SEGRETARIO**