

Pubblicato il 21/09/2020

N. 00320/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00244/2020 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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 244 del 2020, proposto da

Edil Valle S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Riccardo Lutrario, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Isola Del Liri, p.zza Ss. Triade 8;

contro

Comune di Balsorano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Roberto Colagrande, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in L'Aquila, via V. Veneto 11;

nei confronti

Cardi Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentato e difeso dall'avvocato Giancarlo Di Biase, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della Determinazione n. 123.T del 7.07.2020 “Procedura aperta con R.D.O. su piattaforma MEPA per l'affidamento dei lavori di messa in sicurezza della discarica di R.S.U. dismessa ubicata in località “Ricoppo” – Rettifica determina n. 39.T del 13/02/2020 di aggiudicazione provvisoria”; nonché per la condanna al risarcimento del danno ingiusto subito dalla ricorrente per effetto dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Balsorano e di Cardi Costruzioni S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 settembre 2020 il dott. Giovanni Giardino 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 in epigrafe la ricorrente Edil Valle s.r.l. insorge avverso la determina n.123.T in data 7 luglio 2020, con cui l'amministrazione resistente ha revocato la determina n. 39/T del 13.2.2020 di aggiudicazione provvisoria disposta in suo favore per l'affidamento dei lavori di messa in sicurezza della discarica di R.S.U. dismessa ubicata in località “Ricoppo” ed ha aggiudicato in via provvisoria l'appalto alla controinteressata Cardi Costruzioni s.r.l..

Si sono costituite l'Amministrazione intimata e la controinteressata resistendo al ricorso ed instando, in punto di rito, per l'inammissibilità del ricorso e

chiedendone nel merito la reiezione in quanto infondato.

Alla camera di consiglio del 17 settembre 2020 il ricorso, è stato trattenuto in decisione nelle forme di cui all'art. 60 c.p.a..

In via preliminare, seguendo la tassonomia propria delle questioni, in ordine logico è prioritario l'esame della eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalla controinteressata e dalla resistente.

L'eccezione è meritevole di positivo apprezzamento.

In termini generali deve rilevarsi che l'art. 32 del d.lgs. n. 50 del 2016 non contempla più l'atto di aggiudicazione provvisoria distinguendo solo tra la *'proposta di aggiudicazione'*, che è quella adottata dal seggio di gara, ai sensi dell'art. 32, comma 5 e l'*'aggiudicazione'* tout court che è il provvedimento conclusivo di aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, V, 15 marzo 2019, n. 1710; Cons. Stato, V, 10 ottobre 2019 n. 6904).

Nella fattispecie, il gravame ha ad oggetto la determinazione con cui la stazione appaltante ha revocato la precedente aggiudicazione provvisoria (*rectius* proposta di aggiudicazione) in favore della ricorrente ed ha, all'esito di una più approfondita istruttoria, aggiudicato in via provvisoria (*rectius* proposto di aggiudicare) alla odierna controinteressata l'appalto. Come ribadito anche di recente da questo TAR, *"nel nuovo Codice degli appalti, la proposta di "aggiudicazione" costituisce un atto endoprocedimentale e, come tale, non soggetto ad autonoma impugnazione"* (TAR Abruzzo, L'Aquila, 5.6.2020, n. 212; TAR Abruzzo, L'Aquila, 23.6.2020, n. 240).

Ebbene, atteso che l'art. 204 del nuovo Codice Appalti sancisce espressamente l'inammissibilità della impugnazione della proposta di aggiudicazione di cui agli artt. 32 e 33 del medesimo d.lg. n. 50 del 2016 in quanto atto privo di lesività essendo destinato ad essere superato dall'aggiudicazione, ne consegue la fondatezza della dedotta censura.

Ciò chiarito, anche ove si volesse prescindere da tale assorbente profilo in punto di rito, il ricorso è, comunque, infondato nel merito.

Non hanno pregio le deduzioni di parte ricorrente contenute nel primo motivo di ricorso in ordine all'applicazione del meccanismo del "taglio delle ali" che, a suo giudizio, avrebbe dovuto comportare l'esclusione definitiva dalla gara della controinteressata la cui offerta rientrava nel taglio delle ali estreme.

Invero, sulla base del tenore letterale dell'art. 97 (Offerte anormalmente basse), comma 2-bis, del D. Lgs. 50/2016 ed alla luce di una lettura teleologica del meccanismo introdotto dal Legislatore nonché del principio di tassatività delle cause di esclusione, deve ritenersi che il cd. "taglio delle ali" sia uno strumento aritmetico di carattere fittizio e adottato per ragioni di mero calcolo, ponendosi lo stesso nel ristretto ambito del sub-procedimento volto ad individuare la soglia di anomalia delle offerte. Il cd. "taglio delle ali", difatti, mira *"ad evitare condizionamenti delle medie, secondo un'operazione concepita dal legislatore solo come strumento di calcolo e, quindi, "virtuale", con conseguente accantonamento temporaneo delle offerte che si collocano oltre la soglia di anomalia senza che la stessa possa comportare un'esclusione automatica dalla gara delle imprese che hanno presentato delle offerte che vanno a ricadere nella suddetta soglia"* (in questi termini, cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, 9 marzo 2020 n. 610; T.A.R. Campania Napoli Sez. I, 4 maggio 2020, n. 1626; Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione Siciliana, sentenza n. 611/2020).

Nel caso di specie l'Amministrazione, ad un più approfondito esame della questione e facendo corretta applicazione del meccanismo sopra descritto, ha rivisto il proprio operato, revocando la precedente proposta di aggiudicazione in favore della ricorrente adottata, questa sì, su un'errata interpretazione dello strumento di che trattasi.

Neppure possono condividersi le censure contenute nel secondo e terzo

motivo di ricorso atteso che la proposta di aggiudicazione (definita impropriamente dalla stazione appaltante “aggiudicazione provvisoria”) fa nascere in capo all'interessato solo una mera aspettativa alla definizione positiva del relativo procedimento, di talché le garanzie procedurali previste dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 non trovano applicazione in relazione alla stessa. Pertanto, ai fini del ritiro della proposta di aggiudicazione, non vi è obbligo di avviso di avvio del procedimento (*ex multis*, T.A.R. Lombardia Milano Sez. IV, 30/07/2018, n. 1868; Consiglio di Stato, sez. V , 14/12/2018, n. 7056; T.A.R., Roma , sez. III , 11/03/2020 , n. 3142) né, tantomeno, la revoca della proposta di aggiudicazione è soggetta ad un particolare aggravio motivazionale rispetto al contenuto minimo prescritto dall'art. 3 della L. n. 241/1990 ed all'obbligo di comparazione tra l'interesse pubblico e quello privato per difetto di una situazione di affidamento degna di tutela, non trovando applicazione, quindi, la disciplina dettata dagli articoli 21 quinquies e 21 nonies della legge n. 241 del 1990.

E' infondato anche il quarto motivo di ricorso con cui si lamenta l'incompetenza del RUP in ordine all'adozione del gravato provvedimento che, secondo la ricorrente, avrebbe dovuto essere adottato dalla Commissione.

Invero, contrariamente a quanto asserito dalla ricorrente, la revoca dell'aggiudicazione provvisoria qui gravata è stata adottata dal responsabile del competente ufficio tecnico comunale, che ricopre altresì l'incarico di RUP.

Ciò chiarito, deve rilevarsi che l'art. 33, comma 1 del d.lgs. n. 50 del 2016, nell'ambito dei controlli sugli atti delle procedure di affidamento, prevede che la proposta di aggiudicazione venga sottoposta ad approvazione previa verifica della proposta medesima da parte dell'organo competente da individuarsi nella competente struttura dirigenziale della stazione appaltante, trattandosi di un atto che rientra nelle competenze del soggetto che ha poteri gestionali

nell'ambito dell'ente appaltante (Tar Calabria, sez. I, sentenza 28 marzo 2020, n. 505). Spetta al R.U.P. la competenza ad adottare il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara degli operatori economici (Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2018).

Da ultimo, deve essere rigettata anche la richiesta di risarcimento danni e di corresponsione dell'indennizzo, per difetto in radice dei prescritti presupposti normativi stante la legittimità del provvedimento gravato, l'assenza di colpa in capo all'Amministrazione e la non ravvisabilità, nella fattispecie, di una condotta contraria alle regole di buona fede oggettiva poste dagli artt. 1337 e 1338 c.c. avendo, anzi, l'Amministrazione, in sede di attuazione dei dovuti poteri di verifica e di autotutela, proposto l'aggiudicazione in favore del soggetto come correttamente individuato.

Le spese del presente giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo e vanno poste esclusivamente a carico della ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge nei sensi di cui in motivazione.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite, che si quantificano in complessivi euro 3.000,00 pari ad euro 1.500,00 in favore della controinteressata e ad euro 1.500,00 in favore della resistente, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 17 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Realfonzo, Presidente

Mario Gabriele Perpetuini, Primo Referendario

Giovanni Giardino, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Giardino

IL PRESIDENTE
Umberto Realfonzo

IL SEGRETARIO