

Pubblicato il 19/02/2021

N. 02104/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00372/2021 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 il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60 e 120 c.p.a.;

sul ricorso numero di registro generale 372 del 2021, proposto da
Impresa Carlo Poggi s.r.l., in persona legale rappresentante *p.t.*,
rappresentata e difesa dall'avv. Claudio Martino, domiciliata *ex art.* 25 c.p.a.
presso la Segreteria del T.a.r. Lazio in Roma, via Flaminia, 189;

contro

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e Provveditorato interregionale
per le opere pubbliche Lazio, Abruzzo e Sardegna, in persona dei rispettivi
legali rappresentanti *p.t.*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale
dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12, sono
domiciliati;

nei confronti

Carla Tomasi s.r.l., in persona del legale rappresentante *p.t.*, in proprio e
quale mandataria della ati con Celletti Costruzioni Generali s.r.l.,
rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. Riccardo Barberis e Ilaria Barbeta,

elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, via A. Pollaiolo, 3;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- della nota del 9.12.2020 con cui il Provveditorato interregionale per le opere pubbliche Lazio - Abruzzo - Sardegna ha comunicato agli operatori economici la necessità, “a causa di un errore di caricamento sul sistema relativo alle innovazioni introdotte dall’art. 1, comma 3 del d.l. 76/2020, modificato in L. 120/2020”, di ricalcolare la soglia di anomalia delle offerte nella “Procedura negoziata di cui all’art. 63 del D.Lgs. n. 50/2016 [...], ai sensi dell’art.1 comma 1 lett. b) del D.L.16 luglio 2020 n.76, con il criterio di aggiudicazione del minor prezzo [...] ex comma 9 bis dell’art.36 del D.lgs. n. 50/2016 [...]” per l’esecuzione delle attività previste nel progetto dei “Lavori di risanamento conservativo del prospetto su Via del Corso (ex Banco di Napoli) dell’edificio sede degli uffici della Camera – Camera dei Deputati”;

- delle determine nn. 42521 e 42523 dell’11.12.2020 (comunicate il successivo 14.12), con le quali l’amministrazione ha proceduto al ricalcolo della soglia di anomalia e ha aggiudicato la gara al rti Carla Tomasi;

- in subordine, di tutti gli atti della procedura di gara, a partire dalla lettera di invito (nota prot. 30745 del 23.9.2020), e delle relative condizioni di gara sino all’aggiudicazione definitiva;

nonché per la condanna

al risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente: mediante dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato *medio tempore* con il rti Carla Tomasi; in subordine, mediante subentro nel contratto medesimo, per il che la ricorrente manifesta la propria disponibilità; in linea di ulteriore subordine, mediante risarcimento per equivalente; in caso di annullamento degli atti della procedura (a partire

dalla lettera di invito), per il risarcimento di tutti i danni subiti dalla ricorrente, inclusi quelli relativi alla partecipazione alla gara e alla perdita di *chances*.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimiate;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio mediante collegamento da remoto del 10 febbraio 2021 il cons. M.A. di Nezza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Espletate le formalità di cui agli artt. 60 e 120 c.p.a.;

Rilevato:

- che con ricorso notificato il 14.1.2021 (dep. il 21.1) la società Carlo Poggi, aggiudicataria della procedura in epigrafe (indetta con lettera di invito del 23.9.2020 indirizzata a dieci imprese, cinque delle quali determinatesi a presentare offerta, e da assegnare con il criterio del prezzo più basso), ha chiesto l'annullamento: *i)* degli atti con cui la stazione appaltante, nonostante l'intervenuta aggiudicazione (provv. n. 464 del 27.11.2020), ha fissato una nuova seduta pubblica per il ricalcolo della soglia di anomalia (a causa di un asserito "errore" relativo alla mancata applicazione delle "innovazioni introdotte dall'art. 1, comma 3, del d.l. 76/2020"; nota 9.12.2020), annullando, all'esito, la propria precedente determinazione, con contestuale esclusione della ricorrente e aggiudicazione al rti capeggiato dalla società Carla Tomasi (determ. nn. 42521 e 42523 dell'11.12.2020); *ii)* in subordine, di tutti gli atti della procedura a partire dalla lettera d'invito, prospettando: *I) Violazione e falsa applicazione degli artt. 97, co. 8, d.lgs. 50/2016, 1, co. 3 d.l. n. 76/2020 (conv., con modif., dalla l. 120/2020) e 24 della lettera di invito ex art. 63 d.lgs. cit.; illegittima esclusione automatica; II) Violazione e falsa applicazione degli artt. 97, co. 8, d.lgs. 50/2016, 1, co. 3 d.l. n. 76/2020 (conv.,*

con modif., dalla l. 120/2020) e 24 della lettera di invito ex art. 63 d.lgs. cit.; violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 21 nonies l. n. 241/90; difetto di motivazione; necessaria ripetizione della procedura di gara;

- che si sono costituite in resistenza le parti intimiate;
- che all'odierna camera di consiglio, fissata per la trattazione della domanda cautelare e in vista della quale le parti hanno prodotto memorie, il ricorso è stato trattenuto in decisione (previo avviso alle parti presenti della possibilità di definire il giudizio, ai sensi degli artt. 60 e 120 c.p.a., con sentenza in forma semplificata, sussistendone tutte le condizioni);

Considerato:

- che – disattesa preliminarmente l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla parte controinteressata (sul rilievo dell'asserita omessa impugnazione dell'esclusione), tenuto conto del complessivo oggetto della domanda caducatoria siccome risultante dall'atto introduttivo (v. mem. 8.2.2021 ric.) – il ricorso è infondato e va respinto;

I) sul primo motivo:

- che la ricorrente, estromessa dalla procedura a causa della riscontrata anomalia dell'offerta, censura la scelta della stazione appaltante di non aver tenuto conto dell'art. 24 della lettera di invito, a tenore del quale “La procedura di esclusione automatica delle offerte individuate come anomale, sempre che il numero delle stesse sia pari o superiore a dieci, è quella fissata ai sensi dell'art. 97 comma 8 del Codice”, per fare invece applicazione, nonostante il mancato recepimento da parte della *lex specialis*, dell'art. 1, co. 3, d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (conv. con modif. dalla l. 11 settembre 2020, n. 120), con cui è stata dimezzata la soglia di operatività di detta procedura (da almeno dieci ad almeno “cinque offerte ammesse”);
- che il motivo è infondato;
- che ai sensi dell'art. 1, co. 3, d.l. cit., recante introduzione di una disciplina temporanea (efficace dal 17.7.2020, data di entrata in vigore del d.l. n.

76/2020, fino al 31.12.2021) e derogatoria del d.lgs. n. 50/2016 per le finalità indicate in apertura del comma 1 (*“incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici?” e “far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19”*), “Gli affidamenti diretti possono essere realizzati tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga gli elementi descritti nell’articolo 32, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016. Per gli affidamenti di cui al comma 2, lettera *b*), le stazioni appaltanti, fermo restando quanto previsto dall’articolo 95, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono, a loro scelta, all’aggiudicazione dei relativi appalti, sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa ovvero del prezzo più basso. *Nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, le stazioni appaltanti procedono all’esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell’articolo 97, commi 2, 2-bis e 2-ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque”* (enf. agg.);

- che, a differenza di quanto sostenuto dalla ricorrente, nelle procedure prese in considerazione da quest’ultima previsione il meccanismo di esclusione automatica ivi configurato opera obbligatoriamente, senza necessità di inserimento negli atti di indizione delle procedure stesse; in altri termini, esso non è oggetto di una facoltà liberamente esercitabile dalla stazione appaltante, come si desume dal chiaro tenore letterale della norma e, in via sistematica, dal *favor* per la procedura negoziata ricavabile dall’art. 1, co. 2, d.l. cit. (come rilevato dalla parte controinteressata, ipotizzare l’introduzione di una mera facoltà vanificherebbe lo scopo di semplificazione sotteso alla normativa in esame, posto che alla riduzione del numero di operatori invitati non conseguirebbe la possibilità di

ricorrere a un automatismo per escludere le offerte anomale: la norma sarebbe, infatti, posta a tutela del duplice interesse a garantire l'affidabilità dei contraenti con la pubblica amministrazione e ad assicurare che tale affidabilità sia accertata "in tempi compatibili con un sollecito svolgimento della procedura di gara"; in questa ottica, non giova alla ricorrente invocare la circolare Mit del 18.11.2020, n. 45113, nella parte in cui afferma che per gli appalti sotto soglia "è stata ampliata la *possibilità* di esclusione automatica", trattandosi di una precisazione che, se intesa nel senso voluto dalla ricorrente medesima, sarebbe da disapplicare);

- che, pertanto, può convenirsi col rilievo della controinteressata circa l'eterointegrazione della *lex specialis* a opera del ridetto art. 1, co. 3, d.l. n. 76/2020 (per sua parte, l'amministrazione ha ricondotto a "mero errore di applicazione del sistema telematico" la mancata indicazione della clausola in questione nella lettera di invito, v. nota 28.1.2021, dep. 1.2.2021, dichiarando al contempo di avere adottato la medesima impostazione oggi in esame a "tutte le procedure espletate [...] da novembre e dicembre 2020"; v. nota 21.1.2021, all. 2 amm.);

- che questo indirizzo trova supporto in una condivisibile recente pronuncia, alla stregua della quale, in caso di procedura negoziata "in deroga" (*ex art. 1 d.l. n. 76/2020*), il tenore dell'art. 1, co. 3, d.l. cit. non lascia "margine di scelta alla stazione appaltante", obbligata a procedere all'esclusione automatica (anche perché "se l'intero obiettivo della disciplina è quello di semplificare l'andamento delle gare [...], l'esclusione automatica sottosoglia risulta certamente coerente con tale obiettivo") pure in mancanza di enunciazione negli atti gara, trattandosi di una soluzione che "oltre a non trovare riscontro nel dato letterale di legge, che pare piuttosto idonea, ove necessario, ad eterointegrare la disciplina di gara, non risulterebbe nuovamente funzionale all'obiettivo di celerità delle procedure poiché inserirebbe una, ennesima, previsione di carattere facoltativo con

onere di motivazione circa la scelta effettuata (esclusione automatica o meno) in un contesto di atti generali quali le leggi di gara, che fisiologicamente si presterebbe poi a contestazioni circa l'opportunità e/o la sufficiente giustificazione della scelta, con effetti nuovamente potenzialmente opposti al dichiarato fine di rendere celere ed automatico l'esito della procedura" (così T.a.r. Piemonte 17 novembre 2020, n. 736; con riferimento, poi, alla sentenza T.a.r. Puglia, Lecce, 22 gennaio 2021, n. 113, richiamata dalla ricorrente, che afferma l'inoperatività dell'esclusione automatica se non prevista negli atti di indizione della gara, sulla base dei principi espressi da Corte giust. UE 2 giugno 2016, C-27/15, e 10 novembre 2016, C-162, si può osservare che, al netto dei dubbi circa la possibilità di riferire tali principi non solo a previsioni di natura escludente, e dunque aventi rilievo sulla platea dei partecipanti, ma a un meccanismo, peraltro automatico, di esclusione di offerte anomale, ossia presuntivamente inadeguate a garantire la corretta esecuzione dell'appalto, sta di fatto che nel caso in esame la *lex specialis* comunque ne prevedeva l'operatività, come si è visto; cfr. art. 24 lett. inv.);

II) sul secondo mezzo:

- che la società ricorrente si duole, in via gradata, del fatto che l'annullamento in autotutela, intervenuto a offerte già note e non preceduto da alcuna valutazione sulla sussistenza di specifiche ragioni di interesse pubblico *ex art. 21-nonies* l. n. 241/90, avrebbe dovuto riguardare (non già la sola aggiudicazione in suo favore, ma) tutti gli atti di gara, con conseguente necessità del rinnovo della procedura; tanto più alla luce del fatto che il vizio atterrebbe *in primis* alla lettera di invito (con sua propagazione agli atti successivi, aggiudicazione inclusa; la ricorrente ha precisato, sul punto, di voler censurare l'aggiudicazione disposta in favore della seconda classificata in un momento in cui già era noto il contenuto delle offerte economiche e dunque il nominativo del beneficiario finale, avendo a suo dire

l'amministrazione effettuato una scelta *secundum eventum*, con asserita violazione dei canoni di imparzialità e *par condicio*; mem. 8.2.2021 ric., in replica all'obiezione della controinteressata sulla circostanza che il calcolo di anomalia non potrebbe che avvenire a offerte conosciute);

- che va disatteso pure questo motivo, avuto riguardo al criterio di aggiudicazione indicato dalla *lex specialis* (prezzo più basso);

- che l'automatismo con il quale opera tale criterio (e la "cristallizzazione" delle offerte presentate dai concorrenti) impedisce di ravvisare le dedotte violazioni della regola della *par condicio*, essendo quest'ultimo canone di norma riferibile ad attività valutative delle pubbliche amministrazioni, caratterizzate da esercizio di discrezionalità (pure tecnica), e non anche a un'attività vincolata quale quella diretta all'individuazione dell'offerta non anomala recante il maggior ribasso, rispetto alla quale ordinariamente (e quantomeno agli odierni fini) non rileva l'identità degli eventuali beneficiari;

- che, venendo oggi in rilievo questa seconda attività, non si ravvisano i vizi prospettati dalla ricorrente (la quale, peraltro, nemmeno adduce elementi tali da far percepire aspetti di arbitrarietà nella condotta della stazione appaltante);

- che, sotto altro profilo, risultano chiaramente esposte le ragioni della determinazione tutoria (l'interesse pubblico è evidentemente collegato alla necessità di individuare il "giusto" contraente dell'amministrazione);

Considerato, ancora:

- che dall'infondatezza della domanda caducatoria discende la reiezione delle domande di subentro e risarcitorie;

- che, in definitiva, il ricorso è infondato e va, pertanto, respinto;

- che le spese di lite possono essere compensate in ragione della novità della questione;

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. I, definitivamente

pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio mediante collegamento da remoto del 10 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Mario Alberto di Nezza, Consigliere, Estensore

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Mario Alberto di Nezza

IL PRESIDENTE

Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO