

N. 07037/2023 REG.PROV.COLL.

N. 03469/2023 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 della Campania

(Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3469 del 2023, proposto da Ambiente Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto in Napoli alla via dei Mille, n. 47;

contro

Comune di Limatola, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Rosario De Crescenzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Sorgeko s.p.a., Encon s.r.l., non costituite in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- della determina n. 52 del 11.07.2023 con la quale il Comune di Limatola ha aggiudicato alla Sorgeko S.p.a. il “Servizio di smaltimento della frazione organica dei rifiuti solidi urbani derivanti dalla raccolta differenziata (CER: 20.01.08) per la durata di n. 1 anno” (CIG: 964329391F);
- della proposta di aggiudicazione, nonché dei verbali di gara n. 1 del 24.04.2023, n. 2 del 26.06.2023 e n. 3 del 10.07.2023 e di ogni altro ulteriore atto, verbale o determinazione nella parte in cui ha ammesso e non escluso dalla graduatoria i concorrenti Sorgeko S.p.a. ed Encon S.r.l. e ne ha valutato le relative offerte classificandole rispettivamente in prima e seconda posizione nonostante abbiano presentato una percentuale di ribasso superiore alla soglia di anomalia individuata dal seggio di gara;
- del bando/disciplinare e degli atti di gara nella parte in cui risultano in contrasto con il D.L. n. 76/2020;
- della nota del Comune di Limatola del 05.07.2023 con cui viene confermata l'aggiudicazione;
- di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso, che comunque possa ledere gli interessi della ricorrente;
nonché per la declaratoria
- di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e del diritto della ricorrente a subentrare nell'aggiudicazione del contratto previa esclusione dei primi due graduati;
- in subordine, per il risarcimento del danno subito e subendo dalla ricorrente a causa del colposo operato della P.A. resistente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Limatola;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 novembre 2023 la dott.ssa Viviana Lenzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - La s.r.l. Ambiente Italia ha partecipato alla procedura aperta per l'affidamento del servizio (che attualmente gestisce) di smaltimento della frazione organica dei rifiuti solidi urbani derivanti dalla raccolta differenziata per la durata di n. 1 anno da aggiudicarsi col criterio del minor prezzo ex art. 95, co. 4 del D. Lgs. n. 50/2016.

La ricorrente lamenta che la S.A., dopo aver individuato la soglia di anomalia dell'offerta nel 33,200%, ha ommesso di provvedere all'esclusione automatica della Sorgeko s.p.a. (poi divenuta aggiudicataria) e della Encon s.r.l., secondo quanto disposto dall'art. 1 co. 3 ult. periodo del d.l. n. 76/20.

1.1 - Avverso la determina di aggiudicazione ed i presupposti atti di gara, la ricorrente ha, quindi, articolato le seguenti censure:

I) violazione dell'art. 1, co. 3 D.L. 76/2020: la Sorgeko s.p.a. e la Encon s.r.l. hanno presentato un'offerta il cui ribasso è pari o superiore alla soglia consentita, cosicché avrebbero dovuto essere escluse in base alla normativa *ratione temporis* applicabile, ricorrendone tutti i presupposti;

II) violazione art. 1, co. 3 d.l. 76/2020: è illegittimo l'art. 17 del bando/disciplinare che nega l'applicazione dell'art. 1 co. 3 l. n. d.l. 76/2020 in ragione del ricorso, nel caso di specie, alla procedura aperta.

2 - Ha resistito al gravame il Comune di Limatola, chiedendone il rigetto ed eccependo, in via preliminare, l'irricevibilità dell'impugnativa della *lex specialis* (che andava immediatamente esperita), nonché l'inammissibilità del gravame, stante l'acquiescenza prestata dalla ricorrente alla legge di gara, partecipando alla stessa.

3 - Non hanno preso parte al giudizio le due concorrenti controinteressate.

4 - Alla pubblica udienza del 29/11/2023 il ricorso è stato assunto in decisione.

5 - Può prescindersi dalla delibazione delle eccezioni preliminari formulate dal Comune resistente, essendo il ricorso nel merito infondato.

6 - Ai sensi dell'art. 1 Legge 11 settembre 2020, n. 120 di conversione del d.l. n. 76/2020 (rubricato "Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia"):

"1. Al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19, in deroga agli articoli 36, comma 2, e 157, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante Codice dei contratti pubblici, si applicano le procedure di affidamento di cui ai commi 2, 3 e 4, qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 30 giugno 2023.

2. Fermo quanto previsto dagli articoli 37 e 38 del decreto legislativo n. 50 del 2016, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 secondo le seguenti modalità:

a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 139.000 euro. In tali casi la stazione appaltante procede all'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, fermo restando il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e l'esigenza che siano scelti soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante, comunque nel rispetto del principio di rotazione.

(lettera così sostituita dall'art. 51, comma 1, lettera a), sub. 2.1), legge n. 108 del 2021)

b) procedura negoziata, senza bando, di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 139.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a un milione di euro, ovvero di almeno dieci operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016. Le stazioni appaltanti danno evidenza dell'avvio delle procedure negoziate di cui alla presente lettera tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, la cui pubblicazione nel caso di cui alla

lettera a) non è obbligatoria per affidamenti inferiori ad euro 40.000, contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati.

(lettera così modificata dall'art. 51, comma 1, lettera a), sub. 2.2), legge n. 108 del 2021)

3. 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), 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”.

6.1 - *“La disciplina speciale dettata dal decreto legge n. 76 del 2020 prevale sulla disciplina dei contratti sottosoglia prevista dall'art. 36 del D.lgs. n. 50/2016, integrando e sostituendo le previsioni della lex specialis con essa incompatibili, anche con riguardo a quelle in tema di verifica dell'anomalia. Con le disposizioni in parola, in altri termini, sono state introdotte previsioni derogatorie con finalità acceleratorie, funzionali al rapido affidamento degli appalti interessati, riscrivendo, con efficacia limitata nel tempo, la regolamentazione dell'affidamento diretto e della procedura negoziata prevista dal D.lgs. n. 50/2016.*

Come rilevato dalla giurisprudenza amministrativa la norma di cui all'art. 1 del decreto legge n. 76 del 2020, convertito in legge n. 120 del 2020, costituisce la consapevole scelta del legislatore di privilegiare la finalità di maggiore celerità nella definizione delle procedure ad evidenza pubblica in

favore della rapidità dell'erogazione delle risorse pubbliche per sostenere l'economia in un periodo emergenziale (Cfr. TAR Lazio, Sez. I, 19.02.2021, n. 2104; TAR Venezia, Sez. I, 21.07.2021 n. 960) - così, Tar Sicilia, Palermo, sez. II, sent. n. 2327/23.

Ed ancora, con specifico riferimento al previsto automatismo escludente: *“non può negarsi l'effetto acceleratorio della procedura conseguibile per via del meccanismo automatico in parola: questo, come visto, è stato anche riconosciuto dalla Sezione, che lo ha correlato alla necessità di implementare, nella crisi economica determinata dall'evento pandemico in atto alla data della decretazione d'urgenza, la speditezza e quindi l'efficacia della spesa pubblica, non altro del resto potendosi desumere dal comma 1 dell'art. 1 del d.-l. 76/2020, che richiama espressamente la finalità di “incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19”, e non potendosi poi negare, sotto il profilo oggettivo, che la soppressione di una fase sub-procedimentale (la verifica discrezionale di congruità delle offerte) abbia l'effetto di condurre alla più rapida aggiudicazione della procedura, con la conseguente incentivazione della spesa pubblica ai fini voluti dal legislatore, a nulla rilevando la questione di se il singolo affidamento rientrante sotto l'egida della previsione acceleratoria presenti o meno connotati di urgenza, aspetto che è stato regolato in via generale e astratta con riferimento non all'oggetto dei singoli affidamenti bensì alle loro conseguenze positive sul piano economico generale”* - Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 3139/23.

6.2 - Pur consapevole dell'esistenza di opposto orientamento, il Tribunale condivide la tesi che preclude l'applicazione della norma in parola alle gare sotto soglia indette entro il 30/6/23, espletate con procedura aperta.

Ed invero, *“5.5. Rileva invece che per l'art. 97 comma 8 del d.lgs. 50/2016 l'esclusione automatica dell'offerta anormalmente basse è una modalità che la stazione appaltante imprime alla procedura competitiva nella ricorrenza delle condizioni di legge che ne regolano la possibilità di*

utilizzo: trattandosi di una misura che intacca il contraddittorio ordinariamente previsto dallo stesso art. 97 per tale tipologia di offerte, è connaturale alla dinamica della previsione normativa che detto automatismo vada previsto nella lex specialis affinché la stazione appaltante possa farvi in concreto ricorso.

Rispetto a tale norma, il comma 3 dell'art. 1 del d.-l. 76/2020, pur conformando diversamente i presupposti dell'esclusione automatica, non si muove nella logica derogatoria che costituisce la base della censura in esame.

Una deroga, peraltro espressa, al Codice dei contratti pubblici si rinviene infatti nel comma 1 esclusivamente in riferimento agli art. 36 comma 2 e 157 comma 2 del d.lgs. 50/2016, e non nella norma dello stesso comma immediatamente seguente, che introduce le "procedure di cui ai commi 2, 3 e 4".

E allora deve concludersi che il comma 3 dell'art. 1 del d.l. 76/2020 altro non è che una autonoma ed esaustiva regolazione delle modalità con cui provvedere alle procedure negoziate senza bando di cui trattasi, avente carattere eccezionale, temporaneo e cogente – e nel cui ambito il meccanismo dell'espulsione automatica delle offerte anormalmente basse si inserisce a pieno titolo, considerata la sua evidente strumentalità agli effetti voluti dalla previsione – che, in quanto tale e laddove applicabile, è destinata a sostituire interamente quella prevista dall'art. 97 comma 8 d.lgs. 50/2016.

Bene si spiega così il tenore letterale del comma 3 in parola, secondo cui "nel caso di aggiudicazione al 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": esso, come correttamente rilevato dal Tar, non lascia alcun margine di scelta alle amministrazioni appaltanti, che, avverandosi la suddetta condizione nelle procedure soggette alla sua applicazione, non possono che procedere all'esclusione automatica" - Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 3139/23.

In fattispecie analoga (procedura aperta) ha escluso l'applicazione della deroga invocata dalla ricorrente anche il Consiglio della G.A. della Regione Sicilia, con sent. n. 508/23.

6.2.1 - Né, d'altro canto, potrebbe diversamente opinarsi muovendo dall'assunto che la procedura aperta costituisca un'opzione non più praticabile quando ricorrano i presupposti di cui al citato art. 1, cosicché – in siffatta evenienza – troverebbe comunque applicazione il meccanismo derogatorio del d. l. cit.

In argomento, giova richiamare quanto efficacemente sostenuto da Tar Piemonte, sez. II, sent. 405/23: *“8.2. L'art. 1, comma 2, D.L. n. 76/2020, infatti, ha introdotto previsioni derogatorie con finalità acceleratorie, funzionale al rapido affidamento degli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria, riscrivendo, con efficacia limitata nel tempo, la regolamentazione dell'affidamento diretto e della procedura negoziata di cui all'art. 36, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016. Non revocando o sospendendo la disciplina ordinaria, la norma in rilievo non ha sottratto alla discrezionalità della stazione appaltante la scelta della procedura di aggiudicazione, né ha escluso la possibilità che la stessa decida di adottare, anche per gli affidamenti di valore inferiore alla soglia comunitaria, il modello della procedura aperta (cfr. TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 14.05.2021, n. 1536).*

8.3. L'obbligatorietà della disciplina di cui al D.L. n. 76/2020 deve quindi essere intesa nel senso che essa si impone solo sulle modalità di affidamento ordinarie di cui al citato art. 36, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016, poiché il perimetro della deroga non può estendersi, con effetto sostitutivo, oltre la disciplina che ne è oggetto. In sostanza, quando la stazione appaltante stabilisce di procedere tramite affidamento diretto o procedura negoziata di valore inferiore alla soglia comunitaria, deve necessariamente seguire le modalità semplificate recate dal D.L. n. 76/2020. Ciò non comporta, tuttavia, che questi siano i soli moduli procedurali per gli affidamenti alla cui adozione le stazioni appaltanti debbano sempre imperativamente fare ricorso, potendo esse, al contrario,

applicare le modalità della procedura aperta laddove lo richiedano la natura dell'affidamento o altre esigenze dell'amministrazione (cfr. TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 14.05.2021, n. 1536).

8.4. In tal senso depone il contenuto letterale dell'art. 1, comma 1, del D.L. n. 76/2020, in base al quale "in deroga agli articoli 36, comma 2 e 157, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante Codice dei contratti pubblici" – cioè la disciplina degli affidamenti sottosoglia e degli incarichi di progettazione di non particolare rilevanza – "si applicano le procedure di affidamento di cui ai commi 2, 3 e 4, qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 30 giugno 2023". La prevista deroga assume carattere "puntiforme", andando a sostituire le sole modalità procedurali per l'affidamento diretto e lo svolgimento della procedura negoziata. L'art. 1 del D.L. n. 76/2020, quindi, opera con effetto derogatorio ed efficacia temporalmente limitata, costituendo una norma di carattere eccezionale che deve essere applicata in conformità al canone interpretativo dell'art. 14 delle preleggi, in base al quale essa non si applica "oltre i casi e i tempi in esse considerati".

In altri termini, nel dettare "le procedure di affidamento di cui ai commi 2, 3 e 4" dell'art. 1 cit, il legislatore ha inteso derogare all'art. 36 co. 2 del d. lgs. n. 50/2016 unicamente nel senso di ridefinire i presupposti e le modalità delle stesse rispetto a quanto ivi previsto, ma senza eliminare "la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie" che lo stesso art. 36 co. 2 cit. fa salva.

In questi termini si è da ultimo espressa l'Anac con la delibera n. 443/2023.

6.2.2 - Per completezza, osserva il Tribunale che nessun supporto alla tesi di parte ricorrente offre l'art. 50 del nuovo codice appalti ex d. lgs. n. 36/2023 (a mente del quale: "Salvo quanto previsto dagli articoli 62 e 63, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 14 con le seguenti modalità:

a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;

b) affidamento diretto dei servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;

c) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro;

d) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14, salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del presente Libro') che ha reso, in sostanza, ordinaria la regolamentazione delle procedure di affidamento dei contratti cc.dd. sotto soglia stabilita dalla l. n. 120/20 solo in via provvisoria e che soltanto in relazione alla procedura ex lett d) fa espressamente salva la facoltà di optare per le procedure di scelta del contraente di cui alla successiva Parte IV del codice, compresa quella aperta.

Non persuade, infatti, la tesi della ricorrente secondo cui la nuova normativa (che, in sostanza, per i contratti sotto soglia impone in ogni caso il ricorso ad affidamenti diretti o procedure negoziate, con la sola eccezione rappresentata dall'opzione per la procedura aperta per contratti per lavori di importo pari o superiore a 1 milione

di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14) consentirebbe, in chiave interpretativa, di ravvisare già nella normativa emergenziale ex l. n. 120/20, in via generale, il divieto di optare per la procedura aperta.

Una sì rilevate deroga a principi generali quali la non discriminazione e la libera concorrenza (più adeguatamente tutelati a mezzo di procedure aperte) avrebbe richiesto, a parere del Tribunale, una inequivoca previsione che nella normativa emergenziale, invece, difetta.

7 - La novità della questione di diritto implicata dalla decisione giustifica la compensazione delle spese di lite tra le parti costituite.

Non vi è luogo a provvedere sulle spese nei confronti delle controinteressate che non hanno preso parte al giudizio.

P.Q.M.

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

Spese compensate tra la ricorrente ed il Comune di Limatola.

Nulla spese tra la ricorrente e le parti non costituite.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 29 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Michelangelo Maria Liguori, Presidente

Viviana Lenzi, Consigliere, Estensore

Anna Abbate, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Viviana Lenzi

IL PRESIDENTE

Michelangelo Maria Liguori

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI