

N. 01071/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00209/2024 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 la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 209 del 2024, proposto da Impresa Cogis S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A026AD3C4E, rappresentato e difeso dall'avvocato Benedetta Caruso, con domicilio digitale come da pec da registri di giustizia;

contro

il Comune di Paternò, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Mauro Di Pace, Davide Alfredo Luigi Negretti e Davide Salvatore Cuomo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

della Edil Costruzioni Putrino di Giuseppe Putrino, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Nicolò D'Alessandro, con domicilio digitale come da pec da registri di giustizia;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia:

- della determina di aggiudicazione definitiva n. 306 del 29 dicembre 2023, comunicata sul portale MEPA in data 8 gennaio 2024;
- del verbale n. 27 del 20 dicembre 2023;
- della nota prot. n. 2391 del 16 gennaio 2024, con la quale viene rigettata l'istanza di annullamento;
- di ogni altro provvedimento antecedente o successivo comunque connesso, presupposto o consequenziale per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato; per il conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto, dichiarando sin d'ora la disponibilità a subentrare nel contratto eventualmente stipulato; per la condanna dell'amministrazione resistente al risarcimento di tutti i danni subiti a causa della mancata aggiudicazione, sia in termini di danno emergente che di lucro cessante

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Paternò e di Edil Costruzioni Putrino di Giuseppe Putrino;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2024 il dott. Calogero Commandatore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso regolarmente notificato e depositato, l'impresa ricorrente ha esposto:

- di essere stata individuata quale aggiudicataria provvisoria dell'appalto per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria della sede stradale di viale A. De Gasperi nel comune di Paternò, per un importo complessivo di € 1.335.385,92 oltre IVA, nell'ambito di una procedura negoziata, con il criterio del prezzo più basso, tramite richiesta di offerta del MEPA, indetta dal Comune intimato;
- che tale esito provvisorio è stato modificato dalla stazione appaltante in ragione del ricalcolo della soglia di anomalia derivante dalla sopravvenuta esclusione di cinque concorrenti che hanno omesso l'inserimento dell'indicazione dei costi della manodopera e degli oneri aziendali nell'offerta presentata giacché – come chiarito dal Comune di Paternò con nota prot. n. 2391 del 16 gennaio 2024 – *«sin dalla fase di risposta ai chiarimenti richiesti dalle ditte invitate alla procedura negoziata, a fronte della palesata ma non oggettiva difficoltà ad inserire la documentazione richiesta dal Disciplinare di gara ai punti 15.1 lett. a) co2 e lett. a) co3 tra gli allegati della OFFERTA ECONOMICA, la S. A. ha dato indicazioni, rinvenibili nella cartella delle “COMUNICAZIONI” MEPA, assicurando l'ammissione alla gara anche delle ditte che avrebbero inserito la documentazione, di cui ai citati punti 15.1 lett. a) co2 e lett. a) co3, nelle cartelle della DOCUMENTAZIONE AMMINISTRATIVA. Si dà Atto che la S.A. ha raggiunto l'obiettivo di assicurare la massima adesione di partecipazione al procedimento e lo si evince dalla visione dell'allegata scheda nella quale sono riportati nelle tre colonne le quantità dei partecipanti alla gara e la modalità utilizzata per l'inserimento dell'indicazione dei costi della manodopera e degli oneri aziendale: n. 44 ditte nella busta amministrativa, n. 21 ditte nella busta offerta economica come da disciplinare, n. 5 ditte hanno omesso la dichiarazione»*.

Avverso tale provvedimento la parte ricorrente ha interposto il presente gravame articolando il seguente motivo: violazione e falsa applicazione dell'art. 108 comma 9 e dell'art. 101 del d.lgs. 36/2023 – violazione della *lex specialis* e del principio

dell'affidamento incolpevole – violazione art. 97 Costituzione – difetto di istruttoria e di motivazione – violazione del principio del *favor participationis* – violazione dei principi comunitari e nazionali della concorrenza, dell'imparzialità, della par condicio e della trasparenza – eccesso di potere per travisamento dei fatti – ingiustizia manifesta – contraddittorietà – illogicità ed irragionevolezza.

Con tale motivo la parte ricorrente ha lamentato l'illegittimità dell'esclusione dei predetti cinque operatori economici, in quanto, pur prevedendosi, in via generale, che l'offerta economica debba contenere, a pena di esclusione, l'indicazione del costo della manodopera e degli oneri di sicurezza aziendali, a fronte della materiale impossibilità di indicare tali importi, s'impone l'attivazione del soccorso istruttorio. Si sono costituiti in giudizio il Comune di Paternò e l'impresa controinteressata che hanno chiesto il rigetto del ricorso.

In particolare, con memoria depositata l'11 febbraio 2024, il Comune di Paternò ha così ricostruito lo svolgimento della procedura:

- pubblicata su MEPA il 7 novembre 2023, come RDO n. 3829026 – CIG A026AD3C4E – CUP, C67H1700217002 e con termine per chiarimenti con scadenza il 14 novembre 2023;
- il 10 novembre 2023, la concorrente Sicil Tecno Plus s.r.l. (04414740870) presentava una richiesta di chiarimenti, evidenziando l'impossibilità di inserire all'interno della busta economica “*i costi della manodopera e i costi aziendali?*” e chiedendo la possibilità di inserire “*tali informazioni nella documentazione amministrativa con apposita lettera firmata digitalmente;*”
- il 13 novembre 2023, riscontrando il predetto quesito, la Stazione appaltante pubblicava sul portale MEPA, nella sezione “documenti di gara”, una comunicazione del seguente tenore: “*Poiché il portale non permette l'inserimento nella busta*

economica dei costi della sicurezza aziendale né dei costi della manodopera, tali informazioni possono essere inserite nella documentazione amministrativa con apposita lettera firmata digitalmente”;

- il 20.11.2023, la Stazione appaltante, come disposto dall’art. 18 del disciplinare di gara, dava atto dell’utilizzo del metodo A, parte 1), dell’Allegato II.2 del Codice dei contratti, ai fini dell’individuazione della soglia di anomalia;
- il 20 dicembre 2023, a seguito di un’istanza di accesso presentata dalla Tomasello Group, riesaminata la documentazione, riaperta la gara, si disponeva l’esclusione dei cinque concorrenti che non avevano prodotto i dati richiesti, così come previsto dall’art. 15.1 del disciplinare, con conseguente: *i)* ricalcolo della soglia di anomalia, *ii)* revoca della proposta di aggiudicazione in favore della ricorrente, *iii)* aggiudicazione definitiva nei confronti della controinteressata.

Tanto premesso, il Comune di Paternò ha eccepito:

- in via preliminare, l’inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione ad agire della ricorrente in relazione allo specifico motivo di ricorso dedotto poiché volto a censurare l’illegittima esclusione di un altro partecipante per profili afferenti alla tutela del legittimo affidamento e del *favor participationis*, possibile oggetto di censura solo dalla parte effettivamente lesa;
- nel merito, l’infondatezza del profilo di doglianza, stante l’assenza di un’oggettiva impossibilità di indicare i costi della manodopera e della sicurezza.

L’impresa contro-interessata, con memoria del 12 febbraio 2024 (depositata alle ore 11:56), ha rilevato l’inammissibilità del ricorso in ragione del principio di invarianza della soglia di anomalia e, nel merito, ne ha contestato la fondatezza.

Parte ricorrente ha depositato una memoria di replica in data 12 febbraio 2024 (ore 12:56).

All'esito dell'udienza camerale del 14 febbraio 2024 – ove, in presenza dei difensori delle parti e dopo ampia discussione, il difensore della parte contro-interessata ha rilevato l'inammissibilità della memoria di replica depositata dalla parte ricorrente, in quanto tardiva, chiedendo altresì al Tribunale di valutare la violazione del principio del contraddittorio e l'applicazione delle sanzioni ex artt. 88 e ss. c.p.c. – il Collegio ha adottato l'ordinanza n. 58/2024, regolarmente ottemperata dal Comune resistente, che ha depositato le offerte inoltrate dalle cinque imprese escluse.

Alla camera di consiglio del 28 febbraio 2024, in vista della quale la parte ricorrente ha depositato una memoria cui ha replicato la parte contro-interessata, il ricorso è stato posto in decisione previo avviso di definizione della controversia con sentenza in forma semplificata.

In via preliminare deve sottolinearsi come, seppure la violazione dei termini processuali in tema di deposito di atti difensivi venga specificamente sanzionata con l'inammissibilità, tale condotta processuale può assurgere a comportamento contrario al dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c. (Cass. civ., sez. un., 21 febbraio 2022, n. 5624).

Cionondimeno tale violazione può connotarsi come comportamento non conforme ai criteri di cui all'art. 88 c.p.c. solo qualora sia in grado di incidere, in modo sostanziale, sulla ragionevole durata del processo e sul contraddittorio che, nel caso di specie, non è rinvenibile tenuto conto della particolarità del rito ex art. 120 c.p.a. e della possibilità di repliche orali in sede di udienza camerale.

Inoltre, l'invocato art. 92, comma 1, c.p.c. secondo cui *“Il giudice [...] può, indipendentemente dalla soccombenza, condannare una parte al rimborso delle spese, anche non ripetibili, che, per trasgressione al dovere di cui all'articolo 88, essa ha causato all'altra parte”* implica una correlazione tra la violazione del dovere di lealtà e probità e il

danno sofferto (consistente esclusivamente nelle specifiche spese processuali) dalla parte che se ne duole che, nel caso di specie, non è rinvenibile.

Né tantomeno la dedotta violazione del dovere di cui all'art. 88 c.p.c. può giustificare una condanna della parte ex art. 96 c.p.c. (Cass. civ., sez. II, 13 maggio 2022, n. 15319).

Sempre in via preliminare, deve rigettarsi l'eccezione di inammissibilità dei motivi di ricorso sollevata dal Comune poiché l'intervenuta esclusione delle cinque concorrenti che hanno omesso l'indicazione dei costi della sicurezza aziendale e dei costi della manodopera ha refluito sul calcolo della soglia di anomalia e sulla ragionevole aspettativa della ricorrente, in ragione della sua collocazione in graduatoria, di aggiudicarsi l'appalto.

La concreta rilevanza degli effetti escludenti sui partecipanti dell'omissione in argomento non rileva ai fini dell'ammissibilità del motivo di gravame, ma solo, come infraesposto, con riferimento alla sua fondatezza.

Ancora, in via preliminare, deve rigettarsi l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalla contro-interessata che invoca il disposto dell'art. 108, comma 12, del d.lgs. n. 36/2023 (riproduttiva dell'art. 95, comma 14, del d.lgs. n. 50/2016 e del precedente art. 38, comma 2-bis del d.lgs. n. 163 del 2006 introdotto nel 2014) secondo cui *“Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte”*.

E invero, il principio di irrilevanza delle sopravvenienze nel calcolo della soglia di anomalia consacrato nella predetta disposizione di legge è funzionale ad evitare: a) la promozione di controversie meramente speculative e strumentali da parte di

concorrenti non utilmente collocatisi in graduatoria collocatisi in graduatoria, mossi dall'unica finalità, una volta noti i ribassi offerti e quindi gli effetti delle rispettive partecipazioni in gara sulla soglia di anomalia, di incidere direttamente su quest'ultima traendone vantaggio (Cons. Stato, sez. III, 14 ottobre 2020, n. 6221) e che, *b*) nelle ipotesi di esclusione dell'aggiudicatario o di un concorrente dalla procedura di gara per mancata dimostrazione dei requisiti dichiarati, la stazione appaltante debba operare una regressione della procedura fino alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte, con l'inconveniente del conseguente prolungamento dei tempi della gara e del dispendio di risorse umane ed economiche (cfr. Cons. Stato, V, 22 gennaio 2021, n. 683).

La disposizione di legge mira, infatti, a neutralizzare un effetto consequenziale e riflesso – il ricalcolo della soglia di anomalia – della sopravvenuta esclusione o ammissione di un concorrente successivamente all'aggiudicazione definitiva.

Si è invero osservato come, sul piano sistematico, il predetto sistema normativo non possa «essere inteso nel senso di precludere iniziative giurisdizionali legittime, che anzi sono oggetto di tutela costituzionale (artt. 24 e 113 Cost.), dirette in particolare a contestare l'ammissione alla gara di imprese prive dei requisiti di partecipazione o autrici di offerte invalide, che nondimeno abbiano inciso sulla soglia di anomalia automaticamente determinata (Cons. Stato, V, 22 gennaio 2021, n. 683)» dovendosi ribadire che «l'effetto di cristallizzazione delle medie non opera “finché non sia spirato il termine per impugnare le ammissioni e le esclusioni, in modo da consentire alle imprese partecipanti di potere contestare immediatamente dette ammissioni ed esclusioni... e quindi sino all'aggiudicazione..”, affermando che “il termine ultimo entro il quale l'intervento in autotutela della stazione appaltante può comportare variazioni rilevanti per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte è segnato dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione” (Cons.

Stato, sez. V, 23 novembre 2020, n. 7332)» (Cons. Stato, sez. V, 2 novembre 2021, n. 7303).

Applicando le superiori coordinate al caso che ci occupa, invece, emerge come: *i)* debba escludersi qualsiasi intento speculativo o strumentale poiché la parte ricorrente deve sicuramente considerarsi soggetto utilmente collocato in graduatoria (giacché individuata quale aggiudicataria provvisoria); *ii)* a fronte della tempestiva impugnazione dell'intervenuta aggiudicazione in favore della controinteressata deve escludersi qualsivoglia "cristallizzazione" della soglia per effetto di una graduatoria formata sulla base di ammissioni o esclusioni divenute inoppugnabili e imm modificabili, non potendo così trovare applicazione il principio di invarianza della soglia (Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579), *iii)* il gravame non miri ad un nuovo ricalcolo della soglia di anomalia a seguito dell'impugnazione delle esclusioni di cinque concorrenti, ma a ripristinare la precedente soglia già individuata dalla P.A. Ciò premesso, nel merito, il ricorso è infondato e va rigettato.

Come evidenziato correttamente dal Comune l'art. 108, comma 9, del d.lgs. n. 36/2023 prevede che *"nell'all'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale"*

Nel caso che ci occupa, seppure con alcune difficoltà, non è predicabile un'oggettiva impossibilità di indicare tali costi da parte delle imprese escluse poiché – a prescindere dal chiarimento reso dalla stazione appaltante sul portale MEPA, nella sezione "documenti di gara", avente il seguente tenore: *"Poiché il portale non permette l'inserimento nella busta economica dei costi della sicurezza aziendale né dei costi della manodopera, tali informazioni possono essere inserite nella documentazione amministrativa con apposita lettera*

firmata digitalmente” – emerge come 21 concorrenti abbiano regolarmente indicato i predetti costi in seno all’offerta economica e 44 concorrenti – seguendo i chiarimenti della stazione appaltante – siano riusciti a regolarizzare l’offerta.

In tali casi, il giudice comunitario (Corte di giustizia UE, sez. IX, 2 maggio 2019, C-309/18) ha indicato quale condizione legittimante il soccorso istruttorio proprio la materiale impossibilità dell’indicazione degli importi relativi ai costi sopraindicati che spetta al giudice nazionale vagliare (Cons. Stato, Ad. plen., nn. 7 e 8 del 2020).

Sul punto, con riferimento al concetto di “impossibilità materiale”, s’impone un’interpretazione restrittiva delle ipotesi derogatorie, limitate solamente alle ipotesi in cui nessun operatore abbia avuto quantomeno la possibilità di inserire tali costi (Cons. Stato, sez. III, 19 marzo 2020, n. 1974).

Circostanza che nel caso di specie è smentita *per tabulas* giacché ventuno concorrenti sono riusciti ad indicare regolarmente tali costi: tanto sarebbe sufficiente ad escludere l’oggettiva impossibilità.

Inoltre, a fronte di un tale dato fattuale, il chiarimento reso dalla stazione appaltante che ha consentito ad altri quarantaquattro concorrenti di presentare regolarmente l’offerta non costituisce – a prescindere dalla terminologia utilizzata – l’incontestata ammissione di un’oggettiva e materiale impossibilità (nei sensi sopraindicati) di indicazione dei predetti costi nella modulistica, ma costituisce una mera indicazione agevolativa volta a realizzare il *favor participationis*.

Si aggiunga altresì come in giurisprudenza si ritenga comunemente non fondata la pretesa di addurre in via meramente ipotetica la violazione del principio del soccorso istruttorio, in quanto «*l’impresa concorrente deve, cioè, dimostrare in giudizio che, ove il soccorso istruttorio fosse stato correttamente attivato da parte della stazione appaltante nel corso della*

procedura di gara, l'esito le sarebbe stato favorevole, disponendo essa del requisito in contestazione»
(Cons. Stato, Sez. III, 25 febbraio 2019, n. 1312).

E invero, la ricorrente non ha mai allegato alcuna documentazione che comprovasse il fatto che nell'offerta economica delle cinque imprese partecipanti, poi escluse, siano stati considerati i costi della manodopera né dall'istruttoria svolta da questo Tribunale è emerso che tali offerte siano state presentate in date che escludessero una possibile integrazione dell'indicazione dei predetti costi.

In conclusione, il ricorso deve essere rigettato.

La peculiarità della questione giuridica affrontata legittima la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Agnese Anna Barone, Presidente FF

Giovanni Giuseppe Antonio Dato, Primo Referendario

Calogero Commandatore, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Calogero Commandatore

IL PRESIDENTE
Agnese Anna Barone

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI