

Publicato il 28/12/2020

N. 00857/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00614/2020 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 la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 614 del 2020, proposto da S.A.E.F. Società Appalti Edili Flegrea S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gennaro Belvini, Vincenza Belvini e Lorenzo Belvini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Università degli Studi di Ferrara, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bologna, ivi domiciliataria ex lege, via A. Testoni, 6;

nei confronti

Bezzegato Antonio S.r.l. non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensiva

- del Decreto direttoriale n. 1017/2020, Prot. n. 163900 del 24.08.2020, pubblicato e notificato alla ricorrente a mezzo p.e.c. il 28.08.2020, con il quale il Direttore Generale ha così decretato: - di non approvare la proposta di aggiudicazione al concorrente S.A.E.F. Società Appalti flegrea s.r.l.; - di ritrasmettere gli atti al seggio di gara, affinché proceda alla fissazione di una nuova seduta pubblica finalizzata al ricalcolo della soglia di anomalia, tenendo conto dell'esclusione dell'operatore economico Euroscavi s.n.c., alla formazione della graduatoria e alla conseguente proposta di aggiudicazione”.

- del Verbale di gara seduta pubblica n. 6 del 09.09.2020 con il quale, relativamente alla procedura di affidamento ex d.lgs. 50/2016 di lavori di manutenzione per interventi su chiamata o a guasto presso edifici dell'università degli Studi di Ferrara - opere edili - Lotto 1 - edifici centro storico e sedi decentrate - CIG 8340676F8f - Lotto 2 - Polo chimico biomedico - CIG 83406813B3 - Lotto 3, Polo scientifico tecnologico, CIG 83406867D2, il seggio di gara ha così provveduto “ LOTTO 3 Il seggio, in ottemperanza alla disposizione direttoriale di Rep n. 1017/2020 in data 24 agosto 2020, procede all'annullamento del calcolo della soglia di anomalia, e a ricalcolarla escludendo il ribasso offerto dall'impresa Euroscavi S.r.l.Si procede al calcolo della soglia di anomalia e all'esclusione delle offerte anomale. ... Si procede alla formazione della graduatoria delle offerte.Si procede all'apertura del plico digitale identificato con il numero 3 del concorrente BEZZEGATO ANTONIO SRL, che risulta essere il primo in graduatoria...”;

- del verbale di Gara seduta pubblica n. 5 del 04.08.2020, limitatamente alla parte in cui il Seggio di gara ha proposto l'esclusione dell'offerta presentata dal concorrente n. 28 Euroscavi s.n.c.

- di ogni altro atto connesso, preordinato e consequenziale e comunque lesivo”

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Ferrara;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2020 il dott. Paolo Amovilli e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 25 del D.L. 28 ottobre 2020 n. 137;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Espone l'odierna società ricorrente di aver partecipato alla procedura aperta ex art. 60 d.lgs. 50/2016 indetta il 10 giugno 2020 dall'Università degli Studi di Ferrara per l'aggiudicazione, con il criterio del massimo ribasso, di lavori di manutenzione per interventi su chiamata o a guasto presso edifici dell'Università - Polo scientifico tecnologico - lotto n. 3 - con importo a base di gara di 934.000,00 euro, a cui hanno partecipato con modalità telematica n. 65 concorrenti.

La gara, secondo le previsioni del disciplinare, ha previsto l'applicazione dell'inversione procedimentale di cui all'art. 133 c. 8 d.lgs. 50/2016 e s.m. consistente nell'esame delle offerte prima della verifica dell'idoneità degli offerenti.

In seguito all'apertura delle offerte economiche la Commissione ha provveduto al calcolo della soglia di anomalia, alla fase di verifica dell'ammissione dei concorrenti e all'attivazione del soccorso istruttorio, provvedendo all'esclusione del concorrente Euroscavi s.n.c. in ragione della violazione del termine (di 24 ore) assegnato per regolarizzare la cauzione provvisoria presentata in sede di gara.

Con verbale del 4 agosto 2020 la Commissione, in seguito alla predetta esclusione, ha escluso la necessità del ricalcolo della soglia di anomalia, ritenendo trovarsi applicazione l'art. 95 c. 15 del D.lgs. 50/2016 e s.m. in tema di invarianza delle offerte, dichiarando l'odierna ricorrente aggiudicataria provvisoria con un ribasso percentuale pari al 26,571%".

Con decreto n. 1017/2020, prot. n. 163900 del 24 agosto 2020, il Direttore Generale dell'Ateneo ha stabilito di non approvare la suddetta proposta di aggiudicazione, ritenendo invece necessario il ricalcolo della soglia di anomalia, ritrasmettendo gli atti al seggio di gara, al fine di procedere alla fissazione di una nuova seduta pubblica finalizzata al predetto ricalcolo -tenendo conto dell'esclusione dell'operatore economico Euroscavi s.n.c. - alla formazione della graduatoria e alla conseguente proposta di aggiudicazione.

In esecuzione del richiamato decreto la Commissione in data 9 settembre 2020 ha effettivamente ricalcolato la soglia e individuato quale prima classificata la Bezzegato Antonio s.r.l.

Con il ricorso in esame la S.A.E.F. ha impugnato i predetti decreti, deducendo motivi così riassumibili:

1) VIOLAZIONE, FALSA E/O ERRONEA APPLICAZIONE DEL D.LGS. 50/2016; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL DISCIPLINARE DI GARA - VIOLAZIONE ART. 97 COST. - ILLEGITTIMITA' - ECCCESSO DI POTERE - DIFETTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA E PROPORZIONALITA' - ARBITRARIETA': posto che nella seduta del 4 agosto 2020 si era conclusa la fase di ammissione e si era effettuata la proposta di aggiudicazione in favore della ricorrente (prima non anomala) risulterebbe palese la violazione del principio di invarianza delle offerte di cui all'art. 95 c. 15 del D.lgs. 50/2016, dal momento che anche con l'inversione procedimentale la c.d. cristallizzazione della soglia riguarda il momento della fase di ammissione delle offerte economiche; una volta individuata la soglia di anomalia e resi noti i ribassi offerti dai concorrenti ogni successiva variazione sarebbe - a suo dire - soggetta al principio di invarianza di cui all'art. 95 c. 15.

II) ERRONEA APPLICAZIONE DELL'ART. 83, D.LGS. 50/2016 - VIOLAZIONE DELL'ART. 97 COST. - - ILLEGITTIMITA' - ECCCESSO DI POTERE - DIFETTO DI DI MOTIVAZIONE - ILLOGICITA' - VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA E PROPORZIONALITA' - ARBITRARIETA': sarebbe viziata l'esclusione della Euroscavi che ha determinato il ricalcolo della soglia ed il mancato conseguimento dell'aggiudicazione, dal momento che il termine assegnato per il soccorso istruttorio pari ad un solo giorno sarebbe eccessivamente breve, irragionevole e del tutto inadeguato.

Si è costituita l'Università di Ferrara eccependo l'infondatezza di tutti i motivi "*ex adverso*" dedotti poiché in sintesi: - il ricalcolo della soglia di anomalia è previsto anche dall'inoppugnato disciplinare (vedi art. 20); - per giurisprudenza la c.d. cristallizzazione della soglia avviene dopo la fase di ammissione comprensiva anche del soccorso istruttorio, occorrendo dunque l' esito del soccorso, reputandosi errata la tesi del ricorrente secondo cui la cristallizzazione andrebbe fatta al momento della sola ammissione delle offerte economiche, occorrendo al contrario la successiva fase di verifica della documentazione amministrativa; - inammissibilità per difetto di legittimazione, quanto al secondo motivo di gravame. La Bezzegato Antonio s.r.l., attuale aggiudicataria provvisoria, non si è costituita in giudizio.

Alla camera di consiglio del 21 ottobre 2020 con ordinanza n. 393/2020 è stata accolta la domanda cautelare nei limiti di cui all'art. 55 c. 10 c.p.a. "Considerato che le questioni dedotte con il primo motivo di gravame in tema di cristallizzazione delle offerte in sede di procedura aperta con previsione dell' inversione procedimentale (artt. 95 c. 15 e 133 c. 8, d.lgs. 50/2016) risultano meritevoli di approfondimento in sede di giudizio di merito, unitamente al profilo di inammissibilità del ricorso (mancata impugnazione dell'art. 20.1 lett. f) del

disciplinare di gara nella parte in cui prevede “l’eventuale ricalcolo della soglia di anomalia”) rilevato d’ufficio nell’odierna camera di consiglio, fissandosi la discussione nel merito all’udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2020.

In prossimità dell’udienza la difesa di parte ricorrente ha replicato sull’eccezione di inammissibilità sollevata d’ufficio e insistito per l’accoglimento del gravame

All’udienza pubblica del 16 dicembre 2020, uditi i difensori da remoto come da verbale d’udienza, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- E’ materia del contendere la legittimità del provvedimento con cui il Direttore Generale dell’Università di Ferrara non ha approvato la proposta di aggiudicazione in favore della ricorrente, prima classificata nella procedura aperta in esame, effettuata con l’applicazione dell’inversione procedimentale di cui all’art. 133 c. 8, d.lgs. 50/2016, stante la sostenuta necessità di procedere al ricalcolo della soglia di anomalia in seguito all’esclusione dell’operatore Euroscavi s.n.c..

2. - Giova preliminarmente evidenziare, in punto di fatto, che in seguito all’esame delle offerte economiche la Commissione ha effettuato il calcolo della soglia di anomalia con riferimento alle offerte ammesse e provveduto alla verifica della documentazione e delle dichiarazioni presentate dei concorrenti sorteggiati, tra cui la ricorrente.

In tale fase è stato attivato il soccorso istruttorio ex art. 83 c. 9, d.lgs. 50/2016 nei confronti, tra l’altro, della Euroscavi s.n.c. per integrazione della cauzione provvisoria, all’esito negativo del quale, per mancata presentazione della documentazione richiesta, è stata decretata l’esclusione della Euroscavi stessa e proposta l’aggiudicazione in favore della ricorrente, quale impresa avente presentato il maggior ribasso percentuale inferiore alla soglia di anomalia, senza ricalcolo della soglia. Preme sul punto rilevare come in seguito alla predetta

esclusione il seggio di gara non abbia ricalcolato la soglia di anomalia, in pretesa applicazione dell'art. 95 c. 15, d.lgs. 50/2016 e s.m.

3.- Questione dirimente per la decisione della presente controversia consiste nella individuazione del momento in cui va effettuata la c.d. cristallizzazione della soglia di anomalia, in ipotesi di esclusione di uno dei concorrenti intervenuta dopo la fase di ammissione comprensiva del soccorso istruttorio, nell'ambito di una procedura aperta con la previsione dell'inversione procedimentale di cui all'art. 133 c. 8, d.lgs. 50/2016.

4. - Ai sensi dell'art. 95, co. 15, d.lgs. 50/2016 (che riproduce la disposizione dell'art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, inserita dall'art. 39 del d. l. 24 giugno 2014 n. 90, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114) "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".

Il principio di c.d. invarianza della soglia di anomalia, di cui al co. 15 dell'art. 95 del Codice, opera nel senso di cristallizzazione delle offerte e di immutabilità della graduatoria entro la fase di ammissione, al fine di garantire continuità alla gara e stabilità ai suoi esiti, sì da evitare effetti pregiudizievoli per le partecipanti e per il mercato.

5. - E' stato autorevolmente precisato che il suddetto principio è applicabile ad ogni potenziale ragione di esclusione di un concorrente e mira all'obiettivo di assicurare stabilità agli esiti finali dei procedimenti di gara (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. V, 26 maggio 2015, n. 2609). Una volta effettuato il calcolo della media, ed individuata la soglia di anomalia, qualsiasi successiva variazione, anche ove discendente da una pronuncia giurisdizionale, non giustifica il suo rifacimento". (Consiglio di Stato, sez. V, 6 aprile 2020, n. 2257; cfr Id. sez. V, 23 febbraio 2017,

n. 847; T.A.R. Piemonte sez. II, 27 aprile 2020, n.229; T.A.R. Puglia Bari sez. III, 14 febbraio 2020, n. 254).

6. - Tanto premesso, occorre nel caso di specie stabilire: a) se la cristallizzazione del calcolo della soglia di anomalia al momento della fase di ammissione dei concorrenti ricomprenda o meno anche il sub procedimento di soccorso istruttorio; b) se i principi sopra esaminati in tema di invarianza della soglia debbano o meno valere e in quali termini anche in riferimento a gare in cui la stazione appaltante abbia previsto in sede di “*lex specialis*” l’utilizzo dell’inversione procedimentale, istituto previsto dall’art. 133 c. 8 del vigente Codice appalti al fine di snellimento e semplificazione procedimentale.

6.1. - Sulla prima questione ritiene il Collegio doversi dare almeno in linea generale risposta affermativa, dal momento che l’art. 38, comma 2-bis, d.lg. 163/2006, introdotto dal d.l. 90/2014 (non diversamente dal vigente art. 95 c. 15 d.lgs. 50/2016) collega la definitiva cristallizzazione del calcolo della soglia di anomalia al completamento della “fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte”; tale “fase”, in considerazione delle novità normative contestualmente apportate dal d.l. 90/2014 al testo del codice appalti, deve a sua volta essere riferita, con ogni verosimiglianza, all’effettiva attivazione del sub-procedimento del “soccorso istruttorio”, del resto delineato dalla novella quale dovere procedimentale gravante sul seggio di gara (T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 15 gennaio 2016, n.150; Consiglio di Stato sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013).

6.2. - Più complesso l’esame invece della seconda questione.

Come evidenziato dall’Autorità Nazionale Anticorruzione in sede di segnalazione al Governo sul testo del decreto legge n. 32/2019 “Sblocca Cantieri” e ribadite anche di recente (audizione 31 luglio 2020 al Decreto legge n. 76/2020 “Semplificazioni”) l’eventuale ricalcolo dell’anomalia una volta terminata la verifica della fase di ammissione e ad offerte economiche già note, può agevolare fenomeni

di turbativa, con induzione del concorrente soccorso a non procedere alla regolarizzazione al fine di incidere nel calcolo della soglia. Ciò può anche favorire la promozione di controversie meramente speculative da parte di concorrenti non utilmente collocati in graduatoria mossi dalla finalità di incidere sulla soglia di anomalia (Consiglio di Stato sez. III, 12 luglio 2018, n. 4286).

L'articolo 1, comma 1, lettera bb), del d.l. 18 aprile 2019, n. 32 “Sblocca Cantieri” nel modificare l’art. 133 comma 8, del D.lgs. 50/2016 in tema di inversione procedimentale aveva previsto che sulla base dell’esito della verifica anche a campione della documentazione relativa all’assenza dei motivi di esclusione “si procede eventualmente a ricalcolare la soglia di anomalia di cui all’art. 97”, lasciando chiaramente voler fissare la c.d. cristallizzazione della soglia solo in seguito al sub procedimento di soccorso istruttorio. Il carattere testualmente “eventuale” del ricalcolo poi deponesse per la discrezionalità dello stesso, a seconda probabilmente anche del tipo di carenza riscontrata nei confronti dei concorrenti sottoposti a verifica a seconda della natura sostanziale (possesso requisiti morali di cui all’art. 80 d.lgs. 50/2016) o soltanto formale (completezza della documentazione).

Anche in seguito alla segnalazione dell’Anac il suddetto comma 8 è stato però modificato in sede di conversione con legge 14 giugno 2019 n. 55 pubblicata il 17 giugno 2019 ed entrata in vigore il 18 giugno 2019, con espunzione della esaminata eventualità del ricalcolo, in considerazione della particolarità della procedura caratterizzata appunto dalla posticipazione della fase di ammissione/regolarizzazione a offerte già note da parte del seggio di gara.

Tale modifica è applicabile “*ratione temporis*” anche alla procedura aperta per cui è causa, indetta il 10 giugno 2020 e con bando pubblicato in G.U. n. 70 del 19 giugno 2020, data a cui come noto occorre operare riferimento per

l'individuazione della normativa applicabile (*ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 17 settembre 2018, n.5427).

7. - Ne consegue che secondo il combinato disposto di cui all'art. 95 c. 15 e 133 c. 8, d.lgs. 50/2016 (nel testo attualmente in vigore) nelle procedure aperte con l'applicazione dell'inversione procedimentale vale il principio dell'invarianza delle offerte affermato dal richiamato art. 95 c. 15, non ammettendosi dunque più modifiche alla soglia di anomalia una volta terminata la fase amministrativa di ammissione in senso stretto, senza inclusione della successiva fase di regolarizzazione ovvero dell'esito del sub procedimento di soccorso istruttorio.

8. - A diverse conclusioni non può giungersi per effetto delle disposizioni contenute nel disciplinare di gara (art. 20) le quali consentivano letteralmente "l'eventuale" ricalcolo nella fase procedimentale successiva alla fase di regolarizzazione delle dichiarazioni e documentazione presentata dai concorrenti sorteggiati e all'attivazione del soccorso istruttorio, trattandosi di norma evidentemente ricalcata sulla base del citato comma 8 dell'art. 133 nel testo contenuto nel decreto legge n. 32/2019, come visto poi modificato in sede di conversione. Se è pacifica la natura vincolante della *lex specialis* per la stazione appaltante - fatto salvo il solo ricorso al riesame in autotutela (*ex multis* Consiglio di Stato , sez. V , 15 febbraio 2010 , n. 810; T.A.R. Calabria Catanzaro sez. I, 2 aprile 2019, n.660) - il carattere "eventuale" del ricalcolo lasciava infatti al seggio di gara la valutazione discrezionale se effettuarlo o meno, sì che la decisione della Commissione di lasciare intatta la soglia di anomalia appare - pur se invero immotivata - pienamente giustificata dalle sopra descritte esigenze di imparzialità e trasparenza della selezione.

9. - Alla luce delle suesposte considerazioni il primo motivo, di natura assorbente, è fondato.

10. - Parimenti fondato è comunque il secondo motivo di gravame.

10.1. - Va premesso che l'esclusione della concorrente Euroscavi s.n.c. ha inciso sulla posizione della ricorrente impedendo il pressoché certo o comunque altamente probabile conseguimento dell'aggiudicazione definitiva, sì che l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa dell'Università non merita adesione, potendo in termini generali un concorrente - senza che ciò comporti una sostituzione processuale - sindacare l'esclusione di altro partecipante ove strumentale alla tutela di un proprio interesse, ove venga fornita la prova del conseguimento dell'aggiudicazione (*ex multis* Consiglio di Stato sez. VI, 12 dicembre 2002, n. 6779).

E' chiaro infatti che la ipotizzabile mancata esclusione della Euroscavi - ove fosse stata a questo concesso un termine congruo per regolarizzare - avrebbe comunque escluso la necessità di procedere al ricalcolo della soglia con conseguente mantenimento in capo al ricorrente della prima posizione in graduatoria.

10.2. - Se è vero che il termine per regolarizzare previsto dall'art. 83 c. 9 d.lgs. 50/2016 "non superiore a dieci giorni" può essere ridotto dalla stazione appaltante (*ex plurimis* T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 7 giugno 2019, n.7401) tale facoltà deve essere esercitata in modo ragionevole e non eccessivamente penalizzante per il concorrente soccorso, in considerazione dello stesso "*favor participationis*" alla base del soccorso istruttorio.

Nel caso di specie l'assegnazione di un termine di appena 24 ore per l'integrazione della cauzione provvisoria allegata in sede di gara appare del tutto irragionevole ed inidoneo allo scopo, con conseguente illegittimità della disposta esclusione.

11. - Per i suesposti motivi il ricorso è fondato e merita accoglimento con l'effetto dell'annullamento del provvedimento impugnato.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite, in considerazione della obiettiva complessità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna Bologna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2020 tenutasi da remoto mediante videconferenza con l'intervento dei magistrati:

Andrea Migliozi, Presidente

Marco Morgantini, Consigliere

Paolo Amovilli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Paolo Amovilli

IL PRESIDENTE
Andrea Migliozi

IL SEGRETARIO