

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1918 del 2021, proposto da ALDO MASTELLONE ECOLOGIA & C. S.r.l., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Immacolata Marino e Nicola Simeone, con domicilio eletto in Napoli alla Piazza Giuseppe Garibaldi n. 39 e con domicilio digitale presso la PEC Registri Giustizia dei suoi difensori;

contro

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, presso la quale è domiciliata per legge in Napoli alla Via A. Diaz n. 11;

per l'annullamento

a) del provvedimento dell'Università degli Studi di Napoli Federico II adottato e pubblicato sul portale MEPA il 10 marzo 2021, recante l'esclusione della società ricorrente dalla procedura negoziata finalizzata all'affidamento del servizio annuale di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti speciali pericolosi e non;

b) della comunicazione del RUP dell'11 marzo 2021, resa a riscontro della richiesta di chiarimenti avanzata dalla società ricorrente in merito alla disposta esclusione, nonché del provvedimento di aggiudicazione;

c) di ogni altro atto presupposto, connesso e comunque consequenziale, che incida sfavorevolmente nella sfera giuridico-patrimoniale della società ricorrente;

e per la declaratoria

di inefficacia del contratto, ove medio tempore stipulato, e per la condanna dell'amministrazione intimata al risarcimento dei danni in forma specifica, mediante riammissione della società ricorrente alla procedura negoziata, ovvero, in subordine, per equivalente monetario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente;

Viste le memorie e le note difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 60 e 120 c.p.a.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2021 il dott. Carlo Dell'Olio e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137/2020;

Ritenuto che sussistono le condizioni per la definizione del giudizio nella presente sede cautelare;

Premesso che:

- la società ricorrente espone di aver partecipato alla procedura negoziata indetta dall'Università degli Studi di Napoli Federico II, espletata mediante piattaforma MEPA e finalizzata all'affidamento del servizio annuale di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti speciali pericolosi e non per le esigenze del Dipartimento di Agraria;

- la medesima è stata esclusa dalla procedura con provvedimento della stazione appaltante adottato e pubblicato sul portale MEPA il 10 marzo 2021, in quanto, trattandosi di gara da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso sull'importo netto a base d'asta di € 18.500,00, la sua offerta presentava una percentuale di ribasso superiore alla soglia di anomalia;

- la ricorrente impugna il suddetto provvedimento di esclusione e gli altri atti di gara in epigrafe indicati, deducendo essenzialmente l'illegittimità della sua estromissione dalla procedura per erronea applicazione della disciplina normativa in materia di anomalia dell'offerta;

- all'impugnativa sono accluse le domande di declaratoria di inefficacia del contratto e di risarcimento danni in epigrafe individuate;

Rilevato che le censure attoree volte a contestare la disposta esclusione possono essere così compendiate:

a) l'estromissione dalla gara non è stata estrinsecata in un provvedimento formale, essendo stata desunta dal sistema MEPA, e, comunque, è priva delle ragioni che l'avrebbero giustificata, con la conseguenza che la società ricorrente, potendo essere incorsa in un errore formale della domanda, avrebbe potuto essere ammessa alla regolarizzazione postuma mediante la procedura del soccorso istruttorio;

b) l'esclusione per anomalia dell'offerta è avvenuta in maniera automatica, in violazione del principio del contraddittorio che caratterizza la valutazione di anomalia ai sensi dell'art. 97, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016;

c) il seggio di gara ha erroneamente calcolato la soglia di anomalia, non avendo applicato, in violazione dell'art. 97, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, "il criterio c.d. "blocco unitario", in base al quale, ai fini del predetto calcolo, le offerte aventi identico ribasso percentuale sono considerate come un'unica offerta";

d) in violazione dell'art. 97, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, che consente, a determinate condizioni, l'esclusione automatica delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, "né il RUP né la stazione appaltante hanno provveduto a certificare già in fase di determinazione a contrattare (e negli atti di gara), che l'appalto non rivesta alcun interesse sovranazionale", né, tantomeno, la disciplina di gara ha espressamente previsto la clausola di esclusione in parola;

e) la disciplina di gara non contempla nemmeno alcun esplicito riferimento all'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse recentemente introdotta dall'art. 1 del decreto legge n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni, convertito nella legge n. 120/2020), con la conseguenza che la stazione appaltante non poteva disporre l'immediata estromissione della ricorrente dalla procedura;

Considerato che le prefate doglianze non meritano condivisione per le ragioni di seguito esplicitate:

aa) come è comprovato dalle emergenze processuali, il provvedimento di esclusione è stato formalmente adottato con la proposta di aggiudicazione RDO n. 2743204 del 10 marzo 2021, firmata dal RUP, e reca una sufficiente esternazione dei motivi giustificativi, così descritti: “come previsto all’art. 7 delle “CONDIZIONI PARTICOLARI DI SERVIZIO” allegate alla RDO, essendo il numero delle offerte superiori a cinque, si procede all’esclusione automatica delle ditte ALDO MASTELLONE & C. (...) che hanno presentato offerte con percentuale di ribasso superiore alla soglia di anomalia”. Tale esclusione è stata regolarmente comunicata nello stesso giorno alla società ricorrente mediante il sistema di comunicazioni elettroniche MEPA, traducendosi nel seguente messaggio: “Ai sensi di quanto disposto dall’art. 1, comma 3 della legge 120/2020 e dall’art. 7 delle condizioni particolari di servizio, Codesta Ditta viene esclusa dalla presente procedura in quanto l’offerta presentata risulta essere anormalmente bassa”. Anche detto messaggio si presenta sufficientemente esaustivo laddove, oltre a richiamare la speciale disciplina emergenziale sulle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici introdotta dal decreto semplificazioni per fronteggiare le ricadute economiche negative della pandemia da COVID-19, rimanda all’art. 7 delle condizioni particolari di servizio (integranti la disciplina di gara), il quale essenzialmente riproduce, al comma 4, quanto statuito dal legislatore dell’emergenza in tema di offerte anormalmente basse nelle procedure negoziate: infatti, la citata disposizione di gara così recita: “Qualora le offerte ammesse al prosieguo siano in numero pari o superiore a cinque l’Amministrazione procederà alla 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 D.Lgs. 50/2016.”. Pertanto, contrariamente a quanto dedotto in gravame, non solo l’esclusione è stata consacrata in un formale provvedimento amministrativo, ma già dalla data della determinazione espulsiva dovevano ritenersi chiaramente intellegibili per la società ricorrente i motivi dell’estromissione, come del resto emerge dallo stesso tenore della presente impugnativa. E’ ovvio, in tale contesto, che non ha senso invocare il rimedio del soccorso istruttorio, trattandosi di irregolarità sostanziale dell’offerta economica e non di un errore formale della domanda di partecipazione;

bb) quanto alla denunciata violazione del principio del contraddittorio, giova premettere la ricostruzione del quadro normativo emergenziale sopra menzionato, che si applica alla procedura selettiva in questione essendo questa stata indetta prima del 31 dicembre 2021. L’art. 1 del decreto semplificazioni, intitolato “Procedure per l’incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all’aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia”, oltre ad aver previsto, al comma 2, lett. b), l’applicazione della procedura negoziata senza bando, e previa consultazione di almeno cinque operatori, per i servizi e forniture sino alla soglia comunitaria, al comma 3 ha statuito, in relazione a tali ipotesi, che le stazioni appaltanti, “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 al prezzo più basso. 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 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”. Il comma 1 del medesimo art. 1 del decreto semplificazioni stabilisce, inoltre, che i successivi commi 2 e 3 appena menzionati trovano applicazione, al fine di incentivare gli investimenti pubblici ed in deroga al vigente codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016), qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 dicembre 2021 (come avvenuto, appunto, nel caso di specie). Il legislatore, assumendo che l’efficacia della spesa pubblica – declinata in questo caso in termini di maggiore rapidità della sua erogazione – possa costituire, in una congiuntura di particolare crisi economica determinata dalla pandemia da COVID-19, una forma di volano dell’economia, ha introdotto tale disciplina emergenziale, temporanea e derogatoria del codice dei contratti pubblici, con scadenza al 31 dicembre 2021, la quale privilegia forme di gara più snelle e modalità di gestione “meccanica” di alcuni passaggi, quali, nel caso che qui interessa, il giudizio di anomalia condotto con esclusione automatica delle offerte anormalmente basse. Così ricostruita la cornice normativa derogatoria che si applica alla presente fattispecie, peraltro opportunamente richiamata nella disciplina di gara (art. 7 delle condizioni particolari di

servizio) e nella stessa determina di indizione della procedura (D.D.N. 36/CONT/2021 del 19 febbraio 2021), è ovvio che non residua alcuno spazio per l'applicazione del metodo di valutazione dell'anomalia dell'offerta a mezzo contraddittorio scritto, previsto in via ordinaria dall'art. 97, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, trattandosi di procedura negoziata che ha visto la partecipazione di sei ditte concorrenti e che non poteva non essere soggetta al meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse;

cc) la soglia di anomalia determinata dal seggio di gara non presenta palesi errori di calcolo, giacché, come si ricava dal testo della proposta di aggiudicazione, non sono state prodotte in gara offerte connotate da un identico ribasso percentuale. Ad ogni modo, è dirimente notare che l'invocato criterio del "blocco unitario" risulta essere stato accantonato dall'attuale formulazione (applicabile nella fattispecie) dell'art. 97, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, derivante dalla novella introdotta dall'art. 1, comma 20, lett. u), n. 1), del decreto legge n. 32/2019, convertito nella legge n. 55/2019, che ha privilegiato l'opposto criterio della distinta valorizzazione delle offerte aventi uguale valore di ribasso (cfr. in termini TAR Puglia Bari, Sez. III, 17 settembre 2020 n. 1157);

dd) trovando applicazione nella specie, come appurato, la normativa derogatoria di cui al decreto semplificazioni, è logico concludere che non può ricevere ingresso l'invocata disciplina ordinaria delle esclusioni automatiche delle offerte anormalmente basse, dettata dall'art. 97, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, con la conseguenza che si palesa assolutamente inconferente la dedotta mancanza di alcune delle condizioni di applicabilità di tale disciplina (assenza dell'interesse transfrontaliero ed inserimento della clausola di esclusione nella lex specialis di gara);

ee) infine, come già chiarito al precedente punto bb), è smentito in fatto l'assunto che la disciplina di gara non rechi alcun riferimento all'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse introdotta dal decreto semplificazioni. Peraltro, è appena il caso di osservare che, conformemente ai principi generali vigenti in materia di contrattualistica pubblica, nelle gare per l'affidamento degli appalti sotto soglia l'applicazione, da parte della stazione appaltante, dell'esclusione automatica delle offerte sospettate di anomalia prevista dal decreto semplificazioni, qualora, come nella specie, il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque, non deve essere appositamente enunciata e motivata negli atti costituenti la disciplina di gara, in quanto, diversamente opinando, si svaluterebbe indebitamente il principio di eterointegrazione legislativa della stessa disciplina di gara e si minerebbe l'obiettivo, posto alla base della normativa emergenziale del 2020, di celerità delle procedure di scelta del contraente (cfr. TAR Piemonte, Sez. I, 17 novembre 2020 n. 736);

Ritenuto, in conclusione, che:

- resistendo gli atti impugnati a tutte le censure prospettate, la domanda di annullamento degli stessi deve essere rigettata siccome infondata;
- l'infondatezza della domanda di annullamento porta a respingere anche le ulteriori pretese di tipo contrattuale e risarcitorio;
- pertanto, l'odierno ricorso va integralmente respinto, mentre le spese processuali devono essere addebitate alla soccombente parte ricorrente, nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la società ricorrente a rifondere in favore dell'Università degli Studi di Napoli Federico II le spese processuali, che si liquidano in complessivi € 3.000,00 (tremila/00).

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2021, tenutasi con collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137/2020, con l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente

Maria Laura Maddalena, Consigliere

Carlo Dell'Olio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Carlo Dell'Olio

IL PRESIDENTE
Paolo Corciulo

IL SEGRETARIO