Pubblicato il 28/04/2020

N. 00240/2020 REG.PROV.COLL.

N. 01086/2019 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1086 del 2019, proposto da
S.I.A. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Federico Liccardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Idrablu S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Aldo Lopez, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Guerini & C. S.r.l. non costituita in giudizio;

per l'annullamento

1) della Determinazione n. 117 del 10.12.2019 con la quale è stata disposta in favore dell'IMPRESA GUERINI & C S.r.l. l'aggiudicazione definitiva della procedura di gara bandita da IDRABLU S.r.l. per l'affidamento dei "lavori di realizzazione collegamento acquedotto di Valle Antigorio e Formazza ad acquedotto di Domodossola (CIG 7999278D05; CUP E66H16000000005)";

2) della nota prot. 1781 dell'11.12.2019 con la quale è stata comunicata l'intervenuta aggiudicazione definitiva;

3) della nota prot. 1512 del 29.10.2019 con la quale è stata data risposta all'istanza della odierna ricorrente e confermato quale criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso senza esclusione automatica delle offerte anomale;

4) della nota prot. 1523 del 30.10.2019 con la quale è stata ribadita la scelta di non utilizzare il criterio dell'esclusione automatica delle offerte anomale;

5) di tutti i verbali di gara ed in particolare: a) del Verbale del 23.10.2019 nel quale è stata effettuata l'individuazione della soglia di anomalia, disposta l'aggiudicazione provvisoria e deliberato di richiedere i giustificativi alle concorrenti risultate anomale; b) del Verbale del 20.11.2019 nel quale preso atto del mancato riscontro alle richieste di giustificativi da parte di diverse imprese ne veniva disposta l'esclusione e richieste integrazioni ad altre imprese tra cui l'odierna aggiudicataria; c) del Verbale del 6.12.2019 nel quale, esaminate le integrazioni pervenute veniva dichiarato concluso il procedimento di verifica dell'anomalia e ritenuta congrua l'offerta della odierna controinteressata;

6) in via subordinata, per l'annullamento della lex di gara se interpretata nel senso in cui, non essendo prevista una clausola espressa di esclusione delle offerte recanti una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, consenta l'aggiudicazione al prezzo più basso previa verifica della congruità;

7) di ogni altro atto connesso conseguente o preliminare lesivo degli interessi dedotti in giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Idrablu S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 aprile 2020 la dott.ssa Silvia Cattaneo e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5 del d.l. n. 18/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con determinazione n. 90 del 30.7.2019 la Idrablu s.p.a. – gestore del servizio idrico integrato, facente capo all'autorità d'ambito n. 1 Verbano, Cusio Ossola e pianura Novarese – ha indetto una procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. n. 50/2016, per l'affidamento di lavori di realizzazione del collegamento dell'acquedotto della Valle Antigorio e Formazza all'acquedotto di Domodossola, con un importo a base di gara di € 998.644,00 di cui € 29.342,57 per oneri sulla sicurezza non soggetti a ribasso ed € 251.369,05 per i costi della manodopera.

Previa verifica dell'anomalia, con determinazione n. 117 del 10.12.2019, l'appalto è stato aggiudicato, al prezzo più basso, all'Impresa Guerini & C. s.r.l.

La Sia s.r.l. ha impugnato questo provvedimento e gli altri atti indicati in epigrafe, articolando le seguenti doglianze:

I. violazione dell'art. 97, c. 8, d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 7 del disciplinare di gara; eccesso di potere per irrazionalità, contraddittorietà, sviamento di potere, presupposto erroneo, travisamento dei fatti, motivazione errata;

II. in via subordinata: illegittimità dell'art. 7 del bando di gara; violazione dell'art. 97, c. 8, d.lgs. n. 50/2016.

Si è costituita in giudizio la Idrablu s.p.a., deducendo, oltre all'infondatezza nel merito del ricorso, la sua inammissibilità per difetto di interesse.

All'udienza del 22 aprile 2020 il ricorso è stato trattenuto in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5 del d.l. n. 18/2020.

Il ricorso è infondato e ciò rende superfluo l'esame dell'eccezione preliminare sollevata dalla resistente.

La ricorrente ha contestato l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione per avere la stazione appaltante proceduto alla verifica della congruità delle offerte recanti un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, invece di dare applicazione alla esclusione automatica prevista dall'art. 97, c. 8, d.lgs. n. 50/2016.

A suo avviso, nel caso di specie, sussisterebbero tutti i presupposti richiesti dalla norma in quanto:

1) l'appalto è di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 del D.Lgs. n. 50/2016 e, segnatamente, di valore inferiore ad euro 5.548.000 (art. 35, comma 1, lett. a);

2) l'appalto non avrebbe carattere transfrontaliero trattandosi di appalto di valore significativamente inferiore alla soglia comunitaria, privo di particolare rilievo in merito al luogo di esecuzione e/o alle caratteristiche tecniche, avendo ad oggetto, ai sensi dell'art. 3 del disciplinare di gara, un mero intervento di "posa di una condotta in pressione per il collegamento dell'acquedotto di valle alla rete di distribuzione dell'acquedotto di Domodossola";

3) la lex specialis prevede il prezzo più basso quale criterio di aggiudicazione (art. 7 del disciplinare di gara);

4) le offerte ammesse in gara sono in numero pari o superiore a dieci: all'esito della fase preliminare di valutazione della documentazione amministrativa, risultavano ammesse alla fase di apertura delle offerte economiche 61 imprese.

Pertanto, una volta calcolata la soglia di anomalia (24,825%) ai sensi del comma 2 e dei commi 2-bis e 2-ter del medesimo art. 97, la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere all'esclusione delle offerte recanti un ribasso pari o superiore alla predetta soglia e, successivamente, alla formulazione della proposta di aggiudicazione in favore dell'operatore economico che aveva formulato la prima miglior offerta non anomala, ovvero la Sia s.r.l.

Ciò sarebbe doveroso anche per il rinvio operato dall'art. 7 del disciplinare di gara all'art. 97, d.lgs. n. 50/2016 e per il chiarimento reso dalla stazione appaltante, a fronte di un espresso quesito formulato da un candidato, in cui viene affermato che "troverà applicazione l'art. 97, comma 8 del D.Lgs. n. 50/2016 così come modificato dalla legge n. 55/2019".

Nell'ipotesi in cui fosse ritenuta legittima la decisione della stazione appaltante di non applicare il comma 8 dell'art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016 in ragione dell'assenza di una espressa previsione in tal senso della lex specialis, la ricorrente ha dedotto l'illegittimità dell'art. 7 del disciplinare di gara nella parte in cui non ne fa un espresso richiamo, per violazione dell'art. 97, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016.

Le censure non possono trovare accoglimento.

L'art. 97, c. 8, d.lgs. n. 50/2016 – a seguito della modifica apportata dall'articolo 1, comma 20, lettera u), numero 4), del D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dalla legge 14 giugno 2019, n. 55 - dispone che "*per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35, e che non presentano carattere transfrontaliero, la stazione appaltante prevede nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2 e dei commi 2-bis e 2-ter. In tal caso non si applicano i commi 4, 5 e 6. Comunque l'esclusione automatica non opera quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci*".

Questa era invece la formulazione previgente: "*per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2. In tal caso non si applicano i commi 4, 5 e 6. Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci*".

Le modifiche introdotte sono dunque:

- l'introduzione di un nuovo requisito perché la stazione appaltante possa fare ricorso alla esclusione automatica dalla gara delle offerte anomale, legato all'assenza di carattere transfrontaliero dell'appalto;

– l'utilizzo del verbo "prevede" anziché "può prevedere", mentre non è più riportata l'espressione "facoltà".

Pur se queste ultime modifiche deporrebbero per l'introduzione di un vero e proprio obbligo a carico della stazione appaltante a fronte di quella che prima era una mera facoltà, il Collegio non ritiene tuttavia corretta una tale interpretazione.

Occorre al riguardo ricordare come la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha rilevato la contrarietà alle norme fondamentali del Trattato relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, nonché al principio generale di non discriminazione di una "normativa nazionale che, per quanto concerne gli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria e che presentano un interesse transfrontaliero certo, imponga tassativamente alle amministrazioni aggiudicatici, qualora il numero delle offerte valide sia superiore a cinque, di procedere all'esclusione automatica delle offerte considerate anormalmente basse rispetto alla prestazione da fornire, in base all'applicazione di un criterio matematico previsto da tale normativa, precludendo alle suddette amministrazioni aggiudicatrici qualsiasi possibilità di verificare la composizione di tali offerte richiedendo agli offerenti interessati precisazioni in merito a queste ultime" (Corte di Giustizia UE, 17 maggio 2008, C-147/06, C-148/06; v. altresì la lettera della Commissione Europea del 24.1.2019, avente ad oggetto "Costituzione in mora – Infrazione n. 2018/2273" in cui viene affermata la contrarietà dell'articolo 97, comma 8, del decreto legislativo 50/2016, nella previgente formulazione, all'articolo 69, paragrafi 1 e 3, della direttiva 2014/24/UE e all'articolo 84, paragrafi 1 e 3, della direttiva 2014/25/UE in quanto essa si applica a prescindere dal fatto che l'appalto presenti o no un interesse transfrontaliero certo ed in quanto la soglia di dieci offerte fissata dall'articolo 97, comma 8, del decreto legislativo 50/2016 non è ritenuta sufficientemente elevata, in particolare con riferimento alle grandi amministrazioni aggiudicatrici).

Alla luce delle indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia, deve ritenersi che l'esclusione automatica delle offerte anomale costituisca un'eccezione rispetto alla regola generale che impone all'amministrazione una verifica in contraddittorio della congruità delle offerte (Cfr. altresì Cons. Stato, parere n. 782 del 30.3.2017).

A seguito delle modifiche apportate all'art. 97, c. 8, d.lgs. n. 50/2016 dall'articolo 1, comma 20, lettera u), numero 4), del D.L. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, la stazione appaltante, per potere inserire nel bando di gara una clausola che preveda l'esclusione automatica delle offerte anomale, è tenuta ad effettuare una specifica valutazione quanto all'assenza di carattere transfrontaliero dell'appalto.

Si tratta di una valutazione complessa.

La norma non specifica invero i presupposti in forza dei quali un appalto ha carattere transfrontaliero: rimane una nozione dai contorni alquanto indefiniti ed incerti, specie nel momento in cui l'amministrazione è chiamata a predisporre il bando, allorché può non sapere se vi siano o meno potenziali offerenti provenienti da altri Stati membri.

In questo contesto, ad avviso del Collegio, occorre accedere ad una interpretazione della norma che sia conforme ai principi espressi dalla Corte di Giustizia e che ammetta, anche nel vigore della nuova formulazione dell'art. 97, un margine di facoltatività in capo all'amministrazione nella decisione se inserire o meno nella legge di gara la previsione dell'esclusione automatica delle offerte anomale.

Pertanto, nelle ipotesi in cui non vi è certezza dell'assenza di carattere transfrontaliero - come nel caso di specie, considerando il luogo di esecuzione dei lavori – o anche nei casi in cui la stazione appaltante preferisca comunque fare ricorso a una procedura che offre maggiori garanzie sia all'amministrazione che ai concorrenti, l'applicazione della regola generale della verifica della congruità delle offerte in contraddittorio deve ritenersi pienamente conforme all'ordinamento.

Il provvedimento di aggiudicazione e il disciplinare - che non ha previsto l'applicazione del comma 8 dell'art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016 - non possono, pertanto, ritenersi viziati.

Per le ragioni esposte il ricorso è infondato e va, pertanto, respinto.

La novità della questione affrontata e le incertezze ingenerate dalla Idrablu s.p.a. con il chiarimento del 29.8.2019 giustificano l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 22 aprile 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente

Silvia Cattaneo, Consigliere, Estensore

Marcello Faviere, Referendario

L'ESTENSORE
Silvia Cattaneo

IL PRESIDENTE
Carlo Testori

IL SEGRETARIO