

Pubblicato il 14/07/2025

N. 00552/2025REG.PROV.COLL.
N. 01007/2024 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

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE
SICILIANA**

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 1007 del 2024, proposto da

New Energy Group s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG B08835745E, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Rotigliano, con domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Filippo Cordova, 95;

contro

Regione Siciliana - Assessorato delle infrastrutture e della mobilità e Genio civile di Catania, Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della protezione civile, Commissario del Governo contro il dissesto idrogeologico nella Regione Siciliana, Ufficio appalti, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Palermo, via Valerio Villareale, 6;

Flumec s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e

quale capogruppo della costituenda associazione temporanea di imprese con mandante Evotec s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Alfonso Neri e Gabriele Giglio, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Regione Siciliana - Assessorato delle infrastrutture e della mobilità, Dipartimento tecnico, Commissione incaricata dell'espletamento della gara per cui è causa, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania (Sezione prima) n. 2642/2024, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Regione Siciliana - Assessorato delle infrastrutture e della mobilità e Genio civile di Catania, Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della protezione civile, Commissario del Governo contro il dissesto idrogeologico nella Regione Siciliana e Ufficio appalti;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Flumec s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 26 febbraio 2025 il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con sentenza breve n. 2642/2024 il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania, definiva il ricorso integrato da motivi aggiunti proposto da Flumec s.r.l., in proprio e quale capogruppo della costituenda associazione temporanea di imprese con mandante Evotec s.r.l., seconda classificata, avverso gli atti della procedura negoziata senza

previa pubblicazione del bando di gara (art. 50, comma 1, lett. d, del d.lgs. **36/2023**) indetta dall'Amministrazione regionale per l'affidamento, con il criterio del prezzo più basso, dei “*Lavori di realizzazione di un canale di gronda a monte dell'abitato, lungo la via Pietro Nenni e fino al torrente 'Loddiero' nel comune di Scordia (CT)*”, finanziati dalla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della protezione civile mediante fondi PNRR.

In particolare, il Tar, nella resistenza delle predette amministrazioni e della contro-interessata New Energy Group s.r.l., aggiudicataria della procedura:

- respingeva la richiesta di estromissione dal giudizio della Presidenza del Consiglio dei ministri, ritenendola parte necessaria *ex art. 12-bis*, comma 4, d.-l. 68/2022, convertito dalla l. 108/22;
- respingeva l'eccezione di inammissibilità dell'impugnativa spiegata da New Energy Group *ex art. 108*, comma 12, d.lgs. **36/2023**;
- riteneva fondato il primo motivo e, assorbita ogni altra questione pure sollevata, accoglieva l'impugnativa, disponendo, fatte salve le ulteriori determinazioni amministrative, l'annullamento degli atti gravati, consistenti in alcune determinazioni della commissione di gara racchiuse nel verbale della seduta del 10 aprile 2024, di cui meglio in seguito, e nel conseguenziale provvedimento di aggiudicazione della procedura a New Energy Group;
- compensava tra le parti le spese del giudizio.

New Energy Group ha appellato la sentenza. Espostane l'erroneità sotto vari profili, senza rubricare i titoli delle relative censure, ne ha domandato la riforma, con conseguente declaratoria di irricevibilità, inammissibilità e infondatezza dell'impugnativa di primo grado.

La difesa erariale, costituitasi in appello per le Amministrazioni centrali e regionali come in epigrafe, ha depositato tre memorie con cui ha sostenuto l'irricevibilità per tardività dell'impugnativa di primo grado e comunque la sua infondatezza, la totale estraneità della Presidenza del Consiglio dei

ministri - Dipartimento della protezione civile alla gestione della procedura oggetto di contenzioso, e ha chiesto l'estromissione dal giudizio del Commissario di Governo per il contrasto del dissesto idrogeologico nella Regione Siciliana.

Flumec, costituita in giudizio, ha esposto l'infondatezza dell'appello e concluso per la sua reiezione e, in ogni caso, per la conferma della sentenza di primo grado, anche con diversa motivazione in accoglimento del suo secondo motivo di censura dedotto in primo grado e qui riproposto ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.; in subordine, per l'ipotesi di accoglimento del primo motivo di appello, ha chiesto l'accertamento dell'illegittimità degli atti impugnati ai sensi dell'art. 34, comma 3, Cod. proc. amm., manifestando il suo interesse a fini risarcitori.

L'Ufficio del Genio Civile di Catania, quale stazione appaltante, ha versato in atti il rapporto circostanziato relativo alla procedura di che trattasi richiesto dalla difesa erariale, dando atto, tra altro, dello stato di esecuzione, allora in corso, della sentenza impugnata.

Con ordinanza n. 311/2025 questo Consiglio ha respinto la domanda cautelare formulata nell'atto di appello.

Nel prosieguo:

- Flumec ha depositato il contratto di appalto stipulato con la stazione appaltante il 30 settembre 2024 e il verbale del 9 ottobre 2024 con cui le sono stati consegnati i lavori;
- New Energy Group e Flumec hanno depositato memorie, insistendo nelle conclusioni già rassegnate.

La causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 26 febbraio 2025.

DIRITTO

1. Conviene illustrare immediatamente i punti salienti della controversia.

1.1. La commissione di gara, dopo l'apertura delle offerte economiche

presentate nella gara di cui in fatto, stabiliva di procedere, ai sensi dell'art. 110 del d.lgs. n. **36/2023**, alla verifica dell'anomalia inerente il costo della manodopera indicato da alcuni concorrenti, fra i quali includeva, per quanto qui di rilievo, VI.D.R. s.r.l., che, a fronte del ribasso offerto pari al 21.179% (terzo peggior ribasso), aveva indicato quale costo della manodopera un importo pari a € 176.702,40, risultante superiore, per € 925,79, a quello stimato dall'Amministrazione e indicato nel disciplinare di gara (€ 175.776,61).

Indi, nella successiva seduta del 10 aprile 2024, rilevato che VI.D.R. non aveva dato seguito alla richiesta di giustificazioni, la commissione: a) disponeva l'esclusione dalla procedura di detta società; b) procedeva, in applicazione del metodo previsto dal disciplinare, prendendo in considerazione le 8 offerte rimaste in gara, al calcolo della soglia di anomalia, che fissava in corrispondenza del ribasso percentuale pari al 35.335%; c) proponeva l'aggiudicazione della gara alla prima classificata New Energy Group s.r.l., odierna appellante, che aveva offerto un ribasso percentuale pari al 33.942%.

1.2. Flumec s.r.l., collocatasi con il ribasso pari al 33.128% al secondo posto della graduatoria, impugnava tali determinazioni con l'atto introduttivo dell'odierno giudizio.

Sosteneva, tra altro, l'illegittimità dell'esclusione di VI.D.R. e rappresentava che, ove tale esclusione non fosse stata disposta, la soglia di anomalia sarebbe stata individuata nel ribasso percentuale pari a 33,918%, ciò che avrebbe comportato:

- ai sensi dell'art. 54, comma 1, del d.lgs. **36/2023**, richiamato al punto 4 del disciplinare di gara, l'esclusione automatica dell'offerta di New Energy Group (con ribasso pari al 33,942%), in quanto superiore, dopo il c.d. "taglio delle ali", alla soglia di anomalia correttamente calcolata;
- l'aggiudicazione della gara in suo favore, per aver presentato la migliore

offerta (pari al 33,12%) inferiore alla ridetta soglia.

Con motivi aggiunti impugnava Flumec anche il sopravvenuto provvedimento della stazione appaltante che, approvati gli atti di gara, disponeva l'aggiudicazione della procedura a New Energy Group.

1.3. Pronunziando sull'impugnativa, il Tar respingeva innanzitutto l'eccezione di inammissibilità del ricorso spiegata da New Energy Group sulla base del principio della c.d. "irrilevanza delle sopravvenienze nel calcolo della soglia di anomalia", di cui, ora, all'art. 108, *Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture*, comma 12, del d.lgs. **36/2023** ("Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente al provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale, non è rilevante ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte, eventualmente stabilita nei documenti di gara, e non produce conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara").

Sul punto, il primo giudice osservava, in uno alla giurisprudenza richiamata e in forza della *ratio* sottesa al principio (scongiurare intenti speculativi o strumentali), che: la norma non preclude le iniziative giurisdizionali legittime, oggetto di tutela costituzionale (artt. 24 e 113 Cost.), dirette a contestare l'ammissione alla gara di imprese prive dei requisiti di partecipazione o autrici di offerte invalide, e che nondimeno abbiano inciso sulla soglia di anomalia automaticamente determinata; la "cristallizzazione" delle predette medie non opera finché non sia spirato il termine per impugnare le ammissioni e le esclusioni; 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.

Ciò posto, nel caso di specie, riteneva l'inapplicabilità del suddetto principio, escludendo sia un intento speculativo o strumentale della parte

ricorrente, sia la “cristallizzazione” della soglia di anomalia, stante la tempestiva impugnazione degli atti di gara precedentemente all’aggiudicazione.

Nel merito, il Tar riteneva, con valenza assorbente ogni altra censura pure proposta, l’illegittimità dell’esclusione dell’offerta della VI.D.R., stante l’oggettiva e assoluta incapacità del maggiore costo della manodopera proposta da questa di incidere e influire, di per sé, sulla economicità dell’offerta.

Annulava pertanto gli atti impugnati.

2. Tanto chiarito, può passarsi alla disamina delle questioni preliminari.

2.1. La prima questione, spiegata sia dalla resistente difesa erariale che dall’appellante New Energy Group, attiene all’asserita tardività del ricorso introduttivo del giudizio.

La difesa erariale sostiene che l’atto avrebbe dovuto essere notificato entro il termine decadenziale decorrente dalla data (29 marzo 2024) della seduta di gara in cui è stata disposta l’esclusione dalla procedura dell’offerta di VI.D.R., e non dalla data di pubblicazione generalizzata degli atti di gara secondo quanto affermato dalla decisione dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 12 del 2000. A tale fine, osserva che la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2021, anche sulla scorta di pronunzie della Corte di giustizia dell’Unione europea (28 gennaio 2010, C-406/08, Uniplex), valorizza il momento in cui l’interessato è venuto a conoscenza o “*avrebbe potuto prendere conoscenza usando l’ordinaria diligenza*” dell’illegittimità che intende denunciare, principio poi affermato dallo stesso Consiglio di Stato (IV, 3 febbraio 2022, n. 768; 27 giugno 2022 n. 5232), ed evidenza che Flumec, usando l’ordinaria diligenza, ovvero prendendo parte alla seduta di gara del 29 marzo 2024, avrebbe potuto conoscere l’esclusione di VI.D.R. già a partire da tale data.

L’eccezione, che afferma che l’esclusione di VI.D.R. è stata disposta nella

seduta della commissione del 29 marzo 2024, è frutto di un evidente errore di lettura degli atti di gara.

Invero, in quella sede, come da relativo verbale, il seggio di gara si è limitato ad avviare nei confronti di alcuni operatori economici, tra cui VI.D.R., il sub-procedimento di verifica dell'anomalia in relazione al costo della manodopera, chiedendo, a pena esclusione, le relative giustificazioni: solo nella successiva seduta del 10 aprile 2024, sempre come da relativo verbale, e come dà atto anche la sentenza gravata, quest'ultima è stata esclusa per non avere dato seguito alla richiesta.

Anche New Energy Group, con il terzo motivo di appello, sostiene la tardività del ricorso introduttivo del giudizio.

In particolare, New Energy Group, invocando parte della giurisprudenza già citata dalla difesa erariale (Cons. Stato, IV, n. 5232/2022), riconosce che l'esclusione di VI.D.R. è stata disposta nella seduta successiva del 10 aprile 2024, e che, rispetto alla data di pubblicazione del relativo verbale (11 aprile 2024), il ricorso è tempestivo; tuttavia afferma che se Flumec avesse diligentemente presenziato alle sedute del seggio di gara del 29 marzo e del 10 aprile 2024, avrebbe potuto percepire sin dalla prima data l'erroneità della richiesta di giustificazioni avanzate nei confronti di VI.D.R., e sin dalla seconda data l'illegittimità dell'esclusione di questa, sicchè il termine di impugnativa decorrerebbe dal 10 aprile 2024 e sarebbe scaduto il 10 maggio 2024, mentre il ricorso è stato notificato solo il giorno successivo (11 aprile 2024).

L'eccezione è sfornita di capacità persuasiva.

In primo luogo, la mera determinazione del seggio di gara di sottoporre l'offerta di VI.D.R. alla verifica di anomalia, a prescindere dalla possibilità o meno di Flumec di percepirne nell'immediato l'erroneità, non era in alcun modo lesiva della sfera giuridica di questa, che è stata intaccata solo successivamente, per effetto delle conseguenze che la commissione di gara

nella seduta del 10 aprile 2024 ha tratto della mancata presentazione di giustificazioni da parte della prima.

Inoltre, come già osservato da questo Consiglio nell'ordinanza cautelare n. 311/2024 citata in fatto, ai fini della valutazione della tempestività del ricorso di primo grado di Flumec, rileva la data di pubblicazione del verbale delle operazioni di gara relative alla ridetta seduta del 10 aprile 2024, che ha conferito certezza giuridica, per tutti gli interessati, presenti o meno alla seduta, circa il loro significato e andamento. E rispetto a tale data, come pure riconosce New Energy Group, la notifica dell'atto introduttivo del giudizio è tempestiva.

Resta solo da rammentare che, nella formulazione applicabile alla controversia, l'art. 120, comma 2, Cod. proc. amm., per l'individuazione del momento di decorrenza del termine di impugnativa, valorizza il "*momento in cui gli atti sono messi a disposizione*" dalla stazione appaltante, e che la sentenza del Consiglio di Stato n. 5232/2022 invocata dall'eccepente, lungi dal porsi in contrasto con la sopra citata decisione dell'Adunanza plenaria n. 12 del 2020, e proprio considerando la giurisprudenza costituzionale ed eurounitaria citata dalla difesa erariale che fa sfondo anche all'eccezione in esame, ne ha ribadito i principi, solo affermando l'impossibilità di posporre detto momento, sempre e comunque, tenendo conto dell'andamento dell'esperimento dell'accesso agli atti di gara, problematica qui insussistente.

2.3. Le eccezioni di tardività vanno pertanto entrambe respinte, in uno al terzo motivo di appello.

2.2. La difesa erariale, premesso che l'intervento oggetto dell'odierno ricorso rientra tra quelli finanziati a valere sul P.N.R.R., sostiene che, per quanto debba tenersi conto dell'art. 12-*bis*, comma 4, del d.l. 68/2022, convertito dalla l. 108/22, la Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della protezione civile è del tutto estranea alle questioni oggetto della presente controversia, la gestione della gara essendo stata

rimessa al soggetto attuatore.

Sul punto, nulla vi è da decidere.

Il Tar ha invero respinto - con un capo di sentenza passato in giudicato - la richiesta di estromissione avanzata dalla predetta Amministrazione proprio in considerazione della predetta previsione normativa, che recita che *“Sono parti necessarie dei giudizi disciplinati dal presente articolo le amministrazioni centrali titolari degli interventi previsti nel PNRR, ai sensi dell’articolo 1, comma 4, lettera l), del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, per le quali si osservano le disposizioni delle leggi speciali che prescrivono la notificazione presso gli uffici dell’Avvocatura dello Stato. Si applica l’articolo 49 del codice del processo amministrativo, di cui all’allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104”*.

2.3. Considerato che la controversia non riguarda un appalto di lavori gestito dal Commissario di Governo per il contrasto del dissesto idrogeologico nella Regione Siciliana e non risulta impugnato alcun provvedimento da questo adottato, può invece essere accolta la richiesta della difesa erariale di estromettere dall’odierno giudizio detto Ufficio commissariale.

3. A questo punto può passarsi alla disamina dei due residui motivi di appello (il terzo e ultimo motivo è già stato respinto come sopra).

4. Con il primo motivo New Energy Group sostiene l’erroneità del capo di sentenza che ha respinto l’eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio per avere a oggetto un atto endoprocedimentale privo di immediata lesività (la proposta di aggiudicazione).

Si duole poi la deducente del fatto che il Tar non abbia considerato che l’adozione del provvedimento di aggiudicazione ha “cristallizzato” la soglia di anomalia come individuata dal seggio di gara nel verbale 10 aprile 2024.

Sostiene quindi New Energy Group che il ricorso di primo grado è inammissibile e i relativi motivi aggiunti non possono sortire alcun effetto

ai fini della formulazione della graduatoria, in quanto anche la eventuale variazione di questa a fini risarcitori, conseguente alla riammissione della VI.D.R., alla luce dell'art. 108, comma 12, del d.lgs. **36/2023**, sarebbe irrilevante per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte.

In altri termini, per New Energy Group, il fatto storico dell'avvenuta adozione del provvedimento di aggiudicazione, intervenuto il 3 giugno 2024, impedirebbe, come voluto dal legislatore con il ridetto art. 12, e come affermato dalla giurisprudenza (Cons. Stato, V, 22 gennaio 2019, n. 572; 31 ottobre 2022, n. 9381), il ricalcolo della soglia, abbia o non abbia il ricorrente tempestivamente impugnato la relativa proposta.

Lamenta inoltre l'appellante che il Tar, anche dopo l'abrogazione della norma di cui all'art. 120, comma 2-*bis*, Cod. proc. amm. - norma di carattere eccezionale perché volta a consentire l'impugnazione di atti endoprocedimentali privi di lesività in deroga alla regola generale secondo cui nel processo amministrativo l'interesse al ricorso sorge solo rispetto a provvedimenti immediatamente lesivi, non anche a provvedimenti che potranno esserlo - ha consentito la possibilità di impugnare un atto non lesivo della procedura di gara, che riguardava inoltre un concorrente diverso sia dal ricorrente che dal destinatario della proposta di aggiudicazione, e ciò sulla base di un proprio precedente (n. 1071/2024, non impugnato).

Ancora, nel relativo percorso argomentativo, secondo New Energy Group, il Tar:

- nel rilevare che Flumec era "*soggetto utilmente collocato in graduatoria*" avrebbe equivocato il riferimento operato in giurisprudenza al "*soggetto non utilmente collocato in graduatoria*", concetto che comprenderebbe qualsiasi concorrente ammesso ma non vincitore, e indi anche Flumec;
- avrebbe frainteso la lettera dell'art. 108, comma 12, d.lgs. **36/2003**, e delle precedenti norme disponenti il principio di irrilevanza delle sopravvenienze

nel calcolo della soglia di anomalia (art. 95, comma 15, d.lgs. 50/2016; art. 38, comma 2-*bis*, ultimo periodo, d.lgs. 163/2006) non avvedendosi che “tutela giurisdizionale” e “invarianza della soglia” non sono concetti mutuamente esclusivi (nel senso che la seconda impedirebbe la prima), ma anzi sono dalla norma stessa contemplati nell’ambito dell’unica fattispecie astratta, con la previsione che l’accesso alla tutela giurisdizionale “*non è rilevante ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l’individuazione della soglia di anomalia delle offerte*”, principio che, come afferma la giurisprudenza, è frutto di un bilanciamento non irragionevole tra il diritto di azione contro l’operato dei pubblici poteri costituzionalmente garantito (artt. 24 e 113 Cost.) e l’esigenza di assicurare un adeguato grado di stabilità dell’azione amministrativa, laddove le *chances* di aggiudicazione fatte valere in sede giurisdizionale siano affidate in modo esclusivo alla rimodulazione delle medie dei ribassi e della conseguente soglia di anomalia, per effetto di esclusioni di imprese diverse da quella aggiudicataria (Cons. Stato, V, 16 marzo 2016, n. 1052);

- avrebbe erroneamente ritenuto impugnabile un atto non lesivo (l’esclusione di altro operatore economico in costanza della mera proposta di aggiudicazione) nonostante l’avvenuta abrogazione dell’art. 120, comma 2-*bis*, Cod. proc. amm..

4.1. Il motivo è infondato.

4.2. Come già rilevato da questo Consiglio nella ridetta ordinanza cautelare 311/2025, il c.d. “principio di invarianza delle sopravvenienze nel calcolo della soglia di anomalia”, introdotto dalla legge al fine di arginare una deriva esegetica comportante una superfetazione di impugnazioni, principali e incidentali, volte a richiedere la fittizia esclusione o riammissione di concorrenti al solo fine di provocare una strumentale e surrettizia alterazione della media dei ribassi offerti preconfezionata *ad hoc*, va coniugato con l’altro e più generale principio dell’effettività della tutela

giurisdizionale.

Invero, se il principio è indubitabilmente governato dalla *ratio* di garantire continuità alla gara e stabilità ai suoi esiti, precludendo impugnazioni meramente speculative e strumentali da parte di concorrenti non utilmente collocati in graduatoria (tra i quali va evidentemente annoverato il secondo classificato), 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, V, 2 novembre 2021, n. 7303; III, 11 ottobre 2021, n. 6821; 22 febbraio 2017, n. 841), causando in tal modo la dilatazione dei tempi di conclusione delle gare e l'irragionevole dispendi di risorse umane ed economiche (Cons. Stato, V, 22 gennaio 2021, n. 683; III, 12 luglio 2018, n. 4286; 27 aprile 2018, n. 2579), tuttavia esso opera solo a seguito dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione, laddove, fino quel momento, la soglia può essere oggetto di rettifica, potendo tenersi conto dell'esclusione dalla gara di imprese prive dei requisiti di partecipazione o presentatrici di offerte invalide, ovvero della riammissione di imprese illegittimamente escluse, con conseguente possibilità di correggere, fino a che la gara non si è conclusa, eventuali distorsioni del confronto competitivo tra gli operatori economici causate da illegittime ammissioni o esclusioni dalla procedura, a tutela della *par condicio* tra i partecipanti e del buon andamento dell'azione amministrativa.

In altre parole, il principio non opera laddove le relative questioni risultino giudizialmente incardinate precedentemente all'aggiudicazione (Cons. Stato, V, 13 giugno 2024, n. 5319, e sentenze ivi citate), e determina l'insensibilità delle medie e della soglia di anomalia solo nei casi in cui la variazione di tali valori costituirebbe l'effetto indiretto di iniziative, anche giurisdizionali, al celato fine di "sensibilizzare" a proprio vantaggio le stesse, ormai note, medie e soglia di anomalia (Cons. Stato, III, 11 ottobre 2021, n. 6821).

Ciò posto, nel caso di specie, il Tar ha fatto buon uso delle predette coordinate ermeneutiche, accertando, con riferimento all'atto introduttivo del giudizio, la presenza delle condizioni per ritenere l'inoperatività del principio, ovvero la carenza di un intento speculativo della ricorrente (condizione negativa la cui sussistenza il motivo non nega) e la mancata cristallizzazione della soglia per effetto della non (ancora) intervenuta aggiudicazione della gara, poi adottata successivamente e gravata con i mezzi aggiunti.

Infine, l'appellante non può essere seguita neanche quando afferma che lo stesso ricorso è inammissibile per avere a oggetto un atto meramente endoprocedimentale, dal momento che Flumec, mediante le doglianze accolte dal Tar, ha agito avverso l'esclusione di VI.D.R. (le altre determinazioni essendone mere conseguenze), esclusione che, laddove non tempestivamente gravata, avrebbe consolidato i suoi effetti, con conseguente consolidamento anche della soglia di anomalia delle offerte individuata senza considerare l'offerta di detta società.

Quanto, poi, al rilievo secondo cui il Tar non avrebbe considerato che l'art. 120, comma 2-bis, del Codice del processo amministrativo (disponente che *“Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni ... L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale ...”*) è stato abrogato ben prima dell'instaurazione dell'odierno giudizio, vale rilevare che la giurisprudenza, nel ritenere l'atto di ammissione altrui, se lesivo, impugnabile solo con il provvedimento di aggiudicazione (Cons. Stato, V, 23 febbraio 2015, n. 856; 20 aprile 2016, n. 1560), ha affermato, da sempre, l'onere di immediata impugnazione dei provvedimenti di esclusione, in quanto immediatamente lesivi (Cons. Stato, Ad. plen., n. 31 del 2012; V, 23

febbraio 2015, n. 856; IV, 25 agosto 2016, n. 3688; V, 4 marzo 2011, n. 1398).

Sicchè, la novella costituita dal comma 2-*bis* dell'art. 120 Cod. proc. amm. ha avuto come principale effetto l'impugnabilità immediata del solo atto di ammissione (Cons. Stato, Sez. speciale, 1° aprile 2016, n. 855), mentre, correlativamente, la sua abrogazione, comportando la riespansione automatica delle regole generali sull'interesse ad impugnare gli atti delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, nulla ha mutato circa l'onere di tempestiva impugnazione dell'esclusione (C.G.A.R.S., Sez. giur., 16 aprile 2021, n. 322; Cons. Stato, V, 3 dicembre 2020, n. 7669).

5. Con il secondo motivo New Energy Group sostiene l'erroneità del capo di sentenza che ha ritenuto il ricorso fondato nel merito.

Rileva l'appellante che lo stesso Tar ha riconosciuto come, in linea di principio, anche l'indicazione di un costo del lavoro superiore a quello indicato dalla stazione appaltante negli atti di gara può essere indice di un'offerta non attendibile, e che in contrario avviso non potrebbe valere l'osservazione del primo giudice circa la ritenuta modestia della differenza in aumento (€ 925,79 euro), anche considerando che il ribasso offerto della VI.D.R. S.r.l. era tra i meno convenienti per l'Amministrazione, mentre il fatto, pure segnalato dal Tar, che l'offerta della VI.D.R. fosse il "terzo peggior ribasso" non sarebbe significativo, perché l'indagine sulla congruità di un'offerta non va condotta in comparazione con le altre, bensì accertando la sua sostenibilità.

Sicchè, per la deducente, il Tar, così facendo, sarebbe entrato nel merito dell'atto espressione di discrezionalità tecnica amministrativa, senza che questo, contrariamente a quanto affermato, presentasse profili di manifesta irragionevolezza. Inoltre, le indicazioni del Tar comporterebbero a carico della stazione appaltante defatiganti indagini, contrarie al principio di celerità espresso nel principio del risultato di cui all'art. 1 del d.lgs. **36/2023**,

mentre lo stesso principio imporrebbe di ritenere anomala, e quindi da sottoporre a procedimento di verifica di congruità, qualunque offerta che esibisca un costo della manodopera diverso da quello stimato negli atti di gara, come previsto nel parere MIT n. 2154 del 19 luglio **2023**, che non prevederebbe che l'amministrazione valuti, caso per caso, l'ammontare della diversità. L'esclusione di VI.D.R., poi, si giustificerebbe già solo considerando il mancato riscontro alla richiesta di giustificazione avanzata dalla stazione appaltante, condotta che, anche trattandosi di un onere facilmente disimpegnabile, si porrebbe in conflitto con il principio di autoresponsabilità.

5.1. Il motivo è infondato.

5.2. Il Tar, sulla base della conforme giurisprudenza citata, ha premesso che:

- per offerta anormalmente bassa si intende quella che, in quanto tale e rispetto all'entità delle prestazioni richieste dal bando, ingenera il sospetto della scarsa serietà e di una possibile non corretta esecuzione della prestazione contrattuale per l'inidoneità ad assicurare all'operatore economico un adeguato profitto;
- in tale prospettiva, anche l'indicazione maggiori costi della manodopera può costituire indice di anomalia qualora suscettibile di incidere sulla remuneratività dell'offerta, andando ad abbattere l'utile ritraibile dall'importo offerto;
- laddove il ribasso offerto dall'operatore economico implichi anche la riduzione dei costi della manodopera indicati a base d'asta, l'offerta si presume *iuris tantum* anomala, fatta salva la possibilità del concorrente di dimostrare, *ex art. 41, comma 14, d.lgs. 36/2023*, “che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale”;
- di contro, il ribasso proposto dall'operatore economico unitamente all'indicazione dei costi della manodopera “a rialzo” non costituisce, di per

sé, un indice di anomalia dell'offerta, essendo a tale fine necessario che la proposta in aumento di tale componente di costo si caratterizzi per la sua effettiva e concreta capacità di incidere sulla remuneratività dell'offerta, andando ad abbattere l'utile ritraibile dall'importo offerto;

- in altre parole, l'indicazione "a rialzo" dei costi di che trattasi assurge a indice di anomalia solo laddove suscettibile di riflettersi, per dimensione e incidenza, e nella valutazione di altri elementi, sul complessivo equilibrio economico dell'offerta.

Sulla base di tali coordinate, il primo giudice ha ritenuto la manifesta e macroscopica erroneità e irragionevolezza della valutazione discrezionale nella specie compiuta dall'Amministrazione, e, indi, la sua sindacabilità in sede giurisdizionale.

Ciò, in particolare, tenendo conto che l'indicazione da parte di VI.D.R. nella propria offerta di un costo della manodopera per un importo superiore, per € 925,79, a quello stimato dalla stazione appaltante e indicato negli atti di gara non solo costituisce uno scostamento minimo (inferiore allo 0,6%) rispetto a questo, ma si appalesa come irrilevante a fronte del ribasso offerto pari al 21,179% su un importo complessivo di euro 2.215.003,38, su cui incide per una misura del tutto trascurabile (inferiore allo 0,05%), così evidenziando l'oggettiva e assoluta incapacità dello stesso maggiore costo proposto di incidere e influire, di per sé, sulla economicità dell'offerta, e facendo escludere, secondo criteri di logicità e ragionevolezza, e a prescindere dall'esito del soccorso istruttorio, qualsiasi dubbio sulla sua anomalia "*fondato esclusivamente su tale ragione*". Da cui l'illegittimità dell'esclusione dell'offerta.

Si tratta di valutazioni del tutto condivisibili.

In primo luogo, se è vero che il Tar ha riconosciuto, in linea di principio, che anche l'indicazione di un costo del lavoro superiore a quello indicato dalla stazione appaltante negli atti di gara può essere indice di un'offerta

non attendibile, è parimenti vero che, al contempo, il Tar ha puntualmente chiarito, mediante argomentazioni pertinenti e puntuali, l'insussistenza di una siffatta evenienza nella fattispecie, ulteriormente evidenziando come la portata macroscopica dei vizi di logicità riscontrabili nella contraria determinazione dell'Amministrazione refluissero nella sua sindacabilità in sede giurisdizionale. Si tratta di motivazioni non intaccate dalle doglianze dell'appellante, che si arrestano, su entrambi i predetti punti, al livello di una soglia teorica, che non affronta le peculiarità della vicenda *sub iudice* bene illustrata dal primo giudice.

Inoltre, considerato che si controverte in tema di valutazione di sospetta anomalia di un'offerta presentata nell'ambito di una gara pubblica, non vi è alcuna ragione per ritenere, come in sostanza pretende l'appellante, che il Tar non potesse o non dovesse tenere conto dell'entità (minimale) di quella differenza in aumento del costo della manodopera che, per l'Amministrazione, ha ingenerato tale sospetto, e apprezzarne la oggettiva non significatività nel complesso della relativa offerta, ancorchè si tratti di un aspetto risultante di palmare e immediata evidenza, tale da non comportante neanche quelle defatiganti indagini a carico della stazione appaltante ipotizzate dalla deducente.

Infine, una volta chiarita l'insussistenza delle condizioni che, per la stazione appaltante, hanno determinato il sospetto di anomalia dell'offerta di VI.D.R., la mancata presentazione di parte di questa delle giustificazioni richieste è ininfluente ai fini dell'accertamento giudiziale delle illegittimità denunciate: il disinteresse da questa manifestata in relazione all'esito della gara non si tramuta infatti in un impedimento giuridico del concorrente che ne ha interesse a sottoporre gli atti di gara alla verifica del giudice amministrativo.

6. In definitiva, l'appello deve essere respinto.

Restano per l'effetto assorbite le questioni e le domande qui riproposte da

Flumec.

Le spese del grado, liquidate come in dispositivo, in parte seguono la soccombenza e in parte, sussistendone giusti motivi, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe:

- dispone l'estromissione dal giudizio il Commissario di Governo per il contrasto del dissesto idrogeologico nella Regione Siciliana;
- respinge l'appello.

Condanna l'appellante New Energy Group s.r.l. alla refusione in favore della resistente Flumec s.r.l. delle spese del grado, che liquida nell'importo pari a € 4.000,00 (euro quattromila/00). Compensate le altre.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del 26 febbraio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente

Solveig Cogliani, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

Giovanni Ardizzone, Consigliere

Antonino Lo Presti, Consigliere

L'ESTENSORE

Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE

Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO

