

Publicato il 26/10/2023

N. 02407/2023 REG.PROV.COLL.
N. 01518/2023 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 della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex articolo 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1518 del 2023, proposto da Caprio Costruzioni Metalliche S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A0020EBAFE, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Caliendo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comunità Montana dei Monti Lattari, in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Antonietta Pelella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Pagani al Corso Padovano n. 80;

Comune di Amalfi, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Migliarotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Tec.sp.ed. S.r.l., Mar.sal. Restauri S.r.l., Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dell'Interno, non costituiti in giudizio;
Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero dell'Istruzione e del Merito, Ministero delle Imprese e del Made in Italy, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale Salerno, domiciliataria *ex lege* in Salerno, c.so Vittorio Emanuele, 58;

per l'annullamento

1. della nota del 30.09.2023 con la quale la S.A. ha respinto l'istanza di ricalcolo della soglia proposta dalla ricorrente e si è proceduto a confermare l'aggiudicazione a favore dell'operatore economico controinteressato per l'affidamento dei lavori di efficientamento energetico adeguamento sismico e messa in sicurezza dell'Istituto comprensivo “Fra Gerardo Sasso” sito in piazza Santo Spirito - Comune di Amalfi;
2. determinazione di aggiudicazione Determina n. gen. 1059 del 14-09-2023 del Comune di Amalfi che approva l'operato della Comunità Montana Monti Lattari (SA) recante l'aggiudicazione per l'affidamento dei lavori di efficientamento energetico adeguamento sismico e messa in sicurezza dell'Istituto Comprensivo “Fra Gerardo Sasso” sito in Piazza Santo Spirito - Comune Di Amalfi a favore del TEC.SP.ED. Srl con sede in Sabaudia (LT), in Via Lago di Como, n. 4 – Cod. Fisc. e P.IVA 00350400636Geogrimp s.r.l. P.IVA 02582950420 in persona del legale rappresentante p.t. con sede in Ancona alla via Scrima n. 36/B;
3. verbali di gara nn. 1, 2 e 3 emessi dalla Commissione di Gara in relazione alla gara per l'affidamento dei lavori di efficientamento energetico adeguamento sismico e messa in sicurezza dell'istituto Comprensivo “Fra Gerardo Sasso” sito in Piazza Santo Spirito - Comune Di Amalfi;
4. verbali di gara nn. 1, 2 e 3 rispettivamente datati 07/09/2023, 08/09/2023 e 14/09/2023, è stata individuata quale offerta aggiudicataria quella dell'operatore economico Tec.sp.ed. Srl con sede in Sabaudia (Lt) in via Lago

di Como n. 4 – cod. fisc. e P.Iva 00350400636, che ha offerto la percentuale di ribasso del 30,221%;

5. della determina n. 124 del 13/09/2023 della CUC dei Monti Lattari con la quale si è proceduto alla presa d'atto dei verbali sopra specificati;

6. del Bando e disciplinare se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente e se ed in quanto prevedono una “preferenza” tra l'offerta compilata nel modello G rispetto a quella generata dal sistema;

7. del provvedimento di approvazione dell'aggiudicazione per l'affidamento dei lavori di efficientamento energetico adeguamento sismico e messa in sicurezza dell'istituto Comprensivo “Fra Gerardo Sasso” sito in Piazza Santo Spirito - Comune Di Amalfi approvato dal RUP;

8. comunicazione dell'aggiudicazione della S.A. e Comune di Amalfi;

9. di ogni altro provvedimento propedeutico, successivo, precedente, connesso e consequenziale a quelli impugnati e se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente

nonché per la declaratoria

di inefficacia del contratto di appalto, ai sensi degli artt. 121 e ss. D.lgs. 104/10, ove *medio tempore* stipulato tra l'Amministrazione Appaltante e l'eventuale ulteriore aggiudicataria in via definitiva alla gara e con espressa richiesta della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione della gara, per essere in possesso dei requisiti tecnico/organizzativi e per essere subito disponibile e all'immediata stipula del contratto – subentrando, quindi, in luogo dell'aggiudicataria – e all'immediato avvio di lavori messi a gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Amalfi e del Ministero dell'Economia e delle Finanze e di Ministero dell'Istruzione e del Merito e di Ministero delle Imprese e del Made in Italy e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2023 la dott.ssa Rosa Anna Capozzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'articolo 60 cod. proc. amm.;

1. La Caprio Costruzioni Metalliche s.r.l., con atto notificato l'11 ottobre 2023 e depositato il successivo 13 ottobre, ha impugnato e chiesto l'annullamento degli atti in epigrafe indicati relativi alla procedura di gara aperta, ai sensi dell'articolo 71 del D. Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, con aggiudicazione secondo il criterio del minor prezzo, indetta dal Comune di Amalfi per il tramite della Centrale Unica di Committenza dei Monti Lattari, per l'affidamento dei "lavori di efficientamento energetico adeguamento sismico e messa in sicurezza dell'istituto comprensivo "Fra Gerardo Sasso" sito in piazza Santo Spirito - Comune di Amalfi", alla quale ha partecipato, proponendo un ribasso di 30,053%.

1.1. A fondamento del ricorso ha dedotto i motivi di seguito sinteticamente elencati:

I.A) erroneità del calcolo della soglia di anomalia a seguito dell'illegittima scelta da parte della Commissione giudicatrice del ribasso indicato dalla concorrente n. 11, Mar.sal. Restauri s.r.l., nel modello G allegato all'offerta economica e non quello (inferiore) generato direttamente dal portale telematico (*cf.* articoli 3.4, 3.5 e 20 del disciplinare di gara);

I.B) illegittimità del provvedimento di ammissione alla gara della Mar.sal. Restauri s.r.l. per essere la sua offerta indeterminata, ambigua, ambivalente e contraddittoria, data la discrasia tra il ribasso indicato nel modello G allegato all'offerta economica (32,994%) e il ribasso indicato nell'offerta economica generata dalla piattaforma telematica (32,94%);

I.C) illegittimità della scelta della Commissione giudicatrice di prendere in considerazione l'offerta compilata con il modello G e, comunque, a fronte di una discrasia e contraddizione con quella generata dal sistema della

piattaforma telematica, di non procedere alla esclusione della Mar.sal. Restauri s.r.l.

1.2. In relazione alla prova di resistenza, la ricorrente ha esposto che: - nel caso di accoglimento del motivo *sub* I.A.), sarebbe risultata aggiudicataria dell'appalto, in luogo della Tec.sp.ed. S.r.l., per aver proposto il ribasso più vicino alla soglia di anomalia ricalcolata (30,2158%); - nel caso di accoglimento dei motivi *sub* I.B) e *sub* I.C), la soglia di anomalia dovrebbe essere ricalcolata all'esito dell'esclusione dell'operatore Mar.sal. Restauri s.r.l. e, quindi, le sarebbe spettata ugualmente l'aggiudicazione per aver proposto il ribasso più vicino alla soglia di anomalia ricalcolata (30,2158%).

2. Il Comune di Amalfi si è costituito in giudizio, eccependo l'inammissibilità del ricorso e, comunque, la sua infondatezza nel merito.

3. Si sono costituite, con memoria di stile, le Amministrazioni centrali, titolari del finanziamento, evocate in giudizio, mentre, benché ritualmente intimati, non si sono costituiti in giudizio gli altri controinteressati.

4. Alla camera di consiglio del 25 ottobre 2023 il ricorso è stato trattenuto in decisione, previo avviso di possibile definizione del giudizio con sentenza *ex* articolo 60 cod. proc. amm. alle parti, che nulla hanno obiettato sul punto.

4.1. Preliminarmente va dichiarata la tardività della costituzione della Comunità Montana Monti Lattari, che si è costituita con memoria depositata solo in data 25 ottobre 2023, successivamente al momento del passaggio in decisione della causa.

5. Il ricorso è inammissibile per carenza di interesse ad agire.

5.1. Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) prevede all'articolo 108, comma 12, in sostanziale continuità con la regola già fissata dall'articolo 95, comma 15, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che: «*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.». Come correttamente osservato dal resistente Comune di Amalfi, la norma contiene il già noto principio di invarianza della soglia di anomalia o principio di "cristallizzazione della soglia di anomalia", che, trasposto sul piano pratico si traduce nell'impossibilità, *ex post*, d'individuare - per effetto di sopravvenienze successive al provvedimento di aggiudicazione - una nuova soglia di anomalia, mediante il ricalcolo delle offerte. La *ratio* di tale principio è stata individuata dalla giurisprudenza nella garanzia di continuità della gara e stabilità dei suoi esiti, «onde impedire che la stazione appaltante debba retrocedere il procedimento fino alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte, cioè di quella soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta si presume senz'altro anomala, situazione che ingenererebbe una diseconomica dilatazione dei tempi di conclusione della gara correlata a un irragionevole dispendio di risorse umane ed economiche» (così, Consiglio di Stato, sez. V, 02 maggio 2022, n. 3438), nonché «di impedire, o comunque vanificare, in prospettiva antielusiva, la promozione di controversie meramente speculative e strumentali da parte di concorrenti non utilmente 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» (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 22 febbraio 2017, n. 841). In altri termini, la regola della "cristallizzazione delle medie", trova applicazione non solo ai fini della determinazione della soglia di anomalia, ma anche ai fini del divieto di regressione procedimentale, che implica l'immodificabilità della graduatoria anche all'esito della estromissione di uno dei concorrenti la cui offerta aveva concorso alla elaborazione dei punteggi (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 6 aprile 2020, n. 2257). Al fine di escludere ogni incertezza sul limite temporale entro il quale gli operatori economici in gara possono censurare la graduatoria e chiedere il ricalcolo dell'anomalia, il legislatore del 2023, in luogo del riferimento alla conclusione, in sede amministrativa, «della fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte», si riferisce, più direttamente al momento in cui è intervenuta l'aggiudicazione, in conformità a quanto già sostenuto*

dalla giurisprudenza formatasi durante la vigenza dei Codici dei contratti pubblici del 2016 e del 2006 (*cf.* Consiglio di Stato, III, 27 aprile 2018, n. 2579; *id.*, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013; in relazione all'applicazione della medesima regola nella vigenza dell'articolo 38, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 163 del 2006, *cf.* Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, 11 gennaio 2017, n. 14, che indica quale momento iniziale per l'applicazione dell'invarianza l'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva; nello stesso senso *id.*, 22 dicembre 2015, n. 740).

5.2. Nel caso di specie, la graduatoria si è già definita e cristallizzata con la determina del Comune di Amalfi, n. gen. 1059 del 14 settembre 2023, avente ad oggetto l'aggiudicazione dell'appalto in favore dell'operatore economico Tec.sp.ed. s.r.l., sicché un eventuale ricalcolo della soglia di anomalia violerebbe la disposizione sopra richiamata dell'articolo 108, comma 12, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, nonché i corollari principi di trasparenza, correttezza del confronto concorrenziale e legittimo affidamento. Peraltro, nel caso oggetto del presente giudizio la ricorrente ha contestato la mancata esclusione dalla gara di una concorrente diversa dall'aggiudicataria, per effetto della quale il ricalcolo della soglia di anomalia avrebbe dovuto condurre all'aggiudicazione in favore della medesima ricorrente, sicché rientra nei casi in cui il conseguimento dell'aggiudicazione è ottenibile non già per la portata delle censure dedotte contro gli atti di gara e per la posizione in graduatoria della ricorrente, ma solo avvalendosi degli automatismi insiti nella determinazione automatica della soglia di anomalia (Consiglio di Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1117; *id.*, sez. V, 23 novembre 2020, n. 7332).

5.3. Né può accogliersi l'interpretazione restrittiva della norma in questione patrocinata dalla ricorrente, secondo la quale *«l'elemento determinante ai fini dell'applicazione del principio dell'invarianza della soglia di anomalia è, per l'appunto, che la vexata quaestio nasca successivamente al provvedimento di aggiudicazione, mentre nel caso di specie, come comprovato dal verbale di gara n. 3 (riportato in stralcio per la parte d'interesse), era già a conoscenza della stazione appaltante prima dell'adozione del*

provvedimento di aggiudicazione». Ed invero, la tesi della ricorrente risulta, in primo luogo, contrastante con il dato letterale della norma di cui si discorre, che non fa alcun riferimento al momento della conoscenza in astratto da parte della stazione appaltante della causa che determinerebbe la modifica della soglia di anomalia, ma solo al momento in cui effettivamente “intervenga” la variazione - “anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale” - a prescindere dalla sua genesi. In secondo luogo, un’interpretazione di tal segno violerebbe la *ratio* del principio dell’invarianza - esteso espressamente dal legislatore del 2023, rispetto all’articolo articolo 95, comma 15, del previgente Codice, anche ai procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara - restringendone inopinatamente la portata alle sole “variazioni” causate da fattori sopravvenuti al provvedimento di aggiudicazione, escludendone, ad esempio, l’applicazione a tutti i casi – invero, non infrequenti - di provvedimenti (in autotutela o giurisdizionali) che accertano fattori di esclusione maturati in un momento antecedente all’aggiudicazione. D’altronde, finanche durante la vigenza del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire la “portata generale” del principio di invarianza della soglia di anomalia, previsto dall’articolo 38, comma 2-*bis*, ritenendolo applicabile anche a cause ostative alla partecipazione alla gara diverse da quelle indicate nel comma 1 della citata disposizione e ritenendo l’articolo in questione «*il frutto di un bilanciamento non irragionevole tra il diritto di azione contro l’operato dei pubblici poteri costituzionalmente garantito (articoli 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*» (cfr., Consiglio di Stato sez. V, 16 marzo 2016, n.1052).

5.4. In definitiva, alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso deve dichiararsi inammissibile per carenza di interesse ad agire.

6. Le spese possono essere integralmente compensate in considerazione della natura in rito della presente decisione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Compensa le spese tra le tutte le parti.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Fabio Di Lorenzo, Referendario

Rosa Anna Capozzi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Rosa Anna Capozzi

IL PRESIDENTE
Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO