

TAR Piemonte, sezione prima, sentenza n. 736 del 17 novembre 2020

Procedura negoziata – Ribasso – Esclusione automatica ex art. 1 co. 3 del DL 76/2020 – Applicabilità, anche se non richiamata negli atti di gara

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 il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 720 del 2020, integrato da motivi aggiunti,
proposto da

..... s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e
difesa dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

contro

....., in persona del Sindaco pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato
....., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

.....s.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

del provvedimento di esclusione adottato, per quanto noto, dalla Commissione di
gara nella seduta del 03.09.2020, cui ha fatto seguito in data 4.09.2020 pubblicazione
sul portale MEPA dell'elenco dei concorrenti ammessi alla procedura con i valori
delle rispettive offerte nonché l'indicazione dell'offerta di spa quale

“miglior offerta” e contestuale indicazione di aggiudicazione provvisoria ad altro operatore economico;

- di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale, e tra questi in particolare la comunicazione RUP in risposta alla richiesta di chiarimenti della ricorrente resa in data 4.09.2020, la determina a contrarre n. 412 del 13/08/2020 di avvio della procedura, non nota, in parte qua come infra specificato, dei verbali della procedura di gara con particolare riferimento al verbale della seduta del 03.09.2020 di apertura delle offerte e del provvedimento di aggiudicazione a favore disrl, parimenti non noti,

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto

ove medio tempore stipulato, con dichiarazione della ricorrente di disponibilità al subentro in corso di esecuzione

e per il risarcimento dei danni

subiti in conseguenza delle illegittimità lamentate e ciò mediante risarcimento in forma specifica, mediante riammissione della ricorrente alla procedura di gara, verifica della congruità dell'offerta, aggiudicazione dell'appalto e stipulazione del contratto ovvero, solo in subordine, per equivalente pecuniario nella misura che sarà determinata nel prosieguo del giudizio;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati il 20.10.2020:

- annullamento, previa sospensione, del provvedimento di esclusione adottato dalla Commissione di gara nella seduta del 03.09.2020 e aggiudicazione provvisoria ad altro operatore economico, nonché tutti gli atti connessi, presupposti e consequenziali;

- declaratoria di inefficacia del contratto ove medio tempore stipulato

- risarcimento danni.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2020 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

La società ricorrente ha partecipato alla procedura negoziata, tramite piattaforma MEPA, per l'aggiudicazione del servizio di conduzione e manutenzione, oltre che assunzione della figura di "terzo responsabile degli impianti di riscaldamento e condizionamento del comune di", cui è stata invitata con lettera del 13.8.2020.

La gara è stata aggiudicata secondo il criterio del minor prezzo; l'offerta della ricorrente presentava il ribasso maggiore, pari al 31,21%, a fronte di una soglia di anomalia individuata nel 20,4925%.

La ricorrente veniva automaticamente esclusa e la gara veniva aggiudicata alla concorrente classificatasi successivamente in graduatoria, con un ribasso del 18,36%; la ricorrente presentava istanza di autotutela a chiedeva di essere ammessa a giustificare la sostenibilità della propria offerta.

L'istanza veniva rigetta e l'esclusione confermata con atti impugnati con i motivi aggiunti di ricorso.

Lamenta parte ricorrente:

1) la violazione e falsa applicazione dell'art. 76 co. 1, 2, 5 bis e 6 del d.lgs. n. 50/3016 oltre che dell'art. 5bis del d.lgs. n. 82/50; la violazione dell'art. 3 della l. n. 241/90 e il difetto di motivazione. Secondo parte ricorrente la sua esclusione non sarebbe stata estrinsecata in un provvedimento formale, avendola la stessa desunta dal MEPA e dalle informazioni assunte presso il RUP;

2) la violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 e della *lex specialis* di gara, nonché dell'art. 1 co. 3 d.l. n. 76/2020, del principio di tassatività della cause di esclusione, del principio di concorrenza e massima partecipazione, dei principi di correttezza, trasparenza e pubblicità; eccesso di potere, violazione della normativa UE in tema di offerte anomale (art. 69 della direttiva 2014/24/UE) e art. 84 direttiva 2014/25/UE; in sintesi l'esclusione automatica sarebbe ammessa solo ove prevista nel bando e comunque mai quando le offerte sono inferiori a 10; la stessa legge di gara dava indicazione che non sarebbe stata calcolata la soglia di anomalia, sicché la stazione appaltante si sarebbe vincolata a non procedere ad esclusioni automatiche. In ogni caso la normativa emergenziale introdotta dal d.l. n. 76/2020, che ha esteso le ipotesi di esclusione automatica, sarebbe limitata all'emergenza sanitaria e richiederebbe una esplicita motivazione negli atti di gara; comunque la nuova disciplina presenterebbe profili di criticità rispetto alla normativa eurounitaria.

La ricorrente ha chiesto annullarsi gli atti impugnati e dichiararsi inefficace il contratto nelle more stipulato e/o risarcirsi in suo favore il danno patito.

Con atto di motivi aggiunti, depositato in data 20.10.2020, la ricorrente ha impugnato gli atti, successivamente ricevuti, e consistenti nella determinazione n. 482/2020 contenente formale approvazione dell'aggiudicazione in favore della controinteressata e sua conseguente esclusione, nonché la determinazione n. 412/2020 con la quale è stata respinta l'istanza di autotutela dalla medesima presentata.

Contesta ulteriormente parte ricorrente che la determina di aggiudicazione non recherebbe alcun esplicito richiamo alla disciplina dettata dal d.l. n. 76/2020 per quanto concerne la sua esclusione automatica; con il secondo motivo la società torna a contestare l'applicabilità e comunque la compatibilità eurounitaria della disciplina emergenziale che ha esteso meccanismi di esclusione automatica.

La ricorrente ha ribadito quindi le proprie conclusioni.

Si è costituito il comune resistente, contestando in fatto e diritto gli assunti di cui al ricorso introduttivo.

All'udienza dell'11.11.2020, previo avviso alle parti, la causa è stata discussa e decisa nel merito.

La prima censura risulta sostanzialmente superata.

Parte ricorrente ha proposto il ricorso introduttivo ancor prima di ricevere la comunicazione formale di intervenuta aggiudicazione alla controinteressata; non è quindi sostenibile che non sia stato adottato un provvedimento conclusivo della procedura, che infatti è poi stato impugnato con ricorso per motivi aggiunti.

La parte lamenta altresì che, nel provvedimento pur adottato, non sarebbe stata esplicitata la sua esclusione né le ragioni della stessa; è per altro del tutto pacifico che la parte ha ampiamente interloquuto con la stazione appaltante sul punto e perfettamente inteso le ragioni della propria esclusione, ragioni infatti puntualmente contestate con il secondo motivo di ricorso.

Nel complessivo quadro venutosi a creare, pertanto, la censura non evidenzia alcuna lesione sostanziale, assumendo caratteristiche astrattamente formali.

Il primo motivo di ricorso deve quindi essere respinto.

Con il secondo motivo di ricorso si contesta la scelta della stazione appaltante di fare applicazione dell'esclusione automatica come prevista dal d.l. n. 76/2020 art. 1 comma 3.

La contestazione si appunta in effetti su un aspetto problematico della gara, alla luce delle novità normative che la hanno interessata.

Quanto al preliminare assunto dell'amministrazione, secondo cui la ricorrente avrebbe dovuto immediatamente impugnare la legge di gara con conseguente tardività della censura, ritiene il collegio che la tesi non sia condivisibile.

Impregiudicata infatti allo stato la questione se la concorrente fosse o meno stata messa in grado di comprendere che la procedura si sarebbe svolta secondo la disciplina derogatoria dettata dal d.l. n. 76/2020, è evidente come l'effetto escludente non sarebbe stato in ogni caso immediatamente percepibile dalla concorrente, essendosi concretizzato solo dopo che, presentate tutte le offerte e calcolata la soglia di anomalia, l'offerta della ricorrente è stata individuata come offerta da escludere automaticamente.

La preliminare eccezione di inammissibilità della censura mossa dalla stazione appaltante deve quindi essere respinta.

Quanto al merito, pare opportuna una ricostruzione preliminare del convulso quadro normativo e dei fatti che caratterizzano la gara controversa.

L'art. 1 del d.l. n. 76/2020 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 co. 3 ha precisato che, in tali ipotesi: "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, 2bis e 2ter 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 d.l. n. 76/2020 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, qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 dicembre 2021.

Il legislatore, assumendo che l'efficacia della spesa pubblica - declinata in questo caso in termini di maggiore rapidità della sua erogazione - possa rappresentare, in una congiuntura di particolare crisi economica, una forma di volano dell'economia, ha introdotto una disciplina emergenziale, temporanea e derogatoria del codice dei contratti, con scadenza al 31.12.2021, la quale privilegia forme di gara più snelle e modalità di gestione "meccanica" di alcuni passaggi (quali, nel caso che interessa, il giudizio di anomalia condotto con esclusione automatica delle offerte anomale). Diversamente da quanto affermato in ricorso l'applicazione della disciplina emergenziale non è correlata nel testo di legge alle gare strettamente connesse all'emergenza sanitaria (distinzione che, per altro, rischierebbe di indurre ulteriori complicazioni e contenziosi volti a "perimetrare" cosa si intenda per gare "connesse all'emergenza sanitaria") ma più genericamente all'emergenza economica indotta dall'emergenza sanitaria, quindi senza distinzione di settori.

In fatto la stazione appaltante, in data 21.7.2020, quindi vigente il d.l. n. 76/2020 pubblicato in GU il 16.7.2020 ed entrato in vigore lo stesso giorno, ha pubblicato un avviso pubblico per manifestazione di interesse per partecipare alla "procedura negoziata" per il servizio in questione, con termine di scadenza per presentare le manifestazioni di interesse al 10.8.2020; l'importo totale a base d'asta per il triennio del servizio è stato individuato in € 180.014,55 oltre IVA.

Con successiva determina n. 412 del 13.8.2020 la stazione appaltante ha dato atto:

- a) di aver proceduto all'estrazione degli operatori economici da invitare alla gara tra quelli che avevano manifestato interesse alla procedura (pacificamente cinque);
- b) di indire una procedura negoziata "ai sensi dell'art. 36 co. 2 lett. b) del d.lgs. n. 50/2016 e 1 comma 2 lett. b) del d.l. n. 76/2020" tramite MEPA;
- c) di procedere

contestualmente all'approvazione della lettera di invito inserita in allegato alla deliberazione; d) di pubblicare tale determina sul sito dell'amministrazione nell'area "amministrazione trasparente".

Nella lettera di invito prodotta in giudizio dalla stessa ricorrente si legge "giusta determinazione dirigenziale a contrarre n. 412 del 13.8.2020 alle ore 15:00 del giorno 31/08/2020 avrà luogo una gara mediante procedura negoziata ai sensi dell'art. 36 co. 2 lett. b) del d.lgs. n. 50/16".

E' pacifico infine, in fatto, che la stazione appaltante, nel caso di specie in un gara sottosoglia (del valore di circa 180.000,00 €) alla quale sono state invitate ed hanno presentato offerta cinque concorrenti, ha fatto applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte il cui valore economico si è collocato al di sopra della soglia di anomalia, in applicazione della normativa derogatoria prevista dal d.l. n. 76/2020 art. 1 comma 3.

E' infine ugualmente pacifico che la lettera di invito non chiariva esplicitamente che sarebbe stato utilizzato il meccanismo di esclusione automatica. Anzi, sempre pacificamente, la lettera di invito recava, letteralmente, la seguente clausola: "Anomalia dell'offerta. Ai sensi dell'art. 97, comma 3 bis ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. co. 2, 2bis, 2 ter del d.lgs. n. 50/2016, 3bis. Non sarà effettuato il calcolo della soglia di anomalia". La frase risulta palesemente priva significato compiuto e frutto di una verosimile serie di refusi e/o sovrapposizione di modelli/modulistica probabilmente indotta dalla convulsa attività normativa in materia, ma non può certo essere ritenuta elemento significativo, né nel presente giudizio né nei confronti dei destinatari della lettera di invito, per individuare la corretta disciplina di gara.

Quanto alla conoscibilità della complessiva documentazione afferente la gara occorre precisare che: da un lato è corretto, come sostenuto dalla ricorrente, che la lettera di invito non menzionava esplicitamente il d.l. n. 76/2020, né era esplicita

con riferimento all'applicazione di meccanismi di esclusione automatica, dall'altro, tuttavia, come sostenuto dall'amministrazione, la lettera di invito richiamava esplicitamente la determinazione dirigenziale n. 412/2020, la quale ultima era visibile sulla parte del sito dell'amministrazione dedicata all'amministrazione trasparente; tale determinazione, come visto, richiamava tanto il d.lgs. n. 50/2016 quanto il d.l. n. 76/2020.

Era dunque ben possibile per ogni concorrente, semplicemente accedendo a tutta la documentazione afferente la gara, comprendere quale ne fosse la disciplina e soprattutto comprendere che la gara intendeva porsi nell'alveo della disciplina derogatoria dettata dal d.l. n. 76/2020, da considerarsi fisiologicamente nella sua interezza.

D'altro canto il complessivo sistema di gara ha seguito la disciplina del d.l. n. 76; la disciplina ordinaria cui la parte ricorrente si appella (art. 36 comma 2 lett. b d.lgs. n. 50/2016) avrebbe in effetti previsto, per contratti di importo quale quello per cui è causa, il semplice affidamento diretto previa consultazione di cinque operatori; la stazione appaltante ha invece proceduto ad una procedura negoziata aggiudicata secondo il criterio del prezzo più basso, come in effetti consentito, per gare dell'importo di quella per cui è causa, e previo invito di cinque concorrenti secondo criteri di rotazione, proprio dal d.l. n. 76/2020, nel contesto della normativa emergenziale ed in deroga alla complessiva disciplina dettata dall'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016.

L'effettiva presentazione di cinque offerte in gara ha poi fatto scattare le condizioni per l'applicazione dell'esclusione automatica, ai sensi dell'art. 1 comma 3 del d.l. n. 76/2020.

Alla stazione appaltante può al più essere ulteriormente rimproverato di avere denominato la gara contemporaneamente "ai sensi dell'art. 36 co. 2 lett. b) del d.lgs. n. 50/2016 e 1 comma 2 lett. b) del d.l. n. 76/2020", posto che palesemente il

comma 2 lett. b) dell'art. 1 d.l. n. 76/2020 si pone in complessiva “deroga all'art. 36 co. 2” (ivi inclusa la lett. b) (come esplicitato appunto dal comma 1 del medesimo art. 1 del d.l. n. 76/2020) e non certo “ai sensi” dello stesso; d'altro canto era anche evidente, per ogni operatore del settore, che la gara non potesse essere “ai sensi” dell'art. 36 co. 2 lett. b) che non disciplina (e non disciplinava all'epoca di indizione della gara) una procedura negoziata ma un affidamento diretto.

La parte ha partecipato ad una gara al prezzo più basso, evidentemente quindi accettando questo tipo di procedura, che non era in alcun caso riconducibile all'art. 36 co. 2 lett. b) del d.lgs. n. 50/2016.

Appare dunque non condivisibile la tesi della ricorrente secondo cui non avrebbe compreso che il contesto di gara fosse quello dettato dal d.l. n. 76/2020, sia perché siffatta circostanza era ricavabile da una complessiva e pur possibile lettura dei pertinenti atti, sia perché proprio la stessa tipologia di gara scelta rispondeva in effetti alle prescrizioni dettate dalla disciplina emergenziale e non a quelle dettate dall'art. 36 comma 2 lett. b) del d.lgs. n. 50/2016.

Assunto quindi che la procedura non poteva che essere una procedura negoziata in deroga ai sensi dell'art. 1 del d.l. n. 76/2020, occorre ulteriormente interrogarsi se il fatto che l'esclusione automatica non fosse esplicitamente richiamata dalla lettera di invito possa comportare che essa non fosse applicabile.

Pare al collegio che il tenore del comma 3 dell'art. 1 del d.l. n. 76/2020, già riportato, e secondo il quale “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”, non lasci margine di scelta alla stazione appaltante che in questo caso deve procedere all'esclusione automatica.

D'altro canto, se l'intero obiettivo della disciplina è quello di semplificare l'andamento delle gare (obiettivo al cui raggiungimento, *per incidens*, non sembra

funzionale, come reso evidente dal presente giudizio, il continuo e disallineato mutare della disciplina, con reiterata modifica dei valori di riferimento e delle tipologie di procedura, che inevitabilmente ingenera come più immediato effetto il disorientamento tanto delle stazioni appaltanti che degli operatori), l'esclusione automatica sottosoglia risulta certamente coerente con tale obiettivo.

Parte ricorrente assume in ogni caso che, ove anche dovesse ritenersi applicabile l'esclusione automatica prevista dal d.l. n. 76/2020, la stessa avrebbe dovuto essere enunciata e motivata negli atti di gara. Tale soluzione, oltre a non trovare riscontro nel dato letterale di legge, che pare piuttosto idonea, ove necessario, ad eterointegrare la disciplina di gara, non risulterebbe nuovamente funzionale all'obiettivo di celerità delle procedure poiché inserirebbe una, ennesima, previsione di carattere facoltativo con onere di motivazione circa la scelta effettuata (esclusione automatica o meno) in un contesto di atti generali quali le leggi di gara, che fisiologicamente si presterebbe poi a contestazioni circa l'opportunità e/o la sufficiente giustificazione della scelta, con effetti nuovamente potenzialmente opposti al dichiarato fine di rendere celere ed automatico l'esito della procedura.

Infine parte ricorrente prospetta che, ove si assuma, come in effetti si assume, che la disciplina derogatoria ha disegnato una procedura negoziata di affidamento sottosoglia con esclusione automatica delle offerte risultate anomale quando siano pervenute almeno cinque offerte, la normativa si porrebbe in contrasto con la disciplina eurounitaria.

Rileva al proposito il collegio che:

la disciplina in questione opera sottosoglia, cioè in un contesto in cui, al più, sono applicabili i principi di derivazione eurounitaria;

la giurisprudenza eurounitaria predica siffatta applicabilità sull'assunto che sia individuabile un interesse transfrontaliero della gara; la parte non ha in alcun modo evidenziato le ragioni per le quali ritiene che siffatto interesse transfrontaliero

sussisterebbe, tanto più in un contesto in cui è stata fatta una indagine di mercato, non risulta che si siano palesate imprese straniere e per di più si richiede, ai fini dell'esecuzione, una specifica attività (terzo responsabile dell'esercizio e della manutenzione dell'impianto termico) che contempla il possesso di una certificazione.

Ancora la disciplina in questione si colloca in un contesto emergenziale e derogatorio (con scadenza al 31.12.2021), in precipua ragione del quale il collegio ritiene che ogni valutazione non possa che, secondo un principio di ragionevolezza e proporzionalità, tenere conto del fatto che non si tratta di una scelta "a regime" ma, appunto, di una soluzione avente una precisa e limitata durata temporale.

In siffatto complessivo specifico contesto non pare al collegio che possano e debbano essere valutate in questa sede problematiche di compatibilità eurounitaria.

In definitiva ritiene il collegio che la gara si collochi nell'alveo di una disciplina emergenziale che ha imposto alla stazione appaltante, al ricorrere di determinate circostanze qui verificatesi, l'esclusione automatica da una procedura negoziata e che tale effetto, per il contesto e la limitata durata temporale in cui è stato posto, non possa essere censurato.

L'infondatezza della domanda di annullamento porta a respingere anche ulteriori pretese di tipo contrattuale o risarcitorio.

La novità delle questioni e la non linearità degli atti di gara (che come ampiamente evidenziato è verosimile conseguenza della complessità normativa a monte) giustificano la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

respinge il ricorso;

compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2020

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO