

N. 02642/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01141/2024 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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1141 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da Flumec S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG B09263B04D, rappresentata e difesa dall'avvocato Gabriele Giglio, con domicilio digitale come da pec da registri di giustizia;

contro

l'Assessorato delle infrastrutture e della mobilità della Regione Siciliana - Dipartimento regionale tecnico – Ufficio Genio Civile Catania, Presidenza del Consiglio dei Ministri Dipartimento per la Protezione Civile, Commissario del Governo contro il dissesto idrogeologico nella Regione Siciliana Ufficio Appalti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, tutti rappresentati e difesi *ope legis* dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Catania, con domicilio digitale come da pec da registri di giustizia;

nei confronti

della New Energy Group S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Rotigliano, con domicilio digitale come da pec da registri di giustizia;

per l'annullamento

quanto al ricorso principale:

«- del verbale relativo alla seduta del Seggio di gara celebratasi in data 10 aprile 2024 (dei cui esiti è stata data evidenza sul portale "Tutto gare" il successivo 11 aprile 2024), nella parte in cui la Commissione incaricata dell'espletamento della gara volta all'affidamento dei lavori di "Realizzazione canale di gronda a monte dell'abitato, lungo la via Pietro Nenni e fino al torrente" Loddiero" (CUP G48H21000240006), avendo richiesto, nella precedente seduta (datata 29.03.2024, il cui verbale del pari si impugna), alla VI.D.R. s.r.l. la giustificazione del costo della manodopera indicato nell'offerta economica:

- ha disposto l'esclusione della VI.D.R. s.r.l., avendo rilevato come quest'ultima non avesse dato seguito alla richiesta di giustificazione del costo della manodopera indicato nell'offerta economica (cfr. pag. 2 del verbale di gara relativo alla seduta del 10.04.2024);

- ha proceduto, quindi, al calcolo della soglia di anomalia applicando il metodo previsto dal disciplinare di gara, prendendo a tal fine in considerazione soltanto le ulteriori 8 offerte in gara e pervenendo ad una soglia di anomalia corrispondente ad un ribasso percentuale pari al 35.335% (cfr. pag. 2 del verbale di gara relativo alla seduta del 10.04.2024);

- ha proposto, infine, che venisse disposta l'aggiudicazione in favore della New Energy Group s.r.l. (anziché disporre l'esclusione), la quale aveva offerto un ribasso percentuale pari al 33.942%;

- nonché di ogni altro atto prodromico, connesso e/o consequenziale»;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

«della Determina Dirigenziale n. 290 adottata in data 03/06/2024 (come risultante dalla firma apposta in calce al provvedimento e non, come erroneamente indicato nell'epigrafe dello stesso, in data 03.05.2024), mai trasmessa alla ricorrente e dalla stessa conosciuta solo a seguito del deposito in giudizio da parte della controinteressata, con la quale l'Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione siciliana - Dipartimento Regionale Tecnico - Ufficio del Genio Civile di Catania ha approvato gli atti della gara volta all'affidamento 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)" (CIG: B09263B04D CUP: G48H21000240006), conseguentemente disponendo l'aggiudicazione dell'appalto in favore della New Energy Group s.r.l., odierna controinteressata; nonché per l'accoglimento delle ulteriori domande infra proposte».

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle amministrazioni statali e regionali intimato e della New Energy Group S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2024 il dott. Calogero Commandatore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Con ricorso notificato il 14 giugno 2024 e depositato in pari data, riassumendo il giudizio promosso dinnanzi al T.a.r. per la Sicilia, la FLUMEC S.r.l. ha premesso:

- di avere partecipato ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, ai sensi dell'art. 50 comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 36/2023 (da espletarsi attraverso la piattaforma "TuttoGare"), al fine di pervenire all'aggiudicazione 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);

- che il seggio di Gara, a seguito dell’apertura delle offerte economiche, riteneva di procedere (a pena di esclusione), ai sensi dell’art. 110 del d.lgs. n. 36/2023, alla verifica dell’anomalia inerente il costo della manodopera indicato da alcuni degli operatori economici partecipanti, fra i quali includeva, per quanto in questa sede rileva, la 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 ad € 176.702,40 e, dunque, addirittura superiore – di 925,79 euro – rispetto a quello stimato dall’Amministrazione ed indicato – nel disciplinare di gara – in € 175.776,61;

- che, alla successiva seduta celebratasi in data 10 aprile 2024 (dei cui esiti è stata data evidenza sul portale “Tutto gare” il successivo 11 aprile 2024), la Commissione di gara: a) disponeva l’esclusione della VI.D.R. s.r.l., avendo rilevato come quest’ultima non avesse dato seguito alla richiesta di giustificazione del costo della manodopera indicato nell’offerta economica; b) procedeva, quindi, al calcolo della soglia di anomalia applicando il metodo previsto dal disciplinare di gara, prendendo a tal fine in considerazione soltanto le ulteriori 8 offerte in gara e pervenendo ad una soglia di anomalia corrispondente ad un ribasso percentuale pari al 35.335%; c) proponeva, infine, che venisse disposta l’aggiudicazione in favore della New Energy Group s.r.l., la quale aveva offerto un ribasso percentuale pari al 33.942%, di poco superiore a quello offerto dall’odierna ricorrente – pari al 33.128% – la quale si collocava pertanto al secondo posto della relativa graduatoria;

- di avere inutilmente sollecitato l’intervento in autotutela della Stazione appaltante (doc. n. 6), la quale, con successiva nota datata 3 maggio 2024 confermava le statuizioni fino a quel momento assunte.

Avverso tali provvedimenti, parte ricorrente ha interposto il presente gravame articolando un unico motivo: Violazione e falsa applicazione dell’art. 110 del d.lgs.

n. 36/2023. Eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di presupposto.
Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.

In sintesi, la parte ricorrente lamenta l'illegittima esclusione della VI.D.R. s.r.l. dalla gara: a) non potendosi considerare l'offerta presentata come anomala; b) poiché disposta in violazione della descritta sequenza procedimentale di cui all'art. 110 del d.lgs. n. 36/2023, ossia a monte e non a valle della procedura in esame.

Parte ricorrente ha altresì allegato che qualora l'esclusione della VI.D.R. s.r.l. non fosse stata disposta, l'inclusione dell'offerta economica ai fini del calcolo della soglia di anomalia avrebbe condotto:

- in primo luogo, all'individuazione della soglia di anomalia nel differente – legittimo – ribasso percentuale pari a 33,918%;
- in prosieguo, ai sensi dell'art. 54, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023 (richiamato al punto 4 del Disciplinare di gara), all'esclusione automatica dell'offerta (pari al 33,942% di ribasso) presentata dalla New Energy Group s.r.l., in quanto – unica dopo il c.d. taglio delle ali – superiore alla soglia di anomalia così ricalcolata;
- da ultimo, alla conseguente aggiudicazione in favore dell'odierna ricorrente, la quale aveva presentato la migliore offerta (pari al 33,12%) inferiore alla ridetta soglia;

Con successivo ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente ha impugnato la successiva determina dirigenziale 3 giugno 2024, n. 290 lamentandone l'illegittimità derivata.

Si sono costituiti in giudizio l'amministrazione resistente e la contro-interessata.

Con successive memorie, la difesa erariale ha eccepito il difetto di legittimazione passiva della Presidenza del Consiglio dei ministri chiedendone l'estromissione e, per l'Assessorato regionale intimato, ha chiesto il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 26 giugno 2024 – in vista della quale la parte ricorrente e la contro-interessata hanno depositato memorie – il collegio ha posto la causa in decisione previo avviso di definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata.

Il ricorso integrato con motivi aggiunti deve essere accolto.

Preliminarmente deve rigettarsi la richiesta di estromissione dal giudizio della Presidenza del Consiglio di Ministri sollevata dalla difesa erariale poiché la sua chiamata in giudizio in quanto parte necessaria ex art. 12-*bis*, comma 4, del d.l. n. 68/2022.

In via preliminare, deve rigettarsi l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalla contro-interessata nella memoria depositata il 24 giugno 2024 che invoca il disposto dell'art. 108, comma 12, del d.lgs. n. 36/2023 (riproduttiva dell'art. 95, comma 14, del d.lgs. n. 50/2016 e del precedente art. 38, comma 2-*bis* del d.lgs. n. 163 del 2006 introdotto nel 2014) secondo cui *“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 di recente stabilito da questo Tribunale (T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. I, 18 marzo 2024, n. 1071) – le cui conclusioni devono ribadirsi anche in questa sede – *«il principio di irrilevanza delle sopravvenienze nel calcolo della soglia di anomalia consacrato nella predetta disposizione di legge è funzionale ad evitare: a) la promozione di controversie meramente speculative e strumentali da parte di concorrenti non utilmente collocatisi in graduatoria 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 (Cons. Stato, sez. III, 14 ottobre 2020, n. 6221) e che, b) nelle ipotesi di esclusione dell'aggiudicatario o di un concorrente dalla procedura di gara per mancata dimostrazione dei requisiti dichiarati, la stazione appaltante debba operare una regressione della procedura fino alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte, con l'inconveniente del conseguente*

prolungamento dei tempi della gara e del dispendio di risorse umane ed economiche (cfr. Cons. Stato, V, 22 gennaio 2021, n. 683).

La disposizione di legge mira, infatti, a neutralizzare un effetto consequenziale e riflesso – il ricalcolo della soglia di anomalia – della sopravvenuta esclusione o ammissione di un concorrente successivamente all’aggiudicazione definitiva.

Si è invero osservato come, sul piano sistematico, il predetto sistema normativo non possa «essere inteso nel senso di precludere iniziative giurisdizionali legittime, che anzi sono oggetto di tutela costituzionale (artt. 24 e 113 Cost.), dirette in particolare a contestare l’ammissione alla gara di imprese prive dei requisiti di partecipazione o autrici di offerte invalide, che nondimeno abbiano inciso sulla soglia di anomalia automaticamente determinata (Cons. Stato, V, 22 gennaio 2021, n. 683)» dovendosi ribadire che «l’effetto di cristallizzazione delle medie non opera “finché non sia spirato il termine per impugnare le ammissioni e le esclusioni, in modo da consentire alle imprese partecipanti di potere contestare immediatamente dette ammissioni ed esclusioni... e quindi sino all’aggiudicazione..”, affermando che “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” (Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2020, n. 7332)» (Cons. Stato, sez. V, 2 novembre 2021, n. 7303).»

Applicando le superiori coordinate al caso che ci occupa, emerge come debba escludersi: i) qualsiasi intento speculativo o strumentale, poiché la parte ricorrente deve sicuramente considerarsi soggetto utilmente collocato in graduatoria giacché ha comprovato la concreta possibilità di aggiudicarsi la gara; ii) qualsivoglia “cristallizzazione” della soglia per effetto di una graduatoria formata sulla base di ammissioni o esclusioni divenute inoppugnabili e immodificabili, non potendo così trovare applicazione il principio di invarianza della soglia (Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579), a fronte della tempestiva impugnazione degli atti di gara (preceduta da immediata richiesta di autotutela) e dell’intervenuta aggiudicazione in favore della controinteressata.

Ciò posto, il ricorso è fondato e va accolto.

L'esclusione della VI.D.R. s.r.l. è stata disposta a seguito di una presunta anomalia inerente ad un costo della manodopera diverso (in aumento) rispetto a quello calcolato dalla stazione appaltante (vedi nota prot. 56055 del 3 maggio 2024).

L'art. 110, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023 prevede che *“in presenza di un'offerta che appaia anormalmente bassa le stazioni appaltanti richiedono per iscritto all'operatore economico le spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti, assegnando a tal fine un termine non superiore a quindici giorni”*.

Sul punto è sufficiente ricordare che per offerta anormalmente bassa si intende quella che, in quanto tale e rispetto all'entità delle prestazioni richieste dal bando di gara, suscita 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 (Cons. Stato, sez. V, 25 giugno 2018, n. 3921).

In tale prospettiva, pertanto, 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 (T.a.r. per la Toscana, sez. V, 11 giugno 2024, n. 703).

La ricostruzione così operata necessita di alcune doverose precisazioni. E invero, 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. 14, comma 41, del d.lgs. n. 36/2023 *“che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale”* (T.a.r. per la Basilicata, sez. I, 21 maggio 2024, n. 273); di contro, il ribasso proposto dall'operatore economico unitamente all'indicazione dei costi della manodopera *“a rialzo”* non costituisce, di per sé, come nel caso di indicazione *“a ribasso”*, un indice di anomalia dell'offerta, poiché è 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, mentre dall'indicazione a ribasso dei costi della manodopera si presume “*iuris tantum*” l'anomalia dell'offerta, di contro, l'indicazione “a rialzo” di tali costi assurge ad indice di anomalia solo qualora – per dimensione e incidenza e valutato unitamente ad altri elementi – si rifletta sul complessivo equilibrio economico dell'offerta.

È indubbio che tale valutazione costituisca espressione di un potere tecnico-discrezionale, riservato alla Pubblica Amministrazione, insindacabile in sede giurisdizionale, salva l'ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza (*ex multis* Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2024, n. 3854), che, nel caso di specie, il Collegio rinviene, tenuto conto che l'indicazione di euro 925,79 non solo costituisce un scostamento minimo (inferiore allo 0,6%) rispetto ai costi di manodopera indicati dalla stazione appaltante, ma si appalesa come irrilevante a fronte del ribasso offerto pari al 21,179% su un importo complessivo di euro 2.215.003,38, e incidendo pertanto su tale importo per una misura del tutto trascurabile (inferiore allo 0,05%).

Tale considerazioni evidenziano l'oggettiva ed assoluta incapacità del maggiore costo della manodopera proposta di incidere e influire, di per sé, sulla economicità dell'offerta, così potendosi escludere qualsiasi dubbio dell'anomalia dell'offerta fondato esclusivamente su tale ragione.

L'assenza di elementi per qualificare anomala *ab imis* (secondo criteri di logicità e ragionevolezza) l'offerta presentata dalla VI.D.R. s.r.l. – a prescindere dall'esito del soccorso istruttorio – rende illegittima la sua esclusione.

Tanto è sufficiente per accogliere il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti proposti, giacché dall'esame degli ulteriori profili di censura articolati – in via graduata – in seno all'unico motivo proposto, la parte ricorrente non potrebbe trarre alcuna utilità.

La peculiarità e novità della questione giuridica in esame legittima la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati, fatte salve le ulteriori determinazioni della P.A.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente

Giovanni Giuseppe Antonio Dato, Primo Referendario

Calogero Commandatore, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Calogero Commandatore

IL PRESIDENTE
Pancrazio Maria Savasta

IL SEGRETARIO