

Pubblicato il 08/10/2019

N. 00765/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00647/2019 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 Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 647 del 2019, proposto da

Medea Costruzioni Generali S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e nella sua veste di capogruppo mandataria di R.T.I. con AETISOL-Applicazioni Elettriche Termiche Idrauliche Solari di Tegami Alberto & C. s.a.s., rappresentata e difesa dagli avvocati ...

contro

Unione dei Comuni Valli e Delizie Argenta – Ostellato – Portomaggiore Centrale Unica di Committenza, in persona del legale rappresentante p.t. rappresentata e difesa dall'avvocato ...

nei confronti

ITS Costruzioni S.r.l. in proprio e quale capogruppo mandataria di R.T.I. con Punto Impianti S.r.l. mandante, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato ...

per l'annullamento

della determinazione n. 370 dell'8/8/2019, con la quale il Centro Unico di Committenza dell'Unione dei Comuni Valli e Delizie Argenta – Ostellato – Portomaggiore, ha dichiarato l'efficacia dell'aggiudicazione della gara pubblica, a procedura aperta, dei lavori di ristrutturazione adeguamento normativo e riqualificazione del Centro Sportivo del comune di Portomaggiore;

della determinazione n. 351 del 31/7/2019 con la quale l'Unione dei Comuni Valli e Delizie ha approvato la proposta di aggiudicazione della gara medesima al costituendo R.T.I. tra ITS Costruzioni s.r.l. e Punto Impianti s.r.l.;

del verbale di gara n. 131 del 26/7/2019 con cui la Centrale Unica di Committenza dell'Unione dei Comuni Valli e Delizie ha rideterminato la graduatoria di gara in favore di R.T.I. I.T.S. Costruzioni s.r.l., sia nel suo complesso, sia riguardo alle parti in cui viene considerata anomala l'offerta di R.T.I. ricorrente e l'offerta di R.T.I. controinteressato quale migliore offerta non anomala;

della comunicazione 25/7/2019, con la quale il Centro Unico di Committenza Tecnica dell'Unione dei Comuni Valli e Delizie ha reso nota l'intenzione di rimettere al Seggio di gara il ricalcolo della soglia di anomalia.

R.T.I. ricorrente svolge inoltre azione diretta ad ottenere la reintegrazione in forma specifica mediante aggiudicazione definitiva della gara in proprio favore, previa declaratoria – se del caso - di inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato tra la Centrale Unica di Committenza Unione dei Comuni Valli e Delizie ed R.T.I. controinteressato, il tutto finalizzato al conseguente subentro di R.T.I. ricorrente nell'esecuzione dell'appalto.

In dichiarata subordine, R.T.I. ricorrente svolge azione risarcitoria diretta alla condanna della Centrale Unica di Committenza Unione dei Comuni Valli e Delizie al risarcimento per equivalente monetario del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa che ha condotto all'aggiudicazione dell'appalto al costituendo RTI tra ITS Costruzioni S.r.l. - Punto Impianti S.r.l. ed alla conseguente mancata aggiudicazione della gara in favore della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2019, il dott. Umberto Giovannini e uditi, per le parti, i difensori avv. ..., avv. Alessandro Lolli e avv. ...

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il presente ricorso, Medea Costruzioni Generali s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con l'impresa mandante AETISOL di Tegami Alberto & C. s.a.s. (di seguito MEDEA srl) chiede l'annullamento degli atti in epigrafe, tutti relativi alla gara pubblica, mediante procedura aperta, indetta dal Centro Unico di Committenza dell'Unione dei Comuni Valli e Delizie Argenta – Ostellato – Portomaggiore per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione di adeguamento normativo e riqualificazione del Centro Sportivo del comune di Portomaggiore. La gara doveva svolgersi con modalità esclusivamente telematiche mediante la piattaforma SATER, con aggiudicazione della stessa mediante il criterio del minore prezzo offerto. MEDEA srl chiede principalmente l'annullamento del provvedimento in data 8/8/2019, con il quale il Centro Unico di Committenza della Unione dei Comuni Valli e Delizie Argenta – Ostellato – Portomaggiore (di seguito: Unione Comuni Valli e Delizie) ha dichiarato l'efficacia dell'aggiudicazione della suddetta procedura aperta al costituendo R.T.I. tra ITS Costruzioni s.r.l. e Punto Impianti s.r.l. (di seguito RTI ITS o RTI controinteressato), nonché della precedente determinazione della stazione appaltante in data 31/7/2019, recante l'approvazione della proposta di aggiudicazione della gara a RTI controinteressato. Parte ricorrente svolge, inoltre, azione diretta ad ottenere il risarcimento del danno asseritamente subito in forma specifica, mediante l'aggiudicazione definitiva della gara in proprio favore e, in subordine, azione di risarcimento per equivalente monetario di tale danno. Riferisce la ricorrente di avere partecipato alla suddetta procedura aperta da svolgersi con modalità telematiche mediante l'esclusivo utilizzo della piattaforma SATER e di essere stata proposta, dal seggio di gara, al termine delle operazioni di scrutinio delle offerte, quale aggiudicataria dell'appalto di lavori, avendo essa presentato l'offerta non anomala contenente il maggior ribasso tra tutte le

partecipanti alla gara. Riferisce inoltre che il R.U.P. del procedimento di gara, a seguito di mutamento, da parte della piattaforma SATER, dell'algoritmo per l'individuazione delle offerte anomale utilizzato nella gara in questione, allo scopo di uniformarsi alle indicazioni date dal Ministero delle Infrastrutture e Trasporti con la circolare del Provveditorato interregionale OO.PP. Sicilia e Calabria del 5/7/2019 per la corretta interpretazione e applicazione dell'art. 97 comma 2 del D. Lgs. n. 50 del 2016 e, in particolare, per la corretta esecuzione dei calcoli relativi all'algoritmo ivi individuato, decideva di assoggettare le offerte presentate dai concorrenti a nuova verifica della soglia di anomalia, sulla base di tale diverso sistema di calcolo. Nella seduta del 26/7/2019 il seggio di gara ha proceduto a tale operazione; dalla rideterminazione della soglia di anomalia è risultato che: A) l'offerta di MEDEA srl é anomala; B) RTI ITS ha presentato la migliore offerta non anomala, con un ribasso del 24,50% pari ad €. 360.204,68 (v. doc. n. 3 ricorrente). La ricorrente, ritenendo illegittimo l'operato della stazione appaltante, deduce i seguenti motivi in diritto a sostegno dell'azione impugnatoria intrapresa: violazione art. 79 D. Lgs. n. 50 del 2016 e del principio generale che impone, in ipotesi di modifiche sostanziali alla *lex specialis*, la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte. La tesi della ricorrente evidenzia che la sostituzione di un algoritmo in precedenza sempre utilizzato dalla piattaforma SATER per le gare telematiche da aggiudicare al massimo ribasso in funzione di individuare la soglia di anomalia delle offerte, portando ad un risultato diverso, costituisce certamente una modificazione sostanziale della *lex specialis* di gara. Ritiene la ricorrente che sia stata la stessa Centrale di Committenza ad affermare che "...il procedimento di calcolo comprendente la formula matematica cui la piattaforma si sarebbe attenuta per la determinazione della soglia di anomalia era pubblicato sul portale SATER nel documento denominato 'approfondimento tematico - gare telematiche: calcolo dell'anomalia'...", con la conseguenza che detto algoritmo per il calcolo della soglia di anomalia faceva parte integrante della *lex specialis* di gara. Da tali considerazioni discende, secondo la ricorrente, che avendo le imprese concorrenti presentato le proprie offerte in base ad un determinato contenuto della *lex specialis* (comprendente l'algoritmo come era stato calcolato da SATER), l'utilizzo di un algoritmo diverso avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante, che aveva in tal modo modificato sostanzialmente la *lex specialis*, non già ad aggiudicare la gara in base al nuovo algoritmo utilizzato per rideterminare la soglia dell'anomalia, ma a consentire a tutte le imprese concorrenti di presentare nuove offerte, mediante riapertura del relativo termine. Con ulteriore motivo, MEDEA srl ritiene gli atti impugnati viziati da eccesso per falso supposto di fatto e carenza di motivazione, non sussistendo alcun errore materiale da correggere nel calcolo dell'algoritmo, come erroneamente ha sostenuto Unione di Comuni Valli e Delizie in sede di giustificazione e motivazione della avvenuta rideterminazione della soglia di anomalia delle offerte, trattandosi, a dire della ricorrente, di circostanza che ha modificato in modo sostanziale la *lex specialis* di gara. Con il terzo motivo di ricorso, la ricorrente deduce eccesso di potere per difetto di motivazione e per violazione dell'art. 95, c. 15, D. Lgs. n. 50 del 2016, al riguardo sostenendo che la stazione appaltante, revocando implicitamente la precedente aggiudicazione e ricalcolando la soglia di anomalia, abbia inteso fare uso del proprio potere di autotutela. Il potere di revoca in tal modo esercitato dalla stazione appaltante doveva essere però soggetto a particolare motivazione circa l'interesse pubblico a rinnovare detta operazione, tenendo conto del fatto che l'algoritmo fino a quel momento utilizzato da SATER, pur se diverso da quello avallato dal Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, era anch'esso conforme al disposto

normativo. L'ultimo motivo di ricorso è incentrato sul rilievo secondo il quale Unione di Comuni Terre e Delizie, non era obbligata ad uniformarsi alla Circolare ministeriale, tenuto conto anche del fatto che l'adeguamento richiesto dalla circolare è espressamente riferito alle "...gare esperite prima delle presenti precisazioni...", con conseguente inapplicabilità della citate indicazioni alla gara in questione, in quanto il relativo procedimento, alla data di emissione della circolare, aveva già superato la fase di apertura delle buste, avendo il seggio di gara già provveduto ad adottare la proposta di aggiudicazione in favore della ricorrente.

Unione dei Comuni Valli e Delizie, costituitasi in giudizio, ritiene infondate tutte le censure rassegnate in ricorso, con conseguente richiesta di reiezione dello stesso.

Si è inoltre costituito in resistenza RTI ITS Costruzioni s.r.l con Punto Impianti s.r.l., chiedendo anch'esso la reiezione del ricorso, in quanto infondato.

Alla camera di consiglio del giorno 25 settembre 2019, la causa è stata chiamata: alle parti è stata comunicata la possibilità di immediata decisione della causa nel merito ex art. 60 Cod. proc. amm.. La causa, dopo ampia discussione tra le parti, è stata quindi trattenuta per la decisione, come indicato nel verbale.

Il Collegio ritiene che il ricorso non meriti accoglimento.

La tesi sostenuta da MEDEA srl con il primo mezzo di impugnazione non può essere condivisa, nella specie risultando, dagli atti di causa, che il sistema utilizzato dalla piattaforma SATER per il calcolo della soglia di anomalia delle offerte nella gara in questione (e nelle precedenti gestite mediante la stessa piattaforma, con aggiudicazione in base al minore prezzo offerto) non rientra tra le disposizioni contenute nella *lex specialis* di gara. Sul precisato punto la *lex specialis* si limita infatti a indicare espressamente l'applicazione del complesso sistema di calcolo di cui all'art. 97 c. 2 del D. Lgs. n. 50 del 2016, come risulta dal bando di gara (pagina 3), ove è previsto che lo svolgimento della procedura aperta avvenga attraverso la piattaforma telematica di negoziazione Sater, con necessità per le imprese che intendono partecipare alla gara, di registrarsi al sistema Sater secondo le modalità esplicitate nel sito Web della piattaforma e, più specificamente, come emerge dalla lettura dell'art. 10 del Disciplinare di gara, ove prescrive che "Qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a 10, ai sensi dell'art. 97 comma 8 del D. Lgs. n. 50 del 2016, si provvederà all'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse, individuando la soglia di anomalia secondo il calcolo di cui all'art. 97 c. 2 - 2 bis del D. Lgs. 50/2016, dichiarando l'aggiudicazione provvisoria in favore del soggetto che avrà presentato la migliore offerta non anormalmente bassa. Pertanto, in alcun modo la *lex specialis* di gara indica o richiama l'algoritmo per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte utilizzato fino a quel momento e, in un primo tempo, anche nella gara oggetto di causa, dalla piattaforma telematica SATER sulla base della propria interpretazione della sequenza di calcolo evidenziata nell'art. 97, c. 2 del D. Lgs. n. 50 del 2016. E' ben vero, come sostiene la ricorrente, che tale algoritmo, come applicato da SATER, era stato pubblicato sul portale del sito web della piattaforma telematica, ma tale fatto risulta irrilevante ai fini della presente decisione, non risultando tale sistema di calcolo in alcun modo recepito - né direttamente né indirettamente - dalla *lex specialis* di gara, le cui disposizioni, come si è accertato, si limitano ad indicare e ad applicare l'art. 97 c. 2 e 2 bis del D. Lgs. n. 50 del 2016 e le diverse fasi di calcolo per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte ivi previste.

Nella specie, pertanto, non risulta essersi verificata, ad opera della stazione appaltante, alcuna modificazione della *lex specialis* nel corso dell'iter procedimentale di gara, con conseguente

infondatezza del primo motivo di ricorso. Il Collegio deve inoltre rilevare che non sono in alcun modo condivisibili le considerazioni svolte da MEDEA s.r.l. nel secondo e nel quarto mezzo di impugnazione, dagli atti di causa emergendo: A) che effettivamente l'algoritmo utilizzato dalla piattaforma SATER fino alla gara in questione era errato, con conseguente necessità, per la stazione appaltante, di correggere tale errore ricostruendo il sistema di calcolo previsto dall'art. 97, c. 2 secondo la corretta interpretazione data a tale norma dalla circolare del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti – Provveditorato Interregionale OO.PP. Sicilia e Calabria - prot. n. 0017649 del 5 luglio 2019 (v. doc. n. 11 della ricorrente); B) che trattandosi di effettiva correzione di errore nel sistema di calcolo dell'algoritmo previsto dalla citata disposizione, l'operato della stazione appaltante in alcun modo può essere ricondotto e qualificato come esercizio dei propri poteri di revoca in autotutela. Per quanto concerne il punto sub A), il Collegio ritiene condivisibile quanto affermato dalla difesa di Unione Comuni Valli e Delizie, ove individua l'effettivo errore commesso da piattaforma SATER nel calcolo dell'algoritmo nelle operazioni indicate al punto d) del comma 2 dell'art. 97 del D. Lgs. n. 50 del 2016, ove la norma prescrive che "la soglia calcolata al punto c) viene decrementata di un valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a) applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b)". L'errore interpretativo - applicativo di SATER è consistito nell'aver eseguito il decremento previsto dalla norma utilizzando valori percentuali anziché numeri assoluti, come invece ha correttamente stabilito il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, con la già più volte citata circolare interpretativa, nella quale ogni calcolo previsto dalla norma, ivi compreso quello di cui alla lett. d) sono chiaramente spiegati ed eseguiti attraverso esempi (v. circolare min. doc. n. 11 della ricorrente).

Va inoltre osservato che è incontestata (anche da parte della ricorrente) la natura interpretativa della circolare ministeriale, con conseguente applicazione della stessa alle gare pubbliche *in itinere* al momento della sua entrata in vigore.

Né risulta condivisibile l'argomentazione della ricorrente volta a richiedere un particolare obbligo motivazionale, relativamente all'intervenuto adeguamento della stazione appaltante (e prima ancora della stessa piattaforma SATER), alle indicazioni contenute nella citata circolare ministeriale. Una volta accertata, per quanto detto, l'applicabilità della circolare alla gara *de qua*, nessun ulteriore obbligo di motivazione gravava sulla stazione appaltante che si è adeguata all'interpretazione ministeriale della citata disposizione.

Il Collegio deve inoltre osservare che l'accertato errore nel calcolo della soglia di anomalia, è stato legittimamente corretto dalla stazione appaltante facendo uso dei propri ordinari poteri di controllo in sede di procedimento di gara, con conseguente infondatezza del terzo mezzo, presupponente l'utilizzo, da parte della stessa stazione appaltante, dei propri diversi poteri in autotutela. Di conseguenza, nessun ulteriore obbligo di motivare in ordine all'interesse pubblico a revocare l'atto e all'affidamento riposto dal destinatario di provvedimento favorevole poi revocato, incombeva sulla stazione appaltante. Sotto altro profilo, la suesposta tesi della ricorrente risulta errata, stante l'insussistenza, nella fattispecie in esame, di alcun provvedimento di aggiudicazione definitiva adottato nei confronti della ricorrente, risultando emessa dal seggio di gara unicamente una proposta di aggiudicazione in favore di essa, vale a dire un mero atto endo procedimentale privo di alcun rilievo ai fini che in questa sede interessano.

Per le suesposte ragioni, il ricorso è respinto.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi, in relazione alla novità delle questioni esaminate e della peculiarità della complessiva vicenda contenziosa, per disporre l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia - Romagna, Bologna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

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

Spese compensate.

Così deciso in Bologna, nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2019, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Di Nunzio, Presidente

Umberto Giovannini, Consigliere, Estensore

Ugo De Carlo, Consigliere