

Pubblicato il 29/04/2019

N. 05385/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00972/2019 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 il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 972 del 2019, proposto da Casertana Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Ceceri e Valentina Comella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, 30;

contro

Regione Campania, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Imperato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Presidenza del Consiglio dei Ministri e Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;
Commissario Straordinario per la Realizzazione dell'Universiade Napoli 2019, Agenzia Regionale Universiadi (Aru 2019), non costituiti in giudizio;

nei confronti

Mastrocinque Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Prozzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previe adeguate misure cautelari,

a) del decreto n. 145 del 17 dicembre 2018 del Commissario straordinario per la realizzazione dell'Universiade Napoli 2019, l. n. 108/2018, con cui è stata affidata la gara relativa ai lavori di “adeguamento polisportivo C.O.N.I. di Avellino per lo svolgimento delle Universiadi 2019” alla società Mastrocinque Costruzioni s.r.l.; b) la comunicazione prot. n. 4547 del 21 dicembre 2018 a firma congiunta del r.u.p. e del commissario straordinario – direttore generale Agenzia regionale universiadi (Aru), con cui è stato comunicato l'esito della gara per l'affidamento dei lavori “adeguamento polisportivo C.O.N.I. di Avellino per lo svolgimento delle Universiadi 2019”; c) dei verbali di gara nn. 1 e 2, rispettivamente, del 7 e dell'8 agosto 2018, ove occorra e per le ragioni esposte in narrativa; d) della determina a contrarre n. 35 del 6 luglio 2018, dell'avviso di indagine di mercato “finalizzata all'acquisizione di manifestazione di interesse nell'ambito della procedura negoziata, senza previa pubblicazione di bando di gara, ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 1, c. 180, legge finanziaria 2018 e delle Linee guida Anac n. 4, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016”, della lettera di invito avente a oggetto “procedura negoziata telematica ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 1, c. 180, legge finanziaria 2018 e delle Linee guida Anac n. 4, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016 per l'affidamento dei lavori di adeguamento polisportivo coni di Avellino con il criterio del minor prezzo, giusta art. 95, co 4 lett.a) del d.lgs. 50/2016”, e dei relativi provvedimenti di approvazione (se e in quanto adottati dalle amministrazioni competenti), nei limiti e termini che seguono; e) di tutti gli atti richiamati in quelli impugnati e/o menzionati sopra o di

seguito nel ricorso, se e in quanto lesivi; f) di ogni atto presupposto, preparatorio, conseguente e comunque connesso, ancorché allo stato non conosciuti; nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a.; e per la condanna a disporre il subentro della ricorrente nell'aggiudicazione e, ove stipulato, nel contratto, o, in subordine, al risarcimento del danno per equivalente, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 124 c.p.a.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Campania, della Presidenza del Consiglio dei Ministri, di Mastrocinque Costruzioni s.r.l. e dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, con la relativa documentazione;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 aprile 2019 la dott.ssa Lucia Maria Brancatelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso in epigrafe, la Casertana Costruzioni s.r.l. (in avanti, "Casertana"), impugna, chiedendone l'annullamento, il decreto n. 145 del 17 dicembre 2018 del Commissario straordinario per la realizzazione dell'Universiade Napoli 2019, ex l. n. 108/2018, con cui è stata affidata la gara relativa ai lavori di "adeguamento polisportivo C.O.N.I. di Avellino per lo svolgimento delle Universiadi 2019" alla Mastrocinque Costruzioni s.r.l. ("Mastrocinque"), oltre agli atti a questa presupposti e conseguenti. Chiede anche che sia dichiarata l'inefficacia del

contratto, ove stipulato, e la condanna a disporre il subentro della ricorrente nel contratto o, in subordine, al risarcimento del danno per equivalente.

2. Premette che la gara in questione, avente ad oggetto i lavori di riqualificazione dello stadio “Campo Coni di Avellino”, per un importo lavori pari a € 513.400,00, da aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo, è stata indetta dalla Giunta della Regione Campania, in qualità di stazione appaltante in virtù di apposita convenzione sottoscritta con il Commissario straordinario. Dopo la pubblicazione della manifestazione di interesse, hanno aderito 129 operatori economici, di cui 15 sono stati ammessi, a seguito di una (prima) verifica dei requisiti richiesti. Tra tali 15 ditte, solo 12 imprese hanno effettivamente partecipato alla gara.

Casertana fa anche presente che il seggio di gara ha, dapprima, ammesso a partecipare tutte le 12 imprese che hanno presentato un’offerta e, poi, ha proceduto a sorteggiare il metodo per la determinazione della soglia di anomalia. Verificati i ribassi offerti, la soglia di anomalia è risultata pari a 35,10% e la gara è stata aggiudicata all’impresa Mastrocinque, che aveva offerto un ribasso del 33,97%. La Casertana Costruzioni, invece, che aveva presentato un ribasso del 37,83% - superiore, quindi, alla soglia di anomalia – non è risultata aggiudicataria.

Nella seduta dell’8 agosto 2018, il Presidente del seggio, su segnalazione della società ricorrente, preso atto che tre ditte partecipanti alla procedura non erano iscritte nelle *white list* delle Prefetture italiane, le ha escluse dalla gara e ha proceduto alla rideterminazione della soglia di anomalia, questa volta risultata fissata al 35,27%. Quindi, dopo avere dichiarato che il migliore ribasso offerto era quello di Casertana e che esso era superiore alla soglia di anomalia, affermava che “*l’offerta della stessa va verificata*”. Casertana superava positivamente le verifiche ma il successivo 21 dicembre 2018 il Commissario straordinario comunicava di aver affidato alla ditta Mastrocinque l’esecuzione dei lavori in questione, ritenendo, sulla base dell’istruttoria svolta dal RUP, di dovere applicare il principio di “invarianza

della soglia di anomalia”, ex art. 95, comma 15, del d.lgs. 50/2016, e di dovere pertanto *“confermare l’esito della gara risultante dal verbale del 07.08.2018 che individuava quale migliore offerta quella della società Mastrocinque”*.

3. Avverso tale determinazione del Commissario straordinario la società Casertana ha proposto l’odierna impugnazione, con la quale, in primo luogo, deduce la sussistenza del vizio di incompetenza, in quanto ritiene che l’atto avrebbe dovuto essere adottato dalla stazione appaltante (e, quindi, dalla Regione Campania) e non dal Commissario straordinario.

Al secondo motivo, lamenta la illegittima applicazione dell’art. 97, c. 8, del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) perché l’offerta della Casertana, che presentava il maggiore ribasso, è stata esclusa automaticamente pur non ricorrendone le condizioni di legge, in quanto il numero di partecipanti era inferiore a 10. Sostiene, in particolare, che non poteva trovare applicazione il principio di invarianza della soglia, in quanto nel momento in cui il seggio di gara aveva calcolato la soglia di anomalia non aveva concluso la fase di ammissione/esclusione delle offerte.

Nel terzo mezzo di gravame, Casertana afferma che la disciplina di gara sarebbe illegittima nella parte in cui ha previsto quale criterio di aggiudicazione quello del minor prezzo ex art. 95, c.4, del Codice. Ciò in quanto tale norma consentirebbe di utilizzare il criterio del minor prezzo solo per i lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000,00 di euro, quando l’affidamento avviene con procedure ordinarie, mentre la procedura di affidamento oggetto di controversia, pur essendo inferiore a tale soglia, non era ordinaria ma negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, il che imponeva, secondo la ricostruzione di parte ricorrente, di affidare l’appalto secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

4. Si sono costituite in giudizio la Regione Campania, la Presidenza del Consiglio dei Ministri e la controinteressata Mastrocinque, chiedendo la reiezione del ricorso

siccome infondato. Le amministrazioni resistenti hanno anche eccepito l'incompetenza di questo Tribunale, sostenendo che la controversia, riguardando un appalto i cui effetti sono limitati all'ambito territoriale della regione Campania, dovrebbe ricadere, ai sensi dell'art. 14, comma 3, nella competenza del relativo T.A.R.

La Presidenza del Consiglio, in particolare, fa presente che i lavori devono effettuarsi esclusivamente sul territorio del Comune di Avellino e, conseguentemente, sarebbe competente nella presente controversia il Tar Campania - Salerno.

5. Dopo esplicita rinuncia alla domanda cautelare da parte della ricorrente alla camera di consiglio del 13 febbraio 2019, alla udienza pubblica del 17 aprile 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Va preliminarmente scrutinata l'eccezione di incompetenza territoriale sollevata dalle amministrazioni resistenti. Esse richiamano, in argomento, l'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 8696 del 2 agosto 2018, secondo cui, ogni qualvolta vi sia un conflitto tra due norme entrambe attributive della competenza funzionale inderogabile, quali sono l'art. 135 c.p.a., riguardante i provvedimenti "emergenziali" adottati dal Commissario straordinario, e l'art. 14 c.p.a., comma 3, che fa riferimento ai giudizi di cui all'articolo 119 c.p.a., tra cui sono ricompresi quelli in materia di affidamento di appalti pubblici, deve prevalere il secondo criterio, in quanto più vicino all'ispirazione su base regionale della giustizia amministrativa.

Deve osservarsi, tuttavia, che la controversia in esame non riguarda i provvedimenti commissariali adottati in situazione di emergenza, di cui all'art. 135 c.p.a., bensì un intervento posto in essere dal Commissario straordinario nominato per le Universiadi 2019.

Occorre precisare, sull'argomento, che la legge 27 dicembre 2017 n. 205, all'art. 1, commi da 375 a 388, contiene l'istituzione e la disciplina del Commissario straordinario per le Universiadi 2019; tale disciplina viene dettata anche attraverso ampi richiami a quanto già previsto nel decreto-legge n. 50 del 2017, conv. nella legge 21 giugno 2017, n. 96, riguardante i poteri commissariali per la realizzazione di interventi relativi ad un'altra manifestazione sportiva (segnatamente, le finali di coppa del mondo e dei campionati mondiali di sci alpino, programmati a Cortina d'Ampezzo).

Per individuare il criterio di competenza territoriale da applicare per le procedure di affidamento di contratti pubblici funzionali allo svolgimento delle Universiadi 2019, occorre, quindi, riferirsi non alla norma generale di cui all'art. 135 cpa ma a quanto previsto dall'art. 1, comma 382 della legge n. 205/2017, che a sua volta richiama l'art. 61, comma 27, del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50.

Il Collegio osserva, come condivisibilmente affermato nell'ordinanza del Tar Campania, Napoli, n. 7267 del 20 dicembre 2018, che sulla base della lettura di tali norme non può essere messa in discussione la competenza inderogabile del Tar del Lazio, a pena di una interpretazione *abrogans* delle richiamate disposizioni di carattere speciale.

Infatti, il comma 382 della legge n. 205/2017 così testualmente dispone: *“Si applicano i commi 9, 10 e 11 dell'articolo 61 del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2017, n. 96. La relazione commissariale ivi prevista deve avere cadenza semestrale ed è trasmessa anche alla regione Campania. Il commissario, quale stazione appaltante, esercita i poteri e le facoltà di cui al comma 24 del predetto articolo 61 del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50. Trovano altresì applicazione i commi 25 e 27 dello stesso articolo 61, intendendosi sostituita alla regione Veneto la regione Campania”*. A sua volta, il comma 27 dell'art. 61 del d.l. n. 50/2017, prevede che *“Alle controversie relative all'approvazione dei piani approvati ai sensi dei commi 4 e 17, alle procedure di espropriazione,*

a esclusione di quelle relative alla determinazione delle indennità espropriative, alle procedure di progettazione, approvazione e realizzazione degli interventi individuati negli stessi piani, si applica l'articolo 125 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104; dette controversie sono devolute alla competenza funzionale inderogabile del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma”.

Dunque, il menzionato comma 382, nella parte in cui richiama la disciplina già dettata al comma 27 dell'art. 61 del d.l. n. 50/2017 per l'evento di sci alpino in programma nella Regione Veneto, rimanda anche a quanto previsto circa la competenza del Tar Lazio. Ne consegue, alla luce del predetto contesto normativo, che la presente controversia, riguardando l'affidamento di un appalto pubblico connesso all'Universiade 2019, è sottoposta alla competenza funzionale inderogabile di questo Tribunale ai sensi della norma speciale richiamata.

2. Passando all'esame del merito delle questioni sollevate, se ne rileva l'infondatezza, alla stregua delle seguenti considerazioni.

3. Deve, in primo luogo, escludersi l'incompetenza del Commissario straordinario ad adottare il provvedimento di aggiudicazione impugnato. La legge n. 205/2017, al comma 239, dispone che, per la realizzazione degli interventi di propria competenza, il Commissario straordinario svolge le funzioni di stazione appaltante, anche avvalendosi della centrale acquisti interna della Regione Campania e del Provveditorato interregionale per le opere pubbliche di Campania, Molise, Puglia e Basilicata; in tal caso i rapporti saranno regolati da una apposita convenzione. Tale convenzione è stata sottoscritta il 17 aprile 2018 tra il Commissario straordinario e l'Ufficio Speciale Acquisti della Regione Campania ed è stata versata agli atti del giudizio a cura della resistente Presidenza del Consiglio dei Ministri. Dalla lettura della convenzione si evince che la Regione Campania è chiamata a svolgere, quale centrale di committenza, una serie di attività, come la formulazione di una “proposta di aggiudicazione”, ma non anche il provvedimento di aggiudicazione

che, quindi, rimane nella competenza, in forza delle disposizioni della legge n. 205/2007, del Commissario straordinario.

4. Parimenti infondato è il secondo mezzo di gravame, riguardante la (ri)determinazione della soglia di anomalia operata dal Presidente del seggio di gara, che avrebbe dovuto condurre, secondo la tesi di parte ricorrente, all'aggiudicazione della procedura di gara in suo favore.

Va premesso che è possibile soprassedere dalle deduzioni svolte dalla controinteressata circa l'irrilevanza, ai fini dell'aggiudicazione, del verbale dell'8 agosto 2018, che sarebbe privo di efficacia esterna in quanto irritualmente redatto dal solo Presidente del seggio, in seduta privata, e dalle controdeduzioni sul punto formulate dalla Casertana, secondo cui il contenuto di tale verbale sarebbe divenuto inoppugnabile in quanto non gravato per mezzo di un ricorso incidentale. Il Commissario straordinario ha, infatti, espressamente tenuto conto del verbale dell'8 agosto 2018 nel suo provvedimento di aggiudicazione in favore di Mastrocinque ma ha ritenuto, facendo applicazione del principio di cui all'art. 95, comma 15, del d.lgs. n.50/2016, che la nuova determinazione della soglia ivi presente non potesse rilevare ai fini dell'aggiudicazione.

Occorre rammentare che secondo la citata disposizione: *“Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte”*.

Ora, il verbale dell'8 agosto 2018 reca una nuova determinazione della soglia di anomalia, che è stata effettuata quando tutte le offerte delle ditte partecipanti erano state ammesse alla procedura (cfr. il verbale in seduta pubblica del 7 agosto 2018, nel quale è riportato che *<<Si procede, quindi, all'apertura dei plichi e all'apertura delle buste “A” contenenti la documentazione amministrativa. Tutte le ditte concorrenti, pertanto, risultano idonee e sono ammesse alla fase successiva>>*). Dalla lettura del verbale del 7

agosto 2018 si evince anche che era stato scrutinato il contenuto delle offerte ammesse ed era stata individuata quale migliore offerta, previo calcolo della soglia di anomalia, quella della ditta Mastrocinque.

Dunque, la rideterminazione della soglia è intervenuta quando il seggio di gara aveva già deciso di ammettere tutte le imprese alla gara ed aveva espressamente dichiarato che risultava aggiudicataria la società controinteressata.

Il Collegio è consapevole dell'esistenza di due contrapposti orientamenti, formatisi fin dall'introduzione del principio di "intangibilità della soglia" ad opera art. 38, comma 2-bis, del d.lgs. n. 163/2006, circa l'individuazione del momento in cui tale principio inizia ad operare. Mentre per un primo orientamento, di portata più restrittiva, la norma si applicherebbe solo nell'ipotesi in cui sia intervenuta l'aggiudicazione "definitiva" e non anche quando sia stata adottata la sola aggiudicazione provvisoria - ovvero, alla stregua delle previsioni del d.lgs. n. 50/2016, la "proposta di aggiudicazione" (CGA, 11 gennaio 2017, n. 14; 22 dicembre 2015, n. 740; Cons. Stato, V, 16 marzo 2016, n. 1052) - per un secondo orientamento, alla luce delle finalità perseguite dal principio in questione, non vi sarebbero ragioni per differenziare la situazione in cui la soglia è variata a seguito della aggiudicazione provvisoria rispetto a quella in cui la rideterminazione è intervenuta all'esito della aggiudicazione definitiva (Cons. Stato, V, 23 febbraio 2017, n. 847).

Il Collegio ritiene di aderire a questo secondo indirizzo giurisprudenziale, tenuto conto che il meccanismo in questione è stato introdotto con il fine di assicurare stabilità agli esiti finali dei procedimenti di gara, garantendo una maggiore celerità della procedura ed evitando possibili contenziosi in cui, una volta noti i ribassi offerti e quindi gli effetti delle rispettive offerte sulle medie e sulla soglia di anomalia, fosse comunque possibile rimettere in discussione la scelta della offerta migliore, attraverso una indiretta modifica della platea dei concorrenti.

Dunque, alla luce della finalità perseguita dalla norma, del suo tenore letterale (che riconnette l'effetto di cristallizzazione della soglia alla "fase di ammissione" e non anche alla "aggiudicazione" della gara) e della esigenza di evitarne applicazioni strumentali, sempre possibili qualora la platea dei partecipanti e il contenuto delle relative offerte sia già noto, deve ritenersi che il principio di "invarianza della soglia" debba trovare applicazione quando, come nel caso in esame, uno dei concorrenti risulta destinatario di una proposta di aggiudicazione e la stazione appaltante aveva già deliberato in ordine alla ammissione/esclusione dei partecipanti alla gara.

5. Anche il terzo motivo di impugnazione non può trovare accoglimento.

Casertana contesta la scelta di affidare l'appalto per mezzo del criterio del prezzo più basso, nonostante la procedura di affidamento (relativa a lavori di importo pari a € 513.400,00) fosse di tipo negoziato, senza pubblicazione del bando di gara. Ciò sulla base del disposto dell'art. 95, comma 4, lett. a) d.lgs. n. 50/2016, secondo cui può essere utilizzato il criterio del minor prezzo *"fermo restando quanto previsto dall'articolo 36, comma 2, lettera d), per i lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro, quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo; (...)"*.

Occorre precisare che la norma è stata così modificata dall'art. 60, comma 1, lett. b), n. 1 del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56. Il testo previgente consentiva il ricorso al criterio del prezzo più basso *"a) per i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro, tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall'obbligo che la procedura di gara avvenga sulla base del progetto esecutivo"*.

La novella legislativa va interpretata alla luce del riferimento ivi operato all'art. 36, lett. d), del Codice, che consente alle stazioni appaltanti di avvalersi della procedura negoziata, in alternativa alla procedura ordinaria, solo nel caso di affidamenti di lavori di importo inferiore a un milione di euro. Dalla lettura sistematica delle due

disposizioni si desume che sotto il milione di euro è ammesso il ricorso alla procedura negoziata, mentre al di sopra di tale soglia deve essere utilizzata quella ordinaria. Quanto al criterio del minor prezzo, esso può essere adoperato sia per appalti preceduti da una procedura negoziata (che sono necessariamente inferiori, ai sensi dell'art. 36 lett. d, alla soglia di un milione di euro) sia per quelli da aggiudicarsi previa procedura ordinaria, purché di importo pari o inferiore a due milioni di euro.

In sostanza, nonostante la non limpida riscrittura della norma ad opera del d.lgs. n. 56/2017, l'inciso "*fermo restando quanto previsto dall'articolo 36, comma 2, lettera d)*" non può che essere inteso nel senso che, dopo la modifica voluta dal legislatore, il criterio del prezzo più basso continua comunque a trovare applicazione anche nelle procedure negoziate per lavori "sottosoglia".

La modifica normativa ha inciso solo sul limite entro cui è consentito l'utilizzo del criterio del prezzo più basso nel caso di procedure ordinarie, che è stato innalzato da un milione a due milioni di euro, mentre per le procedure negoziate, anche se aggiudicate con detto criterio, rimane fermo il limite di un milione di euro di cui all'art. 36, lett. d) del Codice dei contratti pubblici.

6. Dunque, anche sotto questo aspetto il provvedimento impugnato risulta immune dai vizi prospettati nel ricorso, che deve conseguentemente essere respinto.

7. Le spese di lite, attesa la complessità delle questioni sottoposte e la loro parziale novità, possono essere eccezionalmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 aprile 2019 con
l'intervento dei magistrati:

Ivo Correale, Presidente FF

Laura Marzano, Consigliere

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Lucia Maria Brancatelli

IL PRESIDENTE
Ivo Correale

IL SEGRETARIO