

Pubblicato il 06/11/2020

N. 02913/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00631/2020 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

sul ricorso numero di registro generale 631 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Aveni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Attilio Meo e Antonino Aloisio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Enna, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Viviana Fonte e dall'avvocato Ignazio Scuderi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

R.U.P. Arch. Giuseppe Casuccio, non costituito in giudizio;

nei confronti

G.P. Costruzioni di Giuseppe Proietto Sas, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabrizio Laudani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

a) *quanto al ricorso introduttivo:*

- dei verbali di gara telematica delle sedute pubbliche del 13/01/2020, 14/01/2020, 15/01/2020, 16/01/2020, 20/01/2020 per l'aggiudicazione dei lavori di "Ristrutturazione edifici tre stelle, in via R. Sanzio Enna" ;
- del verbale di aggiudicazione provvisoria del 20/01/2020 e relativa proposta di aggiudicazione provvisoria;
- del provvedimento di aggiudicazione definitiva, Determinazione Dirigenziale area 2 n. 294 del 03/03/2020 Reg. Gen. N. 924 del 19/03/2020, pubblicato all'albo pretorio in data 19/03/2020, in favore dell'impresa G.P. Costruzioni di Giuseppe Proietto S.a.s.;
- di qualsiasi altro atto presupposto, connesso e comunque consequenziale, ancorché di data e tenore sconosciuto, che incida sfavorevolmente sulla posizione giuridica dell'impresa ricorrente;

b) *quanto ai motivi aggiunti:*

- della comunicazione pervenuta a mezzo pec in data 03/08/2020 con la quale il Comune di Enna informava l'impresa Aveni s.r.l. di aver stipulato con la G.P. Costruzioni di Giuseppe Proietto s.a.s. contratto di appalto con riferimento ai "lavori connessi al Programma Straordinario di intervento per la riqualificazione urbana e la sicurezza delle periferie delle città metropolitane e dei comuni capoluogo di provincia, "Ristrutturazione edifici tre stelle, in via R. Sanzio Enna",Cup: E73B17000060001 – CIG: 8116355407";
- del contratto di appalto stipulato in data 28/07/2020, Rep. N. 1225, registrato in data 31/07/2020 – serie 1T n. 2028 tra il Comune di Enna e l'impresa G.P. Costruzioni di Giuseppe Proietto S.A.S.;
- dell'eventuale verbale di consegna dei lavori (non conosciuto, né

conoscibile) all'impresa GP Costruzioni s.a.s. di Giuseppe Proietto;

- di tutti gli atti già impugnati con il ricorso introduttivo;

- di qualsiasi altro atto presupposto, connesso e comunque consequenziale, ancorché di data e tenore sconosciuto, che incida sfavorevolmente sulla posizione giuridica dell'impresa ricorrente;

per l'accoglimento

- della domanda di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del relativo contratto e, della domanda di declaratoria di inefficacia del contratto stesso, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 122 del d. lgs. n. 104/2010, e della relativa domanda di subentro;

nonché, in via subordinata,

- qualora non fossero conseguiti l'aggiudicazione ed il contratto, ovvero (in caso di parziale esecuzione dell'opera da parte del controinteressato o per qualunque altra causa) fosse affidata solo una parte dei lavori oggetto di gara, per l'accoglimento della domanda di condanna della Stazione appaltante al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi dall'Aveni s.r.l. in conseguenza della mancata aggiudicazione dell'appalto (infra meglio specificati), ovvero nella maggiore o minore somma che risulterà in corso di giudizio; tali somme, in ogni caso, dovute oltre a interessi legali e a rivalutazione monetaria.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Enna e di G.P. Costruzioni di Giuseppe Proietto Sas;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2020 la dott.ssa Giuseppina Alessandra Sidoti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Parte ricorrente ha esposto di avere partecipato alla gara aperta indetta con determinazione dirigenziale a contrarre n. 1572 del 29 novembre 2019 dal Comune di Enna per l'affidamento di lavori connessi al Programma Straordinario di intervento per la riqualificazione urbana e la sicurezza delle periferie delle città metropolitane e dei comuni capoluogo di provincia, "Ristrutturazione edifici tre stelle, in via R. Sanzio Enna", per un ammontare complessivo di progetto di €1.992.063,01. Il relativo bando prevedeva la definizione della procedura di gara ai sensi dell'art. 60, co. 3, e art. 36 del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i., stabilendo il criterio di aggiudicazione al minor prezzo, ai sensi dell'art. 36, co. 9-bis, del D.Lgs. n. 50/2016; ai sensi dell'art. 133, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 1 del D.A. n. 29/GAB del 23 ottobre 2019, il seggio di gara doveva fare ricorso alla cd. inversione procedimentale e la soglia di aggiudicazione doveva essere determinata ai sensi dell'art. 4 L.R. n. 13/2019 e dell'art. 97, c.3-bis e c. 8, del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i..

Parte ricorrente ha rappresentato che nella seduta pubblica del 20 gennaio 2020, una volta aperte tutte le offerte e disposte le stesse in ordine crescente, il Presidente del seggio di gara provvedeva all'accantonamento del 10% (di n. 253) delle offerte di maggiore ribasso (n. 26) e minore ribasso (n. 26), prendendo in considerazione distintamente tutte le offerte aventi identico ribasso sia all'interno del taglio delle ali sia a cavallo delle stesse.

In particolare, la commissione tra le offerte di minor ribasso (da accantonare) avrebbe considerato quali offerte distinte, anziché unica, quelle di due imprese aventi la stessa offerta, pervenendo, pertanto, a una media che ha condotto alla proposta di aggiudicazione e poi all'aggiudicazione in favore della controinteressata.

Sostiene parte ricorrente che una corretta determinazione della media

avrebbe invece condotto alla sua aggiudicazione.

Avverso gli atti impugnati la società ricorrente ha dedotto i seguenti motivi:

1. *Violazione di legge - Violazione e falsa applicazione dell'art. 4, comma 1 legge regionale Sicilia n. 13/2019 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 97, co. 2, D.lgs. 50/2016 e s.m.i. – Violazione e falsa applicazione dell'art. 12 delle Preleggi – Erronea interpretazione delle norme di legge - Eccesso di potere.*

Il bando di gara relativo all'appalto di lavori in questione, alla sezione IV, pagina 4, "*Criterio di aggiudicazione*", prevede espressamente che "*La soglia di aggiudicazione è individuata ai sensi dell'art. 4 commi 1 e 2, L.R. N. 13 del 26/07/2019*".

Dall'analisi letterale della norma richiamata emergerebbe che, nel disciplinare il c.d. "*taglio delle ali*", il legislatore siciliano abbia voluto dettare specificatamente il trattamento da applicare alle offerte aventi medesimo ribasso percentuale, esclusivamente in relazione a quelle "*a cavallo del taglio delle ali*", le quali dovrebbero essere considerate singolarmente e distintamente ai fini del calcolo della media di aggiudicazione.

Nel silenzio della legge regionale, invece, con riferimento alle offerte che si collocano all'interno del taglio delle ali e aventi medesima percentuale di ribasso, la disciplina normativa da applicare non potrebbe che trarsi dalla legge nazionale, e più specificatamente nell'art. 97 D.Lgs. 50/2016 e s.m.i.. Sostiene, in sintesi, la società ricorrente che le offerte aventi medesimo ribasso rientranti all'interno del c.d. "*taglio delle ali*" dovrebbero essere considerate come "*unica offerta*" ai fini della determinazione della media aritmetica, con la conseguenza che la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere al taglio delle ali con l'esclusione del dieci per cento (10 %), rispettivamente delle offerte di maggior ribasso, risultanti correttamente in n. 26 (in quanto nessuna delle offerte rientranti presentava identica offerta) e di quelle di minor ribasso, risultanti invece in n. 27 piuttosto che 26 (in quanto due imprese, entrambe collocate all'interno delle ali, presentavano

lo stesso valore di ribasso pari a 17,333% e, quindi, avrebbero dovuto essere accorpate e accantonate quale offerta unica per effetto dell'art. 97, co. 2, a), D.Lgs. n. 50/2016).

II) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 117 della Carta Costituzione – Eccesso di potere.*

Ritiene inoltre parte ricorrente che, nel caso in cui la legge regionale de qua avesse voluto disciplinare il trattamento da applicare anche alle offerte aventi identico valore di ribasso che si collocano all'interno del taglio delle ali, considerandole quali offerte distinte, tale legge, si porrebbe in contrasto con la normativa nazionale e, pertanto, avrebbe violato l'art. 117 Costituzione.

Ha, quindi, chiesto l'annullamento degli atti impugnati, previa sospensione degli stessi.

2. Si è costituita la società controinteressata che ha, preliminarmente, eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse ai sensi dell'art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50/2016; la stessa ha, inoltre, replicato alle deduzioni di parte ricorrente sostenendo che:

- dalla mera lettura della normativa regionale risulta evidente che il legislatore, con l'inciso *“indipendentemente dalla presenza di più offerte aventi identico ribasso a cavallo del taglio delle ali”*, ha voluto precisare che soltanto le offerte con identico ribasso, che si trovano a cavallo delle ali, vanno considerate come un'unica offerta, ritenendo, invece, di dovere applicare il criterio cd. assoluto per le offerte, con identico ribasso, che si collocano *“all'interno delle ali”*, da considerare quindi singolarmente;

- riguardo al secondo motivo, esso sarebbe inammissibile per difetto di giurisdizione.

3. Identica eccezione in rito (inammissibilità per cd. *“invarianza”*) è stata sollevata dal Comune di Enna, costituitosi per resistere al giudizio.

4. Con ordinanza n. 454 del giorno 1 giugno 2020 il Collegio ha fissato la

pubblica udienza ai sensi dell'art. 119, comma 3, e 120, comma 3, del c.p.a.

5. In data 8 settembre 2020 parte ricorrente ha depositato motivi aggiunti con cui ha chiesto l'annullamento della comunicazione di avvenuta stipula del contratto, del contratto di appalto, e degli ulteriori atti indicati. Ha chiesto altresì la declaratoria di inefficacia del contratto e di conseguire l'aggiudicazione; in via subordinata, ha avanzato domanda di risarcimento dei danni per equivalente.

6. Con decreto n. 651 del 2020 è stata respinta l'istanza di misure cautelari monocratiche avanzata con il ricorso per motivi aggiunti.

7. Con ordinanza n. 710 del 13 ottobre 2020 il Collegio ha respinto l'istanza cautelare sui motivi aggiunti.

8. In vista della pubblica udienza tutte le parti hanno prodotto memorie.

9. Alla pubblica udienza del 22 ottobre 2020 il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

1. La società ricorrente contesta l'aggiudicazione in favore della G.P. Costruzioni s.a.s. in quanto la commissione di gara, a suo dire, avrebbe errato nell'effettuare il calcolo del 10 % delle offerte da accantonare per il cd. taglio delle ali, conteggiando distintamente, anziché una volta soltanto, le offerte della Patriarca Group s.r.l. e della Pollara Castrenze s.r.l., aventi lo stesso ribasso e ricadenti all'interno della cd. ala di minor ribasso.

2. Preliminarmente deve essere esaminata l'eccezione sollevata sia dalla controinteressata che dal Comune di Enna di inammissibilità del ricorso per violazione del principio della cd. invarianza della soglia di cui all'art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50/2016.

2.1. L'eccezione è infondata.

Come è noto, l'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 stabilisce che *“ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronunzia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione od esclusione delle offerte non*

rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte".

È stato condivisibilmente affermato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2020, n. 2257; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 6 aprile 2020, n. 2257) che siffatto "*principio di invarianza*", che opera nel senso della "*cristallizzazione delle offerte*" e della "*immodificabilità della graduatoria*" e integra un'espressa eccezione all'ordinario meccanismo del regresso procedimentale, per positiva irrilevanza delle sopravvenienze, obbedisce alla duplice e concorrente finalità:

a) di garantire, per un verso, continuità alla gara e stabilità ai suoi esiti finali, onde impedire che la stazione appaltante debba retrocedere il procedimento fino alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte, situazione che ingenererebbe una diseconomica dilatazione dei tempi di conclusione della gara correlata a un irragionevole dispendio di risorse umane ed economiche (cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 luglio 2018, n. 4286; Id., sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579;

b) 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).

Sotto tal ultimo profilo, la giurisprudenza ha poi chiarito che la norma in questione mira a paralizzare gli effetti riflessi sulla soglia di anomalia, derivanti da modifiche incidenti a posteriori sul novero degli operatori economici legittimamente partecipanti, a ciò inducendo la stessa lettera dell'art. 95, comma 15 cit., con l'utilizzo del termine tecnico "*intervenire*" ("*Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia*

giurisdizionale ...”); effetti riflessi utilizzati consapevolmente e in modo strumentale da operatori economici che altrimenti non potrebbero conseguire l’aggiudicazione (Cons. St. sez. V, n. 1117 del 12 febbraio 2020). Questa essendo la *ratio* della normativa in questione, la recente giurisprudenza (C.G.A. n. 230/2018 e più di recente il Consiglio di Stato, sez. V, n. 1117/2020; sez. V. n. 2257/2020; cfr. anche T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, n. 2980/2019; sez. I, n. 2555/2020; sez. I, n. 2593/2020) ha ritenuto che la norma in questione non può essere intesa nel senso di vanificare la tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.) e dunque di precludere le impugnazioni in materia di appalti avverso le aggiudicazioni che non siano mosse dal sopra descritto intento emulativo, dovendo essa piuttosto essere temperata con il principio di buon andamento e di imparzialità dell’attività amministrativa (art. 97 Cost.).

Il principio dell’invarianza in questione, insomma, non può essere applicato acriticamente per cristallizzare soluzioni incoerenti (o addirittura illegittime) laddove vengano sollevate dagli interessati legittime censure non strumentali nel senso anzidetto, non essendo questa l’intenzione del legislatore, peraltro senza che ciò risulti di oggettivo presidio ad altri e di pari rango valori giuridici rispetto al diritto di difesa e al “*diritto alla giusta aggiudicazione*” (C.G.A.R.S. n. 230/2018; T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, n. 2980 del 2019).

Ciò posto ritiene il Collegio che il principio dell’invarianza non possa applicarsi al caso di specie in quanto la contestazione qui non investe strumentalmente la platea dei partecipanti, ma la ritenuta erroneità nel calcolo ai fini dell’individuazione della soglia di anomalia dovuta alla mancata applicazione della regola del cd. blocco unitario.

Peraltro la società Aveni aveva già fatto rilevare la ritenuta illegittimità dell’operato della stazione appaltante in un momento precedente all’aggiudicazione, e precisamente in sede di reclamo (unico mezzo a

disposizione della società ricorrente in quel momento per far valere il proprio interesse), il che evidenzia l'assenza di strumentalità nel caso di specie.

Ne consegue, come anticipato, l'infondatezza della eccezione di inammissibilità.

3. Con il primo motivo di ricorso, parte ricorrente ritiene che erroneamente la stazione appaltante abbia calcolato il 10 % delle offerte da accantonare per il cd. taglio delle ali, conteggiando distintamente, anziché una volta sola, le offerte della Patriarca Group srl e della Pollara Castrenze srl, aventi lo stesso ribasso e ricadenti all'interno della cd. ala di minor ribasso.

L'art. 4, comma 1, della l.r. n. 13/2019, espressamente richiamato nel caso di specie dalla legge di gara, stabilisce che *“La soglia di aggiudicazione è individuata dalla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con accantonamento del 10 per cento, sia delle offerte di maggior ribasso che di quelle di minor ribasso, indipendentemente dalla presenza di più offerte aventi identico ribasso a cavallo del taglio delle ali [.....]”*.

Nel silenzio della legge regionale, ritiene parte ricorrente, con riferimento alle offerte che si collocano all'interno del taglio delle ali e aventi medesima percentuale di ribasso, che la disciplina normativa da applicare non potrebbe che trarsi dalla legge nazionale, e più specificatamente dall'art. 97 D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., come interpretata dalla giurisprudenza maggioritaria e quindi dette offerte dovrebbero essere considerate unitariamente.

Sostengono invece la controinteressata e il Comune che l'art. 4, comma 1, della l.r. cit. disporrebbe diversamente rispetto all'art. 97, comma 2, del d. lgs. n. 50/2016, avendo voluto il legislatore regionale specificare solo che le offerte con identico ribasso che si trovano a cavallo delle ali vanno considerate come un'unica offerta (e non anche quelle che si collocano all'interno delle ali, da considerare quindi singolarmente).

Insomma il cd. blocco unitario, secondo tale ultima ricostruzione, varrebbe solo per le offerte identiche a cavallo delle ali, e ciò in quanto solo tali offerte potrebbero creare quell'effetto distorsivo nella formazione della media che la norma intenderebbe eliminare.

3.1. Il motivo è fondato.

3.2. Va ricordato che la questione se nell'effettuare il cd. taglio delle ali - propedeutico al calcolo delle medie e alla determinazione della soglia di anomalia - l'Amministrazione sia tenuta a considerare come unica offerta solo le offerte con uguale ribasso a cavallo delle ali ovvero anche le offerte con uguale ribasso all'interno delle ali si era già posta, a livello nazionale, nella vigenza dell'art. 86, co. 1, del d. lgs. n. 163/2006 e dell'art. 121, co. 1, del d.P.R. n. 207/2010.

Detta questione venne risolta dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n. 5 del 19 settembre 2017) che aderì al prevalente orientamento secondo cui le offerte di identico ammontare debbono essere accantonate sia nel caso in cui si collochino al margine delle ali che all'interno (tesi del cd. blocco unitario o cd. criterio relativo).

Dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 50 del 2016, richiamato in ambito regionale dall'art. 24 della l.r. n. 8 del 2016, benché la norma in questione (art. 97) abbia portata letterale non identica al previgente combinato disposto di cui all'art. 86 c. 1, d.lgs. 163/2006 e all'art. 121, d.P.R. 207/2010, la giurisprudenza maggioritaria – a cui questo Collegio ha già aderito (T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 2593/2020 cit.; sez. I, n. 2555/2020 cit.) - si è attestata nel ritenere che il principio del cd. blocco unitario, divenuto oramai diritto vivente, continui a trovare applicazione anche nel vigore del codice del 2016, avendo la nuova norma contenuto e *ratio* del tutto analoghi a quella precedente, sì da non giustificare, in assenza di norma di inequivoco tenore diverso, il ricorso al diverso criterio c.d. assoluto (*ex multis* Cons. Stat. Sez., V, n. 4821/2018; TAR Umbria, Perugia,

n. 138/2020).

In particolare, è stato ritenuto che la *ratio* antiturbativa del meccanismo *de quo* non possa considerarsi venuta meno solo per effetto del complesso meccanismo introdotto dalla novellata disciplina dell'art. 97 del codice in materia di esclusione automatica; *“Piuttosto – nel silenzio del d. lgs. n. 50 del 2016 – miglior criterio ermeneutico, anche per basilari esigenze di sicurezza giuridica, appare il mantenere, fino a dimostrazione di una volontà contraria del legislatore, l'orientamento della consolidata giurisprudenza e con essa gli acquisiti presidi di funzionalità, di efficienza, di trasparenza e concorrenzialità dei procedimenti di evidenza pubblica ... Tali considerazioni di ordine logico e sistematico impongono dunque di interpretare l'art. 97, comma 2, lett. a) d. lgs. n. 50/2016, coerentemente con la ratio legis e, dunque, in senso sostanziale e non meramente formale o letterale ...”* (Cons, Stat., n. 4821/2018 cit, T.A.R. Catania, n. 2555/2020, cit.).

3.3. Venendo alla fattispecie in esame, il Collegio ritiene di mutuare e trasporre le superiori argomentazioni al caso di specie per concludere che, a fronte di una norma regionale quale quella in questione, che, ai fini della determinazione della soglia di aggiudicazione, fa riferimento alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con accantonamento del 10 per cento, sia delle offerte di maggior ribasso che di quelle di minor ribasso, *“indipendentemente dalla presenza di più offerte aventi identico ribasso a cavallo del taglio delle ali”*, senza nulla prevedere per quelle all'interno delle ali, debba prediligersi un'interpretazione che applichi l'accorpamento delle offerte aventi identico valore di ribasso percentuale, oltre che a cavallo, anche all'interno delle ali.

A tale conclusione, si ribadisce, conducono le seguenti riflessioni:

- la lettera dell'art. 4 della l.r. n. 13/2019 non osta a una sua interpretazione conforme alla regola del cd. blocco unitario, sia a cavallo che all'interno delle ali;
- nel silenzio del legislatore regionale in ordine alle offerte di identico

ribasso all'interno delle ali, miglior criterio ermeneutico, anche per basilari esigenze di sicurezza giuridica, appare il mantenere, fino a dimostrazione di una volontà contraria del legislatore, l'orientamento della consolidata giurisprudenza e con essa gli acquisiti presidi di funzionalità, di efficienza, di trasparenza e concorrenzialità dei procedimenti di evidenza pubblica che depongono per la preferenza del cd. blocco unitario (Cons. St. , sez. V, 6 agosto 2018, n. 4821; Cons. Stato, Ad. plen., 19 settembre 2017, n. 5);

- le stesse argomentazioni sono state elaborate dalla giurisprudenza maggioritaria in favore del principio del cd. blocco unitario nella vigenza del d. lgs. n. 50 del 2016, e ciò pur a fronte della non esplicita previsione in tal senso dell'art. 97 cit..

3.4. La fondatezza di tale motivo consente di accogliere il ricorso, con assorbimento delle ulteriori censure non esaminate.

4. Alla luce di quanto sopra la domanda caducatoria, poiché fondata, va accolta, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

5. Occorre, a questo punto, esaminare la domanda di inefficacia del contratto e di subentro presentate da parte ricorrente con i motivi aggiunti. Osserva il Collegio che, poiché nel caso di specie il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara (essendo incontestato tra le parti il prospetto di simulazione prodotto dalla ricorrente in virtù del quale dall'applicazione del cd. blocco unitario discende l'aggiudicazione in favore della stessa), la domanda di subentro è stata formulata dalla parte (con motivi aggiunti notificati al momento della stipulazione del contratto) e lo stato di esecuzione del contratto non appare avanzato (in assenza di certificati di stati di avanzamento e/o di pagamento che comprovino il contrario), è possibile, ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm., disporre il subentro della ricorrente nel contratto, con declaratoria di inefficacia *ex nunc* dello stesso.

Né è stata fornita prova in corso di causa dall'Amministrazione resistente

della concreta possibilità di perdita del finanziamento e di imminenti e irreparabili pericoli e/o danni per il caso di subentro della ricorrente nel contratto in questione.

5.1. Non pertinente appare poi il richiamo all'art. 5, co. 6, del d.l. n. 76 del 2020 (*"Sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica"*) sia perché la norma introduce una deroga di natura transitoria all'articolo 107 del Codice dei contratti pubblici (*"Sospensione"*), sia perché essa si riferisce a opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del Codice dei contratti pubblici, quali non sono quelle in questione.

5.2. Va, altresì, accolta la domanda risarcitoria ex art. 124 c.p.a. per il periodo in cui il contratto di appalto ha già avuto esecuzione, sussistendone i presupposti (illegittimità dell'aggiudicazione, danno cagionato dall'illegittima aggiudicazione in favore di altra ditta, nesso di causalità) (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 giugno 2014, n. 3220).

Né si può condividere la tesi dell'amministrazione resistente secondo cui, nel caso, *l'antigiuridicità della condotta* sarebbe esclusa dall'art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016, non potendo comunque la media subire alcuna modificazione per legge e pertanto non potendo ottenere la ricorrente il bene della vita.

Invero, l'art. 95, co. 15, cit., nella lettura costituzionalmente orientata di cui sopra, condivisa da autorevole giurisprudenza, non comporta a priori l'invarianza della soglia, ma vieta piuttosto che quest'ultima possa variare, con conseguente regresso della procedura di gara, per i detti fini strumentali ed emulativi.

Nel caso l'antigiuridicità della condotta è data dalla non corretta applicazione della normativa regionale, con conseguente errore di calcolo della soglia derivante dalla mancata applicazione del principio del cd. blocco unitario.

Né ancora hanno pregio le doglianze dell'amministrazione relative alla

carezza dell'elemento soggettivo, in quanto secondo la giurisprudenza eurounitaria, in materia di risarcimento da (mancato) affidamento di gare pubbliche di appalto e concessioni, non è necessario provare la colpa dell'amministrazione aggiudicatrice, poiché il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività della tutela previsto dalla normativa eurounitaria; le garanzie di trasparenza e di non discriminazione operanti in materia di aggiudicazione dei pubblici appalti fanno sì che una qualsiasi violazione degli obblighi di matrice sovranazionale consente all'impresa pregiudicata di ottenere un risarcimento dei danni, a prescindere da un accertamento in ordine alla colpevolezza dell'ente aggiudicatore e dunque della imputabilità soggettiva della lamentata violazione (Corte di giustizia, sez. III, 30 settembre 2010, C-314/09, Stadt Graz; in termini cfr. Cons. Stato, Ad. plen. n. 2 del 2017; Cons. Stato, sez. V, 02 gennaio 2019, n.14).

5.3. Tutto ciò posto, ai sensi dell'art. 34, comma 4, del c.p.a., questo Collegio dispone che il Comune debba proporre alla ricorrente, entro 60 giorni dalla notificazione a cura di parte della presente sentenza, una somma, a titolo di danno, limitatamente ai lavori già realizzati dalla controinteressata, in misura non superiore al 3 % - in ragione della mancata prova della impossibilità di impiego di uomini e mezzi in altre occasioni (cfr. Cons. giust. amm. sic. n. 133 del 2017; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 1 luglio 2020, n. 1604) – calcolata sull'utile (id est: profitto) che la società prevedeva di trarre dall'aggiudicazione dell'appalto e dalla conseguente esecuzione della quota dei lavori eseguiti dalla controinteressata, come risultante dagli atti di gara. Detto importo è da intendersi comprensivo di qualsiasi ulteriore danno.

Le parti dovranno pervenire ad un accordo sulla base di detti criteri; in difetto, con il ricorso previsto dal titolo I libro IV potranno essere chiesti la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti.

6. La natura interpretativa della controversia consente, in via d'eccezione, l'integrale compensazione delle spese tra tutte le parti, ponendo a carico dell'amministrazione resistente il rimborso del contributo unificato corrisposto da parte ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti:

- a) accoglie la domanda caducatoria e, per l'effetto, annulla l'aggiudicazione impugnata;
- b) accoglie la domanda di subentro della società ricorrente, nei sensi di cui in motivazione;
- c) accoglie la domanda di risarcimento per equivalente nei limiti e termini di cui in parte motiva;
- d) compensa le spese di lite tra tutte le parti, ponendo a carico dell'amministrazione resistente il rimborso del contributo unificato corrisposto da parte ricorrente.

Manda alla Segreteria di trasmettere copia della presente sentenza alla Procura presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Regione Siciliana, ai fini della valutazione del possibile danno erariale derivante dal riconosciuto risarcimento del danno.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente

Giuseppina Alessandra Sidoti, Primo Referendario, Estensore

Giovanni Giuseppe Antonio Dato, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Giuseppina Alessandra Sidoti

Pancrazio Maria Savasta

IL SEGRETARIO