

APPALTI - MEPA - SOSPENSIONE GARA - RICALCOLO SOGLIA ANOMALIA - ILLEGITTIMITA'

Nel caso di sospensione della gara nell'ambito della piattaforma MEPA per errori addebitabili alla stazione appaltante, quest'ultima non può, nel riattivare la procedura, compiere nuovamente il sorteggio del criterio per il calcolo della soglia di anomalia - già sorteggiato prima della sospensione - in mancanza di una variazione nella compagine dei partecipanti alla gara e nelle relative offerte, in quanto tale ricalcolo si pone in contrasto con il principio cd. di invarianza e di trasparenza.

TAR Campania, Napoli, Sez. III, sentenza n. 3/2020

Publicato il 02/01/2020

N. 00003/2020 REG.PROV.COLL.

N. 03940/2019 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 della Campania

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3940 del 2019, proposto da:
ISPEL S.R.L. - ISTITUTO PROVE E VERIFICHE ELETTRICHE, con sede legale in Roma, Viale Giuseppe Mazzini n. 119, in persona del legale rappresentante, Morabito Domenico, rappresentato e difeso dall'Avv. Pietro De Santis, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Circ. ne Gianicolense n. 18, e domicilio digitale, come da p.e.c.: pietrodesantis@ordineavvocatiroma.org ;

contro

COMUNE DI SAN GIORGIO A CREMANO, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli Avv. ti Adele Carlino e Lucia Cicatiello, con domicili digitali, come da p.e.c.: adelecarlino@avvocatinapoli.legalmail.it; luciacicatiello@avvocatinapoli.legalmail.it;

nei confronti

MISURLAB S.R.L., con sede legale in Foggia, Viale Virgilio, n. 11, in persona del legale rappresentante, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento dirigenziale n. 44/2019 del 03.07.2019 di aggiudicazione definitiva della gara RDO MEPA n. 2275187, CIG Z9A2721B70, non comunicato alla società ricorrente, del quale quest'ultima aveva conoscenza il 3 settembre 2019, mediante consultazione della piattaforma MEPA e con il quale la gara , avente ad oggetto il “Servizio per l'esecuzione delle verifiche periodiche degli impianti di messa a terra di competenza comunale”, veniva aggiudicata definitivamente alla Misurlab S.r.l.,

nonché per l'annullamento di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, anche non conosciuti, ivi inclusa l'eventuale delibera ed il relativo verbale di adozione, ai fini della determinazione della soglia di anomalia, del parametro di cui all'art. 97, secondo comma, lettera d), del D. L. vo 50/2016;

e per la condanna

dell'intimato Comune, in persona del legale rappresentante p.t., al risarcimento del danno in forma specifica, con il conseguimento dell'aggiudicazione e la stipula del relativo contratto, dichiarandosi sin da ora disponibile a subentrare nel contratto eventualmente stipulato, del quale chiede dichiararsene l'inefficacia, ovvero, ove ricorra l'ipotesi di cui all'ultimo periodo del primo comma dell'art. 124 c.p.a., al risarcimento del danno per equivalente, nella misura precisata.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di San Giorgio a Cremano;

Viste le produzioni delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Uditi - Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2019 il dott. Vincenzo Cernese - i difensori delle parti, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con comunicazione del 10 aprile 2019, il Comune di San Giorgio a Cremano invitava la ISPEL S.r.l. Istituto Prove e Verifiche Elettriche a presentare, entro il termine del 29 aprile 2019, un'offerta per la gara RDO MEPA n. 2275187, CIG Z9A2721B70, indetta ai sensi dell'art. 36, comma 2 del D. L. vo 50/2016 ed avente ad oggetto il "Servizio per l'esecuzione delle verifiche periodiche degli impianti di messa a terra di competenza comunale", da aggiudicare secondo il criterio del minor prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 4, lettera a) del predetto decreto, come da relativa lettera di invito. .

2. Entro il termine come sopra fissato, dieci ditte concorrenti, tra cui la I.s.p.e.l., in persona del l.r., Morabito Domenico, presentavano le rispettive offerte .

3. La lettera d'invito, al paragrafo "Svolgimento delle operazioni di gara" precisava che, "per la valutazione delle offerte anormalmente basse, ex art. 97 del D. L. vo 50/2016, la stazione appaltante prevede l'esclusione automatica dalla gara delle offerte, ai sensi dei commi 2 e 8 del medesimo articolo" , ossia "che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2 e dei commi 2-bis e 2-ter. In tal caso non si applicano i commi 4, 5 e 6. Comunque l'esclusione automatica non opera quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci (cfr. comma 8);

4. Pertanto, essendo, nella procedura de qua, il numero delle offerte ammesse pari a dieci, quindi non inferiore al limite posto dall'art. 97, comma 8 del D. L. vo 50/2016, veniva effettuato il sorteggio previsto dal comma 2 del medesimo articolo, per determinare il parametro di calcolo della soglia di anomalia: la lettera sorteggiata era la c) che, nel testo anteriore alle modifiche introdotte dal D.L. 32/2019, corrispondeva alla “media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, incrementata del quindici per cento”.

5. Successivamente all'effettuazione del sorteggio di cui al secondo comma del D.L. vo 50/2016, la stazione appaltante pubblicava il seguente avviso “Il RUP - in autotutela - comunica che la procedura di gara aggiudicata provvisoriamente in data 02.05.2019 è sospesa per approfondimenti tecnici in merito alla documentazione delle imprese risultate escluse nella predetta seduta” .

6. Immediatamente dopo l'esclusione di cui al paragrafo precedente del presente ricorso, la stazione appaltante pubblicava un nuovo avviso: “si informa che in data 03.05.2019 il RUP in autotutela ha inoltrato al Mepa la richiesta di riammissione dei due concorrenti esclusi per mero errore in quanto per l'appalto in questione è previsto l'affidamento ai sensi dell'art.36 co.2 del D.Lgvo 50/16 che non comporta l'obbligatorietà dell'indicazione dei costi della manodopera e degli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, così come riportato nello stesso decreto all'art.95 co.10 modificato dal D.Lgvo 56/2017 - che esenta dall'osservanza del predetto obbligo gli affidamenti ai sensi dell'art. 36, co. 2, lett. a) n.d.r. - non indicati dai concorrenti esclusi. Pertanto i lavori saranno ripresi il giorno 8 maggio a partire dalle 9,30” .

7. Una volta sospesa la procedura, la piattaforma MEPA, per proprio limite di configurazione, retrocede alla fase di “Apertura Documentazione Amministrativa”, riattivando la funzione di sorteggio automatico del metodo di computo della soglia

di anomalia e imponendo all'utente l'effettuazione di nuovo sorteggio, onde consentire la prosecuzione della gara.

Date tali premesse e preso atto che, nonostante la natura puramente tecnica di suddetta operazione che ha unicamente la funzione di sbloccare l'operatività del sistema, ma non vincola affatto la stazione appaltante ad utilizzare in gara il criterio emerso dall'ulteriore sorteggio per fissare una nuova soglia di anomalia, in sostituzione di quella già validamente sorteggiata in precedenza, sulla base di tale nuovo metodo di calcolo della soglia di anomalia, veniva rielaborata la graduatoria. Pertanto, con l'emanazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara in epigrafe (non comunicato alla società ricorrente, ma del quale quest'ultima deduce di avere avuto conoscenza il 3 settembre 2019, mediante consultazione della graduatoria pubblicata sulla piattaforma MEPA) per l'evidente mutamento del metodo di fissazione della soglia di anomalia, risultava aggiudicataria definitiva la Misurlab S.r.l.

La ricorrente in epigrafe, con ricorso notificato il 01.10.2019 e depositato il giorno 8 successivo, ha impugnato, innanzi a questo Tribunale, il predetto provvedimento di aggiudicazione, lamentando eccesso di potere e violazione di legge, in ragione del principio di invarianza della soglia di anomalia, che avrebbe dovuto condurre ad applicare il metodo estratto in prima battuta, in virtù del quale all'offerta della ricorrente sarebbe stata vincitrice.

La ricorrente ha chiesto, altresì, la condanna dell'intimato Comune al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente monetario.

Si è costituito in giudizio l'intimato Comune, chiedendo il rigetto del ricorso, sì come inammissibile e, nel merito, totalmente infondato, in fatto ed in diritto.

Alla pubblica udienza del 3 dicembre 2019 il ricorso è stato ritenuto in decisione.

DIRITTO

In rito va esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse sollevata dal resistente Comune.

Quest'ultimo sostiene che nelle procedure di tipo selettivo e, quindi, anche nelle procedure di appalto, non può prescindersi dalla verifica della c.d. prova di resistenza, nel senso che è inammissibile per carenza di interesse il ricorso contro un provvedimento qualora, in esito ad una verifica a priori della posizione della parte ricorrente risulti con certezza che la stessa non avrebbe comunque ottenuto in concreto il bene della vita perseguito nel caso di accoglimento del ricorso; nella specie, alcuna prova sarebbe stata data dalla ricorrente in ordine all'attuale concreto interesse all'aggiudicazione della gara in oggetto, né circa la sussistenza di un'aggiudicazione a suo favore in accoglimento delle prospettate censure.

L'eccezione va disattesa perché, come confermato dal calcolo allegato da parte ricorrente effettuato sulla base di una pura e semplice operazione aritmetica di comparazione e confronto fra i diversi esiti dell'applicazione dei risultati dei due sorteggi (all. 12 al ricorso ; cfr. infra), ove la stazione appaltante avesse adottato per determinare la soglia di anomalia l'originario parametro di cui alla lettera c) dell'art. 97, comma 2, del D. L. vo 50/2016, dalla graduatoria sarebbe risultata, quale aggiudicataria, la odierna ricorrente.

Inoltre va rilevato che, successivamente all'effettuazione del sorteggio la medesima stazione appaltante pubblicava il seguente avviso: “il RUP - in autotutela - comunica che la procedura di gara aggiudicata provvisoriamente in data 02.05.2019 è sospesa per approfondimenti tecnici in merito alla documentazione delle imprese risultate escluse nella predetta seduta”

Pertanto, è inconfutabile che, a fronte di una precisa e dirimente violazione del c.d. principio di invarianza – per come si dimostrerà - commessa dalla Stazione appaltante, residuerebbe pur sempre in favore della ricorrente un interesse strumentale alla rinnovazione della gara.

In sostanza, pur se il primo criterio contrassegnato con la lettera c), fosse stato solo sorteggiato e mai applicato, resta pur vero che la simulazione delle verifica di anomalia, alla stregua del primo criterio sub c) contenuto nel prospetto confezionato dalla parte risulta solo genericamente contestata dalla Stazione appaltante, per modo che resta pienamente superata la cd., prova di resistenza e conseguentemente la dimostrazione dell'interesse al ricorso.

Ciò posto, nel merito l'unica censura è articolata in due parti, in corrispondenza con le due domande formulate in ricorso, la prima, in via principale, impugnatoria e la seconda conseguentemente, di natura risarcitoria, in forma specifica o, in via di ulteriore subordine, in forma generica, profili che è opportuno trattare distintamente.

Nei suoi profili impugnatori, con tale censura si deduce la violazione di legge per contrasto con l'art. 95, comma 15, con l'art. 95, comma 2, con il combinato degli artt. 97, comma 5, lettere c), d) e 95, comma 10 del D.L. vo n. 50/2016 (Codice dei Contratti Pubblici), nel testo vigente al 10 aprile 2019, data di avviso della gara di cui al ricorso, ante entrata in vigore del D.L. 32/2019, oltre all'eccesso di potere per illogicità della motivazione, al riguardo rilevandosi che:

- l'art. 95, comma 15, del D. Lgs. 50/2016, stabilisce che “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, ne' per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte”, enunciandosi il c.d. principio della invarianza, la cui ragion d'essere è l'esigenza di assicurare preminente interesse alla trasparenza e alla correttezza, nonché alla conservazione degli atti di gara nonostante la successiva esclusione di taluno dei concorrenti;

- il predetto principio trova pacifica applicazione nella fattispecie, non essendo intervenuta assolutamente alcuna variazione nella compagine dei partecipanti alla gara e nelle relative offerte;
- in ipotetica presenza di tali variazioni, avrebbe potuto divenire oggetto di valutazione il momento in cui esse si fossero verificate - se successivamente o meno alla fase di ammissione, anche in considerazione dell'estensione che si voglia riconoscere ad essa - ma nessun dubbio può esistere, nel caso in cui sia rimasta invariata la griglia dei partecipanti, sull'intangibilità degli atti di gara compiuti;
- nella fattispecie l'elenco delle imprese ammesse era già consolidato all'atto del primo sorteggio del metodo di determinazione della soglia, con esito "lettera c)" e non è mai cambiato, atteso che la momentanea esclusione di due ditte concorrenti, era dovuta ad un puro e semplice errore del RUP, che in un primo tempo riteneva non assolta l'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera e degli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, salvo poi, il giorno successivo, riconoscere l'errata lettura del D. L. vo n. 50/2016 che, all'art. 95, comma 10, esclude da tale adempimento le procedure indette, come quella in questione, ai sensi dell'art. 36;
- dunque, nessuna carenza documentale, nessun soccorso istruttorio, nessuna variazione soggettiva dei concorrenti, ma soltanto un approfondimento istruttorio del RUP, che non poteva e non doveva influire in alcun modo sulla determinazione del metodo di calcolo della soglia di anomalia, già legittimamente individuato, nell'apposito sorteggio, in quello espresso dalla lettera c) dell'art. 97, secondo comma, del Codice dei Contratti Pubblici e che, nel rispetto dell'art. 95, comma 15, del medesimo testo normativo, non poteva più variare.

In proposito, alla luce della documentazione in atti, necessita premettere brevi cenni con riferimento all'andamento della procedura di gara telematica che si esamina.

Come risulta dal verbale del 30.04. 2019 - che descrive le attività svolte sulla Piattaforma MEPA ad avvenuta apertura delle offerte pervenute entro il termine del 29.04.2019 - dopo la verifica operata dal Responsabile Unico del Procedimento (R.U.P.) della documentazione amministrativa relativa alle imprese che avevano presentato istanza di ammissione, considerato che il numero di offerte ammesse, ai sensi dell'art. 97, co. 8, del Codice dei Contratti è risultato pari a 10, per la qua cosa si procederà alla esclusione automatica dalla procedura di gara di tutte le offerte anomale, si esegue, in automatico, "l'operazione di sorteggio ai fini della individuazione del criterio di calcolo della soglia di anomalia ai sensi del D.L. vo n. 50/2016 e s.m.i. attivando l'apposito percorso indicato dal sistema", precisandosi che il predetto calcolo è effettuato secondo le prescrizioni dell'art, 97, co. 2, del Codice degli Appalti e ss.mm.ii.

Con il citato verbale si dà atto, altresì che "Viene selezionato il tasto predisposto dalla piattaforma per il sorteggio del sistema di calcolo della soglia di anomalia che ha prodotto la scelta della lett. c)". Si procede poi alla esclusione delle offerte presentate da due imprese in quanto all'apertura delle offerte economiche non avevano dichiarato i costi della sicurezza aziendale.

In data 03.05.2019 il RUP, in proposito specificamente incaricato, a seguito di approfondimenti normativi con l'Ufficio Gare ed in autotutela, decideva di riammettere le imprese erroneamente escluse nella seduta precedente (per espressa norma di legge - art. 95, co. 10 del D.L. vo 50/2016 - che esula dall'obbligo di dichiarazione) e sospendeva l'aggiudicazione con la "richiesta di intervento tecnico" per la riammissione dei due concorrenti precedentemente erroneamente esclusi.

In data 08.05.2019, come da verbale di pari data, il protocollo MEPA riammetteva i due concorrenti, ma, alla ripresa della procedura di gara, dopo la sospensione, la piattaforma MEPA riportava la procedura allo "stato di apertura documentazione

amministrativa” e contestualmente ed automaticamente presentava all’operatore la “funzione sorteggio” della lettera per il calcolo della soglia di anomalia ed, attivata la funzione, il sistema effettuava il sorteggio indicando la lettera d) corrispondente al calcolo della soglia di anomalia di cui all’art. 97, co. 2, ed individuava i concorrenti che superavano tale soglia.

Relativamente a tale ultimo passaggio, fondatamente parte ricorrente censura che, essendo, rimasti invariati i concorrenti, l’esito del sorteggio già effettuato prima dell’erronea sospensione, rimane valido ai fini della determinazione della soglia e, anche sotto il profilo strettamente operativo, può senz’altro venire applicato nel successivo iter della procedura su piattaforma MEPA.

Al contrario, la stazione appaltante proseguiva le operazioni di gara rideterminando la soglia di anomalia secondo il parametro fissato dal secondo sorteggio, il cui esito era la lettera d), ovvero, come risultante dal secondo comma dell’art. 97 del D. L.vo 50/2016 allora in vigore, “la media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, incrementata del dieci per cento”.

In contrario, correttamente operando, la stazione appaltante avrebbe dovuto conservare come validamente compiuti tutti gli atti di gara effettuati, incluso il sorteggio determinativo del criterio di calcolo della soglia di anomalia, senza modificare tale elemento cruciale e considerando il secondo sorteggio per ciò che significava: un passaggio tecnico necessario a riavviare il funzionamento della piattaforma MEPA, senza interferenza con il metodo di computo della soglia di anomalia, già fissato. Per contro, ripetere il sorteggio non solo ai fini meramente tecnici di riavvio della procedura, ma con valenza determinativa di una nuova estemporanea soglia di anomalia, si pone in stridente contrasto anche con il principio di trasparenza di cui all’art. 95, comma 2, del D. L. vo 50/2016, specie ove si consideri che il secondo sorteggio veniva provocato, motu proprio, dalla stazione appaltante, che prima sospendeva la procedura per la momentanea

esclusione, senza valido motivo, di due imprese, per poi rapidamente riprenderla, una volta constatata l'erronea esclusione;

- invero, l'esclusione temporanea delle due imprese, in quanto non legittima e prontamente ritirata in autotutela dal RUP, non poteva che comportare la ripresa della gara dal momento anteriore, considerando confermato il primo sorteggio, con applicazione piena del principio di invarianza;

- la motivazione che determinava la pubblica amministrazione resistente ad adottare il parametro di cui al secondo comma, lettera d) dell'art. 97 del Codice dei Pubblici Contratti, veniva esplicitata con la nota del 13 settembre 2019 inviata alla società ricorrente, ove l'amministrazione richiamava "l'automatismo del software applicativo della piattaforma MEPA che varia la lettera di applicazione del calcolo dell'anomalia (di cui all'art.97 D.Lgs 50/2016) ai fini dell'aggiudicazione ritenendo la procedura direttamente gestita dalla piattaforma garantista della trasparenza e certezza di applicazione del diritto".

La predetta motivazione si presenta dissonante con la ratio e le finalità delle indicate disposizioni normative; invero, il richiamato "automatismo del software" deve costituire una risorsa, non un pretesto per aggirare quella "trasparenza e certezza di applicazione del diritto" che si afferma voler tutelare e che, in concreto, vengono violate, elevando un passaggio esclusivamente e puramente tecnico, come l'esecuzione di un nuovo sorteggio ai fini dello sblocco operativo della piattaforma MEPA, a criterio per la determinazione di un punto decisivo della gara, quale è il metodo di calcolo della soglia di anomalia.

La censura pertanto si appalesa fondata, in ragione della dedotta violazione dell'art. 95, comma 15, del D. Lgs. 50/2016 alla stregua del quale, giova ripetere: << 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, ne' per l'individuazione della

soglia di anomalia dell'offerta >>, in argomento, ne viene fatta recentissima applicazione dalla sentenza del Consiglio di Stato, n. 6013 del 2 settembre 2019, rilevandosi che: << la regola mira a sterilizzare, per comune intendimento, l'alterazione della trasparenza e della correttezza del confronto concorrenziale >> e, nel contempo, << traduce anche il principio di conservazione degli atti giuridici >>.

Orbene, da un'analisi comparata delle due graduatorie (provvisoria e definitiva), messe a confronto nel prospetto versato in atti dalla ricorrente, emerge che, nella prima graduatoria (alla stregua di quanto risulta dal verbale del 30.04.2019, applicando il criterio sub c - percentuale incrementata dal 15%) la I.s.p.e.l. S.r.l. risulta aggiudicataria, vantando la percentuale di ribasso più alta (51989 contro 47673 della controinteressata Misurlab S.r.l.), mentre nella seconda graduatoria (oggetto di impugnativa) la situazione è invertita risultando prima la Misurlab S.r.l. (con criterio di percentuale di ribasso 47673 contro 51989 della I.s.p.e.l.).

Pertanto, nella fattispecie, dopo che era stato sorteggiato per il sistema di calcolo della soglia di anomalia il criterio di cui alla lett. c)", stabilizzatasi definitivamente la griglia dei partecipanti alla procedura selettiva, non v'era alcun margine per determinare un nuovo e diverso criterio di calcolo della soglia di anomalia dell'offerta.

Sul punto, osserva in maniera dirimente, il Collegio che la eventuale fase di verifica dell'anomalia dell'offerta si pone, nell'ambito di una qualunque procedura di gara, quale elemento essenziale, fondamentale e caratterizzante della stessa (nel parere n. 782 del 30 marzo 2017 del Consiglio di Stato, adunanza della Commissione Speciale del 22 marzo 2017, si rileva che "il sorteggio costituisce, quindi, uno snodo cruciale della procedura di assegnazione concepita dal legislatore"), per modo che, anche a prescindere dal rispetto del c.d. principio dell'invarianza (che comunque ha per oggetto proprio il mutamento del criterio di valutazione

dell'offerta anomala sorteggiato e non si vede come possa essere derogato) la variazione in corso di procedura (ovviamente, dopo che c'è l'estrazione a sorte di un criterio di verifica dell'anomalia dell'offerta) dei criteri in base ai quali si procede alla valutazione dell'anomalia, determina sempre una "mutazione genetica" della procedura di gara che, sostanzialmente, non è più la stessa.

La difesa della amministrazione resistente pone l'accento sulla natura sostanzialmente "convenzionale" (sembrerebbe volersi dire derogabile) che la normativa assegna alla soglia di anomalia, atteso che, avendo scelto di ricorrere alla piattaforma elettronica MEPA, non si potrebbe forzare il meccanismo automatico stabilito dal software che è garanzia proprio di trasparenza .

Secondo la difesa comunale, avendo attivato la gara sulla piattaforma MEPA, così come stabilito con la determina a contrarre e specificato nella manifestazione di interesse, non era possibile fare altrimenti se non aderire all'automatismo della piattaforma che impone di rifare il sorteggio della lettera per individuare la soglia dell'anomalia tra quelle previste dall'art. 97 co. 2 del Decreto legislativo 50/2016.

Osserva il Collegio che non può essere certo il limite di configurazione del sistema ovvero il software applicativo ad indurre l'operatore a violare la legge "subendo" le esigenze del sistema, fornendo una giustificazione per tale violazione, atteso che della illegittimità commessa sarebbe in ogni caso, sempre e soltanto, responsabile l'operatore umano e non certo la macchina che è sempre sotto il controllo ed il volere del primo.

Invero la sospensione della procedura ha la mera funzione di sblocco tecnico dell'applicazione telematica, al fine di rimettere in gioco le due imprese erroneamente escluse, ma il suo esito non è vincolante neppure sul piano strettamente operativo della piattaforma MEPA e comunque non può valere, in assenza di qualsivoglia modifica soggettiva o dell'espletamento di soccorso istruttorio, a fissare una nuova soglia di anomalia ai fini della gara; in sostanza il

secondo sorteggio null'altro stava a significare che un passaggio tecnico necessario a riavviare il funzionamento della piattaforma MEPA, senza interferenza con il metodo di computo della soglia di anomalia, già fissata volta per tutte nel verbale del 30.04.2019.

In definitiva, preso atto che la violazione del principio inderogabile di cui all'art. 95, co. 15, del D.L. vo 50/2016 aveva, irrimediabilmente falsato l'andamento ed il buon esito della procedura di gara de qua, senza che il modus operandi dell'Amministrazione possa trovare giustificazione alcuna in costrizioni conseguenti a necessità tecniche legate al carattere automatizzato della procedura prescelta, il ricorso si appalesa fondato e va accolto con il conseguente annullamento della determina dirigenziale n. 44/2019 del 03.07.2019.

In ragione dell'esito giudiziale di annullamento sotto il profilo impugnatorio, si passa alla disamina dei profili risarcitori, dandosi atto, però, che, risultando il servizio già eseguito (dall'aggiudicataria: Misurlab S.r.l.), come dedotto dalla difesa dell'amministrazione e non specificamente contestato dalla ricorrente, residua per la stessa unicamente il risarcimento del danno in forma generica, per equivalente monetario.

Ciò trova conferma anche nel "Processo verbale avvio esecuzione del servizio", redatto in data 3 settembre 2019, laddove si dà atto che: "Resta pertanto stabilito che dalla data del presente verbale decorre il tempo utile di espletamento del servizio, stabilito in giorni 60 (sessanta) naturali e consecutivi, cosicché la scadenza naturale del contratto avverrà in data 30.11.2019".

Nella memoria di costituzione anche resistente il Comune conferma che il servizio di verifica degli impianti di messa a terra è già stato affidato e completato al 90% come da verbale del 03.09.2019 di consegna dei lavori allegato e comunicazione via p.e.c. in data 08.11.2019 da parte del Dirigente del Settore Lavori Pubblici.

Tuttavia - ad avviso del Collegio - l'ammissione della stessa stazione appaltante circa l'esistenza di un'aggiudicazione provvisoria induce a ritenere la lesione di un interesse finale (bene della vita) che rende concretamente praticabili pretese risarcitorie in forma generica, per equivalente monetario.

La relativa domanda, sussistendone tutti i presupposti, va accolta, dovendosi, quindi disporre, ai sensi dell'art. 124, co. 1, ultimo periodo, la condanna del Comune di San Giorgio a Cremano, in persona del legale rappresentante p.t., in favore di parte ricorrente al risarcimento del danno in forma generica, per equivalente monetario.

Relativamente alla quantificazione del danno da risarcire, il Collegio osserva quanto segue.

La voce delle spese di partecipazione alla gara, facente parte del danno emergente, pur astrattamente rilevante atteso che la partecipazione alle gare di appalto comporta dei costi, che si connotano come danno emergente allorché l'impresa subisca un'illegittima esclusione, venendo in considerazione la pretesa del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili (Cons. St., sez. III, 14 dicembre 2012, n. 6444; Tar Bari, sez. I, 6 ottobre 2011, n. 1466), nella specie la ricorrente non ha fornito prova delle spese sostenute per la partecipazione alla gara.

Per quanto attiene al lucro cessante, deve essere riconosciuto integralmente l'utile conseguibile e non conseguito per effetto della mancata aggiudicazione dell'appalto in ragione dell'illegittima esclusione dalla gara.

E invero, tutte le volte che si tratti di quantificare il lucro cessante da mancata esplicazione di un'attività d'impresa, pari al mancato utile ritraibile, vanno determinati, sulla base dell'offerta presentata dalla società, gli utili attesi dall'intera iniziativa per il periodo di riferimento, diminuiti dei redditi sotto qualunque forma conseguiti nel medesimo periodo, per l'impiego alternativo dei mezzi propri

necessari al progetto mancato; e tanto, in applicazione del criterio dell'*aliunde perceptum*, vale a dire dell'utile alternativo che l'impresa può avere acquisito svolgendo attività alternative rispetto a quella che avrebbe dovuto eseguire, ove avesse ottenuto il servizio in appalto (Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751; Tar Lazio, sez. III-ter, 23 luglio 2010, n. 28158).

Tuttavia, spettando al danneggiante provare la compensazione per *aliunde perceptum* e mancando la relativa prova, nella specie va ritenuto ragionevole un risarcimento determinato equitativamente nel 10% del valore dell'appalto, in assenza di una dimostrazione in giudizio che il margine di utile sarebbe stato maggiore di quello presunto.

L'importo va quindi quantificato in 1864,13 Euro , essendo l'offerta della ricorrente pari a 18.641,30 Euro, oltre interessi legali dalla presente pronuncia al saldo.

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono quantificate come da dispositivo, sussistendo giusti motivi per dichiararle integralmente compensate nei confronti della controinteressata, che non ha dato luogo alla illegittimità lamentata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sez., III, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe (n. 3940/2019 R.G.), così dispone:

- a) lo accoglie e per l'effetto, annulla la determina dirigenziale n. 44/2019 del 03.07.2019;
- b) accoglie la domanda di risarcimento del danno per equivalente monetario e, per l'effetto, condanna il Comune di San Giorgio a Cremano, in persona del legale rappresentante p.t., al pagamento in favore della parte ricorrente della somma di euro 1864,13;
- c) condanna il resistente Comune al pagamento delle spese di lite, complessivamente quantificate in euro 2.000,00 (duemila/00), oltre oneri accessori,

come per legge, dichiarandole integralmente compensate nei confronti della controinteressata .

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente

Vincenzo Cernese, Consigliere, Estensore

Giuseppe Esposito, Consigliere

L'ESTENSORE
Vincenzo Cernese

IL PRESIDENTE
Anna Pappalardo

IL SEGRETARIO