



**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 Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 169 del 2023, proposto da Co.Ant. S.r.l., in relazione alla procedura CIG 9544533DC9, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Immordino e Giuseppe Immordino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alessandro Arcifa in Catania, Via Gabriele D'Annunzio 111;

*contro*

Comune di Caltagirone, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Mania, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

Miredil S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro De Luca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

a) della determina dirigenziale n. 1302 in data 31 dicembre 2022 di aggiudicazione alla Miredil S.r.l. della procedura aperta indetta dal Comune di Caltagirone per l'esecuzione dei "lavori di intervento di sport e periferie 2020 per la realizzazione degli interventi da finanziare nell'ambito del "Fondo sport e periferie" progetto esecutivo dei lavori di completamento per l'efficientamento energetico dell'esistente impianto sportivo palasport di via

*delle Industrie, con soluzioni altamente tecnologiche per la riduzione dei consumi energetici, con fornitura di arredi sportivi - CIG 6544533DC9 - OG11 cl. II*"; b) del verbale di aggiudicazione provvisoria mai pubblicato e i conteggi effettuati dal seggio di gara per la individuazione quale impresa aggiudicataria della controinteressata, nella parte in cui ha calcolato la soglia di anomalia senza effettuare il decremento "di un valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lett. a) applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lett. b)", così come previsto dall'art. 97, sesto comma, lettera d, del decreto legislativo n. 50/2016, richiamato espressamente dall'art. 16, punto 2, del disciplinare; 3) ove occorra, dell'art. 20, punto 3, del disciplinare di gara e del successivo art. 21, punto 1, in realtà non applicati, nella parte in cui prevedono il sorteggio, non effettuato, da parte del seggio di gara, del metodo di calcolo per la determinazione della soglia di anomalia.

Visti tutti gli atti della causa e le difese delle parti, come in atti o da verbale;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 settembre 2023 il dott. Daniele Burzichelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO e DIRITTO

La ricorrente, chiedendo anche il risarcimento del danno, ha impugnato: a) la determina dirigenziale n. 1302 in data 31 dicembre 2022 di aggiudicazione alla Miredil S.r.l. della procedura aperta indetta dal Comune di Caltagirone per l'esecuzione dei "lavori di intervento di sport e periferie 2020 per la realizzazione degli interventi da finanziare nell'ambito del "Fondo sport e periferie" progetto esecutivo dei lavori di completamento per l'efficientamento energetico dell'esistente impianto sportivo palasport di via delle Industrie, con soluzioni altamente tecnologiche per la riduzione dei consumi energetici, con fornitura di arredi sportivi - CIG 6544533DC9 - OG11 cl. II"; b) il verbale di aggiudicazione provvisoria mai pubblicato e i conteggi effettuati dal seggio di gara per la individuazione quale impresa aggiudicataria della controinteressata, nella parte in cui ha calcolato la soglia di anomalia senza effettuare il decremento "di un valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di

*cui alla lett. a) applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lett. b)”, così come previsto dall’art. 97, sesto comma, lettera d, del decreto legislativo n. 50/2016, richiamato espressamente dall’art. 16, punto 2, del disciplinare; 3) ove occorra, l’art. 20, punto 3, del disciplinare di gara e il successivo art. 21, punto 1, in realtà non applicati, nella parte in cui prevedono il sorteggio, non effettuato, da parte del seggio di gara, del metodo di calcolo per la determinazione della soglia di anomalia.*

Nel ricorso, per quanto in questa sede interessa, si rappresenta in punto di fatto quanto segue: a) l’art. 16 del disciplinare di gara stabiliva che, qualora il numero delle offerte valide fosse almeno pari a dieci, si sarebbe proceduto all’esclusione automatica dell’offerta di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia di cui all’art. 97, secondo comma, del decreto legislativo n. 50/2016; b) la disposizione appena indicata prevede che la soglia calcolata al punto c sia 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 b; c) nel caso in esame la stazione appaltante ha ommesso di effettuare tale operazione, non sottraendo al valore del 30,839% il valore percentuale 0,049 [ottenuto dal prodotto delle prime due cifre decimali - 6 e 2 - della somma dei ribassi di cui alla lettera a, pari a 547,62, applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b, pari a 0,416:  $0,416 \text{ per } (6 \times 2) \% = 0,049$ ]; d) per effetto di tale omissione è stata individuata quale soglia di anomalia la percentuale del 30,839 ed è stata dichiarata aggiudicataria la controinteressata che aveva offerta un ribasso del 30,834%; e) qualora l’operazione omissa fosse stata effettuata, la soglia di anomalia sarebbe risultata pari al 30,790% ( $30,839 - 0,049$ ), con conseguente aggiudicazione in favore della ricorrente, che aveva offerta un ribasso del 30,7397%.

Il contenuto dei motivi di gravame può sintetizzarsi come segue: a) come indicato in narrativa, la stazione appaltante è incorsa nell’errore che è stato precisato, il quale appare ingiustificato, anche tenuto conto che il sistema di aggiudicazione di cui trattasi è stato introdotto ormai da quattro anni; b) l’algoritmo per il calcolo della soglia di anomalia presenta una formulazione che ha la funzione di rendere non predeterminata *ex ante* tale soglia; c) non vale invocare il cosiddetto principio

dell'invarianza della soglia o di cristallizzazione della media, che riguarda una fattispecie oggettivamente diversa da quella della contestazione sul piano della legittimità applicativa dei criteri di calcolo della soglia di anomalia, che sono e restano quelli previsti dalla legge; f) parimenti irrilevanti sono le disposizioni del disciplinare (art. 20, punto 3, e art. 21, punto 1), in realtà non applicati, nella parte in cui prevedono il sorteggio, non effettuato, da parte del seggio di gara del metodo di calcolo per la determinazione della soglia di anomalia, in contrasto con l'art. 16 del disciplinare e con l'art. 97, secondo comma, del decreto legislativo n. 50/2016.

Il Comune di Caltagirone, costituitosi in giudizio, ha svolto, in sintesi, le seguenti difese in rito e nel merito: a) il ricorso è tardivo, posto che la procedura si è interamente svolta tramite piattaforma MEPA, con il sistema *e-procurement*, e che tutti gli eventi costitutivi dell'aggiudicazione della gara telematica si sono verificati in data 29 dicembre 2022, circostanza di cui la ricorrente ha avuto o era tenuta ad avere immediata conoscenza, posto che in tal caso il canale ufficiale di comunicazione tra i concorrenti e le stazioni appaltanti è costituito dal sistema informatico di gestione della procedura, come, d'altronde, precisato anche dall'art. 10 del disciplinare di gara; b) la notifica del ricorso è, invece, intervenuta solo in data 30 gennaio 2023, a nulla valendo, quanto alla decorrenza del termine, la determina in data 31 dicembre 2022 di presa d'atto delle operazioni telematiche e dell'aggiudicazione; c) in ogni caso il ricorso è inammissibile per carenza di interesse, in quanto la ricorrente non potrebbe mai risultare aggiudicataria, essendo intervenuta da quasi due mesi l'aggiudicazione definitiva, che preclude la rettifica della soglia di anomalia, poiché, in base al principio di invarianza fissato dall'art. 95, comma 15, del decreto legislativo n. 50/2016, eventuali errori nel calcolo delle medie e nella individuazione delle soglie di anomalia possono essere emendati solo sino all'aggiudicazione definitiva.

Con memoria in data 21 febbraio 2023 la ricorrente, nel ribadire le proprie difese, ha precisato, in particolare, quanto segue: a) la procedura imponeva soltanto che entro il 31 dicembre 2022 si effettuasse la proposta di aggiudicazione; b) la ricorrente, inoltre, sin dal 9 gennaio 2023 aveva invitato il Comune a correggere

l'errore commesso e in data 17 gennaio ha reiterato l'istanza; c) il ricorso è tempestivo, poiché l'atto lesivo è costituito dalla determinazione dirigenziale n. 1302 in data 31 dicembre 2022 di aggiudicazione dei lavori, non potendo assumere rilievo atti endoprocedimentali o la proposta di aggiudicazione; d) al riguardo deve evidenziarsi che l'articolo 1.1 del disciplinare individuava come Amministrazione aggiudicatrice e stazione appaltante il Comune di Caltagirone e che l'inserimento della comunicazione relativa all'aggiudicazione nel portale è avvenuta in data 5 gennaio 2023, mentre la pubblicazione sul sito del Comune, Sezione "Amministrazione Trasparente" è avvenuta in data 9 gennaio 2023; e) inoltre, nel caso di specie, come già è stato indicato, non si applica il principio della cosiddetta invarianza della media.

Con memoria in data 21 marzo 2023 il Comune ha ribadito e ulteriormente illustrato le proprie difese, precisando, in particolare, quanto segue: a) in data 29 dicembre è addirittura avvenuta la generazione da parte del sistema telematico del documento di stipula, che segue l'accettazione dell'offerta dell'aggiudicataria provvisoria e la verifica dei requisiti, con valore di aggiudicazione definitiva; b) il predetto documento di stipula, che costituisce il contratto, è stato trasmesso all'aggiudicataria per la sottoscrizione, che è avvenuta in data 30 dicembre 2022; c) la determina di presa d'atto delle operazioni telematiche e dell'aggiudicazione in data 31 dicembre 2022 presenta valore meramente ricognitivo; d) la piattaforma ha generato automaticamente la graduatoria in base a regole ed algoritmi preimpostati prima dell'apertura delle buste e si contestano, in ogni caso, i calcoli effettuati dalla controparte; e) ad ogni buon conto, non è possibile intervenire sulla soglia di anomalia dopo la cristallizzazione dell'aggiudicazione definitiva.

Con memoria in data 24 marzo 2023 la controinteressata ha ribadito le proprie conclusioni.

Con memoria in data 25 marzo 2023 la ricorrente, nel ribadire le proprie difese, ha precisato, in particolare, quanto segue: a) come risulta dalla produzione documentale in data 21 febbraio 2023, nell'Area Comunicazioni non risulta inserito il documento di stipula evocato dalla stazione appaltante, ma è stata, invece, inserita in data 5 gennaio 2023 la sola tabella di calcolo dell'aggiudicazione

ai sensi del decreto legislativo n. 50/2016; b) tale tabella consiste in una nota rubricata “aggiudicazione provvisoria” con un timbro in calce a sinistra che indica quale aggiudicataria la controinteressata; c) risulta, altresì, inserito in data 9 gennaio 2023 il reclamo proposto dalla ricorrente; d) ne consegue che il ricorso è tempestivo; c) il tabulato inserito in data 5 gennaio 2023 nell’Area Comunicazioni non è uno stampato di natura elettronica e da esso risulta evidente l’erroneità del calcolo che è stato effettuato.

Con ordinanza n. 1425/2023 in data 2 maggio 2023 il Tribunale ha osservato e disposto quanto segue:

*Dalla tabella di calcolo relativa all’aggiudicazione provvisoria (allegato 005 al ricorso introduttivo, secondo la numerazione del sistema NSIGA, e documento n. 3, come da numerazione della parte ricorrente) sembra risultare che il sistema abbia effettuato le seguenti operazioni contemplate dall’art. 97, secondo comma, del decreto legislativo n. 50/2016: - taglio delle ali (lettera a); - scarto tra offerta e media delle offerte (lettera b); - calcolo della soglia come somma della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico dei ribassi (lettera c).*

*Non è chiaro, invece, se sia stata effettuata l’operazione contemplata nella lettera d) del menzionato art. 97: decremento della soglia già calcolata 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).*

*La quinta colonna della menzionata tabella di calcolo fa, infatti, esclusivo riferimento allo “scarto tra offerta e soglia di esclusione” e la successiva colonne non apportano correttivi di natura quantitativa a quanto già indicato nella quinta colonna.*

*Pertanto, occorre disporre che il Comune di Caltagirone offra documentati chiarimenti al riguardo.*

*In particolare, tramite opportune interlocuzioni con il gestore della piattaforma MEPA, l’Amministrazione dovrà indicare analiticamente e separatamente, con riferimento a ciascun concorrente, i due passaggi successivi allo “scarto tra offerta e media delle offerte” e cioè: - il calcolo della soglia come somma della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico dei ribassi (art. 97, secondo comma, lettera c); - il decremento della soglia già calcolata 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) (art. 93, secondo comma, lettera d).*

*Sulla scorta di tali indicazioni, qualora dovesse emergere un esito difforme da quello contenuto nella tabella di calcolo relativa all'aggiudicazione provvisoria, il Comune dovrà nuovamente indicare l'elenco delle "sole offerte non escluse" (sesta colonna nella tabella di calcolo) e delle "sole differenze positive tra offerta e soglia" (settima colonna nella tabella di calcolo), nonché compilare nuovamente la tabella sottostante in tutte le sue parti, inclusa, ovviamente, l'individuazione della soglia di anomalia.*

In adempimento dell'ordinanza istruttoria il Comune intimato, mediante deposito in data 10 giugno 2023, ha rappresentato quanto segue: a) non si è potuto che prendere atto della presenza di discrasie nell'applicazione del criterio di aggiudicazione da parte della stazione appaltante; b) nel caso in esame la soglia di anomalia era effettivamente pari al 30,790% (30,839 - 0,049).

Con memoria in data 28 luglio 2021 la ricorrente ha osservato, in sintesi, quanto segue: a) risulta comprovato da quanto riconosciuto dallo stesso Comune che la gara è stata erroneamente aggiudicata alla controinteressata; b) poiché i lavori sono già stati interamente eseguiti, si insiste nella domanda risarcitoria per equivalente, nella misura già quantificata di € 45.935,00 o in quella che il Tribunale riterrà di determinare.

Nella pubblica udienza in data odierna la causa è stata trattenuta in decisione.

Il Collegio osserva, in primo luogo, che il ricorso appare tempestivo, in quanto il provvedimento lesivo, come eccepito dalla parte interessata, è costituito dalla determinazione dirigenziale n. 1302 in data 31 dicembre 2022, con cui è intervenuta l'aggiudicazione (punto 2 della parte dispositiva), mentre non possono assumere rilievo atti endoprocedimentali (inclusa la proposta di aggiudicazione).

La ricorrente ha anche correttamente evidenziato che l'art. 1.1 del disciplinare individuava come "amministrazione aggiudicatrice" e stazione appaltante il Comune di Caltagirone.

Nel caso in esame, come risulta dalla documentazione versata in atti in data 21 febbraio 2023, l'inserimento della comunicazione relativa all'aggiudicazione nel portale MEPA è avvenuta in data 5 gennaio 2023 e la pubblicazione sul sito del

Comune è intervenuta in data 9 gennaio 2023, mentre il ricorso è stato notificato in data 30 gennaio 2023.

Ciò premesso, il ricorso appare parzialmente fondato, come ammesso dalla stessa Amministrazione intimata, occorrendo precisare che il principio di invarianza della media, come affermato dalla giurisprudenza (sul punto, cfr., ad esempio, Consiglio di Stato, V, 6 aprile 2020, n. 2257) ha il solo scopo di impedire, o comunque vanificare, in una prospettiva antielusiva, la promozione di controversie meramente speculative e strumentali da parte di concorrenti non utilmente collocati in graduatoria e 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

Come affermato dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana con sentenza in data 26 giugno 2017, n. 316, tale principio, invero, trova applicazione, dopo l'aggiudicazione definitiva, soltanto quando si faccia questione di concorrenti che dovrebbero essere ammessi o esclusi dalla gara, cioè per i casi in cui, anche per effetto di provvedimenti giurisdizionali, verrebbe a modificarsi, dopo l'aggiudicazione, la platea dei concorrenti in relazione alle cui offerte è stata determinata la media delle offerte e la soglia di anomalia.

Ne consegue che tale principio è inapplicabile nel caso di specie.

Quanto alla richiesta risarcitoria, occorre precisare che la giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, V, 2 giugno 2021, n. 4272) ha affermato quanto segue: e) è onere del concorrente danneggiato indicare l'utile che avrebbe conseguito e darne la relativa dimostrazione; b) ciò in linea con i consolidati principi elaborati in sede civile in materia di prova del danno risarcibile ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., quali specificati in materia di danno da mancata aggiudicazione di appalti pubblici dall'art. 124, comma 1, cod. proc. amm. (Cons. Stato, IV, 11 novembre 2014, n. 5531, 27 marzo 2014, n. 1478; Sez. V, 10 settembre 2014, n. 4586, 8 agosto 2014, n. 4248, 7 luglio 2014, n. 3432, 25 giugno 2014, n. 3220); c) in particolare, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 2 in data 12 maggio 2017, richiamando diffusa giurisprudenza, ha precisato che in materia di quantificazione del danno da mancata aggiudicazione, ai sensi degli artt. 30, 40 e

124, comma 1, c.p.a., il danneggiato deve offrire la prova dell'*an* e del *quantum* del danno che assume di aver sofferto, spettando, quindi, all'operatore economico offrire la prova dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultato aggiudicatario, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento; d) la valutazione equitativa del danno, ai sensi dell'art. 1226 c.c., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità - o di estrema difficoltà - di una precisa prova sull'ammontare del danno stesso.

Anche il danno curriculare va provato: sul punto, cfr. la decisione del Consiglio di Stato, V, 19 maggio 2021, n. 389, con cui, richiamando anteriore giurisprudenza, è stato precisato che non può essere riconosciuto il danno cosiddetto "curriculare" quando non venga offerto alcun (necessario) elemento dimostrativo, né alcuna specifica e circostanziata indicazione ai fini della relativa enucleazione (Consiglio di Stato, V, 20 gennaio 2021, n. 632; 12 novembre 2020, n. 6970; III, 22 luglio 2020, n. 4685; 10 luglio 2020, n. 4462; 5 marzo 2020, n. 1607; già Ad. plen., n. 2 del 2017, cit.).

Pertanto, esclusa la possibilità dell'accoglimento della domanda di ristoro formulata con riferimento al danno curriculare in ragione della sua genericità e del difetto di prova sul punto, la Sezione deve osservare quanto segue: a) non è contestato - ovviamente - che la ricorrente abbia formulato offerta e tale offerta - ovviamente - è nella disponibilità dell'Amministrazione; b) dall'offerta risulta l'utile che la società avrebbe in concreto conseguito a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto; c) sotto tale profilo, l'esistenza di un danno può considerarsi provata, poiché non è contestata la circostanza che la ricorrente abbia formulato offerta e può ragionevolmente presumersi che tale offerta - salva l'ipotesi che la ricorrente mirasse a conseguire l'affidamento in assenza di un profitto e al solo fine di svolgere i lavori per finalità ulteriori, come, ad esempio, per migliorare il proprio curriculum - contemplasse un utile; d) tenuto conto di quanto previsto dall'art. 34, quarto comma, c.p.a. può, quindi, indicarsi il seguente criterio ai fini del risarcimento del danno: il Comune dovrà proporre alla ricorrente l'importo che, in base all'offerta formulata, risulti in concreto imputabile all'utile che sarebbe stato

conseguito dalla società; e) la proposta dovrà essere formulata entro il termine di giorni sessanta.

In conclusione, la domanda risarcitoria va accolta, nei termini che sono stati precisati, fatta eccezione per il ristoro connesso al presunto danno curriculare.

Risulta, invece, inammissibile l'impugnazione del verbale di aggiudicazione provvisoria e degli artt. 20, punto 3, e art. 21, punto 1, del disciplinare di gara, in quanto: a) il primo atto presenta natura endoprocedimentale; b) i citati artt. 20, punto 3, e 21, punto 1, come riferito dalla stessa ricorrente, non sono stati applicati dalla stazione appaltante (e, infatti, la loro impugnazione è avvenuta per finalità dichiaratamente tuzioristiche).

Tenuto conto della prevalente soccombenza dell'Amministrazione intimata, il Comune di Caltagirone va condannato alla rifusione di due terzi delle spese di lite, come da liquidazione in dispositivo, mentre può disporsi la loro compensazione fra la ricorrente e la controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Staccata di Catania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto: 1) lo accoglie nei termini di cui in motivazione; 2) dichiara illegittima la determina dirigenziale n. 1302 in data 31 dicembre 2022 di aggiudicazione alla Miredil S.r.l. della procedura indetta dal Comune di Caltagirone (CIG 6544533DC9); 3) condanna il Comune intimata al risarcimento del danno secondo quanto indicato in motivazione; 4) dichiara infondato e inammissibile il ricorso per il resto; 5) condanna l'Amministrazione intimata alla rifusione di due terzi delle spese di giudizio, liquidate in complessivi € 1.500,00, oltre accessori di legge se dovuti; 6) compensa le spese di giudizio fra la ricorrente e la controinteressata.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 14 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Daniele Burzichelli, Presidente, Estensore

Emanuele Caminiti, Referendario

Cristina Consoli, Referendario

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**  
**Daniele Burzichelli**

IL SEGRETARIO