

Esclusione automatica e interesse transfrontaliero certo in caso di gare sotto soglia europea

di Michela Pignatelli

Data di pubblicazione: 10-4-2024

Rispetto ai criteri sopra enunciati, quello relativo alla consistenza economica dell'appalto rappresenta senza dubbio non solo il criterio principale ma anche il parametro sulla base del quale valutare l'incidenza probatoria degli altri elementi sintomatici presenti nella fattispecie. Invero, l'elemento economico, rappresenta l'unico indice espresso a cui il legislatore affida la presunta esistenza dell'interesse transfrontaliero e la conseguente applicazione integrale delle direttive comunitarie allo scopo di tutelare la concorrenza e il mercato.

Orbene, il luogo di esecuzione dei lavori non appare così "distante" da paralizzare ab origine l'interesse economico degli operatori stranieri, tenendo conto delle odierne potenzialità logistiche, degli accordi che possono essere realizzati con strutture locali per eventuali esigenze dell'operatore estero, dell'agevole possibilità di rapido adeguamento al quadro giuridico ed amministrativo di uno stato membro. Il tutto considerando che, per l'affidamento in esame, non sussistono profili di somma o qualificata urgenza. E' appena il caso di rilevare che, diversamente da quanto osservato, non ogni appalto affidato nel cuore della Lombardia è suscettibile di determinare l'emersione di un interesse transfrontaliero. Tuttavia, l'interesse economico degli operatori esteri è concretamente sollecitato quando la base d'asta assuma una consistenza economica così elevata per un appalto di lavori da eseguirsi in un ambito territoriale ad altissimo tasso di imprenditorialità nazionale ed estera.

Publicato il 04/03/2024

N. 00165/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00882/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 882 del 2023, proposto da Daf Costruzioni Stradali S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 99972610C4, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Invernizzi, Carlo Iacobellis, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Agenzia del Demanio, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia del Demanio Direzione Regionale Lombardia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Brescia, via S. Caterina, 6;

nei confronti

Armofer Cinerari Luigi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Ivo Formigaro, Federica Villa, Giulia Vecchiato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Antonio Alessandro Nolli in Brescia, via Solferino n.26;
Vezzola S.p.A., Prandelli Santo S.r.l., Vitali S.p.A., Tecnologie Industriali & Ambientali S.p.A., non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

della determinazione dell'Agenda 20.10.2023 prot. DEMANIO.AGDLO01.ATTI.0002522 (doc 1) che esclude DAF dalla "procedura negoziata ai sensi dell'art. 50 comma 1 lettera d)" dlgs 36/2023 ("CCP") per l'affidamento dei "lavori di bonifica ambientale e demolizione di alcuni fabbricati presso il compendio denominato "ex Caserma Papa" sita in Via Franchi Maggi angolo Via Oberdan, Brescia" (CIG 99972610C4) e di conseguenza aggiudica ad Armofer, nonché dei provvedimenti a essa presupposti, consequenziali o comunque connessi, inclusi la "RELAZIONE" del Rup 20.10.2023 prot. DEMANIO.AGDLO 01. ATTI.0002501 (doc 2), gli inerenti verbali di gara (docc 3-7) e, nelle parti *de quibus* e in quanto occorra, la determinazione a contrarre prot. DEMANIO.AGDLO01.ATTI.0002010.30-08-2023.R (doc 8), la lettera di invito DEMANIO.AGDLO01.REGISTROUFFICIALE.0013327.31-08-2023.U in specie quanto all'art. 16 (doc 9), la determinazione 25.9.2023 prot. 2241/atti, di nomina della commissione di gara (doc. 10),

nonché per la caducazione

ex tunc, o in subordine *ex nunc*, del contratto che fosse frattanto stato stipulato e per l'affidamento a DAF dell'esecuzione di esso, con salvezza di domanda risarcitoria per equivalente dei danni arrecati a DAF da provvedimenti e comportamenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Agenzia del Demanio e di Ministero dell'Economia e delle Finanze e di Armofer Cinerari Luigi S.r.l. e di Agenzia del Demanio Direzione Regionale Lombardia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 febbraio 2024 il dott. Luigi Rossetti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'Agenzia del Demanio ha indetto procedura ex art. 50 comma 1 lett. d) Dlgs 36/2023 per affidare i "lavori di bonifica ambientale e demolizione di alcuni fabbricati presso il compendio denominato "ex Caserma Papa" sita in Brescia", CIG99972610C4, da assegnare al "prezzo più basso".

Si tratta di affidamento con base d'asta pari ad € 5.274.599,97 e, pertanto, posto al di sotto della soglia di rilevanza unionale ex art. 14 Codice dei Contratti pubblici.

La *lex specialis* di gara, in particolare l'art. 16 della lettera d'invito, dispone "l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque", in diretta applicazione dell'art. 54 comma 1 Codice dei Contratti pubblici.

L'applicazione dell'indicato meccanismo ha provocato l'esclusione automatica della società ricorrente dalla gara, avendo quest'ultima raccolto un numero di offerte pari a cinque e il ribasso offerto dalla Daf Costruzioni Stradali S.r.l. è risultato eccedente rispetto alla soglia di anomalia, individuata utilizzando il metodo B contenuto nell'allegato II.2 "Metodi di calcolo della soglia di anomalia per l'esclusione automatica delle offerte".

Con ricorso notificato il 20/11/2023 e depositato nella stessa data, parte ricorrente ha chiesto l'annullamento della determina dell'Agenzia del Demanio del 20/10/2023, in epigrafe meglio indicata, con la quale è stata disposta l'esclusione della stessa e l'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata Armofer Cinerari Luigi S.r.l.

Il ricorso è affidato alle seguenti censure:

- 1) Falsa *applicazione e violazione dei considerando 1° e 103° della Dir. 2014/24/UE, degli artt. 4, 18, 26, 28 e 69 Dir. 2014/24/UE, 3, 4, 5, 10, 14, 48, 50, 54, 108 e 110 Dlgs. 36/2023, 49 TFUE, 1, 3, 6 e 10 L.241/1990, 12 e 14 Disp. Prel.; Violazione delle Linee Guida Anac n. 4, dei*

principi di proporzionalità e ragionevolezza e di leale collaborazione con la UE ex art.97 Cost., 4 e 5 TUE; Disparità di trattamento; Illogicità; Ingiustizia manifesta; Sviamento;

- 2) Difetti istruttorio e motivazionale e ulteriori profili di falsa applicazione e violazione dei considerando 1° e 103° della Direttiva 2014/24/UE, degli artt. 4, 18, 26, 28 e 69 Dir. 2014/24/UE, 3,4, 5, 10, 14, 48, 50, 54, 108 e 110 Dlgs. 36/2023, 49 TFUE, 1, 3, 6 e 10 L. 241/1990, 12 e 14 Disp. Prel.; delle Linee Guida Anac n. 4, dei principi di proporzionalità e ragionevolezza ex art. 97 Cost., 4 e 5 TUE; Disparità di trattamento; Illogicità; Ingiustizia manifesta; Sviamento.

In sintesi, con il primo motivo di ricorso parte ricorrente ritiene che l'appalto in esame non potrebbe essere caratterizzato dall'automatismo espulsivo, previsto dall'art. 54 CCP e dall'art. 16 dell'invito, per la presenza dell'interesse transfrontaliero certo. In tal senso militerebbero sia la base d'asta, di soli € 107.000 al di sotto della soglia unionale, sia la complessità del piano operativo di bonifica, sia la collocazione geografica dei lavori, da eseguirsi nel cuore della pianura padana.

Esprime, inoltre, dubbi sulla compatibilità unionale dell'art. 54 CCP, che recherebbe una soglia di operatività dell'espulsione automatica non sufficientemente elevata, tenuto conto del precedente art. 97 comma 8 Dlgs. 50/2016 la cui soglia delle dieci offerte, venne reputata dalla Commissione UE non idonea a derogare la disciplina europea prevista nel *Considerando* n. 103 e nell'art. 69 della Direttiva 2014/24/UE.

Con il secondo motivo di ricorso, parte ricorrente lamenta che la determina a contrarre e la lettera d'invito non conterrebbero una valutazione concreta delle eccezionali e concorrenti condizioni ex art. 54 CCP e, segnatamente, dell'inesistenza di un interesse transfrontaliero certo.

Ciò si porrebbe in contrasto anche con le linee guida Anac n. 4 che impongono la verifica circa la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo attraverso una valutazione concreta delle circostanze dell'appalto in questione.

Con decreto monocratico n. 443/2023 del 21/11/2023 viene respinta l'istanza di misure cautelari ex art. 56 cod.proc.amm.

In data 01/12/2023 si costituiscono il Ministero dell'economia e delle finanze - Agenzia del Demanio, Direzione Regionale Lombardia, a mezzo dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato.

In data 04/12/2023 l'amministrazione intimata deposita documenti ed articolata relazione sui fatti di causa.

In data 07/12/2023, con ordinanza cautelare n. 475/2023 veniva disposta la sospensione degli atti impugnati e, per quanto di ragione, degli effetti del contratto *medio tempore* stipulato.

In data 20/12/2023 si costituisce la controinteressata Armofer Cinerari Luigi S.r.l., depositando documenti ed eccependo l'irricevibilità, l'inammissibilità, l'improcedibilità e comunque

l'infondatezza nel merito del ricorso medesimo.

In vista dell'udienza pubblica, le parti si scambiano documenti, memorie e repliche ex art. 73 cod.proc.amm.

All'udienza del 21/02/2024 l'affare passa in decisione.

In via preliminare va scrutinata l'eccezione d'inammissibilità del ricorso per difetto d'interesse ad agire.

La società ricorrente ha richiesto: (i) l'annullamento della sua esclusione dalla procedura e della conseguente aggiudicazione ad Armofer Cinerari (ii) la caducazione del contratto stipulato (iii) la sua riammissione in gara con automatico affidamento del contratto in ragione del criterio solo economico della gara.

Posto quanto sopra e restando invariato il numero delle offerte ammesse, parte controinteressata deduce che nell'ipotesi di accertamento dell'interesse transfrontaliero certo, la conseguenza non sarebbe la mera caducazione della clausola di esclusione automatica delle offerte anomale e la conseguente aggiudicazione della commessa a favore di DAF, bensì quella della caducazione dell'intera procedura di gara. Ciò in applicazione dell'art. 48 comma 2 CCP, che così dispone: *"Quando per uno dei contratti di cui al comma 1 la stazione appaltante accerta l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, segue le procedure ordinarie di cui alle Parti seguenti del presente Libro"*.

L'effetto conformativo che ne deriverebbe, quindi, non sarebbe quello dell'aggiudicazione ex se della commessa, come richiesto da parte ricorrente, ma il rifacimento dell'intera gara, verosimilmente anche con connotati molto diversi.

La prospettiva della rinnovazione della procedura, osserva parte controinteressata, apparirebbe distonica rispetto all'interesse esclusivo della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione della commessa espressamente azionata con il ricorso in epigrafe.

L'eccezione non risulta condivisibile.

A parte le successive considerazioni in merito all'operatività dell'art. 48 comma 2 CCP nell'ipotesi di accertamento giudiziale dell'interesse transfrontaliero certo, è sicuramente vero che parte ricorrente mira espressamente all'aggiudicazione della gara. Orbene, volendo seguire la tesi posta a base dell'eccezione d'inammissibilità, si rileva che le censure dedotte da parte ricorrente, effettivamente, presentano profili d'illegittimità sostanziali e procedurali che, se accertati, potrebbero potenzialmente riverberarsi sull'intera procedura di gara, causando un effetto diverso rispetto a quello anelato da parte ricorrente. In tali frangenti, tuttavia, la valutazione di ammissibilità del ricorso non è affidata esclusivamente alla prospettiva del conseguimento dell'utilità finale a cui mira il ricorrente, ma impone di tener conto anche dell'*utilitas* "mediana" della rinnovazione della gara, interesse strumentale che la Corte di Giustizia UE riconosce, nelle controversie relative all'aggiudicazione di appalti pubblici, come meritevole di tutela per esigenze di effettività.

Per quanto sopra, la società ricorrente non risulta essere privata della disponibilità di un interesse qualificato che consenta l'ammissibilità dell'impugnazione.

Il ricorso, pertanto, è ammissibile.

Va, inoltre, esaminata l'eccezione di tardività.

La società controinteressata ritiene che l'art. 16 della Lettera di Invito, e quindi il meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale, avrebbe dovuto essere immediatamente impugnato, attesa la sussistenza dell'interesse transfrontaliero certo.

Di fatto, quello che parte ricorrente contesta, secondo la prospettazione della controinteressata, sarebbe la scelta "a monte" della procedura ad evidenza pubblica effettuata dalla Stazione Appaltante: procedura *ex art.* 50, D.Lgs. n. 36/2023, in luogo della procedura aperta unionale. Tale scelta avrebbe portato con sé il meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale di cui all'art. 54, D.Lgs. n. 36/2023, richiamato dall'art. 16 della Lettera di Invito.

Per cui, secondo la controinteressata, nel momento in cui l'impresa candidata lamenti un vizio del bando che le precluda *ex ante* l'accesso alla competizione pubblica ovvero ove si contesti la stessa decisione dell'Amministrazione di contrarre o, ancora, la violazione delle regole sulla pubblicità del bando, il bando o la lettera di invito dovrebbero essere immediatamente impugnati nel termine decadenziale di 30 giorni dalla relativa pubblicazione/trasmissione.

Atteso che la lettera d'invito risulta trasmessa ai concorrenti in data 31 agosto 2023, il gravame notificato in data 20/11/2023 sarebbe tardivo.

L'eccezione non è condivisibile.

In linea generale è noto che i bandi di gara e le lettere d'invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione. È proprio con riferimento a questi ultimi che, difatti, si procede ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento.

A fronte di una clausola sospettata d'illegittimità, il partecipante ad una procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione. Invero, egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale. Quello che è richiesto per poter proporre un'impugnazione è una effettiva lesione della situazione soggettiva.

Tale condizione diverrà attuale e concreta ove l'esito sfavorevole al partecipante dovesse effettivamente verificarsi. In tal caso, l'atto che chiude la procedura concorsuale, facendo applicazione della disposizione o della clausola del bando di gara, non rinnoverà una lesione già effettivamente prodottasi ma renderà concreta ed attuale una lesione che solo astrattamente e potenzialmente si era manifestata.

Posto il principio di cui sopra, un onere d'immediata impugnazione sorge esclusivamente per

le “clausole immediatamente escludenti”, cioè quelle clausole impeditive dell’ammissione dell’interessato alla selezione che, in quanto tali, sono idonee a generare una lesione immediata, diretta ed attuale, nella situazione soggettiva dell’interessato ed a far sorgere, di conseguenza, un interesse immediato all’impugnazione (Cons. di Stato, Ad. Plen. 29/01/2003, n.1 – Cons. di Stato, Ad. Plen. 26/04/2018 n. 4).

La giurisprudenza ha, inoltre, puntualizzato che vanno fatte rientrare nel *genus* delle “clausole immediatamente escludenti” le clausole impositive, ai fini della partecipazione di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale; le regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile; le disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; le condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente; le clausole impositive di obblighi *contra ius*; clausole contenenti gravi carenze nell’indicazione di dati essenziali per la formulazione dell’offerta, ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate.

Venendo alla fattispecie concreta, la lettera d’invito non conteneva alcuna clausola suscumbibile nel *genus* “clausole immediatamente escludenti”.

Inoltre, la società ricorrente non poteva avere cognizione, al momento della lettera d’invito, della sussistenza dei presupposti di operatività del meccanismo di esclusione automatica, così come previsti dall’art. 54 CCP ed applicati dall’art. 16 della lettera d’invito.

L’impugnazione della clausola sarebbe stata inammissibile per difetto di attualità della lesione, anche nell’ipotesi in cui si voglia ritenere, come osserva la controinteressata, che il gravame non sarebbe direttamente rivolto all’esclusione ma alla scelta a “monte” della stazione appaltante riguardante la procedura ad evidenza pubblica.

Anche in tali ipotesi, la necessaria sussistenza di un attuale e concreto pregiudizio derivante alla parte dagli atti impugnati avrebbe rappresentato un ostacolo ad un’impugnativa foriera di un’inaccettabile anticipazione della soglia di tutelabilità dell’interesse sotteso.

Sulla base di quanto sopra rilevato, nessun onere d’impugnativa della lettera d’invito incombeva sulla ricorrente.

Il ricorso è, pertanto, ricevibile.

Nel merito, il ricorso è fondato nei limiti che si andranno ad illustrare

Va preliminarmente evidenziato che l’art. 54 comma 1 CCP, rubricato Esclusione automatica delle offerte anomale, così dispone: *“Nel caso di aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, di contratti di appalto di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea che non presentano un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, in deroga a quanto previsto dall’articolo 110, prevedono negli atti di gara l’esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia*

pari o superiore a cinque. Il primo periodo non si applica agli affidamenti di cui all'articolo 50, comma 1, lettere a) e b). In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa".

Ricalcando quanto previsto dalla predetta disposizione, per quanto qui di rilievo, l'art. 16 comma 1 della lettera d'invito così dispone: *"La stazione appaltante prevede ai sensi del comma 1 dell'art. 54 del Codice l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. Il metodo scelto per l'individuazione delle offerte anomale è il metodo B contenuto nell'allegato II.2 del Codice".*

Nella fattispecie, le offerte ammesse sono state cinque. La soglia di anomalia, determinata ai sensi dell'art 54 comma 2 del D.Lgs 36/20223 e applicando il criterio B di cui all'allegato II.2 *"Metodi di calcolo della soglia di anomalia per l'esclusione automatica delle offerte"*, è risultata pari a 19,75280%.

Il ribasso offerto dalla ricorrente è pari al 28,62%.

La stessa, pertanto, è stata automaticamente esclusa.

L'appalto è stato così aggiudicato alla controinteressata, con un ribasso offerto pari al 19,68%.

Con il primo motivo di censura, parte ricorrente ritiene che nell'appalto in esame sussista un interesse transfrontaliero certo della commessa. La circostanza determinerebbe la falsa applicazione dell'automatismo espulsivo delle offerte anomale previsto dall'art. 16 della lettera d'invito e la conseguente illegittimità dell'aggiudicazione.

Il Collegio ritiene il motivo fondato.

Va preliminarmente rilevato che il legislatore non ha fornito una definizione dell'interesse transfrontaliero certo.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, tuttavia, attraverso vari interventi negli anni, ha fornito una serie di criteri sintomatici idonei ad evidenziarne la sussistenza in concreto, quali:

la consistenza dell'appalto, l'ubicazione dei lavori in luogo idoneo ad attrarre l'interesse di operatori esteri, le caratteristiche tecniche dell'appalto, presenza di frontiere che attraversano centri urbani situati sul territorio di stati membri. (v. in tal senso sentenze del 15 maggio 2008 SECAP e Santorso, C-147/06 e C-148/06, EU:C2008:277 punti 20 e 21; 11/12/2014 C-113/13, EU:C:2014:2440, punti 45 e 46; 18/12/2014, C-470/13, EU:C:2014:269 punto 32; 16/04/2015, C-278/14, EU:C:2015:228 punto 16).

Rispetto ai criteri sopra enunciati, quello relativo alla consistenza economica dell'appalto rappresenta senza dubbio non solo il criterio principale ma anche il parametro sulla base del quale valutare l'incidenza probatoria degli altri elementi sintomatici presenti nella fattispecie. Invero, l'elemento economico, ponendo il contratto al di sotto o al di sopra della soglia di

rilevanza europea, rappresenta l'unico indice espresso a cui il legislatore affida la presunta esistenza dell'interesse transfrontaliero e la conseguente applicazione integrale delle direttive comunitarie allo scopo di tutelare la concorrenza e il mercato. Ciò al fine di rispondere all'esigenza di garantire che tutti gli operatori economici, stabiliti nel territorio dell'Unione europea, abbiano le medesime possibilità di accesso alle procedure di evidenza pubblica bandite all'interno degli stati membri. Tanto più l'importo della gara è elevato, tanto maggiore è l'interesse del legislatore a consentire che a tale gara possano partecipare, in condizioni di parità, tutti gli operatori economici.

Nella fattispecie *de qua*, l'importo a base d'asta è pari ad € 5.274.599,97. Rispetto alla soglia europea la differenza è di soli € 107.400,03.

La combinazione di tale rilevante dato di fatto con il luogo di esecuzione dei lavori e con le caratteristiche della prestazione richiesta, suggeriscono la sicura idoneità della commessa in esame ad attrarre l'interesse di operatori economici esteri.

Quanto al criterio geografico, le distanze dai confini indicate dalla stessa parte controinteressata, sono le seguenti:

Brescia/Confine di Stato Francia: km 387; Brescia/Confine sloveno: km. 405;
Brescia/Innsbruck: km. 316; Brescia/Monaco di Baviera: km. 472; Brescia/Confine italo svizzero: km. 138; Brescia/Confine Austria: km. 277.

Orbene, il luogo di esecuzione dei lavori non appare così "distante" da paralizzare *ab origine* l'interesse economico degli operatori stranieri, tenendo conto delle odierne potenzialità logistiche, degli accordi che possono essere realizzati con strutture locali per eventuali esigenze dell'operatore estero, dell'agevole possibilità di rapido adeguamento al quadro giuridico ed amministrativo di uno stato membro. Il tutto considerando che, per l'affidamento in esame, non sussistono profili di somma o qualificata urgenza.

È appena il caso di rilevare che, diversamente da quanto osservato, non ogni appalto affidato nel cuore della Lombardia è suscettibile di determinare l'emersione di un interesse transfrontaliero. Tuttavia, l'interesse commerciale degli operatori esteri è concretamente sollecitato quando la base d'asta assuma una consistenza economica così elevata per un appalto di lavori da eseguirsi in un ambito territoriale ad altissimo tasso d'imprenditorialità nazionale ed estera.

Quanto alle caratteristiche dell'appalto, il Collegio rileva che, oggettivamente, il Progetto Operativo di bonifica, approntato per l'appalto in esame, contenga degli elementi di specificità, avendo riguardo ad una serie di attività collaterali e complementari alla preparazione di un sito alquanto peculiare, quale una caserma dismessa.

Il documento appena menzionato ha posto in evidenza aspetti di criticità.

Le indagini eseguite sui terreni sottostanti, difatti, hanno evidenziato tre parchi serbatoi interrati, di cui due composti da sei serbatoi ciascuno e un altro comprendente un numero non

completamente definito di serbatoi.

Inoltre sono state individuate tre aree caratterizzate dalla presenza di anomalie. Sul punto, il progetto nel capitolo 9.1.1, così si esprime *“risposta georadar anomala a partire da circa 0,7 m di profondità ma non chiaramente riconducibile alla presenza di cisterne”*. Inoltre *“Si segnala che, vista l’incertezza riguardo le anomalie riscontrate nelle aree C1, C2 e considerata l’assenza di informazioni riguardo al contenuto e alla tipologia di utilizzo della cisterna individuata in C1, solo durante le operazioni di rimozione si potranno avere maggiori conoscenze riguardo a queste tematiche”* ed ancora *“In sede di rimozione verrà valutata l’opportunità/necessità di procedere con il sezionamento dei serbatoi per renderne più agevole l’estrazione. Tutte le attività di sezionamento dei serbatoi verranno in ogni caso eseguite a freddo al fine di evitare la propagazione di scintille che potrebbero risultare fonte di innesco per incendi e/o scoppi”*.

Gli elementi concreti sopra evidenziati rendono la prestazione richiesta altamente incerta nei suoi successivi sviluppi, imponendo un elevato grado di efficienza ed organizzazione aziendale connessa ad una pronta capacità di coordinamento con le autorità pubbliche.

Tanto basta al Collegio per dichiarare la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo e la conseguente illegittimità della previsione dell’esclusione automatica delle offerte anomale, prevista dall’art. 16 della lettera d’invito.

Va, pertanto, disposta l’annullamento della delibera di esclusione di Daf Costruzioni Stradali S.r.l., della conseguente aggiudicazione dell’appalto ad Armofer Cinerari Luigi S.r.l. e dichiarata l’inefficacia del contratto stipulato in data 13/11/2023, ai sensi dell’art. 122 cod.proc.amm.

Va respinta la domanda di parte ricorrente di conseguire l’aggiudicazione e il contratto.

Per quanto concerne l’effetto conformativo conseguente alla presente pronuncia, non merita condivisione l’assunto della controinteressata sulla necessità di rinnovare l’intero procedimento di evidenza pubblica in base al disposto di cui all’art. 48 comma 2 CCP che così dispone: *“Quando per uno dei contratti di cui al comma 1 la stazione appaltante accerta l’esistenza di un interesse transfrontaliero certo, segue le procedure ordinarie di cui alla Parti seguenti del presente Libro”*.

La predetta disposizione è chiaramente ispirata ad agevolare la stazione appaltante nella individuazione della disciplina da applicare alla categoria dei contratti sotto soglia in presenza di un interesse transfrontaliero certo.

Il Decreto Legge n.76 del 2020, per ciò che concerne la disciplina dei contratti sotto soglia, non prevedeva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie. Ciò al fine di imporre le procedure semplificate, non sempre gradite alle stazioni appaltanti, temendone i maggiori margini di discrezionalità da essere fornite.

L’art. 36 comma 2 Dlgs 50/2016, invece, contemplava la facoltà, sempre percorribile, per la

stazione appaltante di ricorrere alle procedure ordinarie.

L'art. 48 CCP, invece, consente alle stazioni appaltanti, per gli appalti di lavoro sotto soglia, di utilizzare le procedure ordinarie sulla base di una specifica motivazione idonea ad evidenziare le ragioni di sicura attrazione dell'interesse di operatori esteri.

Il perimetro applicativo della norma, sotto il profilo procedimentale, va naturalmente temperato con le fondamentali esigenze di semplificazione posta a base della riforma. Ciò consente di affermare che un siffatto onere motivazionale sussista esclusivamente nelle ipotesi di contratti sotto soglia caratterizzati, in base a valutazioni ed accertamenti compiuti dalla stessa autorità procedente, dalla sicura presenza di un interesse transfrontaliero.

Precisato quanto sopra, il Collegio ritiene che, nel caso concreto, l'effetto conformativo scaturente dall'accertamento giudiziale dell'interesse transfrontaliero sia da delineare sul presupposto del fondamentale ed incontrovertibile carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa.

Funzione precipua del processo amministrativo è la tutela di una situazione giuridica soggettiva attiva e il sindacato giurisdizionale è tendenzialmente perimetrato dai limiti entro cui il ricorrente ne articola la richiesta di tutela.

La pronuncia giurisdizionale (e la stessa giurisdizione) è data sempre nell'interesse delle parti, mentre il potere amministrativo è esercitato sempre nell'interesse generale. Sul punto, perentoriamente si afferma: *“Nell’ordinamento vigente la giurisdizione amministrativa è una giurisdizione soggettiva, e non di difesa dell’oggettiva legittimità dell’azione amministrativa”* (Cons. di Stato Sez. IV, 06 dicembre 2013, n.5830) oppure *“Il controllo della legittimità dell’azione amministrativa non è l’obiettivo ultimo del processo amministrativo, ma configura, invece, un (sia pur ineludibile) strumento funzionale alla tutela della situazione azionata in giudizio, che costituisce l’oggetto, lo scopo ed il limite della giurisdizione amministrativa”* (Cons. di Stato Sez. IV, 21 febbraio 2023, n. 1774).

Su tali premesse, la risposta giurisdizionale non può che tendere alla soddisfazione dell'utilità sostanziale richiesta, nei limiti del doveroso riesercizio del potere amministrativo proprio della fase procedimentale mancata.

Sulla base di quanto sopra rilevato, pertanto, la stazione appaltante, riammessa in gara la ricorrente, provvederà ad attivare la verifica di sostenibilità dell'offerta presentata dalla società, ai sensi dell'art. 110 CCP e dei documenti di gara.

L'accoglimento del primo motivo di ricorso consente di assorbire l'ulteriore motivo di censura.

La novità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione

Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti indicati in motivazione.

Spese di giudizio compensate.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Bernardo Massari, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Luigi Rossetti, Referendario, Estensore

GUIDA ALLA LETTURA

Con la sentenza in rassegna, la II Sezione del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede di Brescia, ha perimetrato l'ambito dei poteri della stazione appaltante in caso di appalti sotto soglie e in presenza di un interesse transfrontaliero certo, con specifico riguardo alla sussistenza di un obbligo motivazionale in capo alla medesima, in caso di possibile interesse degli operatori economici esteri alla partecipazione alla gara.

La vicenda oggetto della pronuncia in commento deriva dall'impugnazione, da parte della ricorrente, della determina della stazione appaltante relativa alla espulsione ex art. 54, codice dei contratti pubblici per ribasso superiore alla soglia di anomalia. La disposizione richiamata, in deroga a quanto stabilito per gli appalti sopra soglia, dispone un automatismo espulsivo in caso di anomalia dell'offerta, nei casi in cui il numero di offerte ammesse sia pari o superiore a cinque.

Il decritto automatismo espulsivo non si applica, invece, nei casi in cui vi siano procedure sottosoglia, ma caratterizzate dalla presenza di un interesse transfrontaliero certo, con conseguente applicazione dell'art. 110 del dlgs 36/2023, che attribuisce poteri valutativi alla stazione appaltante per la verifica della congruità dell'offerta, in modo da garantire il rispetto delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato. In altri termini, le procedure per aggiudicarsi gli **appalti** di valore inferiore alle soglie Ue, con carattere transfrontaliero, devono avere un'adeguata garanzia di pubblicità e non discriminazione da parte della Pubblica Amministrazione. La valutazione del carattere frontaliero si effettua basandosi su diversi parametri, considerato che il legislatore non ha fornito una definizione dell'interesse transfrontaliero. I parametri sono stati forniti dalla Corte di Giustizia e devono essere verificati in concreto in ciascuna procedura di gara.

Più precisamente, per quanto riguarda i criteri oggettivi atti a indicare l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, la Corte ha precisato che i criteri del genere potrebbero sostanziarsi nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione

con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, nelle caratteristiche tecniche dell'appalto e nelle caratteristiche specifiche dei prodotti in causa. Giova considerare, che l'unico riferimento certo è dato dall'elemento economico: più è elevato, più è idoneo a sollecitare l'interesse dell'operatore economico straniero.

Ciò chiarito, nel caso di specie, il Collegio ha ritenuto sussistere l'interesse transfrontaliero certo, in ragione dell'importo elevato dell'appalto, di poco inferiore alla soglia di rilevanza europea.

In presenza, quindi, di un interesse transfrontaliero certo, come sopra anticipato, non è applicabile la disciplina ex art 54 comma 1 del codice dei contratti pubblici, recante l'automatismo espulsivo in caso di gare sotto soglia.

Chiarito quanto sopra e annullato, pertanto, il provvedimento espulsivo, il Collegio si è interrogato in relazione alla sussistenza o meno di un obbligo di motivazione, nella lettera di invito, in relazione alla esistenza di un interesse transfrontaliero certo nelle ipotesi di appalti sotto soglia. Il Collegio, ha chiarito che, poiché prima della pubblicazione del bando grava sulla stazione appaltante un obbligo di verifica circa il carattere transfrontaliero o meno della commessa sotto soglia, la medesima è tenuta a motivare in merito all'esistenza dell'interesse transfrontaliero.

Ciò in base alla considerazione secondo cui, se la regola generale in materia di appalti sotto soglia è quella stabilita dall'art. 54, comma 1 relativo all'automatismo espulsivo, ciò che deve essere reso noto e, quindi, motivato, sono le ragioni che conducono alla deroga delle disposizioni stabilite per gli appalti sotto soglia, con la conseguente applicazione delle disposizioni in tema di appalti ordinari.

Ne deriva di conseguenza che, la stazione appaltante sia tenuta a valutare l'eventuale interesse transfrontaliero e a motivare circa la procedura di gara prescelta, se ordinaria o semplificata, mentre siffatto obbligo di motivazione non può essere invocato nelle ipotesi in cui non sia presente l'interesse transfrontaliero certo. In tali casi, infatti, le procedure di gara sono quelle semplificate di cui all'art. 50 del Dlgs 36/2023 e trova applicazione l'automatismo espulsivo ex art. 54 comma 1 del medesimo.

In definitiva, quindi, l'obbligo motivazionale sussiste quante volte l'amministrazione sia tenuta ad applicare regole diverse rispetto a quelle dettate in materia di appalti sotto soglia.