

Publicato il 22/02/2021

**N. 00286/2021 REG.PROV.COLL.**  
**N. 00983/2020 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 Toscana**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 983 del 2020, proposto da Design e Project Management S.r.l., rappresentato e difeso dagli avvocati Luca Capecchi, Jacopo Quintavalli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo del primo in Firenze, via G. La Pira 17;

*contro*

Comune di Arezzo, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Pasquini, Lucia Rulli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

Delfa S.r.l. non costituita in giudizio;

Pannini Andrea in proprio e quale Mandatario del Raggruppamento Temporaneo Professionisti Ing., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Manneschi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento:*

i) del provvedimento n. 2037 del 14.09.2020 del Servizio Progettazione La

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Arezzo e di Pannini Andrea in proprio e quale Mandatario del Raggruppamento Temporaneo Professionisti Ing.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2021 il dott. Raffaello Gisondi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

La S.r.l. Design e Project Management, premesso: a) di aver partecipato alla procedura indetta dal comune di Arezzo per l'affidamento dell'incarico di Direzione Lavori e di Coordinamento in fase di esecuzione per i lavori di ristrutturazione dello snodo viario posto all'intersezione tra via Fiorentina e raccordo urbano; b) di essersi inizialmente collocata al secondo posto della graduatoria, ma, a seguito dell'annullamento della aggiudicazione definitiva disposta nei confronti della S.r.l Delfa, essa avrebbe raggiunto la posizione utile per ottenere la commessa; c) tuttavia, il comune di Arezzo, anziché tenere fermo l'ordine della graduatoria così come cristallizzatosi al momento della aggiudicazione avrebbe ricalcolato le medie scorporando l'offerta della candidata esclusa e, così facendo, avrebbe aggiudicato l'appalto al raggruppamento Pannini.

Tutto ciò premesso essa impugna tale esito deducendo che l'Amministrazione non avrebbe potuto procedere al ricalcolo delle medie a mente del principio di invarianza disposto dall'art. 95 del codice del contratti pubblici.

Il Comune di Arezzo e il controinteressato replicano che il ricalcolo delle medie costituirebbe un effetto naturale dell'esclusione della Impresa Delfa e dell'annullamento in autotutela del provvedimento con cui essa era stata dichiarata aggiudicataria il quale dispiegherebbe i propri effetti anche nelle fasi precedenti della gara.

Il ricorso merita accoglimento.

La applicazione del principio di invarianza sancito dall'art. 95 comma 15 del D.Lgs 50/2016 ha ricevuto una applicazione particolarmente restrittiva nel panorama giurisprudenziale nel quale si è evidenziato da una parte che esso non può costituire ostacolo al diritto costituzionalmente garantito alla tutela giurisdizionale (ipotesi che nella specie non ricorre) e dall'altra che il richiamo alla "fase di ammissione e regolarizzazione delle offerte" si ricollegava alla norma che attribuiva natura immediatamente impugnabile agli atti di ammissione elevandola così ad autonomo sub procedimento della gara il cui venir meno non consentirebbe oggi di enucleare con certezza il momento a partire dal quale il calcolo delle medie dovrebbe considerarsi insensibile all'esclusione di alcuni concorrenti.

La giurisprudenza prevalente identifica ora tale momento con quello della aggiudicazione definitiva, posto che, allo stato attuale, tale atto, in quanto conclusivo della intera procedura, costituisce necessariamente anche ultimazione della fase di ammissione che ne costituisce un segmento interno (TAR Catania, I, 3077/2019; Consiglio di Stato, 22 dicembre 2015, n. 740, 11 gennaio 2017, n. 14, e 5 aprile 2017, n. 159).

La tesi difensiva delle parti resistenti, secondo cui l'annullamento della aggiudicazione definitiva, comportando la riapertura della gara, avrebbe come conseguenza anche il venir meno della cristallizzazione delle medie la non è condivisa dal Collegio.

Infatti, il principio di invarianza costituisce proprio un limite alla retroazione degli effetti dell'annullamento della aggiudicazione cagionato dalla presenza in gara di imprese che non avrebbero dovuto parteciparvi.

Ciò si desume chiaramente dal tenore letterale dell'art. 95 comma 15 del codice dei contratti laddove sancisce che le variazioni della platea dei concorrenti, a cui le medie devono restare insensibili, può conseguire anche da un provvedimento giurisdizionale.

L'avverbio "anche" lascia, peraltro, intendere con chiarezza che la volontà del legislatore è stata quella di rendere applicabile la regola della invarianza a qualunque ipotesi (anche stragiudiziale) di "variazione" successiva alla fase di ammissione e regolarizzazione delle offerte che, come sopra chiarito, deve ritenersi definitivamente conclusa con la aggiudicazione definitiva.

Risulta quindi fondata ed assorbente la censura mossa dalla ricorrente al comune di Arezzo di aver proceduto al ricalcolo delle medie ed alla conseguente modificazione dell'ordine della graduatoria per effetto di una esclusione disposta dopo l'intervento della aggiudicazione definitiva.

Dovendo l'Amministrazione dare esecuzione alla graduatoria originaria che, dopo la esclusione di Delfa, vedeva la ricorrente utilmente classificata, sussistono i presupposti per disporre il subentro, salvo le verifiche di legge.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto: 1) annulla il provvedimento impugnato; 2) dispone il subentro della ricorrente nella aggiudicazione fatte salve le verifiche di legge; 3) compensa le spese di lite; Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Manfredo Atzeni, Presidente

Luigi Viola, Consigliere

Raffaello Gisondi, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Raffaello Gisondi**

**IL PRESIDENTE**  
**Manfredo Atzeni**

IL SEGRETARIO