

Pubblicato il 22/01/2021

N. 00683/2021REG.PROV.COLL.
N. 06882/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6882 del 2020,
proposto da

Angelo Chimento s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Albino Domanico, con domicilio digitale
p.e.c. tratto da Registri di Giustizia;

contro

Cosmo Baffa, in qualità di titolare dell'omonima impresa individuale,
rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Spadafora, con domicilio digitale
p.e.c. tratto da Registri di Giustizia;

nei confronti

SO.RI.CAL. s.p.a. in liquidazione – Società Risorse Idriche Calabresi, Impresa
Eugenio Azzinnari Eredi s.n.c. di Azzinnari Carmelina & C., Impresa GS di
Scaglione Giuseppe, Edilbotro s.r.l., non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria – sede di Catanzaro, sezione prima, n. 1417/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Baffa Cosmo, in qualità di titolare dell'omonima ditta individuale;

Vista l'ordinanza cautelare della Sezione del 16 ottobre 2020, n. 6036;

Viste le memorie e tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2021, svoltasi con le modalità previste dagli artt. 4 del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e 25 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, il consigliere Fabio Franconiero, nessuno presente per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Angelo Chimento s.r.l. propone appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria – sede di Catanzaro - indicata in epigrafe, con cui su ricorso di Cosmo Baffa, titolare dell'omonima impresa individuale, sono stati annullati gli atti della procedura di gara, indetta dalla Società Risorse Idriche Calabresi - SO.RI.CAL. s.p.a. in liquidazione, per l'affidamento dei lavori di manutenzione sugli acquedotti ricadenti nel Comune di Trebisacce, facenti parte delle opere idropotabili della Regione Calabria – compartimento nord, del valore di € 975.000, di cui al bando di gara dell'ente aggiudicatore n. 629 del 18 marzo 2020.

2. La gara, da aggiudicare ex art. 36, comma 9-*bis*, del codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), secondo il criterio del massimo ribasso unico sull'elenco prezzi a base d'asta e con esclusione

automatica delle offerte ai sensi dell'art. 97, comma 8, del medesimo codice, vedeva inizialmente prima classificata e pertanto destinataria della proposta di aggiudicazione l'impresa individuale Baffa Cosmo, in virtù del maggior ribasso da questa offerto di € 32,956% rispetto alla soglia di anomalia del 32,959% (così accertato nella seduta di gara del 19 maggio 2020). La soglia veniva tuttavia rideterminata in 32,950%, in seguito alla riammissione in gara di un'altra concorrente, la Edilbotro s.r.l., inizialmente esclusa per mancata sottoscrizione digitale dell'offerta al momento del suo caricamento (*upload*) nel sistema informatico utilizzato per lo svolgimento della procedura in forma telematica (così nella seduta di gara del 28 maggio 2020). Per effetto di ciò la migliore offerta, immediatamente al di sotto della soglia da ultimo menzionata, risultava quella dell'odierna appellante Angelo Chimento s.r.l., dichiarata poi aggiudicataria (con provvedimento della SO.RI.CAL. in data 16 giugno 2020), in virtù del ribasso del 32,947%, mentre quello dell'impresa Baffa Cosmo si collocava al di sopra della medesima soglia.

3. In accoglimento delle censure dedotte da quest'ultima nel proprio ricorso al Tribunale amministrativo di Catanzaro e cioè di violazione del principio di invarianza della soglia di anomalia ex art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016, l'operato dell'ente aggiudicatore era tuttavia ritenuto illegittimo. Secondo la sentenza di primo grado, in base alla disposizione del codice dei contratti pubblici ora richiamata, la soglia di anomalia inizialmente determinata non poteva essere successivamente modificata: era in particolare ritenuta preferibile l'interpretazione strettamente letterale della norma, in linea con parte della giurisprudenza amministrativa espressasi al riguardo, poiché in grado *«di evitare qualsiasi comportamento teso ad ottenere in maniera strumentali (sic) variazioni incidenti sulla determinazione della soglia di anomalia»*.

4. Contro la decisione di primo grado la Angelo Chimento ha quindi proposto appello, per resistere al quale si è costituita l'originaria ricorrente impresa Baffa

Cosmo. Quest'ultima ha riproposto in appello ex art. 101, comma 2, cod. proc. amm. le censure concernenti la riammissione in gara della Edilbotro, assorbite dal Tribunale in conseguenza dell'accoglimento di quelle concernenti la violazione del principio di invarianza della soglia di anomalia.

DIRITTO

1. Con il primo motivo d'appello la Angelo Chimento censura la sentenza impugnata per falsa applicazione del principio di invarianza della soglia di anomalia sancito dall'art. 95, comma 15, del codice dei contratti pubblici.

2. Il motivo è innanzitutto ammissibile, perché contrariamente a quanto eccepito dall'impresa individuale Baffa Cosmo, esso contiene contestazioni specifiche ex art. 101, comma 1, cod. proc. amm. alla decisione di primo grado. Infatti, dopo avere premesso che la decisione di accoglimento del ricorso di primo grado si fonda su un acritico recepimento dell'indirizzo giurisprudenziale che ritiene sempre ed in ogni caso operante la regola prevista dal più volte citato art. 95, comma 15, del codice dei contratti pubblici, in pedissequa applicazione del tenore letterale della disposizione, l'appello espone in modo puntuale le ragioni secondo cui la pronuncia impugnata sarebbe errata.

Esse possono così sintetizzarsi:

- nel caso in cui la stazione appaltante riveda il proprio operato prima dell'aggiudicazione definitiva non opera alcun blocco della graduatoria, come più volte affermato da altra e prevalente giurisprudenza amministrativa, in senso correttivo rispetto ad un'interpretazione strettamente letterale dell'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016;
- come da quest'ultima ulteriormente precisato, la regola prevista dalla disposizione del codice dei contratti pubblici ora richiamata ha invece la funzione di prevenire impugnazioni strumentali, proposte una volta nota la soglia di anomalia e tendenti ad ottenere l'aggiudicazione sfruttando gli automatismi insiti nella sua determinazione mediante criteri di carattere

matematico, da parte di concorrenti che altrimenti non avrebbero titolo ad aggiudicarsi la gara.

3. Dalla cennata sintesi del motivo d'appello emerge con evidenza che le critiche alla sentenza di primo grado sono in grado di infirmarne il fondamento logico-giuridico e pertanto di devolvere in modo specifico, ai sensi del sopra citato art. 101, comma 1, cod. proc. amm., la cognizione della questione controversa al giudice di secondo grado.

4. Oltre che ammissibili le censure della Angelo Chimento sono anche fondate.

5. La sentenza di primo grado ha aderito ad un'interpretazione rigorosamente letterale del più volte richiamato art. 95, comma 15, del codice dei contratti pubblici non condivisa da questa Sezione.

E' infatti vero che per come formulata - *«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, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte»* - la norma della cui applicazione si controverte nel presente giudizio sembrerebbe precludere ogni possibilità di variare la soglia di anomalia determinata sulla base dei ribassi offerti.

Nondimeno secondo la giurisprudenza della Sezione occorre aver riguardo ad un'interpretazione teleologica della norma, incentrata cioè sullo scopo con essa perseguito dal legislatore, ravvisabile - come deduce l'appellante - nell'esigenza di impedire impugnazioni di carattere strumentale, in cui il conseguimento dell'aggiudicazione è ottenibile non già per la portata delle censure dedotte contro gli atti di gara e per la posizione in graduatoria della ricorrente, ma solo avvalendosi degli automatismi insiti nella determinazione automatica della soglia di anomalia (sul punto si rinvia in particolare a Cons. Stato, V, 12 febbraio 2020, n. 1117, i cui principi contrariamente a quanto deduce l'originaria ricorrente hanno portata generale e sono dunque applicabili alla presente fattispecie; in

seguito, in senso conforme: Cons. Stato, V, 27 ottobre 2020, n. 6542; 23 novembre 2020, n. 7332). Nell'ambito di questo indirizzo giurisprudenziale, cui va data continuità, si è precisato, sul piano sistematico, che l'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016 non può invece essere inteso nel senso di precludere iniziative giurisdizionali legittime, che anzi sono oggetto di tutela costituzionale (artt. 24 e 113 Cost.), dirette in particolare a contestare l'ammissione alla gara di imprese prive dei requisiti di partecipazione o autrici di offerte invalide, che nondimeno abbiano inciso sulla soglia di anomalia automaticamente determinata.

6. Con specifico riguardo ai requisiti di ammissione, nel vigore dell'ora abrogato art. 120, comma 2-*bis*, cod. proc. amm., in cui le relative contestazioni erano immediatamente proponibili, con effetto decadenziale rispetto a contestazioni proposte una volta intervenuta l'aggiudicazione, si è osservato che dall'interpretazione letterale della regola dell'invarianza della graduatoria di gara si arriverebbe a negare il proficuo impiego dello strumento di tutela giurisdizionale previsto dalla disposizione di legge da ultimo richiamata (cfr. Cons. Stato, III, 27 aprile 2018, n. 2579). Nella descritta prospettiva si è quindi ritenuto che fosse *a fortiori* consentito all'amministrazione aggiudicatrice di rivedere il proprio operato ed in particolare di regolarizzare offerte affette da mere irregolarità non invalidanti e suscettibili quindi di essere sanate, avuto in questo caso riguardo al fatto che l'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2015 fa riferimento alla fase di «*regolarizzazione*», oltre che di «*ammissione (...) o esclusione delle offerte*», come sbarramento temporale oltre il quale non è possibile alcun mutamento della soglia di anomalia (cfr. Cons. Stato, V, 2 settembre 2019, n. 6013).

7. Quest'ultimo è il caso verificatosi nel caso di specie.

Come infatti risulta dalle incontroverse deduzioni delle parti e dai verbali di gara versati agli atti di causa, la soglia di anomalia è stata modificata quando ancora

non si era pervenuti ad un provvedimento di aggiudicazione, sussistendo infatti solo una proposta del seggio di gara a favore dell'originaria ricorrente impresa Cosmo Baffa (seduta del 19 maggio 2020). Questa è poi venuta meno per effetto della riapertura della gara in seguito alla riammissione della Edilbotro, da cui è conseguita una nuova soglia di anomalia che ha portato all'aggiudicazione all'appellante Angelo Chimento.

Ciò precisato - ed astraendo per il momento dalla legittimità di tale riammissione, oggetto dei motivi di impugnazione dell'impresa Cosmo Baffa riproposti ex art. 101, comma 2, cod. proc. amm. nel presente appello - deve escludersi che all'amministrazione sia impedito di rivalutare le proprie iniziali determinazioni, anche quando ciò abbia conseguenze determinanti sull'esito della procedura di gara per effetto della determinazione di una nuova soglia di anomalia. Al di là del dato letterale dell'art. 95, comma 15, del codice dei contratti pubblici, che come poc'anzi rilevato fa riferimento testuale alla regolarizzazione delle offerte, i sopra citati precedenti hanno posto in evidenza che la tesi più rigorosa della immodificabilità della soglia di anomalia, fatta propria dalla sentenza di primo grado, condurrebbe all'aporia per cui qualsiasi ammissione alla gara illegittima sarebbe nondimeno automaticamente convalidata, con l'effetto di alterare il corretto funzionamento del meccanismo competitivo insito nel peculiare criterio di aggiudicazione in esame.

8. Contrariamente a quanto deduce sul punto l'impresa Cosmo Baffa, non è pertanto possibile ritenere che nel caso di specie fosse maturata la preclusione derivante dalla regola sancita dall'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016 per il fatto che dopo l'iniziale determinazione della soglia di anomalia il seggio di gara avesse formulato la propria proposta di aggiudicazione, in favore dell'impresa originaria ricorrente. Come infatti si ricava dagli artt. 32 e 33 del codice dei contratti pubblici, tale proposta costituisce atto interno alla procedura di gara, non autonomamente impugnabile (diversamente dall'aggiudicazione provvisoria

propria del previgente codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163), inidoneo pertanto per un verso a consolidare posizioni giuridiche a favore dei partecipanti ad essa e per altro verso a privare il seggio di gara dei propri poteri di ammissione e valutazione delle offerte prima dell'aggiudicazione definitiva di competenza della stazione appaltante.

9. Inoltre in questo ambito un riesame da parte del seggio di gara dei propri atti non può comportare alcuna *«anti-economica dilatazione dei tempi di conclusione della gara»* (così ancora deduce l'impresa Cosmo Baffa), come dimostrato dal fatto che tra la prima e la seconda graduatoria di gara sono trascorsi solo nove giorni, né tantomeno *«un irragionevole dispendio di risorse umane ed economiche»* a favore di *«controversie meramente speculative e strumentali»*: casomai con ciò si ottiene il risultato di evitare che si consolidino situazioni di illegittimità, fonti di possibili contenziosi.

10. Per quanto concerne invece la riammissione della menzionata concorrente Edilbotro, le contestazioni riproposte al riguardo dall'impresa Cosmo Baffa nel presente giudizio d'appello sono infondate.

Deve premettersi che, come risulta dai verbali di gara delle più volte menzionate sedute del 19 e 28 maggio 2021, oltre che dalle convergenti deduzioni in fatto delle due parti litiganti, la Edilbotro è stata inizialmente esclusa per carenza di sottoscrizione digitale dell'offerta, per poi essere riammessa, su sua istanza, in ragione del fatto che, pur in difetto di tale elemento, il seggio di gara non ha ravvisato dubbi sulla riconducibilità ed imputabilità dell'offerta alla medesima concorrente. Ciò perché in luogo di un unico documento informatico quest'ultima ne aveva generati due distinti, aventi diversa estensione, ad uno dei quali era stata apposta la marcatura temporale nella finestra temporale (*timing*) previsto dalla normativa di gara per il caricamento delle offerte e all'altro, non caricato, la sottoscrizione digitale.

11. Sulla base di questo incontestato presupposto di fatto devono ritenersi soddisfatte le esigenze che l'impresa Cosmo Baffa ritiene invece lese e cioè: l'immutabilità della offerta economica, la sua riconducibilità all'operatore economico partecipante alla gara e la sottesa assunzione di responsabilità da parte di quest'ultimo nei confronti della stazione appaltante. Nel caso di specie le descritte esigenze sono infatti assicurate malgrado la duplicazione informatica, che correttamente il seggio di gara ha ritenuto superabile, in chiave sostanzialistica, attraverso una valutazione unitaria dei due documenti comunque imputabili all'unico operatore economico.

12. L'originaria ricorrente contesta ulteriormente la riammissione della Edilbotro per difetto di interesse, in ragione del ribasso da questa offerto (32,819%), tale da precluderle qualsiasi *«aspettativa di favorevole posizionamento nella graduatoria di gara»*. Con ciò tuttavia si pretende, per un verso, di anticipare ad un momento in cui non era possibile formulare alcuna previsione su quale sarebbe stato l'esito della rideterminazione della soglia di anomalia, tenuto tra l'altro conto che un'altra istanza di riammissione è stata contestualmente presentata e valutata dal seggio di gara (MG Costruzioni Generali s.r.l., per la quale è stata confermata l'esclusione). Per altro verso si pretende di sindacare le libere determinazioni di un operatore economico partecipante alla gara attraverso la nozione dell'interesse ad agire, proprio del diritto di azione in giudizio, in una fase non contenziosa. Anche questa censura riproposta ex art. 101, comma 2, cod. proc. amm. va dunque respinta.

13. Con un ultimo profilo di contestazione l'impresa Cosmo Baffa sostiene che la riammissione alla gara della Edilbotro sarebbe illegittima perché, una volta che a quest'ultima era nota la soglia (iniziale) di anomalia, del pari per il medesimo concorrente era prevedibile che *«l'offerta presentata dalla ditta Cosmo Baffa sarebbe divenuta anomala a causa della scorretta modifica della soglia, con aggiudicazione dell'appalto ad altro operatore»*.

La (per la verità singolare) deduzione postula che un operatore economico dovrebbe astenersi dal fare valere il proprio legittimo interesse a non essere escluso dalla gara e a concorrere l'aggiudicazione quando ciò possa risolversi in altrui danno, dacché dovrebbe desumersi il carattere strumentale dell'iniziativa che la regola dell'immodificabilità della soglia di anomalia ex art. 95, comma 15, del codice dei contratti pubblici è intesa a prevenire. Al riguardo è tuttavia sufficiente ribadire che, ferma l'imprevedibilità *ex ante* dell'esito della rideterminazione della soglia di anomalia, non è evidentemente impedito al concorrente di sollecitare l'organo di gara a riesaminare i propri atti in ipotesi illegittimi, quand'anche ciò vanifichi l'iniziale proposta di aggiudicazione a favore dell'offerta risultata migliore per effetto della soglia di anomalia. Nel caso di specie si è inoltre accertato che la Edilbotro era stata esclusa dalla gara illegittimamente, per cui tale proposta era conseguenza di una soglia di anomalia calcolata senza considerare un'offerta ammissibile, con il risultato che era stata l'originario ricorrente Cosmo Baffa a giovare ingiustamente degli automatismi insiti nel criterio di aggiudicazione previsto per la procedura di gara. A ciò il seggio di gara ha quindi correttamente posto rimedio con gli atti impugnati nel presente giudizio.

14. L'appello della Angelo Chimento deve quindi essere accolto, con assorbimento di ogni ulteriore motivo e questione *hinc et inde* dedotta; per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, va respinto il ricorso dell'impresa individuale Baffa Cosmo.

Le spese del doppio grado di giudizio possono nondimeno essere compensate, in considerazione della complessità delle questioni legate all'interpretazione dell'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto,

in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso di Baffa Cosmo, in qualità di titolare dell'omonima impresa individuale.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2021, svoltasi con le modalità previste dagli artt. 4 del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e 25 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Valerio Perotti, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO