

Pubblicato il 10/03/2021
N. 02047/2021REG.PROV.COLL.
N. 05158/2020 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5158 del 2020, proposto da
OMISSIS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
dall'avvocato Andrea Orefice, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;
contro

OMISSIS Costruzioni s.r.l.s., non costituita in giudizio;
OMISSIS soc. coop. a r.l, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Cantile e Laura Fasulo, con domicilio digitale
come da PEC Registri di Giustizia;

Ministero della Difesa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e
difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei
Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sez. I, n.
1225/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della OMISSIS soc. coop. a r.l. e del Ministero
della Difesa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 febbraio 2021 il Cons. Stefano Fantini e
udito, in collegamento da remoto, l'avvocato Orefice;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-La OMISSIS ha interposto appello nei confronti della sentenza 23 marzo 2020, n.
1225 del Tribunale amministrativo regionale della Campania, sez. I, che ha accolto il
ricorso della OMISSIS soc. coop. a r.l. avverso il provvedimento in data 7 ottobre 2019
disponente il ricalcolo della soglia di anomalia e la conseguente aggiudicazione in favore
dell'odierna appellante.

Il contenzioso origina nell'ambito della procedura aperta indetta con bando pubblicato in
data 27 luglio 2018 dal Reparto Genio Aeronautica Militare di Ciampino per
l'affidamento "di interventi di manutenzione ordinaria rete idrica potabile Zona
logistica-Progr. 2/2018/0711/19" presso l'Aeroporto di Grazzanise (CE).

Sono state escluse dalla gara sette concorrenti, che erano ricorse all'istituto dell'avvalimento, tra cui la OMISSIS, per mancanza dell'attestazione SOA in capo alla ditta ausiliata, in contrasto con quanto previsto dall'art. 20 del bando. In accoglimento del ricorso della stessa società OMISSIS è intervenuta la sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Campania 19 novembre 2018, n. 6691 (confermata da Cons. Stato, V, 23 agosto 2019, n. 5834) che ha dichiarato la nullità della predetta previsione del bando per violazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, e, per l'effetto, annullato l'esclusione della OMISSIS, nonché l'aggiudicazione in favore della OMISSIS Costruzioni s.r.l.

La stazione appaltante, nell'esercizio del generale potere di autotutela, ha riammesso in gara non solo la OMISSIS, ma anche le altre sei imprese escluse dalla procedura aperta; nella seduta del 7 ottobre 2019, per effetto della riammissione delle offerte, veniva rideterminata la soglia di anomalia al 34,407% e, conseguentemente, aggiudicataria è risultata l'offerta dell'impresa OMISSIS con un ribasso del 34,385%

2. – Con il ricorso in primo grado la società OMISSIS ha contestato il ricalcolo della soglia di anomalia e la conseguente aggiudicazione in favore dell'impresa OMISSIS, nell'assunto che il ricalcolo della soglia di anomalia fosse precluso dalla disposizione dell'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 (recante la c.d. regola di invarianza) e che, in ottemperanza della sentenza n. 6691 del 2018 del Tribunale amministrativo regionale della Campania, la stazione appaltante avrebbe dovuto limitarsi alla riammissione della società OMISSIS e non disporre anche quella delle altre imprese escluse.

3. – La sentenza appellata ha accolto il ricorso ritenendo che l'invarianza della soglia di anomalia operi già a seguito della proposta di aggiudicazione, in quanto qualunque modifica della platea dei partecipanti può prestarsi a dubbie ed opportunistiche soluzioni che il legislatore ha inteso scongiurare adottando una norma con ampia formulazione e priva di distinzioni, quale è l'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016. Ha al contempo rilevato la sentenza che correttamente il seggio di gara ha riammesso alla gara le imprese che, pur non avendo proposto ricorso, erano state escluse in forza di una previsione della *lex specialis* poi dichiarata nulla; *«l'eliminazione retroattiva della prescrizione di gara che limitava l'avvalimento rendeva comunque opportuna la riammissione delle offerte ingiustamente escluse, restando fermo il potere dell'Amministrazione di procedere in autotutela rispetto alle esclusioni disposte sulla base della prescrizione invalida, nel rispetto del principio della par condicio tra i partecipanti»*.

4.- Con il ricorso in appello la Impresa Edile geom. OMISSIS ha dedotto l'erroneità della sentenza di primo grado anzitutto per erronea interpretazione dell'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016, nell'assunto che la rideterminazione della soglia di anomalia non è portata del giudicato, ma oggetto dell'esercizio del potere di autotutela, necessario al fine di assicurare la salvaguardia dell'interesse pubblico sotteso alla procedura di evidenza pubblica e che comunque il principio di immodificabilità della soglia di anomalia non può essere inteso nel senso di vanificare la tutela giurisdizionale. Una diversa e restrittiva interpretazione dell'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016, tale da stabilire un divieto incondizionato ed assoluto per la stazione appaltante di rideterminare la soglia di anomalia, indipendentemente dal numero dei concorrenti riammessi in gara, ne evidenzerebbe l'incostituzionalità per violazione degli artt. 3 e 97

Cost., oltre a prospettare dubbi di compatibilità con il diritto eurounitario, comportando l'esclusione automatica delle offerte anomale, con riguardo, rispettivamente, all'art. 69, parr. 1 e 3 della direttiva 2014/24/UE, ed all'art. 84, parr. 1 e 3, della direttiva 2014/25/UE.

5. – Si è costituita in resistenza la OMISSIS soc. coop. chiedendo la reiezione del ricorso.

6. – Si è altresì costituito in giudizio il Ministero della Difesa concludendo per l'accoglimento dell'appello.

7. – All'udienza pubblica del 18 febbraio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Il primo motivo di appello critica la statuizione che ha ritenuto precluso dall'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 il ricalcolo della soglia di anomalia a seguito della riammissione delle imprese illegittimamente escluse; assume che detta rideterminazione non è stata conseguenza del giudicato di annullamento, ma ha formato oggetto dell'esercizio del potere di autotutela e si è resa necessaria al fine di assicurare la salvaguardia degli interessi pubblici sottesi alle procedure di evidenza pubblica. La stazione appaltante, riammesse le sette imprese escluse per effetto della clausola del bando poi dichiarata nulla, ha ritenuto che la soglia di anomalia dovesse essere ricalcolata sulla base delle offerte presentate da tutte le ditte in gara, al fine di assicurare la piena funzionalità del criterio di calcolo stabilito dall'art. 97, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Con il secondo motivo, che può essere esaminato congiuntamente al primo in ragione del rapporto di complementarità, l'appellante deduce poi che la rideterminazione della soglia di anomalia sia sempre possibile quanto meno fino a che non sia definitivamente accertata la platea dei concorrenti per lo spirare del termine per l'impugnazione delle ammissioni ed esclusioni o fino all'esito del giudizio; nella specie, la OMISSIS aveva tempestivamente impugnato dinanzi al Tribunale amministrativo regionale della Campania sia la propria esclusione, che l'aggiudicazione in favore della OMISSIS Costruzioni s.r.l., provvedimenti intervenuti in uno stretto arco temporale, sì da imporsi il ricorso cumulativo.

Il terzo motivo, anch'esso strettamente connesso ai precedenti, allega che il principio di immutabilità della soglia di anomalia, finalizzato come è ad evitare contenziosi strumentali, non può comunque essere inteso nel senso di vanificare la tutela giurisdizionale; la Saporito Golden è stata direttamente colpita da un provvedimento di esclusione, che è stato annullato in sede giurisdizionale ed al contempo la sentenza ha ritenuto legittimo l'intervento della stazione appaltante che ha riammesso alla gara in autotutela anche le altre ditte ingiustamente escluse, contraddittoriamente poi affermando l'invarianza della soglia di anomalia.

I motivi, tutti incentrati sull'esatta enucleazione dell'ambito del principio di invarianza della soglia di anomalia, sono fondati.

L'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 dispone 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, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle*

offerte».

Nella fattispecie in esame la Società OMISSIS era stata esclusa dalla gara ed ha impugnato l'esclusione (in data 18 settembre 2018) unitamente alla quasi coeva aggiudicazione in favore della Calzone Costruzioni s.r.l. (risalente all'1 ottobre 2018), potendosi dunque ritenere che, per effetto della mancanza di un adeguato iato temporale tra i due provvedimenti, non si era cristallizzata la platea dei soggetti partecipanti alla procedura di gara, circostanza confermata dal fatto che neppure era spirato il termine per impugnare le ammissioni ed esclusioni.

In particolare, poi, in occasione della riammissione della OMISSIS, la stazione appaltante, nella seduta del 7 ottobre 2019, ha d'ufficio, nell'esercizio del generale potere di autotutela spettante all'amministrazione (profilo, questo, ritenuto legittimo dalla sentenza, con statuizione passata in giudicato), riammesso anche gli altri operatori che per le medesime ragioni erano stati esclusi, in applicazione di una clausola della *lex specialis* ritenuta invalida (quella contenuta nell'art. 20, comma 2, del bando di gara, in tema di avvalimento), rinnovando integralmente il procedimento regredito alla fase delle ammissioni ed esclusioni di tutte le concorrenti.

La giurisprudenza più recente è addivenuta ad un'interpretazione teleologica della norma, incentrata sullo scopo con essa perseguito dal legislatore, ravvisabile 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 (Cons. Stato, V, 12 febbraio 2020, n. 1117; V, 23 novembre 2020, n. 7332). Nell'ambito di questo indirizzo si è precisato, sul piano sistematico, che l'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 non può essere inteso nel senso di precludere iniziative giurisdizionali legittime, che sono oggetto di tutela costituzionale (artt. 24 e 113 Cost.), dirette a contestare l'ammissione alla gara o l'esclusione dalla medesima di imprese, che nondimeno abbiano inciso sulla soglia di anomalia automaticamente determinata. In tale prospettiva è stato ritenuto, a maggiore ragione, che prima di disporre l'aggiudicazione sia consentito all'amministrazione aggiudicatrice di rivedere il proprio operato e così, ad esempio, di regolarizzare offerte affette da mere irregolarità non invalidanti e suscettibili dunque di essere sanate, avuto in questo caso riguardo al fatto che la norma in esame fa riferimento, oltre che alla "ammissione" ed "esclusione" delle offerte, anche alla "regolarizzazione" come sbarramento temporale oltre il quale non è possibile alcun mutamento della soglia di anomalia (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 22 gennaio 2021, n. 683).

Nella fattispecie controversa deve escludersi che la contestazione di un'esclusione avvenuta in applicazione di una egualmente contestata clausola della *lex specialis*, costituente autovincolo per la stessa stazione appaltante, abbia natura di impugnazione strumentale, finalizzata ad ottenere ciò che l'appellata definisce "effetto biliardo". La riprova di quanto ora osservato è individuabile nell'effetto paradossale che altrimenti, e cioè non ammettendo il ricalcolo della soglia di anomalia, si sarebbe determinato, vanificando l'effetto della riammissione in gara di sette concorrenti esclusi per illegittimità della *lex specialis*, sì da imporre all'amministrazione, interessata a ricostituire la conformità della situazione di fatto con quella di diritto, nel perseguimento dell'interesse pubblico, l'annullamento dell'intera procedura di gara. Detto in altri

termini, la tesi più rigorosa dell'immodificabilità della soglia di anomalia, fatta propria dalla sentenza appellata, condurrebbe all'aporia di alterare il corretto funzionamento del meccanismo competitivo proprio del criterio di aggiudicazione del minor prezzo.

2. – In definitiva, alla stregua di quanto esposto, l'appello va accolto con assorbimento dei prospettati dubbi di legittimità costituzionale e di compatibilità comunitaria; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di primo grado.

La complessità interpretativa involgente la controversia integra le ragioni che per legge consentono la compensazione tra tutte le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie; per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 18 febbraio 2021, tenuta con le modalità di cui al combinato disposto dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e dell'art. 4 del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE

Stefano Fantini

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO