

Pubblicato il 11/10/2021

N. 06821/2021REG.PROV.COLL.
N. 03758/2021 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3758 del 2021, proposto da Manca Angelo Eredi di Manca Gianfranco S.n.c, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Marcello Vignolo, Massimo Massa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Fabio Trinca in Roma, via Portuense n. 104;

contro

Arnas G. Brotzu - Azienda di Rilievo Nazionale ed Alta Specializzazione G. Brotzu, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Matilde Mura, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Prodon Impianti Tecnologici S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gennaro Rocco Notarnicola e Carlo Tangari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) n. 246/2021.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Arnas G. Brotzu e di Prodon Impianti Tecnologici S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 settembre 2021 il Cons. Umberto Maiello e dato atto della presenza, ai sensi di legge, degli avvocati delle parti come da verbale dell'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con deliberazione a contrarre n. 714 del 10 maggio 2020, l'Azienda Ospedaliera resistente ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di messa a norma antincendio dell'impianto di rivelazione fumi del P.O. San Michele di Cagliari, da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso, con esclusione automatica delle offerte recanti una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia da determinarsi secondo uno dei criteri di cui ai commi 2, 2-*bis* e 2-*ter* dell'art. 97 del Codice dei contratti.

1.1. Alla gara hanno partecipato 69 offerenti, tra cui la Manca Angelo Eredi di Manca Gianfranco s.n.c e la Prodon Impianti Tecnologici s.r.l.

Essendo le offerte ammesse in numero superiore a 15, la Commissione ha applicato l'esclusione automatica dalla gara delle offerte recanti un ribasso percentuale pari o superiore alla soglia di anomalia, determinata escludendo le 7 offerte di maggior ribasso e le 7 offerte di minor ribasso (cd. *taglio delle ali*) a cui è seguito (a) il calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali delle rimanenti offerte; (b) il calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media; (c) il calcolo della soglia come somma della media aritmetica dei ribassi di cui alla lettera a e dello scarto medio aritmetico dei ribassi di cui alla lettera b. Stabilita la soglia di anomalia

nella misura di 27,377, l'appellante è risultata prima classificata con un ribasso di 27,334%, seguita dalla controinteressata che aveva offerto un ribasso pari a 27,271%.

1.2. Con Deliberazione n. 1453 del 4 novembre 2020, il Commissario Straordinario ha approvato la proposta di aggiudicazione formulata dal seggio di gara a favore della società Manca Angelo Eredi, condizionandola al buon esito della verifica del possesso dei requisiti e speciali di capacità.

Con PEC del 9 novembre 2020, la Prodon rappresentava alla stazione appaltante come il calcolo della soglia di anomalia fosse errato, stante la presenza di due offerte con eguale valore di ribasso presenti nell'ala superiore (la n. 36 e la n. 67) le quali avrebbero dovuto essere accantonate non come due offerte distinte, ma come unica offerta, secondo il criterio del "*blocco unitario*" (cfr. Ad. Plen. n. 5/2017). Di conseguenza, il 10% costituente l'ala superiore da accantonare avrebbe dovuto ricomprendere 8 offerte nominali di maggior ribasso e non 7, come è invece avvenuto seguendo il superato criterio cd. *atomistico*.

Concordando con i rilievi della Prodon, il Direttore del Servizio, con nota PG/2020/21256 del 20 novembre 2020, riconvocava la seduta pubblica per il successivo 26 novembre: "*ai fini della rinnovazione parziale della procedura limitatamente al ricalcolo della soglia di anomalia e all'eventuale individuazione del nuovo aggiudicatario, adottando se del caso i provvedimenti necessari in autotutela*".

Per un errore nell'invio, tuttavia, tale comunicazione veniva recapitata all'appellante solo nel tardo pomeriggio del 26, ad operazioni già espletate.

1.3. In esito alla rinnovazione parziale della procedura, come emerge dal verbale n. 6 del 26 novembre 2020, il seggio di gara ha modificato la soglia di anomalia, che da 27,377 è scesa a 27,328 in ragione dell'accantonamenti di 15 (non più 14) offerte.

Avendo l'appellante offerto un ribasso superiore alla nuova soglia di anomalia, la Prodon è stata proposta come nuovo aggiudicatario.

Con deliberazione n. 1622 del 10 dicembre 2020 è stato, dunque, disposto l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione a favore della Manca Angelo Eredi, con contestuale approvazione della proposta di aggiudicazione alla Prodon, comunicata con nota PG/2020/22740 dello stesso giorno.

L'istanza di riesame proposta dall'appellante il 17 dicembre 2020 è stata, infine, respinta dalla stazione appaltante.

2. Con ricorso notificato l'8 gennaio 2021, la Manca Angelo Eredi ha impugnato dinanzi al TAR per la Sardegna la delibera di autoannullamento dell'aggiudicazione, già disposta in proprio favore, lamentando la violazione del principio di invarianza di cui all'art. 95, c. 15 del D.lgs. n. 50/2016, nonché la violazione degli artt. 7, 8 e 10 della L. 241/1990 e del principio di pubblicità delle sedute di gara.

3. Con la sentenza qui gravata il TAR ha respinto il ricorso.

3.1. Rispetto alla violazione del principio di invarianza della soglia di anomalia il giudice di prime cure ha messo in risalto la circostanza che, nel caso di specie, la controversia origina da un errore commesso dal Seggio di gara nel procedimento di determinazione della soglia di anomali. Tale evento, secondo il TAR, esula dal perimetro di operatività del principio di invarianza il quale è teleologicamente orientato ad: *“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 (Cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1117)”*.

Una diversa interpretazione: *“porterebbe a conseguenze irragionevoli posto che di fronte ad ogni errore di calcolo si dovrebbe propendere per la immodificabilità dell'avvenuta aggiudicazione e questo – per ipotesi - persino nel caso di una interessata e/o dolosa individuazione di una soglia di anomalia contraria al dato reale (cfr. T.a.r. Lazio, 14 luglio 2020, n. 8033)”*.

Ad avviso del TAR, dunque, il principio di invarianza non preclude alla stazione appaltante di emendare in autotutela un errore verificatosi nella

determinazione della soglia di anomalia.

3.2. Quanto ai denunciati vizi rinvenuti dalla mancata comunicazione della rinnovata seduta di gara, a cui l'appellante non ha potuto partecipare, il TAR ha respinto le censure stante la natura vincolata degli adempimenti in argomento e del relativo esito, che non avrebbe potuto essere differente anche ove l'appellante avesse partecipato alla seduta.

4. Avverso la decisione del TAR ha spiegato appello la Manca Eredi Angelo, che risulta affidato a due articolati motivi:

1) *violazione dell'art. 95 comma 15 del d. lgs. 50/2016;*

2) *violazione degli articoli 7, 8 e 10 della l. 241/1990 e del principio di pubblicità delle sedute di gara.*

4.1. Resistono in giudizio le parti intimete, che hanno concluso per il rigetto dell'appello. Le parti, in vista dell'odierna udienza di trattazione, hanno presentato memorie a sostegno delle difese svolte e replicato alle memorie avversarie.

4.2. All'udienza del 23.9.2021 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

5. L'appello è infondato e, pertanto, va respinto.

6. Con il primo articolato gruppo di doglianze l'appellante precisa anzitutto di aver attratto nel fuoco della contestazione non già l'adozione del criterio del cd. "*blocco unitario*", quanto invece la violazione dell'art. 95, comma 15, del Codice dei contratti.

6.1. Secondo l'appellante eventuali errori nell'individuazione della soglia di anomalia potrebbero essere emendati solo fino all'aggiudicazione definitiva, ma non oltre. Nel caso qui in rilievo, poiché la proposta di aggiudicazione era oramai stata approvata, la soglia di anomalia già individuata avrebbe dovuto ritenersi oramai intangibile.

6.2. Il motivo non può trovare accoglimento.

L'art. 95, comma 15, 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 delle medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte”.

Com'è noto, il principio di invarianza recato nella citata disposizione obbedisce alla duplice e concorrente finalità di:

“a) di garantire, per un verso, continuità alla gara e stabilità ai suoi esiti, onde impedire che la stazione appaltante debba retrocedere il procedimento fino alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte, cioè di quella soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta si presume senz'altro anomala, situazione che ingenererebbe una diseconomica dilatazione dei tempi di conclusione della gara correlata a un irragionevole dispendio di risorse umane ed economiche (cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 luglio 2018, n. 4286; Id., sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579);

b) di impedire, o comunque vanificare, in prospettiva antielusiva, la promozione di controversie meramente speculative e strumentali da parte di concorrenti non utilmente collocatisi in graduatoria, 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 (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 22 febbraio 2017, n. 841).” (Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 2020, n. 2257).

6.3. A giudizio del Collegio il perimetro di operatività della norma che l'appellante assume violata, invero, non si estende fino a ricomprendere anche l'applicazione delle regole di calcolo della soglia di anomalia.

È costantemente affermato in giurisprudenza che la norma in qui in rilievo è rivolta a: *“paralizzare gli effetti riflessi sulla soglia di anomalia, derivanti da modifiche incidenti a posteriori sul novero degli operatori economici legittimamente partecipanti. A questo scopo può in particolare essere valorizzato l'impiego del verbo atecnico “intervenire”: «Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale...», come appunto riferito ai riflessi sulla soglia di anomalia e la conseguente graduatoria di gara derivanti da modifiche concernenti le imprese in precedenza ammesse a presentare l'offerta. Questi effetti riflessi, utilizzati consapevolmente ed in modo strumentale da operatori economici che altrimenti non potrebbero conseguire l'aggiudicazione, sono appunto quelli che il legislatore ha inteso limitare per contrapposte*

legittime esigenze di stabilità delle situazioni giuridiche derivanti dalla gara” (ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1117).

Viceversa, nel caso in esame, la contestazione mossa dall'appellante involge l'esercizio del potere di autotutela avente come oggetto – ed effetto – *diretto* l'emenda del pregresso, nonché illegittimo, procedimento di calcolo e di individuazione della soglia di anomalia.

La giurisprudenza amministrativa ha già affrontato il caso in cui parte ricorrente contesta il concreto *modus procedendi* della commissione nell'effettuare il c.d. *taglio delle ali*. In tale circostanza è stato chiarito che: “*se l'applicazione del principio di invarianza precludesse – come argomentano le parti resistente e controinteressata – il sindacato giurisdizionale in merito alla detta contestazione, la norma di cui all'art. 95, comma 15, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 si esporrebbe a serissimi dubbi di ortodossia costituzionale finendo per costituire, in definitiva un insuperabile ostacolo al diritto di azione contro gli atti della pubblica amministrazione (artt. 24 e 113 Cost). Si deve aggiungere che nel caso che occupa il ricorso introduttivo non mira a “variare” la soglia di anomalia quanto a procedere ad una sua nuova “determinazione” conforme ai parametri normativi: orbene, precludere l'invocata tutela giurisdizionale (e, dunque, il controllo di legittimità sulle operazioni compiute dalla commissione) in - asserita - applicazione del principio dell'invarianza della soglia significherebbe, in definitiva, sottrarre al sindacato giurisdizionale l'azione dell'Amministrazione in parte qua e precludere la tutela demolitoria a chi si ritenga leso, in frontale contrasto con i principi costituzionali ed eurounitari, oltre che alla stessa ratio del principio di invarianza, per come sopra ricostruito (cfr. cit. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 13 ottobre 2020, n. 2593) (TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 24 dicembre 2020, n. 3575).*

Si è, inoltre, soggiunto che “*la disciplina della c.d. “invarianza della soglia di anomalia” 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 dettati dalla legge e, come tali, sono sottoponibili a valutazione di legittimità per come concretamente applicati. Né del resto può ritenersi legittima sulla scorta di un*

“principio di conservazione degli atti di gara” *interpretato in senso massimalista, un’aggiudicazione fondata su un calcolo della soglia di anomalia (magari anche palesemente) erroneo*” (cfr. TAR Puglia, Bari, Sez. I, 18 giugno 2020, n. 872).

6.4. Si tratta di approdi esegetici del tutto coerenti con la lettera della norma che, come già osservato, con particolare riferimento all’utilizzo del verbo “*intervenire*”, non determina l’insensibilità delle medie e della soglia di anomalia *in ogni caso*, ma nei soli casi in cui la variazione di tali valori verrebbe a determinarsi quale effetto *indiretto* di iniziative, anche mosse in sede giurisdizionale, nei confronti di operatori economici legittimamente partecipanti, al celato fine di “*sensibilizzare*” a proprio vantaggio le ormai note medie e la soglia di anomalia.

6.5. Conduce, inoltre, alla prospettata conclusione la stessa *ratio legis*, volta ad evitare l’esercizio di azioni basate sulla strumentalizzazione di formalismi al fine di determinare, in via indiretta, un risultato favorevole a soggetti che altrimenti non avrebbero *chance* di aggiudicazione.

Più in generale, giova rimarcare che, in ragione delle limitazioni recate dalla norma al diritto di azione, sono da respingere esegesi, come quella suggerita dall’appellante, che ne estendano la portata oltre i casi strettamente ed espressamente consentiti in quanto coerenti con la lettera e la *ratio legis*.

In conclusione, sul punto, il primo motivo di ricorso dev’essere respinto in quanto infondato.

7. Anche l’ulteriore doglianza, che impinge nella dedotta violazione delle garanzie di partecipazione al procedimento, deve ritenersi infondata.

Per un errore della stazione appaltante nell’invio della relativa comunicazione, l’appellante non ha ricevuto, per tempo, la convocazione alla seduta di gara nella quale sono stati rinnovati i calcoli per la rideterminazione della soglia di anomalia. La seduta si è, infatti, svolta il 26 novembre e l’appellante ne ha avuto comunicazione il giorno stesso, a seduta ormai conclusa.

7.1. L’appellante ritiene che la (tardiva) comunicazione del 26 novembre non fosse idonea a dare contezza dell’avvio del procedimento di

autoannullamento.

7.2. Giova quindi qui richiamarlo in parte: *“Rinnovazione parziale della procedura limitatamente al ricalcolo della soglia di anomalia’.* (Vedi nota allegata). *La rinnovazione nasce a seguito della segnalazione dell’Impresa Prodon Impianti Tecnologici S.r.l. che ha segnalato un errore nel calcolo del limite dell’anomalia”.*

L’allegata nota a cui fa riferimento la comunicazione (quella della Prodon del 9 novembre) spiegava esattamente il punto di errore in cui era incorso il Seggio di gara (l’accantonamento secondo il metodo atomistico invece che seguendo il criterio del blocco unitario).

7.3. Quindi non è corretto affermare che la comunicazione ricevuta non fosse idonea a sollecitare la partecipazione (se non alla seduta) quantomeno al procedimento che ha portato al provvedimento di autotutela del 10 dicembre 2020 di guisa che ben avrebbe potuto l’appellante far giungere alla stazione appaltante il proprio avviso.

In ogni caso, vale ricordare che l’omessa comunicazione di avvio del procedimento ha valore viziante dell’atto conclusivo solo ove l’interessato dimostri che la partecipazione al procedimento avrebbe potuto influire sul contenuto finale del provvedimento (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 5 giugno 2018, n. 3399), evenienza questa che va esclusa per le ragioni sueposte.

8. L’appellante, inoltre, lamenta la violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara.

8.1. Con riferimento al principio di pubblicità della seduta questa Sezione ha di recente evidenziato che *“rigorose sono le implicazioni invalidanti che ordinariamente conseguono alla violazione del suddetto obbligo in ragione del fatto che le conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post, una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato, con la conseguenza che la peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di pubblicità impone che la tutela si estenda a coprire, non solo l’effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio al medesimo, con la conseguenza che la violazione del relativo obbligo dovrebbe condurre necessariamente alla riedizione della gara (cfr. Cds, Sez. V n. 3844 del*

16.6.2009; 04 marzo 2008 , n. 901)” (Cons. Stato, Sez. III, 20 gennaio 2021, n. 627). La stessa pronuncia, però precisa: *“Pur tuttavia, i suddetti principi, la cui astratta validità non è qui in discussione, vanno necessariamente verificati, quanto alla predicabilità nei rigidi termini suesposti delle relative implicazioni, in stretta aderenza con il regime delle singole procedure selettive onde accertare l’effettiva replicabilità del rischio che mirano a scongiurare”*.

8.2. Seguendo tali coordinate ermeneutiche, deve ricordarsi che la seduta di rinnovazione del segmento procedurale illegittimo si è svolta in modalità telematica, la quale, come noto: *“consente di tracciare in maniera incontrovertibile i flussi di dati tra i singoli operatori partecipanti, garantendo un’immediata e diretta verifica della data di confezionamento dei documenti trasmessi, della loro acquisizione e di ogni eventuale tentativo di modifica”* (Cons. Stato, n. 627/2021, cit.)

Ciò basterebbe ad eliminare il sospetto di irregolarità nella seduta. L’appellante precisa, tuttavia, di non aver: *“mai sollevato dubbi circa la veridicità di quanto riferito nei verbali, né ha ipotizzato alterazioni delle buste... (la doglianza)... è stata formulata essenzialmente con riguardo al pregiudizio derivante dall’impossibilità di partecipare al procedimento, arricchendo l’istruttoria con osservazioni rilevanti”*.

La censura è infondata anche sotto tale profilo, dovendo qui richiamarsi quanto già esposto in ordine al tema controverso della partecipazione procedimentale.

8.3. Deve, infatti, rimarcarsi che il provvedimento di autoannullamento dell’aggiudicazione e di nuova aggiudicazione in favore della Prodon è stato adottato il 10 dicembre 2020, a distanza di 2 settimane dalla seduta e dalla comunicazione ricevuta dall’appellante di cui si è richiamato il testo. Tra le due date l’appellante avrebbe potuto esercitare tutte le facoltà partecipative che lamenta esserle state negate. Non è pertanto corretto quanto sostenuto in appello che solo: *“a provvedimento di ritiro già emesso, la Manca Angelo Eredi ha modo di prospettare nuovi elementi che non erano stati considerati in precedenza”* in quanto nulla le impediva di intervenire nei 15 giorni che sono trascorsi tra il 26 novembre e il 10 dicembre.

L'inerzia dell'appellante dinanzi a quella comunicazione (oggettivamente allarmante dal punto di vista di un aggiudicatario), serbata fino al provvedimento di autoannullamento, è quantomeno singolare e certamente non è giustificabile in ragione della pretesa incomprendibilità/inidoneità del suo contenuto a dare contezza dell'avvio del procedimento di revisione (ed eventualmente, *ex ante*) di autotutela. D'altronde, una volta ricevuto il provvedimento di autotutela del 10 dicembre, l'appellante ha svolto tutte le considerazioni e difese ritenute opportune nell'istanza di riesame del 17 dicembre. Tale istanza, si concentra essenzialmente sul tema dell'invarianza della soglia di anomalia, argomento spendibile già dal 26 novembre, essendole noto sin da allora che si era proceduto a un ricalcolo della soglia. In conclusione, la tardività della convocazione non ha determinato le denunciate illegittimità, essendo rimasti intatti (ed esercitati) con pienezza i diritti e le garanzie partecipative in capo all'appellante, fermo restando quanto già evidenziato circa la correttezza della statuizione adottata rispetto al possibile contenuto del contributo partecipativo.

Anche il secondo motivo di appello è quindi infondato.

In conclusione, l'appello dev'essere respinto.

Le spese del grado, in ragione della particolarità della vicenda sottoposta al Collegio, possono essere compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Umberto Maiello

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO