

Consiglio di stato, sezione quinta, sentenza n. 7303 del 2 novembre 2021

Variazione della soglia di anomalia – Illegittima dopo l'aggiudicazione - Principio di invarianza ex art. 95 co. 15 del D.lgs. 50/2016

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 numero di registro generale 1035 del 2021, proposto da S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

.....S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

....., S.r.l. non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, Sezione Prima, n. 1753 del 2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio diS.r.l.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 ottobre 2021 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

All'esito della gara gestita della CUC, ente delegato dal, per l'affidamento dell'appalto dei lavori, a corpo, di realizzazione del nuovo cantiere comunale e delle nuove sedi di Vigili del fuoco e Carabinieri forestali a – 2° stralcio 2° lotto (dell'importo complessivo della base d'asta pari a 1.004.652,70 euro, di cui 33.781,68 euro di oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso, da aggiudicarsi col criterio del prezzo più basso) l'offerta migliore risultava quella formulata das.r.l..

Giova evidenziare che il punto 2.3 del bando di gara prevedeva che nello svolgimento della procedura la stazione appaltante si sarebbe avvalsa “*..della facoltà di inversione procedimentale, prevista dall'art. 133 comma 8 del D.Lgs., 50/2016, con le modalità indicate nel disciplinare di gara..*”. Il punto 20 del disciplinare di gara disponeva che “*Il Presidente di gara: 1) in seduta pubblica effettua il sorteggio di un numero di concorrenti pari a 5 (cinque), da assoggettare alla verifica della documentazione amministrativa; 2) procede all'apertura delle offerte economiche elettroniche presentate da tutti i concorrenti e ne verifica la regolarità; 3) esamina la documentazione amministrativa del campione degli operatori economici risultanti dal sorteggio; attiva l'eventuale soccorso istruttorio; 4) procede all'individuazione della soglia di anomalia, in applicazione dell'art. 97 del D. Lgs 50/2016, tramite il sistema START; 5) verifica la documentazione amministrativa del primo e secondo classificato qualora non ricompresi nel sorteggio di cui al precedente punto 1), ne verifica la regolarità ed attiva l'eventuale soccorso*

istruttorio; 6) qualora, dalla verifica di cui al precedente punto 5), ne derivi l'esclusione di uno o più dei concorrenti, effettua il ricalcolo della soglia di anomalia".

La commissione di gara, con verbale del 13 luglio 2020, esaminata la documentazione amministrativa dei cinque operatori economici sorteggiati, rilevava le seguenti irregolarità: quanto allaS.r.l. ed allaS.r.l., *“l'incongruenza ovvero la mancanza di talune delle dichiarazioni contenute nel DGUE (Documento di gara unico europeo)”*; quanto alla S.r.l., che *“l'importo garantito dalla polizza fideiussoria è stato erroneamente calcolato considerando il solo importo a base di gara anziché, correttamente, l'importo comprensivo anche degli oneri della sicurezza”*; nei loro confronti disponeva il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016.

Nella riunione del 20 luglio 2020 la commissione di gara, dopo aver escluso la dalla gara (avendo ripresentato la polizza fideiussoria già allegata in sede di gara *“..in luogo dell'appendice di modifica dell'ammontare garantito richiesta in applicazione dell'istituto del soccorso..”*): a) individuava la soglia di anomalia nella misura pari al 27,267%, risultando prima in graduatoria lasas con il ribasso del 27,23% e seconde classificate laS.r.l. e la S.r.l. con il medesimo ribasso del 27,22%; b) applicando quanto previsto dal richiamato paragrafo 20, punto 5) del disciplinare di gara, verificata la documentazione amministrativa della prima e delle seconde classificate (non ricomprese nel sorteggio effettuato nella seduta di gara del 9 luglio 2020) ed accertata la mancanza di alcune dichiarazioni contenute nel DGUE da parte delle suddette imprese, con note del 20 luglio 2020, le invitava ad integrare le loro dichiarazioni entro il 22 luglio 2020.

Nella successiva riunione del 3 agosto 2020 poi: a) confermava l'ammissione alla gara della e dellaS.r.l, che avevano reso le dichiarazioni mancanti, escludendo, invece, la S.r.l. che non aveva provveduto a regolarizzare il proprio D.G.U.E; b) rideterminava la soglia di anomalia nella misura del 27,324%,

risultando prima la, che aveva offerto il minor ribasso pari al 27,31%, in favore della quale veniva disposta l'aggiudicazione giusta determina n. 162 del 12 agosto 2020 del Responsabile dell'Area Servizi (cui seguiva in data 11 novembre 2020 la stipula del contratto col e la consegna dei lavori, giusta verbale del 18 dicembre 2020).

MN Service, con ricorso proposto innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, ha chiesto l'annullamento: a) dell'aggiudicazione in favore dell'odierna appellante in quanto, a suo dire, la commissione di gara non avrebbe dovuto escludere la dalla gara, avendole assegnato un termine assai ristretto (2 giorni) per regolarizzare la sua posizione; b) del bando di gara e del disciplinare *“con specifico riferimento all'art. 20, nella misura in cui, nell'introdurre l'inversione procedimentale ai sensi dell'art. 133 del D. Lgs. n. 50/2016, stabiliva lo scrutinio dei requisiti anche nei confronti del secondo classificato prevedendo, altresì, che in caso di esclusione di quest'ultimo si dovesse procedere alla rielaborazione della graduatoria finale”*.

L'adito Tribunale con la sentenza segnata in epigrafe ha accolto il ricorso, disponendo l'inefficacia del contratto ed il subentro di MN nello stesso.

Di tale sentenza P.M. Costruzioni S.r.l. ha chiesto la riforma, deducendone l'erroneità e l'ingiustizia per: I) erroneità della sentenza per violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 95, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016; II) Erroneità della sentenza impugnata per violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 85, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 - Violazione e/o falsa applicazione del punto 20 del disciplinare di gara – Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 120, comma 5, c.p.a.; III) Erroneità della sentenza impugnata per la violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 122 del codice del processo amministrativo.

Si è costituita per resistere all'appello, che ha riproposto il motivo di censura concernente i profili di illegittimità connessi al provvedimento di esclusione disposto nei confronti di S.r.l.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 7 ottobre 2021 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di appello ha dedotto l'erroneità della sentenza impugnata, non avendo la stessa dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado per carenza di interesse ai sensi dell'articolo 95, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016, in applicazione del principio di cristallizzazione della soglia di anomalia.

Per l'appellante, con l'ultimazione della fase di regolarizzazione delle carenze documentali riscontrate nei confronti della e soprattutto con l'intervenuta aggiudicazione, la soglia di anomalia non potrebbe più essere modificata; avrebbe dunque errato il giudice di primo grado, ritenendo che *".. il principio di invarianza non può determinare l'inoppugnabilità della aggiudicazione e non può quindi trovare applicazione ogniqualvolta l'atto che dovrebbe produrre il definitivo cristallizzarsi della graduatoria sia sub iudice (Cons. Stato III 2579/2018), risultandone altrimenti pregiudicata la tutela degli interessi garantita dagli artt. 24 e 113 Cost."*.

Con la seconda censura l'appellante ha lamentato che il giudice di primo grado avrebbe dovuto dichiarare inammissibile la doglianza della sulla presunta illegittimità del punto 20 del disciplinare di gara, in quanto tale clausola di immediata lesività avrebbe dovuto essere impugnata entro trenta giorni dalla pubblicazione del bando ai sensi dell'articolo 120, comma 5, c.p.a.

Invero con la pubblicazione del bando era perfettamente a conoscenza del punto 20 del disciplinare di gara, che imponeva alla commissione di gara di verificare la documentazione amministrativa della prima e della seconda classificata; pertanto, la MN Service, ritenendo che la predetta clausola violasse l'articolo 85, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, che esclude i controlli sulla seconda classificata, avrebbe dovuto

impugnare immediatamente la clausola in questione, piuttosto che attendere l'aggiudicazione alla

Inoltre il citato articolo 85 riguarda l'ipotesi in cui la stazione appaltante richieda all'aggiudicataria (e prima della suddetta modifica normativa pure alla seconda) di provare documentalmente quanto dichiarato in sede di gara sul possesso dei requisiti generali e speciali al fine di verificarne la veridicità, mentre, nella specie, la stazione appaltante non aveva richiesto alla di dimostrare la sussistenza dei requisiti mediante la produzione di documenti, bensì, come si evince dalla nota del 20 luglio 2020, di regolarizzare il DGUE, carente di alcune dichiarazioni che avrebbe dovuto rendere. Pertanto, non rinvenendosi nel codice dei contratti una norma che impedisca alla stazione appaltante di inserire nel bando una clausola che preveda la verifica della documentazione amministrativa della seconda classificata, sarebbe evidente la legittimità dell'aggiudicazione all'odierna appellante. Non avendo la adempiuto al soccorso istruttorio, la stazione appaltante l'avrebbe esclusa legittimamente dalla gara.

Peraltro le verifiche sulla seconda classificata non metterebbero affatto in discussione il principio di invarianza della soglia di anomalia, posto che il suddetto principio opera anche nelle procedure in cui si sia optato per l'inversione procedimentale.

Con il terzo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza impugnata per la violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 122 del codice del processo amministrativo, atteso che la non aveva formulato la domanda di subentro né col ricorso di primo grado, né proponendo motivi aggiunti al momento dell'avvenuta stipula del contratto.

.....S.r.l. ha contestato le censure avversarie, riproponendo, in ogni caso, il motivo concernente i profili di illegittimità dell'esclusione di S.r.l.

connessi al soccorso istruttorio praticato dalla stazione appaltante nei confronti della stessa.

E' fondato il primo motivo di gravame.

L'articolo 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 (che riproduce la disposizione dell'art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, inserita dall'art. 39 del d. l. 24 giugno 2014 n. 90, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114) prevede 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..*”.

Il principio di invarianza opera nel senso della "cristallizzazione delle offerte" e della "immodificabilità della graduatoria" ed integra un'espressa eccezione all'ordinario meccanismo del regresso procedimentale per positiva irrilevanza delle sopravvenienze, obbedendo alla duplice e concorrente finalità:

- 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. Cons. Stato, sez. III, 22 febbraio 2017, n. 841).

Nell'ambito di tale 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 (Cons. Stato, V, 22 gennaio 2021, n. 683).

La Sezione, con sentenza del 27 ottobre 2020, n. 6542, consolidando il proprio orientamento giurisprudenziale espresso sin dalla sentenza n. 1117 del 12 febbraio 2020, ha ribadito che l'effetto di cristallizzazione delle medie non opera *“finché non sia spirato il termine per impugnare le ammissioni e le esclusioni, in modo da consentire alle imprese partecipanti di potere contestare immediatamente dette ammissioni ed esclusioni... e quindi sino all'aggiudicazione.”*, affermando che *“il termine ultimo entro il quale l'intervento in autotutela della stazione appaltante può comportare variazioni rilevanti per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte è segnato dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione”* (Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2020, n. 7332).

Il principio di invarianza, di cui all'art. 95, co. 15, d.lg. n. 50 del 2016, e, dunque, la regola della “cristallizzazione delle medie”, trova dunque applicazione non solo ai fini della determinazione della soglia di anomalia, ai sensi dell'art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016, ma anche ai fini del divieto di regressione procedimentale, che implica l'immodificabilità della graduatoria anche all'esito della estromissione di uno dei concorrenti la cui offerta aveva concorso alla elaborazione dei punteggi (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2020, n. 2257).

Come osservato dall'appellante, la *ratio* di tale impostazione va ravvisata nell'esigenza di garantire continuità alle gare e stabilità ai suoi esiti, onde impedire che la stazione appaltante debba retrocedere il procedimento fino alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte, causando una diseconomica

dilatazione dei tempi di conclusione della gara correlata a un irragionevole dispendio di risorse umane ed economiche.

Nella fattispecie in questione con l'ultimazione della fase di regolarizzazione delle carenze documentali riscontrate nei confronti della e soprattutto con l'intervenuta aggiudicazione, la soglia di anomalia non avrebbe più potuto essere modificata, per il principio di cristallizzazione espresso dall'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016. Ne consegue l'inammissibilità del ricorso di primo grado per carenza di interesse in quanto, anche riconoscendo l'illegittimità dell'esclusione della, la non potrebbe mai risultare aggiudicataria, essendo oramai intervenuta l'aggiudicazione nei confronti di, che preclude la rettifica della soglia di anomalia, già determinata nella misura del 27,324%.

Anche il secondo motivo di gravame è fondato, con riferimento al secondo profilo di censura concernente l'infondatezza dell'assunta illegittimità del punto 20 del disciplinare di gara.

L'articolo 85 del d.lgs. n. 50 del 2016 concerne, invero, la prova documentale del possesso dei requisiti generali e speciali in capo all'aggiudicataria al fine di verificarne la veridicità, mentre, nella fattispecie in questione, la stazione appaltante non ha richiesto alla di dimostrare la sussistenza dei requisiti mediante la produzione di documenti, ma di regolarizzare il DGUE che era carente di alcune dichiarazioni (cfr. la nota del 20 luglio 2020, versata in atti).

Non essendo vietato alla stazione appaltante inserire nel bando una clausola che preveda la verifica della documentazione amministrativa in capo alla seconda classificata e non avendo la adempiuto al soccorso istruttorio producendo la documentazione richiesta, la stazione appaltante l'ha esclusa legittimamente dalla gara.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va accolto e per l'effetto il ricorso di primo grado va respinto, con compensazione fra le parti delle spese del doppio grado di giudizio per la peculiarità della fattispecie controversa.

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 appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO