

Publicato il 20/12/2021

N. 08460/2021REG.PROV.COLL.
N. 02818/2021 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2818 del 2021, proposto da
Comune di Grottaferrata, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Petrillo, con domicilio digitale
come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Telos S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'avvocato Francesco Pignatiello, con domicilio digitale come da
PEC Registri di Giustizia;

Architetto Viviani, Arch. Cafiero e Tecnostudi S.r.l., non costituiti in giudizio;

nei confronti

Istituto Nazionale di Urbanistica, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sezione
seconda, n. 311/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Telos S.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 2 dicembre 2021 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti l'avvocato Ragazzoni, in dichiarata delega dell'avvocato Petrillo, e l'avvocato Pignatiello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Telos S.r.l. ha partecipato alla gara indetta dal Comune di Grottaferrata con lettera d'invito ai sensi dell'art. 36, comma 2, del d.lgs. n.50 del 2016 per l'appalto di servizi di collaborazione scientifica per attività di studio e ricerca aventi ad oggetto metodi e strumenti innovativi di pianificazione e gestione urbanistica ai fini della rigenerazione del territorio comunale e della successiva approvazione del PRG.

La legge di gara prevedeva per l'offerta tecnica un punteggio complessivo pari ad un massimo di 80 punti/100 e per l'offerta economica un punteggio complessivo pari a 20 punti/100, da attribuirsi mediante la mera interpolazione lineare tra i ribassi in gara.

La lettera di invito stabiliva che il punteggio relativo all'offerta economica sarebbe stato attribuito dividendo il ribasso percentuale offerto dal singolo concorrente per il ribasso percentuale dell'offerta più conveniente; il risultato ottenuto sarebbe stato poi moltiplicato per il punteggio massimo previsto per l'offerta economica (pari a 20 punti), così da ottenere il punteggio attribuito a ciascun concorrente.

2. All'esito della valutazione delle offerte tecniche i concorrenti in gara ottenevano i seguenti punteggi: RTI Telos 50,51; Istituto Nazionale Urbanistica 58,01; DeA soc. ing. 50,11 (cfr. verbale della seduta del 31 luglio 2020). La commissione procedeva quindi all'apertura delle offerte

economiche, alla lettura dei ribassi, all'attribuzione dei punteggi economici e alla formazione della graduatoria finale: DeA soc. ing. 43,75%, 20 punti, (70,11 p.ti totali) prima; Istituto Nazionale Urbanistica 10,00% 4,57 punti (62,58 p.ti totali) seconda; RTI Telos 23,00% 10,51 punti (61,02 p.ti totali) terza.

DeA veniva successivamente esclusa all'esito della verifica facoltativa di anomalia ex art. 95, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 e pertanto l'amministrazione provvedeva allo scorrimento della graduatoria, disponendo l'aggiudicazione in favore dell'Istituto Nazionale Urbanistica (d'ora in avanti anche solo INU), secondo classificato.

3. Il RTI Telos, che risultava secondo classificato, sosteneva la necessità di procedere alla riattribuzione dei punteggi economici anziché al mero scorrimento della graduatoria – al fine di correggere le distorsioni derivanti dalla partecipazione alla gara del concorrente poi escluso – e chiedeva all'amministrazione di annullare in autotutela l'aggiudicazione, evidenziando che in corretta applicazione dei criteri stabiliti dalla lettera di invito sarebbe risultato primo in graduatoria e aggiudicatario della gara per aver offerto un ribasso del 23% dell'importo a base di gara cui avrebbe dovuto corrispondere il punteggio di 20 punti per l'offerta economica e complessivamente un totale di 70,51 punti (laddove all'INU in considerazione del ribasso offerto nella misura del 10% dell'importo a base di gara, sarebbe spettato per l'offerta economica il punteggio di 8,69 punti e complessivamente un totale di 66,70 punti).

L'amministrazione con nota del 29 ottobre 2020 respingeva tale istanza in quanto sprovvista “dei sottesi presupposti giuridico normativi” in considerazione del c.d. “principio di invarianza” di cui all'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016.

3. Avverso l'aggiudicazione dell'appalto ad Inu e il diniego di autotutela Telos ha proposto ricorso al TAR del Lazio, lamentando la violazione dall'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016, dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990,

dell'art. 97 della Costituzione e degli artt. 9.2 e 9.3 della lettera d'invito, nonché l'eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria, del travisamento dei presupposti, dell'irragionevolezza e dell'iniquinà.

L'adito tribunale, con la sentenza segnata in epigrafe, ha accolto il ricorso, annullando gli atti impugnati, rilevando in sintesi che non era invocabile l'applicazione del principio di invarianza di cui all'art. 95, comma 15 del d.lgs. n.50 del 2016, in quanto tale principio è collegato al calcolo delle medie che non era utilizzato nel caso di specie nel quale il computo dei punteggi non comportava l'utilizzo di medie, cosà come ugualmente non ricorreva in concreto un'ipotesi di individuazione della soglia di anomalia delle offerte; del resto il metodo di attribuzione dei punteggi individuato nella lettera di invito, di semplice comprensione, consentiva non solo il ricalcolo immediato delle due sole offerte rimanenti, senza comportare alcun aggravio procedimentale, ma anche di conseguire un significativo beneficio in termini di risparmio di spesa, derivante dall'aggiudicazione del servizio ad un prezzo minore. Il Tribunale rimetteva poi all'Amministrazione di valutare se procedere all'aggiudicazione dell'appalto a favore del r.t.i. della ricorrente o rinnovare la procedura, ritenendo l'offerta non conveniente o idonea, ex art.95, comma 12, del d.lgs. n.50 del 2016 e § 14 della lettera d'invito.

4. Il Comune di Grottaferrata ha chiesto la riforma di tale sentenza, lamentandone l'erroneità e l'ingiustizia alla stregua di un unico motivo di gravame rubricato "*Error in iudicando* sull'unico motivo di ricorso; eccesso di potere giurisdizionale per violazione del principio costituzionale di buon andamento nonché dei principi di economicità, correttezza e proporzionalità delle procedure di affidamento di appalti di servizi pubblici; eccesso di potere giurisdizionale per difetto di istruttoria, travisamento dei presupposti in fatto e in diritto; irragionevolezza; violazione del principio di discrezionalità della p.a. nella valutazione; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 95, comma 15, d. lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii.; violazione degli artt. 97 della Costituzione e 1 l. n. 241/1990; violazione della *lex specialis* di gara e in particolare degli artt. 9.2 e

9.3 della lettera di invito”, con il quale ha sostenuto che nel caso di specie troverebbe piena applicazione il principio di invarianza della soglia di anomalia e delle medie di cui all’art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Si è costituita per resistere al gravame Telos S.r.l.

5. Successivamente le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All’udienza pubblica del 2 dicembre 2021 l’appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

6. Con l’unico motivo di gravame l’appellante ha dedotto l’erroneità della sentenza appellata che erroneamente avrebbe accolto il ricorso di Telos sulla base di una motivazione superficiale e carente.

Invero, secondo il Tribunale, non sarebbe stato legittimo lo scorrimento da parte dell’amministrazione della graduatoria di gara in applicazione del principio di invarianza, atteso che, per l’art. 95, comma 15, del d.lgs. n.50 del 2016, l’invarianza sarebbe collegata al calcolo delle medie, laddove nel caso di specie il computo dei punteggi non avrebbe comportato l’utilizzo di medie ed inoltre il metodo di attribuzione dei punteggi individuato nella lettera di invito avrebbe facilmente consentito il ricalcolo immediato dei punteggi da attribuire alle due offerte rimanenti, senza comportare alcun aggravio procedimentale, contemperandosi così anche l’interesse pubblico di conseguire un significativo beneficio in termini di risparmio di spesa, derivante dall’aggiudicazione del servizio ad un prezzo minore: l’appellante sostiene in definitiva che l’art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 ed il principio di invarianza troverebbero piena applicazione ed operatività nel caso di specie.

L’appellata Telos, aderendo pienamente alla pronuncia appellata, nega decisamente che nel caso di specie vi siano i presupposti minimi indispensabili per l’applicazione del principio d’invarianza, essendo i punteggi relativi alle offerte economiche (gli unici di cui è necessario il ricalcolo a

seguito dell'esclusione del concorrente DeA) attribuiti mediante interpolazione lineare e dunque secondo uno strumento che non comporta il calcolo di alcuna media; aggiunge poi che al momento in cui la prima classificata DeA è stata esclusa dalla gara non solo non si era ancora pervenuti all'aggiudicazione, ma non era neppure terminata la fase di valutazione dei requisiti.

7. L'appello è fondato.

7.1. 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, V, 22 gennaio 2021, n. 683; III, 12 luglio 2018, n. 4286; 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, V, 2 novembre 2021, n. 7303; III, 22 febbraio 2017, n. 841).

Il principio di invarianza è pertanto finalizzato anche a tutelare l'affidamento *medio tempore* maturato dai partecipanti alla gara ed è volto altresì a salvaguardare l'interesse delle amministrazioni alla stabilità degli assetti definiti e consolidati dalla chiusura di alcune fasi di gara, con riguardo alla determinazione della soglia di anomalia e al calcolo delle medie per i punteggi attribuiti alle offerte. Ciò, nonostante l'eventuale successiva esclusione di taluno dei concorrenti e nonostante l'evidente rischio che, nelle more della partecipazione, la permanenza in gara del concorrente in seguito escluso abbia sortito taluni effetti in punto di determinazione delle medie o delle soglie di anomalia.

7.2. Nel caso di specie DeA è stata esclusa dopo la fase di ammissione/esclusione delle offerte e dopo il completamento della fase istruttoria, quindi in un momento di avanzata definizione della procedura concorsuale, in cui non era ammesso di arretrare il procedimento reiterando la formulazione dei punteggi, atteso che ciò avrebbe pregiudicato la continuità della gara e la stabilità dei suoi esiti.

Sussistevano tutti i presupposti per l'applicazione del principio di invarianza, ai sensi dell'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016, la cui *ratio* consiste, come già accennato in precedenza, nel neutralizzare il rilievo sul piano procedimentale di tutte le vicende che seguono la fase di verifica preliminare delle offerte, al fine di sterilizzare *“l'alterazione della trasparenza e della correttezza del confronto concorrenziale, potenzialmente correlata alla partecipazione di fatto di un concorrente solo successivamente estromesso della gara”* (Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013).

Ne consegue che l'Amministrazione ha agito correttamente nel provvedere allo scorrimento della graduatoria in seguito ad un'esclusione per anomalia

dell'offerta, atteso che nella vicenda processuale non viene messa in discussione l'iniziale ammissione di DeA alla partecipazione alla gara.

Inoltre il principio di invarianza, oltre ad operare in presenza di criteri di aggiudicazione automatica come nel caso del minor prezzo, è destinato a trovare la sua applicazione anche nelle ipotesi di criteri di valutazione rimessi alla discrezionalità della commissione di gara come per l'offerta economicamente più vantaggiosa, ipotesi che ricorre nel caso di specie.

La giurisprudenza ha ormai pacificamente ritenuto che *“Il principio di invarianza, di cui all'art. 95, co. 15, d.lg. n. 50 del 2016, trova applicazione nel caso in cui il criterio di valutazione delle offerte, quale individuato dal disciplinare di gara, faccia capo al «metodo aggregativo-compensatore di cui alle linee guida Anac approvate con Delibera del consiglio n. 1005 del 21 settembre 2016 », in base ad una predeterminata formula; ed invero, pur trattandosi di criterio non automatico, in quanto orientato alla individuazione tecnico-discrezionale dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo, lo stesso è destinato ad operare (in virtù del richiamo al metodo aggregativo-compensatore e alla interpolazione lineare) attraverso la quantificazione di medie, condizionate dal numero dei concorrenti e dalle modalità di formulazione dell'offerta; si tratta, perciò, di fattispecie in cui è destinata ad operare, in base alle riassunte premesse, la regola della « cristallizzazione delle medie », non solo ai (meri) fini della determinazione della soglia di anomalia (art. 97 del Codice), ma anche ai (più comprensivi) 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”* (Cons. Stato, V, 6 aprile 2020, n. 2257).

7.3. E' da aggiungere che nella fattispecie in questione il punteggio economico era determinato attraverso la formulazione di un coefficiente variabile da 0 a 1, quale risultato della seguente formula di media matematica $C_i = R_a/R_{max}$, nella quale C_i = coefficiente attribuito al concorrente i-esimo, R_a = ribasso percentuale dell'offerta del concorrente i-esimo, R_{max} = ribasso

percentuale dell'offerta più conveniente (cfr. punto 9.2 della lettera d'invito, pag. 12).

La lettera d'invito, al successivo punto 9.3, pag. 13 stabiliva che *“La Commissione Giudicatrice, terminata l'attribuzione dei punteggi agli elementi qualitativi e quantitativi di ogni singolo criterio dell'offerta tecnica e dei punteggi all'offerta economica, procederà, in relazione a ciascuna offerta, all'attribuzione dei punteggi complessivi di ogni concorrente moltiplicando il coefficiente attribuito per il punteggio massimo previsto in ciascun criterio e sommando i punteggi acquisiti nelle voci Offerta Tecnica e Offerta Economica; in base a tale punteggio sarà stilata la relativa graduatoria per come meglio descritto nel successivo paragrafo”*.

La modalità di calcolo è in definitiva equiparabile al metodo aggregativo-compensatore che, pur non essendo un criterio automatico, in quanto orientato all'individuazione tecnico-discrezionale dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo, opera comunque tramite la quantificazione di medie, trattandosi, quindi, di fattispecie in cui riceve piena applicazione la regola della *“cristallizzazione delle medie”*.

Non è pertanto condivisibile l'assunto posto a base della sentenza appellata secondo cui: *“il computo dei punteggi non comporta l'utilizzo di medie”*.

Le fasi di calcolo dei punteggi nella gara in oggetto prevedono, invero, espressamente la formulazione di medie, che devono rimanere inalterate. Da ciò consegue la loro necessaria cristallizzazione unitamente al punteggio complessivo, non essendo consentita, nè prevista, una scissione con ricalcolo parziale dei punteggi definitivi. Ciò, nel pieno rispetto del principio di conservazione degli atti di gara e di unitarietà della valutazione della commissione, nonostante l'esclusione di uno dei concorrenti (cfr. Cons. Stato, V, 6 aprile 2020, n. 2257).

7.4. E' appena il caso di aggiungere ancora che il richiamo operato dal Tribunale all'interesse pubblico conseguente al risparmio economico collegato alla migliore offerta economica di Telos risulta del tutto improprio e inconferente, dal momento che la gara di cui si tratta prevedeva

l'aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

8. Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di primo grado.

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

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.

Condanna Telos S.r.l. alla rifusione delle spese del doppio grado di giudizio nei confronti del Comune di Grottaferrata, che si liquidano in euro 6000, oltre ad oneri di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE
Elena Quadri

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO

