Pubblicato il 31/10/2022

N. 09381/2022REG.PROV.COLL.
N. 08419/2021 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 in appello iscritto al numero di registro generale 8419 del 2021, proposto da

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Enzo Napolano, con domicilio digitale coma da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

contro

-OMISSIS-., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Giampiero Manzo, Stefano Russo, Francesco Liguori, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

Citta Metropolitana di Napoli, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Vera Berardelli, Massimo Maurizio Marsico, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

-OMISSIS- s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Prima) n. -OMISSIS-, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di -OMISSIS-. e della Citta Metropolitana di Napoli;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 settembre 2022 il Cons. Federico Di Matteo e viste le conclusioni delle parti come da verbale.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato il 31 dicembre 2019 la Città metropolitana di Napoli indiceva la procedura di gara aperta per l'aggiudicazione, mediante il criterio del minor prezzo, dell'accordo quadro per l'esecuzione degli interventi di manutenzione di vari edifici scolastici per un importo a base di gara di € 4.836.322,58 oltre Iva. Il termine per la presentazione delle offerte era fissato al 4 giugno 2020.

1.1. Il disciplinare di gara prevedeva (al punto 18) che la procedura sarebbe stata svolta con la modalità della c.d. inversione procedimentale, di cui all'art. 133, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, per cui le offerte economiche sarebbero state esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Nondimeno, era specificato che il seggio di gara avrebbe operato l'apertura delle buste denominate "*Documentazione*" al "*solo fine di permettere al sistema telematico di attivare la fase di apertura delle "offerte economiche" e ad indicare al sistema la "ammissione" delle stesse, senza che questo possa costituire presupposto di verifica/lettura della documentazione nelle stesse contenuta*".

1.2. Con nota pubblicata in piattaforma di gara il 26 novembre 2020 la stazione appaltante comunicava l'elenco delle ditte ammesse, nel quale il -OMISSIS- figura quale concorrente escluso ai sensi dell'art. 80, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016.

1.3. Con note del 4 e 5 dicembre 2020 -OMISSIS-., altro concorrente in gara, comunicava alla stazione appaltante che le medesime ragioni di esclusione

interessavano anche altro operatore economico, la-OMISSIS-. in quanto anch'essa destinataria di interdittiva antimafia sin dall'11 giugno 2020; ne chiedeva, pertanto, l'esclusione.

1.4. L'istanza non aveva riscontro e con nota pubblicata in piattaforma il 9 febbraio 2021 era comunicata la determinazione dirigenziale del 7 dicembre 2020,-OMISSIS- di approvazione delle risultanze della fase afferente le ammissioni alla procedura come da "*documento di sintesi verifica amministrativa*" in allegato. Risultava escluso il -OMISSIS- e non la-OMISSIS-. e che, per aver disposto l'esclusione del primo, era stata ricalcolata la soglia di anomalia nella percentuale del 39,229%.

1.5. La procedura di gara si concludeva con la determinazione dirigenziale del 3 febbraio 2021, pubblicata il 10 febbraio 2021, di aggiudicazione definitiva dell'accordo quadro alla -OMISSIS-

Nel provvedimento, la stazione appaltante dava atto di aver sospeso la procedura dopo aver ricevuto la nota di -OMISSIS-. e di aver deciso di non procedere all'esclusione con ricalcolo della soglia di anomalia in applicazione del principio della "*cristallizzazione della graduatoria di gara*" previsto dall'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Campania -OMISSIS-. impugnava il provvedimento di aggiudicazione sulla base di due motivi.

2.1. In sostanza, la ricorrente lamentava la mancata esclusione della-OMISSIS-.: se fosse stata disposta, la stazione appaltante avrebbe dovuto ricalcolare la soglia di anomalia e la sua offerta sarebbe risultata la migliore, poiché più vicina alla nuova mediana.

Più precisamente, con il primo motivo sosteneva l'illegittimità della scelta di non escludere la -OMISSIS- per disparità di trattamento, avendo la stazione appaltante assunto opposta determinazione relativamente al -OMISSIS-, che si trovava nella medesima situazione della-OMISSIS-.; con il secondo motivo, sosteneva che l'avvenuta formulazione della proposta di aggiudicazione non

era il limite oltre il quale diveniva irrilevante l'esclusione ai sensi dell'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016.

2.2. Resistenti la Città metropolitana di Napoli e la -OMISSIS-, il giudice di primo grado, con la sentenza della prima sezione, dell'8 settembre 2021, n. 5761, accoglieva il ricorso e annullava il provvedimento di aggiudicazione.

Il tribunale:

- richiamava l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016 per la quale, se è vero che il principio di invarianza è diretto ad evitare impugnazioni di carattere strumentale, finalizzate ad ottenere l'aggiudicazione non per le censure dedotte contro gli atti di gara e per la posizione in graduatoria del ricorrente, ma per gli automatismi insiti nella determinazione della soglia di anomalia, essa, tuttavia, non può precludere iniziative giurisprudenziali legittime, in quanto dirette a contestare l'ammissione alla gara o l'esclusione di imprese che nondimeno abbiano inciso sulla soglia di anomali automaticamente determinata;
- riteneva che l'iniziativa della ricorrente non potesse essere considerata una impugnazione strumentale poiché la causa di esclusione, che aveva colpito la -OMISSIS-, risaliva ad un periodo in cui non era stata ancora conclusa la fase delle ammissioni dei partecipanti e, comunque, di gran lunga precedente alla conclusione della gara, avvenuta con l'aggiudicazione del 3 febbraio 2021;
- riscontrava la disparità di trattamento segnalata dalla ricorrente: la stazione appaltante invocava il principio dell'inversione procedimentale a suo piacimento, poiché, se nel caso della -OMISSIS- esso impediva di disporre l'esclusione e procedere al ricalcolo della soglia, non era stato sollevato identico impedimento nei confronti del -OMISSIS-, che, invece, era stato escluso con le conseguenze sulla soglia di anomalia;
- non era d'ostacolo al ricalcolo della soglia di anomalia la pur legittima preoccupazione di salvaguardare la segretezza delle offerte, in quanto, nella fattispecie, l'esclusione della-OMISSIS-. aveva carattere obbligatorio e il

ricalcolo della soglia di anomalia rappresentava un preciso calcolo matematico privo di qualunque opinabilità.

3. Propone appello -OMISSIS-; si sono costituite la Città metropolitana di Napoli e -OMISSIS-.; è rimasta intimata la-OMISSIS-. pur regolarmente citata.

Le parti hanno depositato memorie *ex* art. 73, comma 1, cod. proc. amm., cui sono seguite rituali repliche.

All'udienza del 29 settembre 2022 la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello la -OMISSIS-. lamenta l'omessa pronuncia sulla sua eccezione di inammissibilità del ricorso per applicazione del principio di invarianza posto dall'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016: se anche il ricorso fosse accolto – e ritenuta dovuta l'esclusione di -OMISSIS- dalla procedura di gara – in ogni caso l'amministrazione non potrebbe procedere al ricalcolo della soglia di anomalia ostandovi la regola di cristallizzazione della soglia per l'intervenuta adozione del provvedimento di aggiudicazione.

L'appellante rileva, infatti, che, in disparte la terminologia utilizzata dal ricorrente, quel che è certo che l'impugnazione proposta era diretta ad ottenere l'esclusione della -OMISSIS- e, per questa via, la revisione della soglia di anomalia, ma ciò è proprio quel che il legislatore ha inteso evitare dettando il principio di invarianza della soglia in seguito all'aggiudicazione e, cioè, che ognuno dei partecipanti possa impugnare l'ammissione di un qualsiasi altro concorrente (nella procedura in esame erano 410 e la -OMISSIS- si situava al 345°posto) al solo scopo di ottenere una soglia più congeniale alla sua situazione.

1.1. Con il secondo motivo contesta la sentenza per "*Error in iudicando. Violazione art. 95 co. 15 del D. Lgs. 50/2016. Violazione art. 133 comma 8 del D.Lgs. 50/2016*": a suo dire il ricorso proposto dalla -OMISSIS-. non potrebbe essere ritenuto un ricorso *non strumentale* poiché diretto proprio ad

ottenere il ricalcolo delle medie per definire la soglia di anomalia mediante l'esclusione di un operatore, tra gli oltre 400, che aveva preso parte alla procedura di gara; a voler accedere alla ricostruzione del giudice di primo grado, continua l'appellante, sarebbe difficile comprendere il portato dell'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016 e in quali casi possa scattare la preclusione ivi stabilita, nonché, a questo punto, la sua stessa utilità per come prefigurata dal legislatore, non potendosi mai impedire istanze di riesame, prima, e qualora non siano accolte o recepite, ricorsi giurisdizionali "con bersagli specifici", strumentali alla sola modifica delle medie, senza alcun limite.

1.2 Con altro motivo di appello -OMISSIS- contesta "*Error in iudicando. Violazione art. 95 co. 15 del D.Lgs. 50/2016. Violazione art. 133 comma 8 del D.Lgs. 50/2016*"; il giudice di primo grado avrebbe erroneamente ritenuto connotata da disparità di trattamento la condotta della Città metropolitana senza però tener conto di due profili: in primo luogo, che in presenza di attività vincolata, come quella evidenziale, non v'è spazio per disparità di trattamento dovendosi accertare solamente la corretta o meno applicazione della norma alla fattispecie concreta, e in secondo luogo, che le due vicende – quella del -OMISSIS- che era stato escluso dalla procedura e quella della-OMISSIS-. – erano completamente diverse.

In particolare, quanto a quest'ultimo profilo, rammenta che della adozione di interdittiva antimafia nei confronti del -OMISSIS- la stazione appaltante aveva saputo in virtù di comunicazione della Prefettura dall'ottobre 2020 riferita ad altra procedura di gara, per cui non ha fatto altro che prendere atto dell'esclusione nella gara coeva e disporre l'altra esclusione, senza alcuna ulteriore attività di verifica; si può dire che così abbia posto rimedio ad un suo errore poiché l'informazione antimafia era già in suo possesso e non avrebbe dovuto neppure iscrivere la società nell'elenco delle partecipanti.

Nel caso della-OMISSIS-., la Città metropolitana aveva solo saputo da terzo concorrente che ella aveva ricevuto un diniego di iscrizione nella *white list* della Prefettura, la quale nulla aveva comunicato; la stazione appaltante non

avrebbe potuto procedere all'esclusione, ma avrebbe dovuto avviare una attività di verifica del requisito in capo alla concorrente, avanzando espressa richiesta alla Prefettura, ma ciò avrebbe significato la verifica dei requisiti di partecipazione in capo a concorrente diverso dall'aggiudicatario in contrasto con le regole proprie della gara che si svolge con inversione procedimentale.

1.3. Il quarto motivo è diretto a contestare la sentenza per "*Error in iudicando. Violazione art. 95 co. 15 del D.Lgs. 50/2016. Violazione art. 133 comma 8 del D.Lgs. 50/2016*": a voler seguire il ragionamento del Tar si avrebbe una palese frustrazione delle finalità di cui al procedimento di cui all'art. 133, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, sia in relazione alla velocizzazione del procedimento (considerato, come nella vicenda *de qua,* il gran numero di partecipanti), sia quanto all'esistenza di rischi di ingerenza e trasparenza, poiché la possibilità di tener conto dell'ammissibilità dell'uno o dell'altro operatore in ragione del possesso o meno dei requisiti al momento della presentazione della domanda si presterebbe ad accordi e intese e possibili turbative.

1.4. Con il quinto motivo ("*Error in iudicando. Violazione art. 95 co. 15 del D.Lgs. 50/2016. Violazione art. 133 comma 8 del D.Lgs. 50/2016*") l'appellante lamenta l'erroneità del ragionamento del giudice di primo grado, secondo cui la mancata esclusione della -OMISSIS- porterebbe ad aggiudicare l'appalto a concorrente che non abbia presentato la migliore offerta. Al riguardo sostiene l'appellante che se tale fosse la preoccupazione del legislatore non avrebbe previsto la verifica dei requisiti esclusivamente nei confronti dell'aggiudicataria e della seconda graduata, né l'inertizzazione delle medie dopo un dato momento della procedura; vero è che, afferma, con l'inversione procedimentale si intendono realizzare obiettivi di celere conclusione della procedura, esigenza altrettanto meritevole.

1.5. Nell'ultimo motivo di appello la -OMISSIS- sostiene che, anche a voler superare il profilo di inammissibilità di cui ai precedenti motivi di appello, resterebbe impregiudicata la questione dell'esclusione della -OMISSIS- dalla

procedura, non esaminata dalla sentenza di primo grado che si sarebbe limitata ad affrontare il problema dell'invarianza.

Aggiunge che la stazione appaltante si era esplicitamente pronunciata, sostenendo di non poter escludere un soggetto che al momento della partecipazione alla procedura era in possesso del requisito e non era aggiudicatario. Tale profilo non era stato oggetto di puntale motivo di ricorso, e, comunque, mancherebbe agli atti alcun atto o documento da cui risulti che, all'attualità, la -OMISSIS- sia sottoposta a interdittiva, che la stessa non è stata annullata o che abbia ancora effetto.

Il giudice di primo grado, prima di disporre l'annullamento dell'aggiudicazione, avrebbe dovuto soffermarsi su tale profilo sostanziale e concludere nel senso che la -OMISSIS- non avrebbe potuto essere esclusa proprio perché, al momento della partecipazione, era in possesso del requisito che si affermava perduto.

2. I motivi di appello, che possono essere congiuntamente trattati per l'unitarietà della questione sottoposta, sono infondati.

2.1. Preliminarmente, va ben definito il *thema decidendum*: con il ricorso introduttivo del giudizio -OMISSIS-. lamentava l'illegittimità dell'aggiudicazione a -OMISSIS-. per vizio derivato dalla decisione della stazione appaltante di non escludere dalla procedura di gara la-OMISSIS-..

Siccome la decisione era motivata dalla constatazione che l'esclusione della -OMISSIS- dalla procedura avrebbe comportato il ricalcolo della soglia di anomalia a provvedimento di aggiudicazione ormai assunto, il giudice di primo grado ha affrontato la questione delle condizioni e dei limiti di operatività del c.d. principio di invarianza di cui all'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016.

In questo modo, però, si è occupato anche delle condizioni dell'azione e, più esattamente, della sussistenza dell'interesse a ricorrere poiché, qualora il c.d. principio di invarianza fosse stato applicabile, per quanto dovuta l'esclusione del concorrente dalla procedura, nessuna utilità ne sarebbe venuta al

ricorrente per impossibilità di procedere al ricalcolo della soglia di anomalia e rivedere la graduatoria.

Il primo motivo è, dunque, infondato: avendo affrontato la questione dei limiti di applicabilità del principio di invarianza, il giudice di primo grado ha esaminato l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse.

2.2. Ritiene il Collegio che il giudice di primo grado abbia correttamente risolto la questione dell'applicabilità del principio di invarianza alla procedura in esame.

2.2.1. Il principio di invarianza è previsto dall'art. 95, comma 15, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in questi termini: "*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 disposizione presenta contenuto analogo all'art. 38, comma 2-*bis*, d.lgs. 16 aprile 2006, n. 163 inserita dall'art. 39 del d.l. 24 giugno 2014 n. 90, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, ed ha la funzione di assicurare stabilità agli esiti finali della procedura di gara.

Con il principio di invarianza della soglia di anomalia, la legge intende evitare la retrocessione della procedura di gara fino alla (ri)determinazione della soglia di anomalia delle offerte (ossia della soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta si presume senz'altro anomala), quando, già intervenuta l'aggiudicazione del contratto, sia disposta, anche in via giudiziaria, l'esclusione dell'aggiudicatario (o di altro concorrente) per carenza dei requisiti di partecipazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2019, n. 572).

Si è chiarito, infatti, che la "*fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte*" a conclusione della quale, ai sensi dell'art. 95, comma 15, citato, non è più consentita la modifica della soglia di anomalia in via di intervento da parte della stessa stazione appaltante è delimitata, dal punto di vista temporale e procedimentale, dal provvedimento di aggiudicazione; l'adozione del provvedimento di aggiudicazione costituisce 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 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2020, n. 7332, cui si rinvia, spec. par. 5, per le motivazioni che hanno condotto ad accogliere tale interpretazione, superando la diversa tesi secondo la quale è la proposta di aggiudicazione a segnare il momento a partire dal quale opera il principio di invarianza; vedi anche Cons. Stato, sez. V, 23 maggio 2022, n. 4056).

2.2.2. Il principio di invarianza è idoneo a incidere sull'esercizio dell'azione giurisdizionale, poiché, ove rigorosamente applicato, renderebbe *inutiliter data* la sentenza che accerti l'esistenza di cause di esclusione nei confronti di uno dei concorrenti, privando già in prospettazione il concorrente pregiudicato dell'interesse a ricorrere.

Vero quanto sopra, si è subito rilevato il possibile contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 e 113 Cost., art. 1 cod. proc. amm., art. 6 CEDU, art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea): il concorrente non potrebbe contestare il provvedimento di aggiudicazione che sia stato adottato sulla base di una soglia di anomalia inesatta, calcolata tenendo conto delle offerte di concorrenti che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere, *per il solo fatto* che la procedura di gara sia pervenuta alla fase dell'aggiudicazione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2020, n. 6542; III, 27 aprile 2018, n. 2579, pronunciata peraltro nella vigenza dell'art. 120 comma 2 – *bis*, cod. proc. amm., successivamente abrogato).

Si tratterebbe, inoltre, di esito contrastante con i principi, di pari rilevanza costituzionale, del buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa, per l'evidente distorsione nella determinazione della soglia di anomalia, in base alla quale si è giunti a selezionare l'affidatario del contratto.

2.2.3. La giurisprudenza amministrativa ha accolto, pertanto, una interpretazione teleologica del principio di invarianza, orientata secondo la sua *ratio*.

Se la *ratio* consiste nell'esigenza di impedire impugnazioni di carattere strumentale e speculativo, 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 del ricorrente, ma solo avvalendosi degli automatismi insiti nella determinazione automatica della soglia di anomalia (cfr. Cons. Stato, V, 20 dicembre 2021, n. 8460; V, 23 novembre 2020, n. 7332; V, 27 ottobre 2020, n. 6542; V, 12 febbraio 2020, n. 1117), deve ritenersi che la preclusione non operi per le iniziative giurisdizionali dirette 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 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 novembre 2021, n. 7303; V, 22 gennaio 2021, n. 683).

Solo a queste condizioni, infatti, si evita la preclusione del "*fatto compiuto*", vale a dire l'impedimento all'esercizio dell'azione giurisdizionale derivante *dal solo fatto* che la stazione appaltante abbia concluso la fase di ammissione dei concorrenti e assunto il provvedimento di aggiudicazione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 maggio 2022, n. 4056).

2.2.4. Quest'ultimo profilo merita di essere approfondito.

L'applicazione in senso letterale del principio di invarianza consentirebbe alla stazione appaltante – pur consapevole dell'esistenza di ragioni di esclusione nei confronti di taluno dei concorrenti (che, ove disposta, condurrebbe alla revisione della soglia di anomalia) – di procedere fino all'adozione del provvedimento di aggiudicazione, così da far scattare nei tempi che ella stessa governa la relativa preclusione.

Il momento in cui è emersa l'esistenza di una (possibile) causa di esclusione di uno dei concorrenti assume, così, un valore decisivo per qualificare l'azione giurisdizionale intrapresa dal concorrente che si assume pregiudicato.

Se la causa di esclusione è emersa quand'ancora non era stata disposta l'aggiudicazione, l'iniziativa del concorrente è senz'altro legittima, non potendo egli subire preclusioni (e decadenze) processuali (il "*fatto compiuto*" di

cui si è detto) che derivano direttamente dalle decisioni assunte dall'amministrazione (sua controparte del giudizio).

In questi casi, d'altronde, prima ancora che l'ammissione in gara di un concorrente perché privo dei requisiti di partecipazione – che, come rammentato, potrebbe essere strumentalmente utilizzata al solo fine di ribaltare l'esito sfavorevole della procedura – il ricorrente contesta lo sviamento di potere che inficia l'azione della stazione appaltante, la quale, consapevole dell'esistenza di una causa di esclusione nei confronti di un concorrente (e, dunque, dell'inesatto calcolo della soglia di anomalia) nondimeno sia andata oltre, fino all'aggiudicazione del contratto.

2.2.5. Per le ragioni ora esposte, l'iniziativa giurisdizionale intrapresa da -OMISSIS-. avverso l'aggiudicazione alla -OMISSIS- per mancata esclusione della -OMISSIS- è senz'altro legittima, poiché alla Città metropolitana di Napoli era stata segnalata l'esistenza di una ragione di esclusione dalla procedura della-OMISSIS-. il 4 dicembre 2020, quand'erano state solo completate le operazioni del seggio di gara con l'individuazione della migliore offerta, ma non era stata ancora adottata alcuna determinazione di aggiudicazione.

Come risulta dai documenti versati in atti, infatti, il seggio di gara concludeva le sue operazioni il 24 novembre 2020 e la stazione appaltante si limitava ad approvale in vista dei successivi adempimenti il 7 dicembre 2020; a quella data la stazione appaltante, dunque, era già a conoscenza dell'esistenza della causa di esclusione della -OMISSIS- avendone ricevuto segnalazione di -OMISSIS-. e non aveva adottato alcun provvedimento di aggiudicazione intervenuto solo il 3 febbraio 2021.

2.2.6. La decisione dell'amministrazione è tanto più criticabile ove si consideri l'opposta determinazione assunta rispetto all'altro concorrente -OMISSIS-, escluso dalla procedura, con conseguente ricalcolo della soglia di anomalia.

Gli argomenti dell'appellante per dire differenti le due situazioni non convincono.

Non la circostanza che della causa di esclusione del -OMISSIS- la stazione appaltante abbia avuto conoscenza prima della conclusione delle operazioni del seggio di gara, laddove, invece, quella della -OMISSIS- sia stata resa nota solo quando queste erano già concluse, poiché in entrambi i casi si era ben lontani dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione, che sarebbe avvenuta solo a distanza di diversi mesi.

Neppure il fatto che nel caso del -OMISSIS- si doveva solo prendere atto della comunicazione proveniente dalla Prefettura – tanto che a parere dell'appellante l'esclusione sarebbe mera correzione dell'errore commesso dalla stazione appaltante nell'inserire l'operatore economico nell'elenco dei concorrenti – mentre nel caso della -OMISSIS- era necessario avviare una vera e propria istruttoria finalizzata ad accertare l'esistenza della causa di esclusione, poiché, ricevuta la segnalazione, la stazione appaltante avrebbe dovuto comunque attivarsi, svolgendo ogni approfondimento, per vagliarne la fondatezza.

2.2.7. È accaduto, invece, che la Città metropolitana, ricevuta la segnalazione relativa a -OMISSIS- abbia applicato il principio di invarianza e tenuto ferma la soglia di anomalia, in precedenza, invece, rideterminata per l'esclusione del -OMISSIS-.

È indubbio alla luce di quanto in precedenza esposto che in questo modo la stazione appaltante abbia fatto regredire il momento di operatività della preclusione dell'invarianza ad una fase della procedura ben antecedente rispetto a quella dell'aggiudicazione definitiva, che, come detto, è il solo atto preclusivo di ogni ulteriore variazione.

2.2.8. Per completare il ragionamento, è, però, necessario affrontare un'ulteriore questione, anch' essa riproposta con i motivi di appello: occorre domandarsi se l'inversione procedimentale quale modalità prescelta dalla stazione appaltante per la selezione del contraente incida sull'operatività del principio di invarianza nei termini fino a questo momento esposti.

Precisato che nel caso di procedura con inversione procedimentale *ex* art. 133, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 la fase della valutazione delle offerte precede quella di verifica dell'ammissibilità, si potrebbe sostenere che il principio di invarianza operi già a partire dalla proposta di aggiudicazione, poiché, successivamente ad esso, la stazione appaltante verificherà il possesso dei requisiti solo per l'aggiudicatario e non per gli altri concorrenti.

In sostanza, per l'assenza di una fase di ammissione dei concorrenti l'operatività del principio di invarianza dovrebbe regredire rispetto al momento cui esso opera in una ordinaria procedura di gara.

2.2.9. La tesi, ampiamente argomentata anche dalla Città metropolitana nelle sue difese, non può essere condivisa.

Non v'è valida ragione che possa indurre a derogare – per la sola procedura che si svolga con inversione procedimentale *ex* art. 133, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 – dalla regola per la quale è il provvedimento di aggiudicazione, e non la proposta di aggiudicazione, il momento a partire dal quale opera il principio di invarianza, per la natura solo endoprocedimentale della proposta, non preclusiva dell'esercizio dei poteri di riesame delle precedenti determinazioni assunte nel corso della procedura di gara.

In secondo luogo, non è corretto affermare che in procedura svolta con l'inversione procedimentale la decisione sull'ammissione del concorrente riguardi solo colui che sia stato proposto come aggiudicatario e non gli altri; vi osta il chiaro tenore dell'art. 80, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016 per il quale "*Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui al comma 1, 2, 4 e 5*"; per la sua portata generale è già stato ritenuto che tale disposizione stabilisca una regola valida anche in caso di procedura di gara che si svolga con l'inversione procedimentale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2022, n. 8336).

Infine, come ben rilevato dal giudice di primo grado, a volere seguire l'opposto ragionamento, si avrebbe una palese violazione dell'art. 133, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 nella parte in cui (terzo periodo) precisa che: "*Se si avvalgono di tale possibilità* [ossia dell'inversione procedimentale], *le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 136 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice*"; evitare il ricalcolo della soglia di anomalia mantenendo in gara un concorrente per il quale è nota l'esistenza di una causa di esclusione significa pervenire all'aggiudicazione ad offerente che non ne avrebbe diritto se l'anomalia fosse correttamente calcolata.

2.2.10. Per il chiaro richiamo normativo l'esigenza che l'aggiudicazione avvenga in maniera imparziale e trasparente prevale sull'altra ragione, di celerità nella scelta del contraente, che pure giustifica il ricorso all'inversione procedimentale.

Assegnare, infine, un rilievo decisivo al momento in cui la stazione appaltante ha avuto conoscenza della causa di esclusione di uno dei concorrenti consente di evitare ogni rischio di rimodulazione della platea dei concorrenti a consapevole beneficio di uno di essi e a danno di altri.

2.3. In conclusione, come già ritenuto dal giudice di primo grado, il principio di invarianza non era valido impedimento all'accertamento dell'esistenza della causa di esclusione segnalata nei confronti di -OMISSIS- e, ove ritenuta fondata, al ricalcolo della soglia di anomalia.

Il ricorso proposto da -OMISSIS-. era, dunque, supportato dalle condizioni dell'azione e, in particolare ai fini che qui interessano, dall'interesse a ricorrere.

3. Occorre, infine, soffermarsi sull'ultimo motivo proposto.

3.1. Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, il giudice di primo grado non solo ha ritenuto superabile la preclusione dell'invarianza, ma anche esplicitamente statuito sulla causa di esclusione della -OMISSIS- dalla

procedura. In sentenza, infatti, dato atto che la -OMISSIS- era stata colpita da interdittiva antimafia l'11 giugno 2020, è precisato che: "*la circostanza che un operatore economico sia colpito da interdittiva antimafia comporta l'obbligo per l'amministrazione di escluderlo dalla gara, ai sensi dell'art. 80, comma 2, del codice dei contratti pubblici*".

3.2. Né, invero, può dirsi che il giudice fosse tenuto ad affrontare l'ulteriore questione, evocata dall'appellante, dell'impossibilità di escludere un concorrente che al momento della presentazione della domanda di partecipazione fosse in possesso del requisito, poi perduto in corso di gara.

Va precisato, infatti, che tale ultima argomentazione si rinviene nella *Relazione istruttoria* diretta dall'Area tecnica istituzionale mobilità e viabilità della Città metropolitana all'Area avvocatura e non nei provvedimenti di gara nei quali è fatto riferimento al solo principio di invarianza quale ragione di inaccoglibilità dell'istanza di -OMISSIS-. e che, nella stessa *Relazione*, il riferimento alla situazione di -OMISSIS- al momento della presentazione della domanda di partecipazione è volto al solo scopo di precisare che l'esclusione della stessa avrebbe richiesto, a differenza di quanto accaduto nel caso del -OMISSIS-, un approfondimento istruttorio (circostanza, come già esposto, del tutto irrilevante).

3.3. Ad ogni buon conto, quale che fosse la situazione della -OMISSIS- al momento della presentazione della domanda di partecipazione, è incontestato che, quando la -OMISSIS-. ha rivolto la sua segnalazione alla Città metropolitana, la causa di esclusione fosse già esistente ed è noto che il principio di continuità nel possesso dei requisiti impone l'esclusione del concorrente che, nel corso della procedura, abbia perduto un requisito di partecipazione.

4. In conclusione, tutti i motivi di appello possono essere respinti e la sentenza di primo grado integralmente confermata con gli effetti conformativi ivi enunciati.

5. La parziale novità delle questioni trattate – in specie in relazione alla modalità procedurale prescelta dalla stazione appaltante – giustificano la compensazione delle spese anche del presente grado del giudizio.

P.Q.M.

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

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del presente grado del giudizio.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte privata appellata.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 settembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.