Pubblicato il 02/09/2019

N. 06013/2019REG.PROV.COLL.
N. 01802/2019 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 numero di registro generale 1802 del 2019, proposto da

Caldani Irrigazione S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Frontoni e Gianluca Luzi, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Massimo Frontoni in Roma, via Guido D'Arezzo, n. 2;

contro

Acquedotto del Fiora S.p.A, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Capecchi e Jacopo Quintavalli, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

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

nei confronti

So.Co.Mi. S.r.l., Lombardini Giuseppe S.r.l., non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, sez. I, n. 269/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Acquedotto del Fiora S.p.A e di Celfa S.r.l., che hanno spiegato anche appello incidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 luglio 2019 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Luzi, Capecchi e Marras, per delega di Toscano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Acquedotto del Fiora S.p.A., gestore del servizio idrico integrato per i cinquantacinque Comuni facenti parte della Conferenza territoriale n. 6 - Ombrone, promuoveva ai sensi dell'art. 36, comma 8, d. lgs. n. 50/2016 una procedura negoziata preordinata all'affidamento dei "*lavori di manutenzione ordinaria degli impianti e delle infrastrutture*", per un importo di € 5.260.000,00 (di cui € 394.500,00 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso), da aggiudicarsi – previa esclusione automatica, *ex* art. 97, comma 8 d. lgs. cit., delle offerte anomale – secondo il criterio del prezzo più basso.

Acquisite le offerte, nella seduta (pubblica) del 21 dicembre 2018 la commissione di gara procedeva al sorteggio del criterio di individuazione della soglia di anomalia, che risultava quello di cui alla

lettera *d*) dell'art. 97 del *Codice*, corrispondente alla "*media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse incrementata del dieci per cento*".

All'esito poi dell'esame della documentazione amministrativa la predetta commissione riscontrava che la Lombardini Giuseppe s.r.l. aveva presentato una polizza provvisoria relativa ad una diversa gara ed attivava, ai fini della acquisizione del documento corretto, il soccorso istruttorio in favore della concorrente.

Di seguito, secondo quanto espressamente prescritto dalla *lex specialis*, la commissione procedeva alla apertura delle buste economiche, escludendo la Procelli Costruzioni perché non aveva presentato la dichiarazione di offerta sottoscritta dal legale rappresentante, come previsto dalla lettera di invito; quindi, data lettura dei ribassi offerti, disponeva la sospensione della gara per consentire al concorrente ammesso con riserva di fornire i chiarimenti richiesti tramite il soccorso istruttorio.

Nella successiva seduta del 3 gennaio 2019, verificato che la polizza presentata in adempimento del soccorso istruttorio era stata emessa in data 24 dicembre 2018 (cioè successivamente alla data di scadenza di presentazione delle offerte), sanciva l'esclusione della Lombardini Giuseppe s.r.l., sull'assunto che fosse inibita la regolarizzazione postuma del requisito di partecipazione.

Di conserva, individuava sulla base delle offerte rimaste in gara ed in virtù del criterio già sorteggiato la soglia di anomalia (che risultava pari al 20,26%) e, dopo avere proceduto alla esclusione automatica delle offerte che avevano presentato un ribasso pari o superiore alla ridetta soglia, tra cui quella della odierna appellata CELFA S.r.l., individuava come prima graduata l'offerta della Caldani Irrigazione

S.r.l., che aveva offerto un ribasso del 20,14%, alla quale la gara veniva definitivamente aggiudicata.

2.- Gli esiti della detta procedura di gara venivano contestati con rituale ricorso proposto dinanzi al TAR per la Toscana dalla CELFA s.r.l., la quale lamentava:

a) in via principale, la violazione della c.d. clausola di invarianza della soglia di anomalia, stabilita dall'art. 95, comma 15 d. lgs. n. 50/2016, per avere la Commissione di gara proceduto alla apertura delle buste economiche e calcolato la soglia di anomalia solo dopo la conclusione della fase di regolarizzazione, cui era stata ammessa una delle concorrenti (laddove, se la ridetta soglia fosse stata calcolata immediatamente, ne sarebbe discesa l'aggiudicazione in proprio favore, avendo formulato una offerta migliore);

b) in via subordinata, la violazione degli artt. 83, co. 3 e 93 d. lgs. cit., avuto riguardo alla illegittima esclusione della ditta Lombardini, al quale avrebbe, in tesi, regolarizzato la propria posizione (discendendone parimenti ed in ogni caso, in virtù del gioco delle medie, l'aggiudicazione a proprio favore);

c) in via ulteriormente gradata, la violazione del principio della necessaria separazione delle fasi di gara e della segretezza delle offerte (con conseguente obbligo di integrale rinnovazione della procedura).

3.- Nella resistenza della stazione appaltante e della controinteressata, con la sentenza distinta in epigrafe, resa in forma semplificata, il primo giudice:

a) rigettava la prima censura, sull'assunto che nei confronti della Lombardini s.r.l. non fosse stato adottato un provvedimento di

formale ammissione, idoneo a legittimare l'operatività del canone di cristallizzazione delle medie;

b) rigettava, parimenti, la seconda censura sull'argomentato presupposto della irritualità di una postuma regolarizzazione della garanzia, non sufficiente, come tale, a soddisfare il requisito della copertura per almeno 180 giorni;

c) accoglieva, peraltro, la terza ragione di doglianza, in base al rilievo che l'apertura delle offerte economiche ed il sorteggio del criterio di individuazione della soglia di anomalia, in un momento in cui non era ancora definito l'ambito dei soggetti ammessi alla procedura, avrebbe configurato la violazione del principio di netta separazione funzionale e temporale tra la fase di ammissione dei concorrenti e le successive operazioni di aggiudicazione, applicabile anche ai settori speciali e talmente grave da comportare la necessità di riedizione della intera procedura.

4.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, Caldani Irrigazione s.r.l. insorge avverso la ridetta statuizione, di cui argomenta, per quanto di interesse, l'erroneità, auspicandone la riforma.

Si sono costituite per resistere al gravame sia Acquedotto Del Fiora s.p.a. che CELFA s.r.l., articolando, nel rispettivo e confliggente interesse, appelli incidentali (impropri) sui capi di sentenza per i quali sono rimaste rispettivamente soccombenti.

Nel rituale contraddittorio delle parti, alla pubblica udienza del 18 luglio 2019, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello principale di Caldani Irrogazione s.r.l., insieme a quello incidentale proposto da Acquedotto Del Fiora, è fondato e va accolto; l'appello incidentale di CELFA s.r.l. è infondato e va respinto.

2.- Nell'ordine logico delle questioni giova esaminare per primo il ricorso incidentale, a valersi come autonomo, proposto da CELFA s.r.l., che veicola censure articolate in via dichiaratamente principale in prime cure ed il cui prospettico accoglimento imporrebbe, in luogo della rinnovazione della gara, la diretta aggiudicazione in suo favore del contratto, avendo formalizzato la proposta economica migliore.

3.- L'assunto a base del primo motivo di doglianza è che la sentenza impugnata non avrebbe tratto il corretto corollario dalla acclarata inversione dell'ordine procedimentale, avuto particolare riguardo al c.d. principio di "*invarianza delle soglie*" (scolpito all'art. 95, comma 15 del *Codice dei contratti pubblici*), la cui funzione è quella di sterilizzare il rischio che la permanenza in gara di un concorrente in seguito escluso possa alterare, in guisa anticoncorrenziale e perfino fraudolenta, il calcolo della soglia di anomalia.

3.1.- Il motivo non è fondato.

Come è noto, il c.d. principio di invarianza (a tenore del quale, nella formulazione risultante prima della, non rilevante, integrazione operata con il d.l. n. 32/2019, conv. con modifiche dalla l. n. 55/2019, "*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*"), è stato introdotto con l'art. 38, comma 2 *bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006 e

riprodotto nel vigente *Codice dei contratti pubblici*, all'art. 95, comma 15, per evitare che le variazioni sulle ammissioni/esclusioni dalle gare, ancorché accertate giurisdizionalmente, sortiscano effetti in punto di determinazione delle medie e delle soglie di anomalia, da ritenersi ormai cristallizzate, alla luce di un consolidato orientamento giurisprudenziale, al momento dell'aggiudicazione.

La regola mira a sterilizzare, per comune intendimento, l'alterazione della trasparenza e della correttezza del confronto concorrenziale, potenzialmente correlata alla partecipazione *di fatto* di un concorrente solo successivamente estromesso della gara (cfr. Cons. Stato, sez. III, 22 febbraio 2017, n. 841, rendendo irrilevante "*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. V, 30 luglio 2018, n. 4664).

Il criterio, che, come tale, traduce anche il principio di conservazione degli atti giuridici, ha dovuto confrontarsi con la regola, introdotta con l'art. 120, commi 2 *bis* e 6 *bis* c.p.a., dell'onere di immediata impugnazione delle ammissioni (e delle esclusioni). Invero, la giurisprudenza ha precisato che l'autonomia della fase di ammissione e esclusione e la previsione di un apposito rito accelerato impediscono l'immediata "*cristallizzazione delle medie*", giacché l'accoglimento dell'impugnazione delle ammissioni "*non può non retroagire*", e che, diversamente opinando, "*la stabilizzazione della soglia sarebbe 'sterilizzata' da ogni eventuale illegittimità di una ammissione o esclusione tempestivamente contestata*" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579).

Ciò posto, quanto alla individuazione del momento temporale idoneo a cristallizzare le offerte, la norma è chiara nell'individuarlo nella definizione, in via amministrativa, della fase di ammissione (che, naturalmente, riguarda anche la *non ammissione*, cioè la esclusione), includendovi, peraltro, anche la fase di *regolarizzazione*, che si riferisce alle situazioni in cui sia stato attivato il soccorso istruttorio.

Ne discende che, nella logica della norma, la eventuale fase di regolarizzazione rientra ancora nella fase di ammissione (tanto che l'offerta ammessa al soccorso istruttorio deve ritenersi ammessa "*con riserva*"), di tal che solo modifiche soggettive *successive* all'esperimento del soccorso istruttorio sono soggette al canone di invarianza.

Risulta dunque corretto nel caso di specie l'operato della stazione appaltante, che ha ritenuto "*non conclusa*" la fase di ammissione fino alla definizione del soccorso, con ciò sottraendo la vicenda alla applicazione della regola in questione.

Del resto, si è più in generale ritenuto che la ridetta fase non possa ritenersi conclusa "*almeno finché non sia spirato il termine per impugnare le ammissioni e le esclusioni*" e comunque "*finché la stessa stazione appaltante non possa esercitare il proprio potere di intervento di autotutela ed escludere 'un operatore economico in qualunque momento della procedura' (art. 80, comma 6, del d. lgs. n. 50 del 2016) e, quindi, sino all'aggiudicazione (esclusa, quindi, l'ipotesi di risoluzione "pubblicistica" di cui all'art. 108, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016, successiva alla stipula del contratto)*" (cfr. Cons. Stato sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579).

La sentenza impugnata, essendosi conformata al riassunto principio, deve perciò ritenersi, sul punto, esente da censure.

4.- Con distinto motivo di gravame, l'appellante incidentale si duole che il primo giudice abbia ritenuto non idonea la polizza assicurativa

prodotta dalla Lombardini s.r.l., sol perché redatta in epoca successiva al termine di scadenza per la presentazione delle offerte, laddove – siccome la stessa, in quanto ad effetti dichiaratamente retroattivi, era in grado di "*coprire*" l'intero periodo di centottanta giorni per i quali il concorrente è vincolato dalla propria proposta negoziale – doveva ritenersi pienamente regolarizzata.

4.1.- Il motivo non è fondato.

Ai sensi dell'art. 83, comma 9 del *Codice dei contratti pubblici*, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio le "*carenze di qualsiasi elemento formale della domanda*", con esclusione di quelli "*afferenti all'offerta*".

La "*garanzia provvisoria*" – destinata a coprire la "*mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione*" per fatto non imputabile alla stazione appaltante (cfr. art. 93, comma 6 d. lgs. n. 50 cit.) – non costituire un elemento formale, ma, in quanto posta a "*corredo*" dell'offerta (cfr. art. 93, comma 1), deve ritenersi "*afferente*" alla stessa (e non alla documentazione relativa alla dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione), essendo come tale sottratta – per il principio che impedisce, a salvaguardia della *par condicio,* la modifica delle proposte negoziali da parte dei concorrenti – alla possibilità di soccorso istruttorio.

Nel caso di specie, peraltro, il soccorso è stato bensì ammesso, ma sul mero presupposto che fosse stata omessa, per mero errore e/o dimenticanza, la relativa documentazione: laddove il riscontro della avvenuta *regolarizzazione postuma* ha correttamente imposto l'estromissione dalla gara.

Anche sotto il profilo in questione, per tal via, la sentenza impugnata merita conferma e l'appello incidentale di CELFA s.r.l. deve essere, per ciò, complessivamente respinto.

5.- Con l'appello principale (conforme, sul punto, all'appello incidentale proposto dalla stazione appaltante) la sentenza viene censurata nella parte in cui ha ritenuto violato l'ordinato svolgimento della gara, sul presupposto che l'apertura delle buste economiche sarebbe stata effettuata prima ancora della conclusione della fase di ammissione delle riserve, con una potenziale alterazione del meccanismo di aggiudicazione, in tesi rimesso al concorrente in questione, che con il proprio comportamento avrebbe potuto influenzare l'esito della gara.

5.1.- Il motivo è fondato.

Il ragionamento seguito dal primo giudice (che, per giunta, si pone in singolare contraddizione con la reiezione delle diverse e, in certo modo, convergenti ragioni di doglianza) finisce per postulare una radicale e sostanziale cesura tra la fase di ammissione dei concorrenti e la fase di apertura delle buste economiche che non trova riscontro nel complessivo quadro normativo e che appare, al contrario, smentita: *a*) dalla possibilità che il riscontro della carenza dei requisiti di partecipazione, con pedissequa adozione di misura espulsiva, avvenga "*in qualunque momento della procedura*" (cfr. art. 80, comma 6 d. lgs. n. 50/2016, richiamata per i settori speciali dall'art. 133 e 136) e quindi anche a buste aperte; *b*) dalla possibilità di attivare il soccorso istruttorio in qualunque fase della procedura (cfr. art. 85, comma 5, anch'esso direttamente applicabile ai settori speciali).

Tali previsioni dimostrano che la fase di ammissione (e/o regolarizzazione e/o esclusione) si estende per tutta la durata della

procedura, a nulla rilevando che nelle more si sia proceduto alla apertura delle buste contenenti l'offerta economica, definendosi soltanto con l'aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579 cit.).

6.- Le considerazioni che precedono, assorbenti di ogni altro rilievo, danno ragione della fondatezza dell'appello e della necessità di riformare la sentenza impugnata, con conseguente, integrale reiezione del ricorso di primo grado.

Sussistono giustificate ragioni per disporre, tra le parti costituite, l'integrale compensazione di spese e competenze di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede: *a*) accoglie l'appello principale di Caldani Irrogazioni s.r.l. e quello incidentale di Acquedotto Del Flora S.p.A.; b) respinge l'appello incidentale di Celfa s.r.l. e, per l'effetto, c) in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado; *d*) compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO