

N. 00740/2015REG.PROV.COLL.

N. 00421/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 421 del 2015, proposto da Impresa Co.Gi.Pa. S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'Avv. Salvatore Giacalone, con domicilio eletto presso Lucia Di Salvo in Palermo, Via Notarbartolo 5;

contro

Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, Istituto Comprensivo Statale "Antonino Rallo" di Favignana, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata in Palermo, Via De Gasperi, n. 81;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Sicilia – Palermo, sezione I n. 583/2015, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, dell'Istituto Comprensivo Statale "Antonino Rallo" di Favignana nonché dell'Impresa Satipell S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 novembre 2015 il Cons. Vincenzo Neri e uditi per le parti gli Avvocati S. Giacalone, E. Amoroso e l'Avvocato dello Stato Tutino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'appellante partecipava alla gara indetta per l'aggiudicazione dell'appalto dei lavori di riqualificazione dei locali dell'Istituto scolastico Antonino Rallo di Favignana e veniva individuata come aggiudicataria provvisoria nella seduta del 27 novembre 2014. Successivamente il seggio di gara disponeva, in autotutela, la riammissione di cinque imprese

inizialmente escluse per non avere allegato la fotocopia del documento di identità all'offerta economica e, ricalcolata la soglia di anomalia, aggiudicava l'appalto in via definitiva alla controinteressata.

L'Impresa COGIPA proponeva ricorso innanzi al Tar deducendo l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante sia con riferimento alla violazione dell'articolo 38, comma 2 bis, codice contratti sia in relazione all'illegittima riammissione delle imprese originariamente escluse.

Il Tar, con la sentenza impugnata, rigettava il ricorso.

Proponeva appello l'interessata e nel giudizio di impugnazione si costituivano sia la stazione appaltante sia la controinteressata divenuta aggiudicataria definitiva.

Con ordinanza 17 aprile 2015 n. 265 questo Consiglio, sulla base di una valutazione comparativa dei contrapposti interessi, ritenendo preminente l'interesse sotteso al sollecito avvio dei lavori, respingeva l'istanza cautelare.

Quindi all'udienza pubblica del 19 novembre 2015 la causa passava in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello l'interessata deduce la violazione dell'ultimo periodo dell'articolo 38, comma 2 bis, codice contratti, come inserito dall'articolo 39 d.l. 24 giugno 2014 n. 90. Per l'appellante, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non sarebbe possibile, come invece è avvenuto nel caso di specie, procedere nuovamente al calcolo delle medie e alla individuazione della soglia di anomalia. In particolare, con riferimento al caso di specie, la stazione appaltante, dopo aver riammesso le imprese originariamente escluse per la mancata allegazione della fotocopia del documento di identità, non avrebbe dovuto procedere alla nuova individuazione della soglia di anomalia proprio in considerazione della novella legislativa del 2014.

Con il secondo motivo di ricorso viene dedotta l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante nella parte in cui ha proceduto ad ammettere nuovamente, annullando in autotutela il provvedimento di esclusione, le imprese che non avevano corredato l'offerta con la fotocopia del documento di identità.

2.1. Reputa il collegio di esaminare prioritariamente la seconda censura. La doglianza, oltre a manifestare evidenti profili di inammissibilità per mancanza di esplicita critica al percorso logico-giuridico seguito dalla decisione di primo grado, è infondata.

2.2. Il TAR ha così deciso sul punto: « *Per respingere la censura, è sufficiente richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui un tale obbligo non può essere imposto con riferimento a dichiarazioni di volontà negoziale qual è l'offerta economica; e ciò, anche nella considerazione che, nella ratio dell'art. 38 più volte citato, detto obbligo attiene alle dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà da produrre alla pubblica amministrazione (Consiglio di Stato, Sez. V, 15 luglio 2014, n. 3712; 20 dicembre 2013, n. 6125).*

Ciò premesso, l'attuale formulazione dell'art. 46 del Codice dei Contratti – pure invocato dalla ricorrente – non consente l'inserimento nei bandi di gara di clausole espulsive non conformi alle prescrizioni previste dal codice, dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, salvi i casi – per quanto qui di interesse – di "incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali", in ossequio al principio di tassatività delle cause di esclusione; con conseguente comminatoria della nullità di clausole espulsive non comprese nell'art. 46.

Ne consegue che:

- l'esclusione dalla gara non può essere disposta per ipotesi qual è quella in esame, atteso che essa non è contemplata né dal Codice, né dal regolamento attuativo, né corrisponde a "adempimenti doverosi" previsti da leggi statali;

- la mancata allegazione della copia del documento di identità non implica alcuna incertezza sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta; e, sotto tale profilo, va osservato che la busta contenente l'offerta economica era inserita in un unico plico, idoneamente sigillato e controfirmato, unitamente alla busta contenente la "documentazione", nella quale, a sua volta, era previsto l'inserimento della domanda di partecipazione e l'allegazione, a pena di esclusione, di copia del documento di identità del sottoscrittore;

- la clausola impositiva di tale adempimento, in quanto imposto dalla lex specialis a pena di esclusione, è pertanto nulla per contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione posto dal citato art. 46 (v. Cons. Stato, Sez. V, n. 3712/2014 cit.) ».

2.3. Per la decisione della doglianza va osservato che:

- a) originariamente la stazione appaltante aveva escluso cinque operatori economici per la mancata allegazione all'offerta economica della copia del documento di identità del sottoscrittore;
- b) la *lex specialis* prevedeva tale adempimento a pena di esclusione;
- c) la stazione appaltante, procedendo in autotutela, ha annullato la precedente esclusione e riammesso in gara gli operatori economici con conseguente rideterminazione della soglia di anomalia.

Ciò premesso, a giudizio del Consiglio, merita condivisione la decisione assunta dal giudice di primo grado. Ed invero, nonostante il fatto che la legge di gara prevedesse l'esclusione nel caso di mancata allegazione del documento di identità, va ricordato che tale adempimento, oltre a non essere espressamente richiesto da alcuna norma di legge, si scontra con il divieto di individuazione di ulteriori cause di esclusione diverse da quelle previste dall'articolo 46 codice contratti (*"i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle"*). Nel caso in cui il bando di gara, o altro atto a questo equivalente quale il disciplinare di gara, introducano cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle contemplate all'articolo 46 codice contratti, come è noto, il legislatore prevede la nullità della relativa clausola. La specifica sanzione – ossia quella della nullità e non della "semplice" annullabilità – evidenzia l'interesse pubblico sotteso alla necessità di limitare l'individuazione di ulteriori cause di esclusione e, sotto altro aspetto, determina l'immediata eliminazione della clausola nulla dalla legge di gara. Conseguentemente, a differenza del caso in cui la clausola sia "semplicemente" annullabile, la stazione appaltante deve ammettere le imprese originariamente escluse anche in presenza di siffatta clausola nulla. Tale conclusione è in linea con quanto già affermato dall'Adunanza Plenaria che, con la sentenza 25 febbraio 2014 n. 9, nel caso di legge di gara che, in violazione del principio di tassatività, introduce cause di esclusione non previste dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali, ha stabilito che "la clausola escludente è nulla, priva di efficacia e dunque inapplicabile da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice".

Va solo aggiunto che, anche a ragionare in modo diverso, la stazione appaltante, a giudizio del Consiglio, non avrebbe comunque potuto disporre l'espulsione dalla gara delle imprese ma, trattandosi di gara indetta dopo l'entrata in vigore del decreto-legge 90 del 2014, avrebbe dovuto attivare doverosamente il soccorso istruttorio, trattandosi di irregolarità certamente sanabili.

3.1. Occorre ora passare al primo motivo di appello. Va preliminarmente esaminata la dedotta inammissibilità della censura. Per l'appellata controinteressata, l'appellante si sarebbe limitata a proporre nuovamente il motivo di ricorso senza contestare quanto affermato dal giudice di primo grado e, in sostanza, effettuando solo un approfondimento della doglianza avanzata davanti al TAR.

Al riguardo va osservato che l'appellante, dopo aver riportato la norma invocata (pagina 4 dell'appello), ha affermato che l'uso della congiunzione "anche" rende evidente l'intenzione del legislatore di riferirla anche ai "provvedimenti di II grado, riguardanti soggetti diversi dall'aggiudicatario, adottati dal Seggio di gara..." (pagina 5 dell'appello). Per l'interessata, inoltre, il momento conclusivo della fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte sarebbe segnato "dalla determinazione della platea delle offerte ammesse od escluse e dalla conseguente apertura dei plichi contenenti le offerte economiche, con correlativa cristallizzazione endoprocedimentale..." (ancora pagina 5 dell'appello). La *ratio* della novella legislativa sarebbe "quella di non consentire all'Amministrazione di assumere decisioni discrezionali dopo aver conosciuto l'esito della gara e ciò al fine di evitare che le stesse possano essere influenzate ... dalla precedente conoscenza delle offerte" (pagina 6 dell'appello) apparendo "irrazionale sostenere con il I Giudice che, in caso di violazione delle norme sul soccorso istruttorio (circostanza che, all'evidenza integra un vizio pari ad ogni altro vizio che fosse riscontrabile nella procedura), la fase endoprocedimentale in discorso, nonostante le buste contenenti le offerte economiche siano state aperte, non si sarebbe conclusa, sì da essere possibile, chissà perché solo in tali casi, l'esercizio di autotutela al bisogno..." (ancora pagina 6 dell'appello).

A giudizio del Consiglio, seppure in maniera stringata, l'appello contiene una critica alla decisione del TAR che, in sostanza, non ha ritenuto applicabile la norma in questione alla fattispecie ora esaminata, facendo leva sulla necessità di interpretare congiuntamente la prima parte e la seconda parte del già richiamato articolo 38, comma 2 bis, codice contratti anche in considerazione del generale potere di autotutela spettante all'amministrazione.

4. Nel merito va ricordato che la norma di legge così stabilisce: «*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*».

Appare evidente che la soluzione della questione di diritto postula la definizione del perimetro applicativo della predetta disposizione nel suo richiamo ad "ogni variazione" intervenuta non solo in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale ma "anche" per effetto di un provvedimento amministrativo di autotutela della stazione appaltante.

4.1. Per una prima tesi il legislatore del 2014 avrebbe vietato, oltre che la rideterminazione della media e della soglia di anomalia in sede giurisdizionale, anche la possibilità per l'amministrazione di agire in autotutela rispetto agli atti di ammissione alla (o di esclusione dalla) gara già disposti dall'amministrazione in sede di verifica. La finalità della disposizione in questione sarebbe quella di evitare che, intrapresa la gara, la stazione appaltante possa strumentalmente decidere di rivedere in autotutela precedenti atti di ammissione o esclusione allo scopo di favorire un determinato operatore economico. Per questa opinione, poi, all'impresa danneggiata dal divieto di agire in autotutela (ossia l'impresa che sarebbe stata aggiudicataria se la stazione appaltante, accortasi dell'errore, avesse potuto annullare la precedente ammissione o esclusione) non spetterebbe neppure il diritto al risarcimento del danno perché "il calcolo della media delle offerte quanto la determinazione della soglia di anomalia attengono ... a dati convenzionali, sicché il legislatore, nell'esercizio della proprie scelte discrezionali, ben può circoscrivere gli elementi rilevanti per la definizione di entrambe le grandezze, nello specifico negando rilevanza alle sopravvenienze cui la norma in questione ha avuto riguardo" (Cons. St., V, 26 maggio 2015 n. 2609), dovendosi disconoscere "in radice qualunque forma di protezione giuridica per l'interesse sostanziale dell'impresa che prospetti la necessità della rinnovazione di una fase del procedimento, in quanto il legislatore ha posto la regola della irrilevanza di alcune sopravvenienze, per rendere più stabili gli esiti finali del procedimento ed evitare che - anche ipoteticamente - possano esservi iniziative distorsive della leale concorrenza tra le imprese" (ancora Cons. St., V, 26 maggio 2015 n. 2609).

4.2. Per una seconda opinione, invece, la norma andrebbe interpretata in modo restrittivo dovendo prevalere sempre la possibilità per l'amministrazione di agire in autotutela. Per questa tesi il divieto di rivedere medie e soglie opererebbe solo dopo che l'amministrazione, avendo fatto uso del potere di soccorso istruttorio (come è noto ampliato proprio dal d.l. 90/2014), ha definitivamente deciso di ammettere o escludere un operatore. In altri termini, il principio generale di cura permanente degli interessi pubblici (sotteso al potere di agire in autotutela) giustificerebbe l'interpretazione restrittiva della norma relegandola solo all'ipotesi in cui l'ammissione o l'esclusione siano stati disposti a seguito dell'esercizio del soccorso istruttorio, così collegandosi la prima parte dell'articolo 38, comma 2 bis cod. contratti con la seconda parte.

4.3. Per una terza opinione, infine, la norma deve essere applicata privilegiandone l'interpretazione letterale e vietando dunque all'amministrazione di agire in autotutela dopo la decisione di ammettere o escludere l'operatore facendo però salva, anche per ragioni di compatibilità con il dettato costituzionale, la possibilità di chiedere il risarcimento dei danni.

5. A giudizio del Collegio, sotto un primo aspetto, la disposizione in questione – certamente incentrata sulla congiunzione "anche" nonché sulla locuzione "nella procedura" – va interpretata nel senso di non permettere qualsiasi successiva variazione della media e della soglia di anomalia o per effetto di una pronuncia giurisdizionale o in ragione di provvedimenti adottati dall'amministrazione in sede di autotutela. Tale conclusione risulta essere certamente una novità nel panorama legislativo e nell'ambito del diritto vivente che, sino a prima della disposizione in questione, aveva sempre assicurato una tutela effettiva giungendo sino al ricalcolo della media e della soglia di anomalia. I pur legittimi dubbi avanzati da parte di alcuni sulla razionalità della norma, tuttavia, si scontrano con la constatazione che tale interpretazione risponde alla finalità perseguita dal legislatore di giungere alla rapida stipulazione ed esecuzione del contratto.

Per evitare qualunque dubbio di legittimità costituzionale, va precisato che per l'interessato – ostacolato dalla norma nell'acquisire il bene della vita cui aspirava (ossia l'aggiudicazione, la stipulazione e l'esecuzione) – resta impregiudicata la possibilità del rimedio risarcitorio per equivalente nonché le connesse responsabilità dell'amministrazione e dei funzionari per il loro operato. Peraltro, concentrando la tutela sul risarcimento del danno per equivalente, si estende l'applicazione di istituti già sperimentati in altri settori, seppure sotto diverso aspetto (si veda, ad esempio, l'art. 125, commi 3-4, c.p.a.).

Né in senso diverso può affacciarsi il dubbio di compatibilità con la disciplina comunitaria perché la direttiva 66/2007 ha imposto l'inefficacia del contratto nei casi previsti dall'articolo 2 *quinquies* dir. 21 dicembre 1989 n. 89 (come modificata dalla direttiva 66 del 2007) – ipotesi queste che non ricorrono nella presente controversia – lasciando al legislatore nazionale la scelta sul tipo di tutela da accordare (in forma specifica o per equivalente) nelle altre ipotesi.

6. Sotto altro aspetto – ribadito per il giudice sia il divieto di procedere alla rideterminazione della soglia di anomalia su richiesta del ricorrente sia il potere (se vi è domanda in tal senso) di disporre il risarcimento del danno – occorre comprendere da quale momento per l'amministrazione opera il divieto di agire in autotutela. Come prima ricordato, la legge utilizza la locuzione "*successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte*" imponendo all'interprete di capire se per l'amministrazione il divieto di agire in autotutela scatta già dal momento in cui ha ammesso o ha escluso la singola impresa o da altro e differente momento.

Per una prima opinione, come accennato § 4, l'utilizzo della locuzione "*successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte*" significherebbe che l'amministrazione non può "ritornare sui suoi passi", agendo in autotutela, dopo che, nel momento destinato alla verifica dei requisiti, ha ammesso o escluso un operatore economico e, dunque, già sin dalla seduta in cui, aperta la busta, è stata decisa l'ammissione o l'esclusione. A maggior ragione, la stazione appaltante non dovrebbe poter fare ciò in un momento successivo quale è quello dell'aggiudicazione provvisoria o dell'aggiudicazione definitiva. In altri termini, ammesso o escluso un operatore economico, l'amministrazione non potrebbe rivedere la sua scelta a prescindere dal momento in cui si è accorta dell'errore (prima dell'aggiudicazione provvisoria, dopo l'aggiudicazione provvisoria e prima di quella definitiva, dopo l'aggiudicazione

definitiva). L'operatore pretermesso non avrebbe la possibilità di ottenere una 'revisione' in autotutela dell'operato dell'amministrazione (e l'aggiudicazione in suo favore) e, potrebbe agire solo per il risarcimento del danno, un volta accolta la prospettiva di cui al § 4.3.

7. A giudizio di questo Consiglio deve prevalere una diversa, e più coerente, interpretazione della norma che porta a limitare, per effetto della disposizione più volte richiamata, il potere dell'amministrazione di agire in autotutela solo dopo che la stazione appaltante ha adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva. In altri termini, nonostante il fatto che la norma possa legittimare una diversa interpretazione (maggiormente restrittiva del potere dell'amministrazione di agire in autotutela, escludendo tale possibilità sin dall'atto di ammissione o di esclusione), per il Consiglio, ragioni di carattere sistematico e logico impongono la soluzione che esclude il potere della stazione appaltante di agire in autotutela solo dopo l'adozione dell'atto di aggiudicazione definitiva, rimanendo possibile prima di tale momento. Militano in tale direzione i seguenti argomenti:

a) in primo luogo, dal punto di vista sistematico, va ricordato che l'articolo 11 cod. contratti individua le diverse fasi della procedura di evidenza pubblica – decreto o determina a contrarre, selezione dei contraenti, selezione dell'offerta, aggiudicazione definitiva, stipulazione del contratto – e tra queste non contempla la c.d. "fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte"; conseguentemente l'interprete deve ritenere che il divieto di ricalcolo delle soglie e delle medie operi solo dopo la conclusione di una "fase effettiva" della procedura di evidenza pubblica, fase questa individuabile proprio con il provvedimento di aggiudicazione definitiva;

b) in secondo luogo, sempre sotto un profilo sistematico, va osservato che l'atto di aggiudicazione provvisoria, pur essendo autonomamente impugnabile, non è individuabile come provvedimento conclusivo della procedura di evidenza pubblica, tanto da legittimare la giurisprudenza (*ex multis*, Cons. St., IV, 14 maggio 2015 n. 2455; Cons. St., III, 27 novembre 2014 n. 5877) ad escludere, seppure in modo non sempre pacifico, l'obbligo di avviso di avvio del procedimento volto all'annullamento o alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria (avviso di avvio che, invece, si configura come obbligatorio nel caso di aggiudicazione definitiva); in altri termini, proprio perché la "provvisoria determinazione non costituisce ancora la definitiva scelta del soggetto aggiudicatario della gara" (ancora Cons. St., IV, 14 maggio 2015 n. 2455) sarebbe incoerente escludere la possibilità di rivedere le pre-decisioni prese;

c) in terzo luogo, e ancora in via sistematica, va aggiunto che, se non si consentisse anche dopo la novella del 2014, alla stazione appaltante di rivedere gli esiti delle preliminari decisioni assunte durante la gara, purché prima dell'aggiudicazione definitiva, difficilmente si comprenderebbe quale attività di controllo l'organo competente ad adottare l'atto di aggiudicazione definitiva deve effettuare sugli atti compiuti dal seggio di gara sino all'aggiudicazione provvisoria;

d) in quarto luogo, così interpretando la norma, si coordina meglio la novella del 2014 con il principio di carattere generale di cura permanente dell'interesse pubblico sotteso al potere di autotutela amministrativa;

e) in quinto luogo, sotto un profilo logico, permettendo all'amministrazione di ravvedersi prima dell'aggiudicazione definitiva – senza frustrare le esigenze di celerità perseguite dalla norma (mentre diversa sarebbe la conclusione se fosse consentito all'amministrazione di ravvedersi dopo l'aggiudicazione definitiva) – si evita che l'amministrazione, pur essendosi accorta dell'errore, debba mantenere ferma l'aggiudicazione in favore di un operatore che non lo merita, esponendosi conseguentemente all'azione risarcitoria avanzata da chi, se la gara fosse stata condotta legittimamente, sarebbe risultato aggiudicatario.

8. Venendo al caso di specie, come emerge dalla sentenza impugnata, l'amministrazione, dopo aver individuato l'appellante quale aggiudicatario provvisoria, ha disposto in sede di autotutela l'ammissione di cinque imprese originariamente escluse per la mancata allegazione del documento di identità, e, ricalcolata la soglia, ha aggiudicato l'appalto alla controinteressata.

Poiché tale attività in autotutela è avvenuta in un momento precedente a quello di aggiudicazione definitiva, per il Consiglio non sussiste la lamentata illegittimità.

7. In conclusione per le ragioni sino a qui esposte l'appello va respinto. L'assoluta novità della questione interpretativa affrontata costituisce giusta ragione per compensare le spese di questo grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale,
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 Palermo nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Antonino Anastasi, Consigliere

Vincenzo Neri, Consigliere, Estensore

Giuseppe Mineo, Consigliere

Alessandro Corbino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/12/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)