

Pubblicato il 30/01/2023

N. 01034/2023REG.PROV.COLL.
N. 01820/2022 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 1820 del 2022, proposto da C.G. Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Di Lieto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Salerno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marina Tosini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

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

per la riforma della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima) n. 00214/2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Salerno e della società Gallo Costruzioni S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2022 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale della Campania – sezione staccata di Salerno ha respinto il ricorso proposto dalla società C.G. Costruzioni s.r.l. contro la Provincia di Salerno e nei confronti della società Gallo Costruzioni s.r.l. per l'annullamento della determinazione n. 1280 del 25.11.2021 -reg. gen.n. 3334 del 6.12.2021- del Dirigente del Settore Viabilità e Trasporti della Provincia di Salerno, con la quale è stato approvato il verbale del seggio di gara n. 1 del 15.9.2021 ed aggiudicata definitivamente la gara riguardante la “*manutenzione straordinaria S.P. n. 185 Comune di Angri, nel tratto che va dall'uscita della S.S. 268 alla S.S. 18*” in favore della società Gallo Costruzioni invece che in favore della ricorrente, nonché del verbale del seggio di gara n. 1 del 15.9.2021, col quale erano state escluse dalla gara le offerte presentate dai concorrenti PRG Costruzioni s.a.s. e Antonio & Antonio Costruzioni s.r.l.

1.1. Col primo motivo parte ricorrente aveva lamentato che PRG Costruzioni s.a.s. e Antonio & Antonio Costruzioni s.r.l. illegittimamente erano state escluse per inammissibilità dell'offerta, in quanto, secondo la ricorrente, il ribasso da loro indicato sarebbe stato frutto di un mero errore materiale; se non fossero state escluse, si sarebbe determinata diversamente la soglia di anomalia e la ricorrente sarebbe risultata prima classificata.

Col secondo motivo parte ricorrente aveva lamentato che la stazione appaltante non aveva chiesto chiarimenti ai due citati concorrenti ai fini del soccorso istruttorio.

Col terzo motivo, proposto in via subordinata, era denunciata l'illegittimità del disciplinare nel punto in cui prevedeva l'esclusione preventiva e automatica di offerte economiche negative.

1.2. Il tribunale, dato atto della costituzione della Provincia di Salerno e della controinteressata Gallo Costruzioni, ha premesso che le due società erano state escluse per avere offerto, la PRG, un ribasso di 33.933,00% e, la Antonio & Antonio, un ribasso di 34.041,00%, con ribassi perciò comportanti l'inammissibilità dell'offerta, secondo quanto disposto dalla legge di gara (paragrafo 16, sub 16.4, del disciplinare, per il quale "*non saranno ammessi valori delle offerte economiche minori di zero*").

1.2.1. Secondo la prospettazione della ricorrente, si sarebbe trattato di un ribasso irrealistico, frutto di errore materiale, in quanto l'intenzione dei due concorrenti sarebbe stata quella di offrire ribassi del 33,93300% e del 34,04100%. Il tribunale ha respinto il corrispondente primo motivo ritenendo che nel caso di specie "*l'errore non è ictu oculi rilevabile e non è univoco*", perché la trasformazione del punto in virgola e l'eliminazione della virgola che separava i decimali avrebbe comportato un'operazione "*manipolativa dell'offerta di PRG e Antonio & Antonio*".

1.2.2. Inoltre, il tribunale ha affermato, dichiaratamente *ad abundantiam*, che la circostanza che non sarebbe configurabile alcun errore materiale sarebbe confermata "*anche dal fatto che i due concorrenti non hanno rigenerato il file per eliminare il presunto errore*", come sarebbe stato possibile da parte degli operatori economici, mentre l'operazione era preclusa alla stazione appaltante per l'immodificabilità dell'offerta.

1.3. Respinto come sopra il primo motivo, sono stati reputati infondati anche i motivi secondo e terzo, sia perché il soccorso istruttorio non è ammesso a modifica dell'offerta, sia perché l'impugnata clausola del disciplinare è stata ritenuta conforme al principio dell'inattendibilità dell'offerta economica in perdita, quali erano le due offerte escluse.

1.4. Respinto il ricorso, le spese processuali sono state poste a carico della ricorrente e liquidate in favore della Provincia di Salerno e della Gallo Costruzioni s.r.l.

2. La società C.G. Costruzioni s.r.l. ha proposto appello con tre motivi.

La Provincia di Salerno e la Gallo Costruzioni s.r.l. si sono costituite per resistere all'appello.

2.1. Con ordinanza cautelare n. 1484 del 1° aprile 2022 è stata respinta l'istanza di sospensione dell'esecuzione della sentenza appellata.

2.2. All'udienza del 15 dicembre 2022 la causa è stata assegnata a sentenza, senza discussione, su richiesta delle parti, previo deposito di memorie della Provincia di Salerno e della Gallo Costruzioni.

3. I motivi di appello censurano la decisione di rigetto dei tre motivi di ricorso, osservando:

- quanto al primo, che nessuna attività manipolativa o arbitraria sarebbe occorsa nel caso di specie per intendere quale era l'offerta dei concorrenti esclusi, dato che le due imprese avevano chiaramente inteso proporre rispettivamente il ribasso di 33,93300% e di 34,04100%, incorrendo in errore materiale per avere invertito i due tasti della virgola e del punto posti uno a fianco all'altro; la conferma dell'errore materiale si rinverrebbe sia nel disciplinare di gara, che consentiva l'espressione del ribasso con un massimo di cinque cifre decimali dopo la virgola, sia nella dichiarazione dei concorrenti, circa la presentazione di un'offerta economica remunerativa, ai sensi del paragrafo 15.1.8, n. 1, nonché nell'indicazione dei costi della manodopera e degli oneri aziendali, l'una e l'altra incompatibili con un'offerta in perdita;

- quanto al secondo, che sarebbe stato ammissibile il soccorso istruttorio c.d. procedimentale per consentire l'interpretazione delle offerte e ricercare l'effettiva volontà delle imprese partecipanti, come da giurisprudenza citata in ricorso;

- quanto al terzo, che la clausola del disciplinare, impugnata in via subordinata, sarebbe in violazione dell'art. 59, comma 4, sub c), del d.lgs. n. 50 del 2016, che vieta le offerte in aumento, mentre non potrebbero essere escluse in via preventiva e automatica dalla gara e dal calcolo da effettuare per individuare l'aggiudicataria le offerte in perdita, tutt'al più soggette al c.d. taglio delle ali ai fini della verifica di anomalia.

3.1. Le argomentazioni svolte nel primo motivo di appello, relativamente al rigetto del primo motivo di ricorso, sono condivisibili (con conseguente assorbimento dei motivi restanti), pur se, come si dirà, il gravame è carente di interesse in ragione delle due eccezioni preliminari avanzate dalla controinteressata.

Invero, come affermato da univoca giurisprudenza, richiamata dalle parti e dalla sentenza, l'errore materiale che non inficia l'offerta del concorrente “*deve sostanziarsi in un mero refuso materiale riconoscibile icu oculi dalla lettura del documento d'offerta; ... la sua correzione deve a sua volta consistere nella mera riconduzione della volontà (erroneamente) espressa a quella, diversa, inespressa ma chiaramente desumibile dal documento, pena altrimenti l'inammissibile manipolazione o variazione postuma dei contenuti dell'offerta, con violazione del principio della par condicio dei concorrenti; ... tale complessiva operazione deve fondarsi su elementi - identificativi dell'errore - desumibili dall'atto stesso, non già da fonti esterne (cfr. Cons. Stato, n. 5638 del 2021, cit.; cfr. anche Id., V, 5 aprile 2022, n. 2529)*” (Cons. Stato, V, 28 giugno 2022, n. 5344).

In sintesi, l'errore materiale è tale e può essere corretto se immediatamente riconoscibile ed emendabile senza l'intermediazione di atti chiarificatori o integrativi dell'offerta presentata in gara (cfr. anche Cons. Stato, V, 26 ottobre 2020, n. 6462; id., III, 24 febbraio 2020, n. 1347). Giova aggiungere che non vale ad escludere che si sia in presenza di un errore emendabile il fatto che sia necessaria una, purché minima, attività interpretativa, quando finalizzata alla correzione di errori di scritturazione o di calcolo (cfr. Cons. Stato, III, 28 maggio 2014, n. 1487).

3.2. Nel caso di specie, si è in presenza di un evidente errore di scritturazione, la cui riconoscibilità è conseguenza della constatazione che l'offerta economica di entrambe le concorrenti, apportandovi il ribasso erroneamente indicato, sarebbe stata irrealistica e contraria, non solo (e non tanto) ai contenuti della restante documentazione di gara delle società escluse, ma alla logica stessa della gara d'appalto, in quanto si sarebbe trattato di un'offerta *ictu oculi* destinata a soccombere anche nel caso di mancata partecipazione di altri concorrenti.

In tale situazione, le dichiarazioni e gli atti di gara delle medesime concorrenti (contenenti costi della manodopera di € 207.163,67 per PRG e di € 203.591,88 per Antonio & Antonio, nonché oneri aziendali per la sicurezza di € 14.287,15 per la prima e di € 10.715,36 per la seconda) non svolgono affatto quella intermediazione integrativa dell'offerta da ritenersi preclusa alla stregua della richiamata giurisprudenza, ma consentono di riscontrarne l'effettivo contenuto.

Né si può ritenere -come ritenuto dal tribunale- che questo contenuto non sia desumibile dalla mera lettura del modulo delle offerte informatiche perché la virgola potrebbe essere spostata in più punti dell'espressione numerica, di modo che la collocazione prospettata dalla ricorrente finirebbe per "manipolare" le offerte e alterare la trasparenza e la *par condicio* dei concorrenti.

Il refuso, oltre che riconoscibile, è agevolmente emendabile mediante la sostituzione del punto con la virgola (e viceversa), in modo da rendere i ribassi leggibili nelle misure percentuali del 33,933% (ovvero 33,933.00%) e del 34,041% (ovvero 34,041.00%), del tutto congrue e coerenti con i documenti di gara.

L'errore materiale è consistito in un c.d. errore ostativo nella manifestazione della volontà negoziale (arg.1433 cod. civ.) oggettivamente riconoscibile e rimediabile senza particolari sforzi ricostruttivi o interpretativi.

3.3. Siffatta conclusione non è inficiata dalla constatazione del seggio di gara che le esclusioni sono state disposte dal sistema informatico (piattaforma SAT) “*in automatico per offerta economica non valida (nella % del ribasso è stato inserito il numero ... che ha prodotto un valore dell’offerta minore di zero)*” (verbale n. 1 del 15 settembre 2021), né dall’atto del 14 ottobre 2021 del RUP (di rigetto dell’istanza di autotutela avanzata dalla C.G. Costruzioni), secondo cui sarebbe stato “*onere dell’impresa concorrente presentare l’offerta con modalità idonee a renderla computabile dal sistema elettronico*” e secondo cui la proposta contrattuale “impossibile” non avrebbe potuto essere autonomamente corretta dalla stazione appaltante.

L’automatismo del sistema di gestione digitale della gara non può certo prevalere sul potere-dovere della stazione appaltante di correggere gli errori materiali evidenti *ictu oculi*, anche se non segnalati dal “sistema”, poiché in tali casi la correzione, volta a ricondurre all’effettiva volontà dei concorrenti tutte le offerte in gara, garantisce la *par condicio* tra i partecipanti, vieppiù quando - come emblematicamente dimostra il caso di specie- l’errore non è imputabile al concorrente che, alla fine, ne potrebbe risultare danneggiato.

3.4. Malgrado tutto quanto sopra esposto, va escluso che la C.G. Costruzioni s.r.l. abbia interesse all’ammissione postuma delle due società escluse, ostandovi le situazioni procedurali e processuali prospettate dalla Gallo Costruzioni s.r.l. con eccezioni che, già proposte in primo grado, sono state riproposte in appello ex art. 101, comma 2, c.p.a. e che, attenendo ad una condizione dell’azione su cui la sentenza non si è pronunciata, sarebbero state esaminabili anche *ex officio*.

4. Con una prima eccezione, la Gallo Costruzioni s.r.l. premette che l’attuale appellante potrebbe ottenere l’aggiudicazione solo a fronte della contestuale riammissione in gara di PRG e Antonio & Antonio, ma obietta che la PRG non potrebbe in ogni caso essere riammessa in gara essendo stata dichiarata fallita dal Tribunale di Napoli Nord.

L’eccezione è fondata.

4.1. Risulta dagli atti che: la dichiarazione di fallimento è intervenuta il 3 novembre 2021; il seggio di gara ha escluso l'offerta di PRG e proposto l'aggiudicazione in favore di Gallo Costruzioni col verbale n. 1 del 15 settembre 2021; il verbale è stato approvato e l'aggiudicazione è stata definitivamente disposta dal Dirigente del Settore Viabilità e Trasporti della Provincia di Salerno con determinazione n. 1280 del 25 novembre 2021.

4.2. Orbene, la data rilevante ai fini dell'esclusione della PRG per il sopravvenuto fallimento (ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. b, e comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016), ove l'esclusione non fosse stata già disposta per eccessivo ribasso dell'offerta economica, sarebbe quella del 25 novembre 2021, non quella del 15 settembre 2021, come assume la parte appellante nelle memorie di risposta all'eccezione della controinteressata.

Infatti, il 15 settembre 2021 si è pronunciato il seggio di gara che è competente soltanto per la proposta di aggiudicazione, laddove il provvedimento di aggiudicazione spetta alla stazione appaltante, ai sensi degli artt. 32, comma 5, e 33, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016. Tali disposizioni hanno soppresso la successione di cui all'art. 11, commi 4 e 5, del d.lgs. n. 163 del 2006, tra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva ed hanno invece introdotto quella tra proposta di aggiudicazione, a rilevanza meramente endo-procedimentale, e aggiudicazione, a conclusione del procedimento, pur se ad efficacia condizionata alla positiva verifica del possesso dei requisiti (arg. ex art. 32, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016).

Come meglio si dirà trattando della seconda eccezione, soltanto a seguito del provvedimento di aggiudicazione, che spetta alla stazione appaltante e non al seggio di gara, si "cristallizza" la graduatoria delle imprese ammesse a partecipare.

In conseguenza, essendo la sentenza dichiarativa del fallimento produttiva di effetti sin dalla data della pubblicazione ai sensi dell'art. 133 c.p.c. (arg. ex art. 16, ult. co., legge fallimentare), la stazione appaltante, alla data del 21 novembre 2021, non avrebbe potuto non tenere conto del fallimento

dichiarato il 3 novembre 2021, ed avrebbe quindi dovuto escludere la PRG, per sopravvenuta carenza del requisito generale di partecipazione.

4.3. L'attuale appellante perciò non avrebbe potuto conseguire l'aggiudicazione poiché, come dalla stessa dedotto, questo risultato sarebbe possibile solo a seguito della riammissione di entrambe le imprese escluse.

5. Con una seconda eccezione la Gallo Costruzioni s.r.l. rileva che se anche fossero riammesse in gara tutte e due società escluse, comunque la soglia di anomalia non potrebbe essere ricalcolata in applicazione del c.d. principio di invarianza di cui all'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016.

L'eccezione è fondata.

5.1. L'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 stabilisce 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”*.

La giurisprudenza, dalla quale non si ha ragione di discostarsi, interpreta la disposizione nel senso che non rilevano ai fini ivi indicati, tra cui appunto l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte, tutte le modificazioni della graduatoria che si vengano a determinare a seguito di un'iniziativa assunta da un'impresa concorrente (diversa da quella destinataria del provvedimento di esclusione) per modificare la soglia di anomalia quando la graduatoria si sia oramai “cristallizzata” col provvedimento di aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, V, 12 febbraio 2020, n. 1117, nel senso che l'art. 95, comma 15, mira a paralizzare *“gli effetti riflessi sulla soglia di anomalia”* derivanti da modifiche incidenti *a posteriori* sul novero degli operatori economici partecipanti alla gara).

Ne consegue che, essendo inutile la pronuncia giurisdizionale che sopravvenga all'aggiudicazione, a seguito di ricorso introdotto impugnando quest'ultima, è priva di interesse ad agire la parte ricorrente che invoca la modifica della soglia quale (unico) effetto dell'impugnazione a sé favorevole.

5.2. Il caso in esame ricade nella fattispecie delineata dalla norma poiché il ricorso in primo grado è stato proposto dalla C.G. Costruzioni, con notificazione effettuata il 5 gennaio 2022, dopo che la graduatoria e la soglia di anomalia erano state rese note con verbale del 15 settembre 2021. Pertanto, anche se il ricorso fosse accolto, potrebbe tutt'al più comportare la riammissione delle due imprese escluse (fatto salvo quanto detto per il fallimento della PRG) ma non potrebbe mai comportare, ora per allora, il ricalcolo della soglia di anomalia dell'offerta.

L'effetto "retroattivo" della pronuncia giurisdizionale, invocato dall'appellante, è esattamente quello che l'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016 mira ad evitare, al fine di prevenire possibili azioni giudiziarie strumentali ad alterare per via indiretta l'esito della gara, mediante ricalcolo delle medie e delle soglie, conseguente ad ammissioni o esclusioni postume degli operatori economici (cfr. già Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 26 giugno 2017, n. 316, pur se in relazione all'art. 38, comma 2 bis, d.lgs. n. 163 del 2006).

5.3. Pur potendosi condividere il rilievo dell'appellante che l'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 è disposizione che è stata collegata a quella di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., che imponeva l'impugnazione immediata dei provvedimenti di esclusione e di ammissione dei concorrenti, è un dato di fatto che, malgrado l'abrogazione della norma del codice del processo amministrativo (per effetto dell'art. 1, comma 22, lett. a, del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55), è rimasto vigente il comma 15 dell'art. 95.

I rapporti tra le due norme, all'epoca della contestuale vigenza, sono stati ben delineati dalla sentenza di questo Consiglio di Stato, III, 27 aprile 2018, n. 2579, dalla cui motivazione - alla quale è qui sufficiente fare rinvio - si desume come l'art. 120, comma 2, bis c.p.a. avesse soltanto rafforzato, sul piano processuale, il c.d. principio di invarianza e il conseguente effetto del c.d. blocco della graduatoria tuttavia già presenti nell'ordinamento, perché

previsti dall'art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, introdotta nel 2014, poi trasfuso nell'articolo in commento del d.lgs. n. 50 del 2016.

La sentenza n.2579/2018, appena richiamata, esprime la corretta interpretazione dell'art. 95, comma 15, del d.lgs. 50 del 2016, precisando che *“il concorrente, il quale intenda contestare l'ammissione (o l'esclusione) di un altro concorrente – laddove ovviamente, come nel caso di specie, tale interesse sia attuale, immediato e concreto, per essere stata la determinazione della soglia immediatamente successiva all'ammissione dei concorrenti – debba farlo immediatamente, a nulla rilevando la finalità per la quale intenda farlo, come, appunto, per l'ipotesi in cui egli persegua, così facendo, l'interesse – in sé del tutto legittimo – di potere incidere sul calcolo delle medie e della soglia di anomalia, erroneamente determinato sulla base di una ammissione – o di una esclusione– illegittima”*.

La situazione del concorrente che intendesse contestare anche soltanto la determinazione della soglia di anomalia provocata dall'ammissione (o dall'esclusione) illegittima di altri operatori economici era agevolata dalla vigenza dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. come interpretato da detta sentenza nel rapporto con l'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016, nel senso che *“l'immediata impugnativa dell'atto di ammissione, in una fase della gara nella quale l'ammissione non si è ancora stabilizzata per essere ancora sub iudice, non può non retroagire, una volta accolta, al momento della illegittima ammissione, tempestivamente impugnata, in quanto, diversamente ritenendo, la stabilizzazione della soglia sarebbe “sterilizzata” da ogni eventuale illegittimità di una ammissione o esclusione tempestivamente contestata.”*. In definitiva, la presenza di una norma come quella dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., imponendo comunque l'impugnazione immediata dei provvedimenti endo-procedimentali aveva l'effetto di precludere la “cristallizzazione” dell'art. 95, comma 15, del codice dei contratti pubblici.

Tuttavia, una volta abrogata la norma processuale, è rimasta ferma la regola sostanziale dell'art. 95, comma 15, che comporta che il concorrente deve comunque impugnare immediatamente l'ammissione (o l'esclusione) dell'altro,

ove sia a conoscenza di una causa di illegittima ammissione (o esclusione) che abbia comportato un'alterazione della determinazione della soglia di anomalia, senza attendere l'esito della gara e, in particolare, l'aggiudicazione (cfr. Cons. St., sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4107, Cons. Giust. Amm. Sic., sez. giurisd., 19 febbraio 2018, n. 96). Infatti, il suo ricorso avverso quest'ultima è inammissibile per difetto di interesse secondo una valutazione già effettuata *ope legis* dal codice dei contratti pubblici, che vieta nell'art. 95, comma 15, la proposizione di azioni volte solo ad ottenere *ex post* la modifica della soglia, anche se è venuta meno l'espressa previsione dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., nella parte in cui stabiliva che *«l'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale»*.

Nel caso di specie la mancata tempestiva impugnazione del verbale del 15 settembre 2021, contenente l'esclusione delle due imprese PRG e Antonio & Antonio ma anche la determinazione della soglia di anomalia, ha prodotto l'effetto del c.d. blocco della graduatoria di cui al comma 15 dell'art. 95 in commento. Questo effetto non può reputarsi impedito -come vorrebbe l'appellante- dalla richiesta di autotutela del 30 settembre 2021, poiché seguita dal provvedimento del RUP del 14 ottobre 2021 di conferma dell'esclusione; né dall'impugnazione del verbale del 15 settembre 2021 contestualmente all'aggiudicazione, quando oramai si era determinata la c.d. cristallizzazione della soglia di anomalia ex art. 95, comma 15, del codice dei contratti come sopra interpretato (cfr. anche Cons. Stato, V, 13 febbraio 2017, n. 590, in cui, a differenza che nel caso di specie, la graduatoria era stata modificata dalla stazione appaltante, a seguito di richiesta di autotutela dell'impresa concorrente danneggiata da ammissioni illegittime presentata ed accolta nella fase del procedimento di gara anteriore all'aggiudicazione definitiva).

6. Infine, non merita favorevole apprezzamento nemmeno la richiesta dell'appellante di ottenere la declaratoria di illegittimità delle esclusioni delle imprese concorrenti PRG e Antonio & Antonio ai soli fini risarcitori.

L'art. 34, comma 3, c.p.a. presuppone, infatti, la sussistenza della condizione dell'azione costituita dall'interesse ad agire, atteso che la situazione processuale considerata dalla norma è quella che "nel corso del giudizio" l'annullamento del provvedimento impugnato non risulti "più" utile per il ricorrente.

Per contro, la carenza *ab origine* dell'interesse ad agire, come nella specie, è dovuta al fatto che l'annullamento dell'atto (nel caso concreto, dell'esclusione delle due concorrenti) non sarebbe stata utile alla ricorrente sin dal momento dell'introduzione della lite, in quanto, per le ragioni sopra dette, non avrebbe potuto comportare il ricalcolo della soglia di anomalia, che è l'unico risultato "utile" per la C.G. Costruzioni s.r.l.

7. In conclusione, decidendo sull'appello, vanno accolte le eccezioni preliminari di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse e perciò va respinto l'appello e confermata, con diversa motivazione, la sentenza appellata di rigetto del ricorso proposto in primo grado da C.G. Costruzioni s.r.l.

7.1. Le spese del grado di appello si compensano per giusti motivi, considerata la correzione della motivazione della sentenza gravata.

P.Q.M.

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

Compensa le spese del grado di appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO