

Publicato il 23/05/2022

N. 04056/2022REG.PROV.COLL.
N. 09903/2021 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 9903 del 2021,
proposto da

Ministero della difesa, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e
difeso *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma,
via dei Portoghesi, 12, è elettivamente domiciliato;

contro

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

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del Tribunale amministrativo regionale
per la Toscana (Sezione Seconda) n. 1333/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Real Costruzioni s.r.l., unitamente ad
appello incidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 aprile 2022 il Cons. Valerio Perotti ed udito per le parti l'avvocato Caliendo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso innanzi al Tribunale amministrativo della Toscana, iscritto a r.g.n. 1529 del 2018, la ditta Real Costruzioni s.r.l., operativa nel settore dei lavori pubblici e privati, rappresentava di aver presentato domanda di partecipazione alla gara indetta dal Ministero della difesa – Aeronautica Militare – 2° Reparto Genio A.M. avente ad oggetto “*ampliamento capacità di base deposito carburanti*”, dichiarando che si sarebbe in parte avvalsa, ai fini dell'esecuzione dell'appalto, dei requisiti tecnici di un'impresa ausiliaria, come del resto ammesso dall'art. 20 del Bando di gara.

La detta società veniva però esclusa, in data 24 ottobre 2018, per “[...] *manca*za attestato SOA della ditta ausiliata”, motivo dalla stessa ritenuto privo di giuridico fondamento.

Nelle more del giudizio, intanto, il valore della soglia di anomalia era stato determinato dalla Commissione di gara – sulla base delle offerte ammesse – nella misura del 31,785%, valore da cui scaturiva l'aggiudicazione provvisoria in favore del Consorzio Research (con un ribasso del 31,70%); a fronte di ciò la ricorrente, che aveva offerto un ribasso del 31,721%, vantava un decisivo interesse al ricorso, deducendo che in caso di riammissione alla gara sarebbe risultata lei aggiudicataria.

Con sentenza n. 356 del 2019 il giudice adito accoglieva il gravame, conseguentemente annullando l'esclusione di Real Costruzioni s.r.l. dalla gara e l'aggiudicazione al raggruppamento d'impresе facenti capo al Consorzio Research.

A seguito di appello e di un pronunciamento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (con sentenza n. 22 del 2020), la vertenza veniva infine

definita nel merito con la decisione n. 4238 del 2021 della V Sezione, che respingeva il gravame.

A tal punto, vistasi confermare l'annullamento dei propri atti, la stazione appaltante riattivava il relativo *iter* procedimentale, riammettendo alla gara tutte le imprese che, come la ricorrente, erano state inizialmente escluse sulla base del medesimo presupposto poi rivelatosi illegittimo (come sancito dall'Adunanza plenaria), ancorché non tutte avessero impugnato il relativo provvedimento.

Nello stesso tempo ed in conseguenza di ciò, l'amministrazione altresì rideterminava la soglia di anomalia dell'offerta, ritenendo di doversi adeguare alla mutata situazione di fatto sopravvenuta, tenendo quindi conto delle offerte riammesse in gara.

A fronte di tali decisioni, la ditta Real Costruzioni s.r.l. ricorreva *ex novo* al giudice amministrativo, obiettando in primo luogo che tale *modus operandi* avrebbe determinato la violazione del principio di invarianza della soglia di anomalia, di cui all'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016; in secondo luogo contestava la riammissione in gara di tutte le imprese in precedenza escluse, anche quelle che non avevano proposto ricorso, eccependo l'inoppugnabilità (per decorso dei termini) dei relativi provvedimenti e, comunque, la tardività dell'esercizio dell'autotutela amministrativa.

Costituitosi in giudizio, il Ministero della difesa insisteva per l'infondatezza del ricorso.

Con sentenza 18 ottobre 2021, n. 1333, il Tribunale amministrativo della Toscana accoglieva il gravame, muovendo dal presupposto che erroneamente l'amministrazione avesse ricalcolato la soglia di anomalia dell'offerta a seguito della riammissione di alcuni operatori in precedenza esclusi dalla gara: le vicende processuali successive che avevano portato alla riammissione dei concorrenti esclusi, infatti, si sarebbero comunque situate a valle dell'aggiudicazione definitiva, con il risultato che mai avrebbero potuto avere

una qualche rilevanza nel calcolo della soglia di anomalia, che avrebbe dunque dovuto restare invariata nella misura del 31,785198%.

Avverso tale decisione il Ministero della difesa interponeva appello, lamentando l'erronea applicazione alla fattispecie dell'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016, come interpretato dalla più recente giurisprudenza.

Si costituiva in giudizio la controinteressata Real Costruzioni s.r.l., che da un lato contestava la fondatezza delle censure dell'appellante, dall'altro proponeva un appello incidentale con il quale censurava la sentenza di primo grado nei limiti in cui non si era espressamente pronunciata sul primo e sul terzo motivo di ricorso, ritenendoli assorbiti nell'accoglimento del secondo.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposte memorie, le rispettive tesi difensive ed all'udienza del 12 aprile 2022 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con un unico motivo di appello il Ministero della difesa deduce l'erroneità dell'interpretazione (e conseguente applicazione) dell'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016 operata dal primo giudice, la cui rigida applicazione del cd. principio di "invarianza" o di "stabilità della soglia" avrebbe finito per comportare l'effetto paradossale di consolidare gli effetti di un'aggiudicazione disposta sulla base di presupposti errati ovvero di atti illegittimi, ancorché successivamente rimossi.

Il motivo è fondato.

A mente dell'art. 95, comma 15 del *Codice dei contratti*, "*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*"; nel caso attualmente in esame, nel corso della seduta del 30 ottobre 2018 era stata determinata una soglia di anomalia non sulla base di tutti i ribassi presentati in offerta, ma solo di quelli in quel momento noti al seggio di gara, non essendo

stati conteggiati quelli presentati dagli operatori economici nel frattempo illegittimamente esclusi.

Per l'effetto, il valore della soglia era stato determinato solamente in modo parziale.

Al riguardo, va confermato il principio – dal quale non v'è evidente ragione di discostarsi, nel caso di specie – secondo cui *“la c.d. cristallizzazione della soglia d'anomalia, che trasposta sul piano pratico si traduce nell'impossibilità ex post d'individuare – per effetto di sopravvenienze maturate successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte – una nuova soglia di anomalia mediante il ricalcolo delle offerte, non è ex se preclusiva della possibilità di rimettere in discussione gli esiti della procedura di gara”*.

Diversamente argomentando, il “fatto compiuto” derivante dalla determinazione delle medie, laddove a monte di questa si sia consumata un'illegittimità che abbia avuto rilievo decisivo in tale operazione aritmetica, assumerebbe un ruolo dirimente in grado di frustrare i principi che conformano l'azione amministrativa e, prima ancora, di sovvertire la gerarchia assiologica dei valori ad essi sottesi (in termini, Cons. Stato, V, 13 febbraio 2017, n. 590; V, 16 marzo 2016, n. 1052).

Va ricordato, in proposito (*ex multis*, Cons. Stato, V, 2 settembre 2019, n. 6013), che il principio di invarianza su cui si verte è stato introdotto con l'art. 38, comma 2-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 e quindi 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, sortissero 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.

Tale regola risponde all'esigenza di sterilizzare (*ex multis*, Cons. Stato, III, 22 febbraio 2017, n. 841) l'alterazione della trasparenza e della correttezza del confronto concorrenziale, potenzialmente correlata alla partecipazione di fatto di un concorrente solo successivamente estromesso della gara, 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”* (Cons. Stato, V, 30 luglio 2018, n. 4664).

Il criterio di cui trattasi – espressione, tra l'altro, del principio di conservazione degli atti giuridici – nel corso del tempo è stato via via precisato, quanto a presupposti ed ambito applicativo, nella sua reale portata, tanto più in seguito all'entrata in vigore dell'art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis* Cod. proc. amm., comportanti l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni o delle esclusioni dalla gara.

Muovendo da un tal ordine di cose, la giurisprudenza ha quindi potuto precisare l'autonomia e la specificità della fase di ammissione ed esclusione, le quali – tanto più in aggiunta alla previsione di un apposito rito accelerato – ostavano alla configurazione, già in tale contesto, di una qualsiasi *“cristallizzazione delle medie”*, dal momento che l'eventuale accoglimento delle impugnazioni, *“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”* (Cons. Stato, III, 27 aprile 2018, n. 2579).

Invero, una volta preso atto che l'art. 95, comma 15 cit. individua, quale momento idoneo a *“cristallizzare”* le offerte, la definizione in sede amministrativa della *“fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte”*, deve logicamente riconoscersi che la fase in questione non può 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)" (così Cons. Stato, III, 27 aprile 2018, n. 2579).

Ne consegue, altrettanto logicamente, che le variazioni intervenute nella platea dei concorrenti per effetto della riammissione in gara di soggetti in precedenza illegittimamente esclusi, attengono ancora alla fase di ammissione e/o esclusione delle offerte (contestualmente alla proposta di aggiudicazione) – in quello stadio non ancora conclusa – ossia ad una fase che l'art. 95 comma 15 ancora non sottopone all'applicazione del principio di invarianza (in termini, Cons. Stato, V, 2 settembre 2019, n. 6013; da ultimo, Cons. Stato, V, 10 marzo 2021, n. 2047).

Del resto, la *ratio* perseguita dall'art. 95 comma 15 cit. riposa “*nell'esigenza di impedire impugnazioni di carattere strumentale, 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 della ricorrente, ma solo avvalendosi degli automatismi insiti nella determinazione automatica della soglia di anomalia*” (Cons. Stato, V, 12 febbraio 2020, n. 1117; V, 23 novembre 2020, n. 7332); invero, proprio il riferimento testuale dell'art. 95 comma 15 cit. alla fase di *regolarizzazione* conferma la possibilità, per l'amministrazione, di eventualmente regolarizzare – prima di procedere all'aggiudicazione della gara – eventuali offerte affette da mere irregolarità non invalidanti (per tali suscettibili di essere sanate: *ex multis*, Cons. Stato, V, 22 gennaio 2021, n. 683).

Venendo adesso all'appello incidentale proposto da Real Costruzioni s.r.l., con il primo motivo viene dedotta l'illegittimità del provvedimento di riammissione disposto dalla stazione appaltante in favore dei concorrenti precedentemente esclusi (le ATI Savam ed Edil Casa), sebbene non avessero tempestivamente impugnato la loro esclusione, con la conseguenza che i relativi provvedimenti erano ormai divenuti inoppugnabili.

Inoltre, obietta sempre l'appellante incidentale, i provvedimenti di esclusione disposti a carico dei concorrenti diversi sarebbero stati adottati ben oltre il

termine massimo di diciotto mesi previsto dalla legge per l'esercizio dell'autotutela amministrativa, con conseguente consumazione del relativo potere da parte dell'amministrazione.

Il motivo non può trovare accoglimento.

Quanto al profilo dell'inoppugnabilità dei provvedimenti di esclusione, va ricordato che la stessa al più opererebbe per il soggetto inciso sfavorevolmente dagli stessi, il quale appunto non potrebbe più proporre un valido ricorso giurisdizionale una volta infruttuosamente decorso il termine all'uopo previsto dalla legge; la scadenza di quest'ultimo, però, non vincola l'amministrazione che intenda esercitare – sussistendone i presupposti – il proprio potere di autotutela, nel perseguimento di un superiore interesse pubblico.

In questi termini, l'appellante principale ha ben evidenziato le ragioni di pubblico interesse poste alla base della riammissione di tutti i concorrenti inizialmente esclusi per la stessa ragione – poi rivelatasi illegittima – del Consorzio Research, intendendo così “*riconduurre la gara nell'alveo ed in direzione della corretta aggiudicazione, nel rispetto dei principi di parità, di non discriminazione e del favor participationis*”, così da ripristinare la legalità della procedura e garantire le medesime *chances* ai partecipanti alla gara in una sana competizione, anche a cospetto dei principi di cui all'art. 97 Cost. (buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione), oltre ovviamente ad assicurare la corretta applicazione delle regole di calcolo della soglia di anomalia.

Premessa quindi la sussistenza dei presupposti per l'esercizio dell'autotutela amministrativa, non può condividersi l'obiezione della sua tardività, ai sensi dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990 (relativamente al termine di diciotto mesi applicabile *ratione temporis*): in effetti, prima ancora del porsi della questione della decorrenza del suddetto termine, va evidenziato come la fattispecie in esame a rigore fuoriesca dall'ambito applicativo del richiamato art. 21-*nonies*.

Tale disposizione, infatti, trova applicazione relativamente ai *“provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20”* (ossia dei provvedimenti a contenuto ampliativo e favorevole per il soggetto legittimato a dolersi dell'autotutela), laddove nel caso di specie l'azione amministrativa aveva un oggetto del tutto diverso, ossia un provvedimento di esclusione dalla gara.

In ogni caso, per completezza, può riconoscersi che solo a seguito della decisione n. 4238 del 2021 la stazione appaltante era stata posta nella condizione di intervenire per la rimozione delle illegittimità riscontrate dal giudice: queste ultime, infatti, lungi dall'essere manifeste, erano emerse solo all'esito di un processo particolarmente complesso, articolato in due gradi di giudizio e che aveva nondimeno richiesto una pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sulla questione controversa.

Con il secondo motivo di appello incidentale, infine, Real Costruzioni s.r.l. deduce l'illegittimità della riammissione in gara di tutti i concorrenti inizialmente esclusi in quanto asseritamente in contrasto con il vincolo conformativo nascente dalla pronuncia del TAR di Firenze n. 356 del 2019, poi confermata dalla sentenza n. 4238 del 2021 del Consiglio di Stato.

Ad avviso dell'appellante incidentale, infatti, essendo intervenuta tale pronuncia solo tra la Real Costruzioni, la stazione appaltante ed il controinteressato Consorzio Research, i principi ivi enunciati non avrebbero potuto essere *“esportati”* in favore di altri soggetti rimati estranei al giudizio, che neppure avevano ritenuto di dover agire in tale sede per la tutela dei propri interessi: *“il tutto, attesi i limiti soggettivi ed oggettivi del giudicato e l'inoppugnabilità degli atti di esclusione degli altri concorrenti (trattandosi di provvedimenti non gravati in sede giurisdizionale) che comportava la riammissione in gara della sola Real e lo svolgimento delle verifiche preordinate all'aggiudicazione dell'appalto e al subingresso nel rapporto contrattuale”*.

Il motivo, oltreché generico, è evidentemente infondato, fondandosi sull'impropria sovrapposizione di fattispecie tra loro diverse, ossia l'effetto

conformativo del giudicato (che impedisce l'adozione di atti amministrativi che con esso confliggano e che si traduceva, nel caso di specie, nell'obbligo di non dare ulteriore applicazione alla "*clausola del disciplinare di gara che subordini l'avvalimento dell'attestazione SOA alla produzione, in sede di gara, dell'attestazione SOA anche della stessa impresa ausiliata*") e l'autonoma possibilità, per l'amministrazione, di dare la più ampia attuazione possibile – al di là, quindi, delle parti del giudizio *de quo* – al principio di diritto enunciato – in termini generali ed astratti – dal giudice amministrativo (nella specie, con pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 22 del 2020), se del caso ricorrendo ai propri poteri di autotutela, che per sua stessa natura esula dai presupposti e dai limiti (*in primis* soggettivi) del primo.

Del resto, proprio l'obbligo generalizzato sancito dall'Adunanza plenaria contraddirebbe, a rigori, la pretesa dell'appellante incidentale di circoscrivere alle sole parti del giudizio l'applicazione dello stesso.

Alla luce dei rilievi che precedono, l'appello principale del Ministero della difesa va dunque accolto, mentre va respinto quello incidentale proposto da Real Costruzioni s.r.l.

Le spese del doppio grado di giudizio, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, respingendo per contro l'appello incidentale proposto da Real Costruzioni s.r.l.; per l'effetto respinge, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso proposto, nel precedente grado di giudizio, da quest'ultima società.

Condanna l'appellante incidentale al pagamento, in favore del Ministero della difesa, delle spese di lite del doppio grado di giudizio, che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00) complessivi, oltre Iva e Cpa se dovute.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE

Valerio Perotti

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO