

Il rapporto tra il principio di invarianza della soglia e l'art. 120 comma 2 bis del Codice del Processo Amministrativo.

di Stefano Taddeucci

Data di pubblicazione: 8-5-2018

1. Lo sbarramento dell'art. 95, comma 15, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (principio della c.d. invarianza della soglia) non si può applicare nel caso in cui il concorrente abbia tempestivamente impugnato l'atto di ammissione, nelle forme e nei termini di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., in assenza, al momento, di qualsivoglia "cristallizzazione" della soglia per effetto di una graduatoria formata sulla base di ammissioni o esclusioni divenute inoppugnabili e immodificabili – per il rapidissimo susseguirsi degli atti di gara – e, anzi, in pendenza di un subprocedimento per la verifica dell'anomalia dell'offerta risultata prima graduata ancora aperto.

Guida alla lettura

L'art. 95 comma 15 del D.lgs. 50/2016 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"*.

Il caso preso in esame dalla norma è il seguente: se uno dei concorrenti (Tizio) impugna il provvedimento di ammissione di un altro concorrente (Caio), e, a seguito di tale impugnazione, il Giudice accerta che effettivamente quest'ultimo avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura, tale sentenza non incide né sull'individuazione della soglia di anomalia né sulla scelta del metodo seguito (media aritmetica dei ribassi percentuali delle offerte già ammesse) per verificare la congruità delle offerte.

Di conseguenza, Tizio non potrà sostenere che, a seguito della sentenza di esclusione dalla procedura pronunciata nei confronti di Caio, avrebbe dovuto essere modificata la soglia di anomalia, e che, a seguito di tale modifica, l'offerta presentata da Tizio stesso non avrebbe dovuto essere più qualificata come anomala.

La *ratio* della norma è questa: dopo che la stazione appaltante ha stabilito i parametri sui quali deve fondarsi il subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, tali criteri costituiscono dei vincoli da rispettare, e ciò a tutela soprattutto della economicità e della efficacia del procedimento: se nella "media aritmetica dei ribassi percentuali delle offerte ammesse" non si dovesse tener più conto dell'Impresa dapprima ammessa (e poi esclusa a seguito di una pronuncia giurisdizionale), ciò comporterebbe la modifica del criterio originariamente scelto per attivare il subprocedimento di verifica dell'anomalia, e quindi, in sostanza, l'obbligo per la

stazione appaltante di rifare *ex novo* tutta quanta la procedura.

Il Consiglio di Stato evidenzia come la suddetta norma debba essere necessariamente coordinata con l'art. 120 comma 2 bis del D.lgs. 104/2010 (Codice del Processo Amministrativo).

Quest'ultimo prevede che *“Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'[articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici](#) adottato in attuazione della [legge 28 gennaio 2016, n. 11](#). L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività”*.

Tale norma stabilisce uno sbarramento temporale, finalizzato a garantire certezza e stabilità ai provvedimenti di ammissione/esclusione dei concorrenti.

Pertanto, il principio di “invarianza della soglia” vale solo quando il provvedimento di ammissione/esclusione di un concorrente sia stato impugnato decorsi 30 gg. dalla pubblicazione del medesimo sul profilo del committente; esso, però, non si applica quando lo stesso provvedimento sia stato impugnato entro il suddetto termine, ovvero in un momento in cui il subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta era ancora pendente e quindi in una fase nella quale nessuna graduatoria era stata ancora approvata.

Appare, quindi, sostanzialmente fondato il ragionamento del Consiglio di Stato, il quale evidenzia quanto segue: se si ritenesse che il principio di “invarianza della soglia” di cui all'art. 95 comma 15 del D.lgs. 50/2016 debba applicarsi anche quando un concorrente abbia impugnato tempestivamente (ossia entro i 30 gg. previsti dall'art. 120 comma 2 bis del D.lgs. 104/2010) il provvedimento di ammissione di un altro concorrente, se ne dovrebbe desumere che l'obbligo della tempestiva impugnazione previsto dal Codice del Processo Amministrativo deve considerarsi del tutto privo di utilità per il ricorrente.

Quest'ultimo, infatti, proprio attraverso tale impugnazione, intende ottenere, con la sentenza di esclusione di un altro concorrente, la rideterminazione della soglia di anomalia (“media aritmetica dei ribassi percentuali delle offerte già ammesse”), facendo sì che, mediante tale ricalcolo, la propria offerta non venga più considerata come anomala.

Ciò posto, la sentenza in commento offre anche lo spunto per una riflessione, di carattere sistematico, sul rapporto che sussiste tra il principio di “invarianza della soglia” di cui all'art. 95 comma 15 del D.lgs. 50/2016 e l'annullamento in autotutela di cui all'art. 21 nonies della Legge 241/90.

Infatti, l'art. 95 comma 15, a ben vedere, disciplina anche le variazioni – successive ai provvedimenti di ammissione, regolarizzazione ed esclusione – che siano intervenute per

effetto non già di una pronuncia giurisdizionale, bensì di determinazioni adottate dalla stessa stazione appaltante in via di autotutela: la formulazione letterale “*anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale*” induce, infatti, a ritenere che le suddette variazioni possano conseguire non solo a sentenze ma anche a successive decisioni della medesima stazione appaltante, ossia ad atti diversi da una pronuncia giurisdizionale.

Il caso, pertanto, è questo: la stazione appaltante aveva ammesso un concorrente, ed in base (anche) a tale ammissione aveva determinato la soglia di anomalia; poi, però, essa si accorge che in realtà tale concorrente non avrebbe dovuto essere ammesso (p. es. perché non ci era resi conto che nel casellario giudiziale la sentenza di condanna era stata qualificata come irrevocabile, e che quindi la stessa integrava le cause di esclusione di cui all’art. 80 comma 1); a quel punto, quindi, la stazione appaltante annulla in via di autotutela (ecco la “variazione” di cui parla la norma) il provvedimento di ammissione.

La domanda che si pone è: si applica comunque il principio di “invarianza della soglia” ?

La fissazione della soglia di anomalia era, *ab origine*, viziata da un errore di valutazione fatto dalla stazione appaltante: questa aveva – appunto erroneamente- ammesso un concorrente che in realtà avrebbe dovuto essere escluso, e quindi aveva ricompreso – sempre erroneamente- nella “media aritmetica delle offerte ammesse” anche l’offerta presentata da tale concorrente. La P.A., rilevato l’errore, annulla il provvedimento di ammissione.

In un caso del genere, affermare che la soglia non debba variare, vuol dire privare il potere di autotutela della possibilità di retroagire al momento procedurale in cui il vizio di legittimità si è verificato, e quindi sostanzialmente vanificare l’efficacia stessa dell’esercizio di tale potere, il quale trova la sua ragion d’essere proprio nella demolizione non soltanto dell’atto antecedente (il provvedimento di ammissione) ma anche di quello successivo (ossia la fissazione della soglia di anomalia).

Attraverso l’annullamento in autotutela, si rimuovono gli effetti (fissazione della soglia di anomalia) di un provvedimento illegittimo (ammissione del concorrente), e quindi si deve necessariamente dare agli altri concorrenti rimasti la possibilità di ottenere una nuova determinazione della soglia di anomalia, in modo da far sì che le proprie offerte non siano più considerate come anomale.

La fissazione della soglia di anomalia si presta ad essere considerata quale “atto vincolato” nel senso che essa è strettamente legata al numero delle offerte ammesse (e quindi al provvedimento di ammissione): se tale numero era errato in quanto una delle offerte era stata ammessa in modo illegittimo, l’annullamento del provvedimento di ammissione di tale offerta non potrà che comportare, parallelamente, una nuova definizione della soglia di anomalia.

Non pare, quindi, fuori luogo ritenere che l’art. 95 comma 15 del D.lgs. 50/2016, per poter essere coerente con la naturale retroattività dell’annullamento in autotutela, debba essere riformulato in questo senso:

quando il provvedimento di ammissione di un concorrente è stato tardivamente (ossia oltre i 30

gg. previsti dall'art. 120 comma 2 bis del D.lgs. 104/2010) impugnato da un altro concorrente, il principio di "invarianza della soglia" rimane fermo, anche nel caso in cui la pronuncia giurisdizionale abbia riconosciuto fondato il ricorso; ma quando lo stesso provvedimento è stato annullato dalla medesima stazione appaltante in via di autotutela, la soglia deve essere rideterminata.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8718 del 2017, proposto da Euro & Promos Social Health Care Coop. Soc., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Roberto Paviotti e dall'Avvocato Fabrizio Paviotti, con domicilio eletto presso lo studio Roberto Paviotti in Roma, via Canina, n. 6;

contro

Carpe Diem Coop. Soc., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Vittorio Domenichelli, dall'Avvocato Paolo Neri e dall'Avvocato Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

nei confronti

Residenza "Riviera del Brenta", in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Andrea Gandino, domiciliato ai sensi dell'art. 25 c.p.a. presso la Segreteria della III Sezione del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;
Polima Coop. Soc., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve n. 1078 del 27 novembre 2017 del T.A.R. per il Veneto, sede di Venezia, sezione III, resa tra le parti, concernente l'affidamento della gestione del servizio infermieristico, assistenziale e annessi delle due sedi della Residenza "Riviera del Brenta";

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Carpe Diem Coop. Soc. e della Residenza "Riviera del Brenta";

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 marzo 2018 il Consigliere Massimiliano Noccelli e uditi per l'odierna appellante, Euro & Promos Social Health Care Coop. Soc., l'Avvocato Luca De Pauli su delega dell'Avvocato Roberto Paviotti, per l'odierna appellata, Carpe Diem Soc. Coop., l'Avvocato Andrea Reggio d'Acì, su delega dichiarata dell'Avvocato Andrea Manzi, e per la Residenza "Riviera del Brenta" l'Avvocato Aristide Police su delega dell'Avvocato Andrea Gandino;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il decreto dirigenziale n. 57 del 4 aprile 2017, la Residenza "Riviera del Brenta" ha indetto una procedura aperta per «l'affidamento del servizio infermieristico, assistenziale ed annessi da eseguirsi presso le due sedi della Residenza» per l'ammontare triennale a base di gara pari ad € 3.515.763,00, oltre gli oneri di sicurezza, con facoltà di rinnovo per l'intero periodo.

1.1. All'esito dell'apertura dei plichi e alle verifiche effettuate, di cui ai verbali nn. 1 e 2 del 30 maggio 2017 e del 1° giugno 2017, con il decreto dirigenziale n. 114 del 13 luglio 2017 sono risultati ammessi sei operatori, tra cui anche Polima Cooperativa Sociale (di qui in avanti, per brevità, Polima).

1.2. Nella seduta pubblica del 21 luglio 2017, alla presenza anche del delegato della odierna appellata Carpe Diem Coop. Soc. (di qui in avanti, per brevità, Carpe Diem), è stata data lettura dei punteggi relativi all'offerta tecnica e, previa apertura e lettura delle offerte economiche, è stata predisposta la graduatoria finale, che ha visto al primo posto Polima, al secondo l'odierna appellante Euro & Promos Social Health Care Coop. Soc. (di qui in avanti, sempre per brevità, Euro & Promos) e, infine, al terzo posto Carpe Diem.

1.3. Nella stessa seduta, acclarato che Polima aveva presentato un'offerta in cui sia il punteggio relativo al prezzo che quello relativo alla qualità è risultato superiore ai 4/5 dei

corrispondenti punti massimi previsti dal capitolato di gara, la stazione appaltante ha dichiarato la relativa offerta anomala, ai sensi e per gli effetti dell'art. 97, comma 3, del d. lgs. n. 50 del 2016.

1.4. A seguito del giudizio di anomalia, svolto anche in contraddittorio con Polima, la Residenza "*Riviera del Brenta*", con il decreto dirigenziale n. 149 del 19 settembre 2017, ha escluso Polima per anomalia dell'offerta.

2. Con il ricorso notificato il 14 settembre 2017 e proposto avanti al Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, rubricato al R.G. n. 1006/2017, Carpe Diem ha impugnato ai sensi dell'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., il decreto n. 114 del 13 luglio 2017 nella parte in cui Polima è stata ammessa alla procedura in questione, sostenendo che, invece, Polima sarebbe dovuta essere esclusa per la insussistenza del requisito della regolarità contributiva alla data del 22 maggio 2017, termine di scadenza per la presentazione delle offerte.

2.1. Con il distinto successivo ricorso proposto ai sensi dell'art. 120 c.p.a., rubricato al R.G. n. 1246 del 2017, Carpe Diem ha poi impugnato, sempre avanti al Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, anche il provvedimento di esclusione di Polima per anomalia dell'offerta, di cui al decreto dirigenziale n. 149 del 19 settembre 2017, per le medesime ragioni di cui al precedente ricorso.

2.2. In entrambi i giudizi si sono costituiti la Residenza "*Riviera del Brenta*" e la controinteressata Euro &Promos per resistere ad entrambi i ricorsi.

2.3. Il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, con la sentenza n. 1078 del 27 novembre 2017, dopo avere riunito i ricorsi per la loro indubbia connessione e avere svolto attività istruttoria sulla posizione contributiva di Polima, li ha accolti e ha annullato tutti i provvedimenti impugnati, rilevando che, una volta esclusa Polima, la quale era risultata avere infedelmente attestato la regolarità dei pagamenti dei contributi previdenziali, Carpe Diem, all'esito del ricalcolo dei punteggi sulla base delle valutazioni già espresse dai commissari, avrebbe ottenuto un punteggio superiore rispetto a quello di Euro &Promos.

3. Avverso tale sentenza ha proposto appello Euro &Promos, con un unico articolato motivo incentrato sulla violazione dell'art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016, che di seguito sarà esaminato, e ne ha chiesto, previa sospensione dell'esecutività anche con provvedimento monocratico, la riforma, con la conseguente declaratoria di inammissibilità dei ricorsi proposti in primo grado da Carpe Diem.

3.1. Con il decreto n. 5333 del 7 dicembre 2017 il Presidente della III Sezione ha respinto l'istanza cautelare di tutela monocratica, proposta dall'appellante, e ha fissato, per la trattazione collegiale della domanda cautelare, la camera di consiglio del 21 dicembre 2017.

3.2. Si è costituita l'appellata Carpe Diem, per resistere al gravame di cui ha chiesto la reiezione, e si è altresì costituita la Residenza "*Riviera del Brenta*", aderendo all'appello proposto da Euro &Promos e riproponendo nella memoria del 18 gennaio 2018, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., le domande e le eccezioni articolate in primo grado e

asseritamente non esaminate dal primo giudice.

3.3. Con l'istanza proposta il 20 dicembre 2017 dall'appellante e sottoscritta da tutte le altre parti per adesione, le parti stesse hanno chiesto concordemente un rapido abbinamento della causa al merito.

3.4. Pertanto nella camera di consiglio del 21 dicembre 2017, fissata per l'esame collegiale della domanda cautelare, il Collegio, sull'accordo delle parti, ha rinviato la causa all'udienza pubblica per la rapida definizione del merito.

3.5. Infine, nella pubblica udienza del 15 marzo 2018, il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

4. L'appello deve essere respinto.

5. La tesi dell'appellante, sostenuta anche dalla Residenza "Riviera del Brenta", riposa sull'assunto secondo cui Carpe Diem non avrebbe potuto più impugnare l'ammissione di Polima alla gara, e tanto per il principio di cui all'art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016, il quale 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»*.

5.1. Come è noto, ampio è stato il dibattito giurisprudenziale, anche nel vigore del d. lgs. n. 163 del 2016 (che, come si dirà, conteneva analogha disposizione), sul momento in cui debba considerarsi conclusa la fase di ammissione, regolarizzazione od esclusione delle offerte.

5.2. Tale regola, secondo l'appellante, si sarebbe dovuta applicare anche al caso di specie, una volta "cristallizzatasi" la graduatoria nel corso della seduta del 21 luglio 2017, come sopra si è accennato in punto di fatto.

5.3. Il primo giudice ha ritenuto invece che, aderendo alla tesi sostenuta in primo grado dall'Amministrazione e da Euro & Promos, secondo cui la disposizione dell'art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016 cristallizzerebbe sempre e comunque i punteggi già attribuiti e la graduatoria redatta sulla base di questi punteggi, si dovrebbe concludere che la disposizione dell'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., introdotta per effetto delle nuove disposizioni sui contratti pubblici, *«è stata partorita morta, si dovrebbe assumere che la predetta norma ha una esclusivamente virtuale e nessun effetto reale»* (p. 9 della sentenza impugnata).

5.4. Se si vuole dare un senso al comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a. ed eliminare l'apparente antinomia esistente tra la predetta disposizione e quella dell'art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016, ritiene il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto nella sentenza qui avversata, si deve interpretare quest'ultima nel senso che l'irrilevanza, ai fini del calcolo delle medie e della soglia di anomalia, di ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione ed esclusione delle offerte, valga non già per la tempestiva impugnazione, ai sensi dell'art. 120,

comma 2-*bis*, c.p.a., dell'ammissione dei concorrenti privi dei requisiti di partecipazione, ma esclusivamente per l'impugnazione dell'ammissione dei concorrenti privi dei requisiti effettuata – per l'omessa impugnazione dell'ammissione nei termini di cui al richiamato comma 2-*bis* – contestualmente con l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione della gara, quale provvedimento conclusivo della procedura concorsuale e, comunque, per qualsiasi ulteriore esclusione di un concorrente disposta – dalla stazione appaltante o a seguito di apposito giudizio – successivamente alla sua espressa ammissione.

6. La sentenza, seppure per le ragioni che seguono, merita conferma, condividendosi nella sostanza la conclusione, alla quale è pervenuto il primo giudice, secondo cui lo sbarramento dell'art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016 (principio della c.d. *invarianza della soglia*) non si può applicare alla presente controversia.

6.1. Il coordinamento dell'art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016 – che ha recepito l'analoga previsione dell'art. 38, comma 2-*bis*, del d. lgs. n. 163 del 2006 introdotta nel 2014 – con la disposizione dell'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. esige anzitutto 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.

6.2. Anzi, proprio in questa ipotesi, l'immediata impugnativa dell'ammissione appare necessaria, perché l'art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016 ha inteso evitare che, a soglia già cristallizzata (c.d. *blocco della graduatoria*), un concorrente possa insorgere contro l'ammissione di un altro non già *principaliter* per contestarne la legittima ammissione alla gara, in assenza di un valido requisito, ma solo per rimettere in discussione il calcolo delle medie e la soglia di anomalia effettuato sulla platea dei concorrenti, spesso molto ampia, ponendo i risultati della gara in una situazione di perenne incertezza e determinando, così, la caducazione, a distanza di molto tempo trascorso e in presenza di molte risorse impiegate, dell'aggiudicazione già intervenuta.

6.3. Proprio per questo l'art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016, infatti, ha previsto l'immutabilità o invarianza della soglia, una volta cristallizzata, e cioè – al pari del suo diretto antecedente storico, l'art. 38, comma 2-*bis*, del d. lgs. n. 163 del 2006, di cui ricalca la formulazione – al fine di «*scoraggiare impugnazioni sui provvedimenti di ammissione o esclusione che avessero come obiettivo soltanto quello di modificare la media delle offerte*» (Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 26 giugno 2017, n. 316, ma. v. anche Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 22 dicembre 2015, n. 740 e Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 10 luglio 2015, n. 456).

6.4. La consapevole scelta effettuata dal legislatore nel 2014, allorché ha introdotto l'art. 38, comma 2-*bis*, del d. lgs. n. 163 del 2006, previsione poi recepita anche nel vigente codice dei contratti pubblici, è stata infatti quella di assicurare preminente interesse alla conservazione

degli atti di gara, nonostante la successiva esclusione di taluno dei concorrenti e nonostante l'evidente rischio che, nelle more della partecipazione comunque avvenuta in punto di fatto, la permanenza in gara del concorrente in seguito escluso abbia sortito taluni effetti in punto di determinazione delle medie e delle soglie di anomalia (Cons. St., sez. V, 23 febbraio 2017, n. 847).

7. Questa *ratio legis* deve tenere conto, ora, dell'art. 29, comma 1, del vigente codice dei contratti pubblici e dell'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., con la conseguenza 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.

7.1. Il concorrente deve poter dunque impugnare immediatamente l'ammissione dell'altro, ove sia a conoscenza di una causa di illegittima ammissione alla stessa, senza attendere l'esito della gara e, in particolare, l'aggiudicazione (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4107, Cons. Giust. Amm. Sic., sez. giurisd., 19 febbraio 2018, n. 96), essendo il suo ricorso, in tale caso, inammissibile non solo 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 in modo strumentale, ed *ex post*, la modifica della soglia, ma anche per l'espressa previsione dell'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., nella parte in cui stabilisce che «*l'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale*».

7.2. Il principio della c.d. *invarianza della soglia* e la scelta del c.d. *blocco della graduatoria*, come si è accennato, sono stati recepiti consapevolmente anche nel nuovo codice dei contratti pubblici e, in particolare, nell'art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016, che si applica al caso di specie.

8. Nella vicenda in esame, tuttavia, Carpe Diem si è attivata immediatamente per contestare l'illegittima ammissione della concorrente, nelle forme del rito superspeciale di cui all'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., avendo impugnato con un primo ricorso tale ammissione il 14 settembre 2017, entro i trenta giorni decorrenti, considerata la sospensione feriale, dall'adozione dell'atto di ammissione di Polima, risalente al decreto dirigenziale n. 114 del 13 luglio 2017.

8.1. Né può sostenersi, come vorrebbe l'appellante, che la graduatoria si fosse "cristallizzata", al momento in cui il ricorso fu proposto, non solo perché nessuna graduatoria era stata ancora "ufficializzata" dalla stazione appaltante, ma perché la fase di ammissione non poteva dirsi conclusa, in quel momento, anche per la rapida successione degli atti di gara, che avevano visto il 13 luglio l'ammissione delle concorrenti e, solo dopo 8 giorni, l'apertura delle offerte e la loro graduazione, nel verbale della seduta del 21 luglio 2017, atto endo-procedimentale, quest'ultimo, privo di immediata lesività, ai sensi dell'art. 120, comma 2-*bis*, ult. periodo, c.p.a. e non impugnabile autonomamente nelle forme del rito superspeciale.

8.2. La stessa Polima, prima graduata, era stata dalla stazione appaltante, con detto verbale del 21 luglio 2017, assoggettata alla verifica dell'anomalia, conclusasi di lì a poco con l'esclusione del 19 settembre 2017 e lo scorrimento della graduatoria, di cui al decreto dirigenziale n. 149 del 19 settembre 2017, ritualmente impugnato da Carpe Diem con successivo ricorso, connesso al primo e riunito a questo dalla sentenza impugnata.

8.3. Per parte sua, va qui notato, Carpe Diem, con l'istanza del 2 agosto 2017, ancora in pendenza del termine per impugnare l'ammissione di Polima aveva richiesto alla stazione appaltante di rideterminarsi in via di autotutela circa l'illegittima ammissione di Polima, proprio rappresentando la sua situazione di irregolarità contributiva che avrebbe dovuto determinarne, *in radice e ab origine*, l'esclusione dalla gara, come ha statuito correttamente sul punto il primo giudice, con motivazione, peraltro, che non è stata oggetto di specifica impugnazione e sulla quale, conseguentemente, si è formato il giudicato.

8.4. Ma il subprocedimento di verifica dell'anomalia, avviato dalla stazione appaltante il precedente 21 luglio 2017, era proseguito senza che di tale istanza essa avesse tenuto o dato alcun conto, concludendosi, appunto, con il menzionato decreto n. 149 del 19 settembre 2017, impugnato con successivo autonomo ricorso da Carpe Diem.

8.5. È evidente, dunque, che lo sbarramento, di cui all'art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016, non può trovare applicazione ad un caso, come il presente, nel quale la concorrente ha tempestivamente impugnato l'atto di ammissione, nelle forme e nei termini di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., in assenza, al momento, di qualsivoglia "cristallizzazione" della soglia per effetto di una graduatoria formata sulla base di ammissioni o esclusioni divenute inoppugnabili e immodificabili – per il rapidissimo susseguirsi degli atti di gara – e, anzi, in pendenza di un subprocedimento per la verifica dell'anomalia dell'offerta risultata prima graduata ancora aperto, subprocedimento nel corso del quale la concorrente Carpe Diem, terza graduata, pendendo comunque ancora il termine per impugnare l'ammissione di Polima, ha sollecitato la stazione appaltante ad escludere in via di autotutela, evidentemente ai sensi dell'art. 80, comma 6, del d. lgs. n. 50 del 2016, la prima graduata proprio per un vizio originario – l'irregolarità contributiva – di tale offerta.

8.6. Coerente con questa impostazione è, del resto, l'orientamento di Cons. St., sez. V, 13 febbraio 2017, n. 590 (e della consolidata giurisprudenza da essa richiamata: v., in particolare, Cons. St., sez. V, 16 marzo 2016, n. 1052), riguardante la determinazione della soglia direttamente conseguente all'illegittima ammissione disposta in danno dell'impresa partecipante che, prima dell'aggiudicazione, solleciti – come è anche avvenuto nel caso di specie – la stazione appaltante all'esercizio del potere di autotutela, al fine di assicurare e garantire, oltre la correttezza della procedura concorrenziale, il buon andamento dell'azione amministrativa disposto dall'art. 97 Cost.

8.7. Una diversa interpretazione, quale quella propugnata dall'appellante (e dalla Residenza "Riviera del Brenta"), si porrebbe in contrasto non solo con gli artt. 24 e 113 Cost., ma anche con l'appena richiamato art. 97 Cost., consentendo l'aggiudicazione di una gara sulla base di una determinazione della soglia ottenuta per l'effetto di una ammissione illegittima, tempestivamente impugnata dal concorrente interessato nelle forme e nei tempi

dell'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. e altrettanto tempestivamente annullata dal primo giudice.

8.8. Inoltre tale diversa interpretazione, nel creare una riserva di amministrazione sottratta a qualsivoglia controllo di legalità, anche estrinseco, e nel precludere al giudice amministrativo la possibilità di “accedere” al fatto e di conoscere successive variazioni della soglia ancorché legittimamente contestate, in base al nuovo art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., con una rituale impugnazione dell'ammissione, si porrebbe in contrasto con il principio di *full jurisdiction*, costantemente affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (v., in tal senso, la sentenza del 7 giugno 2012, *Segame SA c. France*), ma anche con la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, che ritiene in via generale non incompatibili con il diritto europeo criteri automatici di determinazione della soglia basati sulla media dell'insieme delle offerte ricevute, purché consentano di valutare in concreto l'anomalia dell'offerta (v., *ex plurimis*, Corte Giustizia delle Comunità europee, 15 maggio 2008, in C-147/06), ma al contempo precisa che debba trattarsi di offerte ricevute «*valide*».

8.9. Anche per questa ragione il Collegio, nel condividere l'orientamento seguito dalla citata giurisprudenza nel vigore del precedente codice dei contratti pubblici (v., *ex plurimis*, Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 22 dicembre 2015, n. 740), ritiene che la fase di ammissione e di esclusione delle offerte non possa sicuramente dirsi conclusa, anche nel vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, almeno finché non sia spirato il termine per impugnare le ammissioni e le esclusioni, in modo da consentire alle imprese partecipanti di potere contestare immediatamente dette ammissioni ed esclusioni, laddove esse immediatamente incidano sulla determinazione della soglia e siano, quindi, immediatamente lesive per il concorrente interessato (come è nel caso di specie per il brevissimo tempo intercorso tra la fase dell'ammissione e quella di determinazione della soglia), e comunque, laddove le ammissioni e le esclusioni di altri partecipanti non assumano immediata efficacia lesiva, ai fini della determinazione della soglia, con la conseguente impossibilità di impugnare un atto non immediatamente lesivo per il concorrente interessato (essendosi la soglia venuta a determinare, nel corso della gara, in un momento successivo a quello in cui è spirato il termine per impugnare le ammissioni e le esclusioni), 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).

8.10. Un diverso orientamento, che non considerasse tale potere di intervento in autotutela a procedura ancora aperta, da parte dell'amministrazione, e di esclusione dei concorrenti in qualunque momento della gara (art. 80, comma 6, del d. lgs. n. 50 del 2016), creerebbe un irrigidimento non conforme ai principi costituzionali ed europei, prima ancora che alle disposizioni del codice, determinando una cristallizzazione della soglia insensibile a qualsivoglia illegittimità riscontrata in corso di gara persino dalla stessa stazione appaltante, e, come ogni automatismo che non consenta alla stessa di valutare in concreto le offerte presentate, sarebbe «*contrario all'interesse stesso delle amministrazioni aggiudicatrici, in quanto queste ultime non sono in grado di valutare le offerte loro presentate in condizioni di concorrenza effettiva e quindi di assegnare l'appalto in applicazione dei criteri, anch'essi stabiliti nell'interesse pubblico, del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più*

vantaggiosa» (Corte di Giustizia delle Comunità europee, 15 maggio 2008, in C. 147/06, § 29).

9. La *ratio* dell'art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016 mira, invece, ad evitare impugnative strumentali, tendenti a sovvertire il calcolo delle medie o la determinazione della soglia dell'anomalia, ad aggiudicazione ormai avvenuta, sulla base di una platea di concorrenti ormai cristallizzatasi per effetto di ammissioni o esclusioni definitive, non fosse altro perché non impugunate nei termini di cui all'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a. o, comunque, perché ormai esauritasi la fase amministrativa di riesame dei precedenti atti di ammissione, all'interno della procedura (v. il già citato art. 80, comma 6, del d. lgs. n. 50 del 2016), con l'aggiudicazione, dopo un lungo *iter* e il dispendio di risorse ingenti da parte dell'amministrazione pubblica nel corso della gara.

9.1. Ma nel caso di specie, per le ragioni sin qui vedute, Carpe Diem ha impugnato tempestivamente in primo grado sia l'ammissione di Polima, per la stessa Carpe Diem immediatamente lesiva, sia la successiva esclusione di Polima per (la sola) anomalia dell'offerta.

10. Da quanto sin qui esposto deriva che l'appello di Euro & Promos, in quanto infondato, debba essere respinto, con la conseguente conferma, seppure per le ragioni esposte, della sentenza impugnata, che ha annullato correttamente tutti gli atti impugnati con i due ricorsi proposti in primo grado da Carpe Diem e ha disposto la rimodulazione dei punteggi attribuiti a ciascun concorrente, con la doverosa esclusione di Polima.

10.1. Tutte le ulteriori questioni sollevate dalla Residenza "Riviera del Brenta", ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., nella memoria del 18 gennaio 2018, al di là della loro ritualità, sono comunque irrilevanti e in ogni caso infondate, alla luce delle ragioni sin qui esposte, non solo perché è evidente – almeno nel caso di specie – l'interesse anche del terzo graduato ad impugnare, nelle forme di cui all'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., l'ammissione del primo in una fase ancora aperta del procedimento, al fine di incidere sul calcolo delle medie e sulla soglia dell'anomalia, ma anche perché la invocata posticipazione delle verifiche sostanziali all'esito della gara, disposta dalla *lex specialis* con previsioni non impugunate da Carpe Diem, determinerebbe *ex se* l'impossibilità di contestare l'ammissione del concorrente se non una volta chiusasi la fase preliminare e formale di ammissione, definita con i provvedimenti di cui all'art. 29, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016, con la conseguenza, inaccettabile perché viziata da una evidente *petitio principii*, che una successiva impugnativa dell'ammissione, effetto necessitato di tale impostazione, integrerebbe proprio quella ipotesi di «*variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte*», vietata dall'art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016, come sin qui si è detto.

10.2. Anche per queste ragioni, dunque, le statuizioni qui impugunate non possono che meritare conferma.

11. Le spese del presente grado del giudizio, considerata la complessità interpretativa della questione dibattuta, possono essere interamente compensate tra le parti.

11.1. Rimane definitivamente a carico dell'appellante, attesa la sua soccombenza, il contributo unificato richiesto per la proposizione del gravame.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come proposto da Euro & Promos Social Health Care Coop. Soc., lo respinge e per l'effetto conferma, ai sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

Pone definitivamente a carico di Euro & Promos Social Health Care Coop. Soc. il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

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