

Il principio della rideterminazione della media nelle procedure di gara ed il “momento procedimentale” discriminante ai fini della “immutabilità” della soglia di anomalia

di Giovanni Ranalli, Fabrizio Garzuglia

Data di pubblicazione: 21-9-2016

1. Nel corso di una procedura di gara da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso è legittimo il ricalcolo della soglia di anomalia nel caso di riammissione in gara di ditte inizialmente escluse prima del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

2. Una lettura sistematica dell'art. 38 co. 2 bis del D.lgs n. del 12 aprile 2006 rispetto all'art. 11 del medesimo codice dei contratti, porta a ritenere che la norma nella parte in cui vieta la rideterminazione della media e della soglia di anomalia deve essere interpretata nel senso di limitare il potere dell'amministrazione di agire in autotutela solo dopo che la stazione appaltante abbia adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva (1).

(1) *Conforme: Cons. Giust. Amm. Sic., 21-01-2015, n. 29; Consiglio di Stato sez. V sent. 1052 del 16 marzo 2016; in senso contrario. In senso contrario: Consiglio di Stato sez. V, 26-05-2015, n. 2609; T.A.R. Lazio, Latina, 16 marzo 2016, n. 150.*

Guida alla lettura

La sentenza in esame ha ad oggetto l'interpretazione dell'art. 38 co. 2 bis del D.lgs. n. 163 del 2016 (inserito dall'art. 39, comma 1, D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 agosto 2014, n. 114), nella parte in cui dispone 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”*.

Una parte della giurisprudenza amministrativa aveva affermato che l'art. 38 co. 2 bis trova applicazione ove venga in questione la sola carenza di uno dei requisiti elencati nell' art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006, deponendo in tal senso non soltanto la collocazione sistematica della

stessa, quale norma di chiusura posta all'interno del predetto art. 38, ma anche la ratio ivi sottesa, la quale, in chiave deflattiva del contenzioso, è volta ad affermare il principio di immodificabilità del calcolo della soglia di anomalia successivamente alla fase di regolarizzazione di eventuali carenze concernenti i requisiti soggettivi di partecipazione, onde evitare un uso distorto del soccorso istruttorio e rimettere in discussione gli esiti della gara, in conseguenza di ulteriori integrazioni documentali che possano determinare la riammissione di concorrenti escluse o, viceversa, l'esclusione di concorrenti ammesse (cfr. in tal senso: T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, Sent., 15/02/2016, n. 162).

Il Consiglio di Stato con la sentenza 2609/2015 ha, però, ampliato la portata applicativa dell'art. 38 co. 2 bis affermando che *“Occorre sottolineare che, benché la previsione sia stata immessa dal legislatore nel testo dell' art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006, essa è applicabile anche nei casi in cui non sia in questione la carenza di uno dei requisiti elencati nello stesso articolo, ma qualunque altra potenziale ragione di esclusione di un concorrente”*,

Nell'attuale Codice degli appalti pubblici la questione della collocazione sistematica appare superata. Infatti, la disposizione in commento la si ritrova nell'ambito dell'art. 95 del D.lgs. n. 50/2016 che disciplina i criteri di aggiudicazione. Tale norma al comma 15 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”*. Pertanto, nell'ottica della citata sentenza 2609/15 del Consiglio di Stato, la collocazione del divieto del ricalcolo nell'art. 95 appare più coerente con la finalità sostanziale della norma che è quella non modificare in un determinato momento della procedura la media e la soglia dell'anomalia ai fini dell'aggiudicazione.

La sentenza del Tar Toscana in commento, proprio facendo leva sul “momento procedimentale” in cui si applica il divieto di ricalcolo della media e conseguente modifica della soglia di anomalia, riprendendo l'orientamento espresso da diverse pronunce e, in particolare, dal Cons. Giust. Amm. Sic., 21-01-2015, n. 29; Id. 740/2015, ha individuato tale momento discriminante nel provvedimento di aggiudicazione definitiva (nel caso trattato dal Tar Toscana non vi era stata nemmeno l'aggiudicazione provvisoria); con la conseguenza che la riammissione dei ditte escluse **prima** dell'aggiudicazione definitiva rende legittimo la rideterminazione delle medie e quindi il ricalcolo della soglia di anomalia.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1025 del 2016, proposto da:

Endiasfalti S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Giacomo Biagioni C.F. BNGGCM74H30G713S, Andrea Ghelli C.F. GHLNDR66C09G713L, con domicilio eletto presso Andrea Ghelli in Firenze, via XX Settembre 60;

contro

Città Metropolitana di Firenze, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Francesca Zama C.F. ZMAFNC76L70D612S, con domicilio eletto presso - Uff. Legale Città Metropolitana in Firenze, via De Ginori 10;

nei confronti di

Esseti S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Ranalli C.F. RNLGNN65R28L117M, Fabrizio Garzuglia C.F. GRZFRZ71R29I921R, con domicilio eletto presso Simone Nocentini in Firenze, via dei Rondinelli 2;

per l'annullamento

- della graduatoria provvisoria apparsa sulla piattaforma Start della Città Metropolitana di Firenze il 4.07.2016 e del provvedimento, di ignoto numero e data, con il quale è stato provveduto al ricalcolo delle medie della procedura e all'individuazione di una nuova soglia di anomalia delle offerte in sostituzione di quella approvata il 21.06.2016;
- conseguentemente, della esclusione dalla graduatoria provvisoria dell'offerta di Endiasfalti S.p.A. quale offerta anomala;
- per quanto occorrer possa, dell'atto Dirigenziale n. 1273 del 29.06.2016 del Dirigente del servizio "Direzione Gare e Contratti ed Espropri" della Città Metropolitana di Firenze, con il quale sono state riammesse in autotutela le offerte dei concorrenti Bondini S.r.l. e CGS S.r.l.;
- sempre per quanto occorrer possa di tutti i provvedimenti di ammissione e di esclusione delle offerte - di ignoto numero, data e contenuto - assunti dall'Amministrazione precedente;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché non conosciuti o conoscibili.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Città Metropolitana di Firenze e di Esseti S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 settembre 2016 il dott. Bernardo Massari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Premesso che:

- la Città metropolitana di Firenze indiceva, per i lavori di completamento del lotto VI della variante S.R. 429, tratto Empoli-Castelfiorentino, una procedura aperta, ai sensi degli artt. 54 e 55 del d.lgs. n. 163/2006, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, inferiore a quello posto a base di gara, determinato mediante offerta a prezzi unitari, con l'esclusione automatica, ai sensi del combinato disposto dagli artt. 122 comma 9 e 253 comma 20-bis, delle offerte che presentavano un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 86, comma 1;

- la procedura di gara veniva espletata con modalità interamente telematica sul Sistema Telematico Acquisti Regionale della Toscana - Città Metropolitana di Firenze (START);

- nella fase di qualificazione la Stazione appaltante escludeva dalla gara n. 28 operatori economici, tra i quali i concorrenti Bondini S.r.l. e CGS S.r.l. in quanto ritenuti privi dei requisiti di partecipazione richiesti dal bando;

- a seguito dell'apertura delle offerte economiche delle ditte ammesse, il sistema telematico determinava la soglia di anomalia e stilava in automatico la graduatoria provvisoria dalla quale risultava, quale migliore offerta, quella della ditta Endiasfalti;

- prima che intervenisse ogni forma di aggiudicazione, anche provvisoria, con provvedimento in autotutela n. 1273 del 29.6.2016 l'amministrazione, alla luce del più recente orientamento giurisprudenziale in tema di avvalimento frazionato (motivo che aveva determinato l'esclusione delle due concorrenti sopra menzionate), riammetteva in gara le due ditte precedentemente escluse;

- a seguito della riammissione delle due ditte, esaminate anche le loro offerte economiche, si determinava automaticamente una nuova soglia di anomalia e, conseguentemente, una nuova graduatoria nella quale si collocava al primo posto la ditta Esseti, evocata in giudizio come controinteressata, mentre l'offerta di Endiasfalti risultava tra le offerte anomale;

considerato che:

- la società ricorrente ha proposto ricorso contestando il provvedimento di aggiudicazione per

avere la stazione appaltante, in violazione dell'art. 38 co. 2 bis d.lgs. n. 163/06, dopo la riammissione in gara delle due ditte inizialmente escluse, illegittimamente proceduto al ricalcolo della soglia di anomalia;

- in tal senso si sarebbe espressa finora la giurisprudenza (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2015, n. 2609; T.A.R. Lazio, Latina, 16 marzo 2016, n. 150) la stessa ANAC (con il parere n. 130 del 22 luglio 2015), nonché questa Sezione con la sentenza n. 1516/2015;

- in particolare, con tale ultima pronuncia si è ritenuto che *“Nel sistema delineato dalla norma, l’individuazione della soglia di anomalia è quindi rivelatrice dell’intenzione dell’amministrazione procedente di ritenere esaurita la fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione per addivenire a quella di formazione della graduatoria, e segna il momento oltre il quale divengono irrilevanti le sopravvenienze dovute non soltanto a pronunce giurisdizionali, ma anche all’iniziativa della stessa amministrazione, come inequivocabilmente si ricava dalle espressioni utilizzate dal legislatore. Il riferimento a ogni variazione intervenuta “anche” (e non solo) in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale indica infatti, a contrario, l’irrilevanza di qualsiasi variazione, a partire da quelle derivanti dall’esercizio dei poteri di autotutela dell’amministrazione”* (T.A.R. Toscana, sez. I, 9 novembre 2015, n. 1516);

ritenuto che:

- la tesi appena riportata, merita, ad avviso del Collegio, di essere rimedia alla luce del più recente orientamento espresso in particolare dal Giudice di appello;

- la norma di legge invocata (introdotta dall'art. 39, co. 1, d.l. n. 90/2014) 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 sentenza di questo Tribunale invocata dalla ricorrente attiene ad una fattispecie non del tutto sovrapponibile a quella oggetto di esame concernendo, infatti, un caso in cui la stazione appaltante aveva già proceduto all’aggiudicazione provvisoria della gara sulla base della prima soglia di anomalia, poi modificata con effetti anche sull’aggiudicazione;

- nello stesso senso la pronuncia del Consiglio di Stato n. 2609/2015 si sofferma su una fattispecie in cui già era intervenuta l’aggiudicazione definitiva della gara, mentre nel caso che ne occupa l’Amministrazione non aveva proceduto né all’aggiudicazione definitiva, né a quella provvisoria;

- lo snodo cruciale del ragionamento sul quale occorre puntare l’attenzione sta appunto nell’esegesi della locuzione usata dal Legislatore per determinare il momento in cui la soglia di anomalia viene fissata in modo intangibile perciò rendendosi impermeabile a *“ogni variazione che intervenga...successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte...”*;

- la stessa sentenza di questo T.A.R., più volte citata, reca uno snodo argomentativo in tal senso significativo, affermando che *“Sul piano operativo, l’interpretazione testuale non lascia adito a dubbi: il periodo finale del comma 2-bis scandisce le fasi della procedura di gara che precedono la determinazione della soglia di anomalia e la cui durata è di volta in volta rimessa al discrezionale apprezzamento della stazione appaltante, alla quale compete stabilire quando esse possano reputarsi esaurite, tenuto conto di ogni esigenza procedimentale, ivi comprese quelle dipendenti dal doveroso esercizio del potere di soccorso istruttorio”*;

- partendo da questo presupposto il C.G.A. Reg. Siciliana ha ritenuto che *“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”* (C.G.A. Reg. Sic., 22 dicembre 2015, n. 740; nello stesso senso, Cons. Stato, sez. V, n. 1052/2016. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I n. 583/2015);

- tali conclusioni sono supportate sul piano sistematico dal rilievo 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 (C.G.A. Reg. Sic., 22 dicembre 2015, n. 740);

- a più forte ragione tali conclusioni si impongono nel caso in cui il procedimento si sia arrestato alla fase dell’aggiudicazione provvisoria atto che, pur essendo autonomamente impugnabile, non è individuabile come provvedimento conclusivo della procedura di evidenza pubblica, conseguendone che sarebbe incoerente escludere la possibilità di rivedere le determinazioni già assunte;

- *“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”* (C.G.A. Reg. n. 740/2015 cit.);

- *“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" (C.G.A. Reg. Sic., n. 740/2015 cit.);

- per tali ragioni deve ritenersi legittimo, da parte della stazione appaltante, l'esercizio del potere di modificare la soglia di anomalia, riammettendo in gara concorrenti esclusi nelle precedenti fasi del procedimento, purché ciò avvenga prima del provvedimento di aggiudicazione definitiva;

- rilevato che:

- con il secondo motivo la ricorrente contesta anche la legittimità della riammissione in gara delle ditte Bondini S.r.l. e CGS S.r.l. da cui è scaturita la modifica della soglia di anomalia in quanto non sarebbe stata dimostrata dalle medesime l'effettiva disponibilità dei mezzi offerti dalle imprese ausiliarie, così come statuito dalla sentenza della Corte di giustizia UE n. C-94/12 del 10 ottobre 2013 al fine di consentire l'avvalimento frazionato;

- la tesi non appare condivisibile dal momento che l'esclusione delle suddette concorrenti era avvenuta sulla base dell'interpretazione assegnata all'art. 49, co. 6, d.lgs. n. 163/2006 dall'AVCP (ora ANAC) con il parere n. 2/2012 in tema di cd. avvalimento frazionato inteso come divieto di avvalersi di più imprese ausiliarie per ciascuna categoria di qualificazione o frazionamento del requisito fra l'impresa ausiliata e quella ausiliaria;

- successivamente, preso atto del successivo comunicato n. 75 del Presidente dell'ANAC che faceva proprio l'assunto in materia della sentenza della Corte di giustizia UE n. C-94/12 citata, ed avendo le concorrenti dimostrato l'effettiva disponibilità, per quanto concerne l'avvalimento, dei mezzi forniti dalle imprese ausiliarie, la stazione appaltante ha legittimamente riammesso alla gara le ditte interessate (Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2013 n. 5874, id., sez. V, 5 dicembre 2014 n. 5987 T.A.R. Catania, sez. I, 7 aprile 2016 n. 984);

ritenuto, in conclusione, che il ricorso, per le ragioni esposte sia infondato e vada respinto, e che le spese del giudizio, in ragione del sopravvenuto mutamento della giurisprudenza sulla specifica questione oggetto di controversia possano essere integralmente compensate tra le parti;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 8 settembre 2016 con l'intervento

dei magistrati:

Saverio Romano, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere, Estensore

Gianluca Bellucci, Consigliere