

## **Sì all'immodificabilità delle medie delle offerte e della soglia di anomalia in caso di aggiudicazione provvisoria anche con criteri discrezionali di aggiudicazione**

*di Angela Cerreto*

*Data di pubblicazione: 14-3-2017*

1. L'innovativo principio di cui all'articolo 39 del decreto-legge n. 90 del 2014 (che ha introdotto il nuovo comma 2-bis dell'ambito dell'articolo 38 del previgente 'Codice dei contratti') assume valenza generale e mira all'obiettivo (probabilmente opinabile, ma costituente esercizio di interpositio legislatoris in via di principio insuscettibile di scrutinio in sede giudiziale) di assicurare stabilità agli esiti finali dei procedimenti di gara.

2. Non sussistono ragioni sistematiche dirimenti per ritenere operante il principio dell'immodificabilità della medie delle offerte e della anomalia delle offerte solo nelle ipotesi in cui la valutazione avviene sulla base di criteri automatici e non anche in quelle in cui viene discrezionalmente operata dalla competente Commissione.

3. Stante la portata ampia e onnicomprensiva dell'art. 38, comma 2-bis, del dlgs 50/2006 e le finalità di ordine generale cui la disposizione mira, non si individuano prevalenti elementi di ordine sistematico perché essa possa trovare applicazione solo laddove sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva in favore del concorrente successivamente escluso e non anche laddove l'esclusione sia avvenuta al momento in cui il concorrente era destinatario di una mera aggiudicazione provvisoria (1).

(1) in senso contrario sul punto CGA, Sez. Giur., sentenza 22 dicembre 2015, n.740 e CGA, Sezione Giur., sentenza 27 febbraio 2017, n. 67 che richiedono quale **presupposto di operatività della disposizione che sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva** con la conseguenza di ammettere che l'Amministrazione possa riprocedere al ricalcolo della medesima media se si è conclusa sola la fase della aggiudicazione provvisoria.

**Guida alla lettura**

La sentenza in commento ribadisce **la portata generale del principio di immodificabilità delle medie delle offerte e della soglia di anomalia** e conferma la sentenza del TAR Campania impugnata, che ha ritenuto applicabile l'art. 38, comma 2 bis ultima parte del d.lgs n. 163 del 2006 (introdotto dall'art. 39 del decreto legge 90/2014), oggi trasfuso nell'art. 95, comma 15 del dlgs 50/2016, anche nel caso in cui la stazione appaltante abbia provveduto alla formazione delle graduatorie sulla base di criteri non automatici, come nell'ipotesi del confronto a coppie, e nel caso in cui l'illegittima esclusione del ricorrente, poi riammesso, sia avvenuta in fase di aggiudicazione provvisoria. In particolare, la citata disposizione prevede 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”*. Tale principio è, infatti, frutto di una consapevole scelta del legislatore, il quale ha voluto assicurare **preminenza all'interesse della certezza e stabilità degli esiti finali dei procedimenti di gara**. Ciò nonostante il rischio evidente che nelle more della partecipazione in gara del ricorrente escluso, poi riammesso possa aver influito in punto di determinazione delle medesime medie e delle soglie di anomalia in argomento.

In tal modo si pone una chiara eccezione al principio secondo il quale l'annullamento con effetto ex tunc di un provvedimento implica l'eliminazione di ogni effetto che ne sia derivato.

Così nel caso in esame, riconosciuta e non contestata in sede di appello, la legittimità dell'esclusione dell'aggiudicatario provvisoria, per mancanza dei requisiti di qualificazione, correttamente si è ritenuto che il Rup avesse proceduto a scorrere la graduatoria con aggiudicazione al secondo classificato e non avesse provveduto alla rideterminazione dei punteggi utili ai fini della graduatoria, come richiesto dalla terza classificata.

Ed infatti, **non si ritiene condivisibile l'impostazione dell'appellante volta a restringere l'applicazione del precetto solo in caso di criteri automatici**. Distinzione che non trova conferma né nella lettera della legge né nell'asserita derivazione, solo in tale ipotesi, di effetti “neutri” ai fini della graduatoria e per il seguito della procedura in ragione dell'illegittima esclusione di un'impresa, poi riammessa.

Il Collegio, richiamata la generalità del principio medesimo, osserva in senso contrario, a titolo di esempio, che restano definitivamente escluse talune offerte che in caso di mancata considerazione del concorrente da escludere, sarebbero rimaste in gara anche nell'ipotesi di applicazione dell'art. 86 del dlgs 50/2006 in caso di aggiudicazione al prezzo più basso.

Così potrà risultare aggiudicatario il concorrente che abbia formulato la migliore offerta non anomala, che tuttavia, non lo sarebbe stato nell'ipotesi in cui lo stesso poi escluso non fosse stato considerato in caso di applicazione dell'art. 88, comma 7 del previgente codice.

Allo stesso modo **non ritiene ostativo ai fini dell'applicazione del precetto la circostanza che al momento dell'autotutela da parte della Stazione appaltante fosse intervenuta la sola aggiudicazione provvisoria** attesa la generalità del principio e per ragioni di ordine sistematico.

**La decisione in commento si segnala, anche se in un obiter dictum, per non ritenere** “in via di principio **precluso al concorrente**, il quale avrebbe ottenuto una diversa utilitas sostanziale in caso di mancata partecipazione del concorrente escluso, **l’attivazione dei diversi rimedi di tutela – anche risarcitori – approntati dall’ordinamento**” (in tal senso *CGARS, sentenza 22 dicembre 2015, n. 740*). Il punto, tuttavia, è controverso. Il Tar Campania nell’impugnata sentenza aderisce di contro a quell’orientamento che esclude in radice ogni tutela all’interesse sostanziale e nondimeno non ritiene configurabili possibili profili incostituzionalità della norma, sollevati nell’udienza di discussione, in riferimento agli art. 24 e 113 della Cost. per aver limitato o escluso determinati mezzi di impugnazione. Afferma infatti che il medesimo art. 38, comma 2 bis, è norma di settore che ha natura sostanziale, avendo articolato l’andamento del procedimento di evidenza pubblica, la quale riverbera solo di riflesso effetti sulla pienezza della tutela processuale (*in tal senso CdS, Sez. V, 26 maggio 2015, n. 2609*).

## **Il Consiglio di Stato**

### **in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5169 del 2016, proposto dalla soc. Gallo Giovanni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Spiezia e Antonio Melucci, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2

### **contro**

Consorzio di Bonifica Integrale Comprensorio Sarno – Bacini del Sarno Torrenti Vesuviani e Irno, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall’avvocato Sabatino Rainone, con domicilio eletto presso S.G.E. Studio Giuridico Economico in Roma, via Ottaviano, 9;

R.C.M. Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall’avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso Giancarlo Viglione in Roma, Lungotevere dei Mellini, 17

### **nei confronti di**

P.I.G.I. S.r.l. Costruzioni e Fondazioni non costituita in giudizio

per la riforma della sentenza in forma semplificata del T.A.R. della Campania – Sezione staccata di Salerno, Sezione II, n. 604/2016

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio di Bonifica Integrale Comprensorio Sarno – Bacini del Sarno Torrenti Vesuviani e Irno e della R.C.M. Costruzioni S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2017 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l'avvocato Casertano per delega dell'avvocato Spiezia, l'avvocato Melucci, l'avvocato Visone per delega dell'avvocato Rainone e l'avvocato Lentini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

## **FATTO**

Con ricorso proposto dinanzi al TAR della Campania – Sezione staccata di Salerno e recante il n. 2503/2015 la PIGI s.r.l., premesso di aver partecipato a una gara di appalto indetta dal Consorzio di bonifica Integrale Sarno – Bacini del Sarno, dei Torrenti Vesuviani e dell'Inno e di essersi classificata al primo posto della graduatoria finale, impugnava gli atti con cui era stata disposta la sua esclusione in ragione della scadenza di un'attestazione SOA necessaria ai fini partecipativi.

Con ricorso proposto dinanzi al medesimo Tribunale amministrativo regionale e recante il n. 2607/2015 l'odierna appellante Gallo Giovanni s.r.l., premesso di aver partecipato anch'essa alla gara di cui sopra e di essersi classificata al terzo posto della graduatoria, impugnava gli atti con cui la Commissione di gara, dopo aver decretato l'esclusione della PIGI. s.r.l., anziché procedere al ricalcolo dei punteggi, annullando quelli attribuiti dal confronto a coppie con la stessa PIGI. s. r. l., si era "limitata allo scorrimento della graduatoria con la consequenziale aggiudica in favore della R. C. M. Costruzioni s. r. l., seconda graduata".

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo adito ha respinto entrambi i ricorsi ritenendoli infondati.

La sentenza in questione è stata impugnata in appello dalla Gallo Giovanni s.r.l. la quale ne ha chiesto la riforma articolando i seguenti motivi:

- 1) Error in iudicando – Violazione di legge artt. 11 e 40 del d.lgs. 163 del 2006 – art. 76 del d.P.R. 207 del 2010 – Disciplinare di gara – Intervenuta soluzione di continuità – Perdita di requisito di ordine speciale – Eccesso di potere per difetto di istruttoria;
- 2) Error in iudicando – Violazione di legge art. 38, comma 2-bis del 'Codice degli appalti' – Carezza assoluta del presupposto;
- 3) Error in iudicando – Violazione d legge art. 38, comma 2-bis del 'Codice degli appalti'.

Si è costituito in giudizio il Consorzio di Bonifica Integrale per il Comprensorio di Sarno e dei Bacini del Sarno, dei Torrenti Vesuviani e dell'Irno il quale ha concluso nel senso dell'inammissibilità, improcedibilità e infondatezza dell'appello.

Si è altresì costituita in giudizio la R.C.M. la quale ha a propria volta concluso nel senso dell'infondatezza dell'appello.

Alla pubblica udienza del 26 gennaio 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso proposto dalla Gallo Giovanni s.r.l., attiva nel settore delle costruzioni (la quale aveva partecipato alla gara indetta dal Consorzio di Bonifica di Sarno per la realizzazione di alcuni lavori di sistemazione idrogeologica e si era classificata al terzo posto della graduatoria finale) avverso la sentenza del T.A.R. della Campania – Sezione staccata di Salerno con cui: i) è stato respinto il ricorso proposto dalla prima classificata Pigi s.r.l. (esclusa per carenza di un requisito di qualificazione); ii) è stato respinto il ricorso proposto dall'odierna appellante avverso la decisione della stazione appaltante di non rideterminare le medie di gara, ma di procedere allo scorrimento della graduatoria

2. Si deve in primo luogo dare atto del fatto che la PIGI s.r.l. (inizialmente risultata aggiudicataria, per poi essere esclusa dalla procedura all'origine dei fatti di causa) non ha impugnato il capo della sentenza in epigrafe con cui è stato respinto il ricorso n. 2503/2015 proposto dalla stessa PIGI s.r.l. avverso il provvedimento di esclusione.

Su tale capo della sentenza si è quindi formato il giudicato.

3. Nel merito il ricorso è infondato.

4. Con il primo motivo di appello la Gallo Giovanni s.r.l. lamenta la reiezione del motivo di ricorso con cui si era lamentato che la PIGI s.r.l. fosse stata erroneamente ammessa alla gara (e al confronto a coppie).

Ed infatti, non è corretto affermare, con i primi Giudici, che al momento della partecipazione la PIGI s.r.l. fosse in possesso del requisito di qualificazione richiesto dalla *lex specialis* di gara (si tratta del possesso della Categoria OS21 in classifica II) e che lo avesse perduto nel corso della procedura.

Al contrario, se i primi Giudice avessero correttamente esaminato e interpretato la documentazione in atti avrebbero dovuto concludere che la PIGI fosse priva del richiamato requisito sin dal 19 maggio 2015 (data di scadenza dell'attestazione SOA), ragione per cui la stessa era stata illegittimamente ammessa alla gara.

4.1. Il Collegio ritiene che si possa prescindere dall'esame puntuale del motivo di ricorso appena richiamato in quanto la circostanza per cui la PIGI fosse stata legittimamente ammessa alla gara (per poi esserne altrettanto legittimamente esclusa) ovvero se fosse stata

illegittimamente ammessa non rileva ai fini della presente decisione.

Ed infatti, siccome ciò che rileva ai fini del decidere è la previsione di cui all'articolo 38, comma 2-bis del previgente 'Codice dei contratti, la conseguenza è nel senso dell'indifferenza ai fini del decidere del carattere legittimo o illegittimo dell'iniziale ammissione alla gara della PIGI s.r.l.

Ai sensi della disposizione appena richiamata, infatti, "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".

Si tornerà fra breve sul significato da attribuire alla disposizione per ciò che concerne i confini dell'irrelevanza delle disposte esclusioni.

Tuttavia, si può sin da ora anticipare che, laddove essa richiama le variazioni intervenute anche in conseguenza di pronunce giurisdizionali "successivamente alla fase di ammissione (...)", non si può che riconoscerle il significato fatto proprio dall'utilizzo delle locuzioni ivi contenute. Ne consegue che ciò che rileva ai fini applicativi è il fatto che la pronuncia giudiziale sia intervenuta dopo l'ammissione alla gara, non venendo invece in rilievo il fatto che l'ammissione fosse stata a sua volta legittimamente o illegittimamente disposta.

5. Si deve quindi passare all'esame del secondo motivo di ricorso.

L'appellante lamenta al riguardo che erroneamente i primi Giudici avrebbero nel caso in esame ritenuto applicabile il c.d. 'blocco della graduatoria' ai sensi dell'articolo 38, comma 2-bis del decreto legislativo n. 163 del 2006 nonostante nel caso in esame non sussistessero i presupposti per darvi applicazione.

Osserva sul punto che la predetta disposizione normativa (il cui testo è stato richiamato retro, sub 4.1) potrebbe essere riferita ai soli casi di determinazione della graduatoria sulla base di criteri automatici e scevri dall'esercizio di discrezionalità valutativa.

Al contrario, la richiamata disposizione (in quanto derogatoria rispetto al generale principio secondo cui l'esclusione dalla gara dovrebbe privare di effetti ex tunc tutto ciò che è conseguito all'illegittima partecipazione del concorrente) non potrebbe operare anche nelle ipotesi – quale quella che qui rileva – in cui la valutazione delle offerte è stata effettuata attraverso il criterio del c.d. 'confronto a coppie', che implica comunque l'esercizio di attività valutativa da parte della competente Commissione.

5.1. Il motivo non può essere condiviso.

Al fine di risolvere la questione, certamente rilevante, posta dall'appellante occorre domandarsi se il principio dell'immodificabilità della graduatoria e di irrilevanza delle sopravvenienze (pur se determinate da vicende giudiziarie) assuma una valenza derogatoria ed eccezionale – e in quanto tale sia insuscettibile di interpretazioni estensive -, ovvero se

essa sia espressiva di un principio generale in tema di pubbliche gare.

Ad avviso del Collegio la questione deve essere risolta nel secondo dei sensi indicati, ritenendo che l'innovativo principio di cui all'articolo 39 del decreto-legge n. 90 del 2014 (che ha introdotto il nuovo comma 2-bis dell'ambito dell'articolo 38 del previgente 'Codice dei contratti') assuma valenza generale e che miri all'obiettivo (probabilmente opinabile, ma costituente esercizio di interpositio legislatoris in via di principio insuscettibile di scrutinio in sede giudiziale) di assicurare stabilità agli esiti finali dei procedimenti di gara.

La consapevole scelta del Legislatore del 2014 è stata nel senso di assicurare preminenza all'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 o delle soglie di anomalia.

Si tratta di una scelta – lo si ripete – probabilmente opinabile nei suoi orientamenti di fondo, ma non palesemente irrazionale, né irragionevolmente compressiva del principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, non restando in via di principio precluso al concorrente il quale avrebbe ottenuto una diversa utilitas sostanziale in caso di mancata partecipazione del concorrente escluso, l'attivazione dei diversi rimedi di tutela – anche risarcitori – approntati dall'ordinamento.

5.1.1. L'appellante sostiene al riguardo (attraverso un argomento di carattere sistematico) che la disposizione di cui al richiamato comma 2-bis – e il principio di immodificabilità della graduatoria che esso reca – potrebbe trovare applicazione unicamente nelle ipotesi di assenza di un qualunque potere discrezionale in capo alla stazione appaltante nell'individuazione della migliore offerta.

L'argomento non può essere condiviso.

La tesi sostenuta dall'appellante può apparire *prima facie* del tutto lineare:

solo in presenza di criteri automatici di determinazione della graduatoria l'esclusione di un concorrente sortirebbe effetti – per così dire – 'neutri' ai fini dell'aggiudicazione finale in favore del soggetto utilmente collocato in graduatoria. Al contrario, nel caso di procedure caratterizzate dalla spendita di discrezionalità, l'affermazione del principio di immodificabilità comporterebbe l'ingiustificata conseguenza di lasciar residuare gli effetti collegati alla partecipazione di un concorrente che avrebbe dovuto invece essere escluso.

A un esame più approfondito della questione, tuttavia, ci si avvede che in realtà non sussistono ragioni sistematiche dirimenti per operare il richiamato distinguo fra le ipotesi in cui la valutazione avviene sulla base di criteri automatici e quelle in cui la valutazione viene discrezionalmente operata dalla competente Commissione.

In particolare, non è vero che nel caso di fissazione delle medie e delle soglie di anomalia sulla base di criteri automatici l'esclusione di un concorrente sortisce effetti sostanzialmente neutri

per il seguito della procedura.

Basta osservare al riguardo che, in siffatte ipotesi, l'applicazione del criterio di immodificabilità delle graduatorie determina (ad esempio):

i) nel caso di aggiudicazione al prezzo più basso, la cristallizzazione delle offerte interessate dal c.d. 'taglio delle ali' di cui al comma 1 dell'articolo 86 del previgente 'Codice'.

Resteranno dunque definitivamente escluse talune offerte che, in caso di mancata considerazione del concorrente da escludere, sarebbero rimaste in gara;

ii) la cristallizzazione delle soglie di anomalia, con aggiudicazione in favore del concorrente che abbia formulato la migliore offerta non anomala (comma 7 dell'articolo 88 del previgente 'Codice'). Risulterà dunque aggiudicatario un concorrente che verosimilmente non lo sarebbe stato in caso di mancata considerazione del concorrente da escludere e di diversa determinazione della soglia di anomalia.

5.1.2. In conclusione, risulta destituita di fondamento la tesi dell'appellante secondo cui il principio di immodificabilità della graduatoria opererebbe soltanto in caso di criteri di determinazione automatici e non anche in caso di criteri rimessi alla valutazione discrezionale da parte delle competenti Commissioni.

5.1.3. Neppure può giungersi a conclusioni diverse da quelle sin qui delineate in base all'argomento (di carattere testuale) secondo cui il disposto di cui al comma 2-bis dell'articolo 38 del previgente 'Codice' non potrebbe essere riferito alle ipotesi (quale quella che qui ricorre) in cui la Commissione abbia proceduto attraverso il criterio del c.d. 'confronto a coppie'.

Al riguardo si osserva:

– che, ai sensi della più volte richiamata disposizione, è esclusa la rilevanza delle sopravvenienze "ai fini del calcolo di medie nella procedura [omissis]";

– che, nel caso del c.d. confronto a coppie, la graduatoria finale viene appunto stilata attribuendo a ciascun concorrente un punteggio finale che è pari alla media dei punteggi dallo stesso riportati all'esito dell'insieme dei confronti con gli altri concorrenti e operando la 'normalizzazione' al valore 'uno' in relazione al concorrente che abbia riportato il punteggio più alto;

– che, in definitiva, non sussiste alcun impedimento di ordine testuale per negare che il principio di cui al comma 2-bis dell'articolo 38, cit., in quanto riferito alle "medie nella procedura" non potrebbe trovare applicazione nel caso di valutazione attraverso il criterio del c.d. 'confronto a coppie'.

6. Non può infine essere accolto il terzo motivo di appello.

Con il motivo in questione la Gallo Costruzioni lamenta che i primi Giudici abbiano omesso di



considerare che, sulla base di un orientamento giurisprudenziale, l'esercizio del potere di autotutela nei confronti del concorrente da escludere e la conseguente operatività del principio di immodificabilità ex art. 38, comma 2-bis sarebbero possibili solo in caso di aggiudicazione definitiva e non anche nel caso – che qui ricorre – di aggiudicazione solo provvisoria nei confronti del concorrente in seguito escluso.

6.1. L'orientamento in questione, pur se autorevolmente espresso, non appare condivisibile.

Al riguardo ci si limita ad osservare che, stante la portata ampia e onnicomprensiva del più volte richiamato comma 2-bis e le finalità di ordine generale cui la disposizione mira, non si individuano prevalenti elementi di ordine sistematico perché essa possa trovare applicazione solo laddove sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva in favore del concorrente successivamente escluso e non anche laddove l'esclusione sia avvenuta al momento in cui il concorrente era destinatario di una mera aggiudicazione provvisoria.

Si osserva altresì che, stante la portata ampia e 'di sistema' della più volte richiamata disposizione, essa è in grado di trovare applicazione anche nelle ipotesi in cui il concorrente successivamente escluso non fosse aggiudicatario né in via provvisoria, né in via definitiva.

7. Per le ragioni appena esposte l'appello in epigrafe deve essere respinto.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti ed eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese fra le parti.

#### **P.Q.M.**

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

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Contessa, Presidente FF, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Daniele Ravenna, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Claudio Contessa

[D1] Il commento, breve non inferiore a metà pagina e non superiore a  $\frac{3}{4}$  pagina times new roman 12.

Si può riportare nel commento un brevissimo riferimento al fatto oggetto di causa, ove utile.