

Sull'invarianza della soglia di anomalia

di Roberto Damonte

Data di pubblicazione: 30-5-2017

L'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50/2016 preclude la variazione della soglia di anomalia una volta che sia conclusa la fase di ammissione ed esclusione delle offerte, anche con la sola aggiudicazione provvisoria (1).

Ratio della disposizione, che integra un'espressa eccezione all'ordinario meccanismo del regresso procedimentale, è quella di assicurare stabilità agli esiti dei procedimenti di gara, semplificare le procedure e disincentivare forme di tutela indiretta e opportunistica, scongiurando gli effetti indiretti sulla soglia di anomalia delle ammissioni ed esclusioni disposte ad offerte economiche note.

Nessuno può reclamare un danno per il fatto che, una volta resi noti i ribassi e quindi tutti i parametri di calcolo della soglia di anomalia, eventuali modifiche nella platea dei concorrenti non possano più incidere sulla sua individuazione per un espresso vincolo di legge (2).

(1) conformi: Consiglio di Stato, V, 23 febbraio 2017, n. 847 e 26 maggio 2015, n. 2609;

difformi: Consiglio di Stato, III, 5 ottobre 2016, n. 4107 e CGARS, I, 22 dicembre 2015, n. 740

(2) difforme: TAR Sicilia, III, Palermo, 2 novembre 2016, n. 2492.

In dottrina: Usai S., *L'applicazione corretta del principio di invarianza della soglia di anomalia (ora comma 15 dell'articolo 95 del nuovo codice degli appalti)*, in www.oggipa.it.

Guida alla lettura

La sentenza in commento ha ad oggetto l'aggiudicazione definitiva di una procedura aperta sottosoglia per la realizzazione di tratti di ciclopista su verde disposta dal Comune di Torino all'esito di un complesso iter nel quale l'Ente, avvedutosi - dopo l'aggiudicazione provvisoria in favore della Società CO.VE.MA. s.r.l. - dell'erronea ammissione di uno dei 129 concorrenti ha disposto l'esclusione di quest'ultimo, procedendo al ricalcolo della soglia di anomalia e conseguentemente all'aggiudicazione ad altro concorrente (CO. VER. s.r.l.).

A contestare l'affidamento in questione è il primo aggiudicatario provvisorio che contesta, tra l'altro, la violazione dell'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016 (già art. 38, c. 2bis, del d.lgs.

n. 163/2006, come modificato dal d.lgs. n. 90/2014), secondo cui “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 TAR adito accoglie il ricorso con una pronuncia di grande interesse, nella quale viene effettuata una puntuale ricognizione degli orientamenti giurisprudenziali in materia.

Essenzialmente, secondo un primo indirizzo, al quale il TAR Piemonte aderisce “*pur nell’evidente difficoltà interpretativa*”, l’invarianza della soglia opererebbe una volta disposta anche la sola aggiudicazione provvisoria e anche qualora la stazione appaltante si determinasse a procedere in autotutela; secondo altro orientamento il potere dell’amministrazione di agire in autotutela e di modificare la soglia di anomalia opererebbe anche dopo l’aggiudicazione provvisoria, maturando la preclusione solo al momento dell’aggiudicazione definitiva, che sancisce la conclusione della fase procedimentale.

L’operatività dell’invarianza di soglia a partire dall’aggiudicazione provvisoria risulta, secondo il TAR, più rispettosa del dato letterale della norma, che disegna un’autonoma fase di ammissione/esclusione dei concorrenti e più coerente con la *ratio legis* che è quella di semplificare la procedura e disincentivare forme di tutela opportunistica, attivate da soggetti terzi aventi l’unico obiettivo di modificare (a offerte economiche note) la soglia di anomalia attraverso la modifica della platea dei concorrenti.

La sentenza in commento si sofferma da ultimo sulla compatibilità del principio di invarianza della soglia con il regime delle tutele garantite ai concorrenti, evidenziando come esse vengano riconosciute sia al soggetto illegittimamente escluso, che ben può ottenere la riammissione alla gara, sia al concorrente che aspiri all’aggiudicazione reclamando l’esclusione di un operatore illegittimamente ammesso.

Ciò che resta privo di tutela, rispetto all’assetto previgente, afferma il TAR, è soltanto la possibilità di ottenere il regresso procedimentale, tramite la modifica della platea dei concorrenti, al solo fine di un ricalcolo della media. Pretesa che non è neppure risarcibile sia per la difficoltà di configurare una responsabilità dell’amministrazione da attività legittima, sia per la natura imprevedibile e indiretta del danno reclamato da un concorrente in dipendenza di un errore nel computo della media determinato dalla erronea configurazione della platea dei concorrenti ammessi.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 334 del 2017, proposto da:

Co.Ve.Ma S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Faggiano, Mariacristina Sapone, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Marco Faggiano in Torino, via B. Drovetti 37;

contro

Comune di Torino, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Marialaura Piovano, Isabella Scalabrino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Marialaura Piovano in Torino, via Corte D'Appello 16;

nei confronti di

Co.Ver S.r.l., L.M.G. Building S.r.l. non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- della Determinazione Dirigenziale del 2 marzo 2017, con cui è stata approvata l'aggiudicazione definitiva all'Impresa CO.VER S.r.l. della procedura aperta n. 93/2016 per "Realizzazione tratti ciclopista su verde – completamento (C.O. 4163 CUP: C17B14000030004 – CIG 6444624FF3);
- della comunicazione di aggiudicazione definitiva del 3 marzo 2017;
- di tutti i verbali di gara;
- del provvedimento di esclusione della LMG BUILDING S.r.l., non noto nei suoi estremi;
- del provvedimento della Città di Torino, implicito o comunque non noto, di diniego di accesso alla documentazione amministrativa dell'Impresa MLG BUILDING S.r.l.;
- del punto 1) lettera c) e g) del Disciplinare di gara, quest'ultima nella parte in cui richiede la dichiarazione di impegno al rispetto del Codice di comportamento della Città di Torino, nonché, in parte qua, del capo relativo alla regolamentazione del soccorso istruttorio;
- di ogni altro atto precedente, conseguente, presupposto, confermativo, comunque connesso, anche non noto;

e per la condanna dell'amministrazione intimata

al risarcimento in forma specifica, con conseguente dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more del ricorso; in subordine, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Torino;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2017 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Parte ricorrente ha impugnato la determinazione dirigenziale datata 2.3.2017, con la quale il comune di Torino ha approvato l'aggiudicazione definitiva a favore della Co.Ver s.r.l. della procedura avente ad oggetto la realizzazione di tratti di una ciclopista su verde, del complessivo valore a base d'asta di € 400.000,00.

Deduce parte ricorrente che il disciplinare prevedeva l'aggiudicazione secondo il criterio del prezzo più basso, con esclusione automatica delle offerte anomale; lo stesso disciplinare, in tema di soccorso istruttorio, richiamava il disposto di cui all'art. 83 comma 9 del d.lgs. n. 50/2016 specificando che, per le carenze documentali riferibili alle prescrizioni di cui al punto 1) lett. da a) ad f) del disciplinare, l'eventuale irregolarità formale sarebbe stata sanabile esclusivamente previo pagamento di una sanzione di € 400,00.

Nei termini prescritti pervenivano n. 129 offerte; alla prima seduta venivano ammesse con riserva talune concorrenti, tra cui la LMG Building s.r.l. rilevando, per quest'ultima, che, nell'istanza di partecipazione, erano state omesse la dichiarazione prescritta al punto 1 lett c) del disciplinare (dichiarazione di "conoscere ed accettare tutte le condizioni che regolano l'appalto contenute nello schema di contratto e nel capitolato speciale di appalto") e al punto 1 lett. g) del disciplinare (dichiarazione di "impegnarsi al rispetto del patto di integrità delle imprese, mediante la produzione dello stesso sottoscritto dal legale rappresentante, approvato con deliberazione del consiglio comunale del 31.3.2016 e del codice di comportamento della città approvato con deliberazione della Giunta comunale in data 31.12.2013"). Quanto alla "dichiarazione" di cui alla lett. g) è pacifico in atti che la LMG ha allegato alla propria offerta il patto di integrità, sottoscritto, senza contestualmente rendere la ulteriore dichiarazione di impegno prevista dalla legge di gara.

La commissione invitava la concorrente LMG a regolarizzare la propria offerta, previo versamento della sanzione; la LMG presentava deduzioni procedurali sostenendo che la suddetta regolarizzazione avrebbe dovuto essere ammessa senza reclamare sanzione alcuna.

Alla seduta del 21.2.2017 la commissione di gara individuava, tra le ditte ammesse con riserva, quelle escluse e tra queste non figurava la LMG, la cui offerta veniva quindi considerata ai fini della determinazione della soglia di anomalia, risultata pari al 26,61219%.

L'aggiudicazione provvisoria (rectius nel nuovo codice "proposta di aggiudicazione") veniva quindi disposta a favore della ricorrente.

In data 1.3.2017 la commissione giudicatrice si riuniva nuovamente, rilevando che la LMG era stata implicitamente ammessa, pur non avendo provveduto al versamento di alcuna sanzione; provvedeva quindi all'esclusione di detta concorrente ed al conseguente ricalcolo della soglia di anomalia rideterminata nel 26,54087%, con aggiudicazione definitiva in favore della diversa concorrente Co.Ver s.r.l..

Lamenta la ricorrente la violazione dell'art. 95 comma 15 del d.lgs. n. 50/2016, secondo il quale le variazioni di concorrenti ammessi intervenute successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non potrebbero rilevare ai fini di un ricalcolo della soglia di anomalia.

In subordine lamenta l'insussistenza dei presupposti per l'esclusione della LMG Building e/o la nullità delle pertinenti clausole del bando.

Sostiene parte ricorrente che la tipologia di documentazione mancante non avrebbe giustificato l'esclusione e che una eventuale più rigorosa interpretazione della legge di gara ne implicherebbe la nullità.

Si è costituita la stazione appaltante contestando le tesi esposte in ricorso e rilevando come l'ammissione della LMG Building fosse intervenuta per mero errore; infatti la posizione di questa concorrente non era stata espressamente valutata nella seduta del 21.2, pur non avendo la concorrente ottemperato alla richiesta di pagamento della sanzione. La commissione si sarebbe quindi limitata ad una correzione di errore del proprio operato, ammissibile in via di autotutela anche alla luce dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016. Ribadiva poi la correttezza dell'esclusione della concorrente LMG.

All'udienza del 27.4.2017 la causa veniva discussa e decisa nel merito, previo avviso alle parti.

Ritiene il collegio che sia dirimente ai fini del decidere il vaglio del primo motivo di ricorso.

L'art. 95 comma 15 del d.lgs. n. 50/2016 recita: "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 norma presenta una collocazione incongrua in quanto collocata in un articolo che per lo più disciplina i criteri di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa mentre regola il calcolo della soglia di anomalia per medie di ribassi, che trova spazio solo nelle ipotesi

di aggiudicazione al prezzo più basso.

La disposizione ripropone testualmente quanto già previsto dall'art. 38 comma 2 bis del d.lgs. n. 163/2006, come modificato dal d.l. n. 90/2014 che ha introdotto il cosiddetto principio di "invarianza della soglia".

La ratio legis, sin dalla sua prima introduzione, è stata quella di evitare un contenzioso che si potrebbe definire opportunistico; si è infatti inteso sterilizzare le controversie promosse non dai concorrenti direttamente colpiti da una eventuale esclusione illegittima bensì da altri concorrenti non utilmente collocatisi in graduatoria e al solo fine di, una volta noti i ribassi offerti e quindi gli effetti delle rispettive partecipazioni in gara sulla soglia di anomalia, incidere indirettamente su quest'ultima, traendone vantaggio.

Nella giurisprudenza del giudice d'appello sussiste un contrasto interpretativo per quanto concerne il rapporto tra il principio di invarianza della soglia, i poteri di autotutela dell'amministrazione nonché le fasi procedurali nel cui ambito il divieto di ricalcolo diviene operativo.

Secondo un primo orientamento la norma precluderebbe una variazione ex post della soglia di anomalia una volta disposta anche la sola aggiudicazione provvisoria (oggi "proposta di aggiudicazione") e ciò anche qualora l'amministrazione si determinasse all'esercizio dell'autotutela, purchè sia conclusa la "fase" di ammissione ed esclusione delle offerte. Secondo questa parte della giurisprudenza, infatti, "l'innovativo principio di cui al decreto-legge n. 90 del 2014 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. 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" (Cons. St., sez. V, n. 847/2017).

Ancora, con espresso riferimento all'esercizio di poteri di autotutela, Cons. St., sez. V, n. 2609/2015 ha precisato che il calcolo della media delle offerte attiene a dati convenzionali, sicchè il legislatore ben può circoscrivere gli elementi rilevanti per la definizione delle grandezze, nello specifico negando rilevanza alle sopravvenienze cui la norma ha riguardo. Ha quindi ulteriormente chiarito la citata decisione che, una volta introdotto il principio di stabilità della soglia, "la regola attiene all'andamento del procedimento amministrativo di settore, nel senso che, una volta conclusa la «fase» procedimentale riguardante l'ammissione, la regolarizzazione o l'esclusione delle offerte, le sopravvenienze non possono essere prese in considerazione dalla stessa Amministrazione. Ne consegue che, trattandosi di una regola di diritto sostanziale che ha inteso innovare alla disciplina del procedimento di gara, e che solo di riflesso riverbera le proprie coerenti conseguenze sul terreno processuale, la medesima non può essere sospettata di avere inciso sulle garanzie costituzionali che presiedono alla tutela giurisdizionale".

Il riportato orientamento si fonda su argomenti letterali (le variazioni sono precluse una volta chiusa la “fase” di ammissione esclusione) e sulla ratio legis (l’esigenza di semplificazione e stabilizzazione procedimentale perseguita cristallizzando la soglia di anomalia).

Di diverso avviso il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana che, nella pronuncia n. 740/2015, ha ritenuto che persista un potere dell’amministrazione di agire in autotutela anche dopo l’aggiudicazione provvisoria (come avvenuto nel caso di specie), maturandosi la preclusione al solo momento dell’aggiudicazione definitiva. A parere del collegio, infatti, la disciplina dettata dal d.lgs. n. 163/2006 non descriveva una autonoma “fase di ammissione, regolarizzazione, o esclusione delle offerte”, mentre solo l’aggiudicazione definitiva poteva dirsi concludere la fase procedimentale; è poi principio generalmente acquisito che l’aggiudicazione provvisoria non precluda l’attività di autotutela. Da ultimo ritiene il giudice siciliano d’appello che il passaggio tra aggiudicazione provvisoria e definitiva sia appunto finalizzato allo svolgimento di controlli anche sulla soglia di anomalia, che verrebbero in tal modo vanificati, e che la diversa soluzione imporrebbe comunque all’amministrazione, cui sarebbe precluso di correggere il proprio operato, di riconoscere il risarcimento del danno al soggetto che sarebbe stato alternativamente aggiudicatario in forza di una diversa soglia di anomalia, con evidente irrazionalità dell’azione pubblica. Si legge infatti nella citata pronuncia: “a giudizio del Collegio, sotto un primo aspetto, la disposizione in questione – certamente incentrata sulla congiunzione “anche” nonché sulla locuzione “nella procedura” – va interpretata nel senso di non permettere qualsiasi successiva variazione della media e della soglia di anomalia o per effetto di una pronuncia giurisdizionale o in ragione di provvedimenti adottati dall’amministrazione in sede di autotutela. Tale conclusione risulta essere certamente una novità nel panorama legislativo e nell’ambito del diritto vivente che, sino a prima della disposizione in questione, aveva sempre assicurato una tutela effettiva giungendo sino al ricalcolo della media e della soglia di anomalia. I pur legittimi dubbi avanzati da parte di alcuni sulla razionalità della norma, tuttavia, si scontrano con la constatazione che tale interpretazione risponde alla finalità perseguita dal legislatore di giungere alla rapida stipulazione ed esecuzione del contratto.” Cionondimeno, prosegue il collegio, l’effetto di cristallizzazione maturerebbe solo con l’aggiudicazione definitiva.

Su posizioni similari a quelle del giudice siciliano si è attestata altra sezione del Consiglio di Stato; nella decisione Cons. St., sez. III, n. 4107/2016 il giudice d’appello ha ritenuto da un lato condivisibile l’assunto per cui il divieto di ricalcolo dell’anomalia trova applicazione rispetto a qualunque possibile causa di esclusione di un concorrente e copre tanto le variazioni della platea dei concorrenti indotte da interventi giurisdizionali quanto quelle indotte dall’eventuale esercizio dell’autotutela, dall’altro ha condiviso l’assunto secondo cui l’invarianza della soglia opera solo a partire dal momento dell’aggiudicazione definitiva.

Ritiene il collegio, pur nell’evidente difficoltà interpretativa, di condividere maggiormente gli argomenti espressi nel primo degli orientamenti esposti, con alcune precisazioni che si vanno ad esplicitare, anche alla luce dell’evoluzione normativa realizzatasi con l’entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016.

La prima soluzione è innanzitutto più rispettosa del dettato letterale della norma, che disegna una autonoma fase di ammissione ed esclusione dei concorrenti; siffatta autonoma “fase”

risulta oggi rafforzata dall'impianto complessivo del d.lgs. n. 50/2016 che, rispetto alle ammissioni ed esclusioni dei concorrenti, ha inteso prevedere anche un rito speciale, con un autonomo termine di impugnazione. A prescindere dalle problematiche indotte dal citato rito speciale e dall'idoneità delle soluzioni proposte sul piano processuale, in questa sede non rilevanti, la scelta del legislatore di configurare l'ammissione ed esclusione dei concorrenti come una autonoma "fase" di gara risulta ribadita in più aspetti del nuovo impianto normativo, sicchè il primo argomento speso dalla giurisprudenza che ha ammesso la modifica della soglia di anomalia in esito all'autotutela sino all'aggiudicazione definitiva pare superato.

La soluzione prescelta appare poi coerente con la ratio legis, di evidente semplificazione della procedura e disincentivo a forme di tutela indiretta ed opportunistica.

Si intende dire che buona parte delle contestazioni volte ad incidere, grazie alla regressione del procedimento, sulla soglia di anomalia non provengono dal diretto interessato dalla esclusione/ammissione illegittima, bensì da soggetti terzi - per nulla interessati alle sorti del concorrente illegittimamente ammesso/escluso - con l'unico obiettivo di modificare (per altro a offerte economiche - e quindi parametri di calcolo - noti) la soglia di anomalia per il tramite indiretto della modifica della platea dei concorrenti.

In tale contesto pare ovvio che qualunque modifica si può prestare, ancorchè del tutto astrattamente, a dubbie ed opportunistiche soluzioni che il legislatore ha esplicitamente inteso scongiurare per la delicatezza degli interessi coinvolti. Infatti, quanto alla tutela giurisdizionale, l'intervento ex post rende possibile per ogni concorrente "scegliere" quali ammissioni o esclusioni contestare, giovandosi del principio processuale della domanda, modulando tale scelta al fine di ottenere la soglia di anomalia per lui più utile.

La problematica non cambia sostanzialmente, anche se risulta meno evidente, qualora l'intervento provenga in autotutela dall'amministrazione, poiché si tratta pur sempre di un intervento che avviene a parametri noti (e che quindi - in astratto - si può prestare a strumentalizzazioni) il quale, stanti i margini di opinabilità che possono assistere determinate scelte di ammissione o esclusione dei concorrenti, ben potrebbe essere "modulato" per ottenere un determinato valore di soglia di anomalia.

A ciò si deve aggiungere che, seguendo l'interpretazione proposta dal CGA, si dovrebbe ammettere che l'amministrazione corregga in autotutela la soglia di anomalia dopo l'aggiudicazione provvisoria (*rectius*, nel nuovo codice, la "proposta di aggiudicazione") salvo immediatamente procedere all'aggiudicazione definitiva (esattamente come accaduto nel caso di specie), cosa che comporterebbe certamente la cristallizzazione della nuova soglia di anomalia. Infatti, o si censura l'integrale disposto dell'art. 95 co. 15, o resta il fatto che la norma ha introdotto una preclusione di cui si può, al più, spostare gli effetti nel procedimento. Così facendo si ottiene il paradosso che, mentre l'amministrazione conserva una possibilità di correggere la soglia di anomalia a ribassi noti, nessun concorrente potrà più ottenere la modifica del dato determinato in autotutela (anche ove, in ipotesi, fosse stata corretta la primigenia soluzione adottata in sede amministrativa), perché una volta pronunciata l'aggiudicazione definitiva sarà inesorabilmente scattata la preclusione prevista dall'art. 95 co. 15; in sostanza si verrebbe a creare un potenziale segmento procedimentale non

giustiziabile, poiché sarebbe dato all'amministrazione effettuare unilateralmente, e sempre a parametri noti, correzioni non più utilmente censurabili dai concorrenti, il tutto in violazione certa del generale principio di favor per la tutela in forma specifica che governa il sistema degli appalti pubblici e dell'art. 113 della Costituzione. Nel presente contenzioso, infatti, essendo stata pronunciata l'aggiudicazione definitiva a ridosso del provvedimento in autotutela, ove si ritenesse sussistere la possibilità di correzione, le contestazioni mosse dalla ricorrente all'autotutela stessa non potrebbero essere valutate per ottenere una rimodifica della soglia di anomalia.

L'argomento più pregante a favore della possibilità di correzione in autotutela sino all'aggiudicazione definitiva resta, tuttavia, quello dell'opportunità, anche alla luce dei canoni di buon andamento dell'amministrazione, di evitare che quest'ultima sia impossibilitata all'autocorrezione e contestualmente obbligata a risarcire un danno. Il margine di tutela che residuerebbe in capo al concorrente danneggiato viene infatti individuato nel risarcimento del danno, soluzione che appare certamente contraria ai principi di buon andamento dell'amministrazione, oltre che alle esigenze di salvaguardia delle finanze pubbliche, di fatto obbligando l'amministrazione ad una condotta foriera di danno.

Premesso che la problematica si sposta senza risolversi ove si accolga la tesi che si limita a individuare la preclusione al momento dell'aggiudicazione definitiva, ritiene il collegio che l'argomento provi troppo e che il coerente esito della prima e più rigorosa soluzione interpretativa (secondo cui una volta noti i ribassi offerti la platea dei concorrenti, al solo fine del calcolo dell'anomalia, non può più variare) porti ad affermare che non vi sia neanche spazio per un eventuale risarcimento del danno a favore del soggetto che sarebbe risultato aggiudicatario in forza della diversa soglia di anomalia.

Fino all'introduzione del nuovo comma 2 bis nell'ambito dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, la possibilità di rideterminare la soglia di anomalia derivava dal fisiologico regresso procedimentale previsto quale conseguenza del riscontro di una illegittimità nella fase di ammissione/esclusione delle offerte. Il regresso procedimentale comportava, come di regola, la riedizione integrale del segmento procedimentale inficiato, con l'effetto di indurre anche l'individuazione di una nuova soglia di anomalia. Allo stato, tuttavia, non può non prendersi atto che il legislatore, per il solo e specifico aspetto degli effetti di ammissioni o esclusioni disposte dopo la cognizione delle offerte economiche, ha escluso la possibilità di una modifica della soglia di anomalia, così creando una espressa eccezione all'ordinario meccanismo del regresso procedimentale.

La regola diviene parte integrante del sistema di calcolo della soglia, avendo il legislatore scelto di privilegiare la stabilità di un valore, che pacificamente è del tutto convenzionale, rispetto alla possibilità di lasciare aperti ambiti di tutela che appaiano in verità indiretti.

Deve infatti ricordarsi che, come già osservato, la cristallizzazione della soglia di anomalia non impedisce al soggetto illegittimamente escluso di contestare la propria illegittima esclusione ed eventualmente ottenere la riammissione in gara; ciò che la norma intende scongiurare sono unicamente gli indiretti effetti sulla soglia di anomalia delle ammissioni ed esclusioni disposte ad offerte economiche note. La norma vieta un riconteggio che, in quanto svolto a parametri

matematici di calcolo tutti noti, non può che avere esiti prevedibili con il rischio, che il legislatore ha inteso prevenire anche in astratto, di essere opportunisticamente selezionati.

D'altro canto la legge delega del nuovo codice appalti n. 11/2016, all'art. 1 comma 1 lett ff), ha espressamente previsto, quale criterio guida del legislatore delegato, la necessità che, ove trovi applicazione il criterio del prezzo più basso, sia prevista una modalità di individuazione della soglia di anomalia che renda "non predeterminabili i parametri di riferimento per il calcolo dell'offerta anomala, con particolare riguardo ad appalti di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria".

Una correzione della platea di concorrenti rilevanti per l'individuazione della soglia di anomalia una volta noti i ribassi offerti non può che tradursi, per contro, in un esito predeterminabile; in tal senso la cristallizzazione della platea delle offerte risulta dunque coerente con la garanzia di imprevedibilità del calcolo della soglia di anomalia; la complessiva disciplina raggiunge infatti il proprio fine non tanto a seconda che le variazioni della platea dei concorrenti ammessi intervengano prima o dopo la proposta di aggiudicazione o l'aggiudicazione definitiva, quanto precludendole dopo che le offerte economiche, e quindi i parametri di calcolo, sono diventati noti.

Peraltro che la soglia di anomalia negli appalti sottosoglia aggiudicati al prezzo più basso e con esclusione automatica costituisca, più che un dato di mercato, un dato convenzionale è corroborato da plurime circostanze, quale il fatto che il novello art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 preveda ben cinque alternativi sistemi di calcolo della soglia di anomalia, tra i quali si estrae a sorte, e che sono idonei a determinare risultati tra loro anche significativamente difforni; il fatto stesso che l'esclusione sia automatica, e quindi prescinda dall'ordinaria verifica di sostenibilità dell'offerta alla luce di concreti parametri di mercato, inoltre, avvalorava ulteriormente la natura di mera convenzione e semplificazione procedimentale dell'intero meccanismo valido negli appalti sottosoglia.

La stessa Corte di giustizia dell'Unione europea, che come noto, coerentemente con la normativa eurounitaria, ritiene centrale il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e in linea di principio necessario che ogni esclusione per anomalia dell'offerta sia preceduta da un confronto procedimentale, ha tuttavia stabilito che: "Le norme fondamentali del Trattato CE relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, nonché il principio generale di non discriminazione, ostano a una normativa nazionale che, per quanto concerne gli appalti di valore inferiore alla soglia stabilita dall'art. 6, n. 1, lett. a), della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, e che presentano un interesse transfrontaliero certo, imponga tassativamente alle amministrazioni aggiudicatrici, qualora il numero delle offerte valide sia superiore a cinque, di procedere all'esclusione automatica delle offerte considerate anormalmente basse rispetto alla prestazione da fornire, in base all'applicazione di un criterio matematico previsto da tale normativa, precludendo alle suddette amministrazioni aggiudicatrici qualsiasi possibilità di verificare la composizione di tali offerte richiedendo agli offerenti interessati precisazioni in merito a queste ultime. Ciò non si verificherebbe nel caso in cui una normativa nazionale o locale, o ancora l'amministrazione

aggiudicatrice interessata, a motivo del numero eccessivamente elevato di offerte che potrebbe obbligare l'amministrazione aggiudicatrice a procedere alla verifica in contraddittorio di un numero di offerte talmente alto da eccedere la sua capacità amministrativa o da poter compromettere la realizzazione del progetto a causa del ritardo che tale verifica potrebbe comportare, fissasse una soglia ragionevole al di sopra della quale si applicherebbe l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse."(Corte di giustizia 15.5.2008, in cause riunite C-147/06 e C-148706).

Il raffronto tra il principio di diritto ora esposto e il caso qui sub iudice suggerisce le seguenti considerazioni.

Il presente giudizio ha ad oggetto una gara ampiamente al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria degli appalti di lavori, di cui non paiono emergere profili di interesse transfrontaliero; in ogni caso la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia non ha precluso la possibilità di esclusioni automatiche, là dove esigenze di efficienza della procedura lo impongano.

Nel caso di specie le offerte presentate sono state 129, quindi ampiamente al di sopra della soglia di cinque analizzata, con esiti negativi, dal giudice europeo.

A ciò si aggiunga che il diritto eurounitario degli appalti ha, a propria volta, subito una evoluzione. Nei considerando delle direttive del 2014 sono menzionati quali criteri guida della materia anche la semplificazione amministrativa e la lotta alla corruzione ed alle frodi, cui pare finalizzato, nell'intento del legislatore nazionale, il principio di invarianza della soglia nei casi di aggiudicazione con esclusioni automatiche.

E' certamente vero che il complessivo meccanismo costruito sconta un margine di aleatorietà, il quale, come visto, non deriva dalla sola invarianza della soglia ma è proprio di tutto il sistema, di cui non può che o prendersi complessivamente atto o predicarne la totale illegittimità.

In definitiva pare al collegio che, come un concorrente non utilmente classificato non potrebbe reclamare un danno per il fatto che, se fosse stato sorteggiato un diverso criterio di calcolo dell'anomalia, l'esito della gara avrebbe potuto risolversi in suo favore, così non si possa reclamare un danno per il fatto che, una volta resi noti i ribassi e quindi tutti i parametri di computo della soglia di anomalia, eventuali modifiche nella platea dei concorrenti non possano più incidere sulla sua individuazione per un espresso vincolo di legge. Scegliendo di cristallizzare la soglia il legislatore ha infatti ritenuto prevalenti (nella peculiarità del complessivo meccanismo, che riguarda un ambito circoscritto di gare) esigenze di semplificazione e non prevedibilità degli esiti, rispetto alla rigorosa verifica che, al calcolo della soglia di anomalia, abbiano concorso solo offerte definitivamente risultate correttamente ammesse.

Il pur sempre opinabile bilanciamento di interessi presenta un supporto ragionevole il quale, a fronte di un esplicito dettato normativo, giustificerebbe una ortopedia interpretativa solo ritenendo sussistenti seri dubbi di legittimità costituzionale o di frizione con i principi di diritto

eurounitario. La semplificazione procedimentale e la imprevedibilità dell'applicazione di un metodo matematico sono, tuttavia, anch'essi dei valori che trovano spazio sia in ambito costituzionale che in ambito europeo, sicchè non si ravvisano seri dubbi di legittimità costituzionale, salvo contestare ogni aspetto aleatorio del meccanismo di aggiudicazione, tesi che travolgerebbe l'intero sistema di calcolo della soglia di esclusione automatica.

Per contro non resta lesa la prerogativa di partecipazione di un soggetto illegittimamente escluso il quale ben potrà ottenere la propria riammissione, fermo il calcolo della soglia di anomalia; neppure resta preclusa la possibilità di reclamare l'esclusione di un concorrente illegittimamente ammesso, al fine di conseguire il diretto beneficio dell'aggiudicazione, senza poter invece invocare il tramite indiretto del ricalcolo della soglia di anomalia. Ciò che resta definitivamente privo di tutela rispetto all'assetto previgente (che aveva, per altro, dato adito ad un abnorme contenzioso tanto da indurre l'intervento legislativo) è la possibilità di ottenere un regresso procedimentale con riammissione/esclusione di concorrenti terzi al solo fine di un ricalcolo della media che porti poi, indirettamente, ad esiti favorevoli o sfavorevoli per ulteriori soggetti.

Tale pretesa, vietata oggi espressamente dalla legge, non si ritiene nel nuovo contesto normativo neppure risarcibile, sia per la difficoltà di configurare una responsabilità dell'amministrazione da attività legittima (la cristallizzazione della soglia di anomalia appartiene al criterio legale di calcolo della stessa e il suo rispetto conduce necessariamente ad una aggiudicazione legittima), sia per la natura imprevedibile e indiretta del danno asseritamente reclamato da uno specifico concorrente a causa di un erroneo computo della media per erronea individuazione della platea degli ammessi. Infatti, quando l'amministrazione procede all'ammissione ed esclusione delle offerte e completa la relativa fase di gara, non agisce certo in funzione di determinare una o un'altra soglia di anomalia - ignorando i ribassi offerti dai concorrenti - e l'unico danno diretto che può configurarsi in questa fase riguarda i concorrenti eventualmente illegittimamente esclusi; da ultimo, come osservato, ogni incidenza sulla platea dei concorrenti ammessi successiva alla cognizione dei ribassi offerti si presta a ledere altri beni ritenuti ex lege prevalenti nella procedura.

Resta ovviamente possibile per l'amministrazione correggere in autotutela il proprio operato sino a che la soglia di anomalia non sia stata individuata, e così cristallizzata, e sino a che non siano noti i ribassi offerti; ancora non pare paragonabile al caso qui in oggetto quello, ben diverso, di un mero errore materiale di calcolo nella determinazione della soglia di anomalia, che costituisce diretta violazione della pertinente disposizione e non un effetto indiretto sulla soglia di anomalia dell'ampliamento o riduzione della platea dei concorrenti.

Ritiene pertanto il collegio che la soglia di anomalia ormai determinata non potesse più essere variata in funzione della posizione della concorrente LMG (peraltro evidentemente non interessata al presente contenzioso, in quanto, con la riammissione, non avrebbe comunque potuto ottenere alcun risultato utile) e che il ricorso debba trovare accoglimento con annullamento del provvedimento impugnato.

Restano assorbite le censure inerenti la legittimità o meno della stessa ammissione della LMG, nonché la domanda risarcitoria proposta in forma subordinata.

Non risulta stipulato alcun contratto; l'accoglimento della domanda principale comporta quindi che l'amministrazione debba completare la procedura, considerando la posizione della ricorrente quale prima classificata.

L'opinabilità della questione e i contrasti di giurisprudenza in materia giustificano la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto annulla l'aggiudicazione definitiva disposta in favore della concorrente CO.VER. s.r.l.;

compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente

Savio Picone, Consigliere

Paola Malanetto, Consigliere, Estensore