

IL PRINCIPIO DI INVARIZIONE DELLA SOGLIA HA CARATTERE DI GENERALITÀ

di Esper Tedeschi

Data di pubblicazione: 8-3-2018

1. Il cd. «principio del blocco della graduatoria» - derivante dall'art. 38, comma 2 bis, d.lgs. 12 aprile 2006 ed ora riprodotto nell'art. 95 comma 15 del nuovo Codice dei contratti - assume valenza generale, mirando ad assicurare stabilità agli esiti finali dei procedimenti di gara, con l'effetto di neutralizzare atti di ammissione o esclusione successivi rispetto a precedenti atti di segno contrario, quale che sia il tempo o la fase procedimentale in cui sopravvengano (ovvero a procedimento concluso, quindi dopo l'aggiudicazione e con effetti implicitamente confermativi di questa, sia nel corso del procedimento, assumendo funzione correttiva «*in progress*»).

2. L'art. 95, comma 15, del nuovo Codice dei contratti, che riproduce il c.d. «principio del blocco della graduatoria», già presente nell'art. 38, comma 2 bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (come integrato dall'art. 39, comma 1, d. l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 114) deve essere interpretato, letteralmente nel senso della irrilevanza di qualsiasi mutamento della platea dei concorrenti, ai fini del calcolo di medie nella procedura e dell'individuazione della soglia di anomalia delle offerte (che si effettuano in momenti, logicamente e cronologicamente precedenti e presupposti rispetto all'ipotesi di formazione di una graduatoria definitiva)

Conformi: Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2017, n. 847 e 26 maggio 2015, n. 2609; [TAR Piemonte, Sez. II, 17 maggio 2017, n. 631](#).

Difformi: Cons. Stato, sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4107 e CGARS, Sez. I, 22 dicembre 2015, n. 740; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 2 novembre 2016, n. 2492; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 16 febbraio 2018, 238.

Guida alla lettura

La sentenza in commento, nel fare applicazione dell'art. 95, comma 15, del nuovo Codice dei contratti – che, ai fini del calcolo di medie nelle procedure di gara e della soglia di anomalia delle offerte, sancisce l'irrilevanza di “*ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte*” (c.d. principio di invariabilità della soglia) – ne offre una rigorosa interpretazione, nel senso che tutte le variazioni della platea dei partecipanti, intervenute

successivamente a tale determinazione devono essere ritenute irrilevanti, più che sulla formazione della graduatoria definitiva, proprio sui parametri relativi alla soglia delle offerte.

Al riguardo il T.A.R. campano - dando conto del conflitto giurisprudenziale tuttora irrisolto, in ordine alla operatività del limite normativo (già introdotto, in vigore della previgente normativa, dall'art. 39, comma 1, d. l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 114, con 'aggiunta del comma 2 bis al vecchio testo dell'art. 52 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) – espressamente aderisce al filone giurisprudenziale facente capo alla sentenza n. 847 del 2017 della sez. V del Consiglio di Stato che (già con riferimento alla previgente normativa, applicabile, *ratione temporis*, alla fattispecie decisa), ne aveva privilegiato una interpretazione letterale, ritenuta maggiormente aderente alla volontà normativa.

A meno che sul punto non intervenga una qualche indicazione chiarificatrice dell'Autorità nomofilattica della Giustizia amministrativa, nel caso di eventuale persistenza del conflitto nelle interpretazioni di seconda istanza, sembra a chi scrive che la più recente pronuncia del Consiglio di Stato (che pur basandosi sul previgente codice ha tenuto presente, nelle linee generali, l'intento innovativo della disposizione, nell'ambito di una politica globalmente deflattiva degli ostacoli procedurali delle pubbliche gare) si mostri la più aderente allo spirito innovativo che impernia la recente impostazione codicistica, anche tenendo presente il significato letterale della disposizione che, come correttamente indicato dal TAR della Campania, non appone limiti – né temporali, né procedurali – alla sua operatività.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso n. 5069/17 R.G., integrato da motivi aggiunti, proposto da: Napoli75 Soc. Coop. A R.L., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Liguori, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Carrozzeri a Monteoliveto, 13;

contro

Comune di Pozzuoli, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Aldo Starace, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, piazza G. Bovio, 22;

nei confronti di

D'Alessandro Costruzioni Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Migliarotti, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via dei Mille 16; Coget S.r.l. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo: 1. della Determinazione n. 2265 del 21.11.2017 del Comune di Pozzuoli - 8^a Direzione Ciclo Integrato delle Acque – a firma del R.U.P. Arch. Pianificatore C. di Procolo e del Dirigente dell'8^a Direzione Arch. Stefano Terrazzano, comunicata alla ricorrente attraverso la piattaforma ME.PA. in data 01.12.2017 con cui il comune di Pozzuoli ha disposto l'aggiudicazione della gara per l'affidamento dell'Accordo Quadro con un unico operatore economico dei “lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria della rete idrica e fognaria della città di Pozzuoli per il periodo di otto mesi e per l'importo complessivo a base di gara di € 655.500,00 oltre IVA” (CIG: 722155253B) in favore della ditta D'Alessandro Costruzioni Srl e con cui il comune di Pozzuoli ha contestualmente disposto l'esclusione di altro concorrente (COGET Srl) dalla gara senza procedere al ricalcolo della media e della soglia di anomalia; 2. del verbale di gara del 03.11.2017, notificato anche a mezzo pec alla ricorrente in data 01.12.2017, mai pubblicato sul profilo del committente Comune di Pozzuoli, nella parte in cui non è stata immediatamente disposta l'esclusione dalla gara e dal calcolo della media e dalla soglia di anomalia della concorrente COGET Srl per aver ommesso quest'ultima di indicare nell'offerta economica i costi della manodopera ai sensi dell'art. 95 c. 15 D.lgs. 50/2016 e smi e nella parte in cui è stata indicata come aggiudicataria provvisoria della gara di cui è causa la D'Alessandro Costruzioni Srl; 3. ove e per quanto necessario, della proposta di aggiudicazione del 02.11.2017, mai trasmessa alla ricorrente e di contenuto ignoto, solo richiamata nel corpo della gravata determina di aggiudicazione n. 2265 del 21.11.2017; 4. per la declaratoria di aggiudicazione della gara di appalto di cui è causa in favore della ricorrente; 5. in via gradata, per l'annullamento del segmento di gara immediatamente successivo al sorteggio del criterio di aggiudicazione di cui all'art. 97 c. 2 D.lgs. 50/2016 ed alla apertura delle offerte economiche presentate dai concorrenti; 6. ove e per quanto occorra, e per quanto lesivi degli interessi della ricorrente, del bando e del disciplinare di gara ove interpretati in senso contrario alle ragioni prospettate in ricorso; 7. di ogni altro atto e/o provvedimento collegato, connesso e conseguente se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente, ivi inclusi la graduatoria provvisoria estratta dalla piattaforma ME.PA e tutti gli eventuali ulteriori atti riportati sulla medesima piattaforma, nonché gli eventuali ulteriori verbali e atti di gara, sconosciuti alla ricorrente, se ed in quanto lesivi; 8. in via gradata, per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto ove mai successivamente stipulato con la controinteressata e per il subentro della ricorrente nel medesimo contratto; 9. In via subordinata, per il risarcimento dei danni ai sensi degli artt. 30 e 34 del D.lgs. 104/2010.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti a) della Determinazione n. 2385 del 01.12.2017 del Comune di Pozzuoli - 8^a Direzione Ciclo Integrato delle Acque – Coordinamento Ambiente e

Servizi Pubblici – a firma del Responsabile del Servizio Arch. Carlo Di Procolo e del Dirigente dell'8^Direz. Arch. Stefano Terrazzano-, comunicata alla ricorrente attraverso la piattaforma ME.PA. in data 11.12.2017 con cui il comune di Pozzuoli ha disposto una nuova aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento dell'Accordo Quadro con un unico operatore economico dei "lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria della rete idrica e fognaria della città di Pozzuoli per il periodo di otto mesi e per l'importo complessivo a base di gara di € 655.500,00 oltreIVA" (CIG: 722155253B) in favore della ditta D'Alessandro Costuzioni Srl e contestualmente confermato i provvedimenti precedentemente adottati; b) di ogni altro ulteriore provvedimento preordinato, connesso e/o consequenziali e/o comunque collegato, ancorchè sconosciuto, ove e per quanto lesivi degli interessi della ricorrente, eventualmente intervenuti se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Pozzuoli e della D'Alessandro Costruzioni srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nella camera di consiglio del 24 gennaio 2018 la relazione del consigliere Paolo Corciulo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale; Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione n. 1836 del 29 settembre 2017 il Comune di Pozzuoli ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dell'accordo quadro con un unico operatore economico dei lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria della rete idrica e fognaria della città per otto mesi, da aggiudicarsi, tramite piattaforma MEPA, con il criterio del prezzo più basso. Alla gara partecipava anche la Napoli 75 s.c.a.r.l., che, secondo quanto risultante da una consultazione della piattaforma avvenuta il 7 novembre 2017, all'esito delle operazioni di valutazione delle offerte era giunta seconda nella graduatoria provvisoria. La società, nella stessa data, inviava una nota alla stazione appaltante, evidenziando che altra concorrente, la Coget s.r.l., era stata illegittimamente ammessa, avendo omesso di indicare nella busta telematica di offerta i costi della manodopera, per cui l'inevitabile esclusione della medesima avrebbe comportato l'aggiudicazione della gara in suo favore. L'istanza di autotutela rimaneva priva di riscontro, così come anche un sollecito del 23 novembre 2017, tant'è che in data 28 novembre la Napoli 75 s.c.a.r.l. presentava istanza di accesso agli atti del procedimento di gara. In data 1° dicembre 2017 sulla piattaforma MEPA risultava pubblicata la determinazione dirigenziale n. 2265 del 21 novembre 2017 con cui la stazione appaltante aveva deciso di escludere dalla gara la Coget s.r.l., tuttavia confermando la precedente soglia di anomalia ai sensi della previsione di cui all'art. 95, comma 15 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50

e quindi la proposta di aggiudicazione in favore della concorrente D'Alessandro Costruzioni s.r.l. del 2 novembre 2017. Avverso tale provvedimento ha proposto ricorso a questo Tribunale la Napoli 75 s.c.a.r.l., chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari, oltre al risarcimento dei danni. Con il primo motivo di impugnazione parte ricorrente lamenta l'illegittimità del comportamento della stazione appaltante che, omettendo di escludere tempestivamente la Coget s.r.l., aveva determinato l'applicazione del principio di invarianza della soglia di anomalia; principio che, a giudizio di parte ricorrente, non avrebbe dovuto comunque ricevere applicazione, essendosi non già in un'ipotesi di omessa regolarizzazione – come invece accaduto nel caso del TAR Piemonte citato dalla stazione appaltante nel provvedimento impugnato – quindi di un accadimento successivo, ma di una causa di esclusione originaria, a suo tempo non rilevata; in ogni caso, parte ricorrente invoca un orientamento giurisprudenziale (Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana n. 740/2015), secondo cui il principio troverebbe applicazione solo per variazioni intervenute successivamente all'aggiudicazione definitiva, quindi per ipotesi differenti da quella in esame, in cui l'esclusione, sebbene tardiva, era stata disposta solo in presenza di una proposta di aggiudicazione. Con il secondo motivo, parte ricorrente deduce la violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara, non essendo mai stato dato avviso, nemmeno sulla piattaforma MEPA, della prima seduta del 31 ottobre 2017; inoltre, si lamenta la contraddittorietà dell'operato della commissione di gara che, secondo quanto indicato nell'impugnata determinazione dirigenziale, avrebbe proceduto alla proposta di aggiudicazione in data 2 novembre 2017, quando nel verbale del 3 novembre 2017 emergeva che era ancora in corso la fase di esame di altre offerte ammesse; altro profilo di contraddittorietà sussisterebbe tra la data del sorteggio sul criterio di determinazione della soglia di anomalia, che sarebbe avvenuto in data 2 novembre 2017, e le risultanze contenute nel successivo verbale di gara del 3 novembre 2017. Si sono costituiti in giudizio in giudizio il Comune di Pozzuoli e la D'Alessandro Costruzioni s.r.l., eccependo l'inammissibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, essendo mancata l'impugnazione della determinazione di aggiudicazione definitiva in data 1° dicembre 2017. Parte ricorrente ha così proposto motivi aggiunti di ricorso, impugnando il provvedimento di aggiudicazione definitiva, a tal fine proponendo censure di illegittimità derivata. Alla camera di consiglio del 10 gennaio 2018 la trattazione della domanda cautelare è stata differita al 24 gennaio 2018, in vista della quale la controinteressata ha depositato una memoria conclusionale con cui ha sollevato le seguenti eccezioni di inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti. Innanzitutto, il ricorso introduttivo sarebbe inammissibile poiché rivolto avverso un atto avente natura endoprocedimentale, segnatamente la conferma di una proposta di aggiudicazione, mentre i motivi aggiunti, proposti avverso l'aggiudicazione definitiva, sarebbero inammissibili, in quanto privi dei requisiti propri di un ricorso autonomo, essendone mancata la notifica alle parti e la procura alle liti. In secondo luogo, il ricorso per motivi aggiunti sarebbe inammissibile, perché ne sarebbe stata notificata una copia analogica con sottoscrizione autografa e non anche una copia conforme del file nativo digitale, come consentito dalla normativa sul processo amministrativo telematico. Con la terza eccezione, si contesta la mancanza della prova di resistenza, dal momento che non è conosciuto l'esito del sorteggio operato dalla stazione appaltante tra i vari criteri di calcolo della soglia di anomalia, rendendo così incerta la ricostruzione della graduatoria proposta dalla ricorrente. Alla camera di consiglio del 24 gennaio 2018, il Tribunale, ritenendo sussistenti i presupposti per una sentenza in forma semplificata, avvisate le parti, ha trattenuto la causa per la decisione.

DIRITTO

Ritiene il Collegio di prescindere dall'esame delle eccezioni formulate in giudizio, essendo il ricorso privo di giuridico fondamento. Riguardo al primo motivo, è discusso l'ambito applicativo della norma di cui all'art. 95, comma 15 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, applicabile *ratione temporis* alla procedura di gara per cui è giudizio, 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, ne' per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte». In proposito, il Collegio condivide l'orientamento giurisprudenziale, secondo cui il cd. «principio del blocco della graduatoria» - derivante dall'art. 38, comma 2 bis del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 ed ora riprodotto nell'art. 95 comma 15 del nuovo Codice dei contratti - assume valenza generale e mira all'obiettivo di assicurare stabilità agli esiti finali dei procedimenti di gara (Consiglio di Stato V Sezione 23 febbraio 2017 n. 847). Ne discende che la neutralizzazione di atti di ammissione o esclusione successivi rispetto a precedenti atti di segno contrario determinativi della partecipazione di uno o più concorrenti a procedure di gara, non soffre limite alcuno di natura temporale o di fase procedimentale, potendo, indifferentemente, intervenire sia a procedimento concluso, quindi dopo l'aggiudicazione e con effetti implicitamente confermativi di questa, sia nel corso del procedimento, assumendo funzione correttiva «in progress»; del resto, il dato letterale della norma, oltre a non contenere alcuno sbarramento in tal senso, non si riferisce all'immodificabilità della graduatoria, ma, a più ampio raggio, all'irrelevanza ai fini del calcolo di medie nella procedura, e all'individuazione della soglia di anomalia delle offerte, cioè a momenti, con tutta evidenza, logicamente e cronologicamente precedenti e presupposti rispetto all'ipotesi di formazione di una graduatoria definitiva; va aggiunto che, a ben vedere, la *par condicio competitorum* viene assicurata proprio dall'intendere tale effetto come a valenza generale, nel senso di imporne ab origine l'applicazione in modo indifferenziato, cioè assolutamente prescindendo da quale potrebbe essere l'esito concreto del confronto concorrenziale. Pertanto, non può trovare condivisione l'assunto secondo cui l'effetto conservativo troverebbe applicazione solo a modifiche - sia in senso ampliativo che restrittivo - della platea dei concorrenti intervenute successivamente all'adozione del provvedimento di aggiudicazione. Occorre affrontare l'altro aspetto posto da parte ricorrente, concernente l'illegittimità del comportamento della stazione appaltante che, omettendo di escludere tempestivamente la Coget s.r.l., avrebbe determinato l'applicazione del principio di invarianza. Evidenzia il Collegio che, entro i limiti della giudiziale contestazione prima della proposta di aggiudicazione e successivamente del provvedimento di aggiudicazione, è solo l'oggettiva necessità di una variazione dell'originario assetto della platea di concorrenti a costituire presupposto applicativo del principio di cui si discute; difatti, dalla lettera della norma traspare la sostanziale irrilevanza della natura colpevole del comportamento della stazione appaltante, dal momento che, a giustificare un provvedimento giurisdizionale, a cui è reso equivalente un atto di secondo grado, idoneo ad incidere sull'assetto di gara è sufficiente che vi sia stata una precedente determinazione di ammissione o esclusione ritenuta illegittima dal giudice. In conclusione, l'aver omesso originariamente un'esclusione che sarebbe stata disposta solo in seguito dalla stazione appaltante (o dal giudice) non è circostanza ostativa all'applicazione del principio di cui all'art. 95, comma 15 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50. Quanto al richiamo da parte della Stazione appaltante ad un precedente giurisprudenziale del TAR Piemonte ritenuto dalla società ricorrente non pertinente, in quanto riferito alla differente ipotesi di ammissione di

un concorrente con riserva subordinata ad esito di soccorso istruttorio, la circostanza resta irrilevante sul piano della legittimità del comportamento assunto dal Comune di Pozzuoli, essendo le determinazioni di questo del tutto in armonia con l'interpretazione del principio di cui all'art. 95, comma 15 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 propugnata dalla giurisprudenza richiamata e condivisa dal Collegio. Passando al secondo motivo, recente e condivisibile giurisprudenza ha osservato che «il principio di pubblicità delle sedute deve essere rapportato non ai canoni storici che hanno guidato l'applicazione dello stesso, quanto piuttosto alle peculiarità e specificità che l'evoluzione tecnologica ha consentito di mettere a disposizione delle procedure di gara telematiche, in ragione del fatto che la piattaforma elettronica che ha supportato le varie fasi di gara assicura l'intangibilità del contenuto delle offerte (indipendentemente dalla presenza o meno del pubblico) posto che ogni operazione compiuta risulta essere ritualmente tracciata dal sistema elettronico senza possibilità di alterazioni; in altri termini, è garantita non solo la tracciabilità di tutte le fasi, ma proprio l'inviolabilità delle buste elettroniche contenenti le offerte e l'incorruttibilità di ciascun documento presentato» (Consiglio di Stato Sezione V 21 novembre 2017 n. 5388; Consiglio di Stato sez. III 25 novembre 2016 n. 4990; Consiglio di Stato sez. III 3 ottobre 2016 n. 4050). Ne discende la piena legittimità dell'operato della stazione appaltante dal punto di vista dell'osservanza delle necessarie garanzie formali nella celebrazione del procedimento di gara telematico, essendo soddisfatta ogni esigenza di trasparenza, non potendo, tra l'altro, essere ascritta al regime di pubblicità delle sedute un'interlocuzione che, eccedendo il controllo diffuso in chiave di trasparenza, giunga ad assicurare anche una dialettica incidente obbligatoriamente sul piano della gestione autoritativa del procedimento. Quanto ai profili di contraddittorietà tra quanto indicato della determinazione n. 2265 del 21 novembre 2017, secondo cui vi sarebbe stata una proposta di aggiudicazione in data 2 novembre 2017, ed il contenuto del verbale del 3 novembre 2017, osserva il Collegio che trattasi di un'evidente discrasia nella indicazione delle date; in ogni caso, ad assumere rilevanza è quanto riportato nel verbale di gara del 3 novembre 2017, in cui si attesta essere avvenuto sia il sorteggio che la proposta di aggiudicazione, da ritenersi, dal punto di vista storico, ascrivibili alla data di questa seduta e non anche ad una del 2 novembre 2017 di cui manca ogni prova di esistenza tale da suffragare l'ipotesi di contraddittorietà, piuttosto che quella di un mero lapsus calami. In conseguenza del rigetto del ricorso e dei motivi aggiunti va respinta anche la domanda risarcitoria. Le spese seguono la soccombenza con condanna di parte ricorrente al relativo pagamento in favore della controinteressata e del Comune di Pozzuoli, per quest'ultimo con distrazione in favore del procuratore dichiarato antistatario, nella misura di €2.500,00(duemilacinquecento/00) per ciascuno, oltre accessori.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso ed i motivi aggiunti e condanna parte ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore della controinteressata e del Comune di Pozzuoli nella misura di €2.500,00(duemilacinquecento/00) per ciascuno, oltre accessori, con distrazione in favore del difensore del Comune di Pozzuoli, dichiarato antistatario. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

