

Il principio di invarianza della soglia di anomalia delle offerte

di Carlo Marziale

Data di pubblicazione: 27-2-2020

La regola sull'invarianza della soglia ex art. 95, comma 15, del codice dei contratti pubblici va temperata con i principi di buon andamento ed imparzialità dell'attività amministrativa, anch'essi di rango costituzionale (art. 97 Cost.). Per effetto del descritto temperamento la rettifica della soglia di anomalia derivante dall'illegittima ammissione di imprese prive dei requisiti di partecipazione alla gara deve quindi essere consentita alla stessa stazione appaltante avvedutasi di ciò.

Guida alla lettura

La sentenza in commento offre interessi spunti di riflessione in merito alla corretta interpretazione del principio di invarianza della soglia di anomalia delle offerte di cui all'art. 95, comma 10, del D.Lgs., 18 aprile 2016, n. 50. In particolare, la soluzione prospettata tenta di evitare un'applicazione eccessivamente formalistica della previsione normativa, consentendo alle stazioni appaltanti di intervenire sulla soglia di anomalia allorché siano stati illegittimamente ammessi alla procedura di gara operatori che dovevano essere esclusi in quanto carenti dei requisiti di partecipazione.

Per una migliore comprensione dell'*iter* logico-giuridico sotteso alla pronuncia in esame, si rende necessaria una breve sintesi della vicenda sottoposta all'attenzione del Consiglio di Stato.

Precisamente, un'impresa partecipava ad una procedura negoziata per l'affidamento in appalto dei lavori di riqualificazione dello stadio CONI del Comune di Avellino, indetta dal Commissario Straordinario per la realizzazione delle Universiadi di Napoli 2019.

Ad esito dell'ammissione delle offerte presentate da dodici operatori economici, la soglia di anomalia era risultata pari al 35,106% sulla base della media dei ribassi incrementata ai sensi dell'art. 97, comma 2, lett. d), del Codice dei Contratti Pubblici. La gara veniva aggiudicata all'impresa controinteressata, quale migliore offerta non anomala, avendo formulato un ribasso pari al 33,979%.

In seguito alla segnalazione della ricorrente, il seggio di gara provvedeva ad escludere tre operatori partecipanti alla gara in quanto non iscritti nella *white list* della Prefettura

rispettivamente competente. In conseguenza di tale esclusione, la soglia di anomalia veniva rideterminata nel 35,27%.

La società ricorrente, avendo formulato un ribasso pari al 37,839% e in ragione del fatto che le imprese ammesse erano inferiori a 10, veniva dunque individuata quale migliore offerente.

Tuttavia, nonostante l'impresa avesse superato positivamente la verifica di anomalia dell'offerta, il Commissario straordinario, ritenendo di dover applicare il principio di "invarianza della soglia di anomalia", rettificava l'operato del seggio di gara e confermava l'aggiudicazione in favore della controinteressata.

Con sentenza del 29 aprile 2019 n. 5385, il T.A.R. Lazio – Roma, Sez. I respingeva il ricorso proposto dall'impresa avverso la predetta aggiudicazione.

Il Consiglio di Stato, in accoglimento dell'appello dell'originaria ricorrente, ha riformato tale decisione offrendo una chiave di lettura particolarmente apprezzabile e ragionevole del principio di invarianza della soglia di anomalia delle offerte.

Come noto, siffatto principio – introdotto con l'art. 38, comma 2 bis, del D.Lgs., 12 aprile 2006, n. 163 – è stato riprodotto nel vigente Codice dei Contratti Pubblici all'art. 95, comma 15, a mente del quale *"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 *ratio* di questa previsione normativa è quella di evitare che le variazioni sulle ammissioni/esclusioni delle gare, ancorché vengano accertate giudizialmente, possano determinare effetti in punto di determinazione delle medie e delle soglie di anomalia, da ritenersi ormai cristallizzate al momento dell'aggiudicazione.

La giurisprudenza amministrativa è infatti granitica nell'affermare che la regola tende a sterilizzare possibili alterazioni del confronto concorrenziale, rendendo irrilevante *"la promozione di controversie meramente speculative e strumentali da parte di concorrenti non utilmente collocatisi in graduatoria mossi dall'unica finalità, una volta noti i ribassi offerti e quindi gli effetti delle rispettive partecipazioni in gara sulla soglia di anomalia, di incidere direttamente su quest'ultima traendone vantaggio"* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013; 30 luglio 2018, n. 4664; Sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579).

Segnatamente, come chiarito anche dalla pronuncia in esame, trattasi delle impugnazioni contro gli atti di gara proposte da imprese ad essa partecipanti che, per la loro collocazione in graduatoria e per la portata delle censure dalle stesse dedotte, non potrebbero mai conseguire l'aggiudicazione, se non sfruttando a proprio vantaggio gli automatismi insiti nelle modalità di formazione automatica della soglia di anomalia propria delle procedure da aggiudicare al massimo ribasso.

Il Consiglio di Stato, tuttavia, evidenzia che un'esegesi strettamente letterale della norma

porterebbe a delle conseguenze “aberranti” qualora si consentisse la formazione di medie aritmetiche anche consapevolmente inficiate da illegittime ammissioni di operatori economici.

Un’interpretazione ragionevole della previsione di legge deve quindi necessariamente operare un contemperamento tra la regola sull’invarianza della soglia ex art. 95, comma 15 con i principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità dell’azione amministrativa. In ragione di tale bilanciamento, deve essere dunque consentito alla stazione appaltante di procedere alla rettifica della soglia di anomalia derivante dall’illegittima ammissione di imprese prive dei requisiti di partecipazione alla gara.

Orbene, la predetta interpretazione risulta estremamente condivisibile atteso che pone l’attenzione sull’effettiva conclusione della fase di ammissione.

Ed invero, queste fase, nella vicenda che occupa, non si era definitivamente conclusa in quanto tre imprese erano state escluse successivamente per la mancanza del requisito di iscrizione alla *white list*. In particolare, il giudice di secondo grado ha rilevato che la rideterminazione della soglia di anomalia era stata disposta il giorno immediatamente successivo allo svolgimento della gara e, dunque, in un contesto temporale sostanzialmente unitario.

Questa circostanza è stata valorizzata nella fattispecie controversa al fine di censurare l’illegittima decisione del Commissario Straordinario di rettificare l’operato del seggio di gara.

In dettaglio, i giudici di Palazzo Spada, richiamando un precedente della stessa Sezione, hanno evidenziato che la fase di ammissione include anche quella di regolarizzazione; conseguentemente, *“solo modifiche soggettive successive all’esperienza del soccorso istruttorio sono soggette al canone di invarianza”* (cfr. cit. Cons. Stato, Sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013). Tale assunto trova peraltro conferma nel richiamato art. 95, comma 10, del Codice, che fa espresso riferimento anche alla *“fase di regolarizzazione delle offerte”*.

A fronte di tali argomentazioni, deve dunque ritenersi che, nei casi in cui venga attivato il soccorso istruttorio, la fase di ammissione delle offerte non può dirsi perfezionata e, pertanto, le stazioni appaltanti sono legittimate ad intervenire sulla soglia di anomalia al fine di evitare che questa sia inficiata da illegittime partecipazioni alla procedura di gara.

Conclusivamente, sulla scorta di queste argomentazioni, il Consiglio di Stato ha accolto l’appello e ha riconosciuto all’impresa il risarcimento del danno per il mancato utile che la stessa avrebbe ricavato dall’esecuzione della commessa.

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 4608 del 2019, proposto da Casertana Costruzioni s.r.l., in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Ceceri e Valentina Comella, con domicilio eletto presso lo studio Placidi s.r.l. in Roma, via Tortolini 30;

contro

Presidenza del Consiglio dei ministri, Commissario straordinario per la realizzazione delle Universiadi di Napoli 2019, ANAC – Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi 12;

Regione Campania, in persona del presidente e legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Imperato e Rosanna Panariello, con domicilio digitale p.e.c. da registri di giustizia;

Agenzia Regionale Universiadi (ARU 2019), Ufficio speciale centrale acquisti, procedure di finanziamento, progetti, infrastrutture, progettazione della Campania, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Mastrocinque Costruzioni s.r.l., in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Prozzo, con domicilio digitale p.e.c. da registri di giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio – Sede di Roma (Sezione Prima) n. 5385/2019, resa tra le parti, concernente la procedura di affidamento in appalto dei lavori di adeguamento del polisportivo C.O.N.I. di Avellino per lo svolgimento delle Universiadi 2019;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Commissario straordinario per la realizzazione delle Universiadi di Napoli 2019, ANAC – Autorità Nazionale Anticorruzione, e della Mastrocinque Costruzioni s.r.l.;

Viste le memorie e tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2020 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Vosa su delega di Ceceri, Consoli, in dichiarata delega di Panariello e Marchini per l'Avvocatura dello Stato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Casertana Costruzioni propone appello contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio – sede di Roma in epigrafe, con cui è stato respinto il suo ricorso per l'annullamento degli atti della procedura negoziata ai sensi degli artt. 63 e 95 comma 4, lett. a), del codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) per l'affidamento in appalto dei lavori di riqualificazione dello stadio campo CONI di Avellino per lo svolgimento delle Universiadi 2019, indetta con decreto del Commissario straordinario per la realizzazione delle Universiadi di Napoli 2019 del 6 luglio 2018, n. 35, ed aggiudicata all'esito della selezione mediante il criterio del minor prezzo sulla base d'asta di € 513.400,00 alla Mastrocinque Costruzioni s.r.l. (con decreto del commissario straordinario n. 145 del 17 dicembre 2018).

2. La procedura di gara veniva svolta dalla Regione Campania, in virtù di apposita convenzione sottoscritta con il Commissario straordinario (rep. n. 7 del 17 aprile 2018), tramite un avviso per la manifestazione di interesse cui aderivano 139 operatori economici, dei quali solo 15 erano ammessi a presentare un'offerta. Gli offerenti si riducevano a 12 ed all'esito dell'apertura delle buste (seduta del seggio di gara del 7 agosto 2018) era determinata la soglia di anomalia sulla base della media dei ribassi incrementata ai sensi dell'art. 97, comma 2, lett. d), del codice dei contratti pubblici nel 35,106%. Su questa base la gara era aggiudicata alla Mastrocinque Costruzioni, autrice di un ribasso pari al 33,979%.

3. La Casertana Costruzioni che aveva invece presentato un ribasso superiore alla soglia, pari al 37,839% segnalava tuttavia che tre delle dodici erano prive dei requisiti di partecipazione, perché non iscritte nella *white list* della Prefettura rispettivamente competente. In conseguenza di ciò il seggio di gara (nella seduta dell'8 agosto 2018) rideterminava la soglia di anomalia nel 35,27% e, in ragione del fatto che le imprese ammesse erano inferiori a 10, dava atto che la migliore offerta era quella della ricorrente, in virtù del suo maggior ribasso, e la invitava ai

sensi dell'art. 97, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016 a presentare le relative giustificazioni.

4. Tuttavia, con il citato decreto n. 145 del 17 dicembre 2018 il commissario straordinario, sul presupposto che dovesse applicarsi «*il principio di invarianza della soglia di anomalia ex art. 95, comma 15, del d.lgs. 50/2016*», rettificava il successivo operato del seggio di gara e confermava l'esito iniziale della gara con aggiudicazione alla Matrocinque Costruzioni.

5. Le censure formulate dalla Casertana Costruzioni contro tale determinazione conclusiva della procedura di affidamento sono state respinte dal Tribunale amministrativo adito in primo grado e riproposte dall'originaria ricorrente con il presente appello, per resistere al quale si sono costituiti la Regione Campania, la Presidenza del Consiglio dei ministri, il Commissario straordinario per la realizzazione delle Universiadi 2019 e la controinteressata.

DIRITTO

1. Con il primo motivo d'appello la Casertana Costruzioni ripropone la censura di violazione dell'art. 97, comma 8, del codice dei contratti pubblici, a mente del quale nelle procedure di gara da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso non è consentita l'esclusione automatica delle offerte nel caso in cui quelle ammesse è inferiore a dieci, e che l'appellante assume essersi verificato in seguito al riscontro che delle dodici imprese offerenti tre erano prive dei requisiti di partecipazione, perché non iscritte nella *white list* della competente Prefettura. La Casertana Costruzioni critica la sentenza di primo grado per l'esclusivo riferimento in essa operato, ai fini del rigetto del motivo, al principio di invarianza della soglia di anomalia ex art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016, ritenuto operante una volta definita l'ammissione dei concorrenti alla gara. L'appellante sostiene al riguardo che il Tribunale avrebbe stravolto il significato della propria censura, diretta invece a censurare il fatto che non fosse stato applicato il divieto di esclusione automatica previsto dal citato art. 97, comma 8, del codice dei contratti pubblici, cui il commissario straordinario era tenuto una volta che egli stesso, nel rivedere l'operato del seggio di gara, ha confermato per questa parte l'esclusione di tre dei dodici offerenti.

2. Con un distinto ordine di censure la Casertana Costruzione sostiene che il Tribunale avrebbe errato nell'applicare il principio dell'invarianza della soglia di anomalia al caso di specie, in cui la verifica dei requisiti di partecipazione ai fini dell'ammissione alla gara non era stata compiuta dal seggio di gara nella prima seduta, tenutasi il 7 agosto 2018, come confermato *a posteriori* dalla successiva esclusione delle tre partecipanti non iscritte nella *white list* della Prefettura. Secondo l'originaria ricorrenti l'applicazione del principio sancito dall'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016 data dal Tribunale si presterebbe a strumentalizzazioni e alla sanatoria di ammissioni alla gara illegittime.

3. Con il secondo motivo d'appello la Casertana Costruzioni ripropone la censura di incompetenza del commissario straordinario, che il Tribunale amministrativo ha riconosciuto sulla base dell'attribuzione a quest'ultimo delle «*funzioni di stazione appaltante*» per gli interventi relativi alle Universiadi 2019, (art. 1, comma 379, della legge 27 dicembre 2017, n. 205 - *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020*), ma che l'originaria ricorrente contesta in virtù della delega di tali funzioni

attribuita alla Regione Campania, con la convenzione sottoscritta tra le parti il 17 aprile 2018.

4. Con il terzo motivo d'appello sono riproposto «*integralmente il V e il VI motivo*» del ricorso di primo grado, di cui la Casertana Costruzioni lamenta l'omessa pronuncia da parte del giudice di primo grado.

5. Così sintetizzati i motivi d'appello, a fronte della palese inammissibilità del terzo, per mancata riproposizione dei motivi non esaminati dal Tribunale ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm., e dell'infondatezza del secondo, nel quale è la stessa Casertana Costruzioni a riconoscere che la competenza stabilita dalla legge (dal citato art. 1, comma 379, della legge di bilancio per il 2018), per la procedura di gara oggetto del presente contenzioso è del commissario straordinario delegato all'Universiade di Napoli del 2019, salvo trascurare che la delega di funzioni non priva l'organo competente dell'attribuzione derivantegli dalla legge, è nondimeno fondato il primo motivo.

6. Deve innanzitutto premettersi in fatto che con il decreto n. 145 del 17 dicembre 2018 il commissario straordinario per l'Universiade di Napoli dava atto che nella seduta del 7 agosto 2018 «*all'esito della verifica della documentazione amministrativa, sono state ammesse alla fase successiva n. 12 operatori economici*»; e che all'esito delle operazioni di gara – in base alle quali la soglia di anomalia è stata automaticamente determinata nel 35,106% - «*è risultato che la migliore offerta era quella della società Mastrocinque Costruzioni s.r.l. con il ribasso del 33,979*». Viene poi precisato nel provvedimento impugnato che nella successiva seduta dell'8 agosto il seggio di gara «*a seguito di una ulteriore verifica d'ufficio delle dichiarazioni delle società partecipanti, in particolare sul possesso della iscrizione nella White List, ha riscontrato che tre ditte ammesse alla fase di apertura delle offerte difettavano di tale requisito e pertanto sono state escluse dalla procedura*», per cui si dava luogo al ricalcolo della soglia di anomalia «*ai sensi dell'art. 97, c. 3 bis, in quanto le ditte ammesse risultano inferiori a dieci ma comunque superiori a cinque*», dal quale risultava che «*la soglia di anomalia fosse pari a 35,27% e il miglior ribasso offerto fosse quello della ditta Casertana Costruzioni s.r.l. pari al 37,839% e che lo stesso fosse superiore alla soglia di anomalia*». Sulla base delle descritte risultanze della gara il commissario straordinario ha quindi statuito che «*si debba applicare il principio di invarianza della soglia di anomalia ex art. 95, comma 15, del D.Lgs. 50/2016 (...) e si debba, pertanto, rettificare l'operato del seggio di gara che aveva proceduto al ricalcolo dell'anomalia nel corso del verbale di gara del 08.08.2018*» e pertanto «*si debba confermare l'esito di gara risultante dal verbale del 07.08.2018 che individuava quale migliore offerta quella della società Mastrocinque Costruzioni*».

7. Ciò premesso, come deduce l'appellante Casertana Costruzioni, nel rettificare l'operato del seggio di gara con l'applicazione del principio di invarianza della soglia di anomalia delle offerte ai sensi dell'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016, e dunque con il ripristino della soglia derivante dal primo calcolo, svolto nella seduta del 7 agosto 2018, il commissario straordinario non è invece intervenuto sui provvedimenti adottati dal seggio di gara con riguardo alle imprese ammesse a presentare l'offerta e considerate per la determinazione automatica della nuova soglia di anomalia compiuta nella successiva seduta dell'8 agosto 2018. Ne è derivato che la Casertana Costruzioni è stata esclusa automaticamente dalla gara per avere superato la soglia di anomalia benché le imprese ammesse fossero in numero

inferiore a dieci.

8. L'operato del commissario è stato dunque, innanzitutto, contraddittorio rispetto alle risultanze di gara, perché pur avendo escluso il ricalcolo della soglia di anomalia egli ha tuttavia confermato l'esclusione di tre delle imprese offerenti, per difetto del requisito dell'iscrizione alla *white list* della competente Prefettura; ed inoltre si è posto in violazione dell'art. 97, comma 8, del codice dei contratti pubblici, che nella versione applicabile *ratione temporis* prevedeva, per quanto di interesse che nelle procedure di affidamento da aggiudicare sulla base del criterio del minor prezzo ex art. 95, comma 4, lett. a), del medesimo codice in cui la stazione appaltante si sia avvalsa della facoltà di escludere automaticamente le offerte «*che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2*», la stessa facoltà, nondimeno, «*non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci*».

9. In base a quest'ultimo inciso il ristretto numero degli offerenti e il correlato carattere statisticamente non significativo del ribasso determinato in via automatica sulla base della media di quelli presentati dalle imprese offerenti giustifica il ripristino della regola generale, secondo cui l'esclusione per anomalia dell'offerta può essere comminata solo all'esito di una verifica in concreto delle giustificazioni fornite dall'impresa in ordine al ribasso da essa offerto, secondo le disposizioni contenute nel medesimo art. 97 d.lgs. n. 50 del 2016. Laddove pertanto non vi siano i presupposti della deroga si riespande la regola generale e tale riespansione non è a sua volta condizionata dalla regola dell'invarianza della soglia di anomalia enunciata dall'art. 95, comma 5, del medesimo codice dei contratti pubblici. Tra le due vi è reciproca indifferenza: l'invarianza della soglia di anomalia ed il conseguente blocco della graduatoria non è infatti inficiata dalla successiva fase di verifica dell'anomalia dell'offerta, come dimostra l'operato del seggio di gara nel sopra citato verbale dell'8 agosto 2018; del pari rispetto a quest'ultima fase è indifferente la modalità con cui la soglia di anomalia è stata determinata sulla base dei ribassi offerti.

10. Sotto questo dirimente profilo l'esclusione dalla gara dell'appellante – la cui offerta all'esito della verifica di anomalia avviata dal seggio di gara all'esito del ricalcolo della soglia di anomalia nella seduta dell'8 agosto 2018 è risultata invece congrua (come da nota della r.u.p. del 6 settembre 2018) – è dunque illegittima perché derivante dall'esercizio di una facoltà non consentita dalla legge.

11. Peraltro, come ulteriormente deduce la Casertana Costruzioni nel primo motivo del proprio appello, il commissario straordinario ha errato nell'applicare il principio di invarianza della soglia di anomalia nel caso di specie.

Deve premettersi al riguardo che l'interpretazione dell'art. 95, comma 15, del codice dei contratti pubblici, che tale regola pone nei seguenti termini: «*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*», non è agevole.

Se incentrata sul piano strettamente letterale l'interpretazione della norma porta alle

conseguenze volute dal commissario straordinario con il provvedimento impugnato nel presente giudizio.

12. Come sottolinea la Casertana Costruzioni si tratta nondimeno di conseguenze aberranti, nella misura in cui consentono la formazione di medie automatiche anche consapevolmente inficiate da illegittime ammissioni di operatori economici, le quali denotano un eccesso dei mezzi rispetto allo scopo perseguito con la disposizione in esame, che la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha infatti messo in luce, per elaborare soluzione una più equilibrata soluzione sul piano della conformità ai principi generali in materia di contratti pubblici e della ragionevolezza.

Il quale scopo consiste nell'evitare che concorrenti non utilmente collocati in graduatoria promuovano giudizi meramente speculative e strumentali, e mosse «*dall'unica finalità, una volta noti i ribassi offerti e quindi gli effetti delle rispettive partecipazioni in gara sulla soglia di anomalia, di incidere direttamente su quest'ultima traendone vantaggio*» (così Cons. Stato, V, 30 luglio 2018, n. 4664, cui aderisce Cons. Stato, V, 2 settembre 2019, n. 6013; cfr. inoltre Cons. Stato, III, 27 aprile 2018, n. 2579). Si tratta più precisamente delle impugnazioni contro gli atti di gara proposte da imprese ad essa partecipanti che per la loro collocazione in graduatoria e per la portata delle censure dalle stesse proposte non potrebbero mai conseguire l'aggiudicazione, se non sfruttando a proprio vantaggio gli automatismi insiti nelle modalità di formazione automatica della soglia di anomalia propria delle procedure da aggiudicare al massimo ribasso.

13. La norma è stata dunque intesa per paralizzare gli effetti riflessi sulla soglia di anomalia, derivanti da modifiche incidenti *a posteriori* sul novero degli operatori economici legittimamente partecipanti. A questo scopo può in particolare essere valorizzato l'impiego del verbo atecnico "intervenire": «*Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale...*», come appunto riferito ai riflessi sulla soglia di anomalia e la conseguente graduatoria di gara derivanti da modifiche concernenti le imprese in precedenza ammesse a presentare l'offerta. Questi effetti riflessi, utilizzati consapevolmente ed in modo strumentale da operatori economici che altrimenti non potrebbero conseguire l'aggiudicazione, sono appunto quelli che il legislatore ha inteso limitare per contrapposte legittime esigenze di stabilità delle situazioni giuridiche derivanti dalla gara.

14. Secondo la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato la stessa norma non può invece essere intesa nel senso di vanificare la tutela giurisdizionale, oggetto di tutela costituzionale (artt. 24 e 113 Cost.), e dunque di precludere le impugnazioni non mosse dal sopra descritto intento emulativo, ma a contestare l'ammissione alla gara di imprese prive dei requisiti di partecipazione o autrici di offerte invalide, che nondimeno abbiano inciso sulla soglia di anomalia determinata in via automatica. Sul punto va ricordato che con riguardo al primo degli interessi ora menzionati, lo stesso, fino alla recente abrogazione ad opera del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 (*Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55) era per giunta oggetto di autonoma tutela, con il c.d. rito super-accelerato sulle ammissioni ed esclusioni di cui all'art. 120, comma 2-*bis* cod. proc. amm. (sulla necessità di fare salvo il rito sulle ammissioni rispetto

alla regola dell'invarianza della soglia di anomalia si veda in particolare la sopra citata sentenza della III Sezione di questo Consiglio di Stato del 27 aprile 2018, n. 2579).

15. A quanto finora rilevato va aggiunto che prima ancora dell'interpretazione conforme a costituzione rispetto al diritto di azione in giudizio contro gli atti della pubblica amministrazione, la medesima regola sull'invarianza della soglia ex art. 95, comma 15, del codice dei contratti pubblici va temperata con i principi di buon andamento ed imparzialità dell'attività amministrativa, anch'essi di rango costituzionale (art. 97 Cost.). Per effetto del descritto temperamento la rettifica della soglia di anomalia derivante dall'illegittima ammissione di imprese prive dei requisiti di partecipazione alla gara deve quindi essere consentita alla stessa stazione appaltante avvedutasi di ciò (il profilo è posto in evidenza nella citata sentenza del 27 aprile 2018, n. 2579, della III Sezione del Consiglio di Stato).

La praticabilità di tale soluzione è stata affermata in particolare nel più recente precedente di questa Sezione sopra richiamato (sentenza 2 settembre 2019, n. 6013), sulla base del riferimento testuale operato dal medesimo art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016 alla «fase di (...) regolarizzazione (...) delle offerte». Tale riferimento è stato inteso dalla Sezione come riferito «alle situazioni in cui sia stato attivato il soccorso istruttorio», quando pertanto non può dirsi ancora conclusa la fase di ammissione delle offerte e gli effetti di invarianza e blocco da essa derivanti (in termini analoghi cfr. Cons. Stato, V, 13 febbraio 2017, n. 590, e 16 marzo 2016, n. 1052, in relazione alla corrispondente disposizione del codice dei contratti pubblici, ora abrogato, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ovvero l'art. 38, comma 2-bis).

16. I principi espressi dalla giurisprudenza finora esaminati sono evidentemente applicabili al caso di specie, in cui la rideterminazione della soglia di anomalia in conseguenza della sopravvenuta esclusione di tre delle dodici imprese offerenti è stata disposta il giorno successivo allo svolgimento della gara, in un contesto temporale unitario, sulla base «un'ulteriore verifica di ufficio delle dichiarazioni delle società partecipanti, in particolare sul possesso della iscrizione nella White List», risultata mancante per tre delle dodici offerenti (così nel verbale di gara n. 2 dell'8 agosto 2018).

17. Accertata pertanto anche sotto questo profilo l'illegittimità dell'operato del commissario straordinario con la rettifica degli atti del seggio di gara mediante applicazione del principio dell'invarianza della soglia e conferma dell'esclusione automatica della Casertana Costruzioni dalla gara, in relazione all'interesse residuo che quest'ultima vanta nel presente giudizio una volta eseguito l'appalto in contestazione (circostanza pacifica) è quello risarcitorio.

L'interesse in questione è meritevole di tutela. E' infatti accertato ed incontrovertito che quello offerto dall'odierna appellante è innanzitutto il maggior ribasso e che in secondo luogo lo stesso era congruo. Tale era infatti risultato all'esito della verifica avviata dalla Regione Campania, stazione appaltante delegata, dopo la rideterminazione della soglia di anomalia, come dichiarato nella sopra citata nota del r.u.p. del 6 settembre 2018.

18. Vanno dunque esaminati i danni risarcibili, per i quali la medesima Casertana Costruzioni

ha prodotto in giudizio una consulenza di tecnica in cui i danni subiti a causa dell'illegittima privazione dell'appalto.

Nella perizia di parte i danni in questione sono stimati in complessivi € 75.814,92; ammontare derivante dalla sommatoria delle seguenti voci: mancato utile; spese sostenute per la partecipazione alla gara; e spese per mancato utilizzo delle maestranze e varie. Di queste può essere riconosciuto il solo mancato utile, ovvero il margine netto che l'appellante avrebbe ricavato dall'esecuzione della commessa.

Per contro, le spese sostenute dalla partecipazione alla gara fondano l'interesse risarcitorio c.d. negativo, tutelato in caso di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, a ristoro del diritto a non essere coinvolto in trattative rivelatesi inutili, mentre in relazione all'interesse positivo all'aggiudicazione dell'appalto le medesime spese costituiscono comunque una voce di costo che rimane a carico dell'impresa e come tale non remunerato nemmeno per effetto dell'esecuzione del contratto.

Anche i danni da immobilizzazione delle maestranze non possono essere riconosciuti. E' infatti onere dell'imprenditore, secondo una regola fondata sull'*id quod plerumque accidit* e sul fine di profitto che ne informa l'attività, ovviare alla perdita della commessa attraverso il reperimento di alternative contrattuali. L'onere in questione è pertanto elevato a fattore di correzione del risarcimento del danno da mancato utile dalla giurisprudenza amministrativa costante (cfr., per tutte, Cons. Stato, Ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2), per cui - per la contraddizione che non lo consente - lo stesso non può essere ristorato per equivalente.

Quanto infine alle spese varie (per la relazione giustificativa dei costi, la polizza fideiussoria a titolo di garanzia provvisoria, il contributo ANAC e le spese legali per il presente contenzioso) valgono in parte le considerazioni svolte in precedenza a proposito delle spese di partecipazione alla gara, salvo che per le spese legali, oggetto di pronuncia da parte del giudice adito.

19. Il mancato utile stimato dal consulente tecnico di parte ricorrente è pari ad € 20.710,94. Tale somma deriva dalla riduzione per un coefficiente prudenziale dello 0,9 applicato all'utile oggetto di giustificazione nel sub-procedimento di verifica dell'anomalia svolto nei confronti della medesima Casertana Costruzioni dopo la rideterminazione della soglia di anomalia; utile a sua volta pari all'8% del ribasso offerto, ovvero € 23.012,15. Si tratta di un valore che può essere utilizzato a fondamento della condanna risarcitoria perché già vagliato positivamente dalla stazione appaltante e rispetto a quale è stato apportato un correttivo prudenziale, e dunque da considerarsi «*provato*» ai sensi dell'art. 124, comma 1, del codice del processo amministrativo.

Al capitale così liquidato vanno aggiunti i soli interessi compensativi, al saggio legale in vigore dalla decorrenza in cui l'utile sarebbe stato percepito, per il quale si dovrà fare riferimento ai pagamenti ottenuti dall'impresa che ha eseguito l'appalto, fino al pagamento effettivo a favore dell'odierna appellante.

20. La condanna al risarcimento deve essere pronunciata nei soli confronti del commissario

straordinario agli interventi per l'Universiade di Napoli del 2019 e, in via solidale, della Presidenza del Consiglio dei ministri, dalle cui disponibilità di bilancio sono state tratte le somme utilizzate dal primo per l'adempimento dei suoi compiti istituzionali.

21. L'appello va dunque accolto nei termini sopra esposti.

Le spese del doppio grado di giudizio possono nondimeno essere compensate in ragione delle difficoltà interpretative della regola dell'invarianza della soglia di anomalia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto in riforma della sentenza di primo grado accerta l'illegittimità dei provvedimenti impugnati e condanna la Presidenza del Consiglio dei ministri e il Commissario straordinario per la realizzazione delle Universiadi di Napoli 2019, in solido tra loro, a risarcire alla Casertana Costruzioni s.r.l. i danni subiti, liquidati in € 20.710,94, oltre agli interessi, come specificati in motivazione.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio tra tutte le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2020.