

# **Inapplicabilità del principio di invarianza delle medie qualora il ricorrente contesti un errore di calcolo della stazione appaltante nella determinazione della soglia di anomalia.**

*di Antonio La Marca*

*Data di pubblicazione: 11-7-2024*

*1. Il principio di invarianza opera nel senso della “cristallizzazione delle offerte” e della “immodificabilità della graduatoria” ed integra un’espressa eccezione all’ordinario meccanismo del regresso procedimentale per positiva irrilevanza delle sopravvenienze, obbedendo alla duplice e concorrente finalità:*

*a) di garantire, per un verso, continuità alla gara e stabilità ai suoi esiti, onde impedire che la stazione appaltante debba retrocedere il procedimento fino alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte, cioè di quella soglia minima di utile al di sotto della quale l’offerta si presume senz’altro anomala, situazione che ingenererebbe una diseconomica dilatazione dei tempi di conclusione della gara correlata a un irragionevole dispendio di risorse umane ed economiche (cfr. Cons. Stato, V, 22 gennaio 2021, n. 683; III, 11 ottobre 2021 n. 6821; 12 luglio 2018, n. 4286; 27 aprile 2018, n. 2579);*

*b) di impedire, o comunque vanificare, in prospettiva antielusiva, 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 novembre 2021, n. 7303; III, 11 ottobre 2021 n. 6821; 22 febbraio 2017, n. 841).*

*2. La censura non è finalizzata ad un ricalcolo della soglia dell’anomalia per effetto dell’esclusione di uno degli offerenti, e quindi della modifica della platea dei concorrenti, ma è volta a contestare lo stesso operato della stazione appaltante nella determinazione della soglia di anomalia, con la conseguenza che non viene in rilievo l’applicabilità del principio di invarianza.*

*3. Deve pertanto reputarsi preferibile, a tutela dell’affidamento dei destinatari e dei canoni di trasparenza e di “par condicio”, l’interpretazione letterale delle previsioni contenute nella legge di gara, evitando che in sede interpretativa si possano integrare le regole di gara, palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale*

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

## **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8660 del 2023, proposto da Caprio Costruzioni Metalliche S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A0020EBAFE, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Caliendo, Paolo Cantile, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

### ***contro***

Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero dell'Istruzione e del Merito, Ministero delle Imprese e del Made in Italy, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;  
Presidenza del Consiglio dei Ministri, non costituita in giudizio;  
Comune di Amalfi, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Migliarotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;  
Comunita' Montana dei Monti Lattari, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonietta Pelella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

### ***nei confronti***

Tecsped S.r.l., Marsal Restauri S.r.l., non costituiti in giudizio;

### ***per la riforma***

della sentenza in forma semplificata del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima) n. 02407/2023, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell'Economia e delle Finanze e di Ministero dell'Istruzione e del Merito e di Ministero delle Imprese e del Made in Italy e di Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e di Comune di Amalfi e di Comunita' Montana dei Monti Lattari;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2024 il Cons. Diana Caminiti e viste le conclusioni come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. Caprio Costruzioni Metalliche S.r.l. (in seguito per brevità anche Caprio) ha interposto appello avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno, 26 ottobre 2023, Sezione Prima, n. 2407, con cui è stato dichiarato inammissibile il ricorso proposto dall'indicata società avverso la nota del 30.09.2023 con la quale la stazione appaltante ha respinto l'istanza di ricalcolo della soglia proposta dalla ricorrente, procedendo a confermare l'aggiudicazione a favore dell'operatore economico controinteressato per l'affidamento dei lavori di efficientamento energetico, adeguamento sismico e messa in sicurezza dell'Istituto comprensivo "Fra Gerardo Sasso" sito in piazza Santo Spirito - Comune di Amalfi ed avverso i relativi atti presupposti e segnatamente la determinazione di aggiudicazione, Determina n. gen. 1059 del 14-09-2023 del Comune di Amalfi, che approva l'operato della Comunità Montana Monti Lattari (SA), recante l'aggiudicazione per l'affidamento degli indicati lavori e i verbali di gara nn. 1, 2 e 3 rispettivamente datati 07/09/2023, 08/09/2023 e 14/09/2023, con cui è stata individuata quale offerta aggiudicataria quella dell'operatore economico Tec.sp.ed. Srl.

2. Con il ricorso di *prime cure* la società Caprio ha infatti impugnato e chiesto l'annullamento degli atti relativi all'indicata procedura di gara aperta, ai sensi dell'articolo 71 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, con aggiudicazione secondo il criterio del minor prezzo, indetta dal Comune di Amalfi per il tramite della Centrale Unica di Committenza dei Monti Lattari.

2.1. A fondamento del ricorso ha dedotto i motivi di seguito sinteticamente elencati:

I.A) erroneità del calcolo della soglia di anomalia a seguito dell'illegittima scelta da parte della Commissione giudicatrice del ribasso indicato dalla concorrente n. 11, Mar.sal. Restauri s.r.l., nel modello G allegato all'offerta economica e non quello (inferiore) generato direttamente dal portale telematico (cfr. articoli 3.4, 3.5 e 20 del disciplinare di gara);

I.B) illegittimità del provvedimento di ammissione alla gara della Mar.sal. Restauri s.r.l. per essere la sua offerta indeterminata, ambigua, ambivalente e contraddittoria, data la discrasia tra il ribasso indicato nel modello G allegato all'offerta economica (32,994%) e il ribasso indicato nell'offerta economica generata dalla piattaforma telematica (32,94%);

I.C) illegittimità della scelta della Commissione giudicatrice di prendere in considerazione l'offerta compilata con il modello G e, comunque, a fronte di una discrasia e contraddizione con quella generata dal sistema della piattaforma telematica, di non procedere alla esclusione della Mar.sal. Restauri s.r.l.

2.2. In relazione alla prova di resistenza, la ricorrente assumeva che:

- nel caso di accoglimento del motivo sub I.A.), sarebbe risultata aggiudicataria dell'appalto, in luogo della Tec.sp.ed. S.r.l., per aver proposto il ribasso più vicino alla soglia di anomalia ricalcolata (30,2158%);

- nel caso di accoglimento dei motivi sub I.B) e sub I.C), la soglia di anomalia dovrebbe essere ricalcolata all'esito dell'esclusione dell'operatore Mar.sal. Restauri s.r.l. e, quindi, le sarebbe spettata ugualmente l'aggiudicazione, per aver proposto il ribasso più vicino alla soglia di

anomalia ricalcolata (30,2158%).

Si costituiva il Comune di Amalfi, eccependo l'inammissibilità del ricorso ed instando nel merito per il rigetto dello stesso.

3. Il giudice di *prime cure*, con la sentenza oggetto del presente gravame, ha dichiarato inammissibile il ricorso per carenza di legittimazione ad agire, applicando il principio di invarianza delle medie di cui all'art. 108, comma 12 del d.lgs. 36 del 2023 che comporterebbe l'impossibilità, *ex post*, d'individuare - per effetto di sopravvenienze successive al provvedimento di aggiudicazione - una nuova soglia di anomalia, mediante il ricalcolo delle offerte.

Secondo il primo giudice, essendosi la graduatoria definita e cristallizzata con la determina del Comune di Amalfi, n. gen. 1059 del 14 settembre 2023, avente ad oggetto l'aggiudicazione dell'appalto in favore dell'operatore economico Tec.sp.ed. s.r.l., un eventuale ricalcolo della soglia di anomalia violerebbe la disposizione sopra richiamata, nonché i corollari principi di trasparenza, correttezza del confronto concorrenziale e legittimo affidamento.

4. Avverso la sentenza di *prime cure*, con l'atto di appello la Caprio ha articolato in un unico motivo le seguenti censure:

I. *Error in iudicando – Error in procedendo* - violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. – violazione e falsa applicazione del d.lgs. 36/2023 – violazione della legge 241 del 1990 - violazione della *lex specialis* di gara –eccesso di potere – sviamento.

In tesi di parte appellante la sentenza, nel dichiarare inammissibile il ricorso, non aveva affatto considerato il primo motivo con il quale si faceva valere un errore di "calcolo" commesso dalla Commissione, rispetto alla quale non era rilevante la regola dell'invarianza della soglia di anomalia applicata dal primo giudice.

Parimenti la sentenza sarebbe erronea laddove aveva dichiarato inammissibile il ricorso anche in relazione al secondo e terzo motivo di appello, volti ad ottenere l'esclusione della società che aveva prodotto le due offerte economiche difformi, applicandosi, ad avviso di parte appellante, la disposizione a tutte le variazioni che intervengono successivamente al provvedimento di aggiudicazione, facendo salve peraltro quelle questioni che nascono prima dell'adozione di tale provvedimento, mentre nell'ipotesi di specie la questione era già a conoscenza della stazione appaltante prima dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione, come comprovato dal verbale di gara n. 3 (riportato in stralcio per la parte d'interesse).

La società appellante, alla luce dei rilievi mossi, ha pertanto insistito nell'accoglimento dell'appello e per l'effetto del ricorso di primo grado.

5. Il Comune di Amalfi, ha insistito per il rigetto dell'appello e comunque nel merito per il rigetto del ricorso di primo grado.

6. La Sezione ha rigettato l'istanza cautelare con ordinanza 10 novembre 2023 n. 4549 alla stregua dei seguenti rilievi *“Ritenuto che l'istanza cautelare non sia meritevole di accoglimento in quanto, nella valutazione dei contrapposti interessi, prevale quello pubblico alla celere esecuzione dell'opera finanziata con fondi PNRR;*

*Ritenuto inoltre l'insussistenza anche del fumus boni iuris in quanto - a prescindere dal profilo di inammissibilità ravvisato dal giudice di prime cure, la cui ricorrenza appare dubbia quanto meno rispetto al primo motivo del ricorso, con cui si deduceva l'errore di calcolo, sulla base del presupposto che unica offerta economica valida doveva intendersi quella elaborata dal sistema – le censure di merito non appaiono, ad un primo sommario esame, fondate; ciò in quanto unica offerta economica non poteva che essere quella di cui all'allegato G, compilata manualmente ed inserita al sistema, essendo l'altra una mera scheda informativa elaborata dalla piattaforma telematica; né la lex specialis di gara potrebbe essere eterointegrata con il manuale di funzionamento della piattaforma, come dedotto dalla parte appellante, in senso peraltro difforme da quanto indicato nello stesso disciplinare di gara che, nel riferirsi all'offerta economica fa inequivocabilmente riferimento all'Allegato G (art. 4), per cui l'art. 3.5. del medesimo disciplinare di gara non può che interpretarsi in conformità con detto art. 4. Correttamente la stazione appaltante, stante la non coincidenza tra il documento riepilogativo dell'offerta economica elaborato dalla piattaforma e l'allegato G compilato a mano dell'offerente, ha dato pertanto prevalenza a quest'ultimo in quanto unico documento espressivo della volontà negoziale della parte”.*

7. Nelle more della celebrazione dell'udienza pubblica si è costituita, con memoria di mero stile, l'Avvocatura erariale per conto dei Ministeri evocati in giudizio (trattandosi di appalto finanziato con fondi P.N.R.R.)

8. In vista della trattazione di merito, parte appellante ha prodotto memoria difensiva diretta con allegata documentazione, cui ha replicato il Comune di Amalfi.

Parte appellante in particolare ha insistito nell'accoglimento dell'appello, evidenziando che la prevalenza dell'offerta generata dalla piattaforma rispetto a qualunque altro documento contenuto della busta dell'offerta economica sarebbe data dal fatto che la stazione appaltante, in fase di predisposizione della piattaforma, aveva scelto la modalità di presentazione dell'offerta economica tramite inserimento dei dati e generazione automatica dell'offerta (criterio n. 1), anziché il solo *upload* di documenti (criterio n. 2).

Con la memoria di replica il Comune di Amalfi, oltre ad insistere nel rigetto dell'appello, ha evidenziato in via preliminare che il contratto di appalto era stato stipulato ed era stata eseguita anche la consegna dei lavori, in avanzata fase di esecuzione; in questo contesto, trattandosi di appalto finanziato con fondi del PNRR pertanto non potrebbe disporsi il subentro, trovando applicazione l'art. 125 c.p.a..

9. La Comunità Montana dei Monti Lattari si è costituita solo con memoria depositata in data 7 febbraio 2024, insistendo per il rigetto dell'appello.

10. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica dell'8 febbraio

2024 alla presenza del legale di parte appellante, come da verbale di udienza.

## DIRITTO

11. La presente controversia inerisce l'affidamento dei lavori di efficientamento energetico adeguamento sismico e messa in sicurezza dell'Istituto comprensivo "Fra Gerardo Sasso" sito in piazza Santo Spirito - Comune di Amalfi – gara curata per conto del Comune di Amalfi dalla Comunità Montana dei Monti Lattari in qualità di S.U.A. - avendo Caprio Costruzioni Metalliche S.r.l., già ricorrente in *prime cure*, censurato l'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata, assumendo che l'aggiudicazione avrebbe dovuto essere disposta nei suoi confronti, avuto riguardo all'esatto calcolo della media dell'anomalia delle offerte, sia in considerazione del rilievo che non si era tenuto conto del reale ribasso offerto dalla concorrente n. 11, Mar.sal. Restauri s.r.l. – da individuarsi in quello indicato nella scheda elaborata dal sistema telematico - sia in considerazione del rilievo che detta società avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura, avendo prodotto un'offerta ambigua e contraddittoria, stante la non coincidenza del ribasso indicato nel modello G e di quello (inferiore) indicato nel modello generato direttamente dal portale telematico.

11.1. Il primo giudice ha ritenuto il ricorso inammissibile, in applicazione del principio di invarianza delle medie, di cui all'art. 108, comma 12 del d.lgs. 36 del 2023.

12. Ciò posto, prima di passare alla disamina dei motivi di appello, in *limine litis* va evidenziato come la memoria di costituzione della Comunità Montana dei Monti Lattari debba considerarsi tardiva in quanto depositata solo il giorno prima dell'udienza di discussione, ovvero il 7 febbraio 2024.

12.1. Trattasi di questione rilevabile d'ufficio rispetto alla quale non è stato possibile l'annotazione a verbale di udienza, ex art. 73 comma 3 c.p.a. – meccanismo di tutela volto ad evitare pronunce a sorpresa (ex multis Cons. Stato, Sez. II, 25 gennaio 2023, n. 888) - non avendo il legale della Comunità presenziato all'udienza di discussione, essendo evidente che il rilievo d'ufficio in udienza si renda necessario solo in presenza del legale della parte cui lo stesso è riferito, al fine di consentirgli di contraddire.

Si evidenzia del pari come neppure doveva essere adottata l'ordinanza prevista dal medesimo disposto normativo nell'ipotesi in cui la questione emerga dopo il passaggio in decisione, ipotesi non ricorrente laddove la questione emerga già in udienza, ma il legale della parte, mandando la causa in decisione sulla base dei soli scritti difensivi, implicitamente rinunci a prendere posizione su questioni rilevabili d'ufficio.

12.2. La memoria deve intendersi tardiva in quanto, trattandosi di soggetto formalmente evocato in giudizio, come comprovato dalla notifica dell'atto di appello nei suoi confronti, avvenuta tramite pec presso il legale costituito per il primo grado, ferma restando la possibilità di svolgere difese orali all'udienza di discussione, il deposito della memoria difensiva non poteva che avvenire al più tardi entro il termine libero di cinque giorni prima dell'udienza di discussione, avuto riguardo alla dimidiazione dei termini prevista per il rito appalti ex art. 119 e 120 c.p.a. e all'ulteriore dimidiazione disposta con il decreto presidenziale n. 4462 del 2023.

12.2.1. Ed invero costituisce *ius receptum* che nel processo amministrativo, il termine di costituzione delle parti intime, stabilito dall'art. 46 c.p.a., non abbia carattere perentorio, essendo ammissibile la costituzione della parte sino all'udienza di discussione del ricorso; peraltro, nel caso di costituzione tardiva, la parte incorre nelle preclusioni e nelle decadenze dalle facoltà processuali di deposito di memorie, documenti e repliche ove siano decorsi i termini di cui all'art. 73, comma 1, c.p.a. sì che la costituzione è in tal caso ammessa nei limiti delle difese orali (ex multis Cons. Stato, Sez. VI, 10 novembre 2023, n. 9649; Cons. Stato, Sez. VI, 23 agosto 2021 n. 5987; Cons. Stato, Sez. V, 7 gennaio 2021 n. 218).

13. Parte appellante, con l'unico motivo critica la sentenza di *prime cure*, evidenziando in primo luogo che la statuizione di inammissibilità del ricorso, resa dal primo giudice in applicazione del principio di invarianza delle medie di cui all'art. 108, comma 12 del d.lgs. 36 del 2023, sia senz'altro erronea in relazione al primo motivo di ricorso, con il quale si era semplicemente evidenziato l'errore di "calcolo" commesso dalla Commissione, in quanto illegittimamente la S.A. aveva preso in considerazione il ribasso formulato su un modello "ultroneo" (allegato G), in quanto l'unica offerta economica da prendersi in considerazione era quella generata direttamente dalla piattaforma telematica messa a disposizione dalla Maggioli.

Parte appellante sostiene al riguardo che la Commissione aveva preso in considerazione il ribasso di 32,994%, piuttosto che quello di 32,94%, correttamente offerto dalla Mar.Sal. Restauri s.r.l. .

Pertanto, in tesi di parte appellante, non si tratterebbe, al contrario di quanto ritenuto dal primo giudice, di "variazioni" successive alla ammissione od esclusioni non incidenti sul calcolo delle offerte, ma di un errore materiale da correggere. In particolare, si era trattato di un inserimento di ribasso errato che aveva, poi, inciso sui calcoli delle medie e dunque della soglia di anomalia.

Pertanto tutti i discorsi sulla invarianza delle medie, nella prospettazione attorea, sarebbero non attinenti alla fattispecie.

In tesi di parte appellante l'offerta economica della società Mar.sal. Restauri s.r.l., generata automaticamente dalla piattaforma dopo l'inserimento manuale dei dati all'interno dei campi appositamente previsti, firmata digitalmente e completa di ogni altro elemento previsto dal disciplinare di gara, riporta il valore di 32,94%, scritto in cifre e lettere; era questa pertanto l'unica offerta da poter prendere in considerazione ai fini della determinazione del calcolo della soglia di anomalia.

Per contro del tutto sovrabbondante ed inutile doveva intendersi il modello di offerta economica, denominato "modello G" allegato al disciplinare.

Avendo la Mar.sal. Restauri s.r.l. allegato sia l'offerta generata dal sistema, sia l'offerta redatta sul "modello G", formulando, tuttavia, due offerte differenti, l'unica offerta da tenere in considerazione, era pertanto quella generata automaticamente dal sistema e non quella formulata utilizzando il modello "G".

Il portale telematico obbligava i partecipanti ad inserire i valori di ribasso nei campi appositamente previsti, a generare il modello della offerta economica e a caricare detta offerta economica sul portale. In caso contrario, cioè in caso di mancato caricamento dell'offerta economica generata dal sistema, la piattaforma non consentiva ai concorrenti di proseguire nella formulazione dell'offerta.

Se la stazione appaltante, al contrario, avesse voluto dare "prevalenza" al modulo offerta economica -Allegato "G" - allora avrebbe dovuto predisporre la piattaforma prevedendo esclusivamente la predisposizione del *file* dell'offerta a cura dell'operatore economico e successivo *upload* della stessa di eventuali ulteriori documenti.

Sintetizzando, la prevalenza dell'offerta generata dalla piattaforma rispetto a qualunque altro documento contenuto nella busta dell'offerta economica era data dal fatto che la stazione appaltante, in fase di predisposizione della piattaforma, aveva scelto la modalità di presentazione dell'offerta economica tramite inserimento dei dati e generazione automatica dell'offerta, anziché il solo *upload* di documenti.

Senonché, per la MAR.SAL Restauri, la S.A., prendendo (inspiegabilmente) in considerazione la offerta indicata nel modello "G" (previsto in modo inutile e sovrabbondante) dalla concorrente, aveva determinato erroneamente la soglia e aveva, quindi, aggiudicato a favore della controinteressata.

In pratica, la questione posta con il primo motivo di ricorso, in alcun modo vagliato dal Tar, riguardava se dovesse considerarsi prevalente o meno l'offerta generata dal sistema, poiché se, come sostenuto dall'appellante, la prevalenza era da accordarsi all'offerta generata dal sistema, il principio di invarianza non troverebbe applicazione, poiché si tratterebbe esclusivamente di correggere un errore di calcolo commesso dalla commissione di gara, consistente nell'aver considerato un ribasso errato (quello riportato sull'inutile modello "G"), anziché quello corretto, riportato nell'offerta generata automaticamente dal sistema.

Il principio di invarianza della soglia di anomalia, a detta di parte appellante, troverebbe infatti applicazione, dopo l'ultimazione dei controlli sul possesso dei requisiti dei concorrenti, ovvero dopo l'aggiudicazione definitiva, soltanto quando si faccia questione di concorrenti che dovrebbero essere ammessi o esclusi dalla gara, cioè per i casi in cui, anche per effetto di provvedimenti giurisdizionali, verrebbe a modificarsi, la platea dei concorrenti in relazione alle cui offerte era stata determinata la media delle offerte e la soglia di anomalia.

Di qui, la oggettiva erroneità della pronunciata appellata che aveva dichiarato inammissibile il ricorso sulla scorta del principio di invarianza, che non si applicherebbe però alle questioni afferenti ad errori di calcolo.

13.1. Peraltro, secondo parte appellante, la sentenza sarebbe erronea anche laddove aveva dichiarato inammissibile il ricorso in relazione al secondo e terzo motivo, volti ad ottenere l'esclusione della società che aveva prodotto le due offerte economiche difformi, applicandosi la disposizione di cui all'art. 108 comma 12 d.lgs. 36 del 2023 solo alle variazioni che intervengono successivamente al provvedimento di aggiudicazione, con salvezza delle

questioni emergenti prima dell'adozione di tale provvedimento, mentre nell'ipotesi di specie la questione era già a conoscenza della stazione appaltante prima dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione, come comprovato dal verbale di gara n. 3.

Pertanto non vi sarebbe alcun elemento sopravvenuto, atto a consentire l'applicabilità del principio dell'invarianza della soglia di anomalia, in quanto la questione sottesa al ricorso presentato dalla stazione appaltante era ben nota alla stazione appaltante prima dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione; pertanto la sentenza sarebbe errata anche sotto tale profilo, ponendosi in contrasto con quanto statuito da questa sezione con la sentenza n. 9381 del 31 ottobre 2022, secondo la quale se la causa di esclusione era emersa quand'ancora non era stata disposta l'aggiudicazione, l'iniziativa del ricorrente dovrebbe senz'altro ritenersi legittima, non potendo egli subire preclusioni (e decadenze) processuali derivanti direttamente dalle decisioni assunte dall'amministrazione.

Nel caso di specie, peraltro, la ditta Caprio non aveva potuto effettuare alcuna segnalazione alla stazione appaltante, né tantomeno proporre ricorso giurisdizionale nell'immediato, atteso che l'aggiudicazione dell'appalto era stata disposta a distanza di appena due giorni dalla data del verbale di gara, in cui era stata evidenziata la sussistenza di una discordanza tra il ribasso offerto dalla Mar.sal. Restauri s.r.l. con il modulo generato dalla piattaforma telematica e il ribasso indicato da quest'ultimo nel modello "G".

Parte appellante ha pertanto insistito per la riforma della sentenza di *prime cure* e per l'accoglimento nel merito del ricorso di primo grado, alla luce dei rilievi mossi all'operato della stazione appaltante.

14. Ciò posto, nell'esaminare le censure, avendo parte appellante, criticato la statuizione di inammissibilità resa dal primo giudice con riferimento a tutti e tre motivi del ricorso di *prime cure*, insistendo peraltro nel loro accoglimento per le ragioni esposte nei medesimi motivi, giova precisare come l'eventuale erroneità della statuizione in rito della sentenza appellata non comporti *ex se* né il rinvio al primo giudice, né l'accoglimento nel merito dell'appello, ossia del ricorso di *prime cure*, le cui censure sono state riproposte in grado di appello.

14.1. Quanto al primo profilo, vanno richiamati i consolidati principi elaborati dalla giurisprudenza dell'Adunanza plenaria che si è pronunciata più volte, nell'arco del 2018, sui limiti applicativi dell'art. 105 c.p.a. (cfr. sentenza 30 luglio 2018, n. 10; sentenza 30 luglio 2018, n. 11; sentenza 5 settembre 2018, n. 14; sentenza 28 settembre 2018, n. 15), ripetutamente osservando che le ipotesi di annullamento con rinvio al giudice di primo grado previste dall'art. 105 c.p.a. hanno carattere eccezionale e tassativo e non sono, pertanto, suscettibili di interpretazioni analogiche o estensive. Ha quindi rilevato che non rientrano nel perimetro applicativo della norma processuale:

a) la erronea dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità del ricorso di primo grado né la mancanza totale di pronuncia da parte del primo giudice su una delle domande del ricorrente, rientrandovi invece il difetto assoluto di motivazione della sentenza di primo grado (cfr. Ad.plen. n. 10 del 2018);

b) la erronea dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità del ricorso di primo grado né la mancanza totale di pronuncia da parte del primo giudice su una delle domande del ricorrente, rientrandovi invece il difetto assoluto di motivazione della sentenza di primo grado (cfr. Ad. plen. n. 11 del 2018);

c) la mancanza totale di pronuncia da parte del giudice di primo grado su una delle domande del ricorrente, nella specie sulla domanda di risarcimento del danno conseguente all'annullamento dei provvedimenti impugnati (cfr. Ad. plen. n. 14 del 2018);

d) l'erronea declaratoria d'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, anche se è sempre possibile per il giudice d'appello riqualificare il dispositivo delle sentenze in rito, quando accerti la patologica eversione da parte del giudice di prime cure dall'obbligo della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato o dall'obbligo di motivazione, con possibile integrazione delle ipotesi di annullamento con rinvio per violazione del diritto di difesa e nullità della sentenza impugnata (cfr. Ad. plen. 15 del 2018).

14.2. Quanto al secondo profilo vi è da evidenziare che, in forza del principio devolutivo ex art. 101, comma 2, d.l.gs. n. 104/2010, il Consiglio di Stato, a fronte dell'erronea statuizione in rito del primo giudice, deve decidere nel merito, nei limiti della domanda riproposta, sui motivi di ricorso non affrontati dal giudice di *prime cure* (ex multis Cons. Stato, Sez. II, 30 giugno 2021, n. 5000; Sez. II, 19 marzo 2020, n. 1951; Sez. V, 29 dicembre 2017, n. 6158).

15. Ciò posto, sono senz'altro condivisibili i rilievi mossi da parte appellante alla statuizione di inammissibilità resa dal Tar con riferimento al primo motivo del ricorso di *prime cure*.

15.1. Ritiene il collegio che il primo giudice abbia fatto al riguardo un'erronea applicazione del principio di invarianza delle medie, quale codificato dall'art. 108 comma 12 del d.lgs. n. 36 del 2023, in riferimento a tale primo motivo, riferito all'inesatto calcolo della soglia di anomalia, per avere la commissione preso in considerazione il ribasso indicato dalla Mar.sal. Restauri s.r.l. nell'allegato G e non quello indicato nel modulo generato automaticamente dal sistema, sulla base dei dati indicati dal medesimo operatore economico.

15.2. Ed invero secondo tale disposto normativo *“Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente al provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale, non è rilevante ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte, eventualmente stabilita nei documenti di gara, e non produce conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara”*.

Tale principio era già espresso – anche se non riferito *expressis verbis* alle conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti (precisazione inserita nel nuovo Codice, avendo evidentemente riguardo al vincolo di aggiudicazione) e letteralmente ancorato alla fase di ammissione, regolarizzazione od esclusione delle offerte - dall'articolo 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 (che riproduceva a sua volta la disposizione dell'art. 38, comma 2-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, inserita dall'art. 39 del d. l. 24 giugno 2014 n. 90, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 114) prevedendo che *“..ogni variazione che intervenga, anche in*

*conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte..”.*

L'art. 39, comma 1, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, inserì infatti all'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 il comma 2- *bis* recante detta previsione.

In identici termini si espresse, come detto, l'art. 95, comma 15, del d.lgs. 18 aprile 2016, n.50.

Peraltro occorre rammentare che tale comma era stato sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. s), n. 4), del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, nei seguenti termini: *“Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase amministrativa di prima 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”*, aggiungendo all'ammissione, l'aggettivo numerale ordinale *“prima”*.

Tuttavia, la novella non veniva confermata dalla legge di conversione 14 giugno 2019, n. 55.

15.3. Come chiarito dalla giurisprudenza nel vigore del previgente codice (ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 20 dicembre 2021 n. 8460) il principio di invarianza opera nel senso della *“cristallizzazione delle offerte”* e della *“immodificabilità della graduatoria”* ed integra un'espressa eccezione all'ordinario meccanismo del regresso procedimentale per positiva irrilevanza delle sopravvenienze, obbedendo alla duplice e concorrente finalità:

a) di garantire, per un verso, continuità alla gara e stabilità ai suoi esiti, onde impedire che la stazione appaltante debba retrocedere il procedimento fino alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte, cioè di quella soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta si presume senz'altro anomala, situazione che ingenererebbe una diseconomica dilatazione dei tempi di conclusione della gara correlata a un irragionevole dispendio di risorse umane ed economiche (cfr. Cons. Stato, V, 22 gennaio 2021, n. 683; III, 11 ottobre 2021 n. 6821; 12 luglio 2018, n. 4286; 27 aprile 2018, n. 2579);

b) di impedire, o comunque vanificare, in prospettiva antielusiva, 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 novembre 2021, n. 7303; III, 11 ottobre 2021 n. 6821; 22 febbraio 2017, n. 841).

15.4. Il principio di invarianza è pertanto finalizzato anche a tutelare l'affidamento *medio tempore* maturato dai partecipanti alla gara ed è volto altresì a salvaguardare l'interesse delle amministrazioni alla stabilità degli assetti definiti e consolidati dalla chiusura di alcune fasi di gara, con riguardo alla determinazione della soglia di anomalia e al calcolo delle medie per i punteggi attribuiti alle offerte. Ciò, nonostante l'eventuale successiva esclusione di taluno dei concorrenti e nonostante l'evidente rischio che, nelle more della partecipazione, la

permanenza in gara del concorrente in seguito escluso abbia sortito taluni effetti in punto di determinazione delle medie o delle soglie di anomalia.

La *ratio* di tale principio, quale ricostruito dalla giurisprudenza, consiste pertanto, come già accennato in precedenza, nel neutralizzare il rilievo sul piano procedimentale di tutte le vicende che seguono la fase di verifica preliminare delle offerte, al fine di sterilizzare “l’alterazione della trasparenza e della correttezza del confronto concorrenziale, potenzialmente correlata alla partecipazione di fatto di un concorrente solo successivamente estromesso della gara” (Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013).

15.5. Peraltro vi è da evidenziare che l’irrelevanza delle modifiche successive è stata nel nuovo codice riferita *expressis verbis* all’aggiudicazione definitiva, in continuità peraltro con l’orientamento giurisprudenziale formatosi in materia, secondo il quale con il principio di invarianza della soglia di anomalia, la legge intende evitare la retrocessione della procedura di gara fino alla (ri)determinazione della soglia di anomalia delle offerte (ossia della soglia minima di utile al di sotto della quale l’offerta si presume senz’altro anomala), quando, già intervenuta l’aggiudicazione del contratto, sia disposta, anche in via giudiziaria, l’esclusione dell’aggiudicatario (o di altro concorrente) per carenza dei requisiti di partecipazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2019, n. 572).

Si è chiarito, infatti, che la “fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte” a conclusione della quale, ai sensi dell’art. 95, comma 15, citato, non è più consentita la modifica della soglia di anomalia in via di intervento da parte della stessa stazione appaltante è delimitata, dal punto di vista temporale e procedimentale, dal provvedimento di aggiudicazione; l’adozione del provvedimento di aggiudicazione costituisce il termine ultimo entro il quale l’intervento in autotutela della stazione appaltante può comportare variazioni rilevanti per l’individuazione della soglia di anomalia delle offerte (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2020, n. 7332, cui si rinvia, spec. par. 5, per le motivazioni che hanno condotto ad accogliere tale interpretazione, superando la diversa tesi secondo la quale è la proposta di aggiudicazione a segnare il momento a partire dal quale opera il principio di invarianza; vedi anche Cons. Stato, sez. V, 23 maggio 2022, n. 4056).

16. In applicazioni delle indicate coordinate ermeneutiche, la statuizione di inammissibilità di cui alla sentenza di *prime cure*, fondata sull’indicato principio di invarianza, deve intendersi senz’altro erronea con riferimento al primo motivo del ricorso di *prime cure*.

16.1. Ed invero, con tale motivo Caprio Costruzioni Metalliche S.r.l., lungi dal richiedere il ricalcolo della soglia di anomalia per effetto dell’esclusione della Mar.sal. Restauri s.r.l., afferma che la stazione appaltante, ai fini del calcolo della soglia di anomalia, anziché prendere in considerazione il ribasso indicato nel modello G, avrebbe dovuto prendere in considerazione il ribasso indicato nel modello generato automaticamente dal sistema, da considerarsi come la vera e propria offerta economica.

Pertanto la censura non è finalizzata ad un ricalcolo della soglia dell’anomalia per effetto dell’esclusione di uno degli offerenti, e quindi della modifica della platea dei concorrenti, ma è volta a contestare lo stesso operato della stazione appaltante nella determinazione della soglia

di anomalia, con la conseguenza che non viene in rilievo l'applicabilità del principio di invarianza (in tal senso Consiglio di Stato, Sez. III, 11 ottobre 2021, n. 6821, secondo cui il perimetro di operatività della norma non si estende fino a ricomprendere anche l'applicazione delle regole di calcolo della soglia di anomalia).

Ed invero la norma qui in rilievo è rivolta a: *“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 (ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1117).

17. Più problematica si rileva per contro la delibazione dell'ammissibilità degli ulteriori due motivi del ricorso di *prime cure*, con i quali la Caprio mira per l'appunto alla modifica della soglia di anomalia per effetto dell'esclusione della Mar.sal. Restauri s.r.l., trattandosi di questione *strictu sensu* rientrante nell'ambito di applicabilità del principio di invarianza.

17.1. Peraltro, come sottolineato da questa Sezione, nel vigore del d.lgs. 50 del 2016, con sentenza 31 ottobre 2022 n. 9381, invocata da parte appellante, il principio di invarianza è idoneo a incidere sull'esercizio dell'azione giurisdizionale, poiché, ove rigorosamente applicato, renderebbe *inutiliter data* la sentenza che accerti l'esistenza di cause di esclusione nei confronti di uno dei concorrenti, privando già in prospettiva il concorrente pregiudicato dell'interesse a ricorrere.

Vero quanto sopra, con tale pronuncia si è rilevato il possibile contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 e 113 Cost., art. 1 cod. proc. amm., art. 6 CEDU, art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea): il concorrente non potrebbe contestare il provvedimento di aggiudicazione che sia stato adottato sulla base di una soglia di anomalia inesatta, calcolata tenendo conto delle offerte di concorrenti che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere, per il solo fatto che la procedura di gara sia pervenuta alla fase dell'aggiudicazione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2020, n. 6542; III, 27 aprile 2018, n. 2579, pronunciata peraltro nella vigenza dell'art. 120 comma 2 – bis, cod. proc. amm., successivamente abrogato).

Si tratterebbe, inoltre, di esito contrastante con i principi, di pari rilevanza costituzionale, del buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa, per l'evidente distorsione nella determinazione della soglia di anomalia, in base alla quale si è giunti a selezionare l'affidatario del contratto.

La giurisprudenza amministrativa seguita da questa Sezione ha accolto, pertanto, una interpretazione teleologica del principio di invarianza, orientata secondo la sua *ratio*.

Se la *ratio* consiste nell'esigenza di impedire impugnazioni di carattere strumentale e speculativo, in cui il conseguimento dell'aggiudicazione è ottenibile non già per la portata delle censure dedotte contro gli atti di gara e per la posizione in graduatoria del ricorrente, ma solo avvalendosi degli automatismi insiti nella determinazione automatica della soglia di anomalia (cfr. Cons. Stato, V, 20 dicembre 2021, n. 8460; V, 23 novembre 2020, n. 7332; V, 27 ottobre 2020, n. 6542; V, 12 febbraio 2020, n. 1117), deve ritenersi che la preclusione non operi per le iniziative giurisdizionali dirette 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 automaticamente determinata (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 novembre 2021, n. 7303; V, 22 gennaio 2021, n. 683) laddove la questione relativa alla loro ammissione fosse già sorta al momento dell'aggiudicazione.

Solo a queste condizioni, infatti, si evita la preclusione del "fatto compiuto", vale a dire l'impedimento all'esercizio dell'azione giurisdizionale derivante dal solo fatto che la stazione appaltante abbia concluso la fase di ammissione dei concorrenti e assunto il provvedimento di aggiudicazione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 maggio 2022, n. 4056).

Ciò posto, in continuità con la lettura di tale principio offerta da questa Sezione con l'indicata sentenza 31 ottobre 2022 n. 9381, deve ritenersi che l'applicazione in senso letterale del principio di invarianza consentirebbe alla stazione appaltante – pur consapevole dell'esistenza di ragioni di esclusione nei confronti di taluno dei concorrenti (che, ove disposta, condurrebbe alla revisione della soglia di anomalia) – di procedere fino all'adozione del provvedimento di aggiudicazione, così da far scattare nei tempi che ella stessa governa la relativa preclusione.

Il momento in cui è emersa l'esistenza di una (possibile) causa di esclusione di uno dei concorrenti assumerebbe, così, un valore decisivo per qualificare l'azione giurisdizionale intrapresa dal concorrente che si assume pregiudicato.

Se la causa di possibile esclusione era emersa quand'ancora non era stata disposta l'aggiudicazione, l'iniziativa del concorrente dovrebbe intendersi legittima, non potendo egli subire preclusioni (e decadenze) processuali (il "fatto compiuto" di cui si è detto) che derivano direttamente dalle decisioni assunte dall'amministrazione (sua controparte del giudizio).

In questi casi, d'altronde, prima ancora che l'ammissione in gara di un concorrente perché privo dei requisiti di partecipazione – che, come rammentato, potrebbe essere strumentalmente utilizzata al solo fine di ribaltare l'esito sfavorevole della procedura – il ricorrente contesta lo sviamento di potere che inficia l'azione della stazione appaltante, la quale, consapevole dell'esistenza di una possibile causa di esclusione nei confronti di un concorrente (e, dunque, dell'inesatto calcolo della soglia di anomalia) nondimeno sia andata oltre, fino all'aggiudicazione del contratto.

17.2. Il collegio intende dar seguito tale orientamento giurisprudenziale - avuto riguardo alla circostanza che dal verbale n. 3 si desume come la commissione fosse consapevole della circostanza che il ribasso contenuto nel modello G fosse diverso da quello indicato nel modulo generato automaticamente dal sistema telematico - e comunque scrutinare nel merito anche le ultime due censure, avuto riguardo alla loro infondatezza, che consentirebbe comunque di

prescindere dal vaglio di ammissibilità, in applicazione del principio della ragione più liquida.

Infatti se è vero che secondo la giurisprudenza l'esame delle questioni preliminari deve precedere la valutazione del merito della domanda (Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4), a tale principio può derogarsi nella ricorrenza di esigenze eccezionali di semplificazione, che possono giustificare l'esame prioritario di altri aspetti della lite, in ossequio al superiore principio di economia dei mezzi processuali (Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5).

17.3. Con gli ultimi due motivi del ricorso la ricorrente mira ad ottenere un ricalcolo della soglia di anomalia per effetto dell'invocata esclusione Mar.sal. Restauri s.r.l. che in tesi aveva presentato un'offerta contraddittoria ed ambigua, avendo indicato due diversi ribassi nell'allegato G e nel modulo generato dal sistema, contestando l'operato della stazione appaltante nella fase di ammissione delle offerte e rilevando che la stessa, nonostante si fosse accorta della discrasia fra i due diversi ribassi – che in tesi avrebbe dovuto condurre all'esclusione – aveva deciso non solo di non escludere la società, ma di prendere in considerazione quale reale ribasso quello indicato nell'allegato G anziché quello generato dal sistema, come evincibile dal verbale n. 3 del 14 settembre 2023 laddove si rileva che *“Il Presidente del Seggio di gara, verificate le suindicate offerte dà atto che il ribasso del concorrente n. 11 nell'offerta economica sottoscritta digitalmente è pari a 32,994% a fronte di quello erroneamente riportato nella schermata precedente”*.

18. Tutti e tre i motivi, peraltro, sono infondati per cui l'appello va respinto nel merito.

18.1. Infatti le censure partono dal presupposto che il modello generato dal sistema sia la vera e propria offerta economica, destinata a prevalere su quella dell'allegato G (primo motivo) e che comunque tale modello sia atto a determinare un'ambiguità dell'offerta medesima, in grado di determinare l'esclusione della Mar.sal. Restauri s.r.l. (secondo e terzo motivo).

19. La prospettazione di parte appellante non è condivisibile.

19.1. Ed invero l'art. 4 del disciplinare di gara, nel riferirsi allo schema della domanda di partecipazione, quanto all'offerta economica, rinvia *expressis verbis* all'allegato G.

19.2. In tal senso depone peraltro anche quanto statuito a pag. 28 del disciplinare di gara laddove precisa *“Si procede infine allo sblocco della documentazione contenuta nelle buste virtuale “B offerta economica” (preferibilmente presentate in conformità con lo schema di offerta predisposto dalla Stazione Appaltante vedi allegato) presentate dai concorrenti non esclusi dalla procedura di gara ed alla formulazione della graduatoria definitiva”*.

19.3. Peraltro, avuto riguardo al confronto tra l'offerta redatta secondo l'allegato G e il modulo generato automaticamente dal sistema, deve ritenersi che l'unica offerta di Mar.sal. Restauri s.r.l. non potesse che identificarsi con la prima, la sola idonea ad esprimere la reale volontà negoziale dell'offerente, essendo compilato manualmente e contenendo anche l'impegno a rimanere vincolati all'offerta presentata per il termine di 180 gg., mentre il modello elaborato dal sistema, recante il diverso ribasso, è stato ottenuto sulla base dei dati forniti dall'offerente ma frutto all'evidenza di un errore di digitazione e pertanto di un errore materiale.

19.3.1. Infatti, come evidenziato dal Comune di Amalfi, il documento che indica un ribasso del 32,94%, sul quale fa leva parte appellante, lungi dal potersi configurare quale offerta economica, è un modello informativo generato automaticamente dalla piattaforma elettronica che gestisce la procedura di gara e non può identificarsi con la vera e propria offerta economica, come evincibile dalla sua stessa denominazione “*Informazioni riepilogative dell’offerta economica*”.

La piattaforma digitale con la quale è stata gestita la procedura di gara, prevede infatti che i concorrenti, oltre a dover caricare la documentazione amministrativa ed economica compilata manualmente e sottoscritta con firma digitale, debbano inserire alcuni dati all’interno delle varie schermate che guidano la finalizzazione della procedura (nominativo del concorrente, codice fiscale, email, pec, nominativo del legale rappresentante ed il ribasso percentuale).

La finalità dell’inserimento di tali dati, come sottolineato dal Comune di Amalfi, è quella di far sì che la gran parte dei verbali di gara venga generata automaticamente, senza la necessità di dover trascrivere i dati che, invece, i concorrenti hanno preinserito.

Il sistema genera pertanto automaticamente anche un documento denominato “*Informazioni riepilogative dell’offerta economica*” che contiene i dati via via inseriti da ciascun concorrente durante la procedura telematica.

19.4. In tale ottica appare pertanto di palmare evidenza che, al fine di individuare quale dei due ribassi dovesse essere preso in considerazione, occorre far riferimento solo ed esclusivamente al modello di cui all’ “Allegato G”, compilato manualmente dal concorrente anche nella parte indicativa del ribasso di gara offerto.

19.4.1. Pertanto del tutto corretto è l’operato della commissione di gara, quale emergente dal verbale n. 3, laddove a pag. 5 si precisa che “*Il Presidente del Seggio di gara, verificate le suindicate offerte dà atto che il ribasso del concorrente n. 11 nell’offerta economica sottoscritta digitalmente è pari a 32,994% a fronte di quello erroneamente riportato nella schermata precedente*” (ovvero quello generato automaticamente dalla piattaforma digitale).

Legittimamente la commissione di gara, nell’intento di verificare l’operato del sistema informatico, ha infatti comparato tutte le offerte economiche contenute nel modello “Allegato G” con quelle della schermata ed ha accertato che il ribasso del concorrente n.11 (soc. Mar. Sal. Restauri s.r.l.) non era quello automaticamente inserito del 32,94%, ma quello del 32,994%.

In tale prospettiva la soglia di anomalia determinata dalla commissione, non è pertanto il frutto di un erroneo calcolo matematico, avendo la stazione appaltante semplicemente dato rilievo al reale ribasso indicato dell’offerente Mar. Sal. Restauri s.r.l. nell’allegato G.

19.5. Né appare condivisibile la prospettazione attorea, secondo cui l’aver configurato la piattaforma informatica anche con automatismi compilativi, doveva far propendere la commissione nel senso di preferire il modello di offerta generato in automatico (che come innanzi precisato è in realtà un documento a carattere informativo) in luogo di quello compilato

(manualmente) e caricato nel sistema.

Ed invero le modalità con cui è stata configurata la piattaforma giammai potrebbero prevalere sulle chiare prescrizioni della *lex specialis* di gara che, come innanzi precisato, individuano l'offerta economica in quella redatta secondo l'allegato G.

Pertanto la *lex specialis* di gara in alcun modo potrebbe essere eterointegrata con il manuale di funzionamento della piattaforma, come dedotto da parte appellante, in senso peraltro difforme da quanto indicato nello stesso disciplinare di gara che, come innanzi precisato, nel riferirsi all'offerta economica, fa inequivocabilmente riferimento all'Allegato G (art. 4).

19.6. In tale ottica anche l'art. 3.5. del medesimo disciplinare di gara, del pari invocato da parte appellante, non può che interpretarsi in conformità con detto art. 4.

Pertanto non coglie nel segno la deduzione di parte appellante secondo cui doveva darsi prevalenza al modello generato dal sistema, in quanto successivo rispetto all'offerta redatta secondo il modello G, in applicazione di tale disposto del disciplinare di gara secondo cui *“L'operatore economico ha facoltà di inserire nella Piattaforma, nella propria Area/Sezione riservata offerte successive che sostituiscono la precedente, ovvero ritirare l'offerta presentata, nel periodo di tempo compreso tra la data e ora di inizio e la data e ora di chiusura della fase di presentazione delle offerte. La stazione appaltante considera esclusivamente l'ultima offerta presentata”*.

19.6.1. Ed invero, se ai sensi della *lex specialis*, l'operatore economico può caricare più offerte economiche successive, l'offerta *“che sostituisce la precedente”* non può che essere quella redatta in conformità dell'allegato “G” e non certo quella generata dal sistema informatico.

Ciò anche in ragione della circostanza che, come noto, il *contrarius actus* deve avere la medesima forma dell'atto che va a sostituire.

19.7 Pertanto l'operato della stazione appaltante è stato del tutto conforme alla *lex specialis* di gara.

19.7.1. Occorre al riguardo ricordare che, come già ritenuto da questa Sezione (ex multis Cons. Stato Sez. V, 31 ottobre 2022, n. 9386; Cons. Stato, Sez. V, 31 marzo 2021, n. 2710), nelle gare pubbliche, nell'interpretazione della *lex specialis* di gara, devono trovare applicazione le norme in materia di contratti, e dunque anzitutto i criteri letterale e sistematico previsti dagli artt. 1362 e 1363 cod. civ..

Ciò significa che, ai fini dell'interpretazione della *lex specialis*, devono essere applicate anche le regole di cui all'art. 1363 cod. civ., con la conseguenza che le clausole previste si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo ad esse il senso che risulta dal complesso dell'atto. Pertanto se un'aporia tra i vari documenti costituenti la *lex specialis* impedisce l'interpretazione in termini strettamente letterali, è proprio la tutela dei principi dell'affidamento e della parità di trattamento tra i concorrenti che conduce

all'interpretazione complessiva o sistematica delle varie clausole.

Le preminenti esigenze di certezza, connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti, impongono pertanto in primo luogo di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara: ne va perciò preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato letterale. Secondo la stessa logica, sono comunque preferibili, a garanzia dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle varie previsioni, affinché la via del procedimento ermeneutico non conduca a un effetto, indebito, di integrazione delle regole di gara, aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione testuale (cfr. Cons. Stato, IV, 5 ottobre 2005, n. 5367; V, 15 aprile 2004, n. 2162)" (Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2017 n. 4307).

Deve pertanto reputarsi preferibile, a tutela dell'affidamento dei destinatari e dei canoni di trasparenza e di "*par condicio*", l'interpretazione letterale delle previsioni contenute nella legge di gara, evitando che in sede interpretativa si possano integrare le regole di gara, palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale (Consiglio di Stato sez. V, 17/06/2014, n.3093).

20. In considerazione dei superiori rilievi, vanno disattesi anche gli ultimi due motivi del ricorso di *prime cure*, posto che se unica offerta economica doveva intendersi quella redatto secondo l'Allegato G, non si era in presenza di alcuna offerta ambigua od incerta, tale da rendere necessaria l'esclusione della concorrente.

20.1. Ciò tanto più che anche laddove non fosse chiara la portata della *lex specialis* di gara circa l'identificazione dell'unica offerta in quella redatta secondo l'Allegato G – ma così non è – dovrebbe applicarsi il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale se il dato testuale della *lex specialis* di gara presenti evidenti ambiguità, l'interprete, in forza del principio di *favor participationis*, deve prescegliere il significato più favorevole al concorrente (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2023 n.7113; 29 novembre 2022, n. 10491; 4 ottobre 2022, n. 8481; 2 marzo 2022 n. 1486; 6 agosto 2021, n. 5781; 8 aprile 2021, n. 2844; 8 gennaio 2021, n. 298; III, 24 novembre 2020, n. 7345; 15 febbraio 2021, n. 1322; VI, 6 marzo 2018, n. 1447; V, 27 maggio 2014, n. 2709).

21. L'appello va pertanto rigettato nel merito, con conseguente conferma della sentenza appellata con diversa motivazione.

21.1. Le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda sottoposta all'esame del Collegio, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex *plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cass. civ., Sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260, e, per quelle più recenti, Cass. civ., Sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663, e per il Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3176).

Gli argomenti di difesa non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo

diverso.

22. Sussistono peraltro eccezionali e gravi ragioni, avuto riguardo all'erroneità della statuizione in rito della sentenza di *prime cure* e alla complessità delle questioni sottese, per compensare integralmente fra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando la sentenza appellata con diversa motivazione.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

## **Guida alla lettura**

La sentenza in commento delinea una precisa **ricostruzione della *ratio* e dei limiti applicativi del principio di invarianza delle medie ex art. 108, comma 12, D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36**, indugiando anche sui criteri interpretativi delle disposizioni contenute nel bando di gara.

Nel caso concreto, in particolare, il ricorrente sin dal primo grado aveva contestato un errore della stazione appaltante nel calcolo della soglia dell'anomalia, che, secondo la prospettazione dell'appellante, sarebbe derivata dalla scelta della commissione giudicatrice di considerare il ribasso contenuto in un allegato dell'offerta economica dell'aggiudicatario anziché quello risultante- con riferimento alla medesima offerta- dal portale telematico. Tale doglianza era stata ritenuta inammissibile dal Tribunale Amministrativo regionale in virtù del principio sopra richiamato.

Il Consiglio di Stato, pur confermando la sentenza di prime cure nel merito, ha riformato la motivazione, statuendo l'inapplicabilità nella presente fattispecie dell'invarianza delle medie.

Il Supremo Consesso ha, innanzitutto, osservato che **l'art. 108, comma 12, cit. è funzionale a garantire una cristallizzazione delle offerte**, perseguendo **due finalità**: *i)* assicurare la **stabilità degli esiti della gara**, evitando che la procedura ad evidenza pubblica regredisca sino alla fase di determinazione della soglia di anomalia e, di conseguenza, scongiurando il rischio di una dilatazione delle tempistiche procedurali e il dispendio di risorse umane ed economiche; *ii)* **prevenire e precludere iniziative giudiziali meramente speculative**, dettate unicamente dalla volontà del ricorrente, maturata dopo aver appreso dell'entità economica delle offerte dei concorrenti, di incidere sulla soglia di anomalia traendone vantaggio.

Tale **principio**, dunque, **opera se il ricorso sia diretto a un ricalcolo della soglia di anomalia quale conseguenza dell'esclusione del controinteressato e, quindi, quale corollario della modifica della platea dei concorrenti, non anche laddove, invece, si contesti un errore della stazione appaltante nel calcolo della predetta soglia.**

Per le ragioni suesposte, come testé annotato, il Collegio, pur ritenendola infondata nel merito, ha ritenuto ammissibile la domanda dell'operatore economico, giacché la *causa petendi* si concretava in una- presunta- errata valutazione da parte della committente pubblica e, dunque, astrattamente sindacabile da parte del giudice amministrativo.

Diversamente argomentando, dovrebbe ritenersi "intangibile" la decisione illegittima della Amministrazione per la mera circostanza dell'intervenuta aggiudicazione.

Il Consiglio di Stato, inoltre, ha evidenziato che la difformità tra il dato numerico contenuto nell'allegato dell'offerta economica e quello generato dalla piattaforma telematica non potesse nella procedura ad evidenza pubblica in esame comportare la prevalenza del secondo sul primo. Il dato letterale della *lex specialis*, infatti, era chiaro nell'assegnare preminenza all'allegato dell'offerta e, pertanto, una esegesi differente si sarebbe tradotta in una inammissibile integrazione delle regole di gara, con conseguente lesione dell'affidamento dei destinatari e della *par condicio*. **L'interprete, infatti, in ossequio alle esigenze di certezza sottese alle gare pubbliche, deve rifuggire da percorsi ermeneutici che conducano ad epiloghi estranei o comunque non immediatamente riconducibili al dato letterale del bando e del disciplinare di gara.**