



DELIBERA N. 559

29 novembre 2023

Oggetto

Istanza SINGOLA presentata dalla MARTURANA Costruzioni S.r.l. - Procedura negoziata (contratti sotto soglia) per il ripristino delle condotte fognarie, caditoie e sedi stradali danneggiate con dismissione di bolognino ammattonato divelto e asfalto bituminoso della via Gramsci" - CUP: F57H21003060001 - CIG: 9759832427. Importo a base di gara euro: 210.000. Criterio di aggiudicazione: minor prezzo. S.A.: Comune di Racalmuto (AG).

UPREC-PRE 783/2023/L/PREC

Riferimenti normativi

Art. 95, co. 15 del d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Appalto pubblico – Lavori – Scelta del Contraente – Requisiti – Verifica – Offerte anomale – principio di invarianza della soglia di anomalia

Massima

Appalto pubblico – Lavori – Scelta del Contraente – Requisiti – Verifica – Offerte anomale – principio di invarianza della soglia di anomalia – non sussiste.

Preso atto che l'art. 95, comma 15 cit. individua, quale momento idoneo a "cristallizzare" le offerte, la definizione in sede amministrativa della "fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte", deve logicamente riconoscersi che, in funzione della ratio della norma, la fase in questione non può ritenersi conclusa almeno finché non sia spirato il termine per impugnare le ammissioni e le esclusioni e, comunque, finché la stessa stazione appaltante non possa esercitare il proprio potere di intervento di autotutela ed escludere un operatore economico in qualunque momento della procedura, pertanto le variazioni intervenute nella platea dei concorrenti per effetto della riammissione in gara di soggetti in precedenza illegittimamente esclusi, attengono ancora alla fase di ammissione e/o esclusione delle offerte (contestualmente alla proposta di aggiudicazione) – in quello stadio non ancora conclusa – ossia ad una fase che l'art. 95 comma 15 ancora non sottopone all'applicazione del principio di invarianza.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione



nell'adunanza del 29 novembre 2023

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 94366 del 23 ottobre 2023, con la quale la ditta Marturana Costruzioni s.r.l. ha chiesto alla scrivente Autorità di voler esprimere un parere di precontenzioso in merito alla legittimità della revoca dell'aggiudicazione dei lavori in favore dell'istante, a seguito della riammissione mediante autotutela di concorrenti esclusi, per effetto dell'applicazione di una sentenza che ha regolato un caso analogo, con contestuale riformulazione della graduatoria e una nuova aggiudicazione;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 96341 del 27 ottobre 2023;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalla aggiudicataria controinteressata, non è pervenuta invece alcuna risposta da parte della stazione appaltante;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità verte precipuamente sulla legittimità della predetta revoca in considerazione del fatto che l'istante invoca la presunta violazione dell'art. 95, 15 del d.lgs. 50/2016 e in subordine la violazione dei principi generali ex L. 241/1990 in materia di provvedimenti di secondo grado;

RILEVATO, preliminarmente, che ai sensi dell'invocato art. 95, co. 15 è previsto 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"*, in funzione di tale previsione, l'istante osserva che, stante l'intervenuta aggiudicazione disposta con determinazione dirigenziale n. 141 del 14.7.2023, la suddetta previsione normativa sarebbe stata vanificata a seguito della intervenuta revoca disposta in data 29.8.2023 con determinazione dirigenziale n. 171. La revoca in esame sarebbe stata disposta in autotutela dalla stazione appaltante a seguito della intervenuta pubblicazione della sentenza del TAR Sicilia – Palermo n. 2388 del 19.7.2023, che ha riammesso alcuni oo.ee. in altra gara bandita contestualmente dal Comune di Racalmuto e che erano stati esclusi con motivazioni analoghe all'esclusione comminata ad altri oo.ee. nella gara di cui trattasi (segnatamente delle irregolarità formali relative alla indicazione dei costi della manodopera). Il TAR al riguardo afferma che *"poiché non risulta che sia stato adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva – né conseguentemente che sia stato stipulato il contratto - dall'annullamento della disposta esclusione delle tre concorrenti [...] consegue che la stazione appaltante dovrà includere le tre offerte, procedere al calcolo della soglia di anomalia, all'aggiudicazione in favore della concorrente la cui offerta sarà risultata la migliore, secondo la legge di gara, e agli atti consequenziali – ivi compreso il controllo sul possesso dei requisiti, se non ancora effettuato – finalizzati alla stipula del contratto di appalto"*;

PRESO ATTO altresì che ai sensi del provvedimento di revoca del 29.8.2023 – previa valutazione della sussistenza dei presupposti di applicabilità della sentenza emessa dal TAR Sicilia anche alla procedura di gara in esame, in quanto le motivazioni di esclusione delle ditte partecipanti alla procedura di gara, come sopra riportato, sono state ritenute analoghe – si precisa che *"in carenza di fondate ragioni giuridiche di senso contrario"* si è ritenuto *"di tenere conto delle indicazioni e dei limiti desumibili dall'accertamento giurisdizionale, come esplicitati nella motivazione, e, per l'effetto, di adottare provvedimenti operativi consequenziali nell'esercizio del potere di autotutela in linea con i rilievi indicati nel dictum di prime cure summenzionato"*, con conseguente revoca della aggiudicazione del 14.7.2023 a favore dell'istante e la



contestuale "riapertura delle operazioni di gara e procedere alla riammissione delle offerte escluse, procedere al calcolo della soglia di anomalia, all'aggiudicazione in favore della concorrente la cui offerta sarà risultata la migliore, secondo la legge di gara, e gli atti conseguenziali";

CONSIDERATO che l'invocato art. 95, co. 15, c.d. principio di invarianza, in termini generali, mira a sterilizzare l'alterazione della trasparenza e della correttezza del confronto concorrenziale e, nel contempo, traduce anche il principio di conservazione degli atti giuridici (Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013), in quanto comporta che, una volta individuata la soglia di anomalia, qualsiasi variazione, anche discendente da una pronuncia giurisdizionale o dall'esercizio dei poteri di autotutela, non può comportare il rifacimento della graduatoria attraverso la modifica delle medie o della predetta soglia (Cons. Stato, sez. III, 8 settembre 2015, n. 4209; Id., sez. V, 26 maggio 2015, n. 2609);

CONSIDERATO che, come chiarito dalla giurisprudenza, la *ratio* della norma è quella di precludere ricorsi di carattere strumentale da parte dei concorrenti non vincitori che intendono contestare le altrui posizioni ormai note solo avvalendosi degli automatismi insiti nella determinazione automatica della soglia di anomalia (cfr. in particolare, Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1117; Id., 27 ottobre 2020, n. 6542; 23 novembre 2020, n. 7332). Si tratta più precisamente delle impugnazioni contro gli atti di gara proposte da operatori ad essa partecipanti che, per la loro collocazione in graduatoria e per la portata delle censure 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 aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo;

TENUTO CONTO che l'art. 95, comma 15, del Codice è oggetto di interpretazioni non univoche da parte della giurisprudenza quanto alla sua portata applicativa, sia sotto un profilo oggettivo (cioè in presenza di quali vizi di legittimità è consentita la riformulazione della graduatoria), sia sotto l'aspetto temporale (vale a dire, in quale segmento procedimentale si cristallizza la platea dei partecipanti, rendono irrilevanti le modifiche sopravvenute);

CONSIDERATO tuttavia che le predette considerazioni generali sull'istituto vanno temperate con i rilievi sempre di autorevole fonte giurisprudenziale, secondo i quali la disposizione in esame non può essere intesa nel senso di precludere iniziative giurisprudenziali legittime, oggetto di tutela costituzionale (artt. 24 e 113 Cost.), dirette in particolare a contestare l'ammissione alla gara di imprese prive dei requisiti di partecipazione o autrici di offerte invalide, che abbiano inciso sulla determinazione automatica della soglia di anomalia (tra tutte, si veda, Cons. Stato, sentenza n. 1117/2020 cit., la quale – in relazione ad un caso in cui, a distanza di un giorno dall'ammissione dei concorrenti e dal calcolo della soglia di anomalia, la stazione appaltante ha proceduto all'esclusione di tre concorrenti risultati privi dell'iscrizione nella white list, riformulando la soglia di anomalia e la graduatoria finale – ha statuito che è legittima la rettifica della soglia di anomalia derivante dall'illegittima ammissione di imprese prive dei requisiti di partecipazione alla gara, con conseguente non applicabilità dell'art. 95, comma 15, del Codice). Secondo il suddetto indirizzo, la regola dell'invarianza della soglia di anomalia va, inoltre, temperata con i principi di buon andamento ed imparzialità dell'attività amministrativa di rango costituzionale (art. 97 Cost.) e comporta che la rettifica della soglia derivante dall'illegittima ammissione di imprese prive dei requisiti di partecipazione alla gara deve essere consentita alla stessa stazione appaltante avvedutasi di ciò (Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579);

CONSIDERATO in tal senso che un recente orientamento giurisprudenziale (*ex multis* Cons. Stato sez. V, 23 maggio 2022, n. 4056), meritevole di condivisione, sostiene che l'art. 95, comma 15 cit. individua, quale momento idoneo a "cristallizzare" le offerte, la definizione in sede amministrativa della "fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte", deve logicamente riconoscersi che la fase in questione non può ritenersi conclusa "almeno finché non sia spirato il termine per impugnare le ammissioni e le esclusioni" e, comunque, "finché la stessa stazione appaltante non possa esercitare il



proprio potere di intervento di autotutela ed escludere 'un operatore economico in qualunque momento della procedura, pertanto le variazioni intervenute nella platea dei concorrenti per effetto della riammissione in gara di soggetti in precedenza illegittimamente esclusi, attendono ancora alla fase di ammissione e/o esclusione delle offerte (contestualmente alla proposta di aggiudicazione) – in quello stadio non ancora conclusa – ossia ad una fase che l'art. 95 comma 15 ancora non sottopone all'applicazione del principio di invarianza';

RILEVATO che nel caso di specie, poiché l'intervenuta revoca datata 29 agosto 2023 concerne la aggiudicazione disposta in data 14 luglio 2023, ne deriva pacificamente che la stessa revoca è stata disposta in pendenza dei termini per impugnare, ex d.lgs. 104/2010 e L. 742/1969: appare in tal senso non censurabile e legittima la scelta discrezionale della stazione appaltante di applicare i sopravvenuti rilievi resi dal TAR Sicilia ad una vicenda valutata come analoga, annullando così gli effetti di provvedimenti di esclusione infondati giuridicamente, anche al fine di evitare il rischio tutt'altro che potenziale di ulteriori azioni giurisdizionali. Il legittimo esercizio da parte della stazione appaltante del potere di autotutela esclude la violazione del principio di invarianza ex art 95, co. 15, facendo salva la riapertura della procedura *de qua*, stante l'evidente sussistenza dell'interesse pubblico di garantire la imparzialità dell'azione amministrativa e del principio di non discriminazione;

CONSIDERATO altresì che le ulteriori contestazioni riferite al provvedimento di revoca, da un lato non appaiono validamente circostanziate se non attraverso una generica violazione dell'interesse pubblico, mentre dall'altro lato, devono ritenersi comunque assorbite alla luce delle precedenti considerazioni;

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante sia conforme alla normativa di settore avendo la stessa correttamente esercitato i propri poteri di autotutela.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6 dicembre 2023

Il Segretario Laura Mascali

Firmato digitalmente