



DELIBERA N. 155

24 febbraio 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da [Omissis] S.p.A. – Procedura aperta urgente per la realizzazione degli interventi di completamento delle opere civili presso l’impianto di trattamento di rifiuti organici in loc. Gello, Pontedera (PI) - Importo a base di gara: Euro 3.708.039,89 - S.A.: [Omissis] S.p.A.

PREC 8/2021/L

Riferimenti normativi

Art. 95, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016.

Parole chiave

Invarianza della soglia di anomalia.

Massima

Offerte anomale – principio di invarianza della soglia di anomalia – contestazione dell’esclusione di altro concorrente – iniziativa di carattere strumentale – rideterminazione delle medie e della soglia di anomalia dopo l’aggiudicazione – preclusa.

Il principio di invarianza della soglia di anomalia, di cui all’art. 95, comma 15, del Codice, non consente alla stazione appaltante, una volta adottato e comunicato il provvedimento di aggiudicazione, di modificare, in via autotutela, la soglia di anomalia e la graduatoria, a seguito dell’eventuale riammissione di un operatore escluso in sede di apertura delle offerte economiche (fattispecie in cui tale esclusione non viene contestata dal diretto interessato, ma da un terzo operatore escluso automaticamente dalla gara, che ne potrebbe diventare aggiudicatario solo previa riammissione del concorrente escluso).



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 24 febbraio 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 97900 del 23 dicembre 2020, con la quale la [Omissis] S.p.A. (stazione appaltante) ha chiesto all'Autorità di pronunciarsi sui seguenti quesiti: a) se i principi stabiliti dalla giurisprudenza in relazione alla mancata indicazione del costo complessivo della manodopera (e alla conseguente esclusione dei concorrenti) vadano applicati anche in caso di mancata indicazione del costo medio della manodopera, laddove tale adempimento sia espressamente prescritto dalla *lex specialis*; b) se l'esclusione del concorrente che ha omesso di quantificare il costo medio della manodopera va disposta prima di effettuare il calcolo della soglia di anomalia (non incidendo sulla determinazione di quest'ultima) ovvero successivamente a tale calcolo;

VISTA la nota, acquisita al prot. n. 2396 del 13 gennaio 2021, con la quale la stazione appaltante ha integrato l'istanza di precontenzioso, formulando un ulteriore quesito c): *"se possa essere variata o meno la soglia di anomalia, nel caso in cui l'operatore economico, che ha omesso di indicare il costo medio della manodopera, debba essere riammesso in gara"*;

RILEVATO che da quanto esposto dalla stazione appaltante e dalla disamina della documentazione in atti si evince che la procedura di gara ha ad oggetto l'affidamento di lavori a corpo (sotto soglia) relativi agli interventi di completamento delle opere civili già realizzate o non ultimate dall'ATI con capogruppo [Omissis], a seguito del fallimento della mandataria, presso l'impianto di trattamento di rifiuti organici in località Gello, Pontedera (PI), da aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo, con previsione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte, ai sensi dell'art. 97, comma 8, del Codice. Alla gara hanno partecipato 53 operatori, ma 46 sono stati ammessi alla fase di apertura delle offerte economiche (cfr. verbale di gara del 9.12.2020). In quella sede, il RUP ha preliminarmente proceduto all'esclusione di un concorrente ([Omissis] S.r.l.) per avere *"omesso l'indicazione del costo medio del lavoro applicato all'appalto, contrariamente a quanto richiesto dall'art. 15 del bando di gara"* (secondo il quale, oltre al ribasso offerto, *"il concorrente deve altresì indicare sia il CCNLL applicato all'appalto sia il costo medio orario del lavoro applicato all'appalto"*). Successivamente, senza considerare il ribasso offerto dal concorrente escluso, è stata determinata la soglia di anomalia (fissata nel 26,98733%) e sono state escluse le offerte di 27 operatori (tra cui [Omissis] S.p.A.) in applicazione del meccanismo dell'esclusione automatica, aggiudicando la gara al [Omissis] (risultata la migliore offerta al di sotto della soglia di anomalia, con un ribasso del 26,89100%). In seguito alla comunicazione dell'aggiudicazione (14.12.2020), [Omissis] ha diffidato la stazione appaltante ad annullare in autotutela l'aggiudicazione, in quanto l'esclusione dell'offerta della società [Omissis] S.r.l. sarebbe illegittima (anche perché conteneva l'indicazione dell'ammontare totale dei costi della manodopera e del CCNL applicato), e la sua inclusione nel novero dei ribassi avrebbe determinato una diversa soglia di anomalia con conseguente aggiudicazione della gara alla stessa [Omissis]. Alla luce delle predette circostanze, la stazione appaltante ha formulato i quesiti sopra riportati, chiedendo, in buona sostanza, di rilevare la legittimità o



meno del proprio operato e sospendendo *medio tempore* la stipulazione del contratto con il Consorzio aggiudicatario;

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 1591 dell'11 gennaio 2021 e la successiva integrazione della comunicazione di avvio del procedimento, di cui alla nota prot. n. 5086 del 21 gennaio 2021, disposta in seguito alla formulazione del terzo quesito da parte della SA;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

RILEVATO che, con memoria acquisita al prot. n. 2618 del 13 gennaio 2021 ed ulteriori osservazioni difensive acquisite al prot. n. 6896 del 27 gennaio 2021, il [Omissis](aggiudicatario) ha esposto: *i)* che l'esclusione della [Omissis]S.r.l. è legittima, in quanto l'indicazione del costo medio del lavoro era espressamente richiesta dalla *lex specialis* come elemento dell'offerta economica e non sarebbe sanabile attraverso il soccorso istruttorio (conformemente ai principi sanciti da Cons. Stato, Ad. Plen. n. 8/2020 e CGUE, 2.05.2019, C-309/18); *ii)* che, anche in caso di riammissione dell'operatore escluso, gli esiti della gara non potrebbero mutare, in applicazione del principio di cd. invarianza della soglia di anomalia di cui all'art. 95, comma 15, del Codice. A tale riguardo, il Consorzio aggiudicatario ha esposto che, in base al suddetto principio, dopo l'aggiudicazione, la soglia di anomalia non può essere più modificata, anche in caso di nuove valutazioni discrezionali da parte della stazione appaltante. La *ratio* di tale principio è stata, infatti, individuata nell'impedire, o comunque vanificare, in prospettiva antielusiva, la promozione di controversie meramente speculative e strumentali da parte di concorrenti non utilmente collocati in graduatoria (Cons. Stato, sez. III, 14.10.2020, n. 6221) e la deroga a tale principio viene consentita solo in caso di errori materiali commessi dalla stazione appaltante (TAR Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 4.02.2020, n. 1461);

RITENUTO che, ai fini della soluzione della questione sottoposta in esame, assume carattere assorbente il terzo quesito rivolto dalla SA, relativo all'applicabilità, nel caso di specie, del principio di cd. invarianza della soglia di anomalia. Infatti, laddove l'eventuale riammissione dell'operatore escluso non possa portare ad una modifica del calcolo delle medie e della soglia di anomalia, per ragioni di economia procedimentale, è inutile stabilire se tale esclusione sia o meno legittima (anche considerando che quest'ultima non è stata contestata dal diretto interessato);

CONSIDERATO che l'art. 95, comma 15, del Codice dispone 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*". Tale principio 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 avvedendosi 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;

CONSIDERATO altresì l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale 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). La praticabilità di tale soluzione è stata affermata dal Consiglio di Stato sulla base del riferimento testuale operato dal medesimo art. 95, comma 15, del Codice alla "*fase di (...) regolarizzazione (...) delle offerte*", che è stato inteso 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" (Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013);

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, quanto al primo profilo, che, secondo la giurisprudenza, il divieto di variazione della soglia di anomalia "*fa riferimento ad evenienze, temporalmente specificate, afferenti, però, sempre a nuove valutazioni discrezionali della stazione appaltante, anche se cassate dal giudice amministrativo*" (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 4 febbraio 2020, n. 1461), pertanto il cd. "blocco" della soglia deve escludersi in caso di mero errore materiale commesso dalla stazione appaltante, il quale deve comportare, in via di autotutela, un allineamento della situazione di fatto con quella di diritto, a prescindere dal momento in cui tale errore è stato scoperto, ai sensi dell'art. 21-*nonies* della L. n. 241/90 (TAR Lazio, Roma, sez. I, 14 luglio 2020, n. 8033). Il principio di invarianza della soglia non è, inoltre, applicabile in caso di anomalia informatica, quando un'offerta è stata esclusa dal sistema senza che vi sia stata una valutazione negativa da parte del RUP ai fini della sua esclusione (TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 2 marzo 2020, n. 401);

CONSIDERATO che, per quanto concerne invece il profilo temporale, si registra il maggiore contrasto in giurisprudenza. Secondo un primo indirizzo esegetico, la rideterminazione della soglia di anomalia non è più ammissibile una volta conclusa la fase di ammissione delle offerte e soprattutto dopo la valutazione delle offerte economiche, che preclude anche l'esercizio dell'attività di autotutela da parte dell'Amministrazione (TAR Puglia, Bari, sez. III, 14 febbraio 2020, n. 254). Altro orientamento, invece, ritiene che la cristallizzazione dei partecipanti alla gara si realizzi in seguito all'adozione della proposta di



aggiudicazione (TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 5 agosto 2020, n. 1417, riformata da Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2021, n. 683; Cons. Stato, V, 23 febbraio 2017 n. 847, con riferimento, però, all'art. 38, comma 2-*bis*, del D.Lgs. n. 163/2006 e alla sufficienza anche della sola aggiudicazione provvisoria ai fini dell'operatività del principio di invarianza). Di contro, secondo una differente ricostruzione (che allo stato appare maggioritaria), l'applicabilità di tale principio presuppone l'intervenuta aggiudicazione dell'appalto, restando prima di detto momento integro il potere della stazione appaltante di rivedere la soglia di anomalia, pur dopo la fase di ammissione degli operatori economici (cfr. *ex multis* Cons. Stato, n. 683/2021 cit. dove si sottolinea che la proposta di aggiudicazione, ai sensi degli artt. 32 e 33 del Codice, costituisce atto interno della procedura di gara, non autonomamente impugnabile, "inidoneo pertanto per un verso a consolidare posizioni giuridiche a favore dei partecipanti ad essa e per altro verso a privare il seggio di gara dei propri poteri di ammissione e valutazione delle offerte prima dell'aggiudicazione definitiva di competenza della stazione appaltante"; TAR Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 1° ottobre 2020 n. 582, ove si sottolinea che: "la "fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte", di cui parla il comma 15 citato, può reputarsi conclusa soltanto con l'aggiudicazione definitiva e non certo con la mera proposta di aggiudicazione, la cui adozione non preclude quindi all'amministrazione eventuali operazioni di ricalcolo delle medie (in tal senso, da ultimo, TAR Milano cit.). A ciò deve aggiungersi, sotto diverso profilo, che proprio il doveroso rispetto dei richiamati principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione induce a ritenere che l'individuazione della migliore offerta nell'ambito di una procedura di gara non possa mai venire a dipendere da fattori casuali, dovendo invece sempre uniformarsi al criterio prefissato legislativamente, quand'anche modulato, come nel caso del criterio del minor prezzo, su un rigido sistema di automatismi di natura aritmetica. Sicché, almeno in via generale, non appaiono condivisibili le preoccupazioni consuetamente addotte a sostegno del contrapposto orientamento, efficacemente compendiate nell'assunto secondo cui 'qualunque modifica della platea dei partecipanti si può prestare, ancorché del tutto astrattamente, a dubbie ed opportunistiche soluzioni che il legislatore ha esplicitamente inteso scongiurare tout court adottando una formulazione ampia e priva di distinzioni, per la delicatezza degli interessi coinvolti. Infatti, quanto all'eventuale riammissione ovvero esclusione a seguito di pronuncia giurisdizionale, l'intervento ex post rende ipoteticamente possibile per ogni concorrente "scegliere" quali ammissioni o esclusioni contestare, giovandosi del principio processuale della domanda, modulando tale scelta al fine di ottenere la soglia di anomalia per lui più utile' (TAR Napoli, sez. I, n. 1225/2020)");

TENUTO CONTO che, nel caso in esame, non vi è stata solo una proposta di aggiudicazione, ma è stato adottato anche il provvedimento di aggiudicazione (a firma del Direttore Generale della SA, che ha recepito la proposta del RUP), comunicato anche a tutti i concorrenti in data 14.12.2020, ai sensi dell'art. 76 del Codice. Ciò comporta che è precluso alla stazione appaltante procedere alla rettifica della soglia di anomalia, anche nella astratta ipotesi in cui intendesse annullare in autotutela l'esclusione disposta nei confronti di un terzo operatore ([Omissis]S.r.l.);

RITENUTO, peraltro, che il caso in esame sia quello tipico in cui la contestazione degli esiti della graduatoria da parte del concorrente non aggiudicatario potrebbe assumere carattere strumentale e potrebbe essere stata effettuata allo scopo di tradurre a proprio vantaggio gli automatismi del calcolo della soglia di anomalia. Appare, infatti, singolare che [Omissis]S.p.A. (esclusa in applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte) abbia contestato non la propria esclusione automatica dalla gara, quanto l'illegittima esclusione di un terzo dalla quale, solo indirettamente, deriverebbe il proprio interesse legittimo ad aggiudicarsi la procedura, previa riammissione di entrambi gli operatori;



RITENUTO, dunque, che la tesi esposta nella diffida di [Omissis] (secondo cui la SA dovrebbe procedere al ricalcolo della soglia di anomalia, una volta riammesso il concorrente escluso) non possa trovare accoglimento, in quanto si tradurrebbe in una sostanziale disapplicazione del disposto di cui all'art. 95, comma 15, del Codice, ad aggiudicazione già adottata e comunicata, vanificando la stessa *ratio* perseguita dal legislatore attraverso la sua previsione e rendendo sostanzialmente priva di margini operativi tale norma. Nel caso in esame appare, infatti, palese che una diversa interpretazione della norma presterebbe il fianco ad opportunistiche iniziative da parte degli operatori economici, iniziative che, invece, il legislatore ha espressamente inteso scongiurare *tout court* adottando una formulazione ampia e priva di distinzioni, per la delicatezza degli interessi coinvolti.

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, con riferimento alla questione esaminata, che il principio di invarianza della soglia di anomalia, di cui all'art. 95, comma 15, del Codice, non consenta alla stazione appaltante, una volta adottato e comunicato il provvedimento di aggiudicazione, di modificare la soglia di anomalia e la graduatoria, a seguito dell'eventuale riammissione di un operatore escluso in sede di apertura delle offerte economiche (operatore che peraltro non ha contestato la propria esclusione).

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 marzo 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente