

Ratio e operatività del c.d. principio di invarianza della soglia di anomalia

di Elisa Carloni

T.A.R. LOMBARDIA, Milano, sez. IV, 2 marzo 2020, n. 401 – Pres. Messina; Est. Zucchini – I.I. s.r.l. (*Avv.ti* Notti e Romanello) c. ASST di M. (*Avv.* Miniero) e S.O. s.r.l. (*Avv.ti* Faggiano e Sapone)

Contratti della p.a. – Appalti pubblici – Gara – Procedure telematiche – Criterio del minor prezzo – Calcolo della soglia di anomalia – Principio di invarianza – Articolo 95, comma 15, d.lgs. n. 50/2016 – Ambito di applicazione – *Ratio*.

Il c.d. principio di invarianza della soglia di anomalia – che opera a seguito della riammissione di un’offerta originariamente non valutata – si applica soltanto a partire dal momento dell’aggiudicazione definitiva in quanto la “fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte” richiamata dall’art. 95, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016 può reputarsi conclusa soltanto con l’aggiudicazione definitiva e non con la mera proposta di aggiudicazione, la cui adozione non preclude alla stazione appaltante eventuali operazioni di ricalcolo della soglia di anomalia.

DIRITTO

1.1 Nel primo ed assai articolato mezzo di gravame, la società esponente lamenta l’omessa o in ogni caso erronea applicazione da parte della stazione appaltante dell’art. 95, comma 15 del d.lgs. 50/2016 (codice dei contratti pubblici o anche solo “codice”), norma che contempla il c.d. principio di invarianza della soglia (detto anche “del blocco della procedura”) e che così recita: «*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*».

Ai fini della decisione del motivo occorre dapprima riassumere le peculiari vicende dello svolgimento della gara di cui è causa e successivamente effettuare una corretta esegesi della norma che la ricorrente reputa violata, alla luce della giurisprudenza formatasi sulla norma medesima.

La procedura di cui alla presente controversia si svolgeva con modalità telematiche, avvalendosi quindi della piattaforma informatica della Regione Lombardia denominata “Sintel” (cfr. il bando di gara, doc. 1 della ricorrente).

Presentavano offerta sulla piattaforma numerose imprese, fra le quali, oltre a quelle che sono parti nella presente controversia, anche I. Srl, la cui offerta non era però oggetto di alcuna valutazione da parte dell’amministrazione.

Ciò in quanto nella busta elettronica contenente la documentazione amministrativa di I. Srl, il sistema informatico reputava non leggibile parte della documentazione

stessa, con conseguente esclusione automatica della società dal gruppo dei concorrenti (cfr. il doc. 6 della ricorrente, vale a dire il rapporto del sistema informatico Sintel del 30.7.2019, che indica come “non ammessa”, l’offerta di Imeg Srl).

Dopo l’apertura delle offerte così ammesse, era redatta la graduatoria e la migliore offerta era quella di I. I., che riceveva comunicazione in tal senso da parte del gestore di Sintel con posta elettronica certificata (pec) del 1° agosto 2019 (cfr. i documenti 4 e 5 della ricorrente).

Nello stesso giorno, tuttavia, I. chiedeva alla stazione appaltante, sempre avvalendosi di Sintel, spiegazioni sulla propria esclusione, reputando completa la documentazione trasmessa (cfr. il doc. 1 di O. ed il doc. 4 della resistente).

Sempre in data 1.8.2019 il responsabile unico del procedimento (RUP) rispondeva ad I., impegnandosi dapprima per una ulteriore verifica (cfr. il doc. 2 di O.) e, dopo brevissimo tempo, ammettendo che la busta amministrativa caricata su Sintel dall’impresa era in realtà completa, con conseguente avvertenza che sarebbe stata ricalcolata la soglia di anomalia (cfr. il doc. 5 della resistente, vale a dire la seconda comunicazione del RUP sempre in data 1.8.2019).

Il successivo 2.8.2019 il RUP avvisava tutti i partecipanti della sospensione della procedura, a seguito della riammissione di I. Srl, (cfr. il doc. 3 di O.) ed in pari data si rivolgeva al servizio di assistenza tecnica di Sintel per potere ottenere la copia informatica (“estrazione”) dell’offerta economica di I. Srl, altrimenti non visibile (cfr. il doc. 6 della resistente ed il doc. 4 di O.).

Il servizio di supporto tecnico riscontrava la richiesta del RUP il giorno 4.9.2019 (cfr. il doc. 5 di O.) e nella stessa data il RUP, dopo il calcolo della nuova soglia, individuava quale migliore offerta quella di O. (cfr. il doc. 10 ed il doc. 13 della ricorrente).

Alla nuova graduatoria ed alla connessa nuova proposta di aggiudicazione, faceva seguito l’aggiudicazione definitiva a favore di S. O. Srl, mediante la deliberazione del Direttore Generale dell’ASST n. 1206 del 12.9.2019, ivi impugnata (cfr. il doc. 11 della ricorrente ed il doc. 9 della resistente).

Appare inoltre necessario evidenziare che, a seguito degli interventi del RUP e poi del servizio di supporto tecnico, era accertato che la mancata lettura dell’offerta di I. – e quindi la sua originaria esclusione – era dipesa da una anomalia tecnica del sistema informatico dell’amministrazione, quindi senza alcuna negligenza o errore da parte dell’impresa partecipante (cfr. il doc. 13 della ricorrente, dove la ASST ammette espressamente la “anomalia informatica sul *computer* della stazione appaltante”, oltre ai documenti 7 e 8 della resistente).

Ciò premesso, l’esponente lamenta l’erroneità del ricalcolo della soglia da parte della stazione appaltante e la conseguente illegittimità dell’aggiudicazione ad O., invocando a proprio favore l’applicazione dell’art. 95, comma 15 del codice sopra menzionato.

Tale norma – già prevista dall’art. 38, comma 2 *bis* del d.lgs. 163/2006, vale a dire l’abrogato codice dei contratti pubblici – è stata oggetto di interpretazioni non sempre univoche da parte della giurisprudenza amministrativa (considerata anche, e si consenta la digressione, la sua non perspicua formulazione), e, secondo un diffuso indirizzo esegetico che il Collegio condivide, l’applicazione del c.d. principio di invarianza presuppone l’intervenuta aggiudicazione definitiva dell’appalto.

Questo perché 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 (cfr. sul punto, fra le più recenti, T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, n. 3077 del 24.12.2019, con la

giurisprudenza ivi richiamata – fra cui le sentenze del Consiglio di Stato, n. 159/2017, n. 14/2017 e n. 740/2015 – per cui: «*Il principio di invarianza della soglia ... si applica soltanto a partire dal momento dell'aggiudicazione definitiva*»).

Nel caso di specie appare provato che, per effetto della prima graduatoria, nei confronti di I. I. era stata adottata dal RUP una mera proposta di aggiudicazione in data 1.8.2019, comunicata alla ricorrente attraverso la pec del gestore del sistema Sintel (si vedano ancora i documenti 4 e 5 della ricorrente per la copia delle pec indirizzate a quest'ultima), in attesa della formalizzazione dell'aggiudicazione definitiva a cura del Direttore Generale dell'ASST.

Del resto, nell'oggetto delle due citate pec del 1.8.2019, era indicato che l'appalto «è in aggiudicazione» e la formula, per quanto sintetica, non può che indicare la mancanza di un provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Tale proposta di aggiudicazione (o «aggiudicazione provvisoria», volendo usare una vecchia terminologia), era peraltro sospesa il successivo 2.8.2019 dello stesso RUP, come già sopra evidenziato.

Anche nella deliberazione del Direttore Generale ivi impugnata (si veda pag. 2 della stessa), si dà atto per due volte che, dopo la redazione della prima graduatoria, era disposta la sola «aggiudicazione provvisoria».

Inoltre il bando di gara, all'art. 19, subordina l'aggiudicazione definitiva al successivo provvedimento della Direzione Aziendale dell'ASST, con ciò confermando che nessuna aggiudicazione definitiva è stata realmente disposta prima della succitata deliberazione del Direttore Generale dell'ASST.

Quest'ultima, del resto (e sul punto è sufficiente la sola lettura), non costituisce una mera conferma dell'attività svolta dal RUP, avendo il Direttore Generale svolto una autonoma valutazione, avvalendosi dei pareri e delle attestazioni dei competenti servizi e uffici dell'Ente, onde pervenire alla vera e propria aggiudicazione definitiva, nel rispetto delle previsioni dell'art. 32, comma 5 e dell'art. 33 del codice; in forza di tale ultima norma la proposta di aggiudicazione è approvata dall'organo competente «*secondo l'ordinamento della stazione appaltante*».

Lo schema procedimentale osservato dall'amministrazione ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto ricalca quindi – né potrebbe essere altrimenti – lo schema di cui al codice dei contratti pubblici (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 26.2.2020, n. 876, secondo cui l'aggiudicazione è «*un atto esplicito ed espresso, nonché rigidamente proceduralizzato*»).

In mancanza di un'aggiudicazione definitiva, pertanto, l'art. 95 comma 15 non può trovare applicazione.

Fermo restando quanto sopra esposto, la correttezza della condotta della stazione appaltante può essere confermata anche dalle seguenti ulteriori considerazioni, che non possono che partire dalla recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 12.2.2020, n. 1117, che ha affrontato compiutamente il tema della portata applicativa dell'art. 95 comma 15 sopra citato.

Il Consiglio di Stato, dopo avere premesso che l'interpretazione della disposizione «*non è agevole*», afferma la necessità di una sua esegesi equilibrata e ragionevole, che consenta di rispettare lo «scopo» della norma, senza pervenire a (così testualmente), «*conseguenze aberranti*».

La *ratio* della disposizione è ravvisata dal giudice d'appello nella necessità di evitare ricorsi meramente strumentali, proposti da soggetti non collocati utilmente in graduatoria, che non potrebbero conseguire l'aggiudicazione «*se non sfruttando a proprio vantaggio gli automatismi insiti nelle modalità di formazione automatica della soglia di anomalia propria delle procedure da aggiudicare al massimo ribasso*».

Nello stesso tempo, però, il Consiglio di Stato ha cura di precisare che l'art. 95 comma 15 non può essere interpretato nel senso di ledere il diritto di difesa e di azione in giudizio, oggetto di precise garanzie costituzionali (articoli 24 e 113 della Costituzione), senza contare il doveroso rispetto dei principi di imparzialità e di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 della Costituzione), che impongono alle stazioni appaltanti di pervenire all'individuazione – attraverso la procedura di gara – dell'offerta migliore, evitando quindi scelte casuali ed arbitrarie.

Sul punto preme ancora allo scrivente T.A.R. evidenziare che nell'ordinanza del Consiglio di Stato n. 5723/2019, di accoglimento dell'appello cautelare nel presente giudizio contro l'ordinanza di primo grado n. 1332/2019, il Collegio d'appello ha evidenziato il rischio di “una casuale – e quindi irragionevole – individuazione della migliore offerta, che evocherebbe possibili profili di legittimità costituzionale e comunitaria”.

Orbene, tale rischio finirebbe però per concretizzarsi in caso di eventuale accoglimento del presente ricorso, giacché l'applicazione dell'art. 95, comma 15 come chiesta dall'esponente impedirebbe di fatto la scelta corretta dell'offerta migliore da parte della stazione appaltante.

Da qui la necessità di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 95 comma 15, che eviti soluzioni esegetiche palesemente irragionevoli e quindi in contrasto con i parametri costituzionali dell'art. 3 e dell'art. 97 della Costituzione.

In conclusione, volendo riassumere i punti essenziali della vicenda di cui è causa, anche alla luce della sentenza del Consiglio di Stato n. 1117/2020, è possibile affermare che:

- I. Srl non ha proposto alcun ricorso giurisdizionale di carattere strumentale o emulativo, essendosi limitata a rilevare tempestivamente (1.8.2019) l'erroneità della mancata valutazione della propria offerta presentata sulla piattaforma telematica;
- a fronte di tale rilievo, il RUP si è attivato con estrema celerità, sospendendo la procedura il giorno successivo alla segnalazione dell'operatore (2.8.2019) e chiedendo contestualmente l'intervento dell'unità di supporto tecnico di Sintel, per eliminare l'anomalia del sistema informatico;
- il supporto tecnico ha riscontrato la richiesta di intervento il 4.9.2019 (probabilmente a causa del rallentamento delle attività lavorative nel mese di agosto) e nella medesima data il RUP ha rettificato la media e predisposto la nuova graduatoria, con O. quale prima classificata;
- l'offerta di I. non è stata presa in considerazione esclusivamente per un'anomalia informatica non imputabile alla società partecipante; in ogni caso l'esclusione è stata disposta in via automatica dal sistema informatico – che non riusciva a “leggere” l'offerta inviata in formato elettronico – ma non vi è stato in realtà alcun giudizio negativo dell'offerta da parte del RUP ai fini dell'esclusione;
- non si ravvisa quindi alcuna nuova e difforme valutazione da parte dello stesso RUP che fra l'altro, al momento della contestazione da parte di I. (1.8.2019), non conosceva neppure l'offerta economica di quest'ultima;
- non essendo nota l'offerta economica e quindi il ribasso proposto, non può neanche affermarsi che la sospensione della gara e la riammissione di I. in data 2.8.2019 siano state artatamente disposte per favorire o danneggiare chicchessia, ma esclusivamente per garantire un corretto calcolo della media e quindi la formazione di una graduatoria tale da far emergere realmente l'offerta migliore per l'amministrazione;
- se non si fosse proceduto alla riammissione di I. Srl, la graduatoria si sarebbe invece formata in maniera casuale, sostanzialmente per effetto di un'anomalia del sistema informatico e ciò sarebbe stato veramente irrazionale.

Nel primo motivo di ricorso l'esponente lamenta altresì una presunta violazione del principio di trasparenza, non avendo il RUP svolto in seduta pubblica tutte le attività successive alla ricezione della segnalazione da parte di I. Srl.

Anche tale parte della censura appare però priva di pregio: la condotta del RUP è documentata dalla piattaforma telematica Sintel, che ha registrato compiutamente tutte le operazioni, senza che la società ricorrente sia in grado di fornire concreta ed idonea prova di eventuali manomissioni o alterazioni (cfr. sul punto il doc. 11 della resistente per il "Report" integrale della procedura telematica di cui è causa).

La giurisprudenza amministrativa ha inoltre affermato che la gestione telematica della gara offre ampie garanzie sull'affidabilità delle operazioni compiute e contro i rischi di eventuali manomissioni (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 5388/2017) e ciò conferma ancora l'infondatezza della doglianza.

In conclusione, l'intero primo motivo di ricorso deve rigettarsi.

1.2 Nel secondo motivo del gravame, viene denunciato il presunto difetto di motivazione in cui sarebbe incorsa l'amministrazione.

In realtà, dalla lettura sia della deliberazione dirigenziale impugnata sia degli atti del RUP come risultanti dalla piattaforma Sintel, risultano chiare le ragioni che hanno indotto l'appaltante dapprima alla sospensione della procedura ed in seguito alla riammissione dell'offerta di I. ed alla redazione di una nuova graduatoria, emendata dagli errori in cui era incorsa l'amministrazione a causa dell'anomalia del proprio sistema informatico (sia consentito sulla questione il rinvio al precedente punto 1.1, per ragioni di economia espositiva).

In definitiva, devono rigettarsi anche il secondo motivo e di conseguenza l'intero ricorso in epigrafe.

Omissis

Commento

1. La vicenda processuale

Con la sentenza n. 401 del 2 marzo 2020, la Sezione IV del Tribunale Amministrativo Regionale per la Regione Lombardia si è nuovamente pronunciata sulla questione relativa all'ambito di applicazione e alla *ratio* del c.d. principio di invarianza della soglia di anomalia, di cui all'art. 95, comma 15 del d.lgs. n. 50/2016 (di seguito, per brevità anche il "Codice").

In particolare, la questione giuridica portata all'attenzione del Collegio ha ad oggetto la legittimità della condotta della stazione appaltante che, a seguito della riammissione dell'offerta di un concorrente erroneamente escluso a causa di un problema tecnico nel proprio sistema informatico che rendeva illeggibile la documentazione amministrativa dal medesimo presentata, ha ritenuto di procedere al ricalcolo della soglia di anomalia e alla formazione della nuova graduatoria.

Al fine di meglio comprendere le ragioni poste a fondamento della decisione del T.A.R., giova innanzitutto ripercorrere i passaggi più salienti della vicenda sottoposta all'esame dei giudici.

L'Azienda Socio Sanitaria Territoriale (ASST) di Monza indicava una procedura aperta in modalità telematica mediante l'utilizzo della piattaforma informatica della Regione Lombardia denominata "Sintel", per la conclusione di un accordo quadro di quattro anni, per l'affidamento di taluni lavori di manutenzione dei presidi ospedalieri di Monza e di Desio, oltre che delle strutture territoriali dell'ASST. Tale procedura di gara veniva aggiudicata mediante l'utilizzo del criterio del minor prezzo.

Allo scadere del termine di presentazione delle offerte e a seguito di apposite sedute di gara volte a verificare la documentazione amministrativa, la stazione appaltante provvedeva ad ammettere le offerte valutate e ritenute regolari e conformi. L'offerta della società I. s.r.l., veniva, tuttavia, esclusa automaticamente e non valutata a causa di un'anomalia informatica del sistema della stazione appaltante medesima che rendeva non leggibile e, pertanto, non valutabile parte della documentazione amministrativa presentata dalla Società.

Dopo l'apertura delle offerte così ammesse, veniva redatta la graduatoria e la migliore offerta risultava essere quella della I.I. s.r.l., che, in data 1° agosto 2019, riceveva apposita comunicazione via posta elettronica certificata (PEC) da parte del gestore di Sintel.

Nella medesima data, la società I. s.r.l., avvalendosi della piattaforma Sintel, chiedeva alla stazione appaltante spiegazioni sulla propria esclusione, lamentando il mancato esame della propria proposta economica; quest'ultima, avvedutasi dell'errore del proprio sistema informatico - comunque non imputabile all'impresa partecipante - riammetteva I. s.r.l. alla gara e procedeva al calcolo della nuova soglia di anomalia.

Il successivo 2 agosto 2019 il RUP avvisava tutti i partecipanti della sospensione della procedura a seguito della riammissione in gara della I. s.r.l. e chiedeva al servizio di assistenza tecnica di Sintel di poter ottenere la copia informatica dell'offerta economica di I. s.r.l., altrimenti non visibile.

A seguito del riscontro del servizio di supporto tecnico di Sintel e della valutazione dell'offerta della I. s.r.l., il RUP, in data 4 settembre 2019 individuava - previa redazione della nuova graduatoria - quale migliore offerta quella di S.O. s.r.l.

Alla nuova graduatoria e alla connessa nuova proposta di aggiudicazione, faceva seguito l'aggiudicazione definitiva a favore di S.O. s.r.l., mediante deliberazione del Direttore Generale dell'ASST.

Ciò premesso, la ricorrente - società I.I. s.r.l. - nei confronti della quale era stata adottata la prima proposta di aggiudicazione in data 1° agosto 2019 lamentava l'erroneità del ricalcolo della soglia di anomalia

a seguito della riammissione della società I. s.r.l. da parte della stazione appaltante e la conseguente illegittimità dell'aggiudicazione disposta nei confronti di S.O. s.r.l., invocando a proprio favore l'applicazione dell'art. 95, comma 15 del Codice.

Il giudice amministrativo adito ha confermato la legittimità dell'operato della stazione appaltante sulla base delle argomentazioni di seguito esplicitate.

2. La ricostruzione normativa: determinazione della soglia di anomalia nelle procedure da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo

Prima di procedere alla disamina della questione di diritto affrontata dal Collegio, ossia quella della determinazione dell'ambito di operatività del principio di cui all'articolo 95, comma 15 del Codice nonché della sua *ratio*, giova porre l'attenzione sulle principali disposizioni del Codice relative al subprocedimento di verifica delle offerte anormalmente basse e, in particolare, sull'art. 97 del Codice.

Tale norma prevede una disciplina differente per il calcolo della soglia di anomalia a seconda del criterio di aggiudicazione prescelto (offerta economicamente più vantaggiosa⁽¹⁾ o minor prezzo).

Con riferimento al criterio del minor prezzo, i commi 2 e 2-*bis* del medesimo articolo prevedono distinte modalità di determinazione della soglia di anomalia a seconda del numero di offerte ammesse: il disposto di cui al comma 2 dell'art. 97 si applica ai casi in cui le offerte ammesse siano pari o superiori a 15, mentre il comma 2-*bis* pone le regole per la determinazione della soglia di anomalia quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a 15.

Infine, giova richiamare il contenuto della norma di cui al comma 8 dell'articolo 97 del Codice secondo cui per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di rilevanza comunitaria, la stazione appaltante prevede nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dei sopra menzionati commi; l'esclusione automatica non opera quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci.

.....

(1) Ai sensi dell'articolo 97, comma 3, primo periodo, del Codice "quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara".

Tanto premesso, e senza voler entrare nel merito delle modalità di applicazione dei diversi parametri previsti dai due commi menzionati per la determinazione della soglia di anomalia, nell'ambito della controversia che ha dato origine alla sentenza in commento, la ricorrente ha lamentato la mancata applicazione del c.d. principio di invarianza della soglia di anomalia di cui all'art. 95, comma 15 del Codice; in altre parole, la ricorrente ha contestato l'operato della stazione appaltante che, successivamente alla riammissione in gara di un'offerta erroneamente esclusa e non valutata, ha provveduto a redigere una nuova graduatoria e a ricalcolare la soglia di anomalia.

In tal modo, l'offerta della ricorrente è risultata superiore alla nuova soglia di anomalia ed è stata esclusa automaticamente in forza del richiamato art. 97, comma 8 del Codice. Qualora la stazione appaltante si fosse limitata a riammettere l'offerta erroneamente esclusa senza procedere al calcolo della nuova soglia di anomalia, l'offerta della ricorrente sarebbe, infatti, stata confermata – anche a seguito della riammissione della società I. s.r.l. – quale migliore offerta non anomala.

Difatti, dalla sentenza si può desumere che, calcolata la prima soglia di anomalia, l'offerta della ricorrente era risultata la prima migliore offerta non anomala: le offerte collocate in posizione migliore in graduatoria erano infatti state escluse automaticamente in forza dell'art. 97, comma 8 del Codice. A seguito della determinazione della nuova soglia di anomalia, l'offerta collocata nella posizione immediatamente precedente rispetto a quella della ricorrente non è risultata anomala ed è stata, pertanto, considerata la migliore offerta.

Esaurita la ricostruzione del quadro normativo di riferimento dei fatti di causa ed esplicitato il profilo di contestazione portato all'attenzione del Collegio, è ora possibile passare alla disamina delle argomentazioni utilizzate dal T.A.R. per confermare la legittimità della condotta della stazione appaltante.

3. Il c.d. principio di invarianza della soglia di anomalia

La norma invocata dalla ricorrente prevede testualmente 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”*.

La formulazione di tale norma, già presente anche nell'ambito del previgente Codice dei contratti pubblici⁽²⁾, è stata oggetto di

.....

(2) Cfr. l'art. 38, comma 2-bis, ultimo periodo del d.lgs. 163/2006 secondo cui *“ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di*

interpretazioni non sempre univoche da parte della giurisprudenza amministrativa considerata anche la sua formulazione non proprio cristallina.

La giurisprudenza si è, infatti, dovuta interrogare su plurimi aspetti, tra i quali – per quanto di interesse in questa sede – quello dell’individuazione del momento a partire dal quale la fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte può considerarsi conclusa (e, pertanto, a decorrere il quale scatta il meccanismo di invarianza).

3.1. L’operatività del c.d. principio di invarianza della soglia di anomalia

Ad avviso del T.A.R. e secondo un diffuso indirizzo esegetico che il Collegio ha ritenuto di condividere⁽³⁾, la cristallizzazione della soglia di anomalia consegue alla sola adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva⁽⁴⁾.

Secondo tale filone interpretativo in particolare, nessuna norma del Codice stabilisce che il momento conclusivo della “*fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte*” (momento a decorrere dal quale scatta il meccanismo di invarianza) debba coincidere con quello dell’adozione del provvedimento di aggiudicazione provvisoria (ovvero della proposta di aggiudicazione) e che, pertanto, già a decorrere da tale momento non sia più possibile ricalcolare la soglia di anomalia.

Tale ricostruzione sarebbe invero da escludere, posto che la fase del controllo e delle verifiche (in ordine alla completezza e alla validità della documentazione posta a corredo delle offerte) non può ritenersi formalmente esaurita finché non venga adottato (e comunicato ai sensi dell’articolo 76, comma 5, lett. *a*) del Codice) il provvedimento di aggiudicazione definitiva. Pertanto, fino alla conclusione della fase di verifica della regolarità delle offerte e della relativa documentazione, il principio di invarianza non dovrebbe poter operare.

Tale orientamento, sviluppatosi nella vigenza del previgente codice appalti, pone inoltre l’accento sul fatto che – se a seguito dell’individuazione dell’“aggiudicataria provvisoria” la stazione appaltante fosse

.....
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”.

(3) Cfr. la giurisprudenza citata dalla sentenza in commento, tra cui T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 24 dicembre 2019, n. 3077 e la giurisprudenza ivi richiamata, tra cui, Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giuris., 5 aprile 2017, n. 159; 11 gennaio 2017, n. 14; 22 dicembre 2015, n. 740; nonché Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giuris., 19 febbraio 2018, n. 56.

(4) Per completezza, si segnala l’orientamento giurisprudenziale contrario (cfr., tra le più recenti, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 19 marzo 2020, n. 3449 e Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2017, n. 847 ivi citato; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 29 aprile 2019 n. 5385), secondo cui il momento dal quale opera il principio di invarianza della soglia di anomalia deve essere individuato nel momento dell’adozione della proposta di aggiudicazione.

privata del potere di completare ed ultimare le operazioni di verifica – il carattere “provvisorio” dell’aggiudicazione resterebbe svuotato di qualsiasi contenuto.

Tanto premesso e volendo declinare tali argomentazioni giuridiche alla luce dei nuovi istituti previsti dal Codice, giova richiamare il combinato disposto degli artt. 32, comma 5 e 33, comma 1 del Codice dal quale emerge come l’aggiudicazione definitiva non debba intendersi come una mera conferma della proposta di aggiudicazione, essendo necessario che l’organo competente ad approvare la predetta proposta di aggiudicazione svolga un’autonoma valutazione, avvalendosi dei pareri e delle attestazioni dei competenti servizi e uffici della stazione appaltante, onde pervenire alla vera e propria aggiudicazione definitiva.

Ne consegue che, a seguito dell’adozione della proposta di aggiudicazione e nelle more dell’aggiudicazione definitiva, l’organo competente secondo l’ordinamento della stazione appaltante potrebbe porre in essere una valutazione differente rispetto a quella svolta dal RUP in sede di adozione della mera proposta di aggiudicazione; tale differente valutazione, viceversa, sarebbe nondimeno preclusa qualora si ritenesse conclusa, con l’adozione della proposta di aggiudicazione, la “*fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte*” in quanto, in tal caso, il provvedimento di aggiudicazione definitiva si porrebbe come atto meramente confermativo dell’attività già svolta dal RUP.

Nel caso di specie, per effetto della prima graduatoria, nei confronti di I.I. S.r.l. era stata adottata, in data 1° agosto 2019, dal RUP, una mera proposta di aggiudicazione, che era stata comunicata alla ricorrente attraverso la PEC del gestore del sistema Sintel.

Ad avviso del T.A.R. non vi è dubbio che la comunicazione ricevuta tramite PEC del gestore del sistema Sintel debba considerarsi quale mera “proposta di aggiudicazione” in quanto, in primo luogo, nell’oggetto della comunicazione si specificava che l’appalto “è in aggiudicazione” e la formula, per quanto sintetica, non potrebbe che indicare la mancanza di un provvedimento di aggiudicazione definitiva; in secondo luogo, nella deliberazione del Direttore Generale dell’ASST, si dava atto che, dopo la redazione della prima graduatoria, era disposta la sola “aggiudicazione provvisoria”.

Infine, il bando di gara, al punto 19 (altre informazioni), prevedeva espressamente che “*il report (SINTEL) di aggiudicazione della gara tiene anche luogo di comunicazione ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 32 del d.lgs. 50/2016. L’aggiudicazione definitiva della gara è comunque subordinata alla previa presa d’atto del report di aggiudicazione SINTEL da parte della Direzione Aziendale dell’ASST*”; tale indicazione

confermerebbe il fatto che l'aggiudicazione definitiva sarebbe stata subordinata al successivo provvedimento della Direzione Aziendale dell'ASST.

Alla luce della sopra illustrata ricostruzione e aderendo all'orientamento giurisprudenziale sopra delineato, il Collegio muovendo dall'assunto che, nel caso di specie, non era ancora stato adottato alcun provvedimento di aggiudicazione definitiva, ha affermato l'impossibilità di applicare il principio di cui all'art. 95, comma 15 del Codice.

3.2. La *ratio* del c.d. principio di invarianza della soglia

Un secondo argomento utilizzato dal T.A.R. al fine di confermare la correttezza della condotta della stazione appaltante è quello che fa leva sulla *ratio* di tale principio.

Sul punto, il Collegio richiama una recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, del 12 febbraio 2020, n. 1117, che ha affrontato compiutamente il tema della portata applicativa dell'art. 95, comma 15 del Codice.

Il Giudice d'appello, in particolare, ha precisato che un'interpretazione basata esclusivamente sul dato letterale della norma porterebbe a conseguenze aberranti, nella misura in cui consentirebbe la formazione di medie automatiche anche consapevolmente inficiate da illegittime ammissioni (o esclusioni) di operatori economici.

Tali conseguenze, per converso, possono essere arginate solo mediante un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, la cui *ratio* risiede nella necessità di evitare che concorrenti non utilmente collocati in graduatoria promuovano giudizi meramente speculativi e strumentali, 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*"⁽⁵⁾. Si tratta, prosegue il Collegio, delle impugnazioni contro gli atti di gara proposte da imprese che per la loro collocazione in graduatoria non potrebbero mai conseguire l'aggiudicazione, se non sfruttando a proprio vantaggio gli automatismi insiti nelle modalità di formazione automatica della soglia di anomalia propria delle procedure da aggiudicare al massimo ribasso.

La norma è, pertanto, volta a paralizzare gli effetti riflessi sulla soglia di anomalia, derivanti da modifiche incidenti a posteriori sul novero degli operatori economici legittimamente partecipanti.

.....
 (5) Cfr. punto 12 della sentenza del Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1117 e la giurisprudenza ivi richiamata (Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 2018, n. 4664, cui aderisce Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013; e Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579).

Tale interpretazione, tuttavia, deve essere bilanciata con una distinta ma altrettanto importante esigenza ovvero quella di evitare che tale norma possa ledere il diritto di azione e di difesa in giudizio, oggetto di precise garanzie costituzionali (artt. 24 e 113 Cost.), ovvero i principi di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), che impongono alle stazioni appaltanti di pervenire all'individuazione - attraverso la procedura di gara - dell'offerta migliore, evitando quindi scelte casuali ed arbitrarie.

Nel caso di specie, l'applicazione dell'art. 95, comma 15 del Codice - secondo la lettura prospettata dalla parte ricorrente - impedirebbe di fatto alla stazione appaltante di addivenire alla scelta dell'offerta migliore e si porrebbe in contrasto con i summenzionati principi di rango costituzionale.

Da qui la necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 95, comma 15 del Codice che eviti soluzioni esegetiche palesemente irragionevoli e quindi in contrasto con i parametri costituzionali dell'art. 3 e dell'art. 97 della Costituzione.

4. La sentenza

Sulla base di quanto sin qui ricostruito, è possibile comprendere quanto affermato dal T.A.R. con la sentenza in commento.

In particolare, nel respingere il ricorso, il Collegio ha ritenuto che la sospensione della gara e la riammissione della società I. s.r.l. non fossero strumentalmente finalizzate a favorire o a danneggiare altri partecipanti alla gara, in quanto al momento della riammissione in gara, il RUP non aveva alcuna contezza del contenuto dell'offerta della società: tale riammissione, per contro, ha consentito un corretto calcolo della media e una corretta determinazione della soglia di anomalia e, in definitiva, la formazione di una graduatoria tale da far emergere realmente la migliore offerta; se non si fosse proceduto alla riammissione della società, la graduatoria si sarebbe, infatti, formata in maniera irragionevolmente casuale e per effetto di una mera anomalia del sistema informatico della stazione appaltante.