

Il principio di invarianza della soglia: limiti di operatività

di Esper Tedeschi

Data di pubblicazione: 2-3-2018

L'art. 95, comma 15, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e ss.mm. e ii (nuovo codice dei contratti pubblici), che sancisce il c.d. principio della invarianza della soglia, deve essere interpretato nel senso di rendere irrilevanti, sul calcolo della soglia, le vicende procedurali relative alla fase di ammissione alla gara in relazione alla documentazione amministrativa, senza, per questo, volere escludere che la soglia possa essere rideterminata nella fase procedimentale nella quale, aperte le buste contenenti le offerte economiche, si renda necessario verificare la legittimità/illegittimità dell'offerta economica *ex se*, in quanto, in tale fase procedurale, prevalenti esigenze di coerenza impongono alla stazione appaltante di rideterminare la soglia, tenendo conto esclusivamente delle offerte economiche di cui è stata verificata l'ammissibilità (*Fattispecie relativa alla rideterminazione della soglia dopo l'esclusione di un certo numero di concorrenti che non avevano indicato nell'offerta economica il costo della manodopera*).

Confermi: Cons. Stato, sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4107 e CGARS, Sez. I, 22 dicembre 2015, n. 740; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 2 novembre 2016, n. 2492.

Differmi: Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2017, n. 847 e 26 maggio 2015, n. 2609; TAR Piemonte, Sez. II, 17 maggio 2017, n. 632; T.A.R. Campania, sez. I, 2 febbraio 2016, 725.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 90 del 2018, proposto da: Pa.R.Ed S.r.l., G.Quadro S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Carlo Merani, Antonella Borsero, Andrea Cermele, con domicilio eletto presso lo studio Carlo Merani in Torino, Galleria Enzo Tortora N. 21;

contro

Ministero della Giustizia, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso per legge

dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Torino, domiciliata in Torino, corso Stati Uniti, 45; Dipartimento Amministrazione Penitenziaria, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Società Cooperativa Architetti Costruttori soc coop, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Scaparone, Jacopo Gendre, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Paolo Scaparone in N. 00090/2018 REG.RIC. Torino, via San Francesco D'Assisi 14;

per l'annullamento

- della determina di aggiudicazione definitiva, adottata in data 21 dicembre 2017 e comunicata via pec al ricorrente in data 27 dicembre 2017, a firma del Provveditore Regionale, con cui il Provveditorato Regionale Amministrazione Penitenziaria del Piemonte, Liguria e Valle d'Aosta ha aggiudicato alla società Cooperativa Architetti Costruttori Soc. Coop. la "Gara d'appalto relativa ai lavori di costruzione di un capannone destinato a sartoria industriale presso la casa circondariale di Biella – CIG 7228872DE0";
- del verbale di gara n. 4 in data 20 dicembre 2017 con cui il Seggio di gara – dopo aver già adottato il provvedimento di ammissione ed esclusione dei concorrenti dalla gara e determinato la soglia di anomalia delle offerte – ha provveduto all'esclusione di alcuni concorrenti in precedenza ammessi (ben 29 su 75) e al ricalcolo della soglia di anomalia delle offerte;
- per quanto occorrer possa del decreto n. 84/2017 in cui il Provveditorato Regionale Amministrazione Penitenziaria del Piemonte, Liguria e Valle d'Aosta ha revocato il decreto n. 81/2017 del 13 dicembre 2017, con cui veniva affidato l'incarico per la valutazione della proposta di aggiudicazione del Seggio di gara e la successiva approvazione definitiva in favore del raggruppamento temporaneo di imprese tra le società Pa.R.Ed S.r.l e G.Quadro S.r.l.;
- per quanto occorrer possa della lex specialis di gara, comprensiva di tutti i suoi documenti ed allegati;
- di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso con quelli impugnati. e per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra la società Cooperativa Architetti Costruttori Soc. Coop. e il Provveditorato Regionale Amministrazione Penitenziaria del Piemonte, Liguria e Valle d'Aosta N. 00090/2018 REG.RIC. e per la condanna al risarcimento del danno in forma specifica, con subentro del raggruppamento ricorrente nel contratto eventualmente stipulato tra la società Cooperativa Architetti Costruttori Soc. Coop. e il Provveditorato Regionale Amministrazione Penitenziaria del Piemonte, Liguria e Valle d'Aosta o, in subordine, per equivalente pecuniario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Società Cooperativa Architetti Costruttori Soc Coop

e del Ministero della Giustizia; Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 febbraio 2018 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

La ricorrente ha impugnato la determina di aggiudicazione definitiva della gara di appalto relativa ai lavori di costruzione di un capannone destinato a sartoria industriale presso la casa circondariale di Biella. Lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 95 co. 15 del d.lgs. n. 50/2016, l'eccesso di potere e la violazione del principio di semplificazione e stabilizzazione procedimentale. La gara è stata indetta con bando pubblicato in data 17.10.2017 e ha base d'asta di 1.700.000,00 €, da aggiudicarsi al prezzo più basso; trattandosi di gara sottosoglia il disciplinare ha previsto l'esclusione automatica delle offerte anomale. Alla gara hanno partecipato 77 concorrenti e, all'esito della valutazione della documentazione amministrativa, ne sono stati ammessi 75. Disposta l'ammissione/esclusione dei concorrenti, nella seduta pubblica del 13.12.2017, veniva sorteggiato il metodo di calcolo della soglia di anomalia e si procedeva alla apertura delle offerte economiche. Riscontrato che 29 offerte erano prive dell'indicazione del costo della manodopera, N. 00090/2018 REG.RIC. in possibile violazione di quanto prescritto dall'art. 95 co. 10 del codice dei contratti, la stazione appaltante le ammetteva con riserva di approfondimenti e calcolava la soglia di anomalia pari al 27,223%, esito cui conseguiva la proposta di aggiudicazione in favore della ricorrente. Il successivo 20.12.2017 la stazione appaltante, sciogliendo la riserva circa l'ammissibilità o meno delle offerte viziate al soccorso istruttorio, e ritenendo che la mancanza di indicazione del costo della manodopera non potesse essere sanata, escludeva i 29 concorrenti e ricalcolava la soglia di anomalia (divenuta pari al 27,9605%), con conseguente proposta di aggiudicazione in favore della controinteressata. Contesta parte ricorrente che, una volta note le offerte economiche, la stazione appaltante non avrebbe più potuto ricalcolare la soglia di anomalia. Si sono costituite l'amministrazione resistente e la controinteressata, contestando in fatto e diritto gli assunti di cui al ricorso. All'udienza cautelare del 14.2.2018 la causa, previo avviso alle parti, è stata discussa e decisa nel merito. Ritiene il collegio, pur ribadendo la linea interpretativa già sposata con la pronuncia Tar Piemonte, sez. II, n. 631/2017, che la stessa non porti, alla luce della peculiarità del caso di specie, agli esiti prospettati in ricorso. L'art. 95 co. 15 recita: "Ogni variazione (ndr della platea dei concorrenti) 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 corretta interpretazione dell'art. 95 co. 15 del nuovo codice dei contratti, che sancisce il cosiddetto principio dell'invarianza della soglia, è ampiamente controversa in giurisprudenza; si dibatte in particolare se la soglia cristallizzata ex lege sia immune anche da interventi in autotutela da parte dell'amministrazione e N. 00090/2018 REG.RIC. soprattutto a partire da quale momento del procedimento di gara si realizzi l'effetto di "sterilizzazione" (per la ricostruzione degli opposti orientamenti, che individuano tale momento rispettivamente nell'aggiudicazione definitiva ovvero nella proposta di aggiudicazione e dei rispettivi argomenti, si rinvia alla

sentenza di questo TAR, sez. II, n. 631/2017). La tensione interpretativa che investe la norma è l'inevitabile conseguenza del concentrarsi sulla stessa di opposte e pur meritevoli esigenze di buona gestione delle gare: la semplificazione, la legalità, la non prevedibilità del risultato a presidio della trasparenza. Questo TAR si è orientato in favore di una lettura tendenzialmente rigorosa del "principio di invarianza della soglia", volta ad anticiparne quanto più possibile gli effetti rispetto al momento di cognizione delle offerte economiche, ciò in particolare per scoraggiare iniziative strumentali dei concorrenti che, successivamente alla ammissione delle offerte (sulla base della valutazione della documentazione amministrativa), intentino un contenzioso strumentalizzabile al fine di ottenere vantaggi indiretti dalla modifica della soglia di anomalia una volta che la stessa è nota. La soluzione tiene anche conto della natura sostanzialmente convenzionale che la normativa assegna alla soglia di anomalia (in quanto frutto di un sorteggio suscettibile di modificare l'esito della gara in modo significativo senza relazione con oggettivi parametri economici, proprio alla luce della casualità intrinseca che caratterizza la disposizione), sicché non si comprende quale tassonomia di valori resterebbe lesa dalla cristallizzazione, in un senso o in un altro e ad un definito punto della gara, della soglia di anomalia. Ancora la disposizione ha la funzione di evitare veri e propri regressi procedimentali frutto di (pur legittimi ad ogni altro fine) ripensamenti successivi della stazione appaltante con effetto di semplificazione, coerentemente con una delle finalità proprie della riforma indicate anche dalla legge delega. Ciò nondimeno non può non prendersi atto della specificità del caso di specie, in N. 00090/2018 REG.RIC. cui nessuna delle due – talvolta contrastanti - finalità proprie della regola dell'invarianza della soglia (sterilizzazione del risultato rispetto alla cognizione delle offerte economiche ed oggettiva semplificazione procedimentale) potrebbe essere soddisfatta seguendo la tesi dei ricorrenti, in quanto la cognizione del vizio delle offerte che ha reso necessario un approfondimento circa l'ammissibilità o meno del soccorso istruttorio è coincisa con la cognizione delle offerte economiche; in sostanza è nella stessa fase procedimentale che doveva essere sciolto il dubbio di ammissibilità dei concorrenti e doveva essere calcolata la soglia di anomalia. Nel caso di specie, infatti, la disposta ammissione/esclusione non era legata ad una valutazione della documentazione amministrativa (come nell'ipotesi vagliata con la sentenza di questo TAR n. 631/2017, invocata dai ricorrenti), valutazione che fisiologicamente deve concludersi prima della fase di cognizione delle offerte economiche in quanto appartenente al precedente segmento procedimentale, bensì ad una carenza della stessa offerta economica oggetto di una prima "riserva di valutazione" da parte dell'amministrazione e non risolvibile a prescindere dalla cognizione delle offerte economiche. In tale contesto qualsivoglia valutazione della stazione appaltante è stata necessariamente svolta ad offerte economiche note e criterio di calcolo della soglia di anomalia determinato, sicché, nella scansione procedimentale, non è neppure astrattamente possibile garantire l'effetto di sterilizzazione della valutazione di ammissione dei concorrenti da ogni possibile considerazione di incidenza sull'esito della gara, perché tutti i necessari dati economici sono in quel momento già noti. Ne consegue che resta ammissibile una valutazione "ponderata" da parte dell'amministrazione che, immediatamente rilevata una problematica delle offerte ed evidenziata una necessità di approfondimento del giudizio, ha esplicitato una riserva – sciolta a brevissimo e nella stessa fase procedimentale – esprimendo poi un giudizio definitivo alla luce del quale ha "definitivamente" calcolato la soglia di anomalia. N. 00090/2018 REG.RIC. Lo stesso art. 95 co. 15 prevede che la platea delle offerte rilevanti per la determinazione della soglia di anomalia si cristallizzi all'esito della ammissione, esclusione o "regolarizzazione" e dunque tenga conto di tempestivi interventi di

soccorso istruttorio; proprio con riferimento alla possibilità o meno di un soccorso istruttorio – sempre nell’ambito della stessa fase procedimentale di cognizione delle offerte economiche – la stazione appaltante ha ritenuto necessario formulare la propria determinazione previo approfondimento, dunque in due sedute successive. La vicenda non appare paragonabile a quella analizzata nella sentenza n. 631/2017 in cui la problematica relativa alla ammissione/esclusione di un concorrente si era manifestata in una fase procedimentale precedente a quella deputata al calcolo della soglia di anomalia e non contestualmente alla stessa. Nel caso di specie, pertanto, imporre all’amministrazione di mantenere il primo conteggio di anomalia “provvisoriamente” disposto non raggiungerebbe lo scopo di sterilizzare il calcolo dalla cognizione delle offerte economiche e neppure quello di semplificazione procedimentale, non ponendosi alcun problema di regresso neppure rispetto ad una singola fase della procedura di aggiudicazione. Residua il solo valore della legalità che depone quindi, nella peculiarità del caso, per un calcolo effettuato alla luce della definitiva individuazione della corretta platea dei concorrenti, determinatasi dopo che la stazione appaltante ha deliberato la possibilità o meno di farli accedere al soccorso istruttorio. In definitiva pare al collegio che il meccanismo dell’invarianza della soglia: a) imponga alla stazione appaltante di esprimere, ai fini della determinazione della soglia di anomalia, una definitiva valutazione circa l’ammissibilità dei concorrenti alla luce della documentazione amministrativa e prima della cognizione delle offerte economiche (così ottenendosi il risultato della “sterilizzazione” di tali valutazioni da possibili suggestioni indotte dalla cognizione delle offerte economiche, oltre ad una semplificazione procedimentale); b) precluda la variazione della soglia di anomalia con veri e propri regressi procedimentali (come esito di contenziosi, a causa di ripensamenti della stazione N. 00090/2018 REG.RIC. appaltante e persino di eventi sopravvenuti, si pensi al concorrente che perda i requisiti successivamente alla proposta di aggiudicazione) rispetto a valutazioni da esprimersi in fasi procedimentali precedenti (così ottenendo il risultato di scoraggiare contenziosi strumentali e di realizzare una semplificazione amministrativa); c) non consenta una lettura meccanica del disposto normativo che, nell’ambito dell’unica fase procedimentale (e dunque senza garantire alcuna “casualità” degli effetti delle determinazioni della stazione appaltante sull’anomalia né alcuna semplificazione procedimentale) imponga all’amministrazione soluzioni incoerenti (per non dire illegittime), quali il ritenere contestualmente un concorrente non ammesso alla gara e pure determinante per l’individuazione della soglia di anomalia, senza che ciò risulti di oggettivo presidio ad altri concomitanti valori giuridici. Si ritiene pertanto che il ricorso non possa trovare accoglimento per la peculiarità del caso di specie. La novità della questione e le oscillazioni giurisprudenziali in materia giustificano la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso; compensa le spese di lite. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa. Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 14 febbraio 2018 con l’intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente

Savio Picone, Consigliere

Paola Malanetto, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura

La sentenza in commento, offre una lettura articolata dell'art. 95, co. 15, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 *ess.mm. e ii.* il quale dispone nel senso 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”*.

Ad avviso del T.A.R. piemontese, che pure, in differente occasione, si era pronunciata per una interpretazione rigorosa e letterale della disposizione citata (con la sent. [17 maggio 2017, n. 631](#)), l'intento normativo sarebbe nel senso di precludere che vicende relative alla fase di ammissione dei concorrenti al concorso delle offerte economiche finiscano con incidere sulla valutazione della soglia di anomalia. Ove, tuttavia, la fase di cognizione delle offerte economiche dovesse concludersi con la definitiva esclusione o ammissione alla gara di taluni concorrenti (anche, eventualmente, per effetto di pronuncia giurisdizionale o per esercizio del potere di autotutela della stessa stazione appaltante), resterebbero invece escluse, dalla portata del c.d. principio di irrilevanza desunto dalla norma, le differenti ipotesi in cui le cause di esclusione ineriscono alla successiva fase concernente l'«ammissione/esclusione» delle offerte economiche.

Ritiene, infatti, il decidente che sarebbe illogico ritenere che lo stesso legislatore abbia inteso che tutti i concorrenti “ammessi” nella prima fase procedimentale siano poi da considerarsi influenti sul calcolo della soglia dell'anomalia, anche se, poi, in definitiva, esclusi dalla gara, dalla stessa stazione appaltante, per avere formulato un'offerta economica inficiata da vizi non suscettibili di soccorso istruttorio (nel caso: per aver omesso di indicare il costo della manodopera).

A sostegno del proprio convincimento, il T.A.R. del Piemonte adduce (oltre la singolarità del caso concreto in rapporto sia al proprio sia ad altre pronunce di segno contrario) l'orientamento del Consiglio di giustizia per la Regione siciliana (Sez. I, 22 dicembre 2015, n. 740) e del Consiglio di Stato (sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4107), i quali hanno ritenuto che l'invariabilità della soglia opererebbe (in maniera vincolante per la stazione appaltante) solo nell'ipotesi di aggiudicazione definitiva.

L'anzidetta interpretazione, espressa in relazione a controversie assoggettate, *ratione temporis*, al previgente codice dei contratti, sarebbe adattabile al caso in esame, stante la coincidenza della disposizione contenuta nell'art. 95, comma 15, nuovo codice dei contratti e quella del previgente art. 38, comma 2 *bis*, ultimo inciso, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (introdotto dall'art. 39, comma 1, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 114).

Invero, la tesi propugnata in sentenza è suggestiva e non priva di logica ermeneutica, alla luce della sostanziale iniquità di contrari orientamenti, volti a cristallizzare gli esiti di una valutazione

di una soglia di anomalia effettuata sul presupposto di un concorso sovradimensionato rispetto al numero effettivo delle offerte, in concreto, ammesse alla gara, dopo che se ne è valutata la (il)legittimità, da parte della stazione appaltante. Tuttavia, resta il dubbio che siffatta interpretazione non risponda propriamente alla volontà normativa, per la collocazione sistematica e la formulazione letterale dell'art. 95, comma 15, del nuovo codice dei contratti, in correlazione alla tendenziale preferenza ordinamentale verso strumenti acceleratori delle procedure concorsuali temperate da misure riparatorie delle posizioni, eventualmente, ingiustamente lese (*sub specie* di risarcimento del danno).