

## **Possibili profili di legittimata costituzionale del c.d. principio di invarianza.**

*di Luca Pavia*

*Data di pubblicazione: 23-6-2024*

*Il c.d. principio di invarianza, previsto dall'art. 108, comma 12, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 si potrebbe porre in antinomia con gli artt. 97, 3 e 41 Cost. in quanto demanda alla condotta di un privato (mancata integrazione documentale all'esito dell'attivazione del soccorso istruttorio e conseguente esclusione del concorrente) il potere di determinare la soglia di anomalia, tra l'altro, in un momento in cui le offerte economiche sono ormai note e, quindi, con la possibilità di individuare la nuova soglia, con conseguente lesione anche del principio di trasparenza e di segretezza delle offerte.*

*Senza contare che esso contrasterebbe anche con il principio di uguaglianza e con quello di libertà di iniziativa economica in quanto la Pubblica Amministrazione potrebbe variare la soglia di anomalia anche dopo l'effettuazione del calcolo, con il conseguente rischio di determinare l'esclusione dell'originario aggiudicatario a cui, a causa della condotta di un privato, verrebbe sottratto il bene della vita agognato a favore di un altro concorrente.*

Publicato il 21/05/2024

N. 03280/2024 REG.PROV.COLL.

N. 06102/2023 REG.RIC.

### **REPUBBLICA ITALIANA**

#### **Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

#### **ORDINANZA**

sul ricorso numero di registro generale 6102 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Consorzio CADEL s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione

alla procedura CIG A019A8564E, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Caliendo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia ed eletto presso il suo studio in Napoli alla Via P. Colletta n. 12;

***contro***

Comune di Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Andreottola e Bruno Crimaldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia ed eletto presso il responsabile dell'ufficio di segreteria dell'Avvocatura Comunale in Napoli alla Piazza Municipio - Palazzo San Giacomo;

***nei confronti***

La Metropoli soc. coop. a r.l., non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

- (quanto al ricorso introduttivo):

1. del bando e del disciplinare per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria di Via Parco Regina Margherita - CUP: B67H18001620002 – CIG A019A8564E;
2. della proposta di aggiudicazione a favore dell'impresa La Metropoli soc. coop. a r.l.;
3. del verbale di gara del 13.12.2023;
4. del verbale di gara del 30.11.2023;
5. del verbale di gara del 7.12.2023;
6. di ogni altro atto, provvedimento, determina, delibera propedeutica, connessa o consequenziale, se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente;
7. del provvedimento recante il rigetto delle deduzioni difensive notificate al fine di ottenere la riammissione in gara della ricorrente;
8. della richiesta di soccorso istruttorio se ed in quanto lesivo degli interessi del ricorrente;
9. dell'invito ad integrare la documentazione di cui si ignorano estremi e contenuto;
10. del provvedimento di aggiudicazione lavori, se ed in quanto disposto a favore de La Metropoli soc. coop. a r.l.;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, ai sensi degli artt. 121 e ss. D.lgs. 104/10, ove medio tempore stipulato tra l'Amministrazione Appaltante e l'eventuale ulteriore aggiudicataria in via definitiva della gara e con espressa richiesta della ricorrente di

conseguire l'aggiudicazione della gara, per essere in possesso dei requisiti tecnico/organizzativi e per essere subito disponibile e all'immediata stipula del contratto – subentrando, quindi, in luogo dell'aggiudicataria – e all'immediato avvio di lavori messi a gara;

- (quanto ai motivi aggiunti depositati l'8/3/2024):

11. della determinazione dirigenziale n. 04/1058K del 15/2/2024, comunicata il giorno 8.3.2024, ad oggetto: *“Aggiudicazione efficace alla ditta La Metropoli Società Cooperativa [...] in avvalimento con la ditta AURORA 78 Società Cooperativa di Produzione e Lavoro a responsabilità limitata [...] dei lavori di “Manutenzione straordinaria di via del Parco Regina Margherita” Impegno sul Capitolo di spesa 236055/10 Codice di Bilancio 10.05-2.02.01.09.012 bilancio 2024-2025”;*

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, ai sensi degli artt. 121 e ss. D.lgs. 104/10, ove medio tempore stipulato tra l'Amministrazione Appaltante e l'eventuale ulteriore aggiudicataria in via definitiva della gara e con espressa richiesta della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione della gara, per essere in possesso dei requisiti tecnico/organizzativi e per essere subito disponibile e all'immediata stipula del contratto – subentrando, quindi, in luogo dell'aggiudicataria – e all'immediato avvio dei lavori messi a gara.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Napoli;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti l'art. 1 della L. cost. 9 febbraio 1948, n. 1 e l'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 maggio 2024 il dott. Giuseppe

Esposito e uditi per le parti gli avvocati Mario Caliendo e Bruno Crimaldi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

1. – *I fatti di causa.*

Con bando pubblicato sulla Gazzetta ufficiale V serie speciale - contratti pubblici n. 129 dell'8/11/2023, il Comune di Napoli ha indetto la gara d'appalto per i lavori di manutenzione

straordinaria della Via Parco Regina Margherita, dal valore complessivo di € 2.129.758,06, da aggiudicare con il criterio del minor prezzo, avvalendosi della c.d. inversione procedimentale (art. 16 del disciplinare: *“Ai sensi dell’art. 107 comma 3 del Codice, la Stazione Appaltante esaminerà le offerte economiche prima della verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e di quelli di idoneità e di capacità degli offerenti”*).

Nella prima seduta del 30/11/2023 il Seggio di gara procedeva all’apertura delle 144 offerte economiche dei concorrenti e le dichiarava tutte valide, determinando la soglia di anomalia nel - 39,62429%, mediante il calcolo elaborato dal software di gestione della procedura, così pervenendo all’individuazione delle offerte automaticamente escluse (per ribassi pari o superiori alla soglia di anomalia) e di quelle non anomale, nell’ordine della percentuale di ribasso.

Da questa operazione il Consorzio ricorrente era risultato primo in graduatoria, con il ribasso del 39,6183%.

Nella stessa seduta il seggio ha poi disposto di sottoporre alla verifica della documentazione amministrativa i primi due concorrenti in graduatoria, nonché gli ulteriori 8 operatori economici, pari per approssimazione al 5% dei partecipanti, come previsto dall’art. 17 del disciplinare (*“Il RUP o il seggio di gara attiverà la procedura di elaborazione della graduatoria attraverso la piattaforma informatica e successivamente procederà alla verifica della documentazione amministrativa contenuta nella busta A sia dei soggetti individuati come primo e secondo in graduatoria che di un campione significativo del 5% dei concorrenti in gara estratto casualmente dalla stessa piattaforma. Qualora ricorrano le ipotesi di cui all’art. 101 del Codice, si provvederà all’attivazione della procedura di soccorso istruttorio”*).

Ad eccezione del Consorzio ricorrente e di altro operatore economico sorteggiato, gli altri 8 concorrenti sono stati ammessi a regolarizzare la documentazione, per vari rilievi (garanzia provvisoria inferiore all’1%, riferibilità del contratto di avvalimento alla disciplina anteriore non più vigente, carenza della documentazione, chiarimenti per la dichiarazione di ricorso al subappalto).

Nella successiva seduta del 7/12/2023 il seggio ha dichiarato conforme la documentazione di 5 concorrenti, ha rinnovato il soccorso istruttorio per uno di essi e ha riproposto la richiesta di soccorso istruttorio per due concorrenti, per i quali non v’era certezza in ordine all’invio della precedente comunicazione.

Infine, nella seduta del 13/12/2023 il seggio ha preso atto che era già pervenuto nei termini il plico del concorrente per il quale era stato rinnovato il soccorso, ne ha verificato il contenuto e dichiarato conforme la documentazione, mentre per i due concorrenti per i quali era stato riproposto il soccorso istruttorio ha riscontrato che gli stessi non vi hanno fornito riscontro, conseguentemente escludendoli dalla gara.

All’esito di queste operazioni, il seggio ha rinnovato il calcolo della soglia di anomalia, rideterminata stavolta nel - 39,56298%.

Dal nuovo calcolo è scaturita la collocazione al primo posto della graduatoria della controinteressata La Metropoli soc. coop. a r.l., con il ribasso del 39,555%.

Per l'effetto, in favore di quest'ultima è stata proposta l'aggiudicazione, poi disposta con la determinazione dirigenziale del 15/2/2024.

Il Consorzio CADEL ha impugnato con il ricorso introduttivo la proposta, i verbali della Commissione e gli atti presupposti e connessi, nonché con i motivi aggiunti l'aggiudicazione, chiedendone l'annullamento e formulando le richieste trascritte in epigrafe.

Il Comune di Napoli si è costituito in giudizio per resistere, affidando le proprie difese alla memoria depositata, alle quali ha replicato la ricorrente. Non si è costituita in giudizio la controinteressata La Metropoli soc. coop. a r.l., alla quale il ricorso introduttivo è stato notificato il 27/12/2023 (nonché i motivi aggiunti, in data 8/3/2024).

L'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza del 19 gennaio 2024 n. 154. Per l'udienza di merito le parti hanno prodotto scritti difensivi.

Stante l'avvenuta proposizione dei motivi aggiunti, l'udienza pubblica del 14 marzo 2024 è stata rinviata ad altra data, nel rispetto dei termini a difesa. Il Comune ha depositato ulteriore memoria.

All'udienza pubblica dell'8 maggio 2024 la causa è stata assegnata in decisione.

## 2. - *L'oggetto del giudizio.*

### 2.1. *La questione controversa.*

L'esame rimesso al Tribunale concerne il c.d. principio di invarianza nella determinazione della soglia di anomalia, ovvero sia l'individuazione del momento che segna il limite oltre il quale la soglia determinata resta insensibile a ogni modifica che possa incidervi.

L'art. 108, comma 12, del codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, ha stabilito che:

*<<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>>.*

Come emerge dalla ricostruzione sopra operata, il Comune di Napoli ha proceduto due volte alla determinazione della soglia di anomalia, dapprima a seguito dell'apertura delle offerte economiche (avendo fatto ricorso all'inversione procedimentale) e, successivamente, all'esito del soccorso istruttorio e dopo aver disposto l'esclusione di due concorrenti, prima di

aggiudicare la gara.

L'operato dell'Ente si mostra conforme al disposto dell'art. 108, comma 12, citato che, fissando nel provvedimento di aggiudicazione il limite ultimo per la modifica della soglia di anomalia, ammette la variazione che intervenga prima di quel momento.

Senonché, per le motivazioni e nei termini che saranno esposti, il Collegio dubita della legittimità costituzionale dell'art. 108, comma 12, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

## *2.2. Le tesi di parte ricorrente.*

Con censure coincidenti (contenute nel ricorso introduttivo e nei motivi aggiunti), il Consorzio CADEL innanzitutto sostiene che l'art. 108 citato vada interpretato nel senso che, *“una volta conclusa la «fase» procedimentale riguardante l'apertura delle offerte, le sopravvenienze non possono essere prese in considerazione dalla stessa Amministrazione”* (pag. 7 del ricorso).

Alla tesi esposta si accompagna l'affermazione secondo cui, in ogni caso, una volta prescelta l'inversione procedimentale, l'esito del soccorso istruttorio non avrebbe potuto incidere sulla determinazione della soglia di anomalia già effettuata.

Ciò in quanto non potrebbe essere affidato agli operatori economici il destino della selezione e l'individuazione dell'aggiudicatario, di fatto consentendo – siccome erano conosciute le proposte economiche di tutti i concorrenti – di incidere, con la scelta di regolarizzare o meno la propria offerta, sulla nuova soglia di anomalia.

## *3. – La questione di legittimità costituzionale.*

Come anticipato, il Collegio dubita della costituzionalità della norma e ritiene di dover rimettere alla Corte Costituzionale la questione di legittimità dell'art. 108, comma 12, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, ravvisandone la rilevanza nel presente giudizio e la non manifesta infondatezza.

### *3.1. La rilevanza nel presente giudizio.*

Si è detto innanzi che il Comune di Napoli, procedendo alla variazione della soglia di anomalia prima di procedere all'aggiudicazione della gara, ha conformato il proprio operato alla disposizione legislativa in questione.

Il dubbio di costituzionalità della norma menzionata riveste un profilo di particolare rilievo, allorquando la stazione appaltante abbia fatto ricorso all'inversione procedimentale, posto che in tal caso tutte le offerte economiche dei concorrenti sono state conosciute.

Pertanto, solleva perplessità la modifica della soglia di anomalia che avverrebbe a seguito della successiva esclusione di uno o più concorrenti, all'esito del soccorso istruttorio, quando tutti i valori economici degli offerenti sono noti.

In tale evenienza, è ipotizzabile che si possa calcolare in anticipo quale variazione della soglia si produrrebbe, a seconda del numero dei concorrenti che vengono in seguito definitivamente ammessi e dell'esclusione di altri concorrenti.

Verrebbero in tal modo contraddetti i principi della segretezza delle offerte e, sul piano che più direttamente investe la questione di legittimità costituzionale, i principi di buon andamento (art. 97 Cost.), di uguaglianza (art. 3 Cost.) e di libertà di iniziativa economica privata (art. 41), come sarà esposto appresso.

La questione è rilevante nel presente giudizio, risultando che il legislatore abbia propeso per una scelta dal chiaro e inequivocabile significato, stabilendo che il momento determinante per il c.d. principio di invarianza, che determina l'immodificabilità della soglia di anomalia, è dato dal provvedimento di aggiudicazione, espressamente disponendo ciò, *"tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale"*.

L'art. 108 non si presta ad alcuna possibile diversa interpretazione, dovendo dalla sua applicazione conseguire il rigetto del ricorso e dei motivi aggiunti, avendo il Comune di Napoli improntato il proprio operato a quanto la norma dispone.

È infondata anche l'ulteriore tesi prospettata dal ricorrente, secondo cui il soccorso istruttorio non era attivabile per i due concorrenti che, non avendo fornito riscontro ed essendo stati infine esclusi, hanno con il loro comportamento determinato la modifica della soglia di anomalia.

Invero, il soccorso istruttorio è attivabile per ogni ipotesi di regolarizzazione della domanda, con il solo divieto di integrazione postuma dei requisiti (cfr., da ultimo, Cons. Stato - sez. V, 18/4/2024 n. 3522).

Ne discende che non è censurabile l'attivazione del sub-procedimento da parte della stazione appaltante, per la regolarizzazione di profili riguardanti il DGUE e la riferibilità del contratto di avvalimento all'attuale normativa (Bi.Pa. Costruzioni s.r.l.), nonché il documento PassOE e l'importo della garanzia provvisoria (I.G. Invest s.r.l.), ovverossia attinenti ad integrazioni e chiarimenti della documentazione prodotta, che possono formare oggetto della richiesta di regolarizzazione.

Conclusivamente, il ricorso e i motivi aggiunti andrebbero respinti, tuttavia manifestandosi ad avviso del Collegio il dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 108, comma 12, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, che induce a sollevare d'ufficio la questione, in relazione a quanto previsto dall'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87.

Ciò posto, prima di passare alla valutazione della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, giova premettere l'*excursus* normativo e il riferimento alla giurisprudenza che ha consolidato il c.d. principio di invarianza, trasfuso nella norma di legge censurata.

L'art. 39, comma 1, del D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge

11 agosto 2014, n. 114, inserì all'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 il comma 2-bis, il quale disponeva, all'ultimo periodo, 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, ne' per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte”*.

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

Va segnalato che detto 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, ne' per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte”*.

È significativo rilevare che la modifica si sostanzava nell'aggiunta dell'aggettivo numerale ordinale, tale da fissare il momento di operatività del principio di invarianza alla *“prima”* ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte.

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

L'attuale codice dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, ha fissato all'art. 108, comma 12, l'enunciata regola secondo cui: *“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, ne' 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”*.

Come risulta dalla Relazione del 7 dicembre 2022 del Consiglio di Stato agli articoli e agli allegati sullo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, si è preso atto dell'elaborazione giurisprudenziale formatasi (cfr. pag. 159 della Relazione: *“Al comma 12, in sostanziale continuità con la regola vigente, si prevede che l'esclusione di uno o più concorrenti dalle procedure, intervenuta anche a seguito di una pronuncia giurisdizionale, successivamente all'aggiudicazione, non rileva ai fini del calcolo delle medie nella procedura ne' per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte eventualmente stabilita dai documenti di gara e non produce conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara”*).

Invero, la giurisprudenza è pervenuta a individuare nel momento dell'aggiudicazione il *“dato storico”* a cui aver riguardo per cristallizzare la graduatoria formatasi, a seguito della determinazione della soglia di anomalia (cfr., tra le molteplici, Cons. Stato - sez. V, 31/10/2022 n. 9381, p. 2.2.2).

### 3.2. La non manifesta infondatezza.

Ad avviso del Collegio, nella formulazione dell'art. 108, comma 12, del d.lgs. 31 marzo 2023,

n. 36 è ravvisabile un contrasto con gli artt. 97, 3 e 41 della Costituzione.

### 3.2.1. Il contrasto con l'art. 97 della Costituzione.

I principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità dell'Amministrazione inducono ad escludere che l'esito della procedura di evidenza pubblica possa, in qualsivoglia modo, farsi dipendere dal comportamento di un concorrente.

Nella fattispecie all'esame, è palesato che la determinazione della soglia di anomalia (che aveva condotto a proporre l'aggiudicazione in favore del concorrente con il miglior ribasso), sia stata poi influenzata dal mancato riscontro alla richiesta di soccorso istruttorio dei due offerenti che, con il loro comportamento, hanno determinato l'effetto di produrne la rinnovazione e determinato l'esito di aggiudicare la gara ad altro concorrente.

In particolare emerge che, prescelto il ricorso all'inversione procedimentale, erano conosciute le offerte economiche di tutti concorrenti e, pertanto, era calcolabile la variazione della soglia di anomalia che, nella suddetta evenienza, sarebbe intervenuta (tenuto peraltro conto che l'effettuazione del calcolo attraverso *software* rende tutto sommato agevole prefigurare le diverse situazioni rappresentabili).

Già questa circostanza indurrebbe a dubitare della conformità alla Costituzione della regola di diritto che, nel caso di inversione procedimentale, violerebbe il principio di segretezza delle offerte economiche e quello della trasparenza del procedimento, quale corollario del principio di imparzialità che regge le procedure ad evidenza pubblica (cfr. per il principio generale, seppure in tema di divieto di commistione con l'offerta tecnica, Cons. Stato - sez. V, 14/3/2022 n. 1785: *"Il principio della segretezza dell'offerta economica è a presidio dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), sub specie di trasparenza e par condicio dei concorrenti [...] La peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica, impone che la tutela copra non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio"*).

In questo contesto, stride con i canoni costituzionali del buon andamento e imparzialità la possibilità, concessa alla Pubblica Amministrazione, di operare (quale effetto del comportamento di un concorrente) successive determinazioni della soglia di anomalia, sino all'aggiudicazione.

Il principio del buon andamento esige che l'operato della Pubblica Amministrazione debba essere esente da ogni (ancorché ipotetico) condizionamento e indifferente a una soluzione in luogo di un'altra, che possa anche solo astrattamente farsi dipendere da un fattore esterno rimesso alla volontà o al comportamento del privato.

Nel contempo, il principio di imparzialità opera nel senso di imporre alla Pubblica Amministrazione la parità di trattamento tra tutti concorrenti, garantendo lo svolgimento di un procedimento insensibile a ogni influenza (se ne rinverrebbe un indiretto riflesso nel nuovo codice dei contratti pubblici che, proprio per l'ipotesi di inversione procedimentale, garantisce il rispetto di criteri di selezione *"in maniera imparziale e trasparente"*: art. 107, co. 3, del d.lgs.

31 marzo 2023, n. 36).

Nel caso di specie, si è ripetutamente detto che le offerte economiche di tutti concorrenti erano note e, quindi, poteva prevedersi la valutazione a cui il seggio di gara sarebbe pervenuto, qualora i concorrenti destinatari del soccorso istruttorio non avessero risposto alla richiesta, in spregio all'esigenza di rendere inconoscibile la valutazione medesima, sino al momento in cui la stessa è resa.

Tanto esposto, ritiene il Collegio che sarebbe maggiormente rispondente alle suesposte esigenze l'individuazione di un unico momento, corrispondente all'originaria determinazione della soglia di anomalia, oltre il quale la stessa resta insensibile a qualsivoglia sopravvenienza, sia per effetto di pronunce giurisprudenziali che in conseguenza dell'esclusione di concorrenti (con riguardo alle prime, la giurisprudenza ha costantemente ravvisato il fondamento della regola nella preclusione alle iniziative dei concorrenti, 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*”), così ritenendo che: “*La norma è stata dunque intesa per paralizzare gli effetti riflessi sulla soglia di anomalia, derivanti da modifiche incidenti a posteriori sul novero degli operatori economici legittimamente partecipanti*”: Cons. Stato - sez. V, 12/2/2020 n. 1117, con richiamo a precedenti conformi; conf., più di recente, Cons. Stato - sez. V, 30/1/2023 n. 1034).

Anche nel caso all'esame è apprezzabile la medesima esigenza di non sovvertire la valutazione compiuta, per l'incomprimibile necessità di evitare un andamento “altalenante” della gara (cfr. Cons. Stato - sez. III, 27/4/2018 n. 2579, sulla scelta del legislatore di “*assicurare preminente interesse alla conservazione degli atti di gara, nonostante la successiva esclusione di taluno dei concorrenti*”).

Tale essendo la *ratio* del principio di invarianza, preme dunque al Collegio evidenziare che la *reductio ad unum* della regola fa sì che la determinabilità della soglia di anomalia debba coincidere con l'apertura delle offerte economiche in seduta pubblica, momento comune ad ogni tipo di procedura e che segna il limite temporale oltre il quale non può più essere variata la soglia stabilita.

Infatti, è con l'apertura delle offerte in seduta pubblica, rendendosi note le proposte economiche dei concorrenti ammessi, che è consentito di procedere alla determinazione della soglia di anomalia (attraverso un mero calcolo aritmetico, completamente privo di discrezionalità valutativa), la quale resta insensibile ad ogni successiva variazione del numero dei concorrenti, che possa valere a mutare l'esito dell'operazione, sia per effetto di pronunce giurisprudenziali che in conseguenza dell'esclusione di concorrenti, ove si sia fatto ricorso all'inversione procedimentale.

A tal riguardo, è significativo evidenziare che – come riepilogato innanzi – il legislatore si era mostrato edotto dell'esigenza di fissare il principio di invarianza in un momento antecedente all'aggiudicazione, ancorandolo alla “*prima*” determinazione della soglia (non più sovvertibile, dunque, dopo di allora).

Tuttavia, come detto innanzi la novella, in tal senso introdotta, all'art. 95, comma 15, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, dall'art. 1, comma 1, lett. s), n. 4), del D.L. 18 aprile 2019, n. 32 (stabilendo l'insensibilità di ogni variazione successiva "*alla fase amministrativa di prima ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte*") non è stata recepita nella legge di conversione 14 giugno 2019, n. 55.

Ne consegue che l'art. 108, comma 12, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, limitatamente all'inciso "successivamente al provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale", è sospettabile di contrasto con i predetti canoni costituzionali.

### *3.2.2. Il contrasto con gli artt. 3 e 41 della Costituzione.*

Il Collegio reputa, altresì, che la norma si ponga in contrasto con gli artt. 3 e 41 della Costituzione.

Emerge il dubbio che collida con il rispetto del principio di uguaglianza e con la preservazione della libertà di iniziativa economica privata la disposizione che consente alla Pubblica Amministrazione di variare la soglia di anomalia sino al momento dell'aggiudicazione, ancorché ne abbia già effettuato il calcolo, da cui sia risultato aggiudicatario un determinato soggetto.

Invero, come si è detto, allorquando venga ricalcolata la soglia di anomalia pur se tutte le offerte economiche sono conosciute, è preventivabile che la soglia finisca con l'essere giocoforza variata e come essa si modifichi, in conseguenza del comportamento dell'operatore economico, che decida di fornire riscontro o meno alla richiesta di integrazione.

In tal caso, l'effetto è fatto dipendere dalla volontà di un soggetto privato, "arbitro" della sorte della gara e che di fatto dispone del potere di sottrarre all'originario aggiudicatario il bene della vita agognato, favorendone il conseguimento per un altro concorrente.

È palesabile, in tale evenienza, la lesione del principio di uguaglianza tra tutti concorrenti e la compromissione alla libera esplicazione dell'iniziativa economica.

Per inciso, osserva il Collegio che il nuovo codice dei contratti pubblici esige la conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede, che impone la protezione nei confronti del concorrente, tutelando all'art. 5 l'affidamento dell'operatore economico il quale, significativamente, vien radicato "*anche prima dell'aggiudicazione*" (comma 2), così prefigurando una situazione giuridica immeritevole di essere lesa laddove, senza sua colpa, il concorrente abbia confidato di poter conseguire l'aggiudicazione e veda svanire tale risultato.

4. Conclusivamente, per le considerazioni che precedono, va dichiarata rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 108, comma 12, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, limitatamente all'inciso "*successivamente al provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale*", in relazione agli artt. 97, 3 e 41 della Costituzione.

Pertanto, va sospeso il giudizio e ordinata la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, nonché la notifica della presente ordinanza alle parti in causa e al Presidente del Consiglio dei Ministri e, altresì, la comunicazione ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 108, comma 12, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, nei termini di cui motivazione.

Dispone per l'effetto la sospensione del presente giudizio e la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

Ordina che, a cura della Segreteria del Tribunale amministrativo, la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa e al Presidente del Consiglio dei Ministri, nonché comunicata ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2024 con

l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giuseppe Esposito, Consigliere, Estensore

Pierangelo Sorrentino, Primo Referendario

## Guida alla lettura

Con l'ordinanza in commento il TAR Campania (Napoli) ha evidenziato dubbi circa la legittimità costituzionale del c.d. **principio di invarianza**, previsto dall'art. 108, comma 12, del nuovo codice dei contratti pubblici e ha, pertanto, sollevato la relativa questione alla Corte Costituzionale.

Prima di esaminare il merito della decisione, occorre premettere che il principio *de quo* è stato inserito nell'art. 38 del d.lgs. 163/06 ad opera del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114).

Nello specifico, il comma 2-*bis* della suddetta disposizione prevedeva 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*».

Il principio in esame è stato, poi, trasfuso nell'art. 95, comma 15, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, mentre l'attuale codice prevede, all'art. 108, comma 12, che 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*».

Tanto premesso, appare, quindi, evidente che, come correttamente osservato dal Giudice remittente, il legislatore ha inequivocabilmente stabilito che il momento determinante per il c.d. **principio di invarianza**, che, come visto, **determina l'immodificabilità della soglia di anomalia**, è dato dal **provvedimento di aggiudicazione**, anche qualora la stazione appaltante decida di ricorrere alla c.d. **inversione procedimentale**.

Ebbene, si tratta di una scelta che il Collegio ha ritenuto in contrasto con gli artt. 97, 3 e 41 della Costituzione.

Nello specifico, esso si porrebbe in contrasto con i **principi di buon andamento e imparzialità** e **demanderebbe** alla condotta di un **privato** (mancata integrazione documentale all'esito dell'attivazione del soccorso istruttorio e conseguente esclusione del concorrente) il **potere di determinare la soglia di anomalia**, tra l'altro, in un momento in cui le offerte economiche sono ormai note e, quindi, **con la possibilità di individuare la nuova soglia** qualora i concorrenti intimati non avessero risposto alla richiesta con più o meno semplici operazioni aritmetiche, con conseguente criticità anche per il **principio di segretezza delle offerte**; il quale, come noto, essendo connesso alle esigenze di trasparenza, rappresenta un **corollario del principio di imparzialità** che deve reggere le procedure di evidenza pubblica.

Ne consegue che, a parere del Collegio, il momento in cui la **soglia di anomalia diventa insensibile** a qualsivoglia **sopravvenienza**, sia per effetto di pronunce giurisprudenziali sia in conseguenza dell'esclusione di concorrenti, **dovrebbe coincidere con l'apertura delle offerte economiche** in seduta pubblica che dovrebbe indicare il limite temporale oltre il quale non può più essere variata la soglia stabilita.

Per la tesi in esame, inoltre, la disposizione censurata **contrasterebbe** con il principio di **uguaglianza** e con quello di **libertà di iniziativa economica** in quanto, proprio come nel caso in esame, **consentire alla Pubblica Amministrazione di variare la soglia di anomalia** sino al momento dell'aggiudicazione, ancorché ne abbia **già effettuato il calcolo**, **rischierebbe** di ripercuotersi inevitabilmente sulle sorti della gara determinando **l'esclusione** dell'originario **aggiudicatario** a cui, a causa della condotta di un privato (mancata integrazione documentale da parte di un concorrente e conseguente sua esclusione), verrebbe **sottratto il bene della vita agognato** a favore di un altro concorrente a seguito della condotta di un privato.

Sul punto il Giudice remittente non ha mancato di evidenziare che una siffatta ipotesi, oltre che con i principi costituzionali enunciati, si porrebbe in insanabile antinomia con **principio di**

**buona fede**, in quanto lederebbe un concorrente che, senza colpa, abbia **confidato di poter conseguire l'aggiudicazione**.