

Il nuovo volto della gara pubblica: la stella polare è il risultato da perseguire nel rispetto dei diversi principi già immanenti nel sistema appalti.

di Giulio Valerio Sciarra

Data di pubblicazione: 13-1-2025

I principi introdotti dal Legislatore con il nuovo Codice dei contratti, il d.lgs. n. 36 del 2023, devono considerarsi immanenti nel sistema, in quanto espressione di valori primari che affondano le loro radici nei precetti di cui all'articolo 97 Cost.

Esiste un preciso obbligo degli enti committenti e delle stazioni appaltanti di ispirare le scelte discrezionali più al raggiungimento del risultato sostanziale che a una lettura 'meramente formale' della legge di gara, ciò al fine di conseguire un contesto partecipativo ispirato all'attuazione della massima concorrenzialità nel segmento di mercato interessato (il caso concreto), altrimenti preclusa dall'interpretazione formalistica della lex specialis

Nelle procedure di gara va applicato il principio di conservazione degli atti giuridici, previsto quale criterio di interpretazione dei contratti dall'art. 1367 c.c. e pacificamente applicabile anche agli atti e provvedimenti amministrativi, inclusi gli atti delle gare pubbliche (Cons. Stato, n. 4991 del 2016, id. n. 1177 del 2014): ed invero, il principio di conservazione, sancito anche a livello di normazione amministrativa dall'art. 21nonies, comma 2, della l. n. 241 del 1990, espressione del principio di economicità ed efficacia dell'attività amministrativa (di cui all'art. 1, comma 1, della l. n. 241 del 1990), non può non coniugarsi, in una visione più ampia, con il principio, introdotto dall'art. 9 del d.lgs. n. 36 del 2023, di conservazione dell'equilibrio contrattuale e del dovere ex fide bona di rinegoziazione del contratto, in una logica manutentiva che ispira il sistema ordinamentale.

Publicato il 27/11/2024

N. 09510/2024REG.PROV.COLL.

N. 03407/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3407 del 2024, proposto da Provincia Autonoma di Trento, in persona del Presidente *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9643468989, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliana Fozzer e Sabrina Azzolini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giuliana Fozzer in Trento, piazza Dante, n. 15;

contro

Green Scavi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alfredo Biagini e Andrea Giuman, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Stradasfalti s.r.l. in proprio e quale mandataria del RTI con la mandante Zampedri Lorenzo s.r.l., in proprio e nella qualità di mandante del RTI con la mandataria Stradasfalti s.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. - della Provincia di Trento n. 42/2024, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Green Scavi s.r.l.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2024 il Cons. Annamaria Fasano e preso atto delle richieste di passaggio in decisione senza discussione, depositate dagli avvocati Giuliana Fozzer e Alfredo Biagini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società Green Scavi s.r.l. proponeva ricorso dinanzi al Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento, riferendo di essere un'impresa operante nel settore dell'edilizia pubblica e privata e che, a seguito di invito della Provincia Autonoma di Trento, aveva partecipato, insieme ad altri dieci operatori del settore, tra cui la società Stradasfalti s.r.l. e Zampedri Lorenzo s.r.l. (in seguito anche solo ATI Stradasfalti), alla procedura selettiva finalizzata all'affidamento dei lavori denominati '*Opera S – 951: Lavori di allargamento e sistemazione della <<Curva del Palloncino rosso>> sulla S.S. 45 bis <Gardesana occidentale>*'.

I lavori erano stati appaltati mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. b) del decreto legge n. 76 del 16 luglio 2020, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, dell'art. 3 della l.p. 23 marzo 2020, n. 2 e degli artt. 30 comma 5 bis e dell'art. 33 della l.p. 10 settembre 1993, n. 26, prevedendo quale metodo di aggiudicazione quello del prezzo più basso, determinato mediante offerta a prezzi unitari, ex art. 3, comma 3, della predetta l.p. n. 2 del 2020 e dell'allora vigente art. 16, comma 3, della legge provinciale 9 marzo 2016, n. 2. L'importo complessivo dell'appalto era pari ad euro 1.512.586,92 e la categoria prevalente (e unica) dei lavori era la OG3 (strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie, linee tranviarie, ecc.). Con puntuale previsione recata dai paragrafi 5, lettera e), e 5.1 della lettera di invito risultava stabilita l'esclusione automatica delle offerte anomale, ai sensi dell'art. 40 della l.p. n. 26 del 1993 e dell'art. 63 del relativo Regolamento di attuazione della suddetta legge provinciale, approvato con decreto del Presidente della Provincia di Trento 11 maggio 2012, n. 9 – 84/Leg.

La ricorrente precisava che, in applicazione del sistema di cui all'art. 63 bis del Regolamento in materia di lavori pubblici e del relativo Allegato N bis, mediante l'applicativo SAP SRM, veniva calcolato per ogni singolo concorrente l'indicatore della sostenibilità economica dell'offerta, secondo quanto previsto nel documento '*Criterio per l'individuazione ed esclusione automatica delle offerte anomale*', e venivano individuate le offerte anomale.

Le operazioni di gara si concludevano con l'aggiudicazione dei lavori all'ATI composta da Stradasfalti s.r.l. e Zampedri Lorenzo s.r.l., prima in graduatoria con un ribasso pari al 34,049%, seguita dalla società Green Scavi s.r.l. con un ribasso pari al 25,161%.

In applicazione dei criteri per l'individuazione delle offerte anomale, venivano automaticamente escluse le offerte presentate dalle imprese collocatesi al terzo, quarto e ottavo posto in graduatoria, con un ribasso rispettivamente del 25,070%, del 24,320% e del 19,643%.

La società Green Scavi s.r.l. proponeva istanza di accesso agli atti, che veniva parzialmente evasa dalla Provincia di Trento, la quale negava l'accesso al file di elaborazione

dell'anomalia in quanto non facente parte della documentazione di gara ma, a dire della stessa Provincia, mero strumento finalizzato al calcolo dell'anomalia tramite le formule di cui all'Allegato N bis dell'art. 63 bis del DPP 11 maggio 2012 n. 9 -84/Leg (Regolamento lavori pubblici). La ricorrente, tramite nota a prot. n. 273206 del 7 aprile 2023, reiterava l'istanza di accesso agli atti, che veniva accolta dall'Amministrazione, con esclusione del foglio di calcolo sopra indicato e per le medesime ragioni.

2. Con il ricorso introduttivo, la società Green Scavi s.r.l. impugnava l'aggiudicazione di cui al verbale rep. n. 71 del 22-23.3.2023, disposta nei confronti dell'ATI composta da Stradasfalti s.r.l. e Zampedri Lorenzo s.r.l., censurando nel contempo anche il diniego di accesso agli atti. Il ricorso era pure finalizzato a gravare la disciplina provinciale relativa all'esclusione automatica delle offerte anomale nella parte in cui disciplinava il calcolo della soglia dell'anomalia in maniera difforme rispetto alla corrispondente disciplina di fonte statutale. La società allegava la circostanza per cui, se alla procedura fosse stata applicata la normativa nazionale prevista dall'art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016, essa stessa avrebbe conseguito l'aggiudicazione dei lavori anziché l'ATI controinteressata, come invece era avvenuto.

La società lamentava che l'art. 63 bis e l'Allegato N bis del decreto del Presidente della Provincia 11 maggio 2012, n. 9-84/Leg. (regolamento di attuazione della l.p. n. 26 del 1993), che prevedevano l'esclusione automatica delle offerte anomale e il calcolo della soglia di anomalia in maniera differente rispetto alla disciplina nazionale di cui all'art. 97 del d.lgs. n.50 del 2016, si ponevano in violazione dell'art. 40 della l.p. n. 26 del 1993, poiché la relativa norma non prevedeva la possibilità di disciplinare tramite regolamento l'anomalia in maniera difforme rispetto alla fonte normativa nazionale, la quale non disciplinava indicatori di sostenibilità economica dell'offerta e dei costi di manodopera. Secondo la ricorrente, le norme regolamentari oggetto di censura erano, altresì, in contrasto con l'art. 117, lett. e) della Costituzione, in quanto avevano disciplinato un settore di esclusiva competenza statale, ovvero quello inerente alla tutela della concorrenza.

L'art. 63 bis e l'Allegato N bis del suddetto Regolamento violavano anche il principio di buon andamento della pubblica amministrazione, in quanto conducevano all'effetto paradossale, verificatosi nella fattispecie, di qualificare come anomale, e conseguentemente escludere dalla gara, offerte che presentavano un ribasso inferiore rispetto all'offerta collocatasi prima in graduatoria.

La società lamentava che laddove l'art. 63 bis e l'Allegato N bis del Regolamento non si dovessero considerare in contrasto con l'art. 40 della l.p. n. 26 del 1993, si ponevano comunque in violazione dell'art. 117 lett. e) della Costituzione, introducendo una disciplina dell'anomalia diversa da quella indicata dall'art. 97, commi 2 e 2 bis del d.lgs. n. 50 del 2016.

All'esito del deposito del foglio di calcolo della soglia di anomalia da parte della stazione appaltante, la società ricorrente depositava ricorso per motivi aggiunti, lamentando l'errore commesso dall'Amministrazione nelle operazioni di calcolo, che avevano portato alla determinazione del ribasso dell'offerta presentata dalle controinteressate, sostenendo la necessità di una revisione dei conteggi. Inoltre, dall'esatta applicazione del criterio di calcolo derivava, ad avviso della Green Scavi s.r.l., un indice di sostenibilità della propria offerta pari a

2,232, e non a 2,414, misura che risultava comunque superiore alla soglia individuata di 2,000.

3. Nelle more del giudizio, che su istanza della Provincia Autonoma di Trento veniva rinviato, l'Amministrazione disponeva l'avviso del procedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione. La Provincia riferiva che l'annullamento in autotutela era stato previsto con riguardo alle determinazioni assunte mediante l'utilizzo del foglio di calcolo per l'esclusione delle offerte anomale e, conseguentemente, era stato limitato alla disposta aggiudicazione a favore del costituendo raggruppamento tra le imprese Stradasfalti s.r.l. e Zampedri Lorenzo s.r.l., così come risultante dal verbale rep. n. 71/2023 d.d. 23 marzo 2023, rimanendo *'inalterata la validità delle offerte presentate in gara da tutte le Imprese ammesse'*.

Inoltre, con l'annullamento, veniva stabilito che *'A ciò seguirà la formazione della graduatoria sulla base delle stesse e, quindi, la verifica di anomalia in contraddittorio con l'impresa prima classificata nella graduatoria stessa da parte della struttura provinciale competente nel merito'*.

In particolare, la Provincia Autonoma di Trento evidenziava che le formule utilizzate nel foglio di calcolo avevano determinato l'attribuzione automatica di un coefficiente di 0,90 ai concorrenti che avevano mantenuto invariato non solo il costo della manodopera, come indicato dalla *lex specialis* di gara, ma anche il costo dei trasporti e noli ed il costo dei materiali.

La società Green Scavi s.r.l., con memorie, precisava di aver sostenuto, con motivi aggiunti, che la formula risultava errata in quanto, a differenza dell'indicatore del costo della manodopera in relazione al quale la *lex specialis* prevedeva un correttivo, quest'ultimo risultava assente nel caso dei 'noli e dei materiali'. Pertanto, i motivi aggiunti erano fondati laddove veniva rilevato che la pedissequa, e doverosa, applicazione della formula prevista per il costo di 'noli' e 'materiali' avrebbe dovuto condurre la Commissione ad attribuire il valore di 0, oltre al fatto che il 'divieto di alterare la formula di calcolo prevista nel bando è inviolabile', per cui la Commissione era tenuta a dare applicazione della formula nei termini previsti dalla lettera di invito e, senza alcuna applicazione 'in analogia' di qualsivoglia correttivo, assegnare il punteggio 0 alla voce avente ad oggetto i predetti costi di 'noli' e 'materiali'.

Nel corso del giudizio, la Stazione appaltante adottava il *'Provvedimento di annullamento aggiudicazione'* prot. n. 0772731, nell'ambito dell'appalto dei lavori denominato *'Opera S – 951: Lavori di allargamento e sistemazione della <Curva del Palloncino Rosso> sulla S.S. 45 Bis <Gardesana Occidentale nel Comune di Trento>'* con cui veniva disposto l'annullamento dell'aggiudicazione della procedura in oggetto in capo al costituendo raggruppamento tra l'impresa Stradasfalti s.r.l. e l'impresa Zampedri Lorenzo s.r.l.

Con verbale di 'Seconda seduta' di gara rep. n. 353 del 17.10.2023, l'annullamento dell'aggiudicazione della procedura di cui trattasi veniva confermato; in particolare l'Amministrazione provvedeva ad annullare, in via di autotutela, *'le determinazioni assunte mediante l'utilizzo del foglio di calcolo – come descritte nel medesimo provvedimento – per l'esclusione delle offerte anomale con il sistema MES di cui all'art. 63 bis del d.p.p. 11'*

maggio 2012, n. 9 – 84/Leg e, conseguentemente, la disposta aggiudicazione a favore del costituendo raggruppamento tra le imprese Stradasfalti s.r.l. e Zampedri Lorenzo s.r.l. così come risulta dal verbale rep. n. 71/2023 d.d. 23 marzo 2023 e dalla successiva comunicazione di aggiudicazione prot. n. 0227971 d.d. 23 marzo 2023’.

Nello specifico, con il verbale di ‘Seconda seduta’ di gara rep. n. 353 del 17.10.2023 si precisava: *‘dà atto che si dispone l’annullamento limitatamente all’aggiudicazione, mantenendo valide le offerte già presentate in gara da tutte le imprese ammesse, procedendo alla formazione della graduatoria sulla base delle offerte già presentate in gara da tutte le imprese ammesse e, quindi, alla verifica di anomalia in contraddittorio con l’impresa prima classificata nella graduatoria stessa da parte della struttura provinciale competente nel merito’*. L’Amministrazione disponeva, altresì, di *‘annullare, sul sistema SAP – SRM, l’esclusione automatica delle offerte col calcolo matematico’* nonché di *‘rigenerare la graduatoria sulla base della percentuale di ribasso offerta da ciascun concorrente con le offerte in ordine decrescente di ribasso’*.

Con un secondo ricorso per motivi aggiunti, Green Scavi impugnava l’annullamento dell’aggiudicazione a suo tempo disposta con il verbale rep. n. 71/2023 d.d. 23 marzo 2023 a favore del costituendo raggruppamento tra le imprese Stradasfalti s.r.l. e Zampedri Lorenzo s.r.l., sostenendo di avere interesse ad ottenere la rimozione del *‘Provvedimento annullamento aggiudicazione’* e del conseguente verbale di gara, poiché mediante tali atti la Stazione appaltante aveva illegittimamente disposto la sostituzione del metodo dell’esclusione automatica delle offerte anomale con quello della verifica in contraddittorio, senza modificare in autotutela la *lex specialis* nella parte in cui prevedeva l’esclusione automatica delle offerte anomale. Secondo la ricorrente, il provvedimento di annullamento, adottato dall’amministrazione aggiudicatrice in autotutela era illegittimo anche nella parte in cui aveva ad oggetto la sola aggiudicazione e non si estendeva alla graduatoria della gara.

In tal senso, la società rilevava che l’amministrazione aggiudicatrice, non avendo disposto in autotutela la modifica delle *lex concorsualis* nella parte in cui essa prevedeva la sola esclusione automatica delle offerte anomale, e non anche la possibilità di ricorrere alla verifica della congruità in contraddittorio, aveva adottato un atto endoprocedimentale illegittimo, ossia un atto con il quale si era disposto la verifica in contraddittorio con l’impresa offerente della congruità dell’offerta risultante anomala in base al metodo di calcolo matematico.

Con memoria conclusionale, la società Green Scavi s.r.l. osservava che lo scrutinio del secondo atto di motivi aggiunti assumeva carattere pregiudiziale, poiché con tale atto era stato gravato il provvedimento a mezzo del quale l’Amministrazione appaltante aveva annullato *in parte qua* l’aggiudicazione, disponendo in corso di gara la sostituzione dell’esclusione automatica delle offerte anomale con la verifica facoltativa di congruità del contraddittorio.

4. Le società controinteressate, a mezzo di memoria, rappresentavano di aver presentato distinto ricorso avverso il provvedimento prot. 772731 d.d. 16.10.2023 ed il successivo verbale di gara n. 353 d.d. 17.10.2023, nonché ai relativi atti presupposti, mediante i quali era stato disposto l’annullamento in autotutela dell’aggiudicazione della procedura di gara. Chiedevano, pertanto, la riunione del giudizio con quello in esame R.G. n. 61/2023. Con il

suddetto ricorso, recante R.G. n. 170 del 2023, l'ATI Stradasfalti lamentava che il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione prot. 772731 dd. 16.10.2023 derivava dalle criticità riscontrate quanto alle formule in concreto utilizzate dal seggio di gara, per il calcolo dell'indicatore di sostenibilità delle offerte, laddove avevano determinato l'attribuzione di un punteggio minimo di 0,8 (anziché 0) a tutte le componenti delle voci 'noli e trasporti' e 'materiali', per le quali i concorrenti avevano mantenuto invariato il costo a base di gara. Tali formule, contenute nel foglio di calcolo impiegato al fine della rilevazione delle anomalie nelle offerte, non erano esplicitamente indicate negli atti di gara, determinando una discrasia, e, in ragione di ciò, la Stazione appaltante aveva deciso l'annullamento dell'aggiudicazione.

Il sub procedimento di verifica in contraddittorio della congruità dell'offerta dell'ATI prima in graduatoria si concludeva il 16.1.2024 con una valutazione di congruità dell'offerta medesima. Quindi, a norma dell'art. 3 della l.p. n. 2 del 2020 e ss.mm., all'esito della terza seduta pubblica di gara del 19.1.2023, il costituendo raggruppamento tra l'impresa Stradasfalti s.r.l. e l'impresa Zampedri Lorenzo s.r.l. veniva dichiarato aggiudicatario della gara medesima con il ribasso percentuale del 34,049%, ed un importo complessivo, comprensivo di oneri della sicurezza, pari ad euro 1.015.584,38, fatte salve le verifiche circa il possesso di requisiti di partecipazione dichiarati nel corso della procedura di affidamento.

Con il terzo ricorso per motivi aggiunti, Green Scavi impugnava il verbale di gara rep. n. 15 del 2024, unitamente ai 6 verbali dell'attività del Gruppo di lavoro che aveva vagliato la congruità dell'offerta, e la lettera della Provincia in data 16 gennaio 2024, ritenuti dalla ricorrente illegittimi in via derivata, in quanto il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto era affetto in via derivata dei medesimi vizi sollevati con il secondo atto di motivi aggiunti avverso il presupposto provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione del 16.10.2023, e il conseguente verbale di 'Seconda seduta' rep. 353 del 17.10.2023.

5. Il Tribunale regionale di giustizia amministrativa della Regione autonoma Trentino – Alto Adige/Sudtirolo, sede di Trento, previa riunione dei ricorsi numero registro generale 61 e 70 del 2024, con sentenza n. 42 del 2024, quanto al ricorso n. 61 dichiarava improcedibile il ricorso introduttivo e il primo ricorso per motivi aggiunti e accoglieva, nei sensi di cui in motivazione, il secondo e il terzo ricorso per motivi aggiunti e, per l'effetto, annullava nei limiti di interesse della ricorrente Green Scavi s.r.l. il provvedimento prot. n. 0772731 del 16 ottobre 2023, e il verbale di seconda seduta di gara rep. n. 353 del 17 ottobre 2023 di annullamento dell'originaria aggiudicazione di cui al verbale rep. n. 71 del 22-23.03.2023, nonché annullava l'aggiudicazione disposta con il verbale di terza seduta di gara rep. n. 15 del 22 gennaio 2024. Quanto al ricorso n. 170, lo respingeva nei sensi di cui in motivazione. Con riferimento al ricorso n. 170, il Tribunale precisava: *<ovvero in quanto ancorchè ragionevole l'applicazione pure al 'costo dei noli e trasporti e al 'costo dei materiali' di un correttivo che la legge di gara ha indicato esclusivamente in relazione al costo della manodopera, costituisce un'interpretazione praeter verba legis, che integra una modifica implicita della lex specialis, configurando come tale una discrasia che ha legittimamente determinato l'annullamento dell'aggiudicazione in autotutela da parte della Stazione appaltante>*.

In particolare, gli impugnati provvedimenti, dichiaratamente limitati all'annullamento dell'aggiudicazione, venivano dichiarati illegittimi *<nella parte in cui mantenendo l'originaria*

graduatoria preannunciano l'applicazione del provvedimento di verifica di anomalia in contraddittorio' per violazione, in via del tutto assorbente, delle disposizioni della lex concorsualis, mai annullate e/o revocate dalla Provincia, che contemplavano l'esclusione automatica delle offerte anomale, nonché della presupposto norma provinciale contenuta nell'art. 63 del richiamato d.P.P. 11 maggio 2012, n. 9 – 84/Leg>.

Il TRGA affermava che: *<il secondo atto di motivi aggiunti deve pertanto essere accolto con conseguente annullamento in parte qua degli atti impugnati, vale a dire laddove questi si riferiscono alla conservazione dell'originaria graduatoria e all'applicazione del procedimento di verifica di anomalia in contraddittorio>.* Secondo il Collegio di prima istanza, era necessario procedere alla riedizione delle operazioni di gara dalla fase relativa alla verifica dell'anomalia, tenuto conto che: *<l'ATI Stradasfalti potrà essere esclusa dalla gara solo dopo l'accertamento da parte della Stazione appaltante della sussistenza in concreto dei presupposti di cui al paragrafo 4) dei 'Criteri per l'individuazione ed esclusione automatica delle offerte anomale', in applicazione del MES secondo apposite indicazioni: 1) se il punteggio dell'indicatore della sostenibilità economica dell'offerta, corretto secondo il coefficiente "SU" di cui al paragrafo 3 dei "Criteri per l'individuazione ed esclusione automatica delle offerte anomale", risulta inferiore a 2,0000; 2) se l'indicatore complessivo del costo della manodopera dell'offerta, determinato secondo le formule previste dall'allegato N bis, risulta inferiore a 0,80 e se il costo della manodopera è pari o inferiore alla media aritmetica degli importi complessivi del costo della manodopera di tutte le offerte ammesse; 3) se l'indicatore complessivo del costo della manodopera dell'offerta, determinato secondo le formule previste dall'allegato N bis, risulta inferiore a 0,70>.*

6. La Provincia Autonoma di Trento (in seguito anche solo PAT) ha proposto appello parziale avverso la suddetta pronuncia, sulla base delle seguenti censure: *"1. Error in iudicando in relazione al capo XII della sentenza – Eccesso di potere per erroneità dei presupposti e travisamento degli atti dell'istruttoria della PAT – Omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio – Motivazione illogica, contraddittoria e carente; 2. Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione della lex specialis – Eccesso di potere per contraddittorietà intrinseca, per erroneità dei presupposti e travisamento degli atti dell'istruttoria della PAT – Omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio – Motivazione illogica, contraddittoria e carente; 3. Error in iudicando – Eccesso di potere giurisdizionale – Violazione di legge e falsa applicazione del comma 7, art. 63 del D.P.P. 12 maggio 2012, n. 9 – 84/Leg attuativo dell'articolo 40 della L.P. n. 26/1993, richiamato dalla lex specialis – Eccesso di potere per interpretazione errata e contraria ai principi, anche di derivazione euro – unitaria, in materia di valutazione dell'anomalia in contraddittorio con l'offerente e di risultato – motivazione illogica e contraddittoria".*

7. La società Green Scavi s.r.l. si è costituita in resistenza, concludendo per il rigetto del gravame.

8. Questa Sezione, con ordinanza cautelare n. 1835 del 2024, ha accolto l'istanza cautelare ai sensi dell'art. 55, comma 10, c.p.a.

9. All'udienza del 17 ottobre 2024, la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

10. Con il primo motivo di appello, la Provincia lamenta l'erroneità della sentenza impugnata, assumendo che Collegio di prima istanza imporrebbe di fatto all'Amministrazione di applicare il sistema MES senza il correttivo dello 0,8, omettendo completamente di considerare i risultati emersi dall'istruttoria svolta dalla Stazione appaltante, e posti a base della decisione di annullare parzialmente in autotutela la prima aggiudicazione, ovvero che, senza l'applicazione del correttivo, il MES non funzionerebbe correttamente rispetto allo scopo di individuare le offerte anormalmente basse e di aggiudicare la gara alla migliore offerta. L'appellante deduce che, applicando il sistema MES senza correttivi in esecuzione della sentenza, su 11 offerte presentate, 7 (quasi i 2/3) risulterebbero anomale. Nello specifico, del tutto irragionevolmente, a essere penalizzate sarebbero le offerte che per le diverse voci di costo non si sono scostate dai prezzi a base di gara, come tali già ritenuti congrui dall'Amministrazione medesima.

11. Con il secondo mezzo, l'appellante censura la sentenza impugnata, lamentando che il Collegio di prime cure avrebbe richiamato il principio per cui la *lex specialis* dovrebbe essere interpretata in termini strettamente letterali, posto che, per assicurare il rispetto dei principi dell'affidamento e di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, le regole ivi contenute vincolerebbero l'operato dell'Amministrazione senza riservare alcun margine di discrezionalità, concludendo che la Provincia avrebbe posto in essere 'in via estemporanea e di fatto' e in assenza di condizioni di incertezza, una non consentita modifica delle regole di gara cristallizzate nella *lex specialis*, che avrebbe comportato la disapplicazione di essa.

L'Ente ricorrente sostiene che tali affermazioni del TRGA di Trento non risulterebbero condivisibili né legittime, in quanto: a) la tesi ermeneutica, secondo cui '*né il comma 7 né il comma 8 dell'art. 63 del d.P.P. 11 maggio 2012, n. 9 – 841/Leg*' ammetterebbero la possibilità di ricorrere sempre e comunque al contraddittorio con il concorrente interessato ai fini della verifica della congruità dell'offerta, si fonderebbe su una lettura atomistica, parziale ed errata della *lex specialis* priva di riscontri oggettivi, e sarebbe assunta in violazione agli effettivi contenuti della medesima; laddove il Tribunale, escludendo dal richiamo dell'art. 40 della l.p. n. 26/1993 la previsione attuativa, di cui all'art. 63, comma 7, del D.P.P. 12 maggio 2012, n. 9 -84/Leg, ravviserebbe infondatamente l'esistenza di una modifica postuma della stessa *in parte qua*, da parte della Stazione appaltante; b) tale errata interpretazione sarebbe frutto del travisamento dell'istruttoria condotta dalla Provincia, e dell'omessa considerazione del fatto decisivo, per cui la mancata applicazione del correttivo per i costi relativi a 'noli, trasporti e materiali' essenziale per il corretto funzionamento del sistema MES – la cui non menzione nella *lex specialis* è stata alla base della scelta necessitata determinata in via di autotutela dalla PAT, convalidata con la gravata sentenza - determinerebbe una situazione di incertezza; c) in considerazione dei vizi di cui ai punti che precedono, risulterebbe conseguentemente infondata la ritenuta impossibilità di invocare a giustificazione della scelta determinata in autotutela dalla Provincia il principio di 'conservazione degli atti amministrativi'.

Ad avviso dell'appellante, pur in presenza dell'astratta applicabilità dell'esclusione automatica prevista nella *lex specialis*, l'art. 63, comma 7, del DPP 12 maggio 2012, n. 9 – 84/Leg attuativo dell'art. 40 della l.p. n. 26/1993 risulterebbe ricompreso nel richiamo della *lex*

specialis, in quanto parte integrante del complesso normativo in funzione del quale è stato adottato, consentendo in ogni caso alla Stazione appaltante di verificare in contraddittorio le offerte che paiono anormalmente basse, senza che sia possibile ravvisare alcuna inammissibile modifica *ex post* della legge di gara. Inoltre, entrambi gli articoli 63 e 63 bis del regolamento di attuazione detterebbero la disciplina applicativa dell'art. 40 cit., stabilendo le modalità di calcolo matematiche per la definizione della soglia di anomalia delle offerte, determinanti la relativa esclusione automatica, sicché tali norme non potrebbero essere lette disgiuntamente, né potrebbero essere oggetto di una considerazione atomistica.

Secondo la Provincia, sarebbe priva di fondamento l'operazione di estrapolare da tale contesto unitario la norma speciale dell'art. 63 bis relativamente alle modalità di calcolo ivi prescritte, in presenza del numero di offerte pari a 11, senza tenere conto della annessa disposizione di sistema prevista dal comma 7 dell'art. 63, la cui immanenza non consentirebbe di ipotizzare alcuna modifica postuma, di fatto o estemporanea, come erroneamente ravvista dal Tribunale di prima istanza. Il Collegio, inoltre, avrebbe omesso di considerare che l'art. 63, comma 7, cit., atterrebbe in tutti i casi ad un istituto di carattere generale, come tale non necessitante di espressa previsione negli atti di gara, consentendo alla Stazione appaltante di verificare in contraddittorio le offerte che paiono anormalmente basse, senza che nel caso si specie possa ravvisarsi alcuna inammissibile modifica *ex post* della legge di gara.

L'appellante lamenta, inoltre, la contraddittorietà della pronuncia, nella parte in cui si reputa, da un lato, ragionevole la necessità dei correttivi applicati, ma dall'altro si conferma l'impossibilità di avvalersene per le ragioni di legittimità formale rilevate dalla Provincia. La scelta dell'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione e, quindi, della successiva formazione della graduatoria sulla base delle offerte già presentate in gara da tutte le imprese ammesse, e della verifica di anomalia in contraddittorio dell'offerta presentata prima classificata, sarebbero state debitamente attuate in base al principio di conservazione degli atti di gara.

12. Con la terza doglianza, la Provincia censura la sentenza impugnata nella parte in cui dichiara l'esclusione dell'*alternatività del contraddittorio in sostituzione dell'esclusione automatica*, ammettendo solo l'ipotesi della verifica svolta in via residuale, atteso che tale assunto non avrebbe ragione di essere nel caso di specie, dove l'incertezza della sostenibilità dell'offerta è derivata dal metodo di esclusione automatica sulla scorta dei risultati già ottenuti dal sistema MES in sé corretto, ma comportante la discrasia con la formulazione presente negli atti di gara rilevata dalla Stazione appaltante. Ad avviso della ricorrente, soltanto con riferimento alle modalità di calcolo ai fini dell'individuazione delle offerte anomale, l'art. 63 si porrebbe come norma generale rispetto alla previsione speciale contenuta nell'art. 63 bis (comma 1), essendo prevista in ogni caso, considerato il principio del risultato richiamato dall'art. 1 del d.lgs. n. 36 del 2023, dalla giurisprudenza, anche di derivazione europea, la possibilità per la Stazione appaltante, anche ricorrendo l'applicazione del metodo di esclusione automatica delle offerte, di attivare la verifica di anomalia in contraddittorio.

13. I motivi di ricorso, in quanto attinenti a profili connessi, vanno esaminati congiuntamente.

14. L'appello è fondato e va accolto per i rilievi di seguito enunciati.

14.1. Nei propri scritti difensivi, l'Ente ricorrente riferisce - circostanza di fatto non smentita dagli esiti processuali - che, preso atto delle indicazioni contenute in sentenza, il Servizio Opere stradali e ferroviarie della PAT valutava se, sotto il profilo tecnico, fosse matematicamente possibile seguire le indicazioni della sentenza concernenti l'applicazione del MES, ponendo in essere una verifica mediante simulazione.

Nella specie, il Servizio applicava il sistema MES, secondo le indicazioni in sentenza, calcolando la soglia di anomalia senza applicare il correttivo dello 0,8 alle voci relative ai 'noli, trasporti' ed ai 'materiali'.

In particolare, dalla nota del Servizio prot. n. 283458 d.d. 11 aprile 2024, si rileva che: *'dal punto di vista tecnico, sotto il profilo puramente matematico, sia possibile, secondo le indicazioni della sentenza del TRGA di Trento n. 42/2024, procedere all'applicazione del MES senza assegnare il valore correttivo 0,8 alle voci relative ai noli ed ai materiali nel caso in cui valori statistici (media mediana ecc) della specifica componente di prezzo dichiarata dai diversi concorrenti convergano in un unico valore (pari a 0). Nelle tabelle esplicative allegate vengono evidenziati i passaggi numerico matematici che portano all'esito della verifica di anomalia, secondo le indicazioni della sentenza, ovvero i calcoli ivi riportati sono il frutto dell'applicazione del sistema MES senza il correttivo 0,8 per noli e materiali. Come si può notare nella tabella 'analisi offerte con MES' alla colonna 'Q' il valore assegnato risulta pari a 0 sia nei casi in cui è pari a 0 il peso della lavorazione, sia quando la colonna 'C' è pari contemporaneamente ai valori delle colonne 'N', 'O' e 'P' è pari a 0 (cioè, quando tutte le offerte confermano il valore posto a base di gara). Attribuire un peso nullo in questa fattispecie è evidentemente insensato in quanto verrebbe considerata negativamente ai fini dell'anomalia l'offerta 'i -esima' che conferma l'ipotesi progettuale oltre che essere identica a tutte le altre offerte. Nel caso in cui, invece, si applicasse il coefficiente correttivo 0.8 quando tutte le offerte confermano la valutazione posa a base gara ($R_i=R_0=R_{max}=R_{10}$), viene attribuito a tutte le offerte il valore corrispondente al 'ribasso minimo' per la singola voce di prezzo che corrisponde per l'appunto a 0,80. In altre parole, nel caso in cui la componente della voce di prezzo risulti la medesima per tutti i concorrenti e non si applichi il coefficiente correttivo 0.8, il sistema attribuisce un coefficiente che incide negativamente sul giudizio di anomalia. Questo è chiaramente insensato in quanto tale eventualità si manifesta anche quando i concorrenti confermano il valore della componente di prezzo previsto dal progetto a base di gara. Nel caso in cui, invece, nella medesima fattispecie, si applichi il coefficiente correttivo 0.8, il sistema attribuisce un coefficiente neutro sul giudizio di anomali. Questo, evidentemente è corretto tanto più se i valori offerti dai concorrenti si attestano sul valore previsto a base di gara'.*

Nella relazione si legge un rilievo importante: *'Parimenti si evidenzia che l'applicazione del sistema MES senza i suddetti correttivi, secondo le indicazioni della sentenza in questione, porta a conclusioni illogiche ed in particolare all'esclusione di n. 7 offerte su n. 11, in quanto anomale. A sostegno di quanto sopra esposto, si riscontra che se tutti i partecipanti alla gara offrissero per ogni singola voce di prezzo quanto presente nel progetto, quindi confermando per intero la valutazione progettuale, risulterebbero tutti ugualmente anomalia con indicatore della manodopera pari a 0.9 e gli indicatori relativi a noli a materiali pari a 0'.*

Orbene, le emergenze processuali hanno consentito di accertare che l'applicazione del MES, secondo le indicazioni fornite dalla sentenza impugnata, porterebbero all'individuazione di n. 7 offerte anomale, su n. 11 offerte presentate, mentre l'applicazione del sistema MES con correttivo 0,8, effettuata originariamente nella gara prima dell'autotutela parziale disposta dalla Stazione appaltante, aveva individuato n. 3 offerte anomale su 11 offerte presentate.

Inoltre, l'applicazione del MES, sempre secondo le indicazioni della sentenza, porterebbe all'esclusione dell'offerta dell'ATI Stradasfalti, che è risultata congrua, sia prima, con l'applicazione del criterio automatico di individuazione delle offerte anomale attraverso il sistema MES (con correttivo 0,8), sia a seguito dell'autotutela, con la verifica in contraddittorio dell'anomalia dell'offerta.

14.2. Ciò premesso, il quadro normativo relativo alla disciplina, vigente *ratione temporis*, del metodo di calcolo della soglia di anomalia dell'offerta è il seguente.

L'art. 40 della l.p. n. 26 del 1993, rubricato '*Offerte anomale e turbative di gara*' prevede che:

"1. L'amministrazione aggiudicatrice procede alla valutazione delle offerte anomale ed alla loro esclusione dalla procedura concorsuale secondo le modalità ed i criteri automatici fissati nel regolamento di attuazione definiti anche sulla base di elementi specifici di costo diversi dal ribasso formulato dagli operatori economici.

2. Qualora vi sia fondato motivo di ritenere sussistenti accordi tra imprese volti a condizionare il risultato della gara, il presidente della commissione dà avviso al Presidente della Giunta provinciale per l'attivazione della procedura di cui all'articolo 8, comma 3".

L'art. 63 bis del Regolamento di attuazione stabilisce:

"- (comma 1) in attuazione del citato art. 40 della l.p. n. 26/1993, detta le disposizioni per la valutazione dell'anomalia delle offerte e della congruità del costo della manodopera sulla base di elementi specifici di costo diversi dal ribasso formulato dagli operatori economici attraverso la produzione di analisi prezzi mediante procedura telematiche;

- (comma 2) si applica alle procedure di affidamento di lavori pubblici di importo superiore a 500.000 euro e fino alla soglia di rilevanza europea, con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso determinato mediante il sistema dell'offerta a prezzi unitari".

Inoltre, il predetto articolo, al comma 3, dispone che: *" l'amministrazione aggiudicatrice predispose il modello di offerta economica nel quale vengono indicate, con riguardo a ciascuna voce dell'elenco prezzi del progetto posto a base di gara, le seguenti componenti dell'analisi prezzi: a) codice della voce; b) categoria SOA di appartenenza della voce secondo la classificazione dei lavori di progetto; c) descrizione della voce; d) tipo (modalità di contabilizzazione) – a misura o a corpo); e) unità di misura; f) quantità; g) costo della manodopera; h) costo dei noli e trasporti; i) costo materiali; l) arrotondamento (eventuale); m) spese generali; b) utile d'impresa".*

I successivi commi da 6 a 9 dell'art. 63 – bis del Regolamento di attuazione contengono le indicazioni circa l'attribuzione dei punteggi, il calcolo dell'indicatore della sostenibilità economica dell'offerta e il calcolo dell'esclusione automatica delle offerte.

14.3. Tenuto conto dei rilievi prospettati con il gravame, il Collegio ritiene che alla soluzione della controversia debba pervenirsi richiamando i recenti principi introdotti dal Legislatore con il nuovo Codice dei contratti, il d.lgs. n. 36 del 2023, i quali, immanenti nel sistema, in quanto espressione di valori primari che affondano le loro radici nei precetti di cui all'articolo 97 Cost., devono rappresentare il 'sestante' per le stazioni appaltanti durante l'espletamento della procedura di gara.

Fondamentale è il richiamo al principio del risultato, che si coordina con quello della fiducia e dell'accesso al mercato, criteri prioritari per l'esercizio del potere discrezionale delle amministrazioni, legati da un nesso inscindibile con la concorrenza, la quale opera rendendosi funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare e nell'eseguire i contratti.

Il principio del risultato va letto con il principio guida della 'fiducia', introdotto dall'art. 2 del d.lgs. n. 36 del 2023, anch'esso immanente nel sistema, pertanto idoneo ad ispirare l'attività dell'amministrazione pubblica anche nella vigenza del d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr. Cons. Stato n. 9812 del 2023). Ne consegue che i suddetti criteri trovano applicazione nel caso di specie.

Il principio del risultato e quello della fiducia sono avvinti inestricabilmente con un nesso di reciproca implementazione e correlazione: la gara è funzionale a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell'intervento medesimo (Cons. Stato, n. 1924 del 2024).

Il principio della 'fiducia' valorizza l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività.

Come sopra evidenziato, si tratta di un principio che si coordina necessariamente con il principio del risultato, in quanto l'ottimo risultato si persegue a mezzo della realizzazione del principio della fiducia, che consente un ampliamento dei poteri valutativi della stazione appaltante e la discrezionalità della pubblica amministrazione in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile.

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, in sede di prima applicazione dei principi sopra enunciati, ha chiaramente affermato che tale 'fiducia' non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che, in ossequio a una interpretazione formalistica delle disposizioni di gara, tradiscano l'interesse pubblico sotteso alla procedura e, quindi, non risultino funzionali al suo miglior soddisfacimento. In sostanza, la regola del caso concreto, ossia la *lex specialis*, non deve essere interpretata 'formalisticamente', ma secondo criteri sostanziali, finalizzati al raggiungimento del massimo risultato utile.

Con la norma in commento, il legislatore ha voluto evidenziare l'obbligo degli enti committenti e delle stazioni appaltanti di ispirare le scelte discrezionali più al raggiungimento del risultato sostanziale che a una lettura 'meramente formale' della legge di gara, ciò al fine di conseguire un contesto partecipativo ispirato all'attuazione della massima concorrenzialità nel segmento di mercato interessato (il caso concreto), altrimenti preclusa dall'interpretazione formalistica della *lex specialis* (Cons. Stato, n. 11322 del 2023).

L'affermazione di tale principio, attenta al dato teleologico e alla prospettiva funzionale, affranca la disciplina degli appalti pubblici da una lettura rigida, e di stretta interpretazione della legge di gara, ammettendo che l'amministrazione, in sede di committenza, quindi all'atto della selezione del contraente pubblico, sia titolare di un potere permeato da discrezionalità amministrativa, con riguardo alla disciplina a cui autovincolarsi, e con riguardo a talune decisioni che non devono essere rigidamente incasellate in schemi tipici.

In questi termini, l'amministrazione è legittimata ad optare per una interpretazione delle regole della procedura teleologicamente orientate ad attuare la *ratio* sottesa alla programmata operazione amministrativa/commerciale complessivamente intesa, e non parcellizzata e soprattutto non condizionata dalle prescrizioni meramente formali delle disposizioni di gara.

14.4. Nella vicenda in esame, la condotta della Stazione appaltante è stata perfettamente conforme agli enunciati principi, utilizzando, nella sostanza, le disposizioni del nuovo codice come supporto interpretativo idoneo a risolvere l'esito della gara sotto la vigenza del d.lgs. n. 50 del 2016 (Cons. Stato, n. 5665 del 2023; id. n. 1924 del 2024 cit.).

La corretta applicazione del principio della fiducia ha ampliato il potere valutativo e la discrezionalità della Provincia, la quale ha proceduto all'annullamento in autotutela solo riguardo alla disposta aggiudicazione a favore dell'ATI Stradasfalti s.r.l., così come risultante dall'impugnato verbale rep. n. 71/2023 d.d. 23 marzo 2023, motivata in base ad *"un'effettiva discrasia tra le modalità di calcolo effettivamente utilizzate e le indicazioni fornite attraverso gli atti di gara"*, in quanto *"le formule utilizzate nel foglio di calcolo a supporto dell'attività del seggio di gara ...contemplavano l'attribuzione di un coefficiente ridotto ai concorrenti che hanno mantenuto invariato il costo dei trasporti e noli e il costo dei materiali. Tuttavia, di tale modalità non è stata effettuata alcuna menzione nell'elaborato 'Criteri per l'individuazione ed esclusione automatica delle offerte anomale' che si limitava a prevedere tale coefficiente ridotto solo per la componente 'manodopera' del prezzo offerto"*.

L'Amministrazione, infatti, a seguito degli approfondimenti svolti, si era accorta che il correttivo pari a, 0,8 era stato applicato anche alle voci dell'offerta 'noli' e 'trasporti' e 'materiali' in modo arbitrario, in quanto l'applicazione di tale correttivo per quelle voci di offerta, a differenza della voce 'manodopera' non era stata prevista espressamente dalla legge di gara.

14.5. Da siffatti rilievi, consegue che il TRGA non ha fatto buon governo dei principi espressi, indicando la necessità di procedere alla ripetizione delle operazioni di gara dalla fase relativa alla verifica dell'anomalia, sulla base di 'Criteri per l'individuazione ed esclusione automatica delle offerte anomale' in applicazione del MES secondo indicazioni che hanno portato, in concreto, all'esclusione di quasi tutte le imprese concorrenti (n. 7 su 11) e soprattutto

all'esclusione dell'offerta dell'ATI Stradasfalti, che invece è risultata congrua, sia prima, con l'applicazione del criterio automatico di individuazione delle offerte anomale attraverso il sistema MES con correttivo 0,8, sia a seguito di autotutela, con la verifica in contraddittorio dell'anomalia dell'offerta.

Invero, va osservato che una lettura formalistica dell'art. 63 bis del d.p.p. 11 maggio 2012 n. 9 – 84/Leg, dell'art. 40 della l.p. n. 26 del 1993 e delle disposizioni di gara, ha condotto il Collegio di prima istanza a ritenere non corretto l'operato dell'Amministrazione.

Al contrario, il principio del risultato e della fiducia avrebbero dovuto guidare l'interprete nella lettura e nell'applicazione della disciplina di gara, anche in fattispecie soggetta al d.lgs. n. 50 del 2016, ciò al fine di consentire all'Amministrazione di conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti, all'esito di un realizzato contesto partecipativo ispirato all'attuazione della massima concorrenzialità, altrimenti, nella specie, precluso dall'interpretazione formalistica ed escludente delle disposizioni della *lex specialis* (Cons. Stato n. 7875 del 2024).

Il Tribunale adito ha ommesso di considerare un elemento decisivo, ossia che il sistema MES, cui si riferiscono le indicazioni specifiche della *lex specialis* richiamate in sentenza, non opera correttamente senza applicazione dei correttivi, anche per le voci di costo relative ai 'noli ed ai trasporti', tanto che le indicazioni fornite dal Collegio di prima istanza, in difetto di tali temperamenti, conducono a un 'risultato' che viola il principio dell'accesso al mercato, il principio della fiducia, il principio della concorrenza, il principio dell'ampliamento della platea dei partecipanti, posto che si giunge ad escludere l'offerta dell'ATI Stradasfalti che, come si è potuto accertare, è risultata il migliore operatore economico a cui affidare la gara, avendo presentato una offerta giudicata per ben due volte congrua, da ultimo a seguito della valutazione dell'anomalia in contraddittorio.

14.6. Con il secondo e il terzo motivo di appello, la Provincia Autonoma di Trento ha censurato la sentenza impugnata nella parte in cui il Collegio di prima istanza ha escluso di poter ricorrere, nella fattispecie, alla valutazione dell'anomalia dell'offerta in contraddittorio.

L'Amministrazione appellante ritiene che la normativa provinciale consentirebbe 'in ogni caso' la verifica in contraddittorio, e che ciò avvalora la tesi della legittimità di quanto statuito con il provvedimento del 16.10.2023, anche in considerazione del perseguimento del principio di conservazione degli effetti giuridici dei provvedimenti amministrativi e di quello del risultato.

La denuncia è fondata.

Questa Sezione ritiene che anche la valutazione dell'anomalia dell'offerta in contraddittorio con il concorrente non possa prescindere dalla necessità di ispirare l'interprete secondo le coordinate normative di cui agli artt. 1 e 2 del d.lgs. n. 36 del 2023, e quindi valorizzando l'autonomia decisionale dell'Amministrazione, la quale ha la responsabilità della gara e deve svolgerla tenendo presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività.

Il principio dell'autovincolo nella specie non risulta violato.

Ciò in quanto l'autovincolo, pur rappresentando un limite all'esercizio della discrezionalità - che l'amministrazione pone a sé medesima, in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e si traduce nella individuazione anticipata di criteri e modalità - non deve poi condurre *in executivis* a favorire l'utilizzo di criteri decisionali non corretti e non imparziali.

Nella specie, come si è detto, è emerso in modo nitido dai fatti di causa che l'Amministrazione, in applicazione della legge di gara, aveva applicato il sistema MES (con correttivi), ai fini dell'esclusione automatica delle offerte anomale, aggiudicando la gara a favore della prima graduata ATI Stradasfalti. Successivamente, a seguito degli approfondimenti svolti, la Stazione appaltante si era accorta che il correttivo pari allo 0,8 era stato applicato anche alle voci dell'offerta 'noli e trasporti' e 'materiali' in modo arbitrario, pertanto, a fronte di tale errore, decideva di annullare in autotutela l'aggiudicazione disposta in favore dell'ATI Stradasfalti.

Orbene, sul presupposto di fatto tecnico matematico per cui il sistema MES non funzionava correttamente senza l'applicazione omogenea del correttivo 0,8 alle voci di prezzo dell'offerta quando il valore proposto dall'operatore era pari a quello posto a base di gara, la Provincia, nel rispetto del principio di conservazione degli atti di gara, ha correttamente deciso di mantenere valide le offerte già presentate in gara da tutte le imprese ammesse, di formare una nuova graduatoria e, quindi, di procedere alla verifica in contraddittorio dell'anomalia con la prima graduata, la quale, all'esito, è risultata aggiudicataria, in quanto la sua offerta è stata di nuovo valutata come economicamente sostenibile.

La giurisprudenza amministrativa ha, in più occasioni, precisato che nelle procedure di gara va applicato il principio di conservazione degli atti giuridici, previsto quale criterio di interpretazione dei contratti dall'art. 1367 c.c. e pacificamente applicabile anche agli atti e provvedimenti amministrativi, inclusi gli atti delle gare pubbliche (Cons. Stato, n. 4991 del 2016, id. n. 1177 del 2014): ed invero, il principio di conservazione, sancito anche a livello di normazione amministrativa dall'art. 21 nonies, comma 2, della l. n. 241 del 1990, espressione del principio di economicità ed efficacia dell'attività amministrativa (di cui all'art. 1, comma 1, della l. n. 241 del 1990), non può non coniugarsi, in una visione più ampia, con il principio, introdotto dall'art. 9 del d.lgs. n. 36 del 2023, di conservazione dell'equilibrio contrattuale e del dovere *ex fide bona* di rinegoziazione del contratto, in una logica manutentiva che ispira il sistema ordinamentale.

Ne consegue che la legge di gara, alla luce del principio del risultato, laddove è evidente che l'Amministrazione, in applicazione dei criteri di legalità formale, ha scelto il migliore operatore economico per l'affidamento della procedura, deve essere interpretata ed applicata nel senso di mantenerne gli effetti.

Questo Consiglio di Stato ha di recente osservato (Cons. Stato, n. 1591 del 2024) che *'In tema di verifica dell'anomalia dell'offerta, se è vero che l'articolo 97, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016 ha previsto per la verifica di anomalia dell'offerta una struttura monofasica del*

procedimento e non più trifasica, cioè articolata in giustificativi, chiarimenti, contraddittorio – com'era, invece, nel regime disegnato dal previgente articolo 87 del d.lgs. n. 163 del 2006 – e dunque non vi è un vincolo assoluto di piena corrispondenza tra giustificazioni richieste e ragioni di anomalia dell'offerta, non si può tuttavia approdare all'estremo opposto in cui l'esternazione delle ragioni dell'anomalia dell'offerta avvenga in definitiva solo col provvedimento di esclusione, amputando ogni forma di confronto sui profili ritenuti critici, in spregio dei canoni di collaborazione e buona fede che devono informare i rapporti tra stazione appaltante e imprese partecipanti alla gara, specie quando vengono in rilievo profili escludenti inderogabili'.

Nella fattispecie, la Stazione appaltante si era resa conto che il sistema MES non funzionava correttamente senza l'applicazione omogenea del correttivo 0,8 alle voci di prezzo dell'offerta quando il valore proposto dall'operatore era pari a quello posto a base di gara, pertanto, nel corretto esercizio dei poteri di autotutela, al fine di assicurare la conservazione degli atti di gara e la *par condicio competitorum*, ha ritenuto di annullare l'aggiudicazione disposta in favore dell'ATI Stradasfalti, mantenendo valide le offerte già presentate in gara da tutte le imprese ammesse, di formare una nuova graduatoria, e quindi di procedere alla verifica in contraddittorio dell'anomalia con la prima graduata. Tale determinazione non ha costituito altro che una delle modalità di perseguimento dello stesso interesse pubblico all'individuazione del miglior offerente che imprime il relativo procedimento (Cons. Stato, n. 690 del 2019; id. n. 6818 del 2011).

La giurisprudenza di settore, infatti, ha affermato la legittimità della *'necessità di esperire ulteriori fasi di contraddittorio procedimentale (...) laddove la stazione appaltante non sia in condizione di risolvere tutti i dubbi in ordine all'attendibilità dell'offerta soggetta a verifica di anomalia'* (Cons. Stato, n. 4973 del 2020; id. n. 690 del 2019).

Il che si pone del resto in linea con la previsione dell'art. 69, par. 3, Direttiva 2014/24/UE, a tenore del quale, nell'ambito della valutazione dell'anomalia, *'L'amministrazione aggiudicatrice valuta le informazioni fornite consultando l'offerente. Essa può respingere l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello dei prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al paragrafo 2'*, inerenti ai profili sostanziali di cui tenere conto ai fini del vaglio di anomalia. Per questo, da un lato l'apprezzamento (e la conseguente motivazione) sostanziale consente l'espulsione per l'anomalia, dall'altro le informazioni fornite sono valutate *'consultando l'offerente'*.

Pertanto, deve ritenersi consentito alla Stazione appaltante, anche ricorrendo alla esclusione automatica delle offerte, di procedere alla verifica di anomalia dell'offerta, in contraddittorio con la prima classificata.

Il Collegio ritiene, infatti, di aderire all'indirizzo giurisprudenziale, secondo il quale *'nel giudizio di anomalia delle offerte, è sempre considerato centrale il rispetto del principio del contraddittorio, imponendo alla stazione appaltante, prima di procedere all'esclusione dell'offerta, la attenta valutazione e ponderazione delle giustificazioni presentate dall'impresa sospettata di avere presentato un'offerta anormalmente bassa, atteso che l'esclusione automatica o, comunque, non attentamente ponderata di tale offerta rischia di pregiudicare i*

principi comunitari a tutela della concorrenza e della libertà di impresa (Cons. Stato, n. 1969 del 2019; id. 1591 del 2024).

Il TRGA non si è conformato ai principi espressi, affermando che *‘la previsione del contraddittorio al fine di eventualmente favorire le giustificazioni atte a supportare l’offerta sotto il profilo dell’affidabilità corrisponde a una modifica di fatto, in corso di gara, della lex specialis, come tale, e con ogni evidenza, inammissibile’*.

Tale orientamento risulta, peraltro, disatteso dalla stessa Relazione di questo Consiglio sullo schema definitivo del d.lgs. n. 36 del 2023, secondo cui: *“qualunque sia il criterio scelto dalla stazione appaltante è comunque necessario seguire il procedimento descritto all’art. 110 e, in particolare, la regola in base alla quale l’esclusione dell’operatore economico potrà avvenire solo ed esclusivamente nel rispetto del contraddittorio procedimentale ivi previsto, in conformità con le previsioni del diritto europeo’*. Il confronto finalizzato a formare il giudizio della stazione appaltante nell’esercizio della discrezionalità tecnica che connatura la valutazione di anomalia dell’offerta rappresenta la concreta applicazione del principio di ‘buona fede’ declinato dall’art. 5 del d.lgs. n. 36 del 2023, ma disciplinato anche dall’art. 1, comma 2 – bis, della legge n. 241 del 1990.

Invero, l’Amministrazione, nel prevedere un dialogo procedimentale con l’ATI aggiudicataria, al fine di valutare l’attendibilità dell’offerta, si è comportata secondo buona fede, a tutela del principio di affidamento dell’operatore economico.

Il principio di buona fede è immanente nell’ordinamento giuridico ed impone alle parti di agire nel rispetto delle regole di reciproca correttezza, lealtà e collaborazione.

Il principio di affidamento dell’ATI Stradasfalti è stato correttamente tutelato, essendo una derivazione della necessità di garantire da parte della Provincia l’interesse privato coinvolto, soprattutto quando alcuni elementi, come nella specie, abbiano ingenerato nel privato un (legittimo) incolpevole affidamento ad una determinata regolamentazione dei propri interessi da consacrare in un provvedimento amministrativo.

15. In definitiva, l’appello va accolto, ed ogni altra questione dedotta dalle parti deve ritenersi assorbita; e, per l’effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, vanno respinti il secondo e il terzo ricorso per motivi aggiunti, proposti dalla società Green Scavi s.r.l. nel giudizio di primo grado R.G.N. 61 del 2023.

16. Il recente consolidarsi della giurisprudenza sulle questioni trattate e la complessità, anche fattuale, della vicenda processuale, suggeriscono l’integrale compensazione delle spese di lite del doppio grado di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, respinge il secondo ed il terzo ricorso per motivi aggiunti, proposti dalla

società Grenn Scavi s.r.l. nel giudizio R.G.N. 61 del 2023.

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura

Con la sentenza n. **9510** dello scorso **27 novembre 2024**, la **V Sezione del Consiglio di Stato** si è pronunciata **sull'operatività di alcuni dei principi introdotti dal D.Lgs. n. 36/2023 in relazione agli appalti aggiudicati sotto la vigenza del D.Lgs. n. 50/2016**.

Nella sentenza in esame, il Consiglio di Stato si è espresso sull'opportunità di una **lettura sostanziale e non formale degli atti di gara**. Il Collegio ha ritenuto che **i principi del nuovo codice dei contratti pubblici**, al di là della normativa concretamente applicabile, **consentano di ampliare il potere discrezionale e valutativo dell'Amministrazione**, orientando il potere amministrativo verso una scelta che possa concretamente realizzare l'interesse pubblico sotteso alla procedura di gara: ossia, la realizzazione dell'opera pubblica e l'interesse pubblico che essa è volta a soddisfare.

La questione riguardava una gara indetta dalla Provincia Autonoma di Trento, durante la quale l'Amministrazione aveva utilizzato, come criterio per la valutazione dell'anomalia dell'offerta, il sistema MES, coadiuvato da un correttivo.

Tuttavia, nelle more del giudizio innanzi al Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento, l'Amministrazione ha disposto l'annullamento in autotutela della sola aggiudicazione, facendo salva la restante graduatoria, in quanto si era resa conto di aver utilizzato il correttivo di cui sopra non soltanto con riferimento al costo della manodopera, come previsto dalla *lex specialis*, ma anche per il costo dei trasporti, dei noli e dei materiali. Inoltre, all'esito del provvedimento in autotutela, l'Amministrazione non ha adottato un provvedimento di esclusione nei confronti della prima classificata, ma ha ritenuto opportuno verificare l'anomalia

dell'offerta in contraddittorio con quest'ultima.

Dunque, all'esito di un nuovo giudizio di anomalia dell'offerta, l'Amministrazione ha comunque aggiudicato la gara al medesimo operatore economico, in quanto ha ritenuto che l'offerta fosse sostenibile.

Il T.R.G.A.T ha disposto l'annullamento del provvedimento in autotutela e degli atti di gara; in particolare, con riferimento agli atti che disponevano la conservazione dell'originaria graduatoria e la verifica dell'anomalia in contraddittorio.

La Provincia ha impugnato suddetta pronuncia per tre ordini di motivi: in primo luogo, la sentenza imporrebbe l'utilizzo del sistema MES per la valutazione dell'offerta sprovvisto di qualsiasi correttivo, giungendo quest'ultimo a risultati di per sé illogici; in secondo luogo, critica la sentenza di prime cure nella parte in cui afferma che la *lex specialis* dovrebbe essere interpretata in termini strettamente letterali; in terzo luogo, nella parte in cui il Giudice di prime cura ha escluso il potere di ricorrere in contraddittorio alla valutazione dell'anomalia dell'offerta.

Il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza impugnata **ritenendo che i principi enunciati nel D.Lgs. n. 36/2023, in quanto immanenti nel sistema, e in particolare all'art. 97 della Costituzione, siano applicabili anche alle gare bandite sotto la vigenza del precedente codice. Pertanto, i suddetti principi impongono una lettura sostanziale delle disposizioni della *lex specialis*, che valorizzi il risultato piuttosto che una interpretazione formalistica delle stesse.**

Nel caso di specie ha ritenuto essenziale l'operatività dei principi del risultato, fiducia, accesso al mercato, conservazione dell'equilibrio economico contrattuale, di buona fede e affidamento.

Per quanto concerne il **principio del risultato**, il Collegio ha ritenuto che quest'ultimo debba essere coordinato con il **principio della fiducia e dell'accesso al mercato**: tali principi sono legati da un nesso inscindibile con la concorrenza, essendo volti a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare e nell'eseguire i contratti.

Il principio della fiducia, si ricorda, è volto a superare la c.d. "burocrazia difensiva", evocativa della paura della firma. Pertanto, la fiducia nell'azione pubblica costituisce un valore che deve tendere a ritenere l'azione pubblica legittima, trasparente e corretta.

Ad avviso del Collegio **tale principio, quindi, è avvinto da un nesso di reciproca implementazione e correlazione con il principio del risultato, in virtù del quale la stazione appaltante deve svolgere le gare non soltanto rispettando la legalità formale ma tenendo presente che la gara medesima è volta alla realizzazione di un'opera pubblica.**

Per tali motivi, **l'interpretazione formalistica e letterale della *lex specialis* violerebbe siffatti principi**, in quanto una decisione fondata sul rigido dato letterale della legge di gara tradirebbe l'interesse pubblico sotteso alla procedura, divenendo la stessa non più funzionale

al soddisfacimento dell'interesse perseguito, in virtù del rispetto del mero dato formale.

Ciò consente, quindi, che i predetti principi amplino il potere valutativo e discrezionale dell'Amministrazione, ancorché l'appalto sia sottoposto alla normativa del D. Lgs. n. 50/2016.

Pertanto, ha ritenuto legittimo l'applicazione del correttivo dello 0,8 al sistema MES, in quanto lo stesso senno non funzionerebbe correttamente rispetto allo scopo di individuare le offerte anormalmente basse.

Con riferimento alla **decisione dell'Amministrazione di mantenere valide le offerte presentate in gara e la conseguente graduatoria**, invece, la V Sezione ha richiamato il **principio di conservazione degli atti giuridici di cui all'art. 1367 del codice civile**, ritenuto applicabile pacificamente anche agli atti delle gare pubbliche (in tal senso, Cons. Stato, Sez. III, 25 novembre 2016, n. 4991).

Il Collegio ha ritenuto, quindi, che tale principio debba essere coordinato a sua volta con il **principio di cui all'art. 9 del D.Lgs. n. 36/2023, cioè di conservazione dell'equilibrio contrattuale e del dovere ex fide bona di rinegoziazione del contratto**. A tal fine ha richiamato un precedente (**Cons. Stato, Sez. III, 19 febbraio 2024, n. 1591**) in forza del quale si ritiene che non si possa considerare sufficiente un mero provvedimento di esclusione in caso di anomalia dell'offerta, ma sia necessario in taluni casi, in virtù dei canoni di collaborazione e buona fede, un confronto tra Amministrazione e operatore economico.

Sicché, nel caso di specie l'Amministrazione ha ritenuto correttamente di far salva, in virtù della conservazione degli atti di gara, la graduatoria. Tale condotta, peraltro, è risultata essere una delle modalità di perseguimento dello stesso interesse pubblico all'individuazione del miglior offerente.

Inoltre, il TAR ha ritenuto legittima la scelta dell'Amministrazione di preferire al semplice provvedimento di esclusione il contraddittorio con l'operatore economico risultato primo in graduatoria. Tale confronto, ad avviso del Collegio, visto che è volto proprio a formare la scelta dell'Amministrazione nell'esercizio di un'attività di discrezionalità tecnica, costituisce concreta applicazione del principio di buona fede di cui all'art. 5 del D.Lgs. n. 36/2023 e art. 1, comma 2-bis della Legge n. 241/1990.

In conclusione, il Consiglio di Stato ritiene che i principi formalizzati dal nuovo codice dei contratti pubblici costituiscano criteri ampliativi e modulativi della discrezionalità amministrativa, che devono trovare applicazione al di là della normativa concretamente applicabile. **La sentenza postula una nuova concezione dei contratti pubblici: la gara non deve essere considerata un valore in sé, ma il valore risiede nel risultato che da essa può derivare, ossia nella selezione del miglior operatore economico per la realizzazione dell'opera (o dei servizi) cui è finalizzata la procedura, che costituisce il vero obiettivo della gara stesa. La gara è, quindi, un mezzo, non un fine. In virtù di ciò, l'Amministrazione è tenuta a dover applicare i principi del nuovo codice, anche qualora la gara sia stata indetta durante la vigenza del D.Lgs. n. 50/2016, poiché il fondamento normativo di tali principi è rinvenibile nell'art. 97 della Costituzione.**

