

**CONTRATTI DELLA P.A.**: Pubblica amministrazione – Contratti – Esclusione – Debiti tributari – Limiti.

**Cons. Stato, Sez. V, 2 maggio 2022, n. 3438**

In *Il Foro amm.*, 5, 2022, pag. 621 e ss.

*“[...] Occorre partire dalla ratio del principio di invarianza, di cui all'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016.*

*Come noto, la disposizione è volta a garantire continuità alla gara e stabilità ai suoi esiti, onde impedire che la stazione appaltante debba retrocedere il procedimento fino alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte, cioè di quella soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta si presume senz'altro anomala, situazione che ingenererebbe una diseconomica dilatazione dei tempi di conclusione della gara correlata a un irragionevole dispendio di risorse umane ed economiche; proprio perciò la stessa disposizione non può essere intesa nel senso di vanificare la tutela giurisdizionale, oggetto di tutela costituzionale (artt. 24 e 113 Cost.), e dunque di precludere impugnazioni non mosse da intenti emulativi, ma a contestare l'ammissione alla gara di imprese prive dei requisiti di partecipazione o autrici di offerte invalide, che nondimeno abbiano inciso sulla soglia di anomalia determinata in via automatica; allo stesso modo, in nome dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'attività amministrativa, la rettifica della soglia di anomalia derivante dall'illegittima ammissione di imprese prive dei requisiti di partecipazione alla gara deve essere consentita alla stessa stazione appaltante avvedutasi di ciò [...]”.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di F.Lli Garofalo S.r.l. e di Società Metropolitana Acque Torino-Smat S.p.A.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2022 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Saggiomo, Robaldo, Celani su delega di Borney e Scalise;

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

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Società Metropolitana Acque Torino S.p.a. ha indetto procedura aperta ex art. 60 d.lgs. 50/16 per l'affidamento dei lavori di “*Dismissione impianto di depurazione in Strada San Michele nel Comune di Nole con collettamento reflui verso impianto di depurazione San Maurizio C.Se – Loc. Cerretta*”.

2. Hanno partecipato alla gara l'appellante e altri 194 operatori economici.
3. Successivamente all'apertura delle buste telematiche contenenti le offerte economiche, la Stazione appaltante ha determinato la soglia di anomalia; le prime due offerte in graduatoria sono risultate quelle dell'impresa De Giuliani s.r.l. e della S.C.S. Costruzioni Edili s.r.l.
4. Espletato il sorteggio per sottoporre a verifica della documentazione amministrativa anche altri 20 concorrenti (pari al 10% dei partecipanti), la Stazione appaltante ha riscontrato la carenza del requisito del possesso della categoria SOA, richiesta dalla *lex specialis*, in capo alla S.C.S. Costruzioni Edili s.r.l., che pertanto è stata esclusa dalla gara. Le prime offerte in graduatoria sono divenute quelle presentate dalla società Alba Costruzioni S.C.p.A e dalla Zaffiro Costruzioni s.r.l., con l'identico ribasso offerto del 28,712%, per un importo complessivo di € 2.193.574,69.
5. Si è quindi sottoposta a verifica la documentazione amministrativa prodotta dalle suddette società, che è risultata completa. Pertanto, espone l'appellante, ai fini dell'individuazione della prima classificata la Stazione appaltante avrebbe dovuto disporre il sorteggio (*ex art. 77 R.D. 827/1924*), conformemente alle previsioni di bando e di legge.
6. Con nota prot. 65800 del 4 ottobre 2021, la Stazione appaltante ha invitato Alba Costruzioni S.C.p.A. e Zaffiro Costruzioni s.r.l. a partecipare in presenza alla seduta pubblica di gara del 6 ottobre 2021 "*considerata la necessità di effettuare il sorteggio tra le due imprese risultate prime classificate nella seduta del 14 settembre 2021*".
7. La Stazione appaltante, anziché procedere – come preannunciato – al sorteggio ai fini della individuazione della prima graduata, ha riaperto la seduta di gara al fine di valutare la posizione del Consorzio Archè, che ha presentato i chiarimenti richiesti, in via di soccorso istruttorio, oltre il termine assegnato, escludendolo dalla procedura di gara.
8. E' stata quindi ricalcolata nuovamente la soglia di anomalia, con l'effetto che la prima offerta in graduatoria è divenuta quella della Società Fratelli Garofalo s.r.l., mentre le offerte della Società Alba Costruzioni S.C.p.A. e Società Zaffiro Costruzioni s.r.l. sono retrocesse al secondo posto della rinnovata graduatoria.
9. La Stazione appaltante ha proceduto alla verifica della documentazione amministrativa della Fratelli Garofalo s.r.l. e, dopo averla ritenuta completa e conforme alle previsioni di bando, ha effettuato il sorteggio tra Alba Costruzioni S.C.p.A. e Società Zaffiro Costruzioni s.r.l. – a questo punto seconde a pari merito - per stabilire non più l'aggiudicataria della gara, ma l'ordine di precedenza in graduatoria tra le stesse. Al sorteggio veniva estratta la società Alba Costruzioni.
10. In data 10 dicembre 2021, Alba Costruzioni S.C.p.A. ha formulato richiesta di accesso alla documentazione ricompresa nell'offerta presentata dalle società Fratelli Garofalo s.r.l., Consorzio

Stabile Archè, Mondello Costruzioni s.r.l. e Schiavo & C. S.p.a., così come dei documenti successivamente richiesti dalla Stazione appaltante e prodotti in gara.

11. In data 13 dicembre 2021, la Società Metropolitana Acque Torino-Smat S.p.A., in riscontro alla richiesta di accesso agli atti della Società Alba Costruzioni S.C.p.A., con nota prot. 82428, ha trasmesso la copia di tutti i verbali di gara, e, in data 20 dicembre 2021, con nota prot. 83921, ha inviato il link da cui estrarre la copia della residua parte della documentazione richiesta.

12. L'appellante riferisce che dall'esame della documentazione era possibile avvedersi del fatto che la società F.Ili Garofalo s.r.l. non aveva predisposto la documentazione di gara conformemente alle prescrizioni della *lex specialis*.

13. Alba Costruzioni S.C.P.A. ha quindi impugnato l'aggiudicazione disposta in favore di F.Ili Garofalo s.r.l. contestandone l'illegittimità sotto svariati profili.

14. Con la sentenza n. 77/2022, il TAR Piemonte, Sez. II, ha respinto il ricorso.

15. Di tale sentenza, asseritamente ingiusta ed illegittima, Alba Costruzioni S.C.P.A. ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua di due articolati motivi, rubricati: "1) *ERROR IN JUDICANDO ET IN PROCEDENDO IN RELAZIONE AGLI ARTT. 95, COMMA 15, E 133, CO. 8, DEL D.LGS 50/16 – ERRONEO ESAME DI PUNTO DECISIVO DELLA CONTROVERSIA*; 2) *ERROR IN JUDICANDO ET IN PROCEDENDO IN RELAZIONE ALL'ART. 95, COMMA 15, D.LGS 50/16 – ERRONEO ESAME DI PUNTO DECISIVO DELLA CONTROVERSIA*".

16. Hanno resistito al gravame, chiedendone il rigetto, F.Ili Garofalo s.r.l. e Società Metropolitana Acque Torino-SMAT S.p.A.

17. Alla camera di consiglio del 28 aprile 2022, sentite le parti *ex art. 60 c.p.a.*, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

18. Con il primo articolato motivo di gravame l'appellante ha dedotto in sintesi quanto segue.

18.1. Il ragionamento del TAR sarebbe erroneo in primo luogo relativamente alla declaratoria di inammissibilità della censura, laddove la ricorrente in primo grado aveva contestato la sola rideterminazione della soglia di anomalia disposta in data 6 ottobre 2021 - premiante l'offerta della F.Ili Garofalo s.r.l. - e non anche quella (a sé favorevole) disposta all'esito della prima seduta di gara per effetto dell'esclusione della S.C.S. Costruzioni Edili s.r.l.

18.2. Mentre l'esclusione di S.C.S. Costruzioni Edili s.r.l. era stata disposta dalla Società Metropolitana Acque Torino-Smat S.p.A. dopo averne accertato la carenza di un requisito essenziale per la sua ammissione in gara, con l'effetto che legittimamente se ne era preso atto anche ai fini della rideterminazione della soglia di anomalia e riformulazione della graduatoria in termini premianti l'offerta di Alba Costruzioni, l'esclusione del Consorzio Archè era avvenuta per effetto di un

comportamento inerte assunto da detto concorrente, solo dopo avere avuto contezza del contenuto delle offerte ed in una fase successiva a quella dell'apertura delle stesse. In sostanza, la Stazione appaltante ha rideterminato due volte la soglia di anomalia sulla scorta di due diversi presupposti:

- a) uno collegato all'esclusione di un concorrente privo dei requisiti richiesti per la partecipazione e per l'eventuale aggiudicazione (S.C.S. Costruzioni Edili s.r.l.);
- b) l'altro (secondo l'appellante) illegittimo, perché riconducibile ad un mero inadempimento posto in essere in corso di gara da un concorrente (Consorzio Archè) in possesso dei requisiti partecipativi.

18.3. La soglia di anomalia avrebbe dovuto ritenersi cristallizzata a conclusione delle operazioni di gara del 14 settembre 2021 e non per effetto di inadempimento postumo da parte di un concorrente che aveva ben chiaro di non poter aspirare all'aggiudicazione.

18.4. Quanto al rilievo del TAR per il quale la Stazione appaltante era tenuta a rideterminare la soglia di anomalia anche a seguito dell'esclusione del Consorzio Archè - in ragione della ipotizzata unicità della fase di verifica dei requisiti di partecipazione, *“che include anche il soccorso istruttorio”*, e *“stante l'equivalenza delle situazioni di esclusione assunte nei confronti delle due concorrenti”* – l'appellante ne contesta la correttezza in quanto la fase di verifica dei requisiti di partecipazione, per come era stata istruita da Società Metropolitana Acque Torino-Smat S.p.A., non poteva ritenersi unitaria, laddove, mentre nella seduta del 14 settembre 2021 la Stazione appaltante aveva effettuato le verifiche, escluso il concorrente sprovvisto dei requisiti di ammissione (la SCS Costruzioni Edili) e rideterminato la soglia di anomalia/graduatoria di gara per effetto di detta esclusione, solo in data 6 ottobre 2021 aveva disposto l'esclusione del Consorzio Archè (perché detto concorrente aveva riscontrato con ritardo una richiesta di soccorso istruttorio).

19. Il motivo è infondato.

19.1. Occorre partire dalla *ratio* del principio di invarianza, di cui all'art. 95, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016.

19.2. Come noto, la disposizione è volta a garantire continuità alla gara e stabilità ai suoi esiti, onde impedire che la stazione appaltante debba retrocedere il procedimento fino alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte, cioè di quella soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta si presume senz'altro anomala, situazione che ingenererebbe una diseconomica dilatazione dei tempi di conclusione della gara correlata a un irragionevole dispendio di risorse umane ed economiche; proprio perciò la stessa disposizione non può essere intesa nel senso di vanificare la tutela giurisdizionale, oggetto di tutela costituzionale (artt. 24 e 113 Cost.), e dunque di precludere impugnazioni non mosse da intenti emulativi, ma a contestare l'ammissione alla gara di imprese prive dei requisiti di partecipazione o autrici di offerte invalide, che nondimeno abbiano inciso sulla soglia di anomalia determinata in via automatica; allo stesso modo, in nome dei principi di buon andamento ed imparzialità

dell'attività amministrativa, la rettifica della soglia di anomalia derivante dall'illegittima ammissione di imprese prive dei requisiti di partecipazione alla gara deve essere consentita alla stessa stazione appaltante avvedutasi di ciò.

19.3. Il Giudice di prime cure ha pienamente colto la *ratio* della regola laddove ha statuito in modo del tutto condivisibile che non “*può ritenersi che la stazione appaltante fosse tenuta a rideterminare la soglia di anomalia solo in conseguenza dell'esclusione di S.C.S. Costruzioni Edili s.r.l. e non anche a seguito dell'esclusione del Consorzio Arché: questa opzione interpretativa non avrebbe alcuna razionalità, data l'unicità della fase di verifica dei requisiti di partecipazione, fase che include anche il soccorso istruttorio, e stante l'equivalenza delle statuizioni di esclusione assunte nei confronti delle due concorrenti*”.

19.4. Tutte le argomentazioni proposte dall'appellante si rivelano inconsistenti laddove si tenga presente che la fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte a conclusione della quale, ai sensi dell'art. 95, comma 15, d.lgs. 50/2016 non è più consentita la modifica della soglia di anomalia in via di intervento da parte della stessa stazione appaltante è delimitata, dal punto di vista temporale e procedimentale, dal provvedimento di aggiudicazione (Consiglio di Stato, Sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579; Consiglio di Stato, Sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013).

20. Con il secondo articolato motivo di gravame l'appellante ha dedotto in sintesi quanto segue.

20.1. Il TAR avrebbe errato in quanto:

a) alla parte II sezione B (pag. 5), al punto “*dichiarare i dati identificativi dei soggetti di cui all'articolo 80 comma 3 del D.Lgs 50/2016*”, non era stato indicato il soggetto cessato nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando, ovvero il Sig. Calogero Garofalo; il punto in questione richiedeva chiaramente di “*dichiarare i dati identificativi dei soggetti di cui all'articolo 80 comma 3 del D.Lgs 50/2016*” e la Società F.lli Garofalo S.r.l. ha elencato nel medesimo soltanto tutti i soggetti in carica. Di conseguenza, pertanto, alla successiva parte III (PAG. 7 motivi di esclusione art. 80) del predetto DGUE, facente riferimento ai medesimi soggetti di cui all'art.80 comma 3 - ELENCATI/DICHIARATI alla precedente pag. 5, formalmente la Società F.lli Garofalo S.r.l. ha ommesso di dichiarare le eventuali condanne o sentenze nei confronti del soggetto cessato dalla carica (Calogero Garofalo). Si tratterebbe di omissione grave e la Stazione Appaltante si sarebbe surrogata al concorrente in sede di onere dichiarativo, evitandogli finanche di integrare *ex post* la dichiarazione non resa;

b) alla parte III sezione C (pag. 10), al punto “*dell'art. 80, co. 5, lettera c-bis del codice*” non era stata data risposta ed inoltre è stato depennato l'intero periodo; anche in tal caso va evidenziato che trattasi di omissione grave;

c) alla parte IV sezione D (pag. 18), laddove si prevedeva che *“l’operatore economico potrà presentare certificati per attestare il rispetto di sistemi e norme di gestione ambientale”*, non è stata data alcuna risposta;

d) alla parte V (pag. 19), laddove si richiedeva *“di soddisfare i criteri e le regole da applicare per limitare il numero di candidati”* non è stata data alcuna risposta.

20.2. La società F.Lli Garofalo nell'Allegato 1 non ha reso esplicitamente le dichiarazioni richieste espressamente del paragrafo 2.1.1.5.2, lett. t), u) e v). Trattasi di svariati profili di irregolarità che, oltre a rafforzare i dubbi di opacità delle scelte della Stazione appaltante, fonderebbero in via autonoma l’illegittimità dell’aggiudicazione impugnata, laddove Società Metropolitana Acque Torino-Smat S.p.A. avrebbe dovuto escludere dalla gara la ditta controinteressata per avere questa predisposto la documentazione difformemente alle prescrizioni della *lex specialis*.

21. Il motivo è manifestamente infondato.

21.1. Anche in questo caso la sentenza non merita le critiche che le sono state rivolte. E’ agevole osservare che il giudice di prime cure ha ben motivato su un punto che risolve la questione, laddove ha statuito che *“le contestazioni si appuntano su meri errori materiali e informazioni irrilevanti ai fini dell’aggiudicazione, dunque inidonei a determinare l’esclusione della controinteressata”*.

21.2. Da tempo il legislatore ha inteso superare quelle concezioni rigidamente formalistiche e burocratiche del diritto dei contratti pubblici che incentivavano la c.d. *“caccia all’errore”* (in questo caso errori del tutto ininfluenti) con effetti pregiudizievoli in termini di tempestivo ed efficiente completamento delle procedure.

22. Per tutto quanto sopra detto, il Collegio ritiene che l'appello debba essere respinto, con conseguente conferma della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda) n. 77/2022.

23. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l’effetto, conferma la sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda) n. 77/2022.

Condanna Alba Costruzioni S.C.P.A al pagamento delle spese del presente grado del giudizio, che liquida come di seguito:

a) € 5.000/00 (cinquemila) oltre accessori e spese di legge in favore di Società Metropolitana Acque Torino-Smat S.p.A.;

b) € 5.000/00 (cinquemila) oltre accessori e spese di legge in favore di F.Lli Garofalo S.r.l.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Gianluca Rovelli**

**IL PRESIDENTE**

**Diego Sabatino**

**IL SEGRETARIO**