

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 90 del 2018, proposto da:

S.r.l., S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati , , , con domicilio eletto presso lo studio in Torino, ;

contro

Ministero della Giustizia, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Torino, domiciliata in Torino, corso Stati Uniti, 45; Dipartimento Amministrazione Penitenziaria, non costituito in giudizio;

nei confronti di

soc coop, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati , , con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to in Torino, via ;

per l'annullamento

- della determina di aggiudicazione definitiva, adottata in data 21 dicembre 2017 e comunicata via pec al ricorrente in data 27 dicembre 2017, a firma del Provveditore Regionale, con cui il Provveditorato Regionale Amministrazione Penitenziaria del Piemonte, Liguria e Valle d'Aosta ha aggiudicato alla società Soc. Coop. la "Gara d'appalto relativa ai lavori di costruzione di un capannone destinato a sartoria industriale presso la casa circondariale di – CIG ”;

- del verbale di gara n. 4 in data 20 dicembre 2017 con cui il Seggio di gara – dopo aver già adottato il provvedimento di ammissione ed esclusione dei concorrenti dalla gara e determinato la soglia di anomalia delle offerte – ha provveduto all'esclusione di alcuni concorrenti in precedenza ammessi (ben 29 su 75) e al ricalcolo della soglia di anomalia delle offerte;

- per quanto occorrer possa del decreto n. 84/2017 in cui il Provveditorato Regionale Amministrazione Penitenziaria del Piemonte, Liguria e Valle d'Aosta ha revocato il decreto n. 81/2017 del 13 dicembre 2017, con cui veniva affidato l'incarico per la valutazione della proposta di aggiudicazione del Seggio di gara e la successiva approvazione definitiva in favore del raggruppamento temporaneo di imprese tra le società S.r.l e S.r.l.;

- per quanto occorrer possa della lex specialis di gara, comprensiva di tutti i suoi documenti ed allegati;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso con quelli impugnati.

e per la declaratoria di inefficacia del contratto

eventualmente stipulato tra la Soc. Coop. e il Provveditorato Regionale Amministrazione Penitenziaria del Piemonte, Liguria e Valle d'Aosta

e per la condanna al risarcimento del danno in forma specifica, con subentro del raggruppamento ricorrente nel contratto eventualmente stipulato tra la Soc. Coop. e il Provveditorato Regionale Amministrazione Penitenziaria del Piemonte, Liguria e Valle d'Aosta o, in subordine, per equivalente pecuniario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Soc Coop e del Ministero della Giustizia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

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

La ricorrente ha impugnato la determina di aggiudicazione definitiva della gara di appalto relativa ai lavori di costruzione di un capannone destinato a sartoria industriale presso la casa circondariale di .

Lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 95 co. 15 del d.lgs. n. 50/2016, l'eccesso di potere e la violazione del principio di semplificazione e stabilizzazione procedimentale.

La gara è stata indetta con bando pubblicato in data 17.10.2017 e ha base d'asta di ,00 €, da aggiudicarsi al prezzo più basso; trattandosi di gara sottosoglia il disciplinare ha previsto l'esclusione automatica delle offerte anomale.

Alla gara hanno partecipato 77 concorrenti e, all'esito della valutazione della documentazione amministrativa, ne sono stati ammessi 75.

Disposta l'ammissione/esclusione dei concorrenti, nella seduta pubblica del 13.12.2017, veniva sorteggiato il metodo di calcolo della soglia di anomalia e si procedeva alla apertura delle offerte economiche.

Riscontrato che 29 offerte erano prive dell'indicazione del costo della manodopera, in possibile violazione di quanto prescritto dall'art. 95 co. 10 del codice dei contratti, la stazione appaltante le ammetteva con riserva di approfondimenti e calcolava la soglia di anomalia pari al 27,223%, esito cui conseguiva la proposta di aggiudicazione in favore della ricorrente.

Il successivo 20.12.2017 la stazione appaltante, sciogliendo la riserva circa l'ammissibilità o meno delle offerte viziato al soccorso istruttorio, e ritenendo che la mancanza di indicazione del costo della manodopera non potesse essere sanata, escludeva i 29 concorrenti e ricalcolava la soglia di anomalia (divenuta pari al 27,9605%), con conseguente proposta di aggiudicazione in favore della controinteressata.

Contesta parte ricorrente che, una volta note le offerte economiche, la stazione appaltante non avrebbe più potuto ricalcolare la soglia di anomalia.

Si sono costituite l'amministrazione resistente e la controinteressata, contestando in fatto e diritto gli assunti di cui al ricorso.

All'udienza cautelare del 14.2.2018 la causa, previo avviso alle parti, è stata discussa e decisa nel merito.

Ritiene il collegio, pur ribadendo la linea interpretativa già sposata con la pronuncia Tar Piemonte, sez. II, n. 631/2017, che la stessa non porti, alla luce della peculiarità del caso di specie, agli esiti prospettati in ricorso.

L'art. 95 co. 15 recita: "Ogni variazione (*ndr* della platea dei concorrenti) che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte."

La corretta interpretazione dell'art. 95 co. 15 del nuovo codice dei contratti, che sancisce il cosiddetto principio dell'invarianza della soglia, è ampiamente controversa in giurisprudenza; si dibatte in particolare se la soglia cristallizzata ex lege sia immune anche da interventi in autotutela da parte dell'amministrazione e soprattutto a partire da quale momento del procedimento di gara si realizzi l'effetto di "sterilizzazione" (per la ricostruzione degli opposti orientamenti, che individuano tale momento rispettivamente nell'aggiudicazione definitiva ovvero nella proposta di aggiudicazione e dei rispettivi argomenti, si rinvia alla sentenza di questo TAR, sez. II, n. 631/2017).

La tensione interpretativa che investe la norma è l'inevitabile conseguenza del concentrarsi sulla stessa di opposte e pur meritevoli esigenze di buona gestione delle gare: la semplificazione, la legalità, la non prevedibilità del risultato a presidio della trasparenza.

Questo TAR si è orientato in favore di una lettura tendenzialmente rigorosa del "principio di invarianza della soglia", volta ad anticiparne quanto più possibile gli effetti rispetto al momento di cognizione delle offerte economiche, ciò in particolare per scoraggiare iniziative strumentali dei concorrenti che, successivamente alla ammissione delle offerte (sulla base della valutazione della documentazione amministrativa), intentino un contenzioso strumentalizzabile al fine di ottenere vantaggi indiretti dalla modifica della soglia di anomalia una volta che la stessa è nota.

La soluzione tiene anche conto della natura sostanzialmente convenzionale che la normativa assegna alla soglia di anomalia (in quanto frutto di un sorteggio suscettibile di modificare l'esito della gara in modo significativo senza relazione con oggettivi parametri economici, proprio alla luce della casualità intrinseca che caratterizza la disposizione), sicchè non si comprende quale tassonomia di valori resterebbe lesa dalla cristallizzazione, in un senso o in un altro e ad un definito punto della gara, della soglia di anomalia.

Ancora la disposizione ha la funzione di evitare veri e propri regressi procedurali frutto di (pur legittimi ad ogni altro fine) ripensamenti successivi della stazione appaltante con effetto di semplificazione, coerentemente con una delle finalità proprie della riforma indicate anche dalla legge delega.

Ciò nondimeno non può non prendersi atto della specificità del caso di specie, in cui nessuna delle due – talvolta contrastanti - finalità proprie della regola dell'invarianza della soglia (sterilizzazione del risultato rispetto alla cognizione delle offerte economiche ed oggettiva semplificazione procedimentale) potrebbe essere soddisfatta seguendo la tesi dei ricorrenti, in quanto la cognizione del vizio delle offerte che ha reso necessario un approfondimento circa l'ammissibilità o meno del soccorso istruttorio è coincisa con la cognizione delle offerte economiche; in sostanza è nella stessa fase

procedimentale che doveva essere sciolto il dubbio di ammissibilità dei concorrenti e doveva essere calcolata la soglia di anomalia.

Nel caso di specie, infatti, la disposta ammissione/esclusione non era legata ad una valutazione della documentazione amministrativa (come nell'ipotesi vagliata con la sentenza di questo TAR n. 631/2017, invocata dai ricorrenti), valutazione che fisiologicamente deve concludersi prima della fase di cognizione delle offerte economiche in quanto appartenente al precedente segmento procedimentale, bensì ad una carenza della stessa offerta economica oggetto di una prima "riserva di valutazione" da parte dell'amministrazione e non risolvibile a prescindere dalla cognizione delle offerte economiche.

In tale contesto qualsivoglia valutazione della stazione appaltante è stata necessariamente svolta ad offerte economiche note e criterio di calcolo della soglia di anomalia determinato, sicchè, nella scansione procedimentale, non è neppure astrattamente possibile garantire l'effetto di sterilizzazione della valutazione di ammissione dei concorrenti da ogni possibile considerazione di incidenza sull'esito della gara, perché tutti i necessari dati economici sono in quel momento già noti.

Ne consegue che resta ammissibile una valutazione "ponderata" da parte dell'amministrazione che, immediatamente rilevata una problematica delle offerte ed evidenziata una necessità di approfondimento del giudizio, ha esplicitato una riserva – sciolta a brevissimo e nella stessa fase procedimentale – esprimendo poi un giudizio definitivo alla luce del quale ha "definitivamente" calcolato la soglia di anomalia.

Lo stesso art. 95 co. 15 prevede che la platea delle offerte rilevanti per la determinazione della soglia di anomalia si cristallizzi all'esito della ammissione, esclusione o "regolarizzazione" e dunque tenga conto di tempestivi interventi di soccorso istruttorio; proprio con riferimento alla possibilità o meno di un soccorso istruttorio – sempre nell'ambito della stessa fase procedimentale di cognizione delle offerte economiche – la stazione appaltante ha ritenuto necessario formulare la propria determinazione previo approfondimento, dunque in due sedute successive.

La vicenda non appare paragonabile a quella analizzata nella sentenza n. 631/2017 in cui la problematica relativa alla ammissione/esclusione di un concorrente si era manifestata in una fase procedimentale precedente a quella deputata al calcolo della soglia di anomalia e non contestualmente alla stessa.

Nel caso di specie, pertanto, imporre all'amministrazione di mantenere il primo conteggio di anomalia "provvisoriamente" disposto non raggiungerebbe lo scopo di sterilizzare il calcolo dalla cognizione delle offerte economiche e neppure quello di semplificazione procedimentale, non ponendosi alcun problema di regresso neppure rispetto ad una singola fase della procedura di aggiudicazione.

Residua il solo valore della legalità che depone quindi, nella peculiarità del caso, per un calcolo effettuato alla luce della definitiva individuazione della corretta platea dei concorrenti, determinatasi dopo che la stazione appaltante ha deliberato la possibilità o meno di farli accedere al soccorso istruttorio.

In definitiva pare al collegio che il meccanismo dell'invarianza della soglia:

- a) imponga alla stazione appaltante di esprimere, ai fini della determinazione della soglia di anomalia, una definitiva valutazione circa l'ammissibilità dei concorrenti alla luce della documentazione amministrativa e prima della cognizione delle offerte economiche (così ottenendosi il risultato della "sterilizzazione" di tali valutazioni da possibili suggestioni indotte dalla cognizione delle offerte economiche, oltre ad una semplificazione procedimentale);
- b) precluda la variazione della soglia di anomalia con veri e propri regressi procedimentali (come esito di contenziosi, a causa di ripensamenti della stazione appaltante e persino di eventi sopravvenuti, si pensi al concorrente che perda i requisiti successivamente alla proposta di aggiudicazione) rispetto a valutazioni da esprimersi in fasi procedimentali precedenti (così ottenendo il risultato di scoraggiare contenziosi strumentali e di realizzare una semplificazione amministrativa);
- c) non consenta una lettura meccanica del disposto normativo che, nell'ambito dell'unica fase procedimentale (e dunque senza garantire alcuna "casualità" degli effetti delle determinazioni della stazione appaltante sull'anomalia né alcuna semplificazione procedimentale) imponga all'amministrazione soluzioni incoerenti (per non dire illegittime), quali il ritenere contestualmente un concorrente non ammesso alla gara e pure determinante per l'individuazione della soglia di anomalia, senza che ciò risulti di oggettivo presidio ad altri concomitanti valori giuridici.

Si ritiene pertanto che il ricorso non possa trovare accoglimento per la peculiarità del caso di specie.

La novità della questione e le oscillazioni giurisprudenziali in materia giustificano la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

respinge il ricorso;

compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 14 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente

Savio Picone, Consigliere

Paola Malanetto, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Paola Malanetto

IL PRESIDENTE

Carlo Testori

IL SEGRETARIO