

Invarianza della soglia di anomalia: sentenza del Consiglio di Stato, n. 1117 del 12 febbraio 2020, sez. V, a proposito della portata dell'art. 95, comma 15 del Codice dei contratti pubblici.

L'art. 95 comma 15 del d.lgs. n. 50/2006 stabilisce che *“Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte”*.

La norma – come noto - si prefigge lo scopo di evitare che concorrenti non utilmente collocati in graduatoria promuovano giudizi meramente speculativi e strumentali, mossi dall'unica finalità, una volta noti i ribassi offerti e quindi l'incidenza delle rispettive offerte sulla soglia di anomalia, di incidere direttamente su quest'ultima traendone vantaggi di vario genere, anche illeciti.

Il tema è particolarmente importante e delicato, anche tenuto conto della nuova prescrizione introdotta dal decreto cd. “Sblocca cantieri” secondo la quale, al di sotto della soglia comunitaria, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica delle offerte anomale (cfr. l'art. 97 comma 8 del Codice), senza possibilità di deroga, tranne i casi in cui è obbligatorio l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il medesimo dubbio della modificabilità della soglia di anomalia si pone quando la stazione appaltante, per appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, decide di utilizzare – unitamente all'esclusione automatica delle offerte anomale - la cd. *“inversione procedimentale”* disciplinata, per i settori speciali, dall'art. 133, comma 8 (così, ora prevede temporaneamente, sino al 31.12.2020, l'art. 1, comma 3 della legge n. 55/2019 di conversione del decreto “Sblocca cantieri” n. 32/2019).

Ebbene, su tali delicati aspetti è intervenuta la recente pronuncia del Consiglio di Stato n. 1117 del 12 febbraio 2020, sez. V, che – accogliendo il ricorso in appello – ha riformato la sentenza Tar Lazio 29 aprile 2019, n. 5385, che aveva respinto il ricorso di un'impresa.

La sentenza del Tar Lazio aveva come riferimento fattuale una gara nella quale, ammesse inizialmente tutte le dodici offerte in gara, la soglia automatica di anomalia era risultata pari a 35,10% e l'appalto era stato aggiudicato all'offerta migliore.

In seguito, il seggio di gara, preso atto che tre operatori partecipanti alla procedura non erano iscritti nelle *white list* delle Prefetture italiane, ha proceduto alla loro esclusione dalla gara; per l'effetto, il presidente del seggio rideterminava la soglia di anomalia, tenendo conto dei nove offerenti rimasti in gara, individuando la nuova soglia nella misura pari al 35,27%.

La Stazione appaltante, dopo aver avviato il procedimento per la nuova aggiudicazione, comunicava l'affidamento dei lavori all'impresa originariamente migliore offerta non anomala, sulla base del principio di *"invarianza della soglia di anomalia"*, fissato dal citato art. 95, comma 15, del d.lgs. 50/2016, confermando l'esito della gara risultante dal precedente computo della soglia di anomalia effettuato sulla base di tutte le offerte economiche in gara.

Senonchè, come anticipato, il supremo organo della giustizia amministrativa, sconfessando la decisione del giudice di prime cure, ha accolto l'appello sancendo che *"la ... regola sull'invarianza della soglia ex art. 95, comma 15, va temperata con i principi di buon andamento ed imparzialità dell'attività amministrativa, anch'essi di rango costituzionale (art. 97 Cost.). Per effetto del descritto temperamento la rettifica della soglia di anomalia derivante dall'illegittima ammissione di imprese prive dei requisiti di partecipazione alla gara deve quindi essere consentita alla stessa stazione appaltante avvedutasi di ciò"*.

Appare evidente, nel caso di specie, come la regola dell'invarianza della soglia di anomalia potrebbe comportare conseguenze aberranti, allorquando si verifici la formazione di medie automatiche anche consapevolmente inficiate da illegittime ammissioni di operatori economici.

Il Consiglio di Stato ha (*recte*: avrebbe), dunque, individuato una equilibrata soluzione sul piano della conformità ai principi generali in materia di contratti pubblici, nonché sotto il profilo della ragionevolezza, neutralizzando il verificarsi di conseguenze che talvolta denotano un eccesso dei mezzi rispetto allo scopo perseguito dalla disposizione di cui al citato art. 95, comma 15 del Codice.

Tuttavia, è opportuno evidenziare che il criterio dell'esclusione automatica delle offerte anomale, introdotto – per gli appalti sotto la soglia comunitaria - in modo generalizzato con la legge n. 55/2019 (successivamente, *ratione temporis*, alla vicenda de qua esaminata dai giudici amministrativi) potrebbe comportare - di fatto - una generalizzata recessione della regola dell'invarianza della soglia di anomalia normativamente sancita, per effetto di accadimenti come quelli descritti, che ordinariamente possono verificarsi nel corso delle gare pubbliche.

28 febbraio 2020

A cura di Giuseppe Failla