



**News n. 65 del 26 giugno 2024
a cura dell'Ufficio del massimario**

Con l'ordinanza in esame, il T.a.r. per la Campania dubita della costituzionalità dell'art. 108, comma 12, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, nella parte in cui, anche nel caso di inversione procedimentale, fissa nell'aggiudicazione il momento di cristallizzazione del calcolo della soglia di anomalia, giacché, in tal caso, si prospetta il rischio che, in sede di soccorso istruttorio, gli operatori in gara possano "pilotare" l'esito della gara con conseguente violazione degli artt. 97, 3 e 41 Cost.

T.a.r. per la Campania, sezione I, ordinanza 21 maggio 2024, n. 3280 – Pres. Salamone, Est. Esposito.

Contratti pubblici e obbligazioni della pubblica amministrazione – Appalto lavori – Soglia di anomalia – Principio di invarianza –Aggiudicazione – Inversione procedimentale – Questione rilevante e non manifestamente infondata di costituzionalità.

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 108, comma 12, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, limitatamente all'inciso "successivamente al provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale", in relazione agli artt. 97, 3 e 41 della Costituzione (1).

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna il T.a.r. per la Campania dubita della legittimità costituzionale dell'art. 108, comma 12, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, nella parte in cui, anche nel caso di inversione procedimentale, individua nell'aggiudicazione il momento in cui si "cristallizza" la soglia di anomalia per violazione dei principi di buon andamento (art. 97 Cost.), di uguaglianza (art. 3 Cost.) e di libertà di iniziativa economica privata (art. 41).

II. – La q.l.c. in esame si innesta in una vicenda contenziosa in cui la stazione appaltante – prima di aggiudicare la gara – ha determinato, per due volte, la soglia di anomalia, dapprima a seguito dell'apertura delle offerte economiche (avendo fatto ricorso all'inversione procedimentale) e, successivamente, all'esito del soccorso istruttorio e dopo aver disposto l'esclusione di due concorrenti;

a) tanto premesso, il T.a.r. adito:

- a1) ha osservato la legittimità delle predette rideterminazioni della soglia di anomalia poiché sono state assunte prima dell'aggiudicazione e, pertanto, nel rispetto dell'art. 108, comma 12, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, ai sensi del quale *“Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente al provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale, non è rilevante ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte, eventualmente stabilita nei documenti di gara, e non produce conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara”*;
- b) ciononostante, ha dubitato della legittimità costituzionale della predetta norma di legge in ragione di due circostanze peculiari che hanno connotato la procedura di evidenza pubblica in esame: i) l'inversione procedimentale, con la conseguente apertura preliminare delle offerte economiche; ii) il successivo soccorso istruttorio prestato in favore di alcuni concorrenti, avendo così potenzialmente consentito ai partecipanti, stante la consapevolezza delle proposte economiche presentate:
- b1) di calcolare in anticipo le variazioni della soglia di anomalia;
 - b2) di operare, in tal senso, le scelte in ordine;
 - b3) di influire così sull'esito della selezione e sull'individuazione dell'aggiudicatario, potendo determinare a nuova soglia di anomalia in base alla scelta di regolarizzare o meno la propria offerta, oggetto di soccorso istruttorio;
- c) ai fini della valutazione della rilevanza della q.l.c., ha osservato come:
- c1) il testo legislativo del citato art. 108 del d.lgs. n. 36 del 2023 sia particolarmente chiaro e inequivocabile e insuscettibile di alternative interpretazioni: i) individuando nel provvedimento di aggiudicazione il momento procedimentale determinante per l'immodificabilità della soglia di anomalia (c.d. principio di invarianza); ii) stabilendo che il predetto meccanismo opera anche nel caso *“dell'eventuale inversione procedimentale”*;
 - c2) nel caso in esame, la soluzione della controversia non può affidarsi all'eventuale illegittimità del soccorso istruttorio esercitato dalla stazione appaltate poiché legittimamente esercitato dalla stessa a integrazione e a chiarimento della documentazione prodotta dai concorrenti e, pertanto, volto alla regolarizzazione di profili riguardanti il DGUE e la riferibilità del contratto di avvalimento all'attuale normativa, nonché il documento PassOE e l'importo della garanzia provvisoria;
- d) ha sinteticamente ricostruito la genesi e l'evoluzione della disciplina in argomento:
- d1) dapprima introdotta all'art. 38, comma 2-bis del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – in forza dell'art. 39, comma 1, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114 – ove si prevedeva all'ultimo periodo, che: *“Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale,*

successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte";

d2) successivamente confermata nel tenore letterale sopraindicato all'art. 95, comma 15, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in seno al quale è stata interamente trasfusa;

d3) essa è stata, per un brevissimo arco di tempo (dal 19 aprile 2019 al 18 giugno 2019) modificata dall'art. 1, comma 1, lett. s), n. 4), del decreto legge 18 aprile 2019, n. 32 che – intervenendo sul predetto art. 95, comma 15, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – aveva fissato il momento di operatività del principio di invarianza alla *"prima"* ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte;

d4) la modifica di cui alla precedente lettera d3) non sia stata confermata in sede di conversione dalla legge di conversione 14 giugno 2019, n. 55;

d5) l'attuale formulazione dell'art. 108 del d.lgs. n. 36 del 2023, che cristallizza il momento in cui calcolare la soglia di anomalia nel *"provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale"* stata introdotta nell'attuale codice dei contratti pubblici prendendosi atto – come risulta dalla Relazione del 7 dicembre 2022 del Consiglio di Stato agli articoli e agli allegati sullo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78 (pag. 159) – dell'elaborazione giurisprudenziale formatasi;

d6) la giurisprudenza sia pervenuta a individuare nel momento dell'aggiudicazione il *"dato storico"* a cui aver riguardo per cristallizzare la graduatoria formatasi, a seguito della determinazione della soglia di anomalia (Cons. Stato, sez. V, 31 ottobre 2022 n. 9381);

e) ai fini della valutazione della non manifesta infondatezza della q.l.c. sollevata, ha evidenziato:

e1) il contrasto con l'art. 97 Cost. giacché i principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione:

- escludono che l'esito della procedura di evidenza pubblica possa essere influenzato, in qualsivoglia modo, dal comportamento di un concorrente, nella fattispecie all'esame, peraltro: *i)* assunto nella consapevolezza delle offerte economiche presentate in ragione della disposta inversione procedimentale; *ii)* consistito nel mancato riscontro alla richiesta di soccorso istruttorio di due offerenti che hanno così influito nella determinazione della soglia di anomalia e sulla successiva individuazione del nuovo aggiudicatario; una nuova aggiudicazione;

- appaiono violati dall'art. 108, comma 12, del d.lgs. n. 36 del 2023 laddove, nel caso di inversione procedimentale, si concede alla Pubblica Amministrazione – sino all'aggiudicazione – la possibilità di rideterminare, in dipendenza del comportamento di un concorrente,

la soglia di anomalia, così violando il principio di segretezza delle offerte economiche e quello della trasparenza del procedimento, quali corollari del principio di imparzialità che informano le procedure ad evidenza pubblica (cfr. per il principio generale, seppure in tema di divieto di commistione con l'offerta tecnica, Cons. Stato, sez. V, 14 marzo 2022 n. 1785: «*Il principio della segretezza dell'offerta economica è a presidio dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), sub specie di trasparenza e par condicio dei concorrenti [...] La peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica, impone che la tutela copra non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio*»);

- giacché: i) il primo esige che l'operato della Pubblica Amministrazione debba essere esente da ogni (ancorché ipotetico) condizionamento e indifferente a una soluzione in luogo di un'altra, che possa anche solo astrattamente farsi dipendere da un fattore esterno rimesso alla volontà o al comportamento del privato; ii) il secondo impone alla P.A. la parità di trattamento tra tutti concorrenti, garantendo lo svolgimento di un procedimento insensibile a ogni influenza, così come ribadito nel nuovo codice dei contratti pubblici, proprio per l'ipotesi di inversione procedimentale;
- in quanto sarebbe maggiormente rispondente alle suesposte esigenze l'individuazione di un unico momento, corrispondente all'originaria determinazione della soglia di anomalia, oltre il quale la stessa resti insensibile a qualsivoglia sopravvenienza: i) sia in conseguenza dell'esclusione di concorrenti ii) sia per l'effetto di pronunce giurisprudenziali, la cui *ratio* riposa nell'«*unica finalità, una volta noti i ribassi offerti e quindi gli effetti delle rispettive partecipazioni in gara sulla soglia di anomalia, di incidere direttamente su quest'ultima traendone vantaggio*», dovendosi così ritenere che: «*La norma è stata dunque intesa per paralizzare gli effetti riflessi sulla soglia di anomalia, derivanti da modifiche incidenti a posteriori sul novero degli operatori economici legittimamente partecipanti*» (Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1117);
- come sia apprezzabile la medesima esigenza di non sovvertire la valutazione compiuta, per l'incomprimibile necessità di evitare un andamento "altalenante" della gara (cfr. Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2018 n. 2579, sulla scelta del legislatore di "assicurare preminente interesse alla conservazione degli atti di gara, nonostante la successiva esclusione di taluno dei concorrenti");
- come la *ratio* del principio di invarianza consente di ricavare la seguente regola: la determinabilità della soglia di anomalia deve necessariamente coincidere con l'apertura delle offerte economiche in seduta pubblica, momento comune ad ogni tipo di procedura e che segna il limite temporale oltre il quale non può più essere variata la soglia stabilita, e, invero, i) il legislatore si era mostrato edotto dell'esigenza di fissare il principio di invarianza in un momento

antecedente all'aggiudicazione, ancorandolo alla "prima" determinazione della soglia (non più sovvertibile, dunque, dopo di allora); ii) la novella, in tal senso introdotta, all'art. 95, comma 15, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, dall'art. 1, comma 1, lett. s), n. 4), del d.l. n. 32 del 2019 (stabilendo l'insensibilità di ogni variazione successiva "alla fase amministrativa di prima ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte") non è stata recepita nella legge di conversione 14 giugno 2019, n. 55;

e2) il contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost.:

- alla luce della possibilità che qualche concorrente possa assurgere ad "arbitro" della gara, così concretizzandosi la lesione: i) del principio di uguaglianza tra tutti concorrenti e la compromissione alla libera esplicazione dell'iniziativa economica; ii) del principio di buona fede che impone la protezione nei confronti del concorrente, tutelando all'art. 5 del d.lgs. 36 del 2023, l'affidamento dell'operatore economico il quale, significativamente, vien radicato "anche prima dell'aggiudicazione".

III. – Per ulteriori approfondimenti si segnala quanto segue:

f) sul principio di stabilità della soglia di anomalia:

f1) per una ricostruzione delle origini e della funzione dell'istituto: v. i) C. CONTESSA, *Soccorso istruttorio e principio di stabilità della soglia di anomalia – L'istituto del "soccorso istruttorio" e il principio di stabilità della soglia di anomalia*, in *Giur. it.*, 2015, 1685; ii) C. COMMANDATORE, *Il difficile equilibrio tra l'effettività della tutela e il principio di stabilità della soglia di anomalia*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 1293; iii) R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 1248;

f2) sull'individuazione del momento e dell'atto cui ancorare la cristallizzazione della soglia di anomalia, con riferimento alla disciplina antecedente al d.lgs. n. 36 del 2023: v. C. COMMANDATORE, *Il principio di stabilità della soglia di anomalia nella sistematica del codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 425 che osserva come

- l'immutabilità della soglia di anomalia possa essere ancorata solamente ad un provvedimento amministrativo che abbia i caratteri della definitività e che pertanto non costituisca un mero atto endoprocedimentale;

- debbano considerarsi ininfluenti al fine di tale calcolo eventuali forme di soccorso istruttorio – espressione del potere di annullamento in autotutela della stazione appaltante – successive all'intervenuta aggiudicazione della gara

f3) con riferimento all'inversione procedimentale: E. CARLONI, *Inversione procedimentale: meccanismo procedurale alternativo o derogatorio?*, in *Urbanistica e appalti*, 2020, 783; E. CARLONI, *Il ricalcolo della soglia di anomalia nelle procedure di gara con inversione procedimentale*, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 251; AA. VV., *Codice dei*

contratti pubblici commentato. D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (a cura di L. Perfetti), Milano, 2023, 846-847 che sottolinea come il d.lgs. n. 36 del 2023 oggi preveda la possibilità di un ricorso generalizzato all'inversione procedimentale, mentre il codice dei contratti pubblici del 2016 ammetteva l'inversione procedimentale soltanto nei settori speciali (sebbene poi tale facoltà sia stata estesa anche ai settori ordinari dal d.l. n. 32 del 2019, conv. con mod. dalla l. n. 55 del 2019, c.d. decreto sblocca-cantieri).

