

Prot. n. 90/C/2020

Pregg.mi Sigg.
Soci Ordinari
LORO SEDI

Ragusa, lì 9 Marzo 2020

Oggetto: **Appalti pubblici: il principio di invarianza della soglia di anomalia.**

Il principio di invarianza della soglia di anomalia (detto anche "del blocco della procedura") 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, ne' per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte» (art. 95, co. 15 del Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 50/2016).

Tale principio **mira a sterilizzare l'alterazione della trasparenza e della correttezza del confronto concorrenziale** e, nel contempo, traduce anche il principio di **conservazione degli atti giuridici** (cfr. [Cons. St., Sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013](#)). Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, tale "blocco" della procedura, che non deve essere inteso nel senso di vanificare la tutela giurisdizionale, oggetto di tutela costituzionale (artt. 24 e 113 Cost.), **va comunque temperato con i principi di buon andamento** ed imparzialità dell'attività amministrativa, anch'essi di rango costituzionale (art. 97 Cost.). Pertanto, coerentemente alla dato letterale dell'art. 95 del Codice, la rettifica della soglia di anomalia - derivante dall'illegittima ammissione di imprese prive dei requisiti di partecipazione alla gara - **deve essere consentita alla stazione appaltante sino alle situazioni in cui sia stato attivato il soccorso istruttorio**, quando non può dirsi ancora conclusa la fase di ammissione delle offerte (cfr. [Cons. St., Sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1117](#)).

Sotto tale profilo, il principio di invarianza della soglia di anomalia:

- non è stato ritenuto applicabile e conseguentemente ammessa la rideterminazione della soglia, **nel caso di sopravvenuta esclusione di alcuni offerenti il giorno successivo allo svolgimento della gara**, in un contesto temporale unitario, sulla base «un'ulteriore verifica di ufficio delle dichiarazioni delle società partecipanti, in particolare sul possesso della iscrizione nella White List» (cfr. [Cons. St. n. 1117/2020](#) cit.);
- è stato ritenuto applicabile e conseguentemente non ammessa la rideterminazione della soglia, laddove - **concluse le fasi di ammissione delle offerte e di valutazione delle offerte economiche** - la stazione appaltante, individuata la prima in graduatoria, si apprestasse a sottoporre l'offerta di quest'ultima alla verifica dei costi (cfr. [TAR Bari, Sez. III, 14 febbraio 2020, n. 254](#)).

Ciò posto, l'art. 95, comma 15 del Codice rimane oggetto di interpretazioni non sempre univoche da parte della giurisprudenza amministrativa, poiché, **secondo un diverso e diffuso indirizzo esegetico, «il principio di invarianza della soglia ... si applica soltanto a partire dal momento dell'aggiudicazione definitiva»** (cfr. [TAR Catania, sez. I, 24 dicembre 2019, n. 3077](#) che richiama Consiglio di Stato, 22 dicembre 2015, n. 740, 11 gennaio 2017, n. 14, e 5 aprile 2017, n. 159 nonché Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giuris., 11 gennaio 2017, n. 14). Secondo tale orientamento, fino al provvedimento di c.d. aggiudicazione definitiva, la stessa commissione, nell'esercizio del potere di autotutela, può riaprire il procedimento di gara già espletato «per emendarlo da errori commessi e da illegittimità verificatesi, anche in relazione all'eventuale illegittima ammissione o esclusione dalla gara di un'impresa concorrente» (cfr. [Cons. Stato, Sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5360](#)).

In ogni caso, la previsione dell'art. 95 citato riguarda e fa riferimento ad evenienze, temporalmente specificate, afferenti, però, sempre a nuove valutazioni discrezionali della stazione appaltante, pertanto il suddetto "blocco" deve escludersi nel caso di:

- **mero errore materiale**, commesso dalla stazione appaltante in sede di lettura di una delle offerte, che - impregiudicata la conseguente responsabilità della stessa - deve necessariamente comportare, anche in via di autotutela, un allineamento della situazione di fatto con quella di diritto a prescindere dal momento in cui tale errore è stato scoperto (cfr. [TAR Roma, Sez. II-bis, 4 febbraio 2020, n. 1461](#));
- **anomalia informatica**, in ragione della quale:
 - non è stata presa in considerazione un'offerta ed è stata disposta l'esclusione in via automatica dallo stesso sistema informatico, senza che vi fosse stato in realtà alcun giudizio negativo dell'offerta da parte del RUP ai fini dell'esclusione (cfr. [TAR Milano, Sez. IV, 2 marzo 2020, n. 401](#));
 - che ha comportato l'esclusione temporanea delle due imprese, ritirata in autotutela dal RUP, che non poteva che comportare la ripresa della gara dal momento anteriore, considerando confermato il primo sorteggio, con applicazione piena del principio di invarianza (cfr. [TAR Napoli, Sez. III, 2 gennaio 2020, n. 3](#)).

Sotto un diverso profilo, per quanto generale possa essere la ratio sottesa a tale disposizione secondo l'interpretazione datane dalla giurisprudenza, è pacifico che essa **non vale a limitare la portata di una specifica disciplina di gara**, al di fuori dei profili direttamente interessati dalla disposizione (ossia il calcolo di medie e l'individuazione della soglia di anomalia). Pertanto, è stato ritenuto che **il suddetto "blocco" non potesse applicarsi ad una gara che preveda un meccanismo d'assegnazione dell'appalto basato sull'attribuzione di un solo lotto a ciascuna impresa**, in ragione del livello del ribasso offerto, dando luogo a un conseguente sistema di "scorrimento laterale" della graduatoria funzionale alle aggiudicazioni finali (cfr. [Consiglio di Stato, Sez. V, 29 luglio 2019, n. 5358](#)).

Distinti Saluti

ANCE RAGUSA
II VICE PRESIDENTE
(Geom. Giovanni Bonometti)