

Con sentenza n. 4056 del 23 maggio 2022, la quinta sezione del Consiglio di Stato ha esaminato la portata dell'art. 95, comma 15, D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), a mente del quale, *"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"*, confermando il principio della c.d. cristallizzazione della soglia d'anomalia, che trasposta sul piano pratico si traduce nell'impossibilità *ex post* d'individuare – per effetto di sopravvenienze maturate successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte – una nuova soglia di anomalia mediante il ricalcolo delle offerte, non è *ex se* preclusiva della possibilità di rimettere in discussione gli esiti della procedura di gara. Diversamente argomentando, il *"fatto compiuto"* derivante dalla determinazione delle medie, laddove a monte di questa si sia consumata un'illegittimità che abbia avuto rilievo decisivo in tale operazione aritmetica, assumerebbe un ruolo dirimente in grado di frustrare i principi che conformano l'azione amministrativa e, prima ancora, di sovvertire la gerarchia assiologica dei valori ad essi sottesi (in termini, Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2017, n. 590; Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2016, n. 1052). Va ricordato, in proposito (*ex multis*, Cons. Stato, V, 2 settembre 2019, n. 6013), che il principio di invarianza su cui si verte è stato introdotto con l'art. 38, comma 2-bis, D.Lvo n. 163 del 2006 e quindi riprodotto nel vigente Codice dei contratti pubblici, all'art. 95, comma 15, per evitare che le variazioni sulle ammissioni/esclusioni dalle gare, ancorché accertate giurisdizionalmente, sortissero effetti in punto di determinazione delle medie e delle soglie di anomalia, da ritenersi ormai cristallizzate – alla luce di un consolidato orientamento giurisprudenziale – al momento dell'aggiudicazione. Tale regola risponde all'esigenza di sterilizzare (*ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 22 febbraio 2017, n. 841) l'alterazione della trasparenza e della correttezza del confronto concorrenziale, potenzialmente correlata alla partecipazione di fatto di un concorrente solo successivamente estromesso della gara, rendendo irrilevante la promozione di controversie meramente speculative e strumentali da parte di concorrenti non utilmente collocatisi in graduatoria mossi dall'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 (Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 2018, n. 4664). Il criterio di cui trattasi – espressione, tra l'altro, del principio di conservazione degli atti giuridici – nel corso del tempo è stato via via precisato, quanto a presupposti e ambito applicativo, nella sua reale portata, tanto più in seguito all'entrata in vigore dell'art. 120, commi 2-bis e 6-bis c.p.a., comportanti l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni o delle esclusioni dalla gara. Muovendo da un tal ordine di cose, la giurisprudenza ha quindi potuto precisare l'autonomia e la specificità della fase di ammissione ed esclusione, le quali – tanto più in aggiunta alla previsione di un apposito rito accelerato – ostavano alla configurazione, già in tale contesto, di una qualsiasi *"cristallizzazione delle medie"*, dal momento che l'eventuale accoglimento delle impugnazioni, *"in una fase della gara nella quale l'ammissione non si è ancora stabilizzata per essere ancora sub iudice, non può non retroagire, una volta accolta, al momento della illegittima ammissione, tempestivamente impugnata, in quanto, diversamente ritenendo, la stabilizzazione della soglia sarebbe "sterilizzata" da ogni eventuale illegittimità di una ammissione o esclusione tempestivamente contestata"* (Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579). Invero, una volta preso atto che l'art. 95, comma 15 cit. individua, quale momento idoneo a *"cristallizzare"* le offerte, la definizione in sede amministrativa della *"fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte"*, deve logicamente riconoscersi che la fase in questione non può ritenersi conclusa *"almeno finché non sia spirato il termine per impugnare le ammissioni e le esclusioni"* e, comunque, *"finché la stessa stazione appaltante non possa esercitare il proprio potere di intervento di autotutela ed escludere 'un operatore economico in qualunque momento della procedura' (art. 80, comma 6, D.L.vo n. 50 del 2016) e, quindi, sino all'aggiudicazione (esclusa, quindi, l'ipotesi di risoluzione "pubblicistica" di cui all'art. 108, comma 1, D.Lvo n. 50 del 2016, successiva alla stipula del contratto)"* (così Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579). Ne consegue, altrettanto logicamente, che le variazioni intervenute nella platea dei concorrenti per effetto della riammissione in gara di soggetti in precedenza illegittimamente esclusi, attengono ancora alla fase di ammissione e/o esclusione delle offerte (contestualmente alla proposta di aggiudicazione) – in quello stadio non ancora conclusa – ossia ad una fase che l'art. 95, comma 15, cit. ancora non sottopone all'applicazione del principio di invarianza (in termini, Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013; da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 10 marzo 2021, n. 2047). Del resto – ha concluso il Consiglio di

Stato - la ratio perseguita dall'art. 95 comma 15, cit. riposa *"nell'esigenza di impedire impugnazioni di carattere strumentale, in cui il conseguimento dell'aggiudicazione è ottenibile non già per la portata delle censure dedotte contro gli atti di gara e per la posizione in graduatoria della ricorrente, ma solo avvalendosi degli automatismi insiti nella determinazione automatica della soglia di anomalia"* (Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1117; Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2020, n. 7332); invero, proprio il riferimento testuale dell'art. 95 comma 15, cit. alla fase di regolarizzazione conferma la possibilità, per l'amministrazione, di eventualmente regolarizzare - prima di procedere all'aggiudicazione della gara - eventuali offerte affette da mere irregolarità non invalidanti (per tali suscettibili di essere sanate: *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2021, n. 683).

Riferimenti Normativi:

- art. 95, D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici)