

Appalti Pubblici: dopo il soccorso istruttorio si cristallizza la soglia di anomalia

18 Settembre 2019

Lo sbarramento previsto dall'art. 95, comma 15, d.lgs. 50/2016, in cui si traduce il principio della c.d. "invarianza della soglia" [di anomalia], non è applicabile alla fase di ammissione delle offerte.

E' pertanto corretto l'operato della stazione appaltante che, fino alla completa definizione del soccorso istruttorio, ha ritenuto "non conclusa" la fase di ammissione con ciò sottraendo la vicenda alla applicazione della regola in questione.

Il c.d. principio di "invarianza della soglia", di cui al citato art. 95, co. 15, del Codice dei contratti pubblici, traduce il principio di conservazione degli atti giuridici, sterilizzando tale soglia da ogni eventuale illegittimità di una ammissione o esclusione tempestivamente contestata (cfr. Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579).

Pertanto, eventuali variazioni sulle ammissioni/esclusioni dalle gare, ancorché accertate giurisdizionalmente, non comportano il ricalcolo delle medie e delle soglie di anomalia, da ritenersi ormai cristallizzate al momento dell'aggiudicazione.

Tale regola consolidatasi in giurisprudenza, favorisce la trasparenza e la correttezza del confronto concorrenziale, scoraggiando *"la promozione di controversie meramente speculative e strumentali da parte di concorrenti non utilmente collocatisi in graduatoria mossi dall'unica finalità ... di incidere direttamente su quest'ultima traendone vantaggio"* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 2018, n. 4664 nonché id., sez. III, 22 febbraio 2017, n. 841).

Su tale premessa il Consiglio di Stato ha individuato il momento temporale idoneo a cristallizzare le offerte nella definizione, in via amministrativa, della fase di ammissione (che, naturalmente, riguarda anche la non ammissione, cioè la esclusione), includendovi anche la fase di regolarizzazione, che si riferisce alle situazioni in cui sia stato attivato il soccorso istruttorio (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013).

Infatti, la eventuale fase di regolarizzazione rientra ancora nella fase di ammissione (tanto che l'offerta ammessa al soccorso istruttorio deve ritenersi ammessa "con riserva"), di tal che solo modifiche soggettive successive all'esperimento del soccorso istruttorio sono soggette al canone di invarianza.

Del resto, secondo il Consiglio di Stato, la suddetta fase 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, del d. lgs. n. 50 del 2016) e, quindi, sino all'aggiudicazione (esclusa, quindi, l'ipotesi di risoluzione "pubblicistica" di cui all'art. 108, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016, successiva alla stipula del contratto)"* (cfr. Cons. Stato sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579).