ubblicato il 04/08/2021

N. 05750/2021REG.PROV.COLL.

N. 08449/2020 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 8449 del 2020, proposto da Battiston Vittorino s.n.c. di Battiston Stefano e F.lli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Napoli, Cristiano Giovanni Gasparutti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la Protezione Civile e Presidente della Regione Veneto quale Commissario Delegato ai Primi Interventi Urgenti Ord. del Capo Dipartimento della Protezione Civile n. 558/2018, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;
Regione Veneto, Settore Ripristino Idraulico e Idrogeologico Area di Treviso - Unità Organizzativa Genio Civile Treviso, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Opemar S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, sez. I, 26 ottobre 2020, n. 993, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la Protezione Civile e del Presidente della Regione Veneto quale Commissario Delegato ai Primi Interventi Urgenti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 marzo 2021 il consigliere Angela Rotondano e data la presenza degli avvocati Napoli e Gasparutti che hanno depositato note ai sensi dell'art. 25 d.l. n. 137/2020, convertito in l. 176/2020, e del d.l. 183/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.Il Presidente della Regione Veneto, Commissario delegato ex Ordinanza del Capo Dipartimento della Protezione Civile (O.C.D.P.C.) 15 novembre 2018, n. 558 (d'ora in avanti anche solo l'amministrazione appaltante), indiceva una gara a procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. c) *bis* del D.Lgs. n. 50 del 2016, per l'affidamento dei lavori di *"Ripristino di difesa spondale del fiume Sile, a seguito degli eventi di piena causati dall'evento metereologico del 28 – 30 ottobre 2018, in via Riviera Fornaci, Comune di Casale sul Sile (TV)"*, per un importo a base d'asta di €. 394.398,43 (di cui €. 7.978,32 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso), da aggiudicarsi col criterio del prezzo più basso (inferiore a quello a base d'asta).

Il Disciplinare di gara conteneva specifiche disposizioni quanto all'esclusione automatica delle offerte ex art. 97, comma 8, del D. Lgs. n. 50 del 2016 e ss.mm.ii. e sulle modalità di calcolo della soglia di anomalia.

2. La società Battiston Vittorino s.n.c. di Battiston Stefano & F.lli (d'ora in avanti anche solo Battiston s.n.c.), che aveva partecipato alla gara offrendo un ribasso del 26,200%, giusta nota prot. 355777 del 10 settembre 2020, veniva esclusa dalla gara in quanto, calcolata la soglia di anomalia al 27,343% e prevedendo il disciplinare di gara che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta *"considerando l'offerta che avesse presentato il ribasso più vicino per difetto alla soglia di anomalia fra le offerte rimanenti dopo l'esclusione delle "ali""*, la sua offerta rientrava proprio nell'ala maggiore.

3. Di tale provvedimento di esclusione, delle disposizioni del disciplinare di gara in tema di individuazione e calcolo della soglia di anomalia, se intese nel senso che le offerte sottoposte al c.d. *"taglio delle ali"* erano escluse dalla gara invece che solo accantonate, nonché della successiva nota della stazione appaltante n. 375023 del 18 settembre, di rigetto dell'istanza di autotutela, la società Battiston s.n.c. chiedeva l'annullamento al Tribunale amministrativo regionale per il Veneto.

L'impugnativa era affidata ad un unico articolato motivo rubricato *"Illegittimità dell'esclusione dell'impresa Battiston, la cui offerta è risultata non anomala – Violazione e falsa applicazione dell'art. 97, co. 2 – bis, D. Lgs. 50/2016, nonché del principio di tassatività delle clausole di esclusione (art. 83, co. 8, D. Lgs. 50/2016) – Eccesso di potere per travisamento di presupposti di fatto e di diritto, carenza di istruttoria e difetto di motivazione, irragionevolezza ed illogicità manifesta"*.

In estrema sintesi la ricorrente sosteneva la nullità della clausola della legge di gara che aveva previsto l'esclusione automatica, invece del semplice accantonamento, delle offerte rientranti nel c.d. taglio delle ali per violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione, con conseguente sua immediata disapplicazione da parte della stessa amministrazione appaltante, non potendo a tanto opporsi né il principio secondo cui l'amministrazione è vincolata alle regole di gara che essa stessa pone, né l'eventuale affidamento fatto eventualmente dagli altri concorrenti su tale clausola (proprio perché nulla).

Resisteva al ricorso l'amministrazione intimata chiedendone il rigetto.

4. Nelle more l'amministrazione appaltante con decreto n. 1835 del 2 ottobre 2020 annullava in autotutela gli atti di gara proprio in ragione dell'illegittimità della clausola *de qua*, richiamando un indirizzo giurisprudenziale secondo cui le offerte investite dal taglio delle ali sono solo provvisoriamente accantonate e non escluse dalla gara, i pareri di precontenzioso in tal senso espressi dall'ANAC (delibere n. 292 del 1°

aprile 2020 e n. 207 del 26 febbraio 2020), il parere favorevole all'annullamento della gara espresso dalla competente Avvocatura Distrettuale dello Stato, non mancando di sottolineare da un lato il probabile accoglimento del ricorso proposto dalla società Battiston s.n.c. e dall'altro lato la circostanza che non era ancora intervenuta l'aggiudicazione definitiva della gara, né la consegna dei lavori, ed ancora che il mancato ritiro della gara avrebbe potuto dar luogo a pregiudizievoli azioni risarcitorie, tenuto anche conto che sulla base di quelle disposizioni della *lex specialis* (che prevedevano l'esclusione delle c.d. ali) tutte le imprese partecipanti (compresa la ditta Opemar cui la gara era stata provvisoriamente aggiudicata) avevano formulato la propria offerta.

5. Con motivi aggiunti la società Battiston s.n.c. chiedeva l'annullamento anche di tale provvedimento, lamentando *"Illegittimità del provvedimento di annullamento della gara per violazione e falsa applicazione dell'art. 21 nonies L. 241/1990 nonché dei principi generali in materia di autotutela – Violazione e falsa applicazione della OCDPC del 15 novembre 2018, del DPCM del 27 febbraio 2019 e dell'Ordinanza Commissariale n. 4 del 21 aprile 2020 – Eccesso di potere per irragionevolezza e illogicità manifeste, contraddittorietà intrinseca, violazione del principio di proporzionalità, sviamento dell'azione amministrativa"*; nonchè *"(sotto ulteriore profilo) Illegittimità dell'impugnato provvedimento per violazione degli articoli 111 e 113 Cost., anche con riferimento al principio di parità delle parti (art. 2CPA)"*.

6. L'adito Tribunale con la sentenza segnata in epigrafe ha esaminato prioritariamente i motivi aggiunti, ritenendo infondate le censure sollevate ed ha quindi dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso principale.

7. La società Battiston s.n.c. ha ritualmente chiesto la riforma di tale sentenza, deducendo l'erroneità e l'ingiustizia alle stregua di due articolati motivi di gravame.

Con il primo, rubricato *"Erroneità dell'impugnata sentenza per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, contraddittorietà ed illogicità intrinseca e difetto di motivazione - Illegittimità del provvedimento di annullamento della gara impugnato in primo grado per violazione e falsa applicazione dell'art. 21-nonies, L. 241/1990, nonché dei principi generali in materia di autotutela – Violazione e falsa applicazione della Ocdpc del 15 novembre 2018, del Dpcm del 27 febbraio 2019 e dell'Ordinanza commissariale n. 4 del 21 aprile 2020 - Eccesso di potere per irragionevolezza e illogicità manifeste, contraddittorietà intrinseca, violazione del principio di proporzionalità, sviamento dell'azione amministrativa"*, riproponendo in sostanza le censure sollevate in primo grado e inopinatamente – a suo avviso – respinte, ha rimarcato la nullità (e non la mera illegittimità) della clausola della legge di gara che aveva previsto l'esclusione, invece che il semplice accantonamento delle offerte rientranti nel c.d. taglio delle ali, con la conseguenza che l'amministrazione appaltante sarebbe stata obbligata alla sua disapplicazione, senza procedere all'annullamento della gara, non necessario e neppure utile, non ostandovi neppure ragioni connesse all'affidamento eventuale posto su di essa dagli altri concorrenti; ciò senza contare che non erano state affatto evidenziate, né adeguatamente apprezzate e motivate le eventuali ragioni di interesse pubblico che avrebbero giustificato l'annullamento in autotutela degli atti di gara, essendo state meramente ed apoditticamente enunciate la presunta, ma indimostrata, non convenienza di proseguire la gara e le altrettanto presunte conseguenze risarcitorie, senza alcuna valutazione del rilevante interesse pubblico all'esecuzione dei lavori, urgenti e indifferibili.

Con il secondo, lamentando *"(in via subordinata) Erroneità della sentenza per mancata applicazione della regola della c.d. "soccombenza virtuale" con riferimento al ricorso introduttivo"*, ha rilevato che il primo giudice non aveva neppure valutato, ai fini delle spese processuali e della restituzione del contributo, la soccombenza virtuale in relazione al ricorso principale dell'amministrazione appaltante, che aveva essa stessa, quanto meno in parte, giustificato il provvedimento di annullamento in autotutela degli atti di gara proprio con la probabile fondatezza dell'impugnativa del provvedimento di esclusione dalla gara.

Hanno resistito le amministrazioni appellate che hanno dedotto l'infondatezza del gravame.

Nell'approssimarsi dell'udienza di merito le parti hanno prodotto memorie difensive insistendo nelle rispettive conclusioni e all'udienza pubblica del 4 marzo 2021, tenuta da remoto, la causa è stata introitata per la decisione.

8. L'appello è infondato.

8.1. La giurisprudenza ha affermato che la declaratoria di nullità delle clausole di una procedura di gara per violazione del principio di tassatività si riferisce a quelle clausole che impongono adempimenti formali e non riguarda pertanto prescrizioni che attengono ai requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnica (Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2019, n. 5828; sez. III, 7 luglio 2017, n. 3352).

E' stato anche precisato che in linea generale la nullità, quale conseguenza del principio di tassatività delle clausole di esclusione, colpisce le clausole con le quali l'amministrazione impone ai concorrenti determinati adempimenti o prescrizioni ai fini dell'ammissione alla procedura di gara, che non trovano alcuna base giuridica nelle norme che (nel Codice dei contratti o in altre disposizioni di legge vigenti) prevedono cause di esclusione (comprese quelle che, pur non prevedendo espressamente, quale conseguenza, l'esclusione dalla gara, impongano adempimenti formali o introducano comunque norme di divieto) (Cons. Stato, V, 23 novembre 2020, n. 7257 e giurisprudenza ivi richiamata, A.P. 7 giugno 2012, n. 21; 16 ottobre 2013, n. 23; 25 febbraio 2014, n. 9).

8.2. Sulla base di tali principi giurisprudenziali deve escludersi che la clausola del disciplinare della gara in questione (secondo cui le offerte investite dal taglio delle ali, invece di essere soltanto accantonate, andavano escluse dalla gara, ed in applicazione della quale la società Battiston s.n.c. è stata estromessa dalla procedura) possa essere ritenuta, come invocato dall'appellante, nulla e come tale meramente disapplicata.

Tale clausola, lungi dall'imporre adempimenti formali o dall'introdurre ulteriori requisiti, oltre quelli stabiliti direttamente dalla legge, per la partecipazione alla gara o dal porre divieti (di partecipazione alla gara), ha in realtà fissato le modalità di calcolo e di individuazione della soglia di anomalia ai fini dell'offerta, male interpretando le disposizioni normative concernenti il c.d. taglio delle ali, ritenendo in particolare che le offerte investite dal c.d. taglio delle ali, invece di essere soltanto accantonate andavano escluse dalla gara.

Si è in presenza pertanto non già di un'ipotesi di clausola nulla ex art. 83, comma 8, del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, bensì di clausola illegittima, determinata propriamente dalla violazione e falsa applicazione delle disposizioni contenute nell'art. 97 del predetto D. Lgs. n. 50 del 2016.

8.3. Ciò appurato e ricordato che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, nelle procedure di gara la *lex specialis* non può essere disapplicata perché le relative clausole e le sue prescrizioni hanno effetto vincolante anche per l'amministrazione che le ha predisposte, di modo che le stesse non possono essere disapplicate e/o eluse né dal giudice, né dalla P.A. e ciò anche nell'ipotesi che risultino in contrasto con le previsioni dell'ordinamento giuridico vigente, anche comunitario, salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela (Cons. Stato, sez. V, 22 marzo 2016, n. 1173; 8 maggio 2019, n. 2991; V, 2 settembre 2019, n. 6026; 5 marzo 2020, n. 1604), deve ritenersi che correttamente, proprio nell'esercizio del potere di autotutela, l'Amministrazione abbia provveduto all'annullamento dell'intera gara.

Orbene, premesso che il potere di annullamento in autotutela è connotato da ampia discrezionalità, nel caso di specie sussistevano certamente i presupposti per il suo legittimo esercizio.

Infatti, oltre a non potersi dubitare che quella illegittima clausola e la sua attuazione era stata determinante nella scelta del contraente, non può neppure ragionevolmente negarsi che quell'illegittimità era fonte di possibili azioni risarcitorie (posto che comunque sulla base della clausola relativa alla modalità di calcolo dell'anomalia tutte le imprese invitate alla procedura negoziata avevano formulato la propria offerta, compresa la Opemar che, sempre sulla base della detta clausola, sarebbe risultata aggiudicataria

provvisoria), così che, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante (sulla scorta di considerazioni meramente soggettive), sussisteva l'interesse pubblico, di cui è stato dato conto nel predetto provvedimento di autotutela, all'eliminazione della procedura illegittima, tanto più che l'esiguo spazio di tempo trascorso tra lo svolgimento della gara ed il suo annullamento escludeva in ogni caso che si fosse ingenerato un legittimo affidamento sulla sula legittimità; né può ammettersi, sotto altro profilo, che quella illegittimità fosse talmente macroscopica da poter essere facilmente riconoscibile dagli altri concorrenti che pertanto non avrebbero potuto fondare su di essa alcun incolpevole affidamento: a fronte di tale suggestiva prospettazione è sufficiente opporre proprio l'impossibilità da parte dell'amministrazione di disapplicare le norme da essa stessa predisposte.

In conclusione, è esente da profili di illogicità e irragionevolezza la scelta dell'amministrazione di annullare in autotutela (compiutamente esplicitando nel provvedimento impugnato le motivazioni correlate a ragioni di pubblico interesse, ivi compresa, tra l'altro, l'urgenza dei lavori), l'intera procedura negoziata (considerato che non vi era stata ancora aggiudicazione definitiva e i lavori non erano stati affidati), anziché disapplicare (come sostenuto dall'appellante) la singola clausola della *lex specialis* (concernente le modalità di ammissione ed esame delle offerte presentate), in ossequio ai principi di immutabilità delle regole di gara, di affidamento e *par condicio competitorum*.

Infondate sono poi anche le doglianze attinenti all'interferenza del potere di autotutela in concreto esercitato con il giudizio pendente: invero, proprio l'esistenza del contenzioso e la possibile fondatezza dello stesso (incentrato su questioni- nullità o annullabilità della clausola del disciplinare di gara- aventi un certo margine di opinabilità), con i connessi profili risarcitori (anche nei confronti delle altre ditte invitate le quali sulla base di quella clausola avevano formulato la propria offerta), ben giustificava l'adozione di un provvedimento di ritiro in autotutela da parte dell'Amministrazione, la quale non aveva ancora consumato il potere di rimeditare il proprio operato.

8.4. Il primo motivo di gravame deve essere pertanto respinto.

8.5. Stessa sorte merita anche il secondo motivo, con il quale l'appellante si duole del regolamento delle spese del giudizio, sottolineando che la stessa motivazione del provvedimento di annullamento in autotutela della procedura di gara avrebbe dimostrato la fondatezza del ricorso principale e avrebbe dovuto indurre il tribunale a fare applicazione del principio della soccombenza virtuale (in danno dell'amministrazione).

In realtà, malgrado la suggestiva prospettazione (ed anche a voler prescindere dalla insindacabilità della decisione del giudice circa il regolamento delle spese processuali, salve le ipotesi di decisione abnorme, che nel caso di specie non ricorre), non può sottacersi che il giudizio di primo grado (per quanto concerne il ricorso introduttivo) non è stato definito con una pronuncia di accoglimento, ma con una pronuncia in rito, per sopravvenuto difetto di interesse, determinato dalla successiva impugnazione con motivi aggiunti del provvedimento di autotutela.

I due atti impugnati (il provvedimento di esclusione e l'annullamento in autotutela dell'intera procedura) appartenevano alla stessa (unica) serie procedimentale così che non irragionevolmente l'infondatezza della seconda impugnativa ha avvinto anche la prima ai fini del regolamento delle spese.

9. In conclusione l'appello deve essere respinto.

10. La peculiarità della fattispecie giustifica la compensazione tra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 4 marzo 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla l. n. 176/2020, e del d.l. n. 183/2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 21/2021, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

Angela Rotondano

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO