Appalti pubblici: principio di stabilità della soglia di anomalia

12 Giugno 2015

Sussiste una regola generale, sinteticamente definibile quale «principio di stabilità della soglia di anomalia», che determina l'invariabilità della situazione determinatasi una volta terminata in sede amministrativa la "fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte" .

Tale principio evidenzia il preminente l'interesse a rendere più stabili gli esiti finali del procedimento di gara, al fine di evitare che, con il verificarsi di alcune sopravvenienze, altri concorrenti possano rivendicare l'esigenza di una qualunque forma di protezione giuridica da esplicarsi attraverso la rinnovazione di una fase di gara.

E' quanto emerge dalla sentenza n. 2609 del 16 aprile 2015, con cui la Sezione V del Consiglio di Stato offre una prima interpretazione sulla norma dirimente del contenzioso, contenuta nel periodo conclusivo del comma 2-bis di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, Codice dei contratti pubblici, secondo il 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*» (comma introdotto dall'art. 39 del D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con legge 11 agosto 2014, n. 114).

Nel caso specifico l'Impresa aveva sollevato un problema di contrasto del suddetto articolo con i principi costituzionali affermati dagli artt. 24 e 113 Cost. sulla indefettibilità della tutela giurisdizionale e sulla impossibilità che tale tutela sia «*esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione*».

Il Consiglio di Stato ha, tuttavia, chiarito che il citato comma 2-bis, ultima parte, trattandosi di una regola di diritto sostanziale, ha inteso innovare la disciplina del procedimento di aggiudicazione delle gare di appalto, e solo di riflesso riverbera le proprie coerenti conseguenze sul terreno processuale.

Pertanto, questa non può essere sospettata di avere inciso sulle garanzie

costituzionali che presiedono alla tutela giurisdizionale.

La nuova norma ha, infatti, articolato l'andamento del procedimento di evidenza pubblica, stabilendo che una volta effettua to il calcolo della media, ed individuata la soglia di anomalia, qualsiasi successiva variazione, anche ove discendente da una pronuncia giurisdizionale, non giustifica rifacimento della stessa.

Per le ragioni ora esposte, è altresì negato che la norma in questione esaurisca la sua funzione con l'escludere la possibilità di una nuova aggiudicazione, lasciando però intatta la possibilità di accedere negli stessi casi **ad una tutela risarcitoria per equivalente**.

In altri termini, conclude il Consiglio di Stato, «*la nuova norma disconosce in radice qualunque forma di protezione giuridica per l'interesse sostanziale dell'impresa che prospetti la necessità della rinnovazione di una fase del procedimento, in quanto il legislatore ha posto la regola della irrilevanza di alcune sopravvenienze, per rendere più stabili gli esiti finali del procedimento ed evitare che – anche ipoteticamente – possano esservi iniziative distorsive della leale concorrenza tra le imprese*»

20883-CdS2609_2015.pdfApri