



DELIBERA N. 336 del 9 settembre 2026

UPREC-PRE-0339-2026-L-PREC - FASC. 2026-004632

Oggetto: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 220, comma 1, del d.lgs. 36/2023 presentata da presentata da (...) - Lavori per la sistemazione del piano viario, messa in sicurezza di alcuni tratti ed esecuzione di opere di presidio e di corredo - Strada Provinciale n° 9 Delle Madonie - CIG: (...) - Importo: 3.450.000,00.

Riferimenti normativi

Artt. 57, 102, 108, co. 12 e 110 d.lgs. 36/2023

Parole chiave

Appalto – graduatoria – anomalia - esclusione – invarianza - regressione procedimentale

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'adunanza del 9 settembre 2026

Delibera

VISTA l'istanza di parere acquisita al prot. n. 75885 del 5.8.2026, formulata dalla (...) con riferimento alla legittimità del ricalcolo della soglia di anomalia disposta a seguito di esclusione di un o.e., con riferimento all'appalto di *“Lavori per la sistemazione del piano viario, messa in sicurezza di alcuni tratti ed esecuzione di opere di presidio e di corredo - Strada Provinciale n° 9 Delle Madonie - CIG: (...) - Importo: 3.450.000,00”*;



VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 6.8.2026, con nota prot. 76508;

VISTA la documentazione in atti e le memorie prodotta dall'o.e. controinteressato e dalla stazione appaltante;

PRESO ATTO che la vicenda in esame era stata precedentemente proposta dalla medesima stazione appaltante (nota prot. 39108/2026), ma dichiarata inammissibile (nota prot. 45383/26) in quanto sulla vicenda preliminare pendeva giudizio innanzi al TAR Sicilia – Palermo. Con la sentenza n. 2236 del 29/07/2026, il GA ha tuttavia definito la predetta questione preliminare e confermato l'esclusione dell'o.e. primo classificato: tale circostanza costituisce precedente logico giuridico dell'odierna vicenda, che per effetto della pronuncia anzidetta può pertanto essere esaminata alla luce della successiva riproposizione dell'istanza da parte della stazione appaltante;

PRESO ATTO in particolare che, per effetto del sopra citato provvedimento di esclusione disposto nei confronti dell'o.e. primo classificato, la stazione appaltante ha ritenuto di rideterminare la soglia di anomalia, applicando la regressione procedimentale in quanto tale concorrente era stato escluso per non aver dichiarato di rispettare gli oneri ex art. 57, relativamente all'occupazione giovanile e femminile, ai sensi della c.d. clausola sociale. Ad avviso del secondo classificato nella graduatoria originaria, invece, in luogo della regressione procedimentale, la stazione appaltante avrebbe dovuto più correttamente applicare il principio di invarianza, ai sensi dell'art. 108 co. 12 e procedere piuttosto allo scorrimento della graduatoria;

CONSIDERATO preliminarmente che ai sensi dell'art. 108 co. 12 del d.lgs 36/2023 viene previsto che *“Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente al provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale, non è rilevante ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte, eventualmente stabilita nei documenti di gara, e non produce conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara”*. Ciò premesso, in considerazione che, secondo il dato normativo di riferimento, l'invocato principio di invarianza non trova continuità di applicazione per tutto lo sviluppo della procedura di aggiudicazione, e ne va pertanto definito l'ambito operativo con riferimento al caso di specie;

VISTO che pacificamente si deve ritenere che l'invocato principio di invarianza ai sensi dell'art. 108, co. 12 del Codice può operare solamente dopo l'aggiudicazione, si ritiene che prima di ciò si debba preferire l'istituto opposto



della regressione procedimentale che comporta, al contrario, di risalire a ritroso nella procedura fino all'evento che ne ha determinato la "variazione". In base a tale regola, pertanto, il principio di invarianza non potrebbe dunque essere applicato per cristallizzare una graduatoria prima che la procedura non sia stata definita con l'aggiudicazione;

VISTA, inoltre, la più recente giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, sent. 27 maggio 2026, n. 4268) e parimenti richiamando gli orientamenti in materia della scrivente Autorità (cfr. delibera n. 245 del 24.6.2026), si osserva che il citato art. 108, co. 12 del d.lgs. 36/2023, recante l'invocato *"principio di invarianza", "comporta l'indifferenza della graduatoria (cd. invarianza) rispetto ad eventuali modifiche derivanti da atti di autotutela dell'Amministrazione o da provvedimenti giurisdizionali intervenuti successivamente all'aggiudicazione, ma non si occupa di situazioni diverse, e cioè di esclusioni che abbiano preceduto l'aggiudicazione"*. La citata sentenza ha quindi precisato che *"la regressione procedimentale, rispetto a cui l'invarianza integra una deroga, costituisce la regola ove l'esclusione di un concorrente sia collegata ad una patologia del procedimento, rispondendo in tale ipotesi ad un principio generale dell'ordinamento [...] che impone la ripresa del procedimento nella fase immediatamente anteriore a quella della verifica del vizio, onde evitare la propagazione dei suoi effetti. Al contrario, nell'ipotesi in cui l'esclusione di un concorrente non derivi da un'invalidità (ad esempio, dalla partecipazione alla gara di un concorrente privo dei requisiti), ma dall'applicazione stessa delle regole del procedimento nei confronti dei concorrenti abilitati a partecipare alla gara (ipotesi di esclusione dell'offerta anomala), la regressione procedimentale non deriva dai principi generali, per cui la sua eventuale applicazione deve essere, da un lato, esplicitata nel bando e, dall'altro lato, non risultare irragionevole. In definitiva, l'art. 108, co. 12 del d.lgs. 36/2023 non pone affatto la regola (né tantomeno la regola imperativa) della necessaria regressione procedimentale ogniqualevolta, dopo la formazione della graduatoria ma prima dell'aggiudicazione, un concorrente sia escluso. La regolamentazione di tali fattispecie ricade nella discrezionalità delle stazioni appaltanti, fermi i limiti derivanti dai principi generali [...]. Il Consiglio di Stato precisa che alle stesse conclusioni si giunge pur considerando la sentenza n. 77/2025 della Corte Costituzionale in cui, nell'affrontare la questione dell'invarianza nelle procedure caratterizzate dall'inversione procedimentale, la Consulta specificava che fino all'aggiudicazione la soglia può essere oggetto di rettifica «in modo che si tenga conto dell'esclusione dalla gara di imprese prive dei requisiti di partecipazione o presentatrici di offerte invalide, ovvero della riammissione di imprese illegittimamente escluse». Il Consiglio di Stato osserva in proposito che «l'offerta anomala non è un'offerta invalida, come quella presentata da un operatore privo dei requisiti o come quella difforme alla lex specialis, ma piuttosto un'offerta non sostenibile economicamente e, perciò, non suscettibile di aggiudicazione"*;



RITENUTO che nel caso di specie la situazione fissata dal provvedimento di esclusione (confermata dalla decisione del TAR) risale al momento in cui in capo all'o.e. primo classificato veniva riscontrata la mancata sottoscrizione della clausola sociale e che, parimenti, ai sensi dell'art. 57 del d.lgs 36/2023 tale adempimento costituisce espressamente uno dei *"requisiti necessari dell'offerta"*, pare non contestabile ritenere che il soggetto escluso avesse formulato un'offerta non valida, la quale, mancando degli elementi fondamentali, impediva in capo a tale o.e., e nonostante la sua posizione in graduatoria, il perfezionarsi l'aggiudicazione;

CONSIDERATO che, nel caso di specie (come confermato dal citato TAR Sicilia), posto che l'esclusione del concorrente giunto primo in graduatoria conseguiva in maniera pressoché automatica dalla presentazione di un'offerta invalida (*rectius* senza i richiesti requisiti), invece che da una valutazione discrezionale in autotutela da parte della stazione appaltante, ne consegue che, in conformità alle precedenti indicazioni, la regressione procedimentale all'evento espulsivo costituisce la regola, non potendo ammettersi la deroga costituita dal principio di invarianza;

CONSIDERATO peraltro che non possono ritenersi condivisibili le osservazioni dell'o.e. controinteressato, laddove ritiene invece l'esclusione conseguenza di specifiche regole introdotte dalla *lex specialis* del tutto peculiari alla gara e da applicarsi non in via automatica, ma previa valutazione discrezionale. Nel caso di specie, come osserva lo stesso TAR Sicilia sopra citato, con riguardo alla clausola escludente relativa alla mancata sottoscrizione della c.d. clausola sociale prevista nella *lex specialis* *"la giurisprudenza amministrativa è ormai consolidata nel ritenere che la loro inosservanza comporti una autonoma causa di esclusione (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 15 maggio 2026 n. 2414, secondo cui non può "fondatamente credersi che le previsioni dei richiamati artt. 57 e 102 non abbiano natura di norme imperative inderogabili, già solo in ragione della loro inequivoca formulazione testuale (oltre che degli obiettivi perseguiti, di garantire ai lavoratori più adeguate tutele sotto il profilo occupazionale)" (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 10.04.2026, n. 2879))"*. ... Pertanto, che la clausola escludente prevista dal disciplinare non introduce una causa di esclusione atipica o arbitraria, come sostenuto da parte ricorrente, ma si pone in diretta attuazione dell'art. 57 del Codice dei Contratti Pubblici e del bando tipo predisposto dall'ANAC". La clausola escludente applicata dalla stazione appaltante, ancorché prevista nella *lex specialis*, è meramente applicativa di un obbligo giuridico previsto dal disposto degli artt. 57 e 102 e non può comportare, invece, l'esercizio di un'attività discrezionale rimessa alla valutazione della stazione appaltante (che diversamente avrebbe avuto l'effetto di cristallizzare la graduatoria);



RITENUTO che, alla luce dei rilievi appena esposti, non ricorre nel caso di specie l'obbligo di dar luogo allo scorrimento della graduatoria a favore del secondo graduato: il disposto dell'art. 108. co. 12 del Codice, si limita a codificare il principio di invarianza che come sottolineato dalla giurisprudenza e dai precedenti ANAC, ricorre nell'ipotesi di esclusione dell'aggiudicatario, mentre la regressione procedimentale dovrà, come nel caso di specie, applicarsi ogni qual volta un'offerta sia stata esclusa perché invalida e/o carente dei requisiti;

RITENUTO che, alla luce dei principi esposti, la stazione appaltante, in ossequio al principio della regressione procedimentale, ha correttamente disposto il ricalcolo della soglia di anomalia a seguito dell'esclusione e conseguenzialmente operato in maniera conforme alla normativa di settore, poiché, alla luce dei principi testé descritti, nel caso di specie, non può ammettersi lo scorrimento della graduatoria;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che nel caso di specie, l'operato della stazione appaltante è conforme alla normativa di settore in quanto aveva correttamente disposto il ricalcolo della graduatoria a seguito dell'esclusione del primo classificato, non ancora aggiudicatario, per carenza di un requisito essenziale dell'offerta.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 14 settembre 2026

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente