



Inversione procedimentale e cristallizzazione della soglia
Parere M.I.T. 26 febbraio 2021, n. 863

Parere MIT 26 febbraio 2021, n. 863

Quesito

Gara di lavori con inversione procedimentale ed esclusione automatica delle offerte anomale. Prima dell'aggiudicazione un concorrente fa accesso agli atti relativamente alla documentazione amministrativa di tutti i concorrenti. Contesta l'ammissione di un concorrente che effettivamente avrebbe dovuto essere escluso se si fosse verificata la documentazione presentata. Come deve comportarsi la stazione appaltante? Se l'accesso agli atti fosse avvenuto dopo il provvedimento di aggiudicazione come avrebbe dovuto comportarsi? Grazie

Risposta

Sulla base di quanto rappresentato, si premette che con riferimento all'eventuale esclusione del concorrente occorre ricordare che le irregolarità afferenti alla documentazione amministrativa sono generalmente sanabili attraverso l'applicazione del soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9 del Codice. Quanto all'accesso agli atti si ricorda che, ai fini dell'ostensione della documentazione richiesta, occorre previamente verificare se sussistono i presupposti di cui agli artt. 22 e ss. della L. 241/199 ss. mm. ii. Inoltre, con specifico riferimento ai contratti pubblici, il diritto di accesso agli atti trova altresì i limiti – oltre che il differimento ex lege – di cui all'art. 53 del d.lgs. 50/2016. Ciò premesso, relativamente al quesito posto, si ritiene applicabile il principio di cui all'art. 95, co. 15, d.lgs. 50/2016 ai sensi 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”. Si tratta del principio di c.d. invarianza della soglia di anomalia, di cui al co. 15 dell'art. 95 del Codice, che opera nel senso di cristallizzazione delle offerte e di immodificabilità della graduatoria entro la fase di ammissione, al fine di garantire continuità alla gara e stabilità ai suoi esiti, sì da evitare effetti pregiudizievoli per le partecipanti e per il mercato. Il suddetto principio è applicabile ad ogni potenziale ragione di esclusione di un concorrente e mira all'obiettivo di assicurare stabilità agli esiti finali dei procedimenti di gara. Si rappresenta che, come chiarito anche della giurisprudenza (cfr. tra le altre TAR Emilia Romagna, n. 827/2020), il principio in esame trova applicazione anche alle procedure di gara in cui è utilizzata la c.d. “inversione procedimentale”. Ne consegue che secondo il combinato disposto di cui all'art. 95 c. 15 e 133 c. 8, d.lgs. 50, considerato che è terminata la fase di ammissione, troverà applicazione il principio dell'invarianza della soglia di anomalia. Con riferimento alla seconda domanda, si ritiene che il predetto principio avrebbe trovato applicazione anche nell'ipotesi prospettata, in quanto il citato art. 95. c. 15 si riferisce a “qualsiasi variazione, anche ove discendente da una pronuncia giurisdizionale” successiva alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte.