

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: Ricorso giurisdizionale - Notifica - Copia di una procura che si riferisce ad altro giudizio - Errore materiale - Irregolarità sanabile.

Tar Lombardia - Brescia, Sez. I, 21 maggio 2021, n. 476

“[...] La circostanza che alla copia del ricorso notifica [...] sia stata allegata la procura speciale relativa ad una diversa controversia costituisce, all’evidenza, un mero errore materiale, e quindi una mera irregolarità sanabile e processualmente irrilevante [...]”.

FATTO

1. Con determinazione n. 1231/2020, la Centrale Unica di Committenza della Provincia di Brescia indiceva, per conto del Comune di Osio Sopra (BG), una procedura aperta di gara sotto soglia comunitaria per l’affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria con efficientamento energetico del nuovo Palazzo Comunale, da aggiudicare secondo il criterio del minor prezzo di cui all’art. 36 comma 9-bis e all’art. 97 comma 8 del d. lgs. 50/2016, su un importo a base di gara di € 301.343,77 e con esclusione automatica delle offerte pari o superiori alla soglia di anomalia.

2. Il bando di gara prevedeva, per quel che rileva:

– che la procedura di gara si sarebbe svolta con l’applicazione del principio della “inversione procedimentale” di cui all’art. 133 comma 8 del d. lgs. 50/2016, consistente nell’esame delle offerte economiche prima della verifica dei requisiti di partecipazione degli offerenti (art. 15);

– che, in particolare, dopo l’esame delle offerte economiche e la redazione della graduatoria provvisoria, l’Autorità di gara avrebbe proceduto alla verifica del possesso dei requisiti generali previsti dall’art.80 del D. Lgs. 50/2016 e della completezza della documentazione amministrativa relativamente al primo e al secondo classificato nonché ad un campione pari al 10% degli operatori economici classificati, estratti a sorte mediante programma informatico (art. 21 comma 2);

– che nel caso in cui, a seguito di detta verifica, si fosse pervenuti all’esclusione di uno o più concorrenti, l’Autorità di gara non avrebbe proceduto a ricalcolare la soglia di anomalia e alla riformulazione della graduatoria finale (art. 21 comma 3).

3. Alla gara partecipavano 102 concorrenti, tra cui il Consorzio Stabile Synergia s.c.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del R.T.I. con Dream House Società a r.l. semplificata.

4. La gara, svolta in forma telematica, si articolava in due sedute dell’Autorità di gara.

4.1. Nella prima, svoltasi il 2 ottobre 2020, l’Autorità di gara procedeva, nell’ordine:

- a verificare le firme digitali dei concorrenti e a constatare che nelle buste amministrative gli operatori economici avessero dichiarato di accettare integralmente la documentazione di gara e le relative condizioni;
- ad aprire la busta telematica “Offerta economica” di tutti i concorrenti;
- a calcolare la soglia di anomalia, ai sensi dell’art. 97 comma 2 del d. lgs. 50/2016, risultata essere pari a 24,80027;
- ad escludere automaticamente le sessanta offerte risultate pari o superiori alla soglia di anomalia, tra cui l’RTI Consorzio Stabile Synergia, con un ribasso percentuale di 25,32300%;
- a stilare la graduatoria provvisoria, che vedeva in prima posizione la società Grafalo s.r.l., con un ribasso percentuale del 24,589%, e al secondo posto la società Sier s.r.l., con un ribasso percentuale del 24,56%;
- quindi, di seguito, come previsto dal bando, ad aprire la busta amministrativa degli operatori economici primo e secondo classificati e ad esaminare la relativa documentazione, con il seguente esito: quella presentata da Sierrisultava corretta e completa; quella presentata da Grafalo risultava carente della certificazione relativa al possesso della qualificazione obbligatoria nella categoria OS30;
- ad aprire la busta amministrativa e ad esaminare la documentazione amministrativa presentata da un campione pari al 10% dei partecipanti, sorteggiato telematicamente;
- ad attivare il soccorso istruttorio nei confronti della prima classificata Grafaloe di altri tre operatori risultati carenti, assegnando come termine ultimo il giorno 6 ottobre 2020 ore 10,00.

4.2. Nella seconda seduta, svolta il 6 ottobre 2020, l’Autorità di gara:

- disponeva l’esclusione dell’operatore Grafalo s.r.l., primo classificato, per non aver prodotto nessun documento che attestasse il possesso dei requisiti ex art. 90 D.P.R. 207/2010 per la categoria OS30;
- constatava che, invece, gli altri tre operatori avevano integrato correttamente;
- confermava la soglia di anomalia, variando peraltro la graduatoria provvisoria a seguito della esclusione di Grafalo;
- dava atto che il primo classificato diventava l’operatore Sier s.r.l., con un ribasso del 24,56%;
- proponeva, infine, l’aggiudicazione in favore del concorrente Sier.

5. Gli atti di gara erano quindi trasmessi al Comune di Osio Sopra, che con determinazione del responsabile del Settore n. 990408 del 7 ottobre 2020 approvava i verbali di gara e disponeva l’aggiudicazione definitiva dell’appalto alla ditta Sier s.r.l. per un importo totale di € 282.932,34 comprensiva di IVA.

6. L'aggiudicazione era comunicata agli altri concorrenti con nota del responsabile del procedimento del 9 ottobre 2020.

7. Con ricorso notificato il 9 novembre 2020 e ritualmente depositato, il Consorzio Stabile Synergia s.c.r.l. e Dream House Società a r.l.s. impugnavano il provvedimento di aggiudicazione definitiva e ne chiedevano l'annullamento, con conseguente declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e subentro nel contratto stesso della parte ricorrente, rappresentando il proprio interesse all'annullamento dell'atto impugnato "essendo utilmente collocata in graduatoria a seguito dell'offerta".

7.1. A fondamento del ricorso, la parte ricorrente deduceva un unico motivo, con il quale lamentava la violazione e la falsa applicazione dell'art. 95 comma 15 del d. lgs. 50/2016, secondo cui "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".

7.2. Secondo la parte ricorrente:

– il principio della "invarianza della soglia di anomalia", affermato dalla norma citata, opererebbe soltanto una volta ultimata la fase di ammissione (e di esclusione) delle offerte, comprensiva anche della fase della regolarizzazione a seguito di soccorso istruttorio;

– pertanto, dal momento che nelle procedure di gara svolte secondo il modulo della "inversione procedimentale" di cui all'art. 133 comma 8 d. lgs. 50/2016, la fase della ammissione dei concorrenti si svolge dopo la valutazione delle offerte, sarebbe soltanto dal momento della conclusione di tale fase (comprensiva anche dei provvedimenti conseguenti agli esiti dei soccorsi istruttori) che opererebbe il principio della invarianza della soglia di anomalia; con la conseguenza che, nel caso in cui, all'esito di tale fase e dell'eventuale soccorso istruttorio, una o più imprese vengano escluse, si dovrebbe procedere al ricalcolo della soglia di anomalia, non essendosi ancora conclusa la fase della ammissione dei concorrenti;

– applicando tali principi al caso di specie, ne conseguirebbe che, a seguito della esclusione della prima classificata Grafalo s.r.l., disposta a seguito dell'esito negativo del soccorso istruttorio, la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere al ricalcolo della soglia di anomalia.

8. La Provincia di Brescia si costituiva in giudizio depositando documentazione e resistendo al ricorso con memoria difensiva, eccependo, nell'ordine:

– la nullità e/o l'inesistenza della notifica del ricorso per assenza di una valida procura alle liti: ciò in quanto alla copia del ricorso notificata via pec alla Provincia di Brescia è stata allegata la procura

alle liti relativa a diverso giudizio; e dal momento che la notifica via pec può essere eseguita solo da un avvocato munito di procura, ai sensi dell'art. 1 L. 53/94, la stessa sarebbe nulla e/o inesistente;

- l'inammissibilità del ricorso per ricorso per assenza di procura alle liti, ai sensi dell'art. 40 c.p.a.;
- in via subordinata, l'inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione dell'art. 21 comma 3 del bando, nel quale si era espressamente previsto che nel caso in cui, a seguito della verifica dei requisiti di partecipazione, si fosse pervenuti all'esclusione di uno o più concorrenti, l'Autorità di gara non avrebbe proceduto a ricalcolare la soglia di anomalia e a riformulare la graduatoria finale;
- in via ancora più gradata, l'infondatezza del ricorso, alla luce della ratio sottesa al principio della invarianza della soglia di anomalia, così come delineata dalla giurisprudenza amministrativa, consistente nell'assicurare stabilità e certezza alle procedure di gara, impedendo che la stazione appaltante debba retrocedere la procedura di gara fino alla determinazione della soglia di anomalia, con conseguente prolungamento dei tempi della gara.

9. Anche il Comune di Osio Sopra si costituiva in giudizio eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione del bando di gara e, comunque, per mancata allegazione del superamento della prova di resistenza ai fini della dimostrazione dell'interesse a ricorrere; in subordine, nel merito, contestando la fondatezza del gravame, alla luce delle peculiarità del modulo della inversione procedimentale e degli effetti distorsivi della concorrenza potenzialmente derivanti da un eventuale ricalcolo della soglia di anomalia "a buste aperte".

10. La difesa di parte ricorrente replicava con memoria, contestando il fondamento delle eccezioni preliminari formulate dalle difese delle Amministrazioni resistenti e, nel merito, insistendo nelle proprie domande; in particolare, rilevando l'inconferenza ai fini del giudicare dell'art. 21 comma 3 del bando, in quanto riferito esclusivamente all'ipotesi della esclusione di una o più imprese all'"esito della verifica del possesso dei requisiti previsti dall'art. 80 D. Lgs. 50/2016", mentre nel caso di specie l'esclusione della prima classificata è stata disposta per motivi diversi dal mancato possesso dei requisiti generali di cui all'art. 80.

11. All'esito della camera di consiglio del 2 dicembre 2020, la Seconda Sezione di questo TAR pronunciava sentenza in forma semplificata n. 849 del 3 dicembre 2020 con cui dichiarava il ricorso inammissibile, condannando la parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio. In particolare la sentenza, dopo aver respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di procura alle liti, accoglieva invece l'eccezione formulata dalla difesa del Comune – e oggetto, peraltro, anche di rilievo d'ufficio in udienza – di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse in relazione alla mancata dimostrazione della prova di resistenza; ciò sulla base della considerazione che la parte

ricorrente aveva integralmente omissso di dimostrare che un eventuale ricalcolo della soglia di anomalia dopo l'esclusione della prima classificata avrebbe potuto condurre all'aggiudicazione a suo favore.

12. Tale sentenza era però annullata in appello dal Consiglio di Stato, con sentenza della Quinta Sezione n. 2349 del 10 marzo 2021, con rimessione della causa al primo giudice in diversa composizione collegiale e compensazione delle spese relative al doppio grado di giudizio; ciò in quanto dal verbale della camera di consiglio non risultava che il collegio giudicante di primo grado avesse sentito le parti – presenti in udienza – sulla possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata, né tale avviso risultava dalla motivazione della sentenza appellata.

13. In esito alla decisione del giudice di appello, il Presidente del TAR, con decreto n. 86/2021, disponeva la riassegnazione del ricorso alla Prima Sezione, non essendo altrimenti possibile comporre il diverso Collegio prescritto, e stabiliva che “la regressione disposta deve giungere fino alla fase in cui il giudizio si trovava nel momento in cui è stato commesso l'accertato error in procedendo, e, dunque, al momento precedente alla decisione sull'istanza cautelare proposta (sostituita da una decisione di merito), su cui il Collegio si potrà pronunciare solo dopo una nuova udienza camerale, per cui è fissata la data del 14 aprile 2021”.

14. In prossimità di quest'ultima, le parti integravano la propria documentazione e depositavano nuovi scritti difensivi; in particolare:

- la parte ricorrente allegava alcuni tabulati a dimostrazione del superamento della prova di resistenza (allegati 2 e 3 del 6 aprile 2021);
- l'amministrazione comunale documentava che nelle more del giudizio il contratto di appalto era stato stipulato (in data 19 gennaio 2021) e i lavori erano (e sono) attualmente in corso, avendo raggiunto alla data dell'8 aprile 2021 uno stato di avanzamento del 15%;
- tutte le parti costituite ribadivano le proprie argomentazioni e richieste.

15. Con ordinanza collegiale n. 117 del 15 aprile 2021, la Sezione respingeva la domanda cautelare e condannava la parte ricorrente alla rifusione delle spese della fase, liquidate in € 1.000,00 in favore di ciascuna delle due amministrazioni resistenti.

16. Successivamente, le parti depositavano ulteriori scritti difensivi in prossimità dell'udienza pubblica del 12 maggio 2021, in cui la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Sull'eccezione di inammissibilità del ricorso per inesistenza della procura alle liti e per conseguente nullità della notifica del ricorso.

1.1. Va esaminata preliminarmente l'eccezione di inammissibilità del ricorso formulata dalla Provincia di Brescia sul rilievo che alla copia del ricorso notificata a tale ente sarebbe stata allegata una procura alle liti relativa ad una controversia diversa da quella introdotta con il ricorso stesso.

L'eccezione – sulla quale, peraltro, la difesa provinciale non ha ulteriormente insistito nella presente fase processuale – non può essere condivisa.

1.2. In aggiunta alla condivisibili argomentazioni svolte nella sentenza n. 849/2020 della Seconda Sezione di questo TAR, che meritano di essere ribadite, è sufficiente osservare che agli atti del giudizio la parte ricorrente ha depositato in data 11 novembre 2020, unitamente al deposito del ricorso, copia della procura speciale alle liti rilasciata dai legali rappresentanti delle parti ricorrenti in data 5 novembre 2020.

1.3. La procura è stata quindi rilasciata in data antecedente alla notifica del ricorso (9 novembre 2020) ed è stata depositata in giudizio unitamente al deposito del ricorso; e ciò comporta che quest'ultimo è stato proposto sulla base di una valida procura speciale alle liti ed è stato notificato da un avvocato munito di ius postulandi.

1.4. La circostanza che alla copia del ricorso notificata alla Provincia sia stata allegata la procura speciale relativa ad una diversa controversia costituisce, all'evidenza, un mero errore materiale, e quindi una mera irregolarità sanabile e processualmente irrilevante.

1.5. Del resto, come giustamente rilevato dalla Seconda sezione, la copia notificata al Comune di Osio Sopra non presentava neppure tale profilo di irregolarità, e il Comune, nella procedura in questione, è l'unico contraddittore necessario avendo adottato la determina a contrarre e la determina di aggiudicazione.

2. Sull'eccezione di inammissibilità del ricorso per mancata dimostrazione della prova di resistenza.

2.1. Su questo profilo specifico, la sentenza della Seconda Sezione aveva ritenuto, in modo del tutto condivisibile (allo stato degli atti), che la parte ricorrente non avesse fornito la prova che un eventuale ricalcolo della soglia di anomalia dopo l'esclusione della prima classificata “avrebbe potuto condurre all'aggiudicazione a suo favore”; di qui la pronuncia di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse.

2.2. Nella nuova fase processuale, peraltro, la parte ricorrente ha integrato la propria documentazione allegando alcuni tabulati dai quali sembrerebbe evincersi, al netto di una certa complessità di decifrazione, che se all'esito della esclusione della prima classificata Grafalo s.r.l. la stazione appaltante avesse proceduto al ricalcolo della soglia di anomalia, la parte ricorrente sarebbe risultata aggiudicataria della gara.

2.3. Le controparti processuali non hanno svolto deduzioni in replica a tale allegazione, la quale, pertanto, può ritenersi comprovata in quanto pacifica tra le parti; e ciò consente di ritenere superata la prova di resistenza ai fini della dimostrazione dell'interesse a ricorrere.

3. Sulla eccezione di inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione della lex specialis di gara.

3.1. E' invece fondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione dell'art. 21 comma 3 del bando di gara, formulata da entrambe le amministrazioni resistenti.

3.2. Come detto, il bando di gara prevedeva:

– che la procedura di gara si sarebbe svolta con l'applicazione del principio della “inversione procedimentale” di cui all'art. 133 comma 8 del d. lgs. 50/2016 consistente nell'esame delle offerte prima della verifica dei requisiti di partecipazione (art. 15);

– che, in particolare, dopo l'esame delle offerte e la redazione della graduatoria provvisoria, l'Autorità di gara avrebbe proceduto (art. 21 comma 2) “alla verifica del possesso dei requisiti generali previsti dall'art.80 del D. Lgs. 50/2016 e della completezza della documentazione amministrativa relativamente al primo e al secondo classificato nonché ad un campione pari al 10% degli operatori economici classificati, estratti mediante il “Generatore di numeri casuali” attivo sulla pagina Intranet della Provincia di Brescia”:

– che, “Nel caso in cui, a seguito di detta verifica si pervenga all'esclusione di uno o più concorrenti, l'Autorità di gara non procederà a ricalcolare la soglia di anomalia e alla riformulazione della graduatoria finale” (art. 21 comma 3).

3.3. Il bando di gara era quindi chiaro nel prevedere che, nel caso di in cui, all'esito della verifica dei requisiti di partecipazione e della documentazione amministrativa, uno dei partecipanti fosse stato escluso, non si sarebbe proceduto al ricalcolo della soglia di anomalia e alla riformulazione della graduatoria finale.

3.4. Nelle proprie difese la parte ricorrente ha sostenuto che tale norma non si applicherebbe alla fattispecie in esame, dal momento che l'esclusione del concorrente primo classificato sarebbe avvenuta, non per l'accertata carenza dei “requisiti generali di cui all'art. 80 del D. Lgs. 50/2016”, ma per la mancanza (o la mancata dimostrazione) del possesso della qualificazione nella categoria OS30, prevista come obbligatoria per la quota almeno del 70% dell'importo della categoria scorporabile, e quindi per la mancata dimostrazione di un requisito di capacità tecnica.

3.5. La deduzione, osserva il Collegio, non può essere condivisa dal momento che la norma, al di là della sua formulazione, per la sua collocazione sistematica, si riferiva chiaramente alla verifica di tutti i requisiti di partecipazione previsti dalla legge di gara, posticipata ad un momento successivo

rispetto alla fase di esame delle offerte; e del resto la stessa norma prevedeva che la verifica avrebbe riguardato, non soltanto il “possesso dei requisiti generali previsti dall’art.80 del D. Lgs. 50/2016”, ma anche la “completezza della documentazione amministrativa”, che è proprio la ragione che ha determinato l’esclusione della prima classificata, ossia la mancata produzione, anche a seguito del soccorso istruttorio, della documentazione amministrativa comprovante il possesso della necessaria qualificazione obbligatoria nella categoria OS30.

3.6. La predetta norma del bando non è stata impugnata dalla parte ricorrente, e il termine di impugnazione è abbondantemente decorso.

3.7. Pertanto, dal momento che all’aggiudicazione della gara a Sier s.r.l. le amministrazioni resistenti sono pervenute facendo pedissequa applicazione di detta previsione della legge di gara, che imponeva di non procedere al ricalcolo della soglia di anomalia nel caso in cui una o più imprese fossero escluse in esito alla fase conclusiva di verifica dei requisiti di partecipazione, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per mancata impugnazione di un atto presupposto a contenuto vincolante.

4. Nel merito.

4.1. Peraltro, per completezza – ma fermo il rilievo della inammissibilità – il ricorso è pure infondato nel merito.

4.2. L’art. 95, comma 15, d.lg. n. 50 del 2016 prevede che “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”.

4.3. Tale norma introduce la regola della c.d. “immodificabilità della graduatoria” e della “irrilevanza delle sopravvenienze” verificatesi, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione delle offerte, includendo in quest’ultima anche le ammissioni e le esclusioni disposte in esito ad eventuale soccorso istruttorio.

4.4. Secondo la giurisprudenza (cfr. da ultimo, Consiglio di Stato, sez. III, 14 ottobre 2020, n. 6221; Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013), la regola della irrilevanza delle sopravvenienze obbedisce alla duplice e concorrente finalità: a) di garantire, per un verso, continuità alla gara e stabilità ai suoi esiti, onde impedire che la stazione appaltante debba retrocedere il procedimento; b) di impedire, o comunque vanificare, in prospettiva antielusiva, la promozione di controversie meramente speculative e strumentali da parte di concorrenti non utilmente collocatisi in graduatoria.

4.5. Di recente la giurisprudenza si è interrogata su come si applichi il predetto principio nel caso di procedure di gara svolte secondo il modulo della c.d. “inversione procedimentale” di cui all’art. 133 comma 8 del d. lgs. 50/2016, ossia procedendo prima all’esame delle offerte e solo successivamente alla verifica dei requisiti di partecipazione degli offerenti (normalmente limitata al solo soggetto risultato aggiudicatario, ma con ampia facoltà per la stazioni appaltanti di ampliare discrezionalmente tale verifica ad altri partecipanti, eventualmente individuati a campione).

4.6. In particolare, l’art. 133 comma 8 citato prevede che “Nelle procedure aperte, gli enti aggiudicatori possono decidere che le offerte saranno esaminate prima della verifica dell’idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata se specificamente prevista nel bando di gara o nell’avviso con cui si indice la gara. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell’assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell’articolo 136 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall’amministrazione aggiudicatrice”.

4.7. Incidentalmente va osservato che tale norma, dettata specificamente per gli appalti nei “settori speciali”, è stata successivamente estesa in via sperimentale e transitoria anche ai “settori ordinari”, dapprima fino al 31 dicembre 2020 (in forza della L. 55 del 14 giugno 2019) e poi fino al 31 dicembre 2021 (ai sensi dell’art. 8 comma 7 lett. c) del D.L. n. 76 del 16 luglio 2020, convertito con modificazioni dalla L. 11 settembre 2020 n. 120).

4.8. Dal momento che nelle procedure di gara che adottano il modello della inversione procedimentale la verifica dei requisiti di partecipazione dei concorrenti avviene dopo l’esame delle offerte, può accadere che in esito a tale verifica, o in esito all’eventuale soccorso istruttorio esercitato dalla stazione appaltante, uno o più concorrenti siano esclusi. Di qui il problema di stabilire se tali esclusioni debbano o meno comportare il ricalcolo della soglia di anomalia.

4.9. In favore della soluzione affermativa deporrebbero due argomenti, entrambi sostenuti nella controversia in esame dalla parte ricorrente:

1) con un primo argomento si sostiene che, dal momento che il principio della invarianza della soglia di anomalia di cui all’art. 95 comma 15 del d. lgs. 50/2016 opera “successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte”, e dal momento che tale fase include anche le ammissioni e le esclusioni disposte in esito all’eventuale soccorso istruttorio, analogamente, nelle gare svolte secondo il modulo dell’inversione procedimentale, le esclusioni disposte in sede di verifica dei requisiti e di eventuale soccorso istruttorio, verificandosi ancora

nell'ambito della fase di ammissione delle offerte, dovrebbero necessariamente comportare il ricalcolo della soglia di anomalia;

2) con un secondo argomento, si sostiene che la necessità di procedere al ricalcolo della soglia di anomalia a seguito della esclusione di offerte presentate da concorrenti rivelatisi, all'esito della procedura di gara, privi di requisiti di partecipazione, risponderebbe all'esigenza di evitare che il calcolo della soglia di anomalia sia inquinato da offerte che non avrebbero dovuto partecipare alla gara in quanto carenti di requisiti di partecipazione.

4.10. Gli argomenti appena esposti non convincono il Collegio, alla luce di due preminenti considerazioni, avallate da recente giurisprudenza:

1) innanzitutto, nelle gare svolte secondo il modulo della inversione procedimentale, l'eventuale ricalcolo della soglia di anomalia a seguito della esclusione di uno o più concorrenti in esito alla verifica dei requisiti di partecipazione (o all'eventuale soccorso istruttorio), determinerebbe una retrocessione della procedura di gara ad una fase antecedente, e quindi un appesantimento della gara, in aperto contrasto con le finalità di semplificazione procedimentale che stanno alla base dell'introduzione di tale modulo procedimentale;

2) in secondo luogo, diversamente da quanto accade nelle procedure di gara svolte secondo il modulo procedimentale "ordinario", in quelle svolte secondo il modulo della "inversione procedimentale" di cui all'art. 133 comma 6 d. lgs. 50/2016, la verifica dei requisiti di partecipazione si svolge "a buste aperte" e ciò comporta che, se in esito a tale fase fosse previsto l'obbligo della stazione appaltante di procedere al ricalcolo della soglia di anomalia, la procedura di gara resterebbe esposta al pericolo di condotte strumentali dei concorrenti sottoposti a verifica, i quali, divenendo rilevanti ai fini del calcolo della soglia di anomalia – e quindi, in definitiva, ai fini dell'esito della gara – a seconda che comprovino o meno il possesso dei requisiti di partecipazione, potrebbero essere indotti a porre in essere comportamenti fraudolenti (concordati o eterodiretti) a beneficio di altri concorrenti, con un effetto di radicale turbativa della procedura concorsuale e di violazione dei principi di trasparenza, libera concorrenza e par condicio dei concorrenti.

4.11. Quest'ultimo argomento è stato approfondito di recente, in modo significativo, da TAR Bari, nella sentenza della prima Sezione n. 1631 del 15 dicembre 2020, nella quale si individuano, a titolo esemplificativo, alcune delle possibili condotte fraudolente a cui potrebbe condurre l'affermazione del principio invocato dall'odierna parte ricorrente: "Si pensi, ad esempio [si afferma in sentenza] ad un'intenzionale incompletezza o irregolarità di talune offerte già in sede di prima partecipazione, ovvero ad un intenzionale rifiuto di produrre la documentazione richiesta a seguito

di soccorso istruttorio nel corso della procedura: tutte ipotesi in cui la platea degli offerenti finirebbe per essere modificata, con automatici riflessi sul calcolo della soglia”.

4.12. D'altra parte, va anche osservato che l'esigenza addotta dalla parte ricorrente – e, più in generale, dai fautori della tesi qui avversata – che la soglia di anomalia sia calcolata depurandola dalle offerte prive di requisiti di partecipazione, non potrebbe comunque essere soddisfatta nelle procedure di gara svolte secondo il criterio della inversione procedimentale, dal momento che in questa peculiare tipologia di procedimento la verifica finale dei requisiti non viene condotta su tutti i partecipanti, ma soltanto sul concorrente aggiudicatario o, al massimo, come nel caso di specie, su un campione di concorrenti, a seconda di quanto previsto nella legge di gara; e ciò comporta che, quand'anche la soglia di anomalia fosse ricalcolata all'esito della fase conclusiva di verifica dei requisiti, non potrebbe mai aversi la certezza che la determinazione di tale soglia non sia rimasta comunque influenzata dalle offerte presentate da altri concorrenti, anch'essi privi di requisiti, ma non sottoposti a verifica.

4.13. Va poi considerato che proprio l'esigenza di impedire turbative delle gare “a buste aperte” ha condotto il legislatore a non convertire in legge l'art. 36 comma 5 del d. lgs. 50/2016 (introdotto dal D.L. n. 32 del 18 aprile 2019, c.d. Decreto Sblocca Cantieri), il quale aveva introdotto il modulo (facoltativo) della inversione procedimentale anche per i contratti sotto soglia per i “settori ordinari”, prevedendo che in esito alla verifica dei requisiti di partecipazione la stazione appaltante avrebbe potuto “procede(re) eventualmente a ricalcolare la soglia di anomalia di cui all'art. 97”.

4.13.1. La norma è stata abrogata anche a seguito dei rilievi critici formulati dall'Autorità Nazionale Anticorruzione nel documento di analisi sul testo del decreto legge n. 32/2019 “Sblocca Cantieri” (“Prime valutazioni di impatto sul sistema degli appalti pubblici”, par. 2), ulteriormente ribaditi in sede di audizione del 31 luglio 2020 al Decreto legge n. 76/2020 “Semplificazioni”; in particolare, l'Autorità aveva rilevato che “L'inversione procedimentale, oltre a non essere coerente con un sistema di aggiudicazione al prezzo più basso con esclusione automatica delle offerte anomale che calcola la soglia di anomalia sulla base delle offerte ammesse, implica l'appesantimento procedurale del secondo calcolo della soglia di anomalia, favorisce l'aumento del contenzioso e lascia margini per manovre in grado di condizionare gli esiti dell'affidamento, in sede di soccorso istruttorio, da parte di operatori economici non utilmente collocati in graduatoria e soggetti al controllo dei requisiti”.

4.13.2. La legge di conversione n. 55 del 14 giugno 2019, nell'abrogare l'art. 36 comma 5 introdotto dal Decreto Sblocca Cantieri, ha esteso ai “settori ordinari” in via sperimentale e transitoria (fino al 31 dicembre 2020, poi prorogato al 31 dicembre 2021) l'utilizzabilità del modulo

della inversione procedimentale previsto dall'art. 133 comma 8 per i "settori speciali", contestualmente modificando quest'ultimo comma con l'espunzione della prevista eventualità del ricalcolo della soglia di anomalia in esito alla fase di verifica dei requisiti, e ciò in considerazione della particolarità della procedura caratterizzata, appunto, dalla posticipazione della fase di ammissione/regolarizzazione a offerte già note da parte del seggio di gara (l'argomento è stato valorizzato in modo particolare da TAR Bologna, I, n. 857 del 28 dicembre 2020, a sostegno della tesi qui condivisa).

4.13.3. Va altresì considerato che proprio i dubbi interpretativi correlati alle norme in questione hanno indotto verosimilmente la Provincia di Brescia a precisare nei documenti di gara in che modo sarebbe stato applicato, nella procedura de qua, il modulo della inversione procedimentale, e cioè, in particolare, mantenendo invariata la soglia di anomalia anche nell'eventualità della esclusione di uno o più concorrenti in esito alla fase conclusiva di verifica dei requisiti. E tale previsione, dirimente ai fini del giudicare, non è stata impugnata.

5. In definitiva, alla luce di tutte le considerazioni fin qui svolte, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile per mancata impugnazione di previsione vincolante del bando di gara; peraltro, nel merito, e fermo il rilievo della inammissibilità, il ricorso sarebbe comunque infondato nel merito alla luce del seguente principio di diritto: "nelle procedure di gara da aggiudicarsi secondo il criterio del minor prezzo e che si svolgono secondo il modulo dell'inversione procedimentale di cui all'art. 133 comma 8 d. lgs. 50/2016 – previsto per gli appalti nei settori speciali, ma esteso in via sperimentale e provvisoria, fino al 31 dicembre 2021, anche ai settori ordinari – la soglia di anomalia deve essere calcolata, una sola volta, subito dopo l'apertura delle offerte; qualora, in esito alla fase conclusiva della verifica dei requisiti di partecipazione, si ravvisino i presupposti per disporre l'esclusione di uno o più concorrenti, la stazione appaltante procede allo scorrimento della graduatoria e alla verifica della documentazione amministrativa del secondo classificato, mantenendo ferma la soglia di anomalia".

6. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile, nei sensi, per gli effetti, e con le ulteriori precisazioni di merito contenute in motivazione.

Condanna la parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite in favore della Provincia di Brescia e del Comune di Osio Sopra, che liquida in € 2.500,00 (duemilacinquecento), oltre accessori di legge, in favore di ciascuno di essi.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto, ex art. 25, II comma, del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei signori magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Ariberto Sabino Limongelli, Consigliere, Estensore

Alessandra Tagliasacchi, Primo Referendario