

L'avvalimento nella legislazione siciliana

di Esper Tedeschi

Data di pubblicazione: 26-11-2016

La disposizione contenuta nell'art. 19, comma 6 ter, l. r. siciliana n. 12 del 2011, introdotto dall'art. 1, comma 6 ter, l. r. siciliana n. 14 del 2015 – in forza della quale *“le imprese che effettuano un ribasso superiore al 25 per cento producono, nell’offerta, le relative analisi giustificative che sono valutate dalla Commissione di gara nel caso risultino aggiudicatarie in sede di verifica di congruità dell’offerta”*, è funzionale al successivo vaglio dei potenziali profili di anomalia dell’offerta e non ha, dunque, una valenza immediatamente escludente nei confronti dei partecipanti che non hanno allegato all’offerta le giustificazioni richieste; pertanto, ove esercitati anteriormente alla valutazione della soglia di anomalia, devono ritenersi illegittimi sia il soccorso istruttorio, sia l’esclusione dalla gara dell’impresa che, essendone richiesta, non abbia prodotto le analisi giustificative del ribasso.

Conforme: TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 21 luglio 2016 n. 1797.

Conformi, sul principio: Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146; Sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6904; sez. V, 30 giugno 2011 n. 3925 e 19 settembre 2011, n. 5297; sez. V 16 marzo 2016, n. 1077.

Guida alla lettura

La sentenza in esame affronta il problema della interpretazione dell'art. 19, comma 6 ter, l. r. siciliana 12 luglio 2011, come modificato dall'art. 1, comma 6 ter, l. r. luglio 2015, n.14, che ha introdotto, nella disciplina regionale degli appalti pubblici, la norma secondo cui *“le imprese che effettuano un ribasso superiore al 25 per cento producono, nell’offerta, le relative analisi giustificative che sono valutate dalla Commissione di gara nel caso risultino aggiudicatarie in sede di verifica di congruità dell’offerta”*.

Il T.A.R. siciliano, ribadendo l'orientamento già espresso nella sentenza n. 1797 del 21 luglio 2016, pone in evidenza come la norma in questione presenti una qualche similitudine con la disciplina nazionale di cui all'art. 86, comma 5, d.lgs. n. 163 del 2006 che (nella formulazione vigente prima della modifica operata dall'art. 4 quater del d.l.n.78 del 1° luglio 2009, convertito

nella l. n. 102 del 3 agosto 2009) prevedeva la presentazione di giustificazioni delle offerte e ne trae argomento per richiamare la consolidata giurisprudenza formatasi al riguardo (Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146; Sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6904; sez. V, 30 giugno 2011 n. 3925 e 19 settembre 2011, n. 5297; sez. V 16 marzo 2016, n. 1077) secondo cui sarebbe del tutto irragionevole ritenere che la norma abbia inteso prescrivere un requisito, o un adempimento, non significativi a priori, ma solo, eventualmente, nel concreto contesto della gara, a seconda che emerga o meno, un sospetto di anomalia dell'offerta.

Vale la pena, in questa sede, ricordare che la norma citata (ormai espunta dalla disciplina nazionale) si esprimeva nei seguenti termini: *“Le offerte sono corredate, sin dalla presentazione, delle giustificazioni di cui all'articolo 87, comma 2 relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara. Il bando o la lettera di invito precisano le modalità di presentazione delle giustificazioni. Ove l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incongruità dell'offerta, la stazione appaltante richiede all'offerente di integrare i documenti giustificativi procedendo ai sensi degli articoli 87 e 88. All'esclusione potrà provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio”* (art. 86, comma 5, d.lgs. n. 163 del 2006).

In conclusione, sono dunque illegittimi per il T.A.R. siciliano, sia l'attivazione del soccorso istruttorio, sia l'esclusione del concorrente che non adempia alla richiesta, ove l'una e l'altra intervengano, come nel caso in esame, prima ancora che sia verificata la soglia di anomalia delle offerte.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1238 del 2016, proposto da:

“Deg” S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso, per procura in calce al ricorso, dall'avv. Umberto Ilardo, elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Nino Bullaro in Palermo, via Galileo Galilei, n. 9;

contro

Comune di Cammarata, in persona del Sindaco pro tempore, non costituitosi in giudizio;

nei confronti di

- “Za.Ra.” S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa, per procura a margine del ricorso, sia congiuntamente che disgiuntamente, dagli avvocati Leonardo Cucchiara ed Emilio Amoroso, elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Palermo, via Oberdan, n. 5;

- “Flora” società cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

- di tutti i verbali di gara relativi alla procedura negoziata, previa pubblicazione di bando di gara, indetta dal Comune di Cammarata per l'affidamento dei "lavori di manutenzione

straordinaria e messa in sicurezza da eseguire nella scuola media Dante Alighieri", sia nella parte in cui è stato esperito il soccorso istruttorio nei confronti della Flora Società Cooperativa, sia nella parte in cui la predetta società Cooperativa è stata esclusa dalla gara, sia, quindi, nella parte in cui è stata determinata la soglia di anomalia ed è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria nei confronti della ZA.RA. s.r.l.;

- ove intervenuta, della verifica dei requisiti, generali e speciali, in capo alla ZA.RA. s.r.l.;

- dell'aggiudicazione definitiva disposta in favore della ZA.RA. s.r.l. di cui, si sconoscono estremi e data;

- del provvedimento (espreso o, come sembra, tacito) con cui è stato rigettato - e comunque non è stato accolto - il preavviso di ricorso proposto dalla DEG s.r.l., datato 4 marzo 2016, inoltrato il 7 marzo 2016, in uno al sollecito datato 1° aprile 2016, inoltrato il 4 aprile 2016;

- del soccorso istruttorio esperito e, quindi, della nota/pec prot. n. 5715 del 15 marzo 2016, con cui la Stazione appaltante lo ha disposto;

- nonché, in genere, di ogni altro atto o provvedimento precedente, successivo o comunque connesso, presupposto o consequenziale;

NONCHÉ

per l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del relativo contratto;

E, NELL'IPOTESI IN CUI SIA STATO O NELLE MORE VENISSE STIPULATO IL CONTRATTO DI APPALTO

per la declaratoria di inefficacia del contratto stesso, ai sensi e per gli effetti degli artt. 121, 122 e 124 del D.Lgs. n. 104/2010 e per l'accoglimento della domanda di subentro, che fin d'ora si esplicita;

NONCHÉ, ANCORA,

per le subordinate ipotesi in cui non venissero conseguiti l'aggiudicazione ed il contratto, ovvero in cui (in caso di parziale esecuzione dei lavori da parte dell'illegittima aggiudicataria) venisse affidata alla ricorrente solo una parte dei lavori oggetto dell'appalto, per l'accoglimento della domanda di condanna della P.A. al risarcimento per equivalente monetario per la refusione dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati, nella misura che si indica nel 15% dell'importo a base d'asta del contratto (10% per lucro cessante e 5% per perdita di qualificazione e di chances), ovvero nella maggiore o minore somma che risulterà in corso di giudizio, con espressa riserva di ulteriormente dedurre, precisare e comprovare, in ogni caso oltre interessi legali e rivalutazione monetaria trattandosi di debito di valore nonché maggior danno ai sensi dell'art. 1224, 2° comma, c.c.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e la memoria di Za.Ra. s.r.l.;

Vista la memoria della ricorrente;

Vista l'ordinanza cautelare n. 635 del 25 maggio 2016;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nell'udienza pubblica del 26 ottobre 2016 il consigliere Aurora Lento e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato.

FATTO

Con ricorso, notificato il 5 maggio 2016 e depositato il giorno 13 successivo, la società DEG s.r.l. esponeva di avere partecipato alla procedura negoziata indetta dal Comune di Cammarata per l'affidamento dell'appalto finalizzato all'esecuzione dei "Lavori di manutenzione straordinaria e messa in sicurezza da eseguire nella scuola media "Dante Alighieri" (importo complessivo dei lavori € 222.500,04, oltre IVA, di cui € 157.376,09 a base d'asta ed € 65.173,95 per oneri di sicurezza e manodopera non soggetti a ribasso).

Rappresentava che, nella seduta del 1° marzo 2016, il seggio di gara, dopo avere verificato la

regolarità della documentazione amministrativa e dato atto dei ribassi offerti, aveva rilevato che la Flora società cooperativa, che aveva formulato un ribasso superiore al 25 % (specificamente 26,3244 %), non aveva prodotto le analisi giustificative di cui all'art. 19, comma 6 ter, della l.r. n. 12/2011, come introdotto dall'art. 1, comma 6 ter, della l.r. n. 14/2015.

Il Presidente aveva, pertanto, sospeso la gara per richiedere, nell'esercizio dei propri poteri di soccorso istruttorio, alla Flora le giustificazioni a corredo della propria offerta.

Ritenendo illegittima tale determinazione, in data 4 marzo 2016, aveva presentato preavviso di ricorso, che non era stato, però, riscontrato dalla stazione appaltante, che, con nota prot. n. 5715 del 15 marzo 2016, aveva provveduto nel senso indicato in sede di gara.

La Flora non aveva, però, presentato le giustificazioni richieste, cosicché il seggio di gara, nella seduta del 18 aprile 2016, l'aveva esclusa dalla gara e, determinata la soglia di anomalia, aveva aggiudicato provvisoriamente l'appalto alla Z.A.R.A. s.r.l..

Precisato che se la Flora società cooperativa non fosse stata esclusa dalla gara, sarebbe risultata aggiudicataria, la ricorrente ha chiesto l'annullamento, previa sospensiva e vinte le spese, dei verbali di gara, nei limiti d'interesse, per il seguente unico articolato motivo:

Violazione e falsa applicazione: dell'art. 19, comma 6 ter, della l.r. n. 12/2011, come introdotto dall'art. 1, comma 6 ter, della l.r. n. 14/2015; dell'art. 38, comma 2 bis, e 46, comma 1 ter, del d.lgs.vo n. 163/2006. Eccesso di potere sotto i profili: del difetto dei presupposti; della carenza d'istruttoria; del difetto di motivazione; del travisamento. Violazione: della par condicio; dei principi di buon andamento, imparzialità ed efficienza.

La mancata allegazione delle analisi giustificativi alle offerte superiori al 25 % non comporterebbe l'esclusione dalla gara, né tanto meno l'attivazione del soccorso istruttorio finalizzato a ottenere la loro produzione, il quale sarebbe, comunque, precluso dalla conoscenza dei ribassi offerti.

Il Comune di Cammarata, seppur regolarmente intimato, non si è costituito in giudizio.

Si è, invece, costituita la Za.Ra. s.r.l. che ha depositato una memoria con cui, eccepita preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per effetto del principio dell'invarianza della media, ne ha chiesto il rigetto, poiché infondato, vinte le spese, rappresentando, tra l'altro, che: le giustificazioni preventive devono essere prodotte da tutte le imprese che offrono un ribasso superiore al 25 %; il soccorso istruttorio non è precluso dalla conoscenza dei ribassi.

La ricorrente ha depositato una memoria di replica con cui ha, tra l'altro, rappresentato che: non era ancora intervenuta l'aggiudicazione definitiva per cui non operava il principio dell'invarianza della media; il bando non prevedeva alcuna sanzione espulsiva per il caso della mancata produzione delle analisi giustificative a corredo delle offerte superiori al 25 %

Con ordinanza n. 635 del 25 maggio 2016, l'istanza cautelare è stata accolta con la seguente

motivazione: “Ritenuto che, ad una sommaria cognizione, il ricorso non appare sfornito di fumus boni juris con riguardo in particolare alla censura della legittimità dell’esclusione dalla gara in conseguenza della mancata allegazione delle analisi giustificativi alle offerte superiori al 25 %, alla luce dell’interpretazione peraltro già resa da questa Sezione – seppure in fase cautelare (cfr. ord. n. 156 del 2016, confermata con ordinanza del CGA n. 194 del 2016), della previsione di cui all’art. 19, comma 6 ter, della l.r. n. 12/2011, come introdotto dall’art. 1, comma 6 ter, della l.r. n. 14/2015; Ritenuto, altresì, che non è stato ancora adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva e, pertanto, che non può trovare applicazione – nella specie - il principio dell’invarianza della media (cfr. decisione del CGA n. 740/2015; ordinanza della Sezione n. 522/2016)”.

In vista dell’udienza la ricorrente e la controinteressata hanno depositato memorie con cui hanno insistito nelle loro domande.

Alla pubblica udienza del 26 ottobre 2016, su conforme richiesta dei difensori delle parti presenti come da verbale, il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

1. La controversia ha ad oggetto la procedura negoziata indetta dal Comune di Cammarata per l’affidamento dell’appalto finalizzato all’esecuzione dei “Lavori di manutenzione straordinaria e messa in sicurezza da eseguire nella scuola media “Dante Alighieri”.

2. Preliminarmente deve essere esaminata l’eccezione d’inammissibilità per violazione del principio di inviolabilità della media sollevata dalla controinteressata, la quale sostiene che, essendo intervenuta l’aggiudicazione, non potrebbe aversi la riammissione di un’impresa per effetto di una pronuncia giurisdizionale.

L’eccezione è infondata.

Come noto, l’art. 38, comma 2 bis del codice dei contratti dispone 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.

Il problema dell’individuazione del momento a partire dal quale la media diviene immodificabile è stato risolto nella decisione n. 740 del 22 dicembre 2015 con cui il CGA ha affermato che la disposizione deve essere interpretata nel senso che va escluso il potere dell’amministrazione di agire in autotutela (e del giudice di caducare gli atti) solo dopo che la stazione appaltante ha adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Si è, in particolare, rilevato che, nonostante il fatto che la norma possa legittimare una diversa

interpretazione (maggiormente restrittiva del potere dell'amministrazione di agire in autotutela, escludendo tale possibilità sin dall'atto di ammissione o di esclusione), ragioni di carattere sistematico e logico impongono la soluzione che esclude tale potere solo dopo l'adozione dell'atto di aggiudicazione definitiva, rimanendo possibile prima di tale momento.

Nella fattispecie in esame la stazione appaltante ha a tutt'oggi adottato solo il provvedimento di aggiudicazione provvisoria, cosicchè non sussiste nessuna preclusione processuale all'annullamento degli atti.

Deve, peraltro, per completezza rilevarsi che l'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva avrebbe inciso non sull'ammissibilità del ricorso, ma sulla tipologia di strumenti processuali azionabili.

Come chiarito nella succitata decisione n. 740 del 2015, il soggetto il quale, in forza del principio di inviolabilità della media, non ha potuto acquisire il bene della vita cui aspirava (ossia l'aggiudicazione, la stipulazione e l'esecuzione), può, comunque, ottenere il risarcimento per equivalente.

3. Ciò premesso, può procedersi all'esame del merito.

Sotto tale profilo, va rilevato che si contesta l'esclusione dalla gara della Flora soc. cooperativa, che, per effetto del mancato computo dell'offerta dalla stessa presentata ai fini del calcolo della soglia di anomalia, ha condotto all'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata Zara s.r.l., piuttosto che alla ricorrente.

L'esclusione è avvenuta in quanto la Flora aveva offerto un ribasso superiore al 25 %, ma non aveva allegato le relative giustificazioni come previsto dell'art. 19, comma 6 ter, della l.r. n. 12/2011, introdotto dall'art. 1, comma 6 ter, della l.r. n. 14/2015.

La stazione appaltante, nell'esercizio dei propri poteri di soccorso istruttorio, ha chiesto la produzione delle giustificazioni, ma la Flora (che conosceva i ribassi e sapeva di non potersi aggiudicare la gara) non li ha prodotti.

Con unica articolata censura si deduce che la mancata allegazione delle analisi giustificative alle offerte superiori al 25 % non giustificerebbe l'esclusione dalla gara, né tanto meno l'attivazione del soccorso istruttorio finalizzato a ottenere la loro produzione, il quale sarebbe, comunque, precluso dalla conoscenza dei ribassi offerti.

La censura è fondata.

L'art. 19, comma 6 ter, della l.r. n. 12/2011, introdotto dall'art. 1, comma 6 ter, della l.r. n. 14/2015, dispone che: "le imprese che effettuano un ribasso superiore al 25 per cento producono, nell'offerta, le relative analisi giustificative che sono valutate dalla Commissione di gara nel caso risultino aggiudicatarie in sede di verifica di congruità dell'offerta".

Precisato che è incontrovertibile tra le parti che il bando non prevedeva alcuna sanzione

espulsiva, va rilevato che il problema dell'obbligatorietà della produzione delle giustificazioni in questione è stato risolto in senso negativo nella sentenza di questa sezione n. 1797 del 21 luglio 2016, alle cui articolate motivazioni si rinvia.

In tale decisione si è, in particolare, affermato che l'art. 19, comma 6 bis, non prevede un obbligo di integrazione del contenuto dell'offerta da sostenere, ai fini di una valida partecipazione alla procedura di gara, fin dal momento della sua presentazione.

A tale conclusione si è addivenuti sia per ragioni di natura testuale, che per le finalità che la disposizione in esame intende perseguire.

Per quanto riguarda il primo aspetto, si è rilevato che la norma regionale presenta forti elementi di similitudine con l'abrogata disciplina contenuta nell'art. 86, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006, nella formulazione vigente prima della modifica operata dall'art. 4 quater del d.l. n. 78 del 1° luglio 2009, convertito nella legge n. 102 del 3 agosto 2009, che prevedeva la presentazione di giustificazioni preventive.

Si è, allora, richiamato il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale la norma non poteva essere intesa nel senso di prescrivere un requisito o adempimento a pena di esclusione, apparendo irragionevole sanzionare con l'esclusione un inadempimento non significativo a priori, ma solo, ed eventualmente, nel concreto contesto della gara, a seconda che emerga, o meno, un sospetto di anomalia dell'offerta (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146; sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6904; sez. V, 30 giugno 2011, n. 3925 e 19 settembre 2011, n. 5279; sez. V, 16 marzo 2016, n. 1077).

Rilevato che dalla formulazione della norma regionale non era possibile ricavare una valenza immediatamente escludente nei confronti dei partecipanti che non avevano allegato all'offerta le giustificazioni richieste, si è evidenziato che la ratio della previsione era, comunque, funzionale al successivo vaglio dei potenziali profili di anomalia dell'offerta.

Trattasi di principi pienamente condivisi, che vanno applicati anche alla fattispecie in esame nella quale la stazione appaltante ha richiesto le giustificazioni "omesse" nell'esercizio dei propri poteri di soccorso istruttorio e ha formalmente escluso l'impresa per non avere ottemperato a tale richiesta.

E', infatti, evidente che, in assenza di un obbligo di allegazione, l'Amministrazione ha illegittimamente fatto uso dei propri poteri di integrazione della documentazione asseritamente mancante, cosicché assolutamente irrilevante è la circostanza dell'inosservanza dell'ordine di produzione.

E', infatti, l'ordine in sé a essere illegittimo e a rendere irrilevante la sua mancata esecuzione, la quale si spiega agevolmente in considerazione del fatto che l'impresa esclusa conosceva tutti i ribassi e sapeva di non potere, comunque, conseguire l'aggiudicazione.

Concludendo, in forza di quanto esposto, il ricorso è fondato e va accolto con conseguente annullamento degli atti impugnati nei limiti di interesse.

Non devono essere scrutinate le ulteriori domande avanzate dalla ricorrente in via subordinato, considerato che, come dichiarato dalle parti in udienza, non è ancora intervenuta l'aggiudicazione definitiva.

Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati nei limiti di interesse della ricorrente

Condanna al pagamento, in favore della ricorrente, delle spese di giudizio liquidate in complessivi € 3.000,00, oltre oneri accessori e rimborso del contributo unificato, suddivisi in € 1.500,00 (millecinquecento/00) a carico del Comune di Cammarata e in ulteriori € 1.500,00 a carico di Za.Ra. S.r.l..

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Solveig Cogliani, Presidente

Nicola Maisano, Consigliere

Aurora Lento, Consigliere, Estensore