

La verifica di anomalia dell'offerta nel nuovo Codice

di Marco Lesto

Data di pubblicazione: 29-12-2017

1. L'art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016 prevede un'unica richiesta di chiarimenti, così delineando un procedimento monofasico e non più trifasico (giustificativi, chiarimenti, contraddittorio) come nel regime precedente.

2. Non è, tuttavia, esclusa l'esperibilità di ulteriori fasi di contraddittorio procedimentale nel caso in cui le giustificazioni non siano state ritenute sufficienti.

3. La disciplina delle offerte anomale contenuta nel nuovo codice deve essere interpretata in coerenza con i principi comunitari e, in particolare, con l'articolo 69 della Direttiva n. 2014/24 secondo cui "l'amministrazione aggiudicatrice valuta le informazioni fornite consultando l'offerente", quindi garantendo il pieno contraddittorio con l'impresa.

Guida alla lettura

L'art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016 non articola più il contraddittorio con le imprese nell'ambito della valutazione di anomalia delle offerte da esse formulate secondo rigide e vincolanti scansioni procedurali, limitandosi a stabilire, al comma 5, che "la stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni"[\[1\]](#).

E', quindi, prevista un'**unica richiesta di chiarimenti**, così delineandosi un **iter monofasico e non più trifasico** (giustificativi, chiarimenti, contraddittorio) come nel regime precedente (vd. art. 88 del D.Lgs. n. 163/2006)[\[2\]](#).

Da ciò, tuttavia, non deriva che l'indicato art. 97 escluda l'esperibilità di ulteriori momenti di contraddittorio procedimentale prima di addivenire all'esclusione, come la richiesta di precisazioni scritte o l'audizione diretta dell'offerente, nel caso in cui le giustificazioni non siano state ritenute sufficienti in quanto affette da incompletezza o, comunque, rimangano dei chiari dubbi e perplessità che il confronto possa dipanare.

In proposito è stato affermato che **la disciplina delle offerte anomale contenuta nel nuovo codice deve essere interpretata in coerenza con i principi comunitari e, in particolare, con l'articolo 69 della Direttiva n. 2014/24 secondo cui "l'amministrazione aggiudicatrice valuta le informazioni fornite consultando l'offerente"**, quindi garantendo

il pieno contraddittorio con l'impresa anche, se necessario, mediante più passaggi, nella forma ritenuta più opportuna, volti a chiarire i profili ancora dubbi o in contestazione dopo la presentazione delle iniziali giustificazioni scritte^[3].

In applicazione degli esposti principi la prima sezione del Tar Basilicata ha accolto il ricorso spiegato da un'impresa che si era collocata al primo posto della graduatoria di merito di una gara per l'affidamento di lavori stradali, dalla quale era stata esclusa in seguito al giudizio di anomalia formulato sull'offerta da essa presentata.

Nello specifico, il provvedimento di esclusione era stato impugnato per difetto istruttorio sotto forma di **violazione del principio del contraddittorio**, atteso che la stazione appaltante, a fronte dei dubbi insorti in sede di subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, invece di chiedere all'operatore economico chiarimenti a riguardo, aveva preferito determinare l'esclusione dello stesso.

Era, in particolare, accaduto che le giustificazioni prodotte dall'impresa recassero un preventivo, formulato da una ditta terza e riguardante prestazioni di fornitura e posa in opera per un valore superiore al 60% dell'appalto, senza che lo stesso ne specificasse in dettaglio i costi.

Così formulate, le spiegazioni fornite dall'impresa non erano state ritenute sufficienti dalla stazione appaltante a giustificare il livello dei *prezzi proposti* (vd. art. 97, comma 5, del D.lgs. 50/2017).

Sotto altro profilo, l'esclusione si fondava sull'asserita violazione dell'art. 105 del Codice^[4], che era stata evinta dalla presentazione, da parte appunto di una ditta terza, di un preventivo per una categoria di lavoro il cui importo complessivo superava il limite massimo di valore stabilito per il sub-appalto.

Il tribunale lucano ha, come detto, optato per l'illegittimità del gravato provvedimento espulsivo rilevando, quanto alla ritenuta insufficienza delle giustificazioni addotte dall'impresa ricorrente in sede di valutazione dell'anomalia dell'offerta, che **anche nel vigente quadro normativo, l'amministrazione è tenuta a garantire il contraddittorio e, se necessario, ad effettuare più passaggi procedurali volti a chiarire i profili ancora dubbi a seguito delle giustificazioni iniziali presentate**.

Con riferimento all'asserita violazione dell'art. 105 del Codice e del limite di valore ivi stabilito, rileva il Collegio nella sentenza in commento che *"il valore economico del sub-appalto può ricavarsi esclusivamente dalla specifica dichiarazione dell'operatore economico ovvero dal contratto di sub - appalto. Non può invece essere desunto dal preventivo di terzi operatori economici che il concorrente produce al fine di giustificare la propria offerta economica"*.

^[1] Cfr. T.A.R. Lombardia Milano Sez. IV, 21-07-2017, n. 1654 e n. 1656.

[2] Cfr. T.A.R. Valle d'Aosta Aosta Sez. Unica, 15-05-2017, n. 29.

[3] Cfr. T.A.R. Marche, 23 gennaio 2017, n. 66.

[4] *L'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.*

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso avente numero di registro generale 98 del 2017, proposto da:

- Geo Cantieri di Leo Luigi, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni F. Nicodemo e Giuseppe Tepedino, con domicilio eletto presso la segreteria di questo Tribunale;

contro

- Unione Lucana del Lagonegrese, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

- Comune di Trecchina, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Marcello Giuseppe Feola, da intendersi domiciliato, ai sensi dell'art. 25, n. 1, lett. a) cod. proc.

amm., presso la segreteria di questo Tribunale;

nei confronti di

- Ignacchiti Francesco s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

della determinazione n. 10 del 1° febbraio 2017, comunicata il 10 marzo 2017, di esclusione della ricorrente dalla gara di appalto indetta per l'affidamento dei lavori di "interventi infrastrutturali relativi all'accessibilità a frazioni rurali e viabilità principale comunale Prodicto-Colla del Comune di Trecchina";

- della nota prot. 1408 del 21 marzo 2017 con la quale il Comune di Trecchina ha respinto l'istanza di autotutela interposta dalla ricorrente in data 16 marzo 2017;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e connesso;

- nonché per la declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto *medio tempore* stipulato e per l'accoglimento della domanda di subentro nel medesimo contratto, ovvero, in via gradata, per la condanna dell'amministrazione intimata al risarcimento del danno ingiusto in forma equitativa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Trecchina;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, all'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2017, il Referendario Benedetto Nappi;

Uditi i difensori delle parti, come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con atto spedito per la notificazione in data 24 marzo 2017, depositato il successivo 26 di marzo, la Geo Cantieri di Leo Luigi è insorta avverso gli atti in epigrafe, concernenti

l'esclusione della ricorrente dalla gara di appalto indetta per l'affidamento dei lavori di "interventi infrastrutturali relativi all'accessibilità a frazioni rurali e viabilità principale comunale Prodoco Colla del Comune di Trecchina".

1.1. In punto di fatto, parte ricorrente ha esposto quanto segue:

- ha presentato offerta nell'ambito della gara in oggetto;
- ultimata la procedura di gara, si è collocata al primo posto della graduatoria di merito;
- tuttavia, all'esito del relativo subprocedimento di verifica, l'offerta è stata ritenuta anormalmente bassa e ciò ha determinato l'esclusione della ricorrente dalla gara.

1.2. In diritto, la ricorrente ha dedotto i motivi di seguito rubricati:

1. Illegittimità del provvedimento di esclusione per violazione di legge ed eccesso di potere: ed asseritamente per difetto e/o carenza di motivazione; per difetto istruttorio; per violazione dell'art. 97 della cost. e del principio di buon andamento della P.A.. Violazione dell'art. 97 del d.lgs. 50 del 2016. Violazione del principio del contraddittorio. Eccesso di potere per grave illogicità, per erronea presupposizione e/o valutazione dei fatti e per illogicità manifesta.

2. Si è costituito in giudizio il Comune di Trecchina concludendo per il rigetto del ricorso.

3. Alla camera di consiglio del 20 aprile 2017, con ordinanza n. 54 del 2017 è stata fissata l'udienza di trattazione del ricorso nel merito, ai sensi dell'art. 55, n. 10, cod. proc. amm.

4. Alla pubblica udienza del 7 giugno 2017 i procuratori delle parti hanno precisato le rispettive posizioni e il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è fondato in parte, alla stregua della motivazione che segue.

1.1. Si è in primo luogo dedotto il difetto di istruttoria e di motivazione, lamentandosi che la stazione appaltante, a fronte di «dubbi insorti in sede di subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta invece di chiedere all'operatore economico chiarimenti a riguardo ha preferito determinare l'esclusione dello stesso». Ciò assumerebbe speciale rilevanza nel caso di specie, ove l'esclusione, in tesi, è stata determinata soltanto dalla ritenuta carenza di documenti giustificativi. In tal modo, inoltre, sarebbe stato violato il principio del contraddittorio che sempre dovrebbe precedere l'adozione di un atto di segno negativo per l'interessato.

1.1.1. La censura coglie nel segno. Nel caso di specie, il contestato provvedimento di esclusione si è incentrato, in buona sostanza, su due ordini di motivi. Il primo, relativo all'aspetto della legittimità, è costituito dal rilievo per cui «le giustificazioni prodotte contravvengono ad alcune norme del d.lgs 50/2016 ed in particolare al combinato disposto dell'art. 97 e art.105, in quanto il preventivo allegato relativo alla realizzazione delle

pavimentazioni comprensiva di fresatura, fornitura e posa in opera di conglomerato bituminoso, binder tappeto di usura, emulsione, stesa, e compattazione, effettuato da parte della ditta Costruzioni Generali Santangelo srl, fa riferimento a fornitura e posa in opera senza specificare in dettaglio i costi di produzione nonché di posa. Trattandosi, tra l'altro, di una categoria di lavoro che assorbe oltre il 60% dell'importo complessivo dell'appalto appare una evidente configurazione di un sub-appalto di fatto, non compatibile con i limiti di cui all'art. 105 del richiamato d.lgs. 50/2016». Ora, secondo parte ricorrente la stazione appaltante, applicando i principi sopra menzionati, anziché pervenire direttamente all'esclusione, avrebbe dovuto chiedere chiarimenti sui seguenti aspetti: specificare in dettaglio i costi di produzione nonché di posa; specificare la categoria di lavoro oggetto di sub-appalto. Sul punto, ritiene il Collegio, in adesione a condivisibile indirizzo giurisprudenziale, secondo cui il nuovo codice dei contratti, stante la sua diretta derivazione dalle norme comunitarie, deve essere interpretato in coerenza con i superiori principi di riferimento e, in particolare per quanto qui interessa, con l'art. 69 della direttiva n. 2014/24 secondo cui «L'amministrazione aggiudicatrice valuta le informazioni fornite consultando l'offerente», quindi garantendo il pieno contraddittorio anche, se necessario, mediante più passaggi procedurali, nella forma ritenuta più opportuna, volti a chiarire i profili ancora dubbi o in contestazione dopo la presentazione delle iniziali giustificazioni scritte (T.A.R. Marche, 23 gennaio 2017, n. 66). In altri termini, anche nel vigente quadro normativo, l'amministrazione è tenuta a garantire il contraddittorio e, se necessario, ad effettuare più passaggi procedurali volti a chiarire i profili ancora dubbi a seguito delle giustificazioni iniziali presentate.

1.1.2. Del resto, non risulta condivisibile l'operazione ermeneutica svolta da parte intimata nel caso di specie, ovverosia quella di aver ritenuto, in assenza di opportuni approfondimenti in contraddittorio, dai contenuti del preventivo della cennata ditta e, segnatamente, dalla mancata indicazione dei costi di produzione e di posa in opera che le predette lavorazioni sarebbero state svolte in via esclusiva da quest'ultima.

1.1.3. Va disatteso quanto ulteriormente sostenuto dal Comune di Trecchina nei propri scritti difensivi, ovverosia che la ricorrente non avrebbe contestato che il preventivo della Costruzioni Santangelo s.r.l. riguardi sia la fornitura che la posa in opera del conglomerato bituminoso e che l'entità di tali lavorazioni corrisponde al 60% dell'appalto, così ricadendosi nell'ipotesi di esclusione automatica di cui all'art. 95, n. 5, del codice. In senso contrario va infatti osservato che nel ricorso si è, tra l'altro, dedotto come appaia «assolutamente illogico ed erroneo l'ulteriore assunto della determina in base al quale il preventivo della ditta Costruzioni Generali Santangelo srl costituirebbe una surrettizia estensione del sub-appalto per un valore addirittura superiore al 60% dell'importo complessivo. L'assunto, come dicevamo, è illogico e comunque causato da una erronea presupposizione e/o da un errore di fatto commesso dalla Stazione appaltante nella valutazione dell'offerta e delle giustificazioni. A questo proposito, preliminarmente si deduce che il valore economico del sub-appalto può ricavarsi esclusivamente dalla specifica dichiarazione dell'operatore economico ovvero dal contratto di sub - appalto. Non può invece essere desunto dal preventivo di terzi operatori economici che il concorrente produce al fine di giustificare la propria offerta economica» 1.2. Alla luce delle considerazioni espresse supra al paragrafo 1.1.1., volte a configurare anche nell'attuale quadro disciplinare di riferimento la possibilità di successive integrazioni delle giustificazioni inizialmente fornite dall'offerente, nell'ottica di una logica collaborativa fra le parti, va

condivisa anche l'ulteriore censura di parte ricorrente, volta a contestare il provvedimento di esclusione nella parte in cui ritiene, dal punto di vista economico, «non ammissibile la giustificazione dei prezzi basate sulla semplice allegazione di preventivi/offerta di terzi operatori economici, in assenza di una puntuale e dettagliata analisi dei relativi costi». Anche per tale versante, infatti, è mancata una fase di approfondimento in contraddittorio dei contenuti delle giustificazioni fornite dall'operatore economico.

2. Dalle considerazioni che precedono discende l'accoglimento della domanda di annullamento spiegata col presente ricorso e, per l'effetto, l'annullamento dei provvedimenti impugnati.

3. Va respinta la domanda della ricorrente volta ad ottenere l'accertamento e la conseguente declaratoria del proprio diritto all'aggiudicazione del contratto, a ciò ostando la necessità di reiterazione del subprocedimento di verifica di anomalia.

4. Del pari, va disattesa la domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione della gara in favore del secondo classificato che, allo stato degli atti, non risulta essere intervenuta.

5. L'esito del giudizio, infine, non rende configurabile un danno risarcibile per equivalente, in quanto all'annullamento del provvedimento amministrativo consegue la ripetizione della attività amministrativa, e quindi il ripristino della chance del concorrente (Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2011 n. 854).

6. Sussistono giusti motivi, in ragione delle peculiarità della questione, per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, definitivamente pronunciando sul ricorso, per come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Potenza, nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2017, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Pasquale Mastrantuono, Consigliere

Benedetto Nappi, Referendario, Estensore

