

In sede di verifica della congruità dell'offerta presentata in una gara d'appalto di lavori pubblici, il principio del contraddittorio successivo mira a consentire un fisiologico arricchimento degli elementi dedotti in origine e quindi incontra un limite nel divieto – immanente al sistema – di trasformazione dell'offerta originaria in un quid sostanzialmente nuovo o diverso per mezzo delle ulteriori giustificazioni.

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 2021 dell'11 aprile 2006 ci insegna che:

<la normativa comunitaria impone all'Amministrazione di chiedere precisazioni sugli elementi dell'offerta sospettata di anomalia che abbiano concretamente dato luogo a dubbi da parte sua e di valutare successivamente questa offerta in relazione alle giustificazioni fornite dall'offerente interessato in risposta a tale richiesta.

Oggetto di valutazione in base alle precisazioni è quindi l'offerta nella sua originaria composizione (par. 4 dell'art. 30 della Dir. N. 93/37/CEE), da ritenersi insuscettibile – in conclusione e per quanto qui rileva - di modificazioni per l'effetto di tardivi ripensamenti e correzioni ad opera dell'impresa partecipante.

Diversamente ragionando, infatti, l'espletamento del dovuto contraddittorio finirebbe per stravolgere i connotati salienti del procedimento di evidenza pubblica, innestando in questo, a seguito di sollecitazione da parte dell'Amministrazione, elementi di negoziazione sul contenuto strutturale dell'offerta del tutto incompatibili con la garanzia di par condicio tra i partecipanti alla selezione. >

A cura di Sonia Lazzini

R E P U B B L I C A I T A L I A N A  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto dal Consorzio \*\*\*, in persona del legale rappresentante, e dalla \*\*\* S.P.A., in persona del legale rappresentante, entrambi rappresentati e difesi dagli avvocati Giovanni e Gianluigi Pellegrino, presso il cui studio elettivamente domiciliano in Roma Corso del Rinascimento n. 11;

contro

l'A.N.A.S. S.p.A. in persona del suo Presidente p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la quale domicilia in Roma Via dei Portoghesi n. 12;

e nei confronti

della A.T.I. \*\*\* – \*\*, non costituita in questo grado del giudizio;  
per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – I Sez. di Lecce n. 1387/2005, 14.3.2005;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione dell'Ente appellato;

Viste le memorie prodotte dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica Udienza del 2 dicembre 2005 il Consigliere A. Anastasi; udito l'avvocato Gianluigi Pellegrino e l'avvocato dello Stato Figliolia;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

**FATTO**

L'A.T.I. costituenda tra le odierne appellanti ha partecipato al pubblico incanto bandito dall'A.N.A.S. ai fini dell'affidamento di lavori di pavimentazione e adeguamento a norme di sicurezza di un tronco della S.S. n. 379 – Egnazia, presentando una offerta risultata anomala.

A seguito dell'esame delle giustificazioni preliminari e dei chiarimenti offerti dall'A.T.I., l'Ente ha dichiarato non congrua l'offerta in questione, aggiudicando i lavori ad altra impresa.

L'A.T.I. \*\*\* ha quindi impugnato avanti al T.A.R. Lecce la sua esclusione dalla procedura, chiedendone l'annullamento con risarcimento del danno ingiustamente patito.

Con la sentenza in epigrafe indicata il Tribunale ha respinto il gravame, rilevando in sostanza che in sede di contraddittorio l' A.T.I. aveva modificato in modo insostenibile la composizione dell'offerta presentata.

La sentenza è impugnata col ricorso all'esame dall'A.T.I., la quale ne chiede l'integrale riforma deducendo da un lato il carattere non vincolante delle giustificazioni prodotte in via preventiva, dall'altro, in sostanza, che il principio di immodificabilità dell'offerta riguarda l'offerta nel suo complesso o le singole macro voci in cui la stessa si articola e non già le componenti interne di queste.

Si è costituita l'Amministrazione, instando per il rigetto del gravame.

Le Parti hanno presentato memorie.

All'udienza del 2 dicembre 2005 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

**DIRITTO**

L'appello è infondato e va perciò tale respinto.

Come risulta dalle premesse, oggetto della presente controversia è la legittimità del giudizio di incongruità formulato dall'A.N.A.S. nei confronti dell'offerta anomala presentata dall'A.T.I. oggi appellante nell'ambito di un pubblico incanto per l'affidamento di lavori stradali.

Secondo quanto si evince dagli atti, il giudizio negativo formulato dall'Ente all'esito della verifica in contraddittorio poggia su molteplici ragioni, in sostanza riconducibili alla carenza specifica di alcune documentazioni giustificative prodotte dall'offerente; alla produzione da parte di questa, in sede di contraddittorio, di giustificazioni difformi da quelle esibite in via preventiva; alla sostanziale

modificazione quantitativa (o addirittura stravolgimento) dell'offerta iniziale, operata dalla Ditta sempre nella fase del contraddittorio.

Procedendo dalla carenza documentale, i rilievi più significativi mossi dall'A.N.A.S. riguardano la fornitura del materiale basaltico, che \*\*\* – secondo quanto successivamente indicato – intendeva acquisire da una Ditta turca.

Al riguardo l'Amministrazione ha osservato da un lato che l'autorizzazione allo sfruttamento di cava posseduta da tale Ditta era già scaduta e che la mera domanda di proroga esibita dall'offerente non risultava idonea a comprovare la correntenza del titolo; dall'altro che l'offerente, pur specificamente compulsata, non aveva prodotto alcun supporto probatorio atto a dimostrare la qualità del materiale da fornire.

In ordine a tali profili deduce \*\*\*, in primo luogo, che l'attualità della autorizzazione, ove revocata in dubbio, doveva formare oggetto di ulteriore richiesta di chiarimenti ed in secondo luogo che la richiesta di comprovare la qualità del materiale basaltico costituiva un inutile appesantimento procedimentale, essendo evidente che il materiale non poteva che corrispondere al disciplinare di gara.

Il mezzo non può trovare accoglimento.

Rileva al riguardo, in primo luogo, il Collegio che il disciplinare di gara, con disposizione riferita ai materiali rilevati provenienti da cave "di prestito" ma avente portata generale, impone chiaramente all'offerente di fornire ogni documento atto a comprovare la capacità e qualità dei materiali.

Diversamente da come deduce l'appellante, tale prescrizione non risulta in alcun modo irrazionale, essendo evidente come la stessa miri – non già a duplicare controlli da svolgere comunque in fase di eventuale esecuzione dei lavori – ma piuttosto a consentire ex ante un adeguato riscontro sulla congruità dell'offerta con riferimento ad una componente interna di questa (materiali rilevati, ma consimile disposizione riguarda gli inerti) di intuitivo rilievo, trattandosi di appalto avente anche per oggetto lavori di pavimentazione stradale.

Quanto alla richiesta di ulteriori integrazioni in contraddittorio per ciò che concerne la validità dell'autorizzazione, va, in primo luogo, ed in punto di fatto, comunque sottolineato che nemmeno a posteriori \*\*\* ha mai introdotto alcun elemento atto a comprovare adeguatamente l'avvenuto rilascio della proroga.

Ciò premesso - e precisato che a giudizio del Collegio la dimostrazione della validità delle autorizzazioni e licenze per la coltivazione di cava costituiva, ai sensi del disciplinare, espresso onere per le partecipanti – si osserva che la mera richiesta di proroga (presentata dal titolare della cava al Governo turco ed) esibita dall'Impresa era effettivamente sfornita di ogni concludente attitudine probatoria, come osservato dalla Commissione.

Di tale carenza l'Amministrazione non poteva quindi che prendere atto, dovendosi escludere che alla stessa incombesse di attivare ulteriori fasi sub procedurali onde permettere alla impresa non di chiarire la portata della documentazione prodotta ma di rimediare all'inadempimento sostanziale in precedenza posto in essere.

Deve quindi concludersi nel senso che la documentazione prodotta da \*\*\* a sostegno dell'offerta è rimasta, anche dopo la fase del contraddittorio, effettivamente affetta dalle incongruità riscontrate

dall'Ente: il che, a giudizio del Collegio, sarebbe di per sé sufficiente sul piano sostanziale a determinare la reiezione dell'appello.

Attesa la natura complessa della motivazione adottata dall'Amministrazione onde supportare il giudizio di incongruità il Collegio reputa però necessario affrontare sinteticamente anche l'ulteriore profilo controverso attinente ai limiti di modificabilità dell'offerta anomala in sede di contraddittorio, profilo che infatti riveste valore assorbente nell'economia della sentenza di primo grado.

Procedendo in tal senso, deve premettersi che la problematica in rassegna non ha nessun punto di interferenza con la diversa questione relativa alla integrabilità o modificabilità in fase di contraddittorio successivo delle giustificazioni prodotte ex ante dalla partecipante a corredo dell'offerta.

Come condivisibilmente dedotto dall'appellante – ed in definitiva al contrario di quanto sembra ritenere l'Ente – la modificazione dell'offerta nulla ha propriamente a che vedere con la modifica delle giustificazioni, trattandosi di attività ontologicamente distinte.

Tanto chiarito, deduce in sostanza l'appellante che nelle procedure d'appalto immutabile è solo l'offerta nel suo complesso o, in subordine, le singole voci (da computo metrico) in cui la stessa si articola, e non già gli specifici fattori di costo interni alle voci stesse.

Trattasi di tesi che non convince il Collegio, il quale preliminarmente osserva – in punto di fatto – che le correzioni all'offerta apportate dall'A.T.I. in fase di contraddittorio hanno notevole peso quantitativo e risultano derivanti in assoluta prevalenza da originari errori di calcolo, da errori di trascrizione, da incompletezze o incongruenze nonchè (per almeno tre volte, in relazione alla scheda dei materiali) dall'espletamento di analisi più accurate.

In siffatto contesto, appare chiaro che \*\*\* ha in realtà utilizzato la fase del contraddittorio per rimediare a carenze obiettive dell'offerta iniziale, mal formulata e comunque non preceduta, come emerso per tabulas, da una adeguata analisi tecnico-economica: il che, sotto il profilo fattuale, depone già in modo concludente per l'inaffidabilità dell'offerta originariamente presentata.

Tanto premesso, e venendo alla questione di diritto, osserva il Collegio che, in sede di verifica della congruità dell'offerta presentata in una gara d'appalto di lavori pubblici, il principio del contraddittorio successivo (come imposto dalle regole comunitarie interpretate dalla Corte di giustizia con la sentenza 27 novembre 2001 n. 285) mira a consentire un fisiologico arricchimento degli elementi dedotti in origine e quindi incontra un limite nel divieto – immanente al sistema – di trasformazione dell'offerta originaria in un quid sostanzialmente nuovo o diverso per mezzo delle ulteriori giustificazioni.

Come chiarito dalla stessa Corte di giustizia (cfr. sentenza citata paragrafo n. 51) la normativa comunitaria impone infatti all'Amministrazione di chiedere precisazioni sugli elementi dell'offerta sospettata di anomalia che abbiano concretamente dato luogo a dubbi da parte sua e di valutare successivamente questa offerta in relazione alle giustificazioni fornite dall'offerente interessato in risposta a tale richiesta.

Oggetto di valutazione in base alle precisazioni è quindi l'offerta nella sua originaria composizione (par. 4 dell'art. 30 della Dir. N. 93/37/CEE), da ritenersi insuscettibile – in conclusione e per quanto qui rileva - di modificazioni per l'effetto di tardivi ripensamenti e correzioni ad opera dell'impresa partecipante.

Diversamente ragionando, infatti, l'espletamento del dovuto contraddittorio finirebbe per stravolgere i connotati salienti del procedimento di evidenza pubblica, innestando in questo, a seguito di sollecitazione da parte dell'Amministrazione, elementi di negoziazione sul contenuto strutturale dell'offerta del tutto incompatibili con la garanzia di par condicio tra i partecipanti alla selezione.

Del resto, nemmeno sul piano evolutivo il diverso riferimento agli "elementi costitutivi" dell'offerta contenuto nell'art. 55 della Dir. N. 2004/18/CE (in corso di recepimento interno) potrebbe corroborare la tesi dell'appellante, atteso, da un lato, l'oggettivo rilievo quantitativo delle variazioni da questa apportate all'offerta e, dall'altro, la discrezionalità di cui in generale gode la P.A. nell'individuare la soglia oltre la quale la proposta deve considerarsi stravolta.

Alla luce di quanto sin qui osservato l'appello va quindi integralmente respinto.

Sussistono peraltro motivi per disporre la compensazione delle spese di questo grado del giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, definitivamente pronunciando, respinge l'appello.

Le spese e gli onorari di questo grado del giudizio sono compensati.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma il 2 dicembre 2005 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, nella Camera di Consiglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

11 aprile 2006