

Differenza fra contraddittorio anticipato e contraddittorio successivo per la verifica dell'anomalia di un'offerta: l'amministrazione aggiudicatrice deve garantire una effettiva fase di valutazione dell'anomalia delle offerte, da svolgersi in contraddittorio tra stazione appaltante ed impresa concorrente, successivamente all'apertura delle buste ed indipendentemente dalle giustificazioni previamente fornite in sede di presentazione delle offerte

Il Consiglio di stato con la decisione numero 2023 dell' 11 aprile 2006 merita di essere segnalata per il seguente importante principio in tema di obbligo di richiesta delle giustificazioni ad un'impresa che ha presentato un'offerta anomala:

<La Sezione rileva, invero, che proprio sulla necessità del c.d. “contraddittorio successivo” – che ha dato luogo a differenti orientamenti giurisprudenziali – si è recentemente pronunciata la Sesta Sezione della Corte di Giustizia C.E., a seguito di rimessione della questione da parte di questa Sezione (ordinanze n. 1173 e 1174 del 5 luglio 1999), con decisione del 27 novembre 2001 resa nei procedimenti riuniti C-285/99 e C-286/99, stabilendo che “l'art. 30, n. 4, della Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE ... si oppone alla normativa e alla prassi amministrativa di uno Stato membro che consentono all'Amministrazione aggiudicatrice di respingere come anormalmente basse le offerte che presentano un ribasso superiore alla soglia di anomalia, tenendo conto unicamente delle giustificazioni dei prezzi proposti, relativi ad almeno il 75% dell'importo posto a base d'asta menzionato nel bando di gara, che gli offerenti erano tenuti ad allegare alla loro offerta, senza concedere a questi ultimi la possibilità di far valere il loro punto di vista, dopo l'apertura delle buste, sugli elementi di prezzo offerti che hanno dato luogo a sospetti”.

Non è conforme al diritto comunitario la facoltà prevista dall'articolo 21, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, che consente alla stazione appaltante di limitare il controllo dell'anomalia delle offerte al 75% delle voci che la compongono, per altro verso, che il predetto articolo 21, comma 1bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, nonché l'articolo 30, n. 4, della direttiva n. 93/37 del Consiglio CE del 14 giugno 1993 devono essere interpretati nel senso di garantire una effettiva fase di valutazione dell'anomalia delle offerte, da svolgersi in contraddittorio tra stazione appaltante ed impresa concorrente, successivamente all'apertura delle buste ed indipendentemente dalle giustificazioni previamente fornite in sede di presentazione delle offerte>

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

D E C I S I O N E

sul ricorso in appello iscritto al NRG 1648 dell'anno 1999 proposto da *** S.r.l., in proprio e nella qualità di capogruppo dell'A.T.I. costituita con la ***. S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. prof. Salvatore Alberto Romano, Corrado Morrone e Marcello Marcuccio, con i quali è elettivamente domiciliata in Roma, viale XXI Aprile n. 21 e dagli Avv.ti M. Marcuccio ed A. Guarino e presso quest'ultimo domiciliata in piazza Borghese n. 3;

contro

ANAS – Ente Nazionale per le Strade, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall’Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici domicilia ope legis in Roma, via dei Portoghesi 12;

nonché

MINISTERO DEI LAVORI PUBBLICI (ora MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI), in persona del ministro in carica, non costituito in giudizio;

e nei confronti di

*** GROUP S.p.A., in proprio e quale mandataria dell’associazione temporanea costituita con l’Impresa *** S.p.A. e l’Impresa *** S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Lucio Moscarini e Matteo Mazzone, con i quali è elettivamente domiciliata in Roma, via Sesto Rufo n. 23 (presso lo studio del primo);

per l’annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sez. III, n. 73 del 14 gennaio 1999;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio dell’ANAS e della società *** Group S.p.A., in proprio e quale mandataria dell’associazione temporanea di imprese con *** S.p.A. e *** S.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti di causa;

Visto il dispositivo di sentenza n. 70 del 31 gennaio 2006;

Relatore alla pubblica udienza del 27 gennaio 2006 il consigliere Carlo Saltelli;

Uditi l’avvocato Rainaldi, su delega dell’avvocato Salvatore Alberto Romano, e l’avvocato dello Stato Sclafani;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Con ricorso giurisdizionale notificato il 18 ed il 20 aprile 1998 la S.r.l. ***, in proprio e quale mandataria dell’associazione temporanea di imprese con la società *** S.p.A., chiedeva al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sede di Lecce, l’annullamento del provvedimento (di estremi e data sconosciuti), con il quale l’ANAS aveva disposto l’esclusione della sua offerta dalla licitazione privata per l’affidamento dell’appalto dei lavori di adeguamento della sede stradale “BA 88/97 – S.S. n. 7 via Appia tratto Grottaglie – Brindisi – 5° lotto dal Km. 712 + 222 al Km. 721 + 069”, con aggiudicazione degli stessi all’A.T.I. *** Group S.p.A. – *** S.p.A. e *** S.r.l., con ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresi i verbali di gara (in particolare quelli del 29 ottobre 1997, 30 ottobre 1997 e del 21 novembre 1997, con i relativi allegati), il D.M. 28 aprile 1997 e, in parte qua, il bando di gara e la lettera d’invito.

A sostegno dell’impugnativa venivano articolati cinque motivi di censura.

Con il primo, rubricato “Violazione e falsa applicazione dell’art. 21, comma 1 bis, della L. n. 109/94; Violazione e falsa applicazione dell’art. 30, comma 4, direttiva CEE 93/37; violazione e falsa applicazione della lettera invito; eccesso di potere per errore nei presupposti e difetto di motivazione – violazione del giusto procedimento di gara”, la società ricorrente lamentava che, in palese violazione delle norme rubricate, l’amministrazione appaltante aveva escluso

automaticamente la sua offerta, asseritamente anomala, senza aver richiesto le necessarie giustificazioni, e quindi senza contraddittorio e sulla base delle sole giustificazioni prodotte all'atto della presentazione delle offerte (relative al 75% dell'importo a base d'asta), con palese violazione delle disposizioni comunitarie.

Con il secondo motivo, deducendo “Violazione della lettera invito; violazione del giusto procedimento; eccesso di potere per errore nei presupposti e difetto di motivazione”, la società ricorrente evidenziava che la sua esclusione era stata determinata dal giudizio di inammissibilità formulato dall'ufficio tecnico dell'ANAS cui la commissione di gara aveva chiesto di valutare le giustificazioni delle offerte: senonché, oltre alla infondatezza dei rilievi mossi, non solo le lacune riscontrate avrebbero imposto la richiesta di chiarimenti ai fini della corretta valutazione della pretesa anomalia, per quanto non spettava all'ufficio tecnico di dichiarare inammissibili le offerte e le loro giustificazioni.

Denunciando, poi “violazione e falsa applicazione dell'art. 21, comma 1 bis, L. 109/94 – eccesso di potere per errore nei presupposti”, la ricorrente sosteneva l'illegittimità del bando di gara e del D.M. 28 aprile 1997, essendo stato quest'ultimo emesso senza il previo avviso dell'Osservatorio sui lavori pubblici e senza aver fissato un limite di anomalia unico e predeterminato.

Con il quarto motivo la società ricorrente eccepeva “Violazione della lex specialis e del giusto procedimento di gara – Eccesso di potere per errore nei presupposti, illogicità e violazione della par condicio”, atteso che, avendo l'amministrazione appaltante accertato che l'offerta dell'A.T.I. *** Group S.p.A. aveva violato le disposizioni di cui al punto 9 della lettera d'invito, anziché escludere l'A.T.I. predetta, aveva escluso la sola mandataria deficitaria, modificando inopinatamente la stessa composizione dell'A.T.I.

Infine, con il quinto motivo di censura, si lamentava “violazione e falsa applicazione dell'art. 18 della L. 19.3.1990, n. 55 – Eccesso di potere per errore nei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione – Violazione della lex specialis”, in quanto erroneamente l'appalto dei lavori in questione era stato aggiudicato all'A.T.I. *** Group S.p.A. – *** S.p.A. e *** S.r.l., la cui offerta era stata inopinatamente

considerata valida benché contenesse l'indicazione di 7 imprese subappaltatrici in luogo delle 6 consentite dalla norma indicata in rubrica.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. III, cui la causa veniva rimessa dall'adito Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sede di Lecce, a seguito dell'adesione delle parti al ricorso per regolamento di competenza proposto dalla *** Group S.p.A., nella resistenza di quest'ultima, nella spiegata qualità, e dell'intimata ANAS, con la sentenza n. 73 del 14 gennaio 1999, respingeva il ricorso, ritenendo in parte infondato, quanto ai primi tre motivi di doglianza, ed in parte improcedibile, quanto al quarto e quinto motivo (avendo ritenuto legittimo il provvedimento di esclusione della società ricorrente e non derivando dall'annullamento dell'aggiudicazione all'A.T.I. Tecnogroup S.p.A. – *** S.p.A. e *** S.r.l. alcun diretto ed immediato vantaggio alla ricorrente).

Con atto notificato il 19 febbraio 1999 la predetta *** S.r.l., nella già spiegata qualità, chiedeva la riforma della prefata statuizione, riproponendo i motivi di censura svolti in primo grado, a suo avviso erroneamente esaminati e superficialmente respinti, con motivazioni approssimative e giuridicamente non condivisibili.

Anche nel giudizio di appello si costituivano l'ANAS e la *** Group S.p.A., nella qualità pure spiegata in atti, deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza dell'avverso appello, del quale chiedevano il rigetto, riproponendo peraltro l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per tardività in relazione all'impugnazione del bando di gara, della lettera di invito e del D.M. 28 aprile 1997: in particolare, la *** Group S.p.A. ha riproposto anche la censura di difetto di interesse.

Il giudizio di appello veniva sospeso, giusta ordinanza n. 555 del 2 febbraio 2000 della IV Sezione del Consiglio di Stato, in attesa della definizione da parte della Corte di Giustizia delle Comunità Europee delle questioni pregiudiziali ex art. 177 del Trattato rimesse con ordinanze n. 1173 e 1174 del 5 luglio 1999 della stessa Sezione, dalla cui risoluzione dipendeva anche la decisione della controversia in argomento.

Con istanza depositata nella segreteria della Sezione in data 9 giugno 2005, la società appellante, deducendo di aver appreso informalmente che la Corte di Giustizia aveva deciso le ricordate questioni pregiudiziali con decisione del 27 novembre 2001, non avendo ricevuto alcuna formale comunicazione dalla segreteria della sezione, chiedeva la fissazione della nuova udienza di discussione della causa.

DIRITTO

I. E' controversa la legittimità del provvedimento con il quale l'ANAS ha escluso la *** S.r.l., in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea di imprese con la *** S.p.A., dalla licitazione privata per l'affidamento dei lavori di adeguamento della sede stradale "BA 88/97 – S.S. n. 7 – via Appia tratto Grottaglie – Brindisi – 5° lotto dal Km. 712 + 222 al Km. 721 + 069", per asserita anomalia della relativa offerta, aggiudicando l'appalto alla società *** Group S.p.A., in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea di imprese con *** S.p.A. e *** S.r.l.

La predetta società *** S.r.l., nella ricordata qualità, ha chiesto la riforma della sentenza n. 73 del 14 gennaio 1999 (che aveva dichiarato in parte infondato ed in parte improcedibile il ricorso avverso la sua esclusione dalla gara e l'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressati), sostanzialmente riproponendo i motivi di censura svolti in primo grado, a suo avviso erroneamente esaminati e superficialmente respinti, con motivazioni approssimative e giuridicamente non condivisibili.

Hanno resistito all'appello l'ANAS e la società *** Group S.p.A., nella qualità più volte indicata.

II. Al riguardo la Sezione osserva quanto segue.

II.1. Deve essere innanzitutto esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado spiegata da entrambe le parti appellate e fondate sulla asserita tardività dell'impugnazione del bando di gara e della lettera di invito, oltre che del D.M. 28 aprile 1997: in sintesi, ad avviso dei deducenti, l'esclusione dalla gara della *** S.r.l. sarebbe il frutto della meccanica applicazione delle disposizioni contenute proprio nel bando, nella lettera di invito e nel ricordato decreto ministeriale (atto presupposto del bando e della lettera d'invito), così che questi ultimi erano tutti immediatamente lesivi e dovevano perciò essere impugnati immediatamente e non già con il provvedimento applicativo (qual è il provvedimento di esclusione dalla gara).

La tesi non è fondata.

E' noto, al riguardo, che l'onere di immediata impugnazione delle clausole di un bando di gara o di una lettera di invito sorge soltanto quando esse incidano direttamente sull'interesse del soggetto a partecipare alla gara, determinando un immediato arresto procedimento (C.d.S., sez. V, 16 marzo 2005, n. 1079; sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 550), e cioè quando riguardino i requisiti soggettivi di partecipazione ovvero impongano ai fini della partecipazione oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati rispetto ai contenuti della gara (A.P. 29 gennaio 2003, n. 1; sez. IV, 15 febbraio 2005, n. 478); non sussiste, invece, l'onere dell'immediata impugnazione delle clausole del bando che non precludono la partecipazione alla procedura concorsuale, ma attengono alla successiva valutazione dell'offerta (ancora A.P., 29 gennaio 2003, n. 1).

Nel caso di specie, diversamente da quanto sostenuto dalle parti appellate, le clausole del bando non solo non escludevano immediatamente la partecipazione della società ricorrente/appellante alla gara, per quanto la sua esclusione non è stata determinata dalla meccanica applicazione delle clausole del bando, bensì è conseguita esclusivamente all'esito negativo della valutazione dell'offerta, secondo la interpretazione (asseritamente illegittima, secondo la prospettazione della società appellante) delle clausole del bando e della lettera di invito (in termini C.d.S., sez. IV, 21 gennaio 2003, n. 230; sez. V, 13 novembre 2002, n. 6297).

II.2. Ugualmente priva di fondamento è l'eccezione di carenza di interesse a ricorrere sollevata dalla *** Group S.p.A., sul presupposto che l'accoglimento del ricorso comporterebbe la rinnovazione del procedimento di anomalia nei confronti anche di altre imprese, pure escluse per la stessa ragione della ricorrente, ma portatrici di un'offerta migliore, così che giammai la rinnovazione del procedimento potrebbe portare all'aggiudicazione in favore della *** S.r.l.

Invero, non solo l'eventuale accoglimento del ricorso in esame non può che avere effetto nei confronti della predetta *** S.r.l., per quanto non vi è alcuna certezza che l'eventuale riesame dell'anomalia dell'offerta delle altre imprese escluse (ammesso pure che sia ammissibile) si concluda con la conferma del giudizio di anomalia delle offerte stesse ovvero con il giudizio di non anomalia delle offerte: non vi è dubbio, pertanto, che sussiste l'interesse dell'appellante quanto meno nel senso di interesse strumentale alla rinnovazione del procedimento di verifica delle offerte sospettate di anomalia.

II.3. Passando all'esame del merito dell'appello, la Sezione osserva che è fondato e meritevole di accoglimento il primo motivo, con cui, riproponendo l'analoga censura sollevata in prime cure, la società appellante ha sostenuto l'illegittimità del provvedimento di esclusione dalla gara della propria offerta perché asseritamente anomala, senza che alla verifica di anomalia stessa si sia pervenuti a seguito del necessario procedimento in contraddittorio e cioè sulla base delle giustificazioni richieste dopo l'apertura delle buste, bensì solo sulla base di quelle prodotte in una con la presentazione dell'offerta stessa (c.d. contraddittorio anticipato).

La Sezione rileva, invero, che proprio sulla necessità del c.d. "contraddittorio successivo" – che ha dato luogo a differenti orientamenti giurisprudenziali – si è recentemente pronunciata la Sesta Sezione della Corte di Giustizia C.E., a seguito di rimessione della questione da parte di questa Sezione (ordinanze n. 1173 e 1174 del 5 luglio 1999), con decisione del 27 novembre 2001 resa nei procedimenti riuniti C-285/99 e C-286/99, stabilendo che "l'art. 30, n. 4, della Direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE ... si oppone alla normativa e alla prassi amministrativa di uno Stato membro che consentono all'Amministrazione aggiudicatrice di respingere come anormalmente basse le offerte che presentano un ribasso superiore alla soglia di anomalia, tenendo conto unicamente delle giustificazioni dei prezzi proposti, relativi ad almeno il 75% dell'importo posto a base d'asta menzionato nel bando di gara, che gli offerenti erano tenuti ad allegare alla loro

offerta, senza concedere a questi ultimi la possibilità di far valere il loro punto di vista, dopo l'apertura delle buste, sugli elementi di prezzo offerti che hanno dato luogo a sospetti".

Le considerazioni contenute nella decisione del giudice comunitario coincidono con le argomentazioni esposte dalla società appellante nel motivo in esame; del resto la giurisprudenza di questo consesso ha già avuto modo di chiarire, per un verso, che non è conforme al diritto comunitario la facoltà prevista dall'articolo 21, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, che consente alla stazione appaltante di limitare il controllo dell'anomalia delle offerte al 75% delle voci che la compongono (C.d.S., sez. IV, 4 febbraio 2003, n. 543) e, per altro verso, che il predetto articolo 21, comma 1bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, nonché l'articolo 30, n. 4, della direttiva n. 93/37 del Consiglio CE del 14 giugno 1993 devono essere interpretati nel senso di garantire una effettiva fase di valutazione dell'anomalia delle offerte, da svolgersi in contraddittorio tra stazione appaltante ed impresa concorrente, successivamente all'apertura delle buste ed indipendentemente dalle giustificazioni previamente fornite in sede di presentazione delle offerte (C.d.S., sez. IV, 21 gennaio 2003, n. 232; 21 agosto 2002, n. 4266).

L'accoglimento del primo motivo di appello, comportando direttamente la declaratoria di illegittimità dell'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara, comporta l'assorbimento degli altri motivi di doglianza: a ciò consegue la riforma dell'impugnata sentenza, l'accoglimento del ricorso di primo grado e l'annullamento, come già ricordato, dell'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara dell'offerta presentata dalla *** S.r.l. nella spiegata qualità.

II.4. La Sezione deve tuttavia precisare che l'accoglimento dell'appello, negli assorbenti limiti sopra individuati, pur comportando l'annullamento del giudizio di anomalia dell'offerta della *** S.p.A. e, conseguentemente, dell'aggiudicazione della gara alla *** S.c. a r.l., pure nella qualità indicata, non implica invece, ex se, l'aggiudicazione della gara alla società appellante, evenienza, questa, che presuppone in ogni caso la rinnovazione della verifica di anomalia alla stregua dei criteri di cui alla richiamata decisione della Corte di Giustizia e sulla base di apposite autonome valutazioni della stazione appaltante nell'esercizio di discrezionalità tecnico-amministrativa (discrezionalità che preclude a questo giudice l'esame delle ulteriori censure dedotte, relative ad elementi che ben possono trovare adeguata composizione nella naturale sede della verifica di anomalia) (in tal senso C.d.S., sez. IV, 23 dicembre 2002, n. 7281).

III. Le spese di giudizio possono essere compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione IV), definitivamente pronunciando sull'appello proposto società *** S.r.l., in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea di imprese con ***. S.p.A., avverso la sentenza n. 73 del 14 gennaio 1999 del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. III, così provvede:

accoglie l'appello e per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, accoglie il ricorso proposto in primo grado dalla stessa società *** S.r.l., in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea di imprese con ***. S.p.A., e annulla il provvedimento di esclusione dalla gara per l'affidamento dei lavori di adeguamento della sede stradale "BA 88/97 – S.S. n. 7 – via Appia tratto Grottaglie – Brindisi – 5° lotto dal Km. 712 + 222 al Km. 721 + 069", nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'A.N.A.S.; dichiara interamente compensate tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 27 gennaio 2006 DEPOSITATA IN
SEGRETERIA
11 aprile 2006