

La procedura di verifica della c.d. “anomalia” dell’offerta prevista dall’art. 19, commi 2, 3 e 4, del D.lgs. 24 luglio 1992, n. 358, in tema di appalti pubblici di forniture, non si applica al caso di aggiudicazione della fornitura mediante il sistema della trattativa privata, quale previsto dall’art. 9, commi 1, lett. d) e 4, dello stesso D.lgs: ciò ha una giustificazione connessa alla maggior libertà e informalità della procedura, che consente peraltro di tutelare, in misura equivalente, quelle esigenze di serietà e corretta eseguibilità della prestazione offerta, considerate altrimenti, nelle procedure di gara aperta o ristretta, con la previsione della verifica dell’anomalia

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 4050 del 24 giugno 2006 in tema di verifica dell’anomalia in un appalto di forniture affidato attraverso una trattativa privata, ci insegna che:

<In linea teorica, non è escluso che, nell’ambito di tale maggior libertà di forme e di modalità di contrattazione, l’amministrazione aggiudicatrice decida persino di esperire la procedura di verifica in questione, ma a ciò non è tenuta (salvo che si autovincoli espressamente in tal senso), potendo ricorrere a contatti diretti, con l’impresa offerente rientranti appunto nello spazio di negoziazione, che siano comunque utili ad accertare serietà e verosimile eseguibilità dell’offerta considerata, espandendosi dunque, in sede di trattativa privata, il potere di acquisire integrazioni documentali e chiarimenti previsto dall’art. 15 dello stesso D.lgs. 358/92.>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 358/2005 proposto da *** SPA in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall’avv. Massimo Lauro presso cui è elettivamente domiciliato in Roma via Ludovisi n. 35;

contro

il CONSORZIO PER IL SISTEMA INFORMATICO – CSI PIEMONTE in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Marco Casavecchia, Emilio Jona e Guido Romanelli ed elettivamente domiciliato in Roma presso quest’ultimo, via Pacuvio n. 34;

e nei confronti di

*** SPA in persona del legale rappresentante p.t., non costituita;

per l’annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte, II Sezione, n. 2204 dell’11 ottobre 2004;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio del CSI - Piemonte;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 14 marzo 2006 relatore il Consigliere Luciano Barra Caracciolo. Uditi altresì, l'avv. Cozzi per delega dell'avv. Lauro, l'avv. Casavecchia, l'avv. Jona e l'avv. G. Romanelli;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con la sentenza in epigrafe il TAR per il Piemonte, II Sezione, ha respinto il ricorso con cui *** SpA aveva impugnato l'aggiudicazione ad altra ditta concorrente, la *** SpA, dell'appalto di fornitura di apparecchiature informatiche esperito dal C.S.I. Piemonte mediante procedura di trattativa privata ai sensi dell'art. 9, comma 4, D.lgs. n. 358/1992. Riteneva il Tribunale l'infondatezza della censura relativa al mancato rilievo, da parte del C.S.I., dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, non essendo l'appaltante tenuta a tale verifica al di fuori di casi espressamente previsti dalla legge, tra cui non rientra quello delle gare espletate col metodo della trattativa privata. Sarebbe comunque mancata la stessa possibilità di applicazione del principio, mancando un importo a base di gara.

Quanto alla carenza dei requisiti richiesti dal capitolato per i prodotti offerti dalla ***, la ricorrente, secondo il TAR, non aveva fornito alcuna prova e si trattava in ogni caso di una valutazione insindacabile, afferente alla discrezionalità tecnica, salva la manifesta irrazionalità che, nella specie, non era dedotta e non risultava sussistere.

Appella ***, riproponendo espressamente le censure svolte in primo grado e censurando la sentenza con riguardo a tutte e tre le proposizioni che ne sorreggono la motivazione:

a) innanzitutto si sostiene che la procedura di verifica dell'anomalia prevista dall'art. 19, comma 4, D.lgs. n. 358/92 ha portata generale e si applica a ogni tipo di procedura di aggiudicazione di appalto di fornitura, a prescindere dal fatto che si tratti di gara ufficiosa o non;

b) poi, comunque, essendo la trattativa privata di cui all'art. 9 D.lgs. cit. volta a garantire stabilità e serietà della domanda pubblica, non colliderebbe con l'istituto della verifica delle offerte anormalmente basse, tanto più se la fornitura deve essere aggiudicata con criterio del prezzo più basso. In tal senso depongono anche gli artt. 9 e 24 Cap. spec., che stabiliscono l'aggiudicazione al prezzo più basso ai sensi dell'art. 19 comma 1, lettera a), Dlgs. cit. e rinviano al D.lgs. stesso per tutto quanto non contemplato nel Cap. spec., dato questo apoditticamente trascurato dalla sentenza impugnata;

c) si contesta l'irrelevanza della mancanza di un importo base ai fini dell'applicabilità della procedura di verifica. Le tre offerte della vincitrice risultano anomale anche nel caso in cui, per ipotesi, si volesse identificare l'importo a base d'asta in misura pari al doppio dell'importo di aggiudicazione di ciascun lotto, ovvero in misura pari all'offerta più elevata proposta per ciascun lotto.

Infine, si ribadisce che il carattere anomalo delle offerte deriva dal mancato rispetto delle caratteristiche tecniche prescritte sull'allegato 1 al Cap. spec., da intendersi, ai sensi dell'art. 2,

comma 5, del Cap. stesso, “quali requisiti minimi che l’offerta del fornitore deve soddisfare per essere considerata accettabile”.

Si sottolinea che il C.S.I. non ha ottemperato all’ordine, impartito con decreto “inaudita altera parte” dal TAR di Brescia, di produrre l’offerta tecnica presentata da C.D.I. Point. Ciò ha precluso, insieme al diniego opposto dal Consorzio alla richiesta di accesso agli atti di gara, ogni accertamento circa la difformità dei prodotti offerti dall’aggiudicataria; sul punto il TAR ha errato nel non considerare che la mancanza di prova al riguardo è dipesa da fatto e colpa esclusiva della stazione appaltante.

Si è costituito il CSI che ha sostenuto l’integrale infondatezza dell’appello di cui ha chiesto il rigetto.

Questa Sezione, all’udienza del 24 giugno 2005, con sentenza interlocutoria n. 5229/2005, ha disposto incumbenti istruttori, acquisiti i quali, la causa è tornata in decisione alla prefissata udienza del 14 marzo 2006.

DIRITTO

L’appello è infondato.

1. Va anzitutto precisato che la procedura di verifica della c.d. “anomalia” dell’offerta prevista dall’art. 19, commi 2, 3 e 4, del D.lgs. 24 luglio 1992, n. 358, in tema di appalti pubblici di forniture, non si applica al caso di aggiudicazione della fornitura mediante il sistema della trattativa privata, quale previsto dall’art. 9, commi 1, lett. d) e 4, dello stesso D.lgs.

1.1. Ciò non tanto perché, come ritenuto dalla sentenza impugnata, la trattativa privata costituirebbe un’ipotesi al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, e, inoltre, perché mancherebbe, nel caso, un importo a base di gara sul quale calcolare la misura percentuale dei ribassi.

In realtà, il suddetto art. 19 del D.lgs. n. 358/1992 non delimita i casi di applicazione della verifica di anomalia facendo riferimento al tipo di procedura (pubblico incanto, licitazione privata, appalto-concorso e la stessa trattativa privata); l’art. 19 stesso specifica, piuttosto, un meccanismo complementare all’applicazione dei criteri di aggiudicazione di cui si occupa al primo comma, criteri che, come appunto nel caso in esame, sono utilizzabili anche nella trattativa privata.

La stessa mancanza, nelle previsioni disciplinanti la gara, di un importo base a cui riferire la misura del ribasso, poi, sarebbe in astratto ovviabile, come ha dedotto l’appellante, utilizzando un criterio equivalente, altrettanto obiettivo e sintomatico, quale la media aritmetica delle offerte effettivamente presentate; rispetto a tale dato, significativo dell’andamento probabile dei prezzi normali di mercato, sarebbe, sempre in astratto, operabile il rilievo di uno scostamento in ribasso superiore al quinto.

1.2. Tuttavia, ciò che impedisce l’applicazione della procedura di verifica in questione è, piuttosto, il dato, di assorbente rilievo, della modalità di svolgimento della gara secondo il metodo della trattativa privata, che implica un “quid” essenziale, è cioè che “l’amministrazione aggiudicatrice consulta le imprese di propria scelta e negozia con una o più di essi i termini del contratto”.

La presenza di una fase preliminare, (come è prassi diffusa e conforme al D.lgs. n. 358/1992 e, in genere, alla normativa di derivazione comunitaria) regolata da un capitolato speciale, con l'invito a presentare offerta per un ristretto numero di imprese, accosta la procedura in questione alla licitazione privata, senza, tuttavia, eliminare lo spazio di negoziazione previsto dalla legge.

In tale ambito, può avere svolgimento una fase di precisazione delle caratteristiche tecniche e dell'attendibilità dei prezzi dei beni oggetto della fornitura condotta nei confronti dell'impresa individuata come migliore offerente in base al criterio di aggiudicazione prescelto, fase che rientri, senza particolari formalità coincidenti con quelle della procedura di verifica dell'anomalia, proprio nello spazio di negoziazione in questione.

Ciò ha, nella sostanza delle previsioni in tema di trattativa privata, una giustificazione connessa alla maggior libertà e informalità della procedura, che consente peraltro di tutelare, in misura equivalente, quelle esigenze di serietà e corretta eseguibilità della prestazione offerta, considerate altrimenti, nelle procedure di gara aperta o ristretta, con la previsione della verifica dell'anomalia.

1.3. In linea teorica, non è escluso che, nell'ambito di tale maggior libertà di forme e di modalità di contrattazione, l'amministrazione aggiudicatrice decida persino di esperire la procedura di verifica in questione, ma a ciò non è tenuta (salvo che si autovincoli espressamente in tal senso), potendo ricorrere a contatti diretti, con l'impresa offerente rientranti appunto nello spazio di negoziazione, che siano comunque utili ad accertare serietà e verosimile eseguibilità dell'offerta considerata, espandendosi dunque, in sede di trattativa privata, il potere di acquisire integrazioni documentali e chiarimenti previsto dall'art. 15 dello stesso D.lgs.

Ciò è quanto è accaduto nel caso di specie ove, come ha altresì chiarito l'espletata istruttoria, l'Amministrazione ha proceduto a un "più minuzioso confronto" tra le offerte della *** e dell'appellante, a seguito della segnalazione di quest'ultima, appurando che, ferma l'impegnatività dell'offerta a costituire l'obbligazione di eseguire comunque una fornitura conforme agli allegati tecnici al capitolato, le precisazioni fornite alla CDC in ordine a modelli e marchi dei beni da fornire, in particolare delle stampanti, assicuravano circa la conformità ai requisiti minimi previsti dal predetto capitolato.

In tale sede di chiarimenti, giustificati nella loro adozione anche dalle esigenze di urgenza della fornitura evidenziate dallo stesso capitolato, rientrando la trattativa privata in questione fra quelle di cui alla lettera d) dell'art. 9, comma 4, del D.lgs. 358/1992, l'Amministrazione ha, da un lato accertato l'esattezza della prestazione offerta rispetto alle esigenze che avevano giustificato la fornitura medesima, dall'altro, verificato la corrispondenza dei prezzi di listino, correlati ai beni meglio identificati, a prezzi di mercato concretamente praticabili.

Ciò è necessariamente implicito nella positiva valutazione data rispetto alla precisazione di modelli e marchi, con relativi prezzi, compiuta dall'impresa poi aggiudicataria (cfr. All. 14, 15, 16 alla relazione istruttoria), per cui non si è posta neppure questione dell'eccessiva bassezza dei prezzi sul contesto così precisato.

1.4. A riprova della sostanziale correttezza della valutazione così compiuta, e della stessa utilizzazione del metodo negoziato, sta la circostanza che la fornitura è risultata poi effettivamente e integralmente eseguita, sui beni esattamente individuati a seguito delle precisazioni richieste dall'Amministrazione, e ai prezzi esattamente indicati in sede di offerta (cfr; fatture relative, All. 1.3. alla relazione istruttoria).

1.5. Da quanto sinora, precisato discende, dunque, che la procedura di verifica dell'anomalia è solo una delle facoltà di cui l'amministrazione aggiudicatrice dispone in sede di procedura mediante trattativa privata, ovviabile da altri equivalenti contatti con la parte nell'ambito della sua sfera di negoziazione che risulta, inoltre, ragionevolmente attuabile in base a esigenze di speditezza correlate al ricorso alla procedura negoziale di cui al citato art. 9, comma 4, lett. d) del D.lgs. n. 358/1992.

2. Con ciò, poi, risulta irrilevante la previsione di cui all'art. 24 del capitolato di gara che, nel rinviare "anche" alle norme del D.lgs. n. 358/1992, non implica affatto un'incorporazione della previsione relativa alla procedura di verifica dell'anomalia fra le disposizioni applicabili, alla gara stessa, essendo tale rinvio operante nei limiti della segnalata "ratio" delle disposizioni relative alla procedura di trattativa privata.

3. Le assorbenti considerazioni che precedono rendono irrilevanti anche le censure relative al mancato accesso agli atti di gara opposto dall'Amministrazione, considerato quanto emerso in sede istruttoria e ferma restando l'inammissibilità di tali censure per mancata espressa impugnazione della comunicazione di diniego del 22 settembre 2003, al fine di introdurre, come incombeva alla ricorrente, la procedura di accesso dell'art. 25, comma 5, seconda parte, della legge 7 agosto 1990, n. 241. (Il decreto presidenziale del TAR di Brescia, infatti risulta emanato in sede cautelare "inaudita altera parte" e non in base a domanda ex art. 25 citato).

4. Va infine ulteriormente respinto l'appello nella parte in cui si ribadisce la carenza dei requisiti tecnici e la difformità dal capitolato dei prodotti oggetto dell'offerta dell'aggiudicataria; ciò, a differenza di quanto ritenuto dal TAR, non in base alla mancata prova da parte dell'originaria ricorrente al di fuori di una completa conoscenza degli atti di gara, ma proprio perché la documentazione prodotta e gli accertamenti eseguiti dall'Amministrazione smentiscono quanto sostenuto dalla ricorrente stessa (cfr; in particolare di All. 10-16, già in parte citati, alla relazione istruttoria).

La ritenuta infondatezza dell'appello e dell'originario ricorso determina la conseguenziale infondatezza della domanda di risarcimento riproposta nella presente sede.

La natura della controversia giustifica la compensazione delle spese del presente grado di appello.

P.Q.M.

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

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

Così deciso in Roma, il 14 marzo 2006 dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez.VI -
DEPOSITATA IN SEGRETERIA - il.....24/06/2006.....

(