

Va sostenuta l'illegittimità di un provvedimento di esclusione da una gara di un' offerta anomala, senza che alla verifica di anomalia stessa si sia pervenuti a seguito del necessario procedimenti in contraddittorio (che si deve sviluppare in tre distinte fasi) 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).

In tema di verifica delle offerte anomale, il Consiglio di Stato con la decisione numero 4842 del 21 agosto 2006, ci segnala che:

<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 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>

in particolare, la prassi da seguire deve essere la seguente:

<l'offerta sospettata di anomalia deve essere oggetto di verifica in contraddittorio e cioè si impone l'instaurazione di un sub – procedimento all'interno del procedimento di scelta del contraente, collocato dopo la fase dell'apertura delle buste e prima dell'aggiudicazione dell'appalto, che si articola in tre fasi:

richiesta delle giustificazioni delle offerte da parte dell'amministrazione aggiudicatrice;

presentazione dei chiarimenti, precisazione e degli eventuali elementi giustificativi dell'offerta da parte della ditta la cui offerta è stata sospettata di anomalia;

verifica e valutazione delle giustificazioni e dei chiarimenti da parte dell'amministrazione aggiudicatrice>

riguardo all'organo deputato a decidere, merita sapere che:

<sebbene debba ritenersi consentito che la commissione aggiudicatrice possa servirsi dell'ufficio tecnico dell'ente per l'istruttoria del procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, il giudizio di anomalia o meno di esse è funzione propria della commissione che, quanto meno deve fare motivatamente proprie le conclusioni che si sino delineate nell'istruttoria.>

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 799 dell'anno 2001 proposto da SOCIETA' *** AZIENDA GENERALE COSTRUZIONI S.r.l., in proprio e quale mandataria della Riunione temporanea d'impresa con la società NUOVI *** S.r.l. e *** CAVE GHIAIA S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Fontana, con il quale è elettivamente domiciliata in Roma, Piazza Mignanelli n. 3;

contro

ENTE NAZIONALE PER LE STRADE, in persona del legale rappresentante in carica, non costituito i giudizio;

nonché

*** – Cooperativa *** S.r.l., costituita con le imprese ***, ***, ***, ***, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini e Pierluigi Piselli, con i quali è elettivamente domiciliata in Roma, via G. Percalli, n. 13;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sez. III, n. 4197 del 23 maggio 2000;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della *** – Cooperativa *** S.r.l., in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea di imprese costituita con le imprese ***, ***, ***, ***,

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

Visti gli atti tutti di causa;

Visto il dispositivo di sentenza n. 252 del 5 aprile 2006;

Relatore alla pubblica udienza del 4 aprile 2006 il consigliere Carlo Saltelli;

Udito l'avv. Lollini su delega dell'avv. Fontana;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Con ricorso giurisdizionale notificato tra il 13 ed il 14 ottobre 1999 la soc. *** – Azienda Generale Costruzioni s.r.l., in proprio e quale mandataria della Riunione temporanea di imprese con le società Nuova *** N.B. e *** Cave Ghiaia S.r.l. chiedeva al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio l'annullamento: a) della lettera di invito dell'Ente Nazionale per le Strade, relativa alla licitazione privata per l'affidamento dell'appalto dei lavori della S.S. n. 9 via Emilia – BO 34/98 – Lavori di costruzione variante abitato di Castelfranco Emilia, nella parte cui stabiliva le modalità per la redazione e la presentazione delle offerte, nonché per la valutazione delle offerte ritenute anomale; b) della relazione degli uffici tecnici ENAS in ordine alla valutazione delle offerte ritenute anomale in sede di gara; c) del provvedimento della Commissione aggiudicatrice dell'appalto in

data 29 luglio 1999, successivamente conosciuto, recante dichiarazione di inammissibilità dell'offerta di essa ricorrente e di aggiudicazione della gara predetta ad altra concorrente; d) di ogni altro atto ai suddetti comunque collegato o connesso, sia antecedente che successivo, in particolare delle ulteriori determinazioni assunte dalla commissione nelle varie sedute.

A sostegno dell'impugnativa venivano articolati quattro motivi di censura.

Con il primo, rubricato "Violazione e falsa applicazione della Dir. CEE n. 93/37, in particolare art. 30; nonché della legge 109/94, in particolare art. 21 e del d. lgs. 406/91, in particolare art. 29 – Eccesso di potere per violazione della Circ. Min. LL.PP. 7 ottobre 1996 n. 4488/UL, in particolare punto 7, nonché per illogicità e/o contraddittorietà e/o sviamento e/o disparità di trattamento e/o difetto di motivazione e/o difetto di istruttoria", la 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 "Eccesso di potere per illogicità e/o contraddittorietà, difetto d'istruttoria, difetto di motivazione, disparità di trattamento e sviamento", la ricorrente contestava decisamente il giudizio di inammissibilità fondato sul fatto che le offerte commerciali di alcune ditte fornitrici di materiale non sarebbero state impugnative e vincolanti per l'efferente, che le stesse offerte avrebbero avuto una validità temporale limitata, non correlata alla durata dei lavori, e che l'analisi D.02, relativa la voce di prezzo per strati fondazioni in misto cementato, sarebbe stata arrotondata per difetto (circostanza smentita dalla documentazione allegata all'offerta, evidentemente non valutata nella sua completezza), sottolineando che anche la questione del presunto arrotondamento costituiva tutt'al più un errore formale, tale da non comportare l'esclusione dalla gara, non essendovi, in tal senso una specifica clausola nella lettera d'invito ed essendo ambigua, e perciò illegittima, se interpretata nel senso inteso dall'amministrazione, quella esistente.

Denunciando, poi "Violazione dei principi generali in materia di svolgimento delle operazioni relative alle gare di appalto – Eccesso di potere per sviamento", la ricorrente sosteneva che del tutto illegittimamente la commissione di gara aveva rimesso la valutazione delle offerte anomale all'ufficio tecnico, senza che ciò fosse previsto dal bando di gara e senza neppure adottare le necessarie cautele per assicurare la integrità dei plichi e delle offerte stesse,

Infine, con il quarto motivo di censura, si lamentava "Violazione della lettera d'invito sotto altro profilo – Eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, errore dei presupposti e disparità di trattamento", in quanto l'appalto in esame era stato aggiudicato alla controinteressati, malgrado quest'ultima non avesse prodotto, così come previsto dalla lettera d'invito, tutte le autorizzazioni, licenze, concessioni o nulla osta statali, regionali o locali per le coltivazioni delle cave".

L'adito tribunale con la sentenza segnata in epigrafe, nella resistenza dell'ANAS e della controinteressati *** – Cooperativa *** S.r.l., in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea costituita con le imprese ***, ***, *** e ***, respingeva il ricorso principale, ritenendo infondati tutti i rilievi formulati (e dichiarava di conseguenza improcedibile il ricorso incidentale della controinteressati").

Con atto notificato l'8 gennaio 2001 la soc. *** – Azienda *** Costruzioni S.r.l., nella già spiegata qualità, ha chiesto 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.

Nel giudizio di appello si è costituita solo la *** – Cooperativa *** s.r.l., nella qualità pure spiegata in atti, deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza dell'avverso appello, del quale hanno chiesto il rigetto, riproponendo il motivo del ricorso incidentale di primo grado, relativo all'illegittima ammissione alla gara in questione della soc. *** – Azienda *** Costruzioni S.r.l., nella qualità in atti, per la omessa produzione della documentazione relativa all'autorizzazione all'estrazione di materiali dalla cava sita nel comune di Formigine, di proprietà della società mandante *** Cave Ghiaia s.r.l.

DIRITTO

I. E' controversa la legittimità del provvedimento con il quale l'ANAS ha escluso la soc. *** – Azienda *** Costruzioni S.r.l., in proprio e quale mandataria della Riunione temporanea di imprese con la società Nuovi *** S.r.l. e *** Ghiaia S.r.l. dalla licitazione privata per l'affidamento dei lavori "S.S. 9 – Via Emilia –BO 34/89 – Lavori di costruzione variante abitato di Castelfranco Emilia" per asserita anomalia della relativa offerta, aggiudicando l'appalto alla società *** – Cooperativa *** S.r.l., in proprio e quale mandataria dell'associazione costituita con le imprese ***, Ediconcol, *** e ***.

La predetta società *** – Azienda *** Costruzioni S.r.l., nella ricordata qualità, ha chiesto la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. 4197, sez. III, del 23 maggio 2000, che aveva ritenuto infondato il ricorso avverso la sua esclusione dalla gara e l'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata, dichiarando altresì improcedibile il ricorso incidentale di quest'ultima, 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.

Ha resistito all'appello la sola controinteressata che, oltre a chiedere il rigetto dell'appello, ha riproposto la censura sollevata con il ricorso incidentale e non esaminata (stante l'infondatezza del ricorso principale).

II. La Sezione rileva che deve essere esaminata preliminarmente la questione sollevata dall'appellata con il ricorso incidentale circa l'illegittimità dell'ammissione alla gara della società appellante per la mancata completa produzione della documentazione richiesta con la lettera d'invito, in quanto il suo eventuale accoglimento farebbe venir meno ogni interesse alla decisione dell'appello principale.

II.1. Con il ricorso incidentale, come già accennato, la ***, Cooperativa *** S.r.l., in proprio e nella qualità in atti, aveva lamentato l'illegittimità del provvedimento di ammissione alla gara della Soc. *** – Azienda Costruzioni *** S.r.l., deducendo in particolare la "violazione e falsa applicazione della lettera d'invito – Eccesso di potere per difetto di istruttoria, errore nei presupposti, illogicità – Violazione dell'art. 3 L. n. 241/90 per difetto di motivazione": ciò in quanto, nell'ampia documentazione prodotta (con particolare riferimento ai materiali) non vi era alcuna autorizzazione all'escavazione, presupposto indispensabile per procedere legittimamente all'estrazione di materiale richiesta dall'amministrazione appaltante, a tanto non potendo supplire la documentazione concernente la proprietà da parte della società *** Ghiaia Cave S.r.l., mandante, di un fondo rientrante nel Piano di attuazione del Polo estrattivo (tanto più che, secondo la legge

regionale dell'Emilia Romagna 18 luglio 1991, n. 17, erano necessari ai fini del rilascio della ricordata autorizzazione l'approvazione da parte del Comune della convenzione per l'attuazione del piano particolareggiato di estrazione e la stipula della convenzione stessa).

La mancanza di tale autorizzazione, secondo la ricorrente incidentale, non consentiva di verificare la disponibilità quantitativa e temporale della cava e rendeva contrastante con la richiesta contenuta nella lettera d'invito l'offerta della società *** – Azienda Costruzioni *** s.r.l., nella parte in cui aveva escluso dai costi gli oneri derivanti dal conferimento del materiale di discarica.

La censura, ancorché suggestiva e elegantemente prospettata, non può essere accolta.

II.2. Dalla attenta lettura delle disposizioni contenute nella lettera di invito si ricava che la produzione di “autorizzazioni, licenze, concessioni o nulla osta statali, regionali o locali per la coltivazione delle cave...” attiene sostanzialmente alla giustificazione dei relativi costi, essendo inseriti tali documenti nel paragrafo attinente ai “costi elementari dei materiali”: si tratta, cioè, di elemento che attengono alle “analisi dei prezzi” e che si riflettono sulla giustificazione dell'eventuale anomalia dell'offerta, ma che nulla hanno a che vedere con la fase di ammissione della ditta alla gara.

Di tanto, peraltro, la stessa ricorrente incidentale è pienamente consapevole, laddove correttamente evidenzia che la mancata produzione dell'autorizzazione a svolgere attività estrattiva non consente di valutare la capacità della stessa (anche sotto il profilo temporale) e dunque non consente di appurare la idoneità dell'offerta economica presentata, nella parte in cui non indica alcun costo per gli oneri comuni al conferimento dei materiali di cava.

L'omessa produzione della documentazione indicata dalla parte appellata non comporta alcuna illegittimità dell'ammissione alla gara della società appellante, spiegando invece i suoi effetti sulla valutazione dell'anomalia dell'offerta; né può essere interpretata come causa di esclusione dalla gara la mancata allegazione dei documenti giustificativi dell'anomalia dell'offerta, non essendovi una specifica e puntuale previsione in tal senso (che del resto sarebbe del tutto irragionevole con le stesse finalità del procedimento di verifica dell'anomalia).

III. 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 dei necessari procedimenti 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).

III.1. La Sezione rileva, invero, che proprio sulla necessità del c.d. “contraddittorio successivo” – che ha dato luogo a differenti orientamenti giurisprudenziali – si è 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 sostanzialmente 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).

In particolare è stato ulteriormente chiarito che l'art. 30.4 della direttiva 93/37 CEE del 14 giugno 1993 impone, a pena di illegittimità, che l'offerta sospettata di anomalia sia oggetto di verifica in contraddittorio e cioè impone l'instaurazione di un sub – procedimento all'interno del procedimento di scelta del contraente, collocato dopo la fase dell'apertura delle buste e prima dell'aggiudicazione dell'appalto, che si articola in tre fasi: richiesta delle giustificazioni delle offerte da parte dell'amministrazione aggiudicatrice; presentazione dei chiarimenti, precisazione e degli eventuali elementi giustificativi dell'offerta da parte della ditta la cui offerta è stata sospettata di anomalia; verifica e valutazione delle giustificazioni e dei chiarimenti da parte dell'amministrazione aggiudicatrice (C.d.S., sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5013).

III.2. 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, non potendo tuttavia non evidenziarsi che, sebbene debba ritenersi consentito che la commissione aggiudicatrice possa servirsi dell'ufficio tecnico dell'ente per l'istruttoria del procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, il giudizio di anomalia o meno di esse è funzione propria della commissione che, quanto meno deve fare motivatamente proprie le conclusioni che si sino delineate nell'istruttoria.

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 società *** – Azienda *** Costruzioni S.r.l., nella spiegata qualità.

III.3. Per completezza, la Sezione deve tuttavia precisare che l'accoglimento dell'appello, negli assorbenti limiti sopra individuati, pur comportando l'annullamento del giudizio di asserita anomalia dell'offerta della società *** – Azienda *** Costruzioni S.r.l. e, conseguentemente, dell'aggiudicazione della gara in questione alla ***, Cooperativa *** S.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 (tenendo conto altresì di quanto statuito in relazione alla questione oggetto del ricorso incidentale) 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).

IV. 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 dalla società *** – Azienda *** Costruzioni S.r.l., in proprio e quale mandataria della Riunione temporanea di imprese con la Società Nuovi *** S.r.l. e *** Cave Ghiaia s.r.l., avverso la sentenza n. 4197 del 23 maggio 2000 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 società *** – Azienda *** Costruzioni S.r.l., in proprio e quale mandataria della Riunione temporanea di imprese con la società Nuovi *** S.r.l. r *** Cave Ghiaia S.r.l. e annulla il provvedimento di esclusione dalla gara per l'affidamento dei lavori dei lavori "S.S.. 9 – via Emilia B0 34/98 – Lavori di costruzione variante abitato di Castelfranco Emilia", 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 4 aprile 2006,
DEPOSITATA IN SEGRETERIA - 21 agosto 2006