

Il procedimento di verifica dell'anomalia nell'accordo quadro: principi generali e il sindacato del giudice amministrativo.

di Libera Valla

Data di pubblicazione: 15-9-2017

1. Nel contenzioso sugli appalti, l'esame del ricorso principale (a fronte della proposizione di un ricorso incidentale "escludente") è dovuto, a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l'accoglimento dello stesso produce, come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale (1).
2. Nel procedimento di valutazione dell'anomalia il principio del contraddittorio, in relazione all'idoneità e sufficienza del supporto motivazionale del giudizio di incongruità, non può essere enfatizzato fino al punto da risolversi in un vincolo assoluto di piena corrispondenza tra giustificazioni richieste e ragioni di anomalia (2).
3. La verifica dell'anomalia dell'offerta è espressione di un potere discrezionale sindacabile dal giudice amministrativo solo in ipotesi di macroscopiche illegittimità, restando comunque preclusa un'autonoma valutazione della congruità delle singole voci, sostitutiva dell'attività valutativa spettante all'Amministrazione procedente (3).
4. Nel caso di un accordo-quadro basato su di un'offerta ad unico ribasso non è corretto sia tecnicamente che giuridicamente valutare la congruità dell'offerta con criteri cristallizzati per l'appalto "classico" poiché nell'accordo quadro non vi è alcuna certezza *ex ante* in ordine alla quantità di prodotti e lavori che nel tempo dovranno essere acquisiti.

(1) Conforme Cons. Stato Sez. III, 26/08/2016, n. 3708, Cons. Stato Sez. VI, 15/05/2017, n. 2275

(2) Conforme T.A.R. Puglia Bari Sez. I, 28/01/2016, n. 94, T.A.R. Sicilia Catania Sez. III, 08/01/2015, n. 12.

(3) Conforme Cons. Stato Sez. V, 30/03/2017, n. 1465 T.A.R. Campania Napoli Sez. III, 27/07/2017, n. 3990 ex multis, Cons. Stato, VI, 14 agosto 2015, n. 3935; Id., V, 22 dicembre 2014, n. 6231.

Guida alla lettura

La sentenza ha per oggetto un accordo – quadro per l'affidamento di [lavori](#) di manutenzione della pavimentazione e della relativa segnaletica orizzontale di alcuni tronchi della rete stradale

della regione Puglia.

Con il ricorso introduttivo la ricorrente ha impugnato (prima dell'entrata in vigore del comma 2bis dell'art.120 c.p.a.) sia la propria esclusione dalla gara a seguito del giudizio di anomalia dell'offerta, sia l'affidamento dell'appalto alla seconda classificata; la controinteressata a sua volta ha spiegato ricorso incidentale escludente nei confronti della ricorrente per mancanza dei requisiti di partecipazione.

La sentenza da una parte affronta il problema relativo al rapporto tra ricorso principale e incidentale, dall'altra analizza il procedimento di anomalia con particolare riferimento all'accordo – quadro.

1. In ordine al lungo e tormentato dibattito sviluppatasi in merito all'ordine di esame del ricorso principale e di quello incidentale nelle controversie relative all'aggiudicazione di appalti pubblici, la decisione conferma l'interpretazione data dalla giurisprudenza interna alla sentenza della Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 5 aprile 2016, C-689/13 (Puligienica).

Pur adeguandosi alla regola secondo cui, anche in seguito all'accoglimento di quello incidentale, il ricorso principale deve essere sempre scrutinato, quale che sia il numero delle imprese che hanno partecipato alla procedura, il giudice italiano ha infatti ritenuto che la sentenza della CGUE non si spinga sino al punto di prescrivere l'esame del ricorso principale anche nelle situazioni in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ritrarrebbe alcun vantaggio, neanche strumentale all'eventuale riedizione della procedura.

A parere del giudice amministrativo, infatti, il predetto interesse strumentale è configurabile non solo quando le imprese rimaste in gara sono solo due, ma anche nelle ipotesi in cui il vizio dedotto a carico di un'offerta sia comune anche ad altre offerte, ancorché presentate da imprese rimaste estranee al giudizio sempre che dal suo accertamento possa ragionevolmente derivare l'esclusione anche di queste ultime, in via di autotutela, con la conseguente rinnovazione della procedura.

Del resto ove le regole di accesso al processo non richiedessero nemmeno l'esistenza di un interesse processuale a ricorrere, il carattere soggettivo della giurisdizione risulterebbe del tutto trasfigurato.

Applicando la regola appena sintetizzata alla fattispecie controversa, il TAR ha pertanto dichiarato improcedibile il ricorso principale a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale della controinteressata.

Nel caso che ci occupa, l'accoglimento del ricorso incidentale non lascia residuare in capo al ricorrente principale neppure un interesse strumentale a coltivare le censure escludenti sollevate nei confronti dell'aggiudicataria, non potendosi giovare della *chance* costituita dall'eventuale ripetizione della procedura: infatti l'eventuale accoglimento incrociato di entrambi i ricorsi, principale ed incidentale, avrebbe unicamente condotto allo scorrimento della graduatoria in favore dell'impresa terza classificata.

E però, la soluzione così faticosamente trovata è destinata a perdere di interesse, almeno parzialmente, a seguito dell'entrata in vigore del comma 2 bis dell'art.120 del c.p.a. che ha previsto impugnazione immediata oltre che delle esclusioni, anche delle ammissioni, specificando che *“L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale”*..

I ricorsi incidentali escludenti relegati ai giudizi relativi alla fase di esclusione ed ammissione sembrano, pertanto destinati a perdere gran parte del loro interesse.

2. Il secondo campo di indagine della sentenza è quello relativo al procedimento di valutazione dell'anomalia.

2.a. In primo luogo il giudice pugliese conferma l'orientamento giurisprudenziale in virtù del quale nel subprocedimento di valutazione dell'anomalia le esigenze di trasparenza e tutela del concorrente vengono assicurate attraverso l'impianto motivazionale non essendo necessario un contraddittorio che si risolva in un vincolo assoluto di piena corrispondenza tra giustificazioni e ragioni di anomalia; la sentenza ribadisce che nelle gare pubbliche l'obbligo dell'amministrazione di assicurare il contraddittorio nel sub procedimento di verifica dell'anomalia non implica la confutazione puntuale di tutte le osservazioni svolte dagli interessati, essendo sufficiente che il provvedimento amministrativo sia corredato da una motivazione che renda nella sostanza comunque percepibile la ragione del mancato accoglimento delle deduzioni difensive del privato. **(T.A.R. Puglia Bari Sez. I, 28/01/2016, n. 94).**

2.b. Sotto altro profilo, la sentenza, nel confermare che la valutazione dell'offerta in sede di anomalia ha natura globale e sintetica ne sottolinea il carattere fortemente discrezionale che relega la sindacabilità del giudice amministrativo solo in ipotesi di “macroscopiche illegittimità”, restando preclusa un'autonoma valutazione sostitutiva dell'attività riservata all'amministrazione procedente.

Il giudizio della stazione appaltante non ha infatti per oggetto la ricerca di ipotetiche inesattezze parziali dell'offerta economica, ma è finalizzato ad accertare se quest'ultima, nel complesso, sia attendibile e, dunque, se dia serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto: ciò che conta è che l'offerta, nel suo complesso, appaia effettivamente seria.

2.c. La sentenza si sofferma poi sulle censure “di carattere sostanziale”.

Particolarmente interessante è sotto tale aspetto la premessa volta a distinguere l'appalto di lavori “classico” dall'accordo - quadro.

A tal proposito il Giudice opportunamente precisa che *“solo per l'appalto di lavori classico è possibile operare delle “compensazioni” sul risultato ottenuto moltiplicando il prezzo per la quantità dei singoli materiali, in ragione della presenza a monte sia del progetto, sia del relativo computo metrico che permette di definire ab origine le quantità di ogni singolo materiale e della manodopera necessaria. Diversamente, nell'ipotesi dell'accordo-quadro, non v'è alcuna certezza ex ante in ordine alla quantità di prodotti e lavori che nel tempo dovranno essere*

acquisiti; motivo per cui i coefficienti usati dall' ANAS, esposti nel disciplinare, intendevano verosimilmente dare rilievo alla probabilità che le voci caratterizzate da un più alto coefficiente fossero le voci che quantitativamente sarebbero state maggiormente utilizzate nei progetti esecutivi che dovranno precedere i singoli affidamenti”.

Il sindacato del giudice amministrativo sul procedimento di valutazione di congruità e affidabilità dell'offerta condotto dalla stazione appaltante tiene pertanto conto di tale peculiarità dell'accordo quadro, basata su di un giudizio meramente prognostico in merito alle quantità dei materiali da utilizzare, alla manodopera necessaria e alla maggiore produttività di alcune attrezzature nell'apprezzare la condotta tenuta nel caso di specie dalla stazione appaltante.

Il sindacato dovrebbe essere però riservato esclusivamente a macroscopiche illegittimità.

Eppure non ci si può esimere dal constatare che nella sentenza in esame, nonostante la espressa dichiarazione di intenti, il sindacato del Giudice finisce per toccare aspetti che lambiscono il merito amministrativo.

Nel caso di specie è infatti evidente che i “motivi di carattere sostanziale” articolati dal ricorrente non lamentano “macroscopiche illegittimità”: il Giudice avrebbe pertanto potuto liquidarli in maniera sintetica facendo riferimento a tale pacifico principio, invece la sentenza li analizza singolarmente per giustificare la decisione.

A seguito dell'introduzione del comma 2bis all'art. 120 del codice amministrativo volto ad eliminare i ricorsi incidentali escludenti nella successiva fase dell'impugnativa dell'aggiudicazione e quindi ad impedire di rimettere in gioco l'esito della gara - già raggiunto- attraverso la ricerca di vizi relativi ai titoli di partecipazione dell'aggiudicatario, sembra che Giudice Amministrativo, sia più attento ai caratteri sostanziali dell'offerta.

La conseguenza è una nuova definizione dei confini del giudizio di legittimità nel senso di ridurre l'ambito di operatività della “macroscopica e manifesta illegittimità” e un nuovo ruolo del Giudice amministrativo finalizzato, in linea con l'intenzione del legislatore, a cogliere le ragioni sostanziali che hanno determinato l'esito della gara.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1023 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Mediterranea Strade s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Valeria Pellegrino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maurizio Di Cagno in Bari, via Nicolai, n. 43;

contro

Anas s.p.a. - Direzione Generale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato e presso la stessa domiciliata in Bari, via Melo, 97;

nei confronti di

Paving Technology s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Vito Aurelio Pappalepore e Alessandra Ciocia, con domicilio eletto presso il loro studio in Bari, alla via Pizzoli, n. 8;

per l'annullamento

- dell'esclusione dalla procedura aperta finalizzata alla stipula di un accordo quadro ex art. 59, comma 4, del d.lgs. 163/06, per l'esecuzione dei lavori di manutenzione delle pavimentazioni e della relativa segnaletica orizzontale sulla rete stradale di ANAS SPA - Regione Puglia- (BA 06/15), disposta nella seduta di gara del 30.6.16 e comunicata alla ricorrente con nota prot. n. CDG0074983-P del 4.7.16;

- di tutti i verbali di gara;

- di tutti gli atti del subprocedimento di verifica dell'anomalia relativi sia all'offerta del ricorrente che all'offerta dell'aggiudicataria;

- dell'aggiudicazione provvisoria in favore di Paving Technology s.r.l. e della successiva aggiudicazione definitiva disposta con provvedimento del Presidente di ANAS n. 142 del 15.7.16 comunicato alla ricorrente con nota prot. n. CDG-0081823-P del 20.7.16;

- ove occorra e nei limiti dell'interesse della ricorrente degli atti inditivi della gara;

e per la condanna

dell'Amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica mediante subentro nell'aggiudicazione, previa ove occorra la riedizione del subprocedimento di verifica dell'anomalia, e nel contratto ove nelle more stipulato e previa declaratoria della sua inefficacia; in subordine, per equivalente;

e sui motivi aggiunti depositati in data 14 febbraio 2017

per l'annullamento:

- della relazione datata 23.12.16, depositata in giudizio dalla difesa di ANAS in data 5.1.17, con la quale il Presidente della Commissione di gara ottemperava all'ordinanza di codesto on. TAR n. 446/16, confermando l'esclusione di Mediterranea Strade s.r.l. dall'accordo-quadro per l'esecuzione dei lavori di manutenzione delle pavimentazioni e della relativa segnaletica orizzontale sulla rete stradale di ANAS S.p.A. – Regione Puglia (gara BA 06/15);

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi compresi tutti gli atti già impugnati con il ricorso introduttivo;

e per la condanna

dell'Amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica mediante subentro nell'aggiudicazione, previa ove occorra la riedizione del subprocedimento di verifica dell'anomalia, e nel contratto, ove nelle more stipulato e previa declaratoria della sua inefficacia; in subordine, per equivalente;

e sui motivi aggiunti depositati in data 28 marzo 2017,

per l'annullamento;

- della nota 20.02.2017 prot. n.CDG-0087543-P con cui il Direttore Appalti e acquisti di ANAS ha trasmesso la relazione 23.12.16, con cui la Commissione ha ottemperato all'ordinanza di questo TAR n. 446/16, già depositata in giudizio dall'Avvocatura dello Stato in data 5.1.17 e confermato l'esclusione di Meditarrenea Strade dalla gara "alla luce delle motivazioni esposte nell'apposita relazione";

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale ivi compresi tutti gli atti già impugnati con il ricorso introduttivo ed i precedenti motivi aggiunti (precedente esclusione, verbali di gara, atti del sub-procedimento di verifica dell'anomalia, aggiudicazione provvisoria e definitiva della gara in favore di Paving, relazione 23.12.16 e, ove occorra e nei limiti dell'interesse della ricorrente, atti inditivi);

e per la condanna

dell'Amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica mediante subentro nell'aggiudicazione, previa ove occorra la riedizione del subprocedimento di verifica dell'anomalia, e nel contratto, ove nelle more stipulato e previa declaratoria della sua inefficacia; in subordine, per equivalente;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas s.p.a. - Direzione Generale e della Paving Technology s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, del codice del processo amministrativo;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 maggio 2017 la dott.ssa Giacinta Serlenga e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con il gravame in epigrafe la società Mediterranea strade s.r.l. ha impugnato gli atti relativi alla procedura bandita dall'A.N.A.S. s.p.a. -ai sensi degli artt. 53 comma 2, lett. a), 54 e 55 del d. lgs. 163/2006- per un importo complessivo a base di gara pari ad €. 21.000.000,00, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, per l'affidamento dei lavori di manutenzione delle pavimentazioni e della relativa segnaletica orizzontale di alcuni tronchi stradali sulla rete stradale di ANAS s.p.a. - Regione Puglia.

Più precisamente, con il ricorso introduttivo ha impugnato la propria originaria esclusione e l'aggiudicazione in favore della controinteressata Paving technology s.r.l., classificatasi seconda in graduatoria (cfr. i primi 4 motivi); nonché –in subordine- gli atti di indizione della procedura per asserita indeterminatezza dell'oggetto del contratto (motivo V). Con i motivi aggiunti, rispettivamente prodotti in giudizio il 14 febbraio e il 28 marzo 2017, ha poi gravato le determinazioni di conferma dell'esclusione adottate all'esito del riesame disposto da questa Sezione in sede cautelare, giusta ordinanza n. 446/2017, ribadendo le censure avverso la predetta aggiudicazione e –sempre in subordine- avverso gli atti di indizione della gara.

Si sono costituite in giudizio sia l'Amministrazione resistente che la controinteressata Paving Technology s.r.l., con atti prodotti in data 15 settembre 2016, opponendosi all'accoglimento del gravame. In particolare la controinteressata ne ha eccepito la tardività e inammissibilità e ha, altresì, proposto ricorso incidentale con contestuale istanza cautelare, giusta atto notificato il 21 settembre 2016 e depositato in pari data.

Con ordinanza n. 446 del 20 settembre 2017, questa Sezione –come su accennato- ha accolto la richiesta cautelare della ricorrente principale, disponendo il riesame delle determinazioni assunte dalla Commissione di gara all'esito del sub-procedimento di verifica della congruità dell'offerta della ricorrente stessa; con successiva ordinanza n. 1178 del 4 ottobre 2016, ha invece respinto la richiesta cautelare della ricorrente incidentale, sostanzialmente per insussistenza del *periculum in mora*.

Il giudice di appello ha confermato entrambe le ordinanze (cfr. Sez. V, 13.12.2016, n. 5534).

All'udienza del 16 maggio 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

2.- Preliminarmente, va stabilito l'ordine di esame delle censure; sia nel rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, alla luce dei noti principi elaborati dall'Adunanza plenaria n. 9/2014 e dalla Corte di giustizia europea (sentenza cd. *Fastweb*, 4 luglio 2013, C-100/12 e sentenza cd. *Puligienica*, 5 aprile 2016, C-689/13), di recente ribaditi dal giudice di appello (cfr. C.d.S., Sez. III, 7 luglio 2016, n. 3708); sia nell'ambito delle censure proposte dalla ricorrente principale, tenuto conto che –alla stregua di orientamento ormai consolidato- l'interesse a censurare l'aggiudicazione presuppone che il concorrente non sia stato definitivamente escluso dalla gara (cfr. da ultimo Tar Lazio, Roma, Sez. I *bis*, 15.5.2017 n. 5775).

2.1.- Sotto il primo profilo, devono richiamarsi –nei limiti dell'interesse- le statuizioni dell'Adunanza plenaria 25 febbraio 2015, n. 9, a mente delle quali, in parziale adesione alla pronuncia della Corte di Giustizia del 4 luglio 2013, causa C-100/12, *Fastweb*, il ricorso incidentale non va esaminato prima del ricorso principale allorché non presenti carattere escludente; ossia quando non si ricollegli alla contestazione delle valutazioni ed operazioni di gara concernenti la fase della verifica della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale (cfr. in termini, Sez. V 21.6.2016 n. 2720).

Dopo la più recente pronuncia della Corte di Giustizia, 5 aprile 2016 causa C-689/13, *Puligienica-PFE*, con la successiva decisione 26 agosto 2016, n. 3708, la terza Sezione del Consiglio di Stato ha compendiato i principi affermati dalla giurisprudenza europea e nazionale.

Applicando tali principi, compreso quello di economia processuale, alla fattispecie che ci occupa, l'esame deve partire dalle censure proposte dalla ricorrente principale.

Ed invero, diversamente da quanto sostenuto dalla controinteressata, i motivi dedotti con il ricorso incidentale non hanno carattere escludente, in quanto non attinenti alla fase di ammissione alla gara o alla regolare partecipazione del candidato ricorrente principale. Né –come confermato in giudizio dalla stessa controinteressata- siamo nell'ipotesi derogatoria di soli due soli concorrenti rimasti in gara.

2.2.- Più in dettaglio, l'esame deve partire -nella fattispecie- dalle censure articolate avverso l'esclusione dalla gara *de qua*, avendo la Mediterranea strade s.p.a. impugnato -come chiarito sub 1- anche l'aggiudicazione in favore della controinteressata e –in subordine- gli atti di indizione della gara stessa.

3.- Si prescinde dalle eccezioni preliminari dirette a far valere profili di tardività ed inammissibilità del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti, poiché il ricorso introduttivo è in parte improcedibile e in parte infondato; e così i motivi aggiunti.

3.1- L'improcedibilità del ricorso introduttivo appare evidente nella parte in cui è diretto a censurare l'originaria esclusione, indubbiamente superata dalle successive determinazioni

confermative dell'esclusione stessa, impugnate con i motivi aggiunti.

La difesa dell'Anas ha, invero, prodotto in giudizio una relazione della Commissione di gara convalidata dal RUP il 20 febbraio 2017 che, in forza dei criteri indicati dall'ordinanza cautelare n. 446 di questa Sezione, ha riformulato il giudizio sull'offerta anomala della ricorrente, confermandone il giudizio di inaffidabilità e la conseguente esclusione.

Il sopravvenuto giudizio di anomalia supera le censure formulate con il ricorso introduttivo, rendendo improcedibili i primi tre motivi del ricorso introduttivo, sollevati avverso l'originario provvedimento di esclusione del 30 giugno 2016.

Improcedibili si rivelano altresì le censure dirette a far valere l'illegittimità dell'aggiudicazione (motivo 4) in dipendenza della parziale improcedibilità e dell'infondatezza dei motivi aggiunti proposti contro gli atti di conferma dell'esclusione, di cui ci si accinge a trattare al punto 3.2 e seguenti.

È appena il caso di ribadire che, alla stregua dei -già richiamati- pacifici principi giurisprudenziali, non ha interesse all'annullamento dell'aggiudicazione il concorrente definitivamente escluso dalla gara.

3.2.- Anche il primo motivo dell'atto di motivi aggiunti prodotto il 14 febbraio 2017 è, peraltro, improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

I vizi denunciati *sub* 1.1. e 1.2 devono, invero, ritenersi superati alla luce della documentazione successivamente depositata dalla resistente stazione appaltante.

Parte ricorrente lamentava innanzitutto (*sub* 1.1) che il provvedimento di riesame dell'offerta non fosse stato adottato dall'organo collegiale, come dimostrato dalla circostanza che la relazione depositata dall'Anas, in data 5 gennaio 2017, recasse la firma del solo Presidente della Commissione di gara; in secondo luogo -*sub* 1.2- sollevava un ulteriore profilo di incompetenza in relazione alla mancanza -in capo al Presidente stesso- delle necessarie competenze tecniche ai fini della verifica dell'offerta.

Sta di fatto però che, in data 25 febbraio 2017, è stata depositata la stessa relazione sottoscritta da tutta la Commissione e vistata dal RUP; relazione che risulta formalmente comunicata alla ricorrente con nota 20 febbraio 2017 n. 87543.

Le censure sono, dunque, superate.

3.3.- Con i motivi aggiunti *sub* 2.1, 2.2 e 2.3 dello stesso atto e il corrispondente motivo articolato *sub* 1 dell'atto prodotto il 28 marzo successivo, la ricorrente censura invece le modalità con cui la Commissione di gara avrebbe effettuato il riesame dell'offerta della ricorrente ai fini della verifica di anomalia, in esecuzione della suddetta ordinanza di questa Sezione n. 446/2017.

Lamenta, più precisamente, che la Commissione stessa

- a) non avrebbe rinnovato il contraddittorio con l'impresa;
- b) avrebbe riconsiderato voci ritenute congrue in prima battuta;
- c) non avrebbe operato una valutazione complessiva dell'offerta.

I motivi sono, tuttavia, infondati.

3.3.1.- Sotto il primo profilo deve osservarsi che il principio del contraddittorio, in relazione all'idoneità e sufficienza del supporto motivazionale del giudizio di incongruità di un'offerta anomala, non può essere enfatizzato fino al punto da risolversi in un vincolo assoluto di piena corrispondenza tra giustificazioni richieste e ragioni di anomalia.

Se, per un verso, è indiscutibile che il subprocedimento di verifica, oltre a garantire la serietà dell'offerta, sia anche funzionale ad assicurare al concorrente la possibilità di illustrarne la sostenibilità economica in vista della salvaguardia di un proprio interesse sostanziale; per altro verso, le esigenze partecipative non possono condizionare l'esito del giudizio al punto da far assumere al contraddittorio procedimentale e ad ogni possibile momento di confronto o di chiarimento una funzione anticipatoria e vincolante del giudizio finale, tramite un meccanismo non più procedimentale, ma di tipo predecisorio (cfr. Tar Campania, Napoli, Sez. I 15/3/2017 n. 1500).

Secondo principi elaborati da ormai costante giurisprudenza, le esigenze di trasparenza e di tutela del concorrente vengono assicurate attraverso specifiche connotazioni dell'impianto motivazionale posto a fondamento del giudizio conclusivo espresso sull'offerta anomala, ritenuto sufficiente mediante rinvio *per relationem* alle giustificazioni offerte in ipotesi di esito favorevole, maggiormente stringente e puntale nel caso opposto.

Il Collegio rileva che, nel caso di specie, il subprocedimento di verifica di anomalia non ha aggirato il confronto tra stazione appaltante e società ricorrente, avendo già la Commissione di gara a disposizione gli elementi giustificativi per tutti le voci di prezzo, acquisiti nel procedimento originario di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Peraltro, la ricorrente non ha provato –neanche in giudizio- l'utilità che avrebbe avuto sul piano sostanziale la sua partecipazione.

Ne discende che, nella fattispecie, non si rileva la lamentata violazione dei principi del contraddittorio.

3.3.2.- Peraltro –e veniamo all'esame degli ulteriori profili di censura su riportati *sub b e c*- il procedimento si è concluso con un giudizio che, sebbene non favorevole alla società ricorrente, si rivela assistito da un apparato motivazionale sufficiente a giustificare le ragioni della ritenuta incongruità.

Deve rammentarsi che oggetto della verifica di anomalia -e quindi fulcro della motivazione del giudizio che al riguardo si esprime- è l'offerta nella sua globalità, sebbene attraverso l'esame

analitico di sue componenti. Il relativo giudizio ha, dunque, natura globale e sintetica circa la serietà o meno dell'offerta nel suo insieme, essendo irrilevanti le pur sempre possibili isolate e singole voci di scostamento; non ha, infatti, per oggetto la ricerca di ipotetiche inesattezze parziali dell'offerta economica ma è finalizzato ad accertare se quest'ultima -nel complesso- sia attendibile e, dunque, se dia serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto (cfr. C.d.S., Sez. V, 30.3.2017 n. 1465).

Essendo peraltro espressione di un potere discrezionale, è sindacabile da parte del giudice amministrativo solo in ipotesi di macroscopiche illegittimità, restando comunque preclusa un'autonoma valutazione della congruità delle singole voci, sostitutiva dell'attività valutativa spettante all'Amministrazione procedente (cfr. C.d.S., Sez. V, 27 marzo 2017, n. 1370).

Nella fattispecie, la Commissione di gara ha riconsiderato la valutazione di anomalia dell'offerta nella sua globalità, sia pure attraverso una scomposizione dell'offerta nei singoli elementi, talora pervenendo ad una revisione dei giudizi di congruità originari in relazione a singole voci.

Ciò non poteva ritenersi interdetto in linea di principio, considerato il generale potere di correzione della propria azione nel corso del procedimento e di autotutela dei provvedimenti emanati di cui l'Amministrazione dispone; né, in ogni caso, poteva a priori essere escluso in concreto, in considerazione dell'espressa richiesta di approfondimento proveniente da questa stessa Sezione in sede di *remand*.

L'attenzione deve, dunque, concentrarsi sui rilievi di carattere sostanziale che parte ricorrente muove alla nuova valutazione di anomalia.

3.4.- Con i motivi aggiunti proposti sub 2, 3 e 5 la ricorrente ha invero inteso contestare il giudizio di non congruità dell'offerta sulla base delle valutazioni riportate nella relazione del 23 dicembre 2016 della Commissione di gara sotto tre distinti profili: a) produttività, incidenze e manodopera; b) composizione dei materiali; c) quadro autorizzativo degli impianti di produzione di conglomerati bituminosi.

Anche tali motivi –questa volta a carattere sostanziale- non possono, tuttavia, trovare accoglimento.

3.4.1.- Va premesso che le censure articolate avverso le nuove valutazioni muovono tutte da un errato presupposto: che nel caso di un accordo quadro basato su un'offerta ad un unico ribasso sia giuridicamente e tecnicamente corretto valutare la congruità dell'offerta con i criteri utilizzati per l'appalto di lavori "classico".

In realtà –e questo vale per tutte le censure di cui si tratta- solo per l'appalto di lavori classico è possibile operare delle "compensazioni" sul risultato ottenuto moltiplicando il prezzo per la quantità dei singoli materiali, in ragione della presenza a monte sia del progetto, sia del relativo computo metrico che permette di definire *ab origine* le quantità di ogni singolo materiale e della manodopera necessaria. Diversamente, nell'ipotesi dell'accordo-quadro, non v'è alcuna certezza *ex ante* in ordine alla quantità di prodotti e lavori che nel tempo dovranno essere

acquisiti; motivo per cui i coefficienti usati dall' ANAS, esposti nel disciplinare, intendevano verosimilmente dare rilievo alla probabilità che le voci caratterizzate da un più alto coefficiente fossero le voci che quantitativamente sarebbero state maggiormente utilizzate nei progetti esecutivi che dovranno precedere i singoli affidamenti.

Ed è, dunque, in tale ottica che vanno valutate le giustificazioni sui prezzi delle singole voci proposte dalla società ricorrente, basate su di un giudizio meramente prognostico in merito alle quantità dei materiali che sarebbero state effettivamente utilizzate, sulla manodopera necessaria e sulla maggiore produttività di talune attrezzature; tenuto conto cioè che queste evenienze non sono conosciute, né conoscibili.

Non essendo dato verificare in sede di gara per l'affidamento dell'accordo-quadro il rapporto sotto il profilo stime/utile, come se si trattasse dell'affidamento di un appalto di lavori già definito in tutti i suoi elementi, appaiono evidenti sia le ragioni per cui la Stazione Appaltante abbia individuato nella *lex specialis* gli indicatori da utilizzare per l'analisi dell'anomalia preordinati a pesare, in funzione dell'importanza, le diverse voci di prezzo (la cui congruità definisce l'attendibilità dell'offerta nel suo complesso); sia le ragioni per cui le criticità emerse in ordine alla modifica della produttività, dei materiali e all'omessa documentazione inerente le autorizzazioni degli impianti di produzione, analizzando gli atti forniti dalla ricorrente principale, abbiano inciso negativamente sul giudizio di congruità e affidabilità dell'offerta in sede di riesame.

Fermo restando –e questo va ribadito- che si tratta di valutazioni tecnico-discrezionali sindacabili in sede giurisdizionale solo per macroscopiche illegittimità e che, in particolare, non è consentito al giudice ripetere le operazioni ai fini della verifica dell'anomalia dell'offerta, pervenendo a nuove autonome valutazioni sostitutive di quelle della Commissione (cfr. il precedente punto 3.3.2).

3.4.2.-Si osserva poi, in particolare, in ordine alla modifica della produttività vietata dal paragrafo F.3, alla voce "Quantità (Produttività e/o incidenze)" del disciplinare di gara, che la Commissione ha rianalizzato tutte le singole voci che formano l'analisi di ogni singolo prezzo, valutandone la sostenibilità e la corretta relazione tra le variare capacità di produzione dei mezzi, degli impianti e della manodopera necessaria per la realizzazione dei lavori; e, come indicato nella citata Relazione della Commissione, in numerose schede di analisi proposte dalla ricorrente principale sono stati rilevati incrementi della produttività al di fuori dei vincoli imposti dal disciplinare e innanzi riportati.

La proposta di una diversa macchina riciclatrice e della conseguente modifica della produttività e della manodopera, è apparsa suscettibile di compromettere l'equilibrio tra mezzi e manodopera che garantisce la corretta fattibilità della lavorazione nel suo complesso, come previsto nella voce D.01.004.

3.4.3.- Anche la possibilità di modificare i materiali, supportata dalla ricorrente con una serie di argomentazioni, non è apparsa condivisibile.

Si deve ribadire che l'appalto per accordo-quadro non prevede offerte tecniche da parte dei

concorrenti, ma unicamente l'offerta di un ribasso medio che, nell'appalto in esame, veniva chiesto di applicare a tutte le voci di elenco prezzi a base di appalto. Ove si fosse consentita qualsivoglia modifica alla composizione dei materiali necessari alla realizzazione dei lavori oggetto di appalto, si sarebbe alterata la *par condicio* tra i concorrenti, con impossibilità di confrontare offerte omogenee e impossibilità di applicare, in sede di contratto attuativo, il ribasso unico offerto a lavorazioni differenti rispetto a quanto previsto nell'elenco prezzi posto a base di gara.

La Commissione di gara, in prima fase, aveva assegnato un valore positivo a quelle voci che, pur avendo variato i materiali compositi, presentavano un ribasso (inferiore al ribasso medio) tale da poter essere, in linea teorica, compensato in fase esecutiva dal ribasso complessivo offerto (dovendo comunque l'appaltatore conformarsi alle prescrizioni del capitolato speciale di appalto-norme tecniche). In sede di *remand*, però, dovendo procedere ad una valutazione dell'offerta nel suo complesso, secondo le indicazioni fornite da questa stessa Sezione (che –in sede cautelare- ha insistito sul principio dell'omnicomprensività dell'offerta e sulla necessità di un giudizio "sintetico"), ha dovuto riconsiderare la difformità dei materiali rispetto alle prescrizioni dei documenti a base di gara; ciò che ha portato ad una riconsiderazione delle voci che presentavano una variazione dei materiali, con conseguente valutazione negativa.

Viceversa, per quelle voci per le quali non erano state apportate ingiustificate modifiche alla composizione dei materiali o alla manodopera, è stato assegnato il previsto coefficiente di 4.6.

3.4.4. Quanto, infine, alla documentazione presentata dalla ricorrente principale con riferimento agli impianti proposti per la produzione di conglomerati bituminosi, essa appare in effetti carente.

Già in fase di verifica dell'anomalia, la ricorrente principale non aveva presentato la documentazione sufficiente a chiarire il quadro autorizzativo degli impianti di produzione di conglomerati bituminosi; non vi è riuscita neanche nell'ambito del presente giudizio, non avendo fornito ulteriori argomentazioni idonee a confutare la correttezza delle valutazioni della Commissione in merito alla predetta documentazione.

Infatti parte ricorrente afferma che, con riferimento alla sola ditta GORIMA, sarebbero ancora in corso le volture delle autorizzazioni, sostenendo però che l'area coperta dalla Gorima sarebbe sovrapponibile a quella di Pavimond e di Messapica, consentendo in tal modo il rispetto del capitolato con riferimento alle distanze massime dei siti di lavoro dagli impianti di produzione. Tuttavia la stessa ricorrente, anche per gli altri impianti, non ha fornito documentazione utile a comprovarne l'effettiva disponibilità, come si evince dalla relazione della Commissione redatta a seguito del riesame disposto dal TAR.

I motivi esaminati vanno dunque respinti.

3.4.5.- In estrema sintesi, ad una verifica *ex post* delle operazioni valutative approdate alla riconferma dell'incongruità dell'offerta della ricorrente principale, non si rinvengono errori di valutazione evidenti e gravi né valutazioni abnormi o affette da errori di fatto.

3.5.- Con i motivi aggiunti sub 4, la ricorrente lamenta infine l'applicazione dei nuovi criteri di verifica, disposti dalla Commissione di gara a seguito della più volte richiamata ordinanza cautelare n. 446, ad essa e non alla aggiudicataria Paving Technology, per la quale la verifica sarebbe rimasta ancorata al criterio matematico.

Anche questo motivo non può trovare accoglimento.

Il riesame è stato disposto nei confronti dell'offerta della Meditteranea Strade s.r.l. ai fini di un'eventuale revisione del giudizio di anomalia; laddove la congruità dell'offerta della Paving technology non è oggetto del presente giudizio.

4.- Dalla improcedibilità e infondatezza del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti non può che discendere l'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse del ricorso incidentale.

L'interesse all'accoglimento del ricorso incidentale dipende infatti dall'accoglimento delle censure contenute nel gravame principale (e relativi motivi aggiunti); in particolare di quelle articolate avverso l'aggiudicazione disposta in favore della ricorrente incidentale stessa.

5.- Ciò stante, non resta che esaminare le censure formulate –in via subordinata- nel ricorso introduttivo del giudizio avverso gli atti di indizione della procedura; censure riproposte nei primi motivi aggiunti.

La ricorrente afferma che il bando e il disciplinare di gara sarebbero carenti dell'indicazione dell'oggetto dell'accordo - quadro e di un livello minimo di progettazione.

L'assunto si rivela, tuttavia, infondato poiché l'art. 1.1.2 dello schema di accordo-quadro fissava, ai sensi dell'art. 59 del Codice degli appalti, le condizioni e le prescrizioni in base alle quali affidare i successivi appalti per gli specifici interventi di manutenzione delle pavimentazioni e della relativa segnaletica orizzontale, che si sarebbero resi necessari sulle strade di ANAS s.p.a. nella Regione Puglia (quali gli interventi di manutenzione delle pavimentazioni, le opere, le prestazioni, le forniture ed i servizi accessori).

La documentazione di gara conteneva, dunque, tutte le informazioni necessarie per la corretta formulazione dell'offerta; e, in ogni caso, in ipotesi di indeterminatezza dell'oggetto, l'impugnazione avverso gli atti di indizioni della gara risulterebbe proposta intempestivamente.

Nelle gare pubbliche, infatti, è necessario procedere all'impugnativa immediata degli atti di indizione quando si lamenta che le clausole impediscano, indistintamente a tutti i concorrenti, una corretta e consapevole elaborazione della propria proposta economica; e l'evenienza ricorre anche ogniqualvolta si sia in presenza di gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (cfr. C.d.S., Sez. III, 23.1.2015, n. 293).

In tali casi, infatti, la lesione si configura in via immediata incidendo sulla corretta partecipazione alla gara, in violazione dei cardini procedurali della concorrenza e della *par condicio* tra i concorrenti.

6.- Le statuizioni che precedono comportano altresì la reiezione della domanda risarcitoria proposta dalla ricorrente principale, non essendo provata l'illegittimità della condotta tenuta dalla Commissione e dalla stazione appaltante; non si rinviene, cioè, uno degli elementi imprescindibili nell'ottica della verifica delle coordinate della responsabilità aquiliana.

7.- Stante, tuttavia, la complessità delle questioni trattate, trova giustificazione la compensazione integrale delle spese di giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

- 1) dichiara in parte improcedibile e in parte respinge il ricorso introduttivo;
- 2) dichiara in parte improcedibili e in parte respinge i primi e i secondi motivi aggiunti;
- 3) dichiara improcedibile il ricorso incidentale;
- 4) compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 16 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppina Adamo, Presidente

Giacinta Serlenga, Consigliere, Estensore

Flavia Riso, Referendario