

Esclusione automatica delle offerte anomale e rito super accelerato ex art. 120, c. 2 bis e 6 bis, d.lgs. n. 104/2010

di Roberto Damonte

Data di pubblicazione: 23-12-2016

Il rito accelerato di cui all'art. 120, c. 2 bis e 6 bis, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, si applica esclusivamente alle impugnative proposte avverso i provvedimenti di esclusione dalle gare pubbliche disposte all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali e non può pertanto trovare applicazione nei ricorsi avverso l'esclusione per anomalia dell'offerta. (1)

Il provvedimento di esclusione per anomalia dell'offerta ben può essere oggetto di impugnazione trattandosi di provvedimento immediatamente lesivo e definitivo rispetto alla situazione giuridica soggettiva facente capo all'impresa.

Alla stregua della normativa vigente, e conformemente all'indirizzo della Corte di Giustizia, la regola generale è che le offerte sospettate di anomalia siano sottoposte ad un giudizio che investa la loro attendibilità e serietà; l'esclusione automatica di un'offerta anomala può essere disposta unicamente a condizione che ciò sia previsto in modo inequivoco nel bando trattandosi di meccanismo che limita il confronto concorrenziale e incide potenzialmente sulla par condicio delle imprese partecipanti. (2)

(1) conformi: Consiglio di Stato, III, 25 novembre 2016, 4994 e 27 ottobre 2016, n. 4528.

(2) conformi: Consiglio di Stato, III, 22 settembre 2016, n. 3923; TAR Sicilia, Catania, I, 8 luglio 2016, n. 1872.

Guida alla lettura

La sentenza in commento ha ad oggetto l'**esclusione per anomalia dell'offerta** di un concorrente dalla procedura negoziata per lavori di manutenzione straordinaria su edifici di proprietà comunale, disposta dalla stazione appaltante senza procedere ad una verifica sulla sospetta incongruità dell'offerta.

L'adito Giudice ha accolto il ricorso, alla stregua del principio generale, espresso ora dall'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 e applicativo di un consolidato indirizzo della Corte di Giustizia, per cui le offerte anormalmente basse devono essere assoggettate ad un giudizio che investa la loro attendibilità e serietà, ossia – precisa il TAR Liguria – che accerti la reale possibilità

dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte.

L'esclusione automatica di un'offerta anomala è invece ipotesi del tutto eccezionale, ammissibile esclusivamente a condizione che la *lex specialis* lo preveda espressamente.

Tale possibilità, che introduce un meccanismo limitativo del confronto concorrenziale e potenzialmente incidente sulla *par condicio* delle imprese partecipanti, va intesa in termini rigorosi e restrittivi.

La pronuncia è anche l'occasione per delimitare i **confini applicativi del rito accelerato** introdotto nell'art. 120, nuovi commi 2 bis e 6 bis, c.p.a. (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) dall'art. 204, comma 1, lett. b) e d), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per i giudizi aventi ad oggetto l'impugnazione dell'esclusione dei concorrenti.

Tale disposizione prevede, come noto, che il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, va impugnato nel termine di trenta giorni dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante e che l'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale.

Il rito, a sua volta, è connotato dalla specialità dei termini a difesa e dalla celere definizione in una camera di consiglio (o udienza pubblica, se richiesta dalle parti) da tenersi entro il brevissimo termine di trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente.

Proprio a tutela delle esigenze acceleratorie è altresì previsto che la camera di consiglio o l'udienza possano essere rinviate soltanto in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale e che non possa essere disposta la cancellazione della causa dal ruolo.

Il Tribunale Amministrativo afferma nella pronuncia in commento che tali specialissime disposizioni processuali **operano esclusivamente per i ricorsi proposti avverso le esclusioni** dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa disposte all'esito della valutazione dei **requisiti di partecipazione**. Nelle cause aventi ad oggetto gli **altri motivi di esclusione** – quale può essere appunto l'esclusione per anomalia dell'offerta – invece, deve trovare **applicazione il (pur speciale) rito degli appalti**.

Il rito di cui all'art. 120, c. 2 bis, del d.lgs. n. 104/2010, "per la [sua] stessa natura speciale" non può quindi essere esteso oltre i casi previsti.

Si precisa, inoltre, che sono in ogni caso impugnabili i provvedimenti di esclusione diversi da quelli di cui all'art. 120, c. 2 bis, trattandosi di provvedimenti comunque immediatamente lesivi e definitivi rispetto alla sfera giuridica dell'impresa esclusa.

Il chiarimento non è di poco conto: l'esclusione di un concorrente, anche diversa da quella

disposta per difetto dei requisiti partecipativi, **non va ritenuta atto endoprocedimentale** e ad essa non trova pertanto applicazione la preclusione processuale di cui all'art. 120, c. 2 bis, d.lgs. n. 104/2016, come modificato dall'art. 204, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 50 del 2016, che dichiara inammissibili le impugnazioni della proposta di aggiudicazione e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 930 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Impresa Edile Dolcecasa del Geom. C. Verderame Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Corrado Mauceri C.F. MCRCRD51D25D969Y, con domicilio eletto presso il suo studio in Genova, via Palestro 2/3;

contro

A.R.T.E. - Azienda Regionale Territoriale Per L'Edilizia della Provincia di Genova, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Gerolamo Taccogna C.F. TCCGLM70L02D969Q, Luigi Cocchi C.F. CCCLGU46T19D969E, con domicilio eletto presso Gerolamo Taccogna in Genova, via Macaggi 21/8;

S.U.A.R. - Stazione Unica Appaltante Regione Liguria, Regione Liguria non costituiti in giudizio;

nei confronti di

Tecnoedile Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Daniela Anselmi C.F. NSLDNL61C49D969R, Alessio Anselmi C.F. NSLLSS83A06D969Q, Andrea Macchiavello C.F. MCCNDR88B15D969Y, con domicilio eletto presso Daniela Anselmi in Genova, via Corsica 19/10;

per l'annullamento

provvedimento di esclusione da gara per aggiudicazione in appalto della procedura negoziata per i lavori di manutenzione straordinaria sui progetti degli edifici di proprietà del comune di Genova siti in via elio vittorini civv. dal 17 al 27 e via cesare pavese civv. dal 14 al 24 - cup: b34b15000220004, cig: 6813441561

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.R.T.E. - Azienda Regionale Territoriale Per L'Edilizia della Provincia di Genova e di Tecnoedile Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2016 il dott. Davide Ponte e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

- rilevato che, come concordemente concluso anche dalla parti sul punto, sussistono i presupposti per la definizione della controversia con una c.d. sentenza breve, a fronte dell'unicità della questione di diritto controversa;

- atteso che, in via preliminare, per un verso non si applica l'eccezionale rito previsto ex art. 120 comma 2 bis cod proc amm avverso le cause di esclusione per mancanza di requisiti, non potendo per la stessa natura speciale del medesimo processo estendersi oltre i casi ivi previsti;

- rilevato che, per un altro verso non è conforme ai principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 113 Cost. l'opzione ermeneutica a mente della quale sia da ritenersi non impugnabile un provvedimento di esclusione diverso da quelli di cui al predetto art. 120 comma 2 bis cit., trattandosi di provvedimento immediatamente lesivo e definitivo rispetto alla situazione giuridica soggettiva facente capo all'impresa esclusa;

- ritenuto che, nel merito, il ricorso sia prima facie fondato in relazione alla dedotta violazione della norma di cui all'art. 97 comma 8 d.lgs. 502016;

- atteso che, infatti, sia in termini letterali sia di conformità ai principi di origine sovranazionale in ordine alla necessità di garantire il confronto procedimentale ed il connesso contraddittorio sulla effettiva consistenza dell'anomalia, va ribadito il principio già espresso, anche da questo Tribunale (cfr. ad es. sent n. 14312014);

- considerato che la regola generale introdotta dal legislatore, allo scopo di uniformarsi al chiaro indirizzo da tempo enunciato dalla Corte di giustizia, impone alle stazioni appaltanti di assoggettare le offerte sospettate di anomalia – individuate ora attraverso il meccanismo di cui al nuovo art. 97 cit - ad un giudizio che investa la loro attendibilità e serietà, ossia che accerti

la reale possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte;

- rilevato che, pur se il comma 8, allo scopo di evitare che la verifica di anomalia possa riguardare un numero di offerte così elevato da eccedere la capacità di intervento dell'amministrazione, consente alle stazioni appaltanti di introdurre nella lex specialis il meccanismo dell'esclusione automatica, tuttavia, trattandosi di meccanismo che limita il confronto concorrenziale e incide potenzialmente sulla par condicio delle imprese partecipanti, la stazione appaltante può intraprendere la procedura di esclusione automatica, unicamente a condizione che lo faccia risultare dal bando in modo inequivoco, ossia con riferimento palese a tale disposizione;

- atteso che tale opzione interpretativa si impone, analogamente a quanto sopra già evidenziato in sede preliminare e processuale, in quanto le eccezionali deroghe alle regole ed ai principi vanno intesi in termini rigorosi e restrittivi;

- considerato che nel caso specie è pacifico come la lettera di invito non prevedesse in alcun modo espresso l'esclusione automatica;

- atteso che, a fronte di tali elementi, non è accoglibile la tesi proposta dalla stazione appaltante in quanto in definitiva comportante l'effetto – contrario ai principi predetti oltre che alla lettera della norma – per cui ogni volta che si procede al sorteggio ex comma 2 (e quindi in ogni ipotesi di scelta del criterio del prezzo più basso) non potrebbe che – specie in alcune ipotesi del medesimo comma 2 – procedersi all'esclusione automatica;

- rilevato che, diversamente, il fine delle due disposizioni (comma 2 e comma 8) è all'evidenza distinto, come confermato dal dato letterale che non lega le due ipotesi, con ciò imponendosi l'espressa predeterminazione della possibile esclusione automatica;

- atteso che, incidentalmente, va evidenziato come in ogni caso l'esclusione automatica non potrebbe ex sé escludere la sindacabilità della relativa esclusione, dovendo la disciplina in questione essere sempre intesa alla luce dei medesimi principi costituzionali predetti;

- rilevato che la conseguenza delle considerazioni sin qui svolte è la necessità – in assenza della espressa previsione nella legge di gara - dello svolgimento della verifica di anomalia negli ordinari termini di contraddittorio con l'impresa interessata;

- ritenuto che, pertanto, il ricorso in esame vada accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati;

- considerato che le spese di lite, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto

annulla gli atti impugnati.

Condanna le parti resistenti in solido al pagamento delle spese di lite in favore di parte ricorrente, liquidate in complessivi euro 2.000,00 (duemila0), oltre accessori dovuti per legge.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Paolo Peruggia, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore