

Il termine per la presentazione delle giustificazioni in sede di verifica di anomalia non è perentorio.

di Elisabetta Pistis

Data di pubblicazione: 24-8-2017

1. L'art. 97 del d.lvo 50/06 non qualifica il termine per la presentazione delle giustificazioni in sede di verifica dell'anomalia quale termine perentorio, né indica la sua violazione quale causa di esclusione dalla gara. La tardiva produzione delle giustificazioni richieste dalla Commissione in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta non può essere dunque autonoma causa di esclusione dalla gara (1).

2. In sede di verifica di anomalia il concorrente può essere escluso solo in ragione di una valutazione negativa circa la congruità e sostenibilità dell'offerta presentata (2).

3. Laddove il concorrente non rispetti il termine per la produzione delle giustificazioni in sede di verifica di anomalia e la Commissione di gara, nel frattempo, già si sia riunita, è legittima l'esclusione dalla gara del medesimo concorrente a condizione che essa sia basata su una valutazione sostanziale dell'offerta in base a quanto già in atti. La Commissione di gara quindi è tenuta a prendere in esame le giustificazioni presentate dal concorrente oltre il termine fissato per la presentazione purché esse pervengano in tempo per la riunione fissata per la verifica di anomalia (3).

(1) Conformi: Tar Lazio, Roma, sezione III *quater*, 9 maggio 2017, n. 5979; T.A.R. Piemonte Torino Sez. II, Sent., 6 maggio 2016, n. 625; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 5 ottobre 2016, n. 10205; Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2014, n. 2982; Cons. Stato, Sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6231; **Difformi:** TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 7 marzo 2014, n. 683; TAR Lazio, Sez. III ter, 20 marzo 2008, n. 2502; ANAC, Parere n. 54 del 11 marzo 2010;

(2) Conformi: Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2014, n. 2982; Cons. Stato, sez. VI, 10 novembre 2015, n. 5102; Cons. Stato, sez. III, 11 febbraio 2015, n. 726.

(3) Conformi: TAR Lazio, Roma, Sez. I, 5 ottobre 2016, n. 10205; Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2014, n. 2982; Cons. Stato, Sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6231; T.A.R. Puglia Bari Sez. I, Sent., 6 agosto 2015, n. 1213; T.A.R. Catania, Sez. III, 20 maggio 2014, n. 1389; **Difformi:** TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 7 marzo 2014, n. 683.

Guida alla lettura

Nella fattispecie esaminata dal TAR Sardegna la Commissione giudicatrice ha escluso il concorrente primo in graduatoria per aver quest'ultimo presentato le giustificazioni in sede di

verifica dell'anomalia dell'offerta oltre il termine fissato dalla medesima Commissione ai sensi dell'art. 97 del d.lvo 50/06. L'esclusione dalla gara è stata disposta unicamente per questa ragione, a prescindere quindi da qualsivoglia valutazione circa il merito e la congruità dell'offerta presentata.

Il TAR ha riconosciuto l'illegittimità del provvedimento di esclusione impugnato per due ragioni. Da un lato, perché l'art. 97 del d.lvo 50/06 non qualifica il termine per la presentazione delle giustificazioni in sede di verifica dell'anomalia quale termine perentorio, né indica la sua violazione quale causa di esclusione dalla gara. La tardiva produzione delle giustificazioni richieste dalla Commissione in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta non può essere dunque autonoma causa di esclusione dalla gara. Diversamente ne risulterebbe violato sia il principio di tassatività delle cause di esclusione (art. 83 del d.lvo 50/16), sia il principio del tutto pacifico di tipicità delle ipotesi di perentorietà dei termini. Dall'altro lato, il TAR ha sottolineato che la finalità della verifica di anomalia è di valutare nel concreto, anche attraverso il contraddittorio con l'impresa interessata, l'effettiva sostenibilità dell'offerta presentata. Non sarebbe coerente e conforme a tale finalità un provvedimento di esclusione motivato unicamente in ragione della mancata tempestiva produzione delle giustificazioni richieste. La prospettazione del TAR tiene in adeguato conto anche il principio di efficienza dell'azione amministrativa in base al quale l'affidamento di appalti pubblici deve garantire la qualità delle prestazioni e nel contempo svolgersi secondo i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza (art. 30, comma 1, d.lvo 50/16). Il TAR della Sardegna infatti precisa che laddove il concorrente non rispetti il termine per il deposito delle giustificazioni e nel frattempo la Commissione si sia già riunita è legittima l'esclusione dalla gara del medesimo concorrente a condizione che essa sia basata su una valutazione sostanziale dell'offerta in base a quanto già in atti. L'onere di prendere in esame le giustificazioni presentate tardivamente dal concorrente incontra quindi un limite che è rappresentato dall'esigenza di garantire in ogni caso che le operazioni di gara si svolgano in maniera spedita. Pertanto, nel caso in cui le giustificazioni pervengano successivamente alla riunione della Commissione per la verifica di anomalia, la stazione appaltante non avrà alcun onere di procedere ad una nuova convocazione, fermo restando che la Commissione di gara avrà comunque l'onere di valutare la congruità dell'offerta sulla base della documentazione già in suo possesso.

La sentenza del TAR in commento è in linea con l'orientamento dominante della giurisprudenza amministrativa ed è del tutto condivisibile in quanto individua un punto di equilibrio ragionevole tra l'esigenza di garantire l'efficacia dell'azione amministrativa attraverso la speditezza dei procedimenti di gara e l'esigenza di garantire un effettivo e sostanziale contraddittorio con l'operatore al fine di selezionare l'offerta migliore, sia da un punto di vista qualitativo che quantitativo. Non si può però nel contempo non evidenziare che il comportamento tenuto dal concorrente che non rispetta un termine assegnatogli dalla Commissione di gara, senza peraltro nemmeno tempestivamente giustificare le ragioni al fine di ottenerne una proroga, non può essere considerato né serio né diligente. Non è però tale, come ha implicitamente rilevato il TAR, da minare la sua affidabilità proprio perché le giustificazioni pur in ritardo sono comunque pervenute in tempo utile alla Commissione. Diverso potrebbe essere il caso, non esaminato in via principale dal TAR, in cui il concorrente senza addurre alcuna motivazione e senza nemmeno tentare di chiedere alla Commissione una proroga del termine assegnato per la presentazione delle giustificazioni, non trasmetta

affatto le informazioni richieste a sostegno della congruità dell'offerta. In un caso di questo genere la Commissione di gara a causa di un comportamento obiettivamente colposo del concorrente non è posta nelle condizioni di fugare i dubbi manifestati circa l'effettiva sostenibilità dell'offerta e in ragione dei quali aveva richiesto le giustificazioni. Si potrebbe quindi astrattamente configurare la fattispecie delineata dall'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lvo 50/16, come inteso dalle linee guida ANAC n. 6/16. Secondo quel che dispone la norma appena citata la stazione appaltante può procedere all'esclusione anche qualora dimostri con mezzi adeguati che l'operatore si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità e affidabilità, tra i quali rientra anche l'aver omesso informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione. L'ANAC ha chiarito che si configura tale fattispecie esclusiva allorché il concorrente ponga in essere comportamenti idonei a determinare il venir meno della sua integrità, intesa come moralità professionale, o della sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento. Tali comportamenti devono essere posti in essere dal concorrente con dolo o colpa grave e devono essere volti ad ingenerare, nell'amministrazione, un convincimento erroneo su una circostanza rilevante ai fini della partecipazione o dell'attribuzione del punteggio. Secondo l'ANAC rientrano nella fattispecie, a titolo esemplificativo, le omissioni di informazioni in ordine alla carenza, sopravvenuta rispetto al momento in cui è stata presentata la domanda, di requisiti o elementi non specificatamente richiesti dal bando di gara ai fini della partecipazione, ma indicati dall'offerente per conseguire un punteggio ulteriore o per fornire le spiegazioni richieste dalla stazione appaltante nel caso in cui l'offerta appaia anormalmente bassa. Dall'esame delle linee guida ANAC si evince chiaramente che l'omissione di informazioni può essere causa di esclusione solo qualora esse siano strumentali alla conferma di elementi dichiarati artatamente al fine di ottenere la commessa. Le giustificazioni potrebbero in astratto avere tali caratteristiche. La finalità sottesa alla produzione delle giustificazioni dell'anomalia dell'offerta è infatti quella di consentire all'eventuale aggiudicatario di fornire chiarimenti sulle ragioni che consentono all'impresa di operare alle condizioni particolarmente favorevoli per l'amministrazione dichiarate nell'offerta, garantendo nel contempo la corretta e puntuale esecuzione dell'appalto. In quest'ottica la produzione delle giustificazioni rappresenta un passaggio essenziale nel contesto della procedura di aggiudicazione e successiva stipula del contratto. Di converso, la loro mancata allegazione senza giustificato motivo potrebbe rappresentare un comportamento contrario ai doveri di collaborazione con la stazione appaltante che ha fatto affidamento su un'offerta apparentemente vantaggiosa che il concorrente però si è rifiutato di giustificare e quindi in un certo senso di confermare. In senso contrario alla lettura dell'art. 80 appena proposta si potrebbe sostenere che l'omissione delle giustificazioni non è una fattispecie idonea a rientrare nell'ambito di applicazione della disposizione in quanto con esse il concorrente è chiamato a fornire informazioni sulla sostenibilità dell'offerta sotto il profilo dei costi e non necessariamente a confermare elementi o informazioni che hanno inciso sull'attribuzione di un dato punteggio. Verrebbe in quest'ottica a mancare la volontà del concorrente, espressa in caso di dolo e implicita in caso di colpa grave, di ingannare la stazione appaltante, attraverso informazioni non veritiere o attraverso l'omissione di informazioni fondamentali per l'attribuzione del punteggio, necessaria affinché si configuri la fattispecie escludente. In questa visione, allora, l'art. 80, comma 5, del d.lvo 50/16, nel momento in cui viene interpretato nel senso di includere nella fattispecie escludente solo una certa tipologia di omissioni rilevanti nelle quali non è dato includere il caso della omessa produzione delle

giustificazioni, rappresenterebbe un'ulteriore conferma della correttezza dell'orientamento sposato dal TAR Sardegna.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 330 del 2017, proposto da:

Marco Mascia, in qualità di mandatario capogruppo dell'R.T.P. composto dai mandanti arch. Alberto Lixi, dott. geol. Antonello Frau e ing. Alessandro Schirru, rappresentato e difeso dall'avvocato Roberto Murgia, con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Tiziano n. 3;

contro

Comune di Cagliari, rappresentato e difeso dall'avvocato Genziana Farci, con domicilio eletto presso l'Ufficio legale dell'Ente, in Cagliari, via Dante n. 11;

nei confronti di

Raggruppamento temporaneo di progettazione tra Artech studio s.r.l. (mandante), ing. Marcello Lai, geol. Simone Manconi e ing. Jonatham Della Marianna (mandanti), rappresentato e difeso dagli avvocati Gianni Marco Di Paolo e Pierluigi Piselli, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Cagliari, corso Vittorio Emanuele II, n. 1;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia:

- del verbale della Commissione giudicatrice n. 6 del 7 aprile 2017, con cui il R.T.P. ricorrente è stato escluso dalla procedura negoziata per l'affidamento dei servizi di ingegneria connessi con la realizzazione di un Ecocentro in Cagliari, via San Paolo, nonché della nota in data 10 aprile 2017, pubblicata il 12 aprile 2017, con la quale è stata comunicata l'esclusione.

Visti il ricorso e i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cagliari e di Artech Studio s.r.l.

Viste le memorie difensive.

Visti tutti gli atti della causa.

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2017 il dott. Antonio Plaisant e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

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

Il Comune di Cagliari aveva indetto una procedura negoziata per l'affidamento dei servizi di ingegneria relativi alla realizzazione di un "EcoCentro" in via S. Paolo a Cagliari, per un importo a base di gara pari a euro 89.465,52, oltre a IVA e oneri previdenziali, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla gara avevano preso parte il R.T.P. Artech Studio s.r.l. e il R.T.P. di cui era mandante l'ing. Marco Mascia (come in epigrafe descritto), che all'esito si era aggiudicato l'appalto con 95,80 punti, a fronte dei 90 punti attribuiti al R.T.P. Artech Studio.

In sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, con nota del 15 febbraio 2017 la stazione appaltante aveva chiesto al primo classificato (odierno ricorrente) di inviare entro il 2 marzo 2017 la documentazione e le giustificazioni a supporto della regolarità della sua offerta, ma il mandatario ing. Mascia aveva poi trasmesso quanto richiesto solo in data 5 aprile 2017, peraltro dopo aver giustificato, con nota del 2 aprile 2017, in relazione a motivi di salute.

Nella prima seduta successiva alla richiesta delle giustificazioni, tenutasi in data 7 aprile 2017, la Commissione ha escluso il R.T.P. del Mascia dalla gara senza aver esaminato le sue giustificazioni e in alcun modo valutato la congruità della sua offerta, ritenendo che il mancato rispetto del termine assegnato per l'invio delle giustificazioni fosse causa di esclusione automatica.

Con ricorso depositato in data 12 maggio 2017 l'ing. Mascia, in qualità di mandatario del R.T.P. escluso dalla gara, ha depositato il ricorso in esame, con cui ha chiesto l'annullamento, previa sospensione, degli atti (verbale di gara e nota di comunicazione) di esclusione dalla procedura di affidamento.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Cagliari e la Artech Studio s.r.l., entrambi opponendosi all'accoglimento del gravame.

Alla camera di consiglio del 9 giugno 2017, fissata per l'esame dell'istanza cautelare, sentite le parti la causa è stata assunta a decisione nel merito ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

Con un'unica censura parte ricorrente deduce la violazione dell'art. 97 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che a suo dire non qualificherebbe come perentorio il termine per presentare le giustificazioni in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta e neppure ricollegherebbe alla

violazione dello stesso l'esclusione del concorrente interessato dalla gara.

La doglianza merita di essere condivisa.

Prima di tutto perché, sul piano testuale, la norma richiamata, in effetti, attribuisce alla stazione appaltante il potere di fissare un termine per presentare le giustificazioni ma non lo definisce perentorio, né indica la sua violazione quale causa di esclusione dalla gara, per cui quest'ultima si pone contrasto con i noti principi generali di tassatività della cause di esclusione dalle gare e di tipicità delle ipotesi di perentorietà dei termini.

Inoltre perché la tesi di parte ricorrente trova conferma nel fatto che il procedimento di verifica di anomalia è improntato alla massima collaborazione tra l'amministrazione appaltante e l'offerente, quale strumento per l'effettiva instaurazione del contraddittorio e per il concreto apprezzamento dell'adeguatezza dell'offerta: in tale contesto di fondo, ciò che prima di tutto conta è il dato sostanziale dell'anomalia o meno dell'offerta, per cui deve escludersi che la mancata -ovvero tardiva- produzione delle giustificazioni possa comportare automatica esclusione del concorrente interessato, essendo la stazione appaltante, comunque, tenuta a valutare "la sostanza dell'offerta" sulla scorta della documentazione in atti (cfr. in questi termini, Consiglio di Stato, Sez. V, 11 giugno 2014, n. 2982; 22 dicembre 2014, n. 6231; T.A.R. Catania, Sez. III, 20 maggio 2014, n. 1389).

Secondo questa condivisibile prospettazione, dunque, il punto di equilibrio tra tutela del contraddittorio da una parte e garanzia di celerità ed efficienza dell'azione amministrativa dall'altra deve individuarsi nei termini seguenti:

la sola tardività o mancata presentazione delle giustificazioni non costituisce, di per sé, motivo per non prenderle in considerazione e, tanto meno, per escludere il concorrente dalla gara;

laddove quest'ultimo non rispetti il termine per il deposito delle giustificazioni e la Commissione di gara, nel frattempo, già si sia riunita, è legittima la decisione assunta da quest'ultima a prescindere dalle giustificazioni, purché sia, comunque, basata su una valutazione sostanziale dell'offerta in base a quanto già in atti;

invece nell'ipotesi in cui le giustificazioni giungano in ritardo ma in tempo per la riunione fissata per la verifica di anomalia, la stazione appaltante è tenuta a tenerne conto, giacché in questo caso la violazione del termine per la loro presentazione non ha inciso sul regolare svolgimento della procedura.

Nel caso ora all'esame del Collegio la Commissione giudicatrice, rilevata la tardività delle giustificazioni, ha disposto in via automatica l'esclusione del concorrente, perciò sulla base di un dato puramente formale -l'intempestiva presentazione delle giustificazioni- e senza alcuna analisi sostanziale sulla congruità o meno dell'offerta interessata; viceversa avrebbe dovuto e potuto valutare quest'ultima nella sostanza e tenendo conto anche delle giustificazioni pervenute, comunque, prima della (già fissata) riunione.

Per quanto premesso il ricorso è fondato e deve essere accolto, con spese di lite

integralmente compensate, sussistendone giusti motivi.

Ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. e) del c.p.a. si precisa che all'esito della presente pronuncia la stazione appaltante dovrà valutare nella sostanza la congruità dell'offerta del ricorrente, anche alla luce delle giustificazioni dallo stesso presentate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe proposto e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato ai sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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