

Esclusione automatica delle offerte anomale

di Umberto Frangipane

Data di pubblicazione: 10-11-2017

1. Non può ritenersi che osti al riconoscimento del carattere immediatamente preclusivo dell'esclusione disposta per anomalia dell'offerta il nuovo comma 2-bis dell'articolo 120 del cod. proc. amm. (secondo cui è immediatamente impugnabile l'esclusione disposta "all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali"). La previsione sopra richiamata tipizza i casi di applicazione del c.d. 'rito superspeciale' (o 'rito anticipato e immediato'), ma non esaurisce affatto il novero degli atti di gara impugnabili, o la nozione stessa di 'lesività' (la cui delimitazione deriva invero dall'applicazione di generali principi di ordine processuale, certamente non derogati dal più volte richiamato articolo 120, comma 2-bis).

2. Le ipotesi di esclusione automatica delle offerte anomale nel sotto-soglia, anche nel nuovo sistema delineato dall'articolo 97, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016 (al pari di quello delineato dall'articolo 122, comma 9 del decreto legislativo n. 163 del 2006), rappresentano un'eccezione al generale principio del confronto procedimentale e al contraddittorio relativo all'adozione di provvedimenti notevolmente incidenti sulla sfera giuridica delle imprese concorrenti; Pertanto, la previsione di siffatte ipotesi di esclusione automatica, per il suo carattere di eccezionalità, deve risultare da previsioni non equivoche della *lex specialis* di gara.

Guida alla lettura

1. La vicenda

L'A.R.T.E. – Azienda Regionale Territoriale per l'Edilizia della provincia di Genova - ha indetto, nel 2016, una gara di appalto, di lavori sotto-soglia, per la manutenzione straordinaria di alcuni edifici nella città di Genova.

A tale gara ha partecipato, tra le altre, risultandone esclusa per anomalia dell'offerta, l'Impresa Edile Dolcecasa s.r.l..

L'esclusione in oggetto è stata impugnata dall'impresa summenzionata sul presupposto che, in assenza di una espressa previsione nella lettera di invito dell'automatica esclusione delle offerte anomale, l'ente appaltante non avrebbe potuto escludere immediatamente l'offerta anomala, ma avrebbe dovuto richiedere chiarimenti secondo la regola generale prevista al comma 5 dell'art. 97 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 ('Codice dei contratti pubblici').

Il gravame così proposto è stato accolto dal T.A.R. della Liguria che, per l'effetto, ha ordinato all'A.R.T.E. di verificare in contraddittorio – e senza automatismi – l'eventuale anomalia dell'offerta.

Avverso tale statuizione ha proposto appello la stazione appaltante lamentando:

- Violazione e falsa e applicazione dell'art. 97 comma 8 del D.lgs. n. 50/2016 e dei principi in materia di contratti pubblici;
- Illogicità e difetto di motivazione della pronuncia e per travisamento dei documenti di causa;
- Violazione e falsa e applicazione della legge processuale.

2. La pronuncia del Consiglio di Stato.

In limine, il supremo consesso della giustizia amministrativa ha respinto il motivo di appello con cui l'A.R.T.E. ha chiesto la riforma della sentenza del TAR Liguria per non avere il primo giudice rilevato l'inammissibilità del ricorso di primo grado; inammissibilità asseritamente derivante dalla non diretta impugnabilità dell'atto di esclusione del concorrente, disposta per ragioni di anomalia dell'offerta, e dalla non diretta impugnabilità della proposta di aggiudicazione.

L'appellante ha sostenuto tale motivo sulla base del nuovo articolo 120, comma 2-bis, del c.p.a. (per come introdotto dall'articolo 204 del decreto legislativo n. 50/2016); secondo la tesi prospettata dall'Amministrazione sarebbe risultata immediatamente impugnabile la sola esclusione disposta *“all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali”*.

Il Consiglio di Stato ha, invece, ritenuto che l'esclusione dalla gara – sia pure per ragioni connesse all'anomalia dell'offerta – rappresenti per l'impresa interessata un atto di carattere finale e definitivamente preclusivo al prosieguo della partecipazione, arrecando nocimento immediato e diretto per le sue posizioni soggettive e radicando, di conseguenza, in capo all'impresa l'interesse a ricorrere in giudizio.

Ha, inoltre, stabilito che l'art. 120, comma 2-bis, del c.p.a. non osta al riconoscimento del carattere immediatamente preclusivo dell'esclusione disposta per anomalia dell'offerta; ciò deriva dal fatto che la disposizione da ultimo richiamata non delimita (a mo' di *numerus clausus*) il novero degli atti della serie di gara che risultano immediatamente impugnabili in quanto direttamente lesivi per i destinatari, ma risponde alla diversa esigenza di individuare un ristretto numero di ipotesi per le quali il Legislatore ha ritenuto di delineare disposizioni processuali ulteriormente acceleratorie rispetto a quelle già proprie del 'rito appalti' di cui al medesimo articolo 120.

Il Consiglio di Stato, dopo aver respinto il motivo di inammissibilità, ha rigettato anche nel

merito l'appello.

I giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto la sentenza di primo grado meritevole di conferma nella parte in cui ha stabilito che *“le ipotesi di esclusione automatica delle offerte anomale nel sotto-soglia rappresentano un’eccezione al generale principio del confronto procedimentale e al contraddittorio relativo all’adozione di provvedimenti notevolmente incidenti sulla sfera giuridica delle imprese concorrenti; la previsione di siffatte ipotesi di esclusione automatica, per il suo carattere di eccezionalità, deve risultare da previsioni non equivoche della lex specialis di gara.”*

La quinta Sezione ha osservato che l’esclusione automatica delle offerte anomale nel caso di affidamenti sotto-soglia (e laddove il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso), pur non essendo vietato dall’ordinamento UE, rappresenta pur sempre un’ipotesi del tutto eccezionale.

Ha, altresì, ricordato come la Corte di giustizia dell’UE abbia dichiarato la contrarietà all’ordinamento comunitario della disposizione nazionale (si trattava dell’articolo 21-*bis* della l. 109 del 1994) che imponeva all’amministrazione, qualora il numero delle offerte valide fosse stato superiore a cinque, di procedere all’esclusione automatica delle offerte considerate anormalmente basse in applicazione di un criterio matematico come quello basato sul c.d. ‘taglio delle ali’; orientamento, quest’ultimo, basato sulle norme fondamentali del Trattato relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, nonché del principio generale di non discriminazione (in tal senso: CGCE, IV, 15 maggio 2008 in cause C-147/06 e C-148/06 – SECAP).

Dunque, alla luce dei principi eurounitari e nazionali sopra citati, il Consiglio di Stato ha ritenuto che, anche nel nuovo sistema delineato dall’articolo 97, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016 (al pari di quello delineato dall’articolo 122, comma 9 del decreto legislativo n. 163 del 2006), la facoltà di contemplare ipotesi di esclusione automatica delle offerte anomale – e a prescindere da qualunque verifica in concreto circa l’effettiva sostenibilità delle offerte stesse – rappresenti una facoltà eccezionale che deve pertanto risultare da inequivoche disposizioni della legge di gara.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1041 del 2017, proposto dalla A.R.T.E. -Azienda Regionale Territoriale per l'Edilizia della Provincia di Genova, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Cocchi, Gerolamo Taccogna e Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare, n. 14;

contro

Impresa Edile Dolcecasa C. Verderame S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Marconi, domiciliato ai sensi dell'articolo 25 del cod. proc. amm. presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

nei confronti di

Suar – Stazione Unica Appaltante Regione Liguria, Regione Liguria, Tecnoedile S.r.l., non costituite in giudizio;

per la riforma della sentenza del T.A.R. della Liguria, Sezione I, n. 1240/2016;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Impresa Edile Dolcecasa C. Verderame S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 ottobre 2017 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Luigi Cocchi e Alberto Marconi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

Con ricorso e successivi motivi aggiunti proposti dinanzi al T.A.R. della Liguria (n. 930/2016) l'Impresa Edile Dolcecasa del Geom. C. Verderame s.r.l., riferiva di aver partecipato alla "Procedura negoziata per i lavori di manutenzione straordinaria sui prospetti degli edifici di proprietà del Comune di Genova siti in Genova" indetta dalla Stazione Unica Appaltante Regione Liguria (S.U.A.R.), sezione Agenzia Regionale Territoriale per l'Edilizia (A.R.T.E.)

della Provincia di Genova, e di esserne stata esclusa in via automatica per aver presentato offerta risultata anomala (i.e.: un'offerta che superava il parametro numerico di anomalia determinato ai sensi della *lex specialis* di gara).

La lettera di invito prevedeva che la gara consistesse in una procedura negoziata e che il criterio di aggiudicazione fosse quello del prezzo più basso.

In particolare, l'esclusione veniva disposta dalla commissione di A.R.T.E., odierna appellante, in applicazione della norma di cui alla pag. 2 della lettera d'invito alla selezione, secondo cui: "Nel caso in cui il metodo sorteggiato per la determinazione della soglia di anomalia portasse a non avere un aggiudicatario non anomalo, la soglia sarà calcolata con un differente metodo tra i cinque possibili, fino alla individuazione dell'aggiudicatario. A tal fine, durante la prima seduta pubblica, verranno sorteggiati tutti i cinque metodi, per stabilire l'ordine con il quale gli stessi verranno utilizzati fino all'ottenimento di un aggiudicatario non anomalo".

L'appellata Dolcecasa S.r.l. chiedeva al Tribunale regionale l'annullamento, previa sospensione, della propria esclusione, del decreto dell'Amministratore Unico n. 30355 del 25 novembre 2016, recante l'approvazione dell'aggiudicazione dell'appalto alla Tecnoedile s.r.l., nonché dell'"Avviso di Appalto Aggiudicato".

I motivi di impugnazione si incentravano sul fatto che, in assenza di una espressa previsione nella lettera di invito dell'automatica esclusione delle offerte anomale, l'ente appaltante non avrebbe potuto escludere immediatamente l'offerta anomala, ma avrebbe dovuto richiedere chiarimenti secondo la regola generale prevista al comma 5 dell'art. 97 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 ('Codice dei contratti pubblici').

Con l'impugnata sentenza di accoglimento n. 1240/2016 del 15 dicembre 2016 l'adito T.A.R., sez. I, ha annullato gli atti impugnati ritenendo, tra l'altro, che l'esclusione automatica delle offerte anomale dovesse essere espressamente prevista nel bando, "trattandosi di meccanismo che limita il confronto concorrenziale e incide potenzialmente sulla par condicio delle imprese partecipanti" sicché, in difetto di una siffatta previsione, la stazione appaltante avrebbe piuttosto dovuto procedere secondo la regola generale dello svolgimento della verifica dell'anomalia negli ordinari termini di contraddittorio con l'impresa interessata.

Quindi l'Amministrazione avviava il procedimento di verifica in ottemperanza alla sentenza, pur esprimendo riserva di appello.

Avverso la sentenza in epigrafe ha quindi proposto appello (n. 2113/2017) la A.R.T.E., chiedendone la riforma – previa sospensione cautelare – per i seguenti motivi:

- Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 comma 8 del D.lgs. n. 50/2016 e dei principi in materia di contratti pubblici;
- Illogicità e difetto di motivazione della pronuncia e per travisamento dei documenti di causa;
- Violazione e falsa applicazione della legge processuale.

Si è costituita in giudizio l'impresa edile Dolcecasa c. Verderame s.r.l., la quale ha concluso nel senso della conferma della sentenza gravata e dell'accoglimento delle domande formulate nel ricorso di primo grado e nei motivi aggiunti.

Con ordinanza n. 1577/2017 (resa all'esito della Camera di consiglio del giorno del giorno 13 aprile 2017) è stata respinta l'istanza di sospensione cautelare degli effetti della sentenza impugnata.

Alla pubblica udienza del 5 ottobre 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge in decisione l'appello proposto dalla A.R.T.E. – Azienda Regionale Territoriale per l'Edilizia della provincia di Genova – (la quale aveva indetto nel 2016 un appalto di lavori sotto-soglia per la manutenzione straordinaria di alcuni edifici nella città di Genova) avverso la sentenza del T.A.R. della Liguria, segnata in epigrafe, con cui è stato accolto il ricorso proposto dalla concorrente Impresa Edile Dolcecasa s.r.l. (esclusa per anomalia dell'offerta) e, per l'effetto, è stato ordinato all'appellante di verificare in contraddittorio – e senza automatismi – l'eventuale anomalia dell'offerta

2. In primo luogo deve essere esaminato e respinto il motivo di appello con cui la A.R.T.E. ha chiesto la riforma della sentenza in epigrafe per non avere il primo giudice rilevato l'inammissibilità del ricorso di primo grado, asseritamente derivante dalla non diretta impugnabilità dell'atto di esclusione del concorrente disposta per ragioni di anomalia dell'offerta e dalla non diretta impugnabilità della proposta di aggiudicazione.

Per quanto riguarda, in particolare, l'impugnativa dell'esclusione dell'offerta disposta per ragioni di anomalia, l'appellante osserva che, ai sensi dell'articolo 120, comma 2-bis del cod. proc. amm. (per come introdotto dall'articolo 204 del decreto legislativo n. 50 del 2016), risulterebbe immediatamente impugnabile la sola esclusione disposta "all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali".

2.1. Il motivo non può essere condiviso, evidente essendo l'interesse per la ricorrente in primo grado a censurare gli atti in tale sede impugnati, quanto meno con riferimento alla disposta esclusione.

Non è invero dubitabile che l'esclusione dalla gara – sia pure per ragioni connesse all'anomalia dell'offerta – rappresenti per l'impresa interessata un atto di carattere finale e definitivamente preclusivo al prosieguo della partecipazione, con conseguente nocimento immediato e diretto per le sue posizioni soggettive.

Esso radica di conseguenza un evidente interesse a ricorrere in giudizio.

Non può, poi, ritenersi che osti al riconoscimento del carattere immediatamente preclusivo dell'esclusione disposta per anomalia dell'offerta il nuovo comma 2-bis dell'articolo 120 del cod. proc. amm. (secondo cui è immediatamente impugnabile l'esclusione disposta "all'esito

della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali”).

Al riguardo si osserva che la disposizione da ultimo richiamata non delimita (a mo' di *numerus clausus*) il novero degli atti della serie di gara che risultano immediatamente impugnabili in quanto direttamente lesivi per i destinatari, ma risponde alla diversa esigenza di individuare un ristretto numero di ipotesi per le quali il Legislatore ha ritenuto di delineare disposizioni processuali ulteriormente acceleratorie rispetto a quelle già proprie del 'rito appalti' di cui al medesimo articolo 120.

In definitiva, la previsione dell'articolo 120, comma 2-bis tipizza i casi di applicazione del c.d. 'rito superspeciale' (o 'rito anticipato e immediato'), ma non esaurisce affatto il novero degli atti di gara impugnabili, o la nozione stessa di 'lesività' (la cui delimitazione deriva invero dall'applicazione di generali principi di ordine processuale, certamente non derogati dal più volte richiamato articolo 120, comma 2-bis).

3. Nel merito l'appello è infondato.

3.1. Si osserva al riguardo che la sentenza in epigrafe è meritevole di puntuale conferma laddove il primo giudice ha stabilito che:

i) le ipotesi di esclusione automatica delle offerte anomale nel sotto-soglia rappresentano un'eccezione al generale principio del confronto procedimentale e al contraddittorio relativo all'adozione di provvedimenti notevolmente incidenti sulla sfera giuridica delle imprese concorrenti;

ii) la previsione di siffatte ipotesi di esclusione automatica, per il suo carattere di eccezionalità, deve risultare da previsioni non equivocate della *lex specialis* di gara;

iii) in effetti, la previsione della lettera di invito di cui la A.R.T.E. invoca qui l'applicazione (contenuta a pagina 2 della lettera di invito) non richiamava in alcun modo il disposto di cui all'articolo 97, comma 8, del 'Codice dei contratti pubblici' (il quale legittima, a talune condizioni, l'inclusione nella legge di gara di ipotesi di esclusione automatica per gli affidamenti sotto soglia) e non rendeva adeguatamente chiara la volontà dell'ente di disporre l'esclusione automatica delle offerte anomale.

3.2. Per quanto riguarda i richiamati profili la Sezione osserva in particolare che l'esclusione automatica delle offerte anomale nel caso di affidamenti sotto-soglia (e laddove il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso), pur non essendo vietato dall'ordinamento UE, rappresenta pur sempre un'ipotesi del tutto eccezionale.

E' in particolare noto al riguardo che la Corte di giustizia dell'UE ha dichiarato la contrarietà all'ordinamento comunitario della disposizione nazionale (si tratta(va) dell'articolo 21-bis della l. 109 del 1994, la quale impone(va) all'amministrazione, qualora il numero delle offerte valide fosse superiore a cinque, di procedere all'esclusione automatica delle offerte considerate anormalmente basse facendo applicazione di un criterio matematico come quello basato sul c.d. 'taglio delle ali').

La Corte di Giustizia è pervenuta a tale conclusione in applicazione delle norme fondamentali del Trattato relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, nonché del principio generale di non discriminazione (in tal senso: CGCE, IV, 15 maggio 2008 in cause C-147/06 e C-148/06 – SECAP).

Deve pertanto ritenersi che, anche nel nuovo sistema delineato dall'articolo 97, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016 (al pari di quello delineato dall'articolo 122, comma 9 del decreto legislativo n. 163 del 2006), la facoltà di contemplare ipotesi di esclusione automatica delle offerte anomale – e a prescindere da qualunque verifica in concreto circa l'effettiva sostenibilità delle offerte stesse – rappresenti una facoltà eccezionale che deve pertanto risultare da inequivoche disposizioni della legge di gara.

Si tratta, del resto, di un corollario del più generale principio secondo cui va escluso che una condizione di partecipazione ad una gara pubblica possa determinare l'automatica esclusione del concorrente, senza il previo esercizio del soccorso istruttorio, laddove tale condizione non sia espressamente prevista dai documenti di gara e possa essere individuata solo mediante una interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale o, comunque, all'esito di una non agevole operazione ermeneutica (in tal senso – *ex multis* -: Cons. Stato, III, 7 luglio 2017, n. 3364; id., III, 1° marzo 2017, n. 967; id., Ad. Plen. 27 luglio 2016, n. 20).

3.3. Ebbene, riconducendo i principi appena richiamati alle peculiarità del caso in esame, emerge che:

– nessuna previsione della lettera di invito (la quale esauriva di fatto la stessa *lex specialis* di gara) contemplava in modo diretto o indiretto la facoltà di esclusione automatica di cui all'articolo 97, comma 8 del 'Codice dei contratti pubblici';

– in ogni caso, il richiamo all'esclusione automatica non poteva in alcun modo essere inferito (neppure in via interpretativa) dalla previsione del disciplinare secondo cui, laddove il metodo sorteggiato per la determinazione dell'anomalia non portasse ad avere alcun offerente non anomalo, la soglia sarebbe stata calcolata con uno degli altri (quattro) metodi indicati dall'articolo 97, fino all'individuazione di un aggiudicatario;

– al di là del carattere oggettivamente perplesso della richiamata previsione (la quale consente solo con qualche difficoltà di inferire l'effettiva intenzione della stazione appaltante), non può aderirsi alla tesi dell'appellante secondo cui l'unico possibile significato di tale disposizione fosse quello di annettere carattere escludente alla sola determinazione matematica della soglia di anomalia derivante dall'applicazione del (primo) criterio sorteggiato e, via via, di quella derivante dall'applicazione degli ulteriori criteri contemplati dall'articolo 97;

– in particolare, ostano in radice alla ricostruzione proposta dall'appellante sia il carattere indiretto, deduttivo e non pacifico dell'interpretazione proposta, sia l'oggettiva impossibilità in termini normativi di aderire a tale opzione. Ed infatti, siccome ai sensi dell'ultimo periodo del comma 8 dell'articolo 97, cit. "la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci" e siccome tale previsione esprime un'ulteriore limitazione normativa all'indistinta possibilità per le stazioni appaltanti di disporre

l'esclusione automatica, non sarebbe certamente stato possibile per l'appellante prevedere l'esclusione automatica delle offerte anomale (e in assenza di qualunque contraddittorio con le imprese interessate) prescindendo dai limiti oggettivi contemplati dallo stesso Legislatore anche per ciò che riguarda il numero delle offerte ammesse. In tal modo viene meno quello che – a ben vedere – costituisce la premessa maggiore del sillogismo argomentativo su cui si fonda l'appello in epigrafe (ossia, la tesi secondo cui, in disparte l'omesso richiamo all'articolo 97, comma 8, del 'Codice dei contratti pubblici', la legge di gara non avrebbe potuto essere interpretata in altro modo, se non nel senso di palesare l'univoca previsione dell'esclusione automatica delle offerte anomale).

4. Per le ragioni esposte l'appello in epigrafe deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza come per legge e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese di lite che liquida in complessivi euro 5.000 (cinquemila), oltre gli accessori di legge.

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