

N. 07812/2012 REG.PROV.COLL.  
N. 02196/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio  
(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso RG n. 2196 del 2012, proposto dalla Soc. SATEMA Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Salvatore Napolitano, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso in Roma, via Zara, 16;

*contro*

COMUNE di ARSOLI, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Angeloni, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso in Roma, via Germanico, 168;

*per l'annullamento, previa sospensiva,*

a) del provvedimento del Comune di Arsoli, comunicato con nota n. prot. 863 del 22.2.2012, con cui è stata disposta l'esclusione della società Satema srl dalla procedura aperta per l'affidamento dei lavori di realizzazione della scuola media "C.Rosatelli" di Arsoli;

b) del verbale di gara, richiamato nel documento sub a) e non conosciuto, approvato con determinazione n. 28 dell'8.2.2012, con cui la Commissione di gara ha ritenuto di non ammettere alla successiva fase della procedura di

affidamento la società Satema srl;

c) della lex specialis di gara e, in particolare, dell'art.13 del Disciplinare di gara ove è previsto che le offerte debbano essere corredate dalle giustificazioni relative alla loro congruità;

d) di ogni atto presupposto, conseguente o connesso a quelli indicati e tra questi, ove esistente, del provvedimento emesso dal Comune di Arsoli a seguito della proposizione del preavviso di ricorso ex art.243 bis del D.Lgs n. 163 del 2006 e succ. mod. nonché del provvedimento di aggiudicazione della procedura di affidamento e del successivo contratto per l'affidamento dei lavori, ove *medio tempore* intervenuti nonché per il risarcimento dei danni ingiusti patiti dalla società ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Arsoli;

Vista l'ordinanza n. 1635 del 2012 con la quale è stata accolta l'istanza cautelare;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2012 il Cons. Mariangela Caminiti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto il dispositivo di sentenza n. 6082/2012;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. La società Satema srl ha impugnato il provvedimento adottato dal Comune di Arsoli, comunicato con nota n. prot. 863 del 22.2.2012, con cui è stata disposta l'esclusione della società stessa dalla procedura aperta per l'affidamento dei lavori di realizzazione della scuola media "C.Rosatelli" di Arsoli, unitamente al verbale di gara e disciplinare e agli altri atti del

procedimento, meglio indicati in epigrafe, assumendone l'illegittimità per un unico articolato motivo: *Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell'art.46, comma 1 bis del D.Lgs 12 aprile 2006, n. 163 e succ. mod. . Violazione e falsa applicazione dell'art. 86 del D.Lgs. n. 163 del 2006 e succ. mod. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere nelle sue forme sintomatiche*, perché il provvedimento di esclusione dalla gara sarebbe stato illegittimamente adottato, tenuto conto che il Comune avrebbe inteso dare applicazione all'art. 13 del Disciplinare di gara che, nel richiamare l'art.86, comma 5, del D.Lgs. n. 163 del 2006 – norma invece abrogata dall'art. 4-quater, comma 1, lett. b) del d.l. 1°luglio 2009, n. 78, conv. in legge 3 agosto 2009, n. 102 - ha previsto che le offerte debbano essere corredate dalle giustificazioni relative alla loro congruità e inserite in plico chiuso all'interno della busta contenente l'offerta economica, a pena di esclusione; da ciò sostiene la ricorrente che il predetto art. 13 del disciplinare, nel richiamare l'applicazione della norma abrogata, risulterebbe affetto di nullità, in quanto alla data della pubblicazione del bando di gara (26.10.2011) non sussisterebbe alcuna prescrizione riguardo la presentazione di giustificazioni preventive.

Si è costituito in giudizio il Comune di Arsoli per resistere al ricorso, il quale ha controdedotto alle censure di parte ricorrente con documentate memorie ed ha evidenziato che la richiesta di presentazione, a pena di esclusione, delle giustificazioni preventive, non sarebbe in contrasto con disposizioni normative nazionali o comunitarie, risultando tale prescrizione ragionevole e finalizzata all'accelerazione e alla semplificazione della procedura, tenuto conto altresì che l'abrogazione del predetto comma 5 dell'art. 86 del Codice dei contratti avrebbe comportato solo la non obbligatorietà di inserimento della clausola, non imponendo il divieto di inserimento della stessa.

Con ordinanza n. 1635 del 2012 è stata accolta l'istanza cautelare ed è stata

fissata la trattazione del merito del ricorso.

In prossimità dell'udienza pubblica le parti hanno depositato puntuali memorie conclusionali, ribadendo le rispettive posizioni difensive.

All'odierna udienza pubblica la causa è stata introitata per la decisione.

2. L'oggetto della controversia è la gara per i lavori di realizzazione della scuola media "C.Rosatelli" di Arsoli, bandita dalla resistente Amministrazione comunale con procedura aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In particolare, il disciplinare di gara di cui alla determina n. 194 del 26 ottobre 2011, all'art. 13 (Giustificazioni della congruità dell'offerta) prevede che *"Ai sensi dell'articolo 86-comma 5- del Decreto Legislativo n. 163/2006, le offerte devono essere corredate dalle giustificazioni relative alla loro congruità, riguardanti in particolare : - le soluzioni tecniche adottate; - le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori; - il costo del lavoro. Le giustificazioni dovranno essere inserite in una busta sigillata, sulla quale dovrà essere riportata la dicitura "Giustificazioni congruità offerta", a sua volta inserita all'interno della busta Offerta economica. Verranno sottoposte a verifica le offerte che si troveranno nella condizione di cui all'articolo 86- commi 2 e 3- del Decreto Legislativo n. 163/2006. La mancata presentazione della busta denominata "Giustificazioni offerta" comporterà l'esclusione dalla gara."*

Insorge la società Satema srl che contesta l'esclusione della stessa dalla gara per la mancata presentazione della busta contenente i giustificativi del ribasso come indicato nel disciplinare di gara a pena di esclusione, in quanto alla data di pubblicazione del bando di gara – ossia il 26.10.2011 - era vigente il disposto dell'art. 46, comma 1bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, sulla tassatività delle cause di esclusione e non vi era alcuna prescrizione né nel codice dei contratti, né nel regolamento e in altre disposizioni di legge vigenti che prevedesse la presentazione di giustificazioni preventive. Da ciò discenderebbe, secondo la ricorrente, la nullità della prescrizione dell'art. 13

del disciplinare di gara e l'illegittimità del provvedimento di esclusione e della conseguente procedura seguita dall'Amministrazione.

2.1. Il ricorso presenta profili di fondatezza per le ragioni di seguito riportate.

Occorre premettere, da quanto rappresentato e documentato in atti, che la presente procedura di gara non si è conclusa, ma risulta nella fase preliminare, antecedente all'aggiudicazione provvisoria.

Osserva il Collegio che l'assunto di parte ricorrente va condiviso atteso che, nel caso di specie, il disciplinare di gara ha stabilito all'art.13, in modo chiaro e univoco - con l'espreso richiamo all'art.86, comma 5, del d.lgs. n. 163 del 2006, ormai abrogato - l'onere di produrre, unitamente all'offerta economica, i giustificativi di congruità dell'offerta, con separata busta sigillata, prevedendo altresì l'esclusione in caso di inottemperanza a siffatto onere. Deve infatti rilevarsi che la presente procedura di gara (il cui bando è stato pubblicato in data 26.10.2011) è sottratta *ratione temporis* all'ambito applicativo del previgente art. 86, comma 5, d.lgs. n. 163 del 2006 (che prevedeva che le offerte fossero corredate, sin dalla presentazione, delle giustificazioni delle voci di prezzo che concorrevano a formare l'importo complessivo), abrogato dall'art. 4quater, comma 1, d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito dalla l. 3 agosto 2009, n. 102, col conseguente venir meno sia della previsione delle giustificazioni a corredo dell'offerta sia della previsione di attribuzione al bando del compito di precisare le modalità di presentazione delle giustificazioni.

Peraltro, va aggiunto che, anche in vigenza della suddetta clausola, la giurisprudenza aveva sostenuto come non vi potessero essere preclusioni alla presentazione di giustificazioni al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte, in quanto *“mentre l'offerta è imm modificabile, modificabili sono le giustificazioni”* perché sono ammissibili *“giustificazioni sopravvenute..... purchè l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento*

dell'aggiudicazione, e a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del contratto". A ciò conseguiva che "le clausole del bando che richiedono la presentazione di giustificazioni già a corredo dell'offerta rispondono ad esigenze pratiche di accelerazione e semplificazione del procedimento, ma non possono mai essere intese, pena la loro illegittimità, come prescrizione di un requisito o adempimento a pena di esclusione", apparendo così irragionevole sanzionare con l'esclusione un inadempimento non significativo a priori, ma solo, ed eventualmente, nel concreto contesto della gara, a seconda che emerga, o meno, un sospetto di anomalia dell'offerta (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146; idem, sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6904; idem, sez. V, 30 giugno 2011, n. 3925 e 19 settembre 2011, n. 5279).

Per di più non va sottaciuta l'ulteriore considerazione che il comma 1 bis dell'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006 - aggiunto dall'art.4, comma 2, lett.d) del dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70, conv. con mod. dalla l. 12 luglio 2011, n. 106 - ha normativizzato il principio di tipizzazione delle cause di esclusione, applicabile *ratione temporis* alla vicenda di causa, rappresentando la codificazione di quanto già acquisito nella giurisprudenza amministrativa: la norma restringe ora le ipotesi di esclusione previste dal bando di gara, sanzionandole con la nullità, ove non siano coerenti con quelle indicate nella prima parte della norma relative al mancato adempimento delle prescrizioni previste dal codice o dal regolamento o da altre disposizioni di legge vigenti, o che violino il principio di segretezza delle offerte.

In conclusione, solo la carenza di uno dei requisiti generali e speciali previsti dal codice dei contratti pubblici è causa di esclusione, risultando nulla qualsiasi eventuale ulteriore prescrizione meramente compilativa prevista nel bando di gara.

Peraltro, le stesse giustificazioni preventive, alle quali si riferiva la sanzione dell'esclusione, originariamente previste dall'art. 87 del d. lgs. n. 163 del 2006, non devono più essere più richieste in sede di presentazione delle

offerte, ma vengono in rilievo – solo in via eventuale – nella fase successiva dell'anomalia, se e in quanto l'offerta ne risulti sospetta, occorrendo, quindi, un segmento procedimentale successivo per la valutazione di congruità (cfr. Autorità V.L.P., parere di precontenzioso n. 178 del 20.10.2010).

Da qui, l'applicazione, al caso di specie, del consolidato principio di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione, non integrabili con interpretazioni estensive o analogiche volte a dare concretezza a clausole ambigue, incerte o con significati assertivamente impliciti (cfr., fra le tante, Cons.Stato, sez. V, 19 settembre 2011, n.5279; idem, sez. V, 17 febbraio 2010, n. 922; idem, sez. V, 21 maggio 2010, n.3213; idem, sez. VI, 21 maggio 2009, n.3146), non risultando conferente il richiamo operato dall'Amministrazione comunale a quella parte della giurisprudenza, ormai superata, che ha riconosciuto legittima la “prassi amministrativa” di richiedere la presentazione delle giustificazioni già a corredo dell'offerta.

3. In definitiva, il ricorso è fondato e deve conseguentemente essere accolta la domanda di annullamento del provvedimento di esclusione impugnato e dei successivi atti del procedimento di gara parimenti gravati, atteso che l'annullamento dell'atto di esclusione (e quindi dei suoi effetti) si riverbera, in via consequenziale e caducante, sulle successive fasi del procedimento di gara, *medio tempore* intervenute, in quanto svoltesi illegittimamente.

Quanto alla domanda di risarcimento del danno, nelle varie forme richieste, per quanto sopra disposto, il Collegio ritiene non sussistenti i presupposti per l'accoglimento della stessa, tenuto conto degli effetti derivanti in capo alla ricorrente dall'annullamento degli atti relativi alla fase del procedimento in contestazione, che è preliminare rispetto a quella cui può trovare applicazione l'art. 124 c.p.a..

Le spese e gli onorari del giudizio, in considerazione della sussistenza di giusti motivi in ragione della particolarità delle questioni giuridiche oggetto di causa, possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Respinge la domanda di risarcimento del danno.

Dispone la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Raffaello Sestini, Consigliere

Mariangela Caminiti, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/09/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)