

N. 00520/2016REG.PROV.COLL.

N. 04510/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4510 del 2015, proposto da:
Consorzio Stabile Olimpia, in persona del legale rappresentante in carica rappresentato e difeso dall'avv. Pierluigi Piselli,
con domicilio eletto presso Pierluigi Piselli in Roma, Via Giuseppe Mercalli N.13;

contro

Anas S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dalla Avvocatura Generale dello
Stato, presso i cui uffici in Roma, alla Via dei Portoghesi n. 12, è domiciliato per legge;

nei confronti di

De Sanctis Costruzioni S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica rappresentato e difeso dagli avv. Alberto
Linguiti, Gianfrancesco Fidone, con domicilio eletto presso Alberto Linguiti in Roma, viale G. Mazzini 55;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. della SARDEGNA –Sede di CAGLIARI- SEZIONE I n. 00767/2015, resa tra le parti,
concernente affidamento appalto progettazione esecutiva e lavori s.s. 125 nuova orientale sarda tronco Tertenia San
Priamo-1 lotto-1 stralcio - (ris.danni)

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas S.p.A. e di De Sanctis Costruzioni S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2015 il Consigliere Fabio Taormina e uditi per le parti gli Avvocati
Piselli, l' Avvocato dello Stato Palmieri e Linguiti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza in epigrafe impugnata assunta il Tribunale amministrativo regionale della Sardegna – Sede di Cagliari – ha respinto il ricorso proposto dalla odierna parte appellante Consorzio Stabile Olimpia, volto ad ottenere l'annullamento del provvedimento di esclusione per anomalia dell'offerta da essa presentata in relazione alla gara aggiudicatasi.

In concreto era accaduto che essa aveva partecipato alla gara indetta dall'Anas per l'affidamento dell'appalto della progettazione esecutiva ed esecuzione dell'opera S.S. 125 Nuova Orientale sarda Tronco Tertenia – San Priamo 1° lotto – 1° stralcio dal Km 0 al km 5 + 665, intervento relativo al completamento dell'itinerario in variante alla attuale S.S. 125 tra Cagliari e Tortolì, di sezione stradale di tipo C1.

In quanto prima classificata, era stata sottoposta alla verifica di anomalia dell'offerta: l'offerta da essa presentata era stata giudicata anomala e la Commissione aveva quindi disposto l'aggiudicazione in favore della De Sanctis costruzioni (terza classificata).

Il Consorzio Stabile Olimpia era insorto, gravando i relativi atti espulsivi e quelli connessi, prospetta articolate censure di violazione di legge ed eccesso di potere sostenendo che il provvedimento di esclusione fosse affetto da illegittimità.

In particolare, essa aveva sostenuto che:

- 1) l'Amministrazione aveva violato la scansione temporale e procedurale dettata dal legislatore in materia di verifica dell'anomalia (chiedendo anche la rimessione della questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE);
- 2) l'Amministrazione aveva violato l'obbligo di dare idonea pubblicità alla convocazione della seduta deputata alla declaratoria dell'anomalia delle offerte;
- 3) la Commissione non aveva rispettato il principio del contraddittorio ed il provvedimento finale aveva concluso per l'incongruità dell'offerta per motivi diversi da quelli originariamente contestati;
- 4) le conclusioni cui era giunta la Commissione erano illogiche, irragionevoli e del tutto immotivate.

Il Tar ha analiticamente vagliato le censure dedotte, ha enunciato i principi generali elaborati dalla giurisprudenza in punto di verifica di anomalia (l'onere della verifica in contraddittorio non implicava che non fossero ammesse, da parte delle stazioni appaltanti, richieste di giustificazioni preventive dell'offerta presentata; il procedimento di verifica dell'anomalia mirava ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, fosse attendibile ed affidabile) ed ha respinto l'impugnazione alla stregua delle seguenti considerazioni.

Quanto al primo motivo d'impugnazione, ha fatto presente che, se era vero che il corretto svolgimento del procedimento di verifica presupponeva l'effettività del contraddittorio tra Amministrazione appaltante ed offerente ma era altrettanto vero che l'effettività doveva essere intesa in senso sostanziale e non puramente formale.

Ha poi richiamato l'orientamento dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato secondo il quale era pacifico che il concorrente, al fine di illustrare la propria offerta e dimostrarne la congruità, è ammesso a fornire spiegazioni e giustificazioni su qualsiasi elemento dell'offerta, e quindi anche su voci non direttamente additate dalla stazione appaltante siccome incongrue: tanto si ricava, oltre che da quanto appena rilevato in ordine al carattere globale e sintetico del giudizio, dallo stesso dato testuale ex art. 87, comma 1, del Codice, laddove si precisa che le giustificazioni possono riguardare non solo le "voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara" ma anche, in caso di aggiudicazione col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, gli "altri elementi di valutazione dell'offerta".

Ha poi sostenuto che il contraddittorio tra la Stazione appaltante e la originaria non poteva considerarsi in alcun modo violato.

Infatti, il 4 dicembre 2014 (nota CDG.0159214) la Commissione richiedeva integrazioni alle giustificazioni presentate in sede di offerta. Successivamente, convocava l'impugnante per l'audizione orale per il giorno 17.12.2014.

Il Consorzio quindi, era stato messo nelle condizioni di contraddire e di fornire tutte le spiegazioni necessarie a giustificare la propria offerta.

Le motivazioni relative al giudizio di anomalia dell'offerta contenute nella relazione allegata al verbale del 17 dicembre 2014 poi, ad avviso del Tar, erano congrue e dettagliate e semmai la originaria ricorrente pretendeva in modo inammissibile di sostituirsi alla stazione appaltante proponendo proprie modalità di calcolo e di valutazione.

La contestazione circa la asserita violazione dell'obbligo di dare idonea pubblicità alla convocazione della seduta deputata alla declaratoria dell'anomalia delle offerte, era infondata in fatto: l'Amministrazione si era avvalsa del portale informatico per dare le comunicazioni, mezzo utilizzato nel pieno rispetto dell'art. 77 del Codice dei contratti : il Consorzio aveva sottoscritto il contratto di registrazione per l'utilizzo del portale PDM (documento 9 produzioni dell'Amministrazione) e la convocazione per la seduta pubblica del 24.12.2014 era stata debitamente inviata. Nessun malfunzionamento del sistema vi era stato ed era preciso onere del partecipante alla gara controllare assiduamente il portale.

In ultimo, ad avviso del Tar, nessun rilievo, poteva avere il fatto che la seduta fosse convocata per la vigilia di Natale (giorno lavorativo).

La richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, in quanto generica ed infondata (non esisteva alcuna questione interpretativa di norme comunitarie da sottoporre alla Corte) andava disattesa, ed anche l'istanza ex art. 116 c.p.a. doveva essere dichiarata inammissibile poiché, contrariamente a quanto affermato nel ricorso introduttivo, il diniego parziale all'accesso agli atti era stato espresso (non vi era stata, quindi, alcuna inerzia dell'Amministrazione) e la nota prot. CDG 0002126-P del 9.1.2015 non era stata impugnata dal Consorzio.

La originaria parte ricorrente, rimasta soccombente, ha impugnato la detta decisione criticandola sotto ogni angolo prospettico.

Ha in proposito sostenuto la tesi che la statuizione era errata e frutto di una non corretta applicazione della vigente legislazione, sulla scorta dei seguenti motivi.

Con la prima censura ha sostenuto che il combinato-disposto degli artt. 87 ed 88 del TUCP imponessero l'obbligatorietà del contraddittorio preventivo, tanto più a seguito della novella di cui al dL 78/2009 che aveva escluso la possibilità che il bando o la lettera invito precisassero la modalità di presentazione delle giustificazioni.

Invece, la fase ex art. 88 del TUCP era stata del tutto omessa dalla Stazione appaltante, sulla scorta della circostanza che in via preventiva in sede di presentazione dell'offerta era stata richiesta la produzione delle giustificazioni.

In sostanza, si era proceduto direttamente ex art. 88 c.II del TUCP, obliando la fase dell'art. 88 comma 1 TUCP.

Erano stati concessi, inoltre solo 13 giorni per la presentazione delle giustificazioni, in luogo dei 23 (15, 5 e 3) discendenti dal combinato-disposto dei commi 1,2,e4 dell'art. 88 TUCP (pag. 12 appello).

La sentenza del Tar era del tutto generica, ed errata.

L'appellante non aveva mai contestato la possibilità di chiedere giustificazioni preventive : ma l'art. 70 comma 11 del TUCP invocato in proposito dall'Anas, non legittimava ciò, e neppure la pretermissione della fase ex art. 88 comma 1 TUCP.

La possibilità di chiedere giustificazioni preventive, insomma, non era sostitutiva della fase prima di verifica dell'anomalia, che iniziava dopo l'apertura delle buste.

Se le giustificazioni non erano ritenute sufficienti dalla Stazione appaltante, questa non poteva progredire nella verifica di anomalia, ma avrebbe dovuto richiederne di allegarne nuove (pagg. 1- 20 dell'appello).

Parte appellante ha inoltre reiterato (pagg. 21-25) la richiesta di rimessione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, perché venisse chiarito se era –o meno- legittimo, alla luce delle prescrizioni comunitarie, la omissione di una nuova richiesta di giustificazioni (od un supplemento di giustificazioni) a cagione della prescrizione contenuta nel bando di allegarle in sede di offerta.

Anche la seconda censura di primo grado era fondata (pagg. 26-34 dell'appello).

La seduta del 24.12.2014 deputata alla declaratoria eventuale dell'anomalia dell'offerta non era stata preceduta da rituale convocazione: quest'ultima aveva avuto luogo solo il 23.12.2014 e senza alcuna comunicazione diretta ai concorrenti.

Ciò violando la *lex specialis*, che prescriveva congruo preavviso e comunicazione diretta ai concorrenti.

Il Tar aveva respinto la censura facendo riferimento all'art. 77 comma 1 del TUCP ed alla avvenuta sottoscrizione da parte dell'appellante del contratto di registrazione per l'utilizzo del Portale PDM.

Invece era stato violato l'art. 79 comma 5 *bis* del TUCP.

La comunicazione della indizione della seduta era stata caricata sul portale, ma:

- a) nessuna comunicazione individuale era pervenuta all'appellante;
- b) la mail con cui si avvertiva la stessa dell'avvenuto caricamento del dato relativo alla convocazione della seduta per il successivo 24.12.2004 sul Portale non era mai pervenuta all'appellante.

L'utilizzo del Portale era stato prescritto solo per la fase di presentazione delle offerte e non poteva essere comunque utilizzato a fini di convocazione per la deliberazione sulla eventuale anomalia dell'offerta (pag. 33 dell'appello).

Alle pagg. 34- 46 dell'appello sono state reiterate le censure già contenute nel terzo mezzo di primo grado, volte a dimostrare che il contraddittorio era mancato anche "nel merito", in quanto la Stazione appaltante aveva chiesto chiarimenti del tutto avulsi da quelli preconizzabili alla luce della prescrizione di produzione preventiva delle giustificazioni contenuta nella *lex specialis*.

Nella nota di convocazione per l'audizione orale (pag. 40 dell'appello) neppure era stato indicata la/le tematica/che da approfondire.

La sentenza aveva sbrigativamente liquidato la censura facendo riferimento alle supposte "approfondite motivazioni" rese dall'Anas.

Non aveva colto (pag. 42) che le richieste di "documentazione integrativa" e chiarimenti, nulla aveva a che vedere con la indicazione della richiesta contenuta nelle "prime" giustificazioni, nel caso di specie contenuta nella *lex specialis* di gara.

Così operando era stato ampliato illegittimamente, in sede di richiesta di precisazioni, il ventaglio delle contestazioni, frustrando il contraddittorio (art. 88 comma 2 TUCP: la richiesta di precisazioni doveva essere correlata a quanto richiesto ex art.88 comma 1 TUCP).

Alle pagg. 46 -49 dell'appello ha contestato nel merito l'approdo della Stazione appaltante relativo al giudizio di anomalia.

Con l'ultima censura, ha criticato la sentenza di primo grado, ex art. 74 del cpa, in quanto affetta dal vizio di carenza di motivazione, in quanto essa era soltanto apparente e si risolveva in un richiamo asettico di precedenti giurisprudenziali.

La controinteressata appellata De Sanctis Costruzioni SPA ha depositato una memoria chiedendo che il ricorso in appello venga dichiarato inammissibile e comunque respinto in quanto infondato: l'offerta di parte appellante era affetta da carenze conclamate ed eclatanti, per cui la statuizione espulsiva si appalesava esatta e priva di mende.

Alla camera di consiglio del 16 giugno 2105 la domanda cautelare di sospensione della provvisoria esecutività della gravata decisione è stata respinta con ordinanza n. 02646/2015 alla stregua delle seguenti considerazioni "rilevato che, quanto al *periculum in mora*, l'esigenza (già espressa ex art. 70 comma 11 TUCP) dell'Amministrazione appellata appare di preponderante spessore, rispetto all'interesse (restaurabile patrimonialmente, comunque) di parte appellante;

rilevato che, quanto al *fumus*, esso –che comunque dovrà essere approfonditamente vagliato nella competente sede di merito) – non appare decisamente dimostrato (si veda Consiglio di Stato sez. V 19/11/2012 5851 sulla questione del contraddittorio);

rilevato che comunque appare opportuno fin d'ora fissare l'udienza di merito per la prossima udienza pubblica del 17 novembre 2015;".

Con memoria datata 16luglio 2015 e depositata il 20 luglio 2015 Anas Spa ha fatto presente che il mezzo doveva essere dichiarato inammissibile per carenza di interesse, in quanto l'appellante era sprovvisto di Soa (come da attestazione del 12.12.2013) per diverse categorie subappaltabili a qualificazione obbligatoria; di conseguenza, correttamente, aveva indicato alcuni soggetti quali subappaltatori nelle dette categorie; dette indicazioni erano però "scomparse" in sede di verifica di anomalia, laddove le analisi riconducibili a tali categorie erano state compilate dal solo concorrente. La appellante aveva poi dichiarato che dette lavorazioni sarebbero state eseguite dallo stesso subappaltatore, o sarebbero state subappaltate in fase esecutiva: si era quindi, almeno in parte, al cospetto di una offerta in *incertam personam*.

Il mezzo era comunque infondato, in quanto:

a)l'appellante non aveva gravato la clausola del bando che prevedeva la presentazione di giustificazioni a corredo dell'offerta ex art. 88 comma 1 del TUCP;

b)l'appellante ben sapeva che la gara sarebbe stata aggiudicata con termini accelerati ex art. 70 comma 11 TUCP;

c)era ovvio che la verifica di anomalia muovesse dai giustificativi già presentati, per estendersi alle altre "voci";

d)il contraddittorio era stato assicurato, e l'audizione finale del concorrente prevista;

e)infatti, il 4.12.2014 si era comunicato il termine entro cui fare pervenire le integrazioni ai giustificativi già proposti a corredo dell'offerta, ex art. 88 comma 2 TUCP e -ritenute le stesse insufficienti- il 12.12.2014 parte appellante era stata invitata a presentarsi in data 17.12.2014 (termine congruo e conferente all'urgenza della procedura).

In vista della odierna udienza pubblica tutte le parti processuali hanno depositato scritti difensivi tesi a ribadire e puntualizzare le rispettive tesi difensive.

Alla odierna pubblica udienza del 17 novembre 2105 la causa è stata posta in decisione dal Collegio

DIRITTO

1. La infondatezza dell'appello impone la conferma dell'appellata decisione, e può pertanto prescindersi dalla disamina dell'eccezione di inammissibilità prospettata dall'Anas (come, parimenti, può prescindersi dall'analizzare le eccezioni di inammissibilità per tardività della produzione documentale effettuata in vista della odierna udienza pubblica da parte appellante).

1.1. *Per incidens*, comunque, si rileva che l'eccezione di inammissibilità prospettata dall'Anas si fondava, sulla tesi, a più riprese in passato fatta propria dalla giurisprudenza, secondo cui (ex aliis Consiglio di Stato sez. V 21/07/2015 n. 3615) "ai sensi dell'art. 118, d.lg. 12 aprile 2006, n.163 nelle gare d'appalto la dichiarazione di subappalto può essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente sia a propria volta in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, non la via necessitata per partecipare alla gara; al contrario, nei casi in cui il subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione, la dichiarazione deve contenere anche l'indicazione del subappaltatore e la dimostrazione del possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti di qualificazione; e la *ratio* di tale conclusione risiede nell'imprescindibile esigenza di evitare che l'aggiudicazione avvenga in favore di un soggetto sprovvisto dei necessari requisiti di qualificazione, al quale, diversamente opinando, dovrebbe accordarsi la possibilità non soltanto di dimostrare, ma addirittura di acquisire i requisiti in questione a gara conclusa, in violazione del principio della *par condicio* e con il rischio per l'amministrazione procedente che l'appaltatore così designato non onori l'impegno assunto, rendendo necessaria la ripetizione della gara."

Ad avviso dell'Anas, non essendo contestato che ci si trovasse al cospetto di una forma di c.d. "subappalto necessario" - visto che la concorrente offerente non possedeva autonomamente le necessarie qualificazioni- vi era l'esigenza di previa immodificabile indicazione del subappaltatore delegato alla esecuzione dei lavori, in quanto era necessario eseguire le verifiche sul possesso dei requisiti anche su quest'ultimo.

Posto che ciò non era stato reso possibile nel caso di specie, anche per tal via sarebbe stata necessaria l'esclusione dell'appellante.

1.1.1 Detta tesi, però, ha trovato di recente smentita nella decisione dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato n. 9/2015, laddove si è ritenuto che "l'indicazione del nome del subappaltatore non è obbligatoria all'atto dell'offerta, neanche nei casi in cui, ai fini dell'esecuzione delle lavorazioni relative a categorie scorporabili a qualificazione necessaria, risulta indispensabile il loro subappalto a un'impresa provvista delle relative qualificazioni (nella fattispecie che viene comunemente, e, per certi versi, impropriamente definita come "subappalto necessario")." In particolare – considerato che nella gara d'appalto per cui è causa v'era una specifica clausola impositiva di tale onere- è tranciante, in senso sfavorevole alla tesi prospettata da Anas il punto 2.14 della richiamata sentenza dell'Adunanza Plenaria ("La statuizione dell'adempimento in questione finirebbe, inoltre, per costituire una clausola espulsiva atipica, in palese spregio del principio di tassatività delle cause di esclusione (codificato all'art.46, comma 1-bis, d.lgs. cit.).

Se è vero, infatti, che la latitudine applicativa della predetta disposizione è stata decifrata come comprensiva anche dell'inosservanza di adempimenti doverosi prescritti dal codice, ancorchè non assistiti dalla sanzione espulsiva (cfr. Ad. Plen. n.9 e n. 16 del 2014), è anche vero che l'applicazione di tale principio esige, in ogni caso, l'esistenza di una prescrizione legislativa espressa, chiara e cogente -nella fattispecie non rintracciabile nel codice dei contratti pubblici.)"

1.2. Ciò premesso, ritiene comunque il Collegio che l'appello non sia fondato.

1.2.1. Non ricorre alcun (vedasi censura sub motivo E dell'appello, pagg. 50-52) vizio di nullità della sentenza per carente motivazione: la gravata sentenza di primo grado è concisa, ma esplora ogni censura, richiamando precedenti giurisprudenziali conformi. Tale radicale doglianza formale va disattesa senz'altro.

1.3. Parimenti deve essere in via preliminare disattesa la censura sub art. 79 del TUCP per concentrare la disamina sugli elementi di merito: invero per costante e condivisa giurisprudenza (*ex aliis* T.A.R. Ancona –Marche- 14/05/2015 n. 381) “il termine, previsto dall'art. 79 comma 5 lett. a) e b), d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 per la comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione dell'appalto pubblico, ha natura ordinatoria, con la conseguenza che la tardività della comunicazione non incide sulla legittimità dell'aggiudicazione ma solo, eventualmente, sulla decorrenza del relativo termine d'impugnazione.”.

Giammai, quindi, la eventuale omissione potrebbe integrare vizio della gara, dell'aggiudicazione, o, per altro verso, inficiare l'esito della verifica di anomalia.

E posto che il mezzo di primo grado venne tempestivamente proposto (come rimasto incontestato dalle parti processuali) non si vede perché parte appellante insista nella censura.

2. Ciò premesso, il primo motivo di appello si incentra sull'asserito malgoverno del procedimento in materia di verifica dell'anomalia (in particolare si censura l'omesso rispetto del comma 1 dell'art. 88 del TUCP).

2.1. Anche per comodità espositiva, appare opportuno riportare il testo delle disposizioni di riferimento.

Il d.lgs. 12 aprile 2006 n.163 così prevede all'art. 86:

“1. Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media.

2. Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

3. In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

3-bis. Nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture. Ai fini del presente comma il costo del lavoro è determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativa-mente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione.

3-ter. Il costo relativo alla sicurezza non può essere comunque soggetto a ribasso d'asta).

4. Il comma 1 non si applica quando il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque. In tal caso le stazioni appaltanti procedono ai sensi del comma 3.”.

I successivi artt. 87 ed 88, così rispettivamente, dispongono:

art. 87 “1. Quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede all'offerente le giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara, nonché, in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relative agli altri elementi di valutazione dell'offerta, procedendo ai sensi dell'articolo 88. All'esclusione può provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio.

2. Le giustificazioni [di cui all'articolo 86, comma 5 e di cui all'articolo 87, comma 1,] possono riguardare, a titolo esemplificativo:

a) l'economia del procedimento di costruzione, del processo di fabbricazione, del metodo di prestazione del servizio;

b) le soluzioni tecniche adottate;

c) le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti, o per prestare i servizi;

d) l'originalità del progetto, dei lavori, delle forniture, dei servizi offerti;

[e) il rispetto delle norme vigenti in tema di sicurezza e condizioni di lavoro];

f) l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato;

[g) il costo del lavoro come determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali; in mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione .]

3. Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge.

4. Non sono ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza [per i quali non sia ammesso ribasso d'asta] in conformità all'articolo 131, nonché al piano di sicurezza e coordinamento di cui all'articolo 12, decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e alla relativa stima dei costi conforme all'articolo 7, decreto del Presidente della Repubblica 3 luglio 2003, n. 222. [In relazione a servizi e forniture,] nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture (5) (6).

4-bis. Nell'ambito dei requisiti per la qualificazione di cui all'articolo 40 del presente decreto, devono essere considerate anche le informazioni fornite dallo stesso soggetto interessato relativamente all'avvenuto adempimento, all'interno della propria azienda, degli obblighi di sicurezza previsti dalla vigente normativa (7).

5. La stazione appaltante che accerta che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato, può respingere tale offerta per questo solo motivo unicamente se, consultato l'offerente, quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine stabilito dall'amministrazione e non inferiore a quindici giorni, che l'aiuto in questione era stato concesso legalmente. Quando la stazione appaltante respinge un'offerta in tali circostanze, ne informa tempestivamente la Commissione.”;

art. 88 “1. La stazione appaltante richiede, per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle giustificazioni.

1-bis. La stazione appaltante, ove lo ritenga opportuno, può istituire una commissione secondo i criteri stabiliti dal regolamento per esaminare le giustificazioni prodotte; ove non le ritenga sufficienti ad escludere l'incongruità dell'offerta, richiede per iscritto all'offerente le precisazioni ritenute pertinenti

2. All'offerente è assegnato un termine non inferiore a cinque giorni per presentare, per iscritto, le precisazioni richieste

3. La stazione appaltante, ovvero la commissione di cui al comma 1-bis, ove istituita, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle precisazioni fornite

4. Prima di escludere l'offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la stazione appaltante convoca l'offerente con un anticipo non inferiore a tre giorni lavorativi e lo invita a indicare ogni elemento che ritenga utile.

5. Se l'offerente non si presenta alla data di convocazione stabilita, la stazione appaltante può prescindere dalla sua audizione.

[6. La stazione appaltante esclude l'offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso, inaffidabile.]

7. La stazione appaltante sottopone a verifica la prima migliore offerta, se la stessa appaia anormalmente bassa, e, se la ritiene anomala, procede nella stessa maniera progressivamente nei confronti delle successive migliori offerte, fino ad individuare la migliore offerta non anomala. In alternativa, la stazione appaltante, purché si sia riservata tale facoltà nel bando di gara, nell'avviso di gara o nella lettera di invito, può procedere contemporaneamente alla verifica di anomalia delle migliori offerte, non oltre la quinta, fermo restando quanto previsto ai commi da 1 a 5. All'esito del procedimento di verifica la stazione appaltante dichiara le eventuali esclusioni di ciascuna offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso, inaffidabile, e procede, nel rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 11 e 12, all'aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala”.

2.2. Risulta dagli atti di causa -ed è incontestato tra le parti - che la Stazione appaltante, nel bando, (par. E1) richiese la produzione preventiva di giustificazioni.

E va posto in luce che il previgente testo dell'art. 86 (inapplicabile alla odierna causa *ratione temporis*) prevedeva, all'ultimo comma, che “le offerte sono corredate, sin dalla presentazione, delle giustificazioni di cui all'articolo 87, comma 2 relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara. Il bando o la lettera di invito precisano le modalità di presentazione delle giustificazioni. Ove l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incongruità dell'offerta, la stazione appaltante richiede all'offerente di integrare i documenti giustificativi procedendo ai sensi degli articoli 87 e 88. All'esclusione potrà provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio.”.

Come è noto, detta disposizione di legge in ultimo citata è stata abrogata dall'articolo 4-*quater*, comma 1, lettera b), del D.L. 1° luglio 2009, n. 78

2.2.1. Parte appellante ventila, pur senza sostenerlo esplicitamente (tanto che non ha impugnato la corrispondente prescrizione della *lex specialis*) che dalla intervenuta abrogazione dell'obbligo di allegazione delle “giustificazioni preventive” scaturisse una preclusione a ciò prevedere nel bando, “violandosi così la *ratio* della riforma” (*incipit* di pag 10 dell'appello).

2.2.2. Tale tesi, anche ove espressamente sostenuta è errata: si richiama in proposito la sentenza del Consiglio di Stato n. 1348/09, in cui analizzando la legittimità di una clausola del bando che preveda espressamente l'esclusione per la mancata presentazione della documentazione relativa alle giustificazioni dell'offerta questo giudice di secondo grado ha evidenziato come la Commissione europea non è contraria alla previsione di un obbligo di produrre anticipatamente le giustificazioni, purché questo continui a garantire la possibilità del contraddittorio in sede di valutazione dell'anomalia dell'offerta (si veda: “L'onere della verifica in contraddittorio non implica tuttavia che non siano ammesse, da parte delle stazioni appaltanti, richieste di giustificazioni preventive dell'offerta presentata in sede di gara dai concorrenti, atteso che le stesse risultano funzionali a perseguire evidenti esigenze di speditezza del procedimento selettivo e quindi un interesse meritevole di tutela sotto il profilo del buon andamento dell'azione amministrativa -art. 97 Cost.- in tal senso, Cons. Stato, V, 2 dicembre 2012 n. 546 e Sez. VI

n. 1558/2013).

L'obbligo, come detto, è stato abrogato. Ma ciò non vuol certo significare che sia stato introdotto un divieto a procedere mercè la richiesta di giustificazioni preventive corredanti l'offerta. Tale preclusione non è evincibile dalla legislazione italiana, né desumibile da quella Europea, che ha sempre correttamente perseguito l'unico interesse riposante nella preclusione a che l'esclusione per anomalia non sia preceduta da un contraddittorio munito dei requisiti della serietà e della effettività.

La preclusione, questa sì, riposa nella impossibilità di prevedere statuizioni espulsive automatiche in ipotesi di mancata produzioni delle dette giustificazioni preventive (*ex aliis*: T.A.R. Palermo –Sicilia- sez. II 26/06/2012 n.1300 “in tema di anomalia delle offerte, l'abrogazione dell'art. 86 comma 5, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, in combinato disposto con la positivizzazione del generale principio di tassatività delle cause di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica, ha comportato il definitivo superamento della tesi che ravvisava nella prima norma una *ratio* sanzionatoria per il caso della mancata produzione delle giustificazioni preventive.”)

2.2.3 Parte appellante, poi, sostiene che, anche laddove siano state richieste giustificazioni preventive corredanti l'offerta, la stazione appaltante deve procedere ai sensi del sopra riportato comma 1 dell'art. 87 (“Quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede all'offerente le giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara, nonché, in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relative agli altri elementi di valutazione dell'offerta, procedendo ai sensi dell'articolo 88.”) e del comma 1 dell'art. 88 “La stazione appaltante richiede, per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle giustificazioni”

Il “primo passo” che dovrebbe seguire la verifica di anomalia sarebbe quello della richiesta di giustificazioni di cui al comma 1 dell'art. 88, e solo dopo si potrebbe procedere ai sensi del comma 2 dell'art. 88 predetto (“All'offerente è assegnato un termine non inferiore a cinque giorni per presentare, per iscritto, le precisazioni richieste”).

Tale omissione di un adempimento prescritto *ex lege*, concreterebbe rilevante illegittimità ai sensi della legislazione nazionale, ed in ipotesi in cui ciò non sia riconosciuto dal Collegio parte appellante ha richiesto venga proposta questione interpretativa comunitaria (per il vero, non evocando il parametro del TFUE o di alcun atto comunitario asseritamente violato).

2.2.4. Entrambe le tesi di parte appellante sono errate e la infondatezza della censura risente di quanto prima esposto dal Collegio

Invero il combinato disposto dei primi due commi dell'art. 88, opera laddove la stazione appaltante non abbia richiesto la produzione preventiva di giustificazioni corredanti l'offerta.

Nel caso in cui esse fossero state richieste, l'incombente di cui al comma 1 è, all'evidenza, inutile, risolvendosi in un inutile aggravio della procedura, ed in un ritardante appesantimento: che senso avrebbe –infatti- richiedere, nuovamente, le giustificazioni che alla stazione appaltante sono state già veicolate unitamente all'offerta?

La risposta è agevole : nessun senso se non una inutile duplicazione di incumbenti.

Ed allora, il quesito principale, che ricomprende il primo (ed al quale il Collegio ha già risposto positivamente) riposa nella permanente possibilità – o meno- per la stazione appaltante, di richiedere la produzione preventiva di giustificazioni, a corredo dell'offerta: risolto positivamente tale dilemma, è legittimo che ove siano ritenute insufficienti, si avvii la fase di cui all'art. 88 comma II del TUCP a contraddittorio scritto.

Né tale approdo lede alcun precetto comunitario, il che implica la reiezione della richiesta di rinvio pregiudiziale: l'interesse comunitario riposa nella effettiva instaurazione di un approfondito contraddittorio successivo all'insorgere del sospetto di anomalia e preventivo rispetto all'eventuale statuizione espulsiva.

Id est:

a)la impossibilità di prevedere l'espulsione per mancata produzione delle giustificazioni preventive;

b)la impossibilità di prevedere l'esclusione per anomalia dell'offerta unilateralmente determinata e senza stimolare il contraddittorio sulle "contestazioni".

2.2.5. Ed è provato che nulla di tutto ciò è avvenuto nel caso di specie

2.2.6. Il *quomodo* di tale contraddittorio è rimesso alla discrezionalità degli Stati Membri, e, come si dimostrerà di qui a poco, è indiscutibile che un contraddittorio reale, ed approfondito, vi sia certamente stato.

Parte appellante – ripetesì- neppure evoca il "parametro" comunitario in tesi violato: la censura va disattesa, con le precisazioni che di qui a poco si svolgeranno, in funzione integrativa di quanto sin qui esposto.

3. Quanto alla seconda censura, si rammenta che ivi si sostiene che il contraddittorio non avrebbe in realtà avuto luogo, sia per problematiche di natura formale (in parte coincidenti con quelle prima esaminate) che di tipo sostanziale.

3.1. La semplice cronologia degli accadimenti smentisce tale tesi.

Si rileva, in proposito, che:

in data 1.12.2014 vengono aperte le buste;

il 3.12.2014 vengono analizzate le giustificazioni corredanti l'offerta dell'appellante;

in pari data, il 3.12.2014 vengono richiesti ulteriori chiarimenti;

il 10.12.2014 l'appellante presenta ulteriori giustificazioni;

il 11.12.2014 viene aperta la busta contenente le ulteriori giustificazioni presentate dall'appellante;

il 17.12.2014 si procede all'audizione orale;

il 24.12.2014 viene esclusa l'offerta dell'appellante, in quanto vengono dichiarate non congrue le giustificazioni offerte e viene nominata aggiudicataria provvisoria parte controinteressata odierna appellata.

3.2. Il dipanarsi della procedura, consente, sotto il profilo "quantitativo" di ritenere definitivamente smentito l'argomento relativo alla inosservanza dell'obbligo di contraddittorio, soprattutto in chiave comunitaria.

3.3. Restano da esplorare le ulteriori censure, tese a dimostrare che il detto contraddittorio non fu "effettivo".

3.3.1. L'argomento sostanziale (censura C, pagg. 34 e segg.) sotteso a tale eccezione è da disattendere certamente.

Sostiene parte appellante (con prospettazioni in parte difficilmente conciliabili tra loro, per il vero) che i chiarimenti vennero chiesti su argomenti prima non esplorati e non oggetto di "giustificazioni preventive"; che la stazione appaltante richiese precisazioni e chiarimenti "a tutto campo" anche su argomenti non oggetto di "contrasto", etc.

3.3.2. Rammenta in contrario senso il Collegio (come già, per il vero, posto in luce dal Tar) che è principio consolidato in punto di verifica dell'anomalia dell'offerta, quello per cui (Consiglio di Stato sez. V 22/12/2014 n. 6231 Consiglio di Stato sez. V 05/09/2014 n. 4516) "anche se nelle gare pubbliche la valutazione di congruità dell'offerta deve essere globale e sintetica, e non concentrata esclusivamente ed in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo, dal momento che l'obiettivo dell'indagine è l'accertamento dell'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che lo compongono, non può considerarsi viziato il procedimento di verifica per il fatto che la stazione appaltante e, per essa, la commissione di gara si sia limitata a chiedere le giustificazioni per le sole voci sospette di anomalia e non per le altre, giacché il concorrente, per illustrare la propria offerta e dimostrarne la congruità, può fornire, ex art. 87 comma 1, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, spiegazioni e giustificazioni su qualsiasi elemento dell'offerta e, quindi, anche su voci non direttamente indicate dall'Amministrazione come incongrue sicchè, se un concorrente non è in grado di dimostrare l'equilibrio complessivo della propria offerta con richiamo a voci ed elementi diversi da quelli individuati nella richiesta di giustificazioni, in via di principio ciò non può essere ascritto a responsabilità della stazione appaltante per erronea o inadeguata formulazione della richiesta di giustificazioni."

La Sezione non ravvisa motivi per discostarsi da questo principio, e quindi: ben la stazione appaltante poteva chiedere chiarimenti su altre voci dell'offerta rispetto a quelle oggetto delle "giustificazioni" allegare alla domanda di partecipazione, e, soprattutto, poteva e doveva la offerente –ove avesse avuto seri argomenti per comprovare la correttezza della propria offerta- diffondersi anche su profili non oggetto di approfondimento, al fine di dimostrare il complessivo equilibrio della propria proposta contrattuale.

Se ciò non è avvenuto, non è certo imputabile all'Anas: la censura va disattesa.

Ed appare sintomatico – in senso contrario all'accoglimento della doglianza -che l'appellante censuri l'iniziativa della stazione appaltante su profili che al Collegio appaiono del tutto normali: perché mai, infatti, dovrebbe essere precluso alla stazione appaltante indagare sulla serietà dell'offerta chiedendo alla offerente che questa indichi le imprese produttrici di cui l'offerente si avvale ed i prezzi da questa praticate?

Ciò tanto più che l'appellante non è ditta produttrice?

L'appellante si limita a stigmatizzare tale richiesta come illogica, e ad affermare che essa si era assunta la responsabilità di asseverare come serie le offerte delle ditte fornitrici: ma ciò risulta mera tautologia, e comunque nulla impedisce alla stazione appaltante di verificare se – anche in buona fede, in ipotesi- la stessa offerente non sia incorsa in errori circa la stima dei preventivi da altri redatti.

Negare tale possibilità (invero minimale, ad avviso del Collegio) significa ipotizzare che la fase di verifica dell'anomalia si strutturi in un burocratico controllo di natura formale il che, è proprio ciò che né la legge nazionale, né le direttive comunitarie, ipotizzano.

3.4. Ulteriori vizi del procedimento di verifica dell'anomalia riposerebbero, ad avviso dell'appellante (censura di cui alla lett. B dell'appello, riprodotto del secondo motivo del mezzo di primo grado) nella omessa pubblicità della seduta con la quale è stata dichiarata l'anomalia dell'offerta (seduta tenutasi, si rammenta, il 24.12.2014).

3.4.1. Anche tale argomento critico è infondato.

L'art. 121 comma 3 del d.P.R. 207/2010 così prevede: "1. Ai fini della individuazione della soglia di anomalia di cui all'articolo 86, comma 1, del codice, le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese distintamente nei loro singoli valori in considerazione sia per il calcolo della media aritmetica, sia per il calcolo dello scarto medio aritmetico. Qualora nell'effettuare il calcolo del dieci per cento di cui all'articolo 86, comma 1, del codice siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare ai fini del successivo calcolo della soglia di anomalia.

2. Nel caso di lavori da aggiudicare con il criterio del prezzo piu' basso, di importo pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c), del codice, ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque, per le quali si procede alla verifica di anomalia ai sensi all'articolo 86, comma 1, del codice, il soggetto che presiede la gara chiude la seduta pubblica e ne da' comunicazione al responsabile del procedimento, che procede alla verifica delle giustificazioni presentate dai concorrenti ai sensi dell'articolo 87, comma 1, del codice avvalendosi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante ovvero della commissione di gara, ove costituita. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche ai lavori di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c), del codice e superiore alla soglia di cui all'articolo 122, comma 9, del codice, ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque, nonche' nel caso di lavori di importo pari o inferiore alla soglia di cui all'articolo 122, comma 9, del codice, qualora il bando non preveda l'esclusione automatica delle offerte anomale.

3. Il soggetto che presiede la gara, in seduta pubblica, dichiara l'anomalia delle offerte che, all'esito del procedimento di verifica, sono risultate non congrue e dichiara l'aggiudicazione provvisoria in favore della migliore offerta risultata congrua.

4. Il responsabile del procedimento, oltre ad avvalersi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante o della stessa commissione di gara, ove costituita, qualora lo ritenga necessario puo' richiedere la nomina della specifica commissione prevista dall'articolo 88, comma 1-bis, del codice.

5. La specifica commissione di cui al comma 4 e' nominata utilizzando in via prioritaria personale interno alla stazione appaltante, fatte salve motivate situazioni di carenza di organico o di specifiche competenze tecniche non rinvenibili all'interno della stazione appaltante stessa, attestate dal responsabile del procedimento sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente.

6. Nei casi di cui al comma 5 si procede secondo quanto previsto all'articolo 84, comma 8, del codice.

7. Nel caso di lavori da aggiudicare con il criterio del prezzo piu' basso, di importo pari o superiore alla soglie di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c), del codice, ove il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque e conseguentemente non si procede alla determinazione della soglia di anomalia, qualora la stazione appaltante si avvalga della facolta' di cui all'articolo 86, comma 3, del codice, relativo alla valutazione della congruita' delle offerte, si applicano le disposizioni di cui ai commi da 2 a 6. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche ai lavori di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c), del codice e superiore alla soglia di cui all'articolo 122, comma 9, del codice, ove il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque.

8. Nel caso di lavori da aggiudicare con il criterio del prezzo piu' basso, di importo pari o inferiore alla soglia di cui all'articolo 122, comma 9, del codice, qualora il numero delle offerte ammesse sia inferiore a dieci e di conseguenza non si proceda all'esclusione automatica delle offerte, pur se prevista nel bando, e alla determinazione della soglia di anomalia, il soggetto che presiede la gara chiude la seduta pubblica e ne da' comunicazione al responsabile del procedimento ai fini dell'eventuale verifica di congruita' di cui all'articolo 86, comma 3, del codice. La verifica e' effettuata mediante richiesta delle giustificazioni di cui all'articolo 87, comma 2, del codice, con la procedura di cui all'articolo 88, del codice. Nel caso in cui venga accertata la congruita' delle offerte sottoposte a verifica, ovvero nel caso in cui la stazione appaltante non si avvalga della facolta' di cui all'articolo 86, comma 3, del codice, il soggetto che presiede la gara, in seduta pubblica, aggiudica provvisoriamente la gara. Si applicano i commi 4, 5 e 6.

9. Nel caso di lavori da aggiudicare con il criterio del prezzo piu' basso, di importo pari o inferiore alla soglia di cui all'articolo 122, comma 9, del codice, qualora il bando preveda l'esclusione automatica delle offerte anomale e il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a dieci, il soggetto che presiede la gara procede ad aggiudicare provvisoriamente la gara.

10. Nel caso di lavori da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa, qualora il punteggio relativo al prezzo e la somma dei punteggi relativi agli altri elementi di valutazione delle offerte siano entrambi pari o superiori ai limiti indicati dall'articolo 86, comma 2, del codice, il soggetto che presiede la gara chiude la seduta pubblica e ne da' comunicazione al responsabile del procedimento, che procede alla verifica delle giustificazioni presentate dai concorrenti ai sensi dell'articolo 87, comma 1, del codice avvalendosi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante ovvero della commissione di gara, ove costituita. Si applicano le disposizioni di cui ai commi da 3 a 6.".

L'Amministrazione, ad avviso del Collegio, ottemperò alla detta prescrizione:

l'avviso della indizione della seduta fu pubblicato sul portale informatico (e ciò appare rispettoso del precetto di cui all'art. 77 c.1 del Codice dei contratti: "1. Tutte le comunicazioni e tutti gli scambi di informazioni tra stazioni appaltanti e operatori economici possono avvenire, a scelta delle stazioni appaltanti, mediante posta, mediante fax, per via elettronica ai sensi dei commi 5 e 6, per telefono nei casi e alle condizioni di cui al comma 7, o mediante una combinazione di tali mezzi. Il mezzo o i mezzi di comunicazione prescelti devono essere indicati nel bando o, ove manchi il bando, nell'invito alla procedura").

Secondo parte appellante la comunicazione della indizione della seduta (che egli definisce "non pubblica" in quanto non ebbe a parteciparvi) avrebbe dovuto avvenire con le modalità dell'art. 79 comma 5 e 5bis del TUCP ("5. In ogni caso l'amministrazione comunica di ufficio:

a) l'aggiudicazione definitiva, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva ;

b) l'esclusione, ai candidati e agli offerenti esclusi, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni dall'esclusione.

b-bis) la decisione, a tutti i candidati, di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro .

b-ter) la data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, ai soggetti di cui alla lettera a) del presente comma .

5-bis. Le comunicazioni di cui al comma 5 sono fatte per iscritto, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento o mediante notificazione o mediante posta elettronica certificata ovvero mediante fax, se l'utilizzo di quest'ultimo mezzo è espressamente autorizzato dal concorrente, al domicilio eletto o all'indirizzo di posta elettronica o al numero di fax indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta. Nel caso di invio a mezzo posta o notificazione, dell'avvenuta spedizione e' data contestualmente notizia al destinatario mediante fax o posta elettronica, anche non certificata, al numero di fax ovvero all'indirizzo di posta elettronica indicati in sede di candidatura o di offerta. La comunicazione e' accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lettera c), e fatta salva l'applicazione del comma 4; l'onere può essere assolto nei casi di cui al comma 5, lettere a), b), e b-bis), mediante l'invio dei verbali di gara, e, nel caso di cui al comma 5, lettera b-ter), mediante richiamo alla motivazione relativa al provvedimento di aggiudicazione definitiva, se già inviata. La comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e quella della stipulazione, e la notizia della spedizione sono, rispettivamente, spedita e comunicata nello stesso giorno a tutti i destinatari, salva l'oggettiva impossibilità di rispettare tale contestualità a causa dell'elevato numero di destinatari, della difficoltà di reperimento degli indirizzi, dell'impossibilità di recapito della posta elettronica o del fax a taluno dei destinatari, o altro impedimento oggettivo e comprovato ")

Oblia, però, l'appellante (il quale sostiene di non avere ricevuto la mail che lo avvisava del caricamento sul portale telematico PDM) che il bando di gara al Par A.4 prevedeva l'utilizzo del portale non soltanto limitatamente alla fase di presentazione delle offerte. Non altro senso, infatti, ad avviso del Collegio, può attribuirsi alla espressione ivi contenuta.

Ed oblia (il dato è rimasto incontestato) che essa a più riprese avesse utilizzato il portale telematico PDM, anche per "scaricare" chiarimenti, etc.

Se così, è, "cade" l'argomento relativo alla omessa pubblicità della seduta, mentre il breve preavviso si giustifica sol che si consideri che l'amministrazione si avvaleva (e ciò sin dall'inizio della procedura) della disposizione di cui all'art. 70 comma 11 del TUCP ("Nelle procedure ristrette e nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara, quando l'urgenza rende impossibile rispettare i termini minimi previsti dal presente articolo , nonché nei casi di bonifica e messa in sicurezza di siti contaminati ai sensi della Parte quarta, Titolo V, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 , le stazioni appaltanti, purché indichino nel bando di gara le ragioni dell'urgenza, possono stabilire:

a) un termine per la ricezione delle domande di partecipazione, non inferiore a quindici giorni dalla data di pubblicazione del bando di gara sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, successiva alla trasmissione del bando alla Commissione;

b) e, nelle procedure ristrette, un termine per la ricezione delle offerte non inferiore a dieci giorni, ovvero non inferiore a trenta giorni se il contratto ha per oggetto anche il progetto esecutivo, decorrente dalla data di invio dell'invito a presentare offerte , ovvero non inferiore a quarantacinque giorni se il contratto ha per oggetto anche il progetto definitivo, decorrente dalla medesima data. Tale previsione non si applica nel caso di cui all'articolo 53, comma 2, lettera c)." e neppure parte appellante si spinge a negare che la detta urgenza di appaltare i lavori fosse sussistente.

La doglianza va quindi disattesa.

5. Restano da esplorare le censure di merito contenute nella lett. D) dell'appello, e volte a dimostrare la non anomalia dell'offerta presentata da parte appellante.

5.1. Esse, forse, avrebbero dovuto essere esaminate per prime.

Osserva in proposito il Collegio che in un sistema ricorsuale diverso da quello italiano (che come è noto, tutela anche l'interesse strumentale alla ripetizione della gara in ipotesi di irregolarità formali) un tale preventivo esame avrebbe probabilmente reso inammissibile il ricorso di primo grado per carenza di interesse.

In disparte ogni problematica sulla tardività e novità della produzione documentale (relazione tecnica di parte redatta da un Ingegnere a ciò officiato da parte appellante soltanto il 27.10.2015) effettuata dalla odierna appellante, il Collegio ritiene di rilevare che stante le plurime carenze dell'offerta presentata dall'appellante, questa, infatti, non avrebbe mai potuto rendersi aggiudicataria della gara, con esclusione quindi sia di un possibile interesse reipersecutorio, ma anche di qualsiasi chance di avere attribuita una qualsiasi forma di risarcimento.

5.2. Invero, seppur nel rispetto del consolidato principio -pienamente condiviso dal Collegio- secondo il quale "nelle gare pubbliche l'esame delle giustificazioni, il giudizio di anomalia o di incongruità dell'offerta costituiscono espressione di discrezionalità tecnica di esclusiva pertinenza dell'Amministrazione ed esulano dalla competenza del giudice amministrativo, che può sindacare le valutazioni della Pubblica amministrazione soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi e plateali errori di valutazione abnormi o inficiati da errori di fatto; in tal caso il giudice di legittimità esercita il proprio sindacato, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello dell'Amministrazione e di procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera della Pubblica amministrazione" (*ex aliis*, ancora di recente: Consiglio di Stato sez. V 29/04/2015 n. 2175) è sufficiente compulsare le motivazioni relative al giudizio di anomalia dell'offerta contenute nella relazione allegata al verbale del 17 dicembre 2014 (esattamente definite dal Tar congrue e dettagliate) per percepire un dato.

Le carenze riscontrate dalla stazione appaltante, erano plurime, diffuse ed investivano un ampio e variegato spettro di "voci".

Di più: ad ogni richiesta della stazione appaltante circa i prezzi dei fornitori (Sposato SRL, Il Tronco SRL, Guzzo SRL), l'appellante ha "deviato" le proprie risposte, facendo presente che le ditte predette, a loro volta, si approvvigionavano da terzi, ma senza chiarire alcunché circa le forniture delle ditte in seconda battuta indicate.

E quindi, si verte nella più totale omissione di riscontro alla richiesta dell'appaltante.

La Stazione appaltante aveva reso una considerazione che, prima che giuridica è di buon senso: una volta che si è fatto presente che ci si sarebbe rivolti, per l'approvvigionamento di materie prime (intese quali materiali "principali", quali il cemento, etc) ad intermediari, quale era il prezzo della intermediazione, e come mai di esso non v'era traccia?

Anche tale deduzione ebbe a rimanere, nella sostanza, priva di risposta.

Inoltre, parte appellata ha buon giuoco (pagg. 36 e segg. della memoria datata 12 giugno 2015) nel dimostrare che quanto al prezzo dell'acciaio per il cemento armato, il prezzo indicato dall'appellante si discostava decisamente (e senza riscontro contrario, se non generico) dal prezzo nazionale, e che anche quanto ai mezzi d'opera l'appellante aveva giustificato la propria offerta con un richiamo a "doppi turni di lavoro" che, però, non erano previsti in gara.

Oggi (relazione di parte depositata ad ottobre 2015 in questo grado di giudizio) si richiamano elementi giustificativi vaghi, quale l'andamento congiunturale del mercato, la circostanza che ci si rifornirebbe di cemento in Cina, etc che non sono idonee a parere del Collegio a scalfire l'opinione espressa dalla Stazione appaltante in sede di verifica di anomalia (in disparte, ogni questione sulla tardività del deposito, la novità dello stesso, la circostanza che sui punti ivi affrontati non v'è stato contraddittorio con la Stazione appaltante.

Il Collegio è persuaso che non ricorrano neanche le condizioni per disporre *ex officio* una verifica, sul punto; e parte appellata ha buon giuoco nell'evidenziare che, addirittura, alcuni "parametri giustificativi" (prezziario camera di Commercio di Ferrara del 2015) sono addirittura successivi al momento in cui si svolse la verifica di anomalia (es: pag.10 della replica di parte appellata, depositata il 6.11.2015).

Analoghe conclusioni, possono essere rese quanto alla mancata documentazione della titolarità/possesso dei mezzi (parco macchine) da impiegare (penultimo punto della richiesta, anteriore a quello relativo alle cave ed alle discariche).

5.3. Costituisce in materia *jus receptum* il principio secondo il quale (*ex aliis* Consiglio di Stato sez. V 29/04/2015 n.2175, prima citata) "nelle gare pubbliche l'esclusione dalla procedura per anomalia dell'offerta si fonda su una valutazione da parte della stazione appaltante di complessiva inadeguatezza della stessa rispetto al fine da raggiungere."

Come è noto, il procedimento di verifica dell'anomalia non ha carattere sanzionatorio e non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare in concreto che l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile ed affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto. Esso mira piuttosto a garantire e tutelare l'interesse pubblico concretamente perseguito dall'Amministrazione attraverso la procedura di gara per l'effettiva scelta del miglior contraente possibile ai fini dell'esecuzione dell'appalto, così che l'esclusione dalla gara

dell'offerente per l'anomalia della sua offerta è l'effetto della valutazione (operata dall'Amministrazione appaltante) di complessiva inadeguatezza della stessa rispetto al fine da raggiungere. Un sindacato nel dettaglio sui singoli aspetti è precluso al giudice amministrativo, cui non è consentito procedere ad una autonoma valutazione della congruità o meno di singole voci, non potendosi sostituire ad una attività valutativa rimessa, quanto alla sua intrinseca manifestazione, unicamente all'Amministrazione procedente. (si veda ancora di recente, tra le tante, T.A.R. Aosta -Valle d'Aosta- sez. I 15 aprile 2015 n. 29).

Desumere la complessiva inaffidabilità dell'offerta da una mancata indicazione, di somme di poche migliaia di Euro ovvero da singole modeste lacune apparrebbe illogico e penalizzante: ma allorchè – come nel caso di specie, ad avviso del Collegio- ci si trovi in presente di plurime lacune, omesse indicazioni, e scostamenti, rimasti privi di plausibile giustificazione, di portata incidente su numerosissime voci, appare insindacabile il giudizio di complessiva inaffidabilità reso dalla stazione appaltante.

6. Conclusivamente, il mezzo va disatteso, con conferma della gravata sentenza: dalla immunità da vizi dell'operato dell'amministrazione discende la reiezione anche del petitum risarcitorio proposto. Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

7. Quanto alle spese processuali, esse seguono la soccombenza e pertanto l'appellante deve essere condannata al pagamento delle stesse in favore delle due parti appellate, nella misura che appare equo determinare in Euro 3000 (€ 3000//00) per ciascuna, oltre oneri accessori, se dovuti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge nei termini di cui alla motivazione che precede.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese processuali in favore delle due parti appellate, nella misura di Euro 3000 (€ 3000//00) per ciascuna, oltre oneri accessori, se dovuti

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere, Estensore

Andrea Migliozi, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/02/2016

IL SEGRETARIO