

N. 01034/2017 REG.PROV.COLL.

N. 12965/2016 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 12965 del 2016, proposto da:

Impresa individuale Antonio De Feo Restauri, in persona del titolare e legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Grisostomi Travaglini, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Civitavecchia, 7;

contro

Centrale Unica di Committenza della XI Comunità Montana Castelli Romani e Prenestini, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Roberto Venettoni, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via C. Fracassini n. 18;

Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Mc Appalti di Cristini Mattia, in persona del titolare dell'impresa individuale e legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Giancarlo Di Biase, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Davide Tagliaferri in Roma, via Calabria, 56;

, per l'annullamento

Previa adozione di idonea misura cautelare,

- della nota prot. n. 00004566 del 3 novembre 2016 (doc. 1), con la quale la Stazione appaltante ha respinto l'istanza in autotutela presentata in data 13 ottobre 2016 dalla ricorrente, a seguito della comunicazione di esclusione del 12 ottobre 2016;

- della comunicazione via pec in data 12 ottobre 2016 con la quale è stata inviata alla ricorrente la nota prot. n. 00004272 dell'11 ottobre 2016 (anch'essa impugnata) (doc. 2) con cui la Amministrazione resistente ha disposto e comunicato alla ricorrente la esclusione automatica ai sensi e per gli effetti dell'art. 97, comma 8, del D. Lgs. n. 50/2016 e la proposta di aggiudicazione in favore della ditta controinteressata, trasmettendo formalmente il verbale di gara di seguito indicato;

- del verbale della Commissione di gara dell'11 ottobre 2016 (doc. 3) allegato alla nota di cui sopra nel quale la suddetta Commissione ha disposto, da un lato, l'esclusione automatica dell'offerta della odierna ricorrente ai sensi dell'art. 97, comma 8, del D. Lgs. n. 50/2016 e, dall'altro, la proposta di aggiudicazione in favore dell'impresa controinteressata;

- dell'aggiudicazione definitiva formatasi ai sensi e per gli effetti dell'art. 33 D. Lgs. n. 50/2016, richiamato espressamente dalla Lettera di invito (cfr. art. 19) a seguito dei 30 giorni trascorsi dalla proposta di aggiudicazione;
- per quanto occorrer possa della Lettera di Invito (doc. 4), qualora la Stessa sia da interpretare nel senso dato dalla Stazione appaltante, ossia che era espressamente prevista l'esclusione automatica dell'offerta anomala ai sensi dell'art. 97, comma 8, del D. Lgs. n. 50/2016;
- per quanto occorrer possa, del Comunicato esplicativo emesso dall'ANAC in data 5 ottobre 2016 (doc. 5), qualora lo Stesso sia da interpretare nel senso dato dalla Stazione appaltante, ossia che la Commissione possa ricorrere all'esclusione automatica delle offerte anomale ai sensi dell'art. 97, comma 8, del D. Lgs. n. 50/2016, anche nelle ipotesi in cui tale facoltà non sia stata espressamente indicata negli Atti di gara;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e comunque consequenziale, ancorché incognito, che incida sfavorevolmente nella sfera giuridico patrimoniale della ricorrente;

per la declaratoria di inefficacia

del contratto eventualmente stipulato e/o stipulando con la società aggiudicataria;

e per la conseguente condanna

della Comunità resistente al risarcimento in forma specifica, mediante aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente e subentro nel contratto eventualmente stipulato ovvero, in subordine, al risarcimento per equivalente dei danni subiti dalla ricorrente in conseguenza dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della MC Appalti di Cristini Mattia e dell'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2016 la dott.ssa Ofelia Fratamico e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Con il ricorso in epigrafe il sig. Antonio De Feo, titolare dell'impresa individuale Antonio De Feo Restauri, ha chiesto al Tribunale di annullare, previa sospensione dell'efficacia, a) il provvedimento prot. n. 4566 del 3.11.2016 con cui la Centrale Unica di Committenza della XI Comunità Montana Castelli Romani e Prenestini aveva rigettato la sua istanza di autotutela in relazione all'esclusione dalla procedura negoziata per l'affidamento dei lavori così indicati: "Tuscolo – Luogo Primitivo dell'Anima", Lotto: opere di archeologia nel Comune di Monte Porzio Catone, b) la nota prot. n. 4272 dell'11.10.2016, con cui l'Amministrazione le aveva comunicato la sua esclusione automatica dalla suddetta procedura, c) il verbale della Commissione di gara dell'11.10.2016, con cui era stata disposta l'esclusione stessa ed era stata proposta l'aggiudicazione in favore della controinteressata M.C. Appalti di Cristini Mattia; d) l'aggiudicazione definitiva; e) la lettera di invito, se da interpretare nel senso della previsione dell'esclusione automatica delle offerte anomale; f) il comunicato esplicativo dell'ANAC del 5.10.2016; g) ogni atto presupposto, connesso e comunque consequenziale del procedimento.

A sostegno della sua domanda la ricorrente ha dedotto: violazione di legge, violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 97 del d.lgs. n. 50/2016, della lex specialis (e, in particolare, degli artt. 18 e 19 della lettera d'invito), dell'art. 55 della direttiva 2004/18/CE, dell'art. 69 della direttiva 2014/24/UE e dell'art. 97 della Costituzione; violazione e falsa applicazione dei principi dell'autovincolo, della par condicio concurrentium e del favor participationis, eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, erroneità dei presupposti, travisamento di atti e fatti, erroneità della motivazione, illogicità e contraddittorietà, sviamento, sproporzione, manifesta ingiustizia.

Si sono costituite in giudizio la Centrale Unica di Committenza della XI Comunità Montana dei Castelli Romani e Prenestini e la controinteressata, impresa individuale M.C. Appalti di Cristini Mattia, chiedendo il rigetto del ricorso, in quanto infondato.

Alla camera di consiglio del 14.12.2016, fissata per la discussione della sospensiva, la causa è stata, dunque trattenuta in decisione ex art. 60 c.p.a., sussistendone i presupposti di legge.

La ricorrente, che, nella procedura indetta dalla Centrale Unica di Committenza, da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso, aveva presentato il maggior ribasso (40,500%) ed era stata per tale offerta automaticamente esclusa, ha impugnato la sua esclusione ed il rigetto da parte dell'Amministrazione della sua richiesta di autotutela su tale provvedimento, in primo luogo per violazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, deducendo che in mancanza di una espressa previsione nella lex specialis della possibilità di fare ricorso all'esclusione automatica così come disciplinata dall'art. 97 comma 8 del d.lgs.n.50/2016 la Stazione Appaltante non avrebbe potuto procedere all'esclusione automatica dell'offerta ritenuta anomala, ma avrebbe dovuto avviare il sub-procedimento di anomalia in contraddittorio con essa.

Tale censura è fondata e meritevole di accoglimento: il dettato dell'art. 97 comma 8 del d.lgs. n. 50/2016, che stabilisce che "per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso...", la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2. In tal caso non si applicano i commi 4, 5 e 6. Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci", è chiaro nel richiedere espressamente all'Amministrazione che intenda avvalersi dell'esclusione automatica delle offerte anomale di indicare tale facoltà nel bando di gara con apposita clausola.

Gli artt. 18 e 19 della lettera di invito, per cui "la valutazione delle offerte anormalmente basse" sarebbe avvenuta "sulla base dei criteri indicati dall'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016" e "secondo cui "nell'esercizio della facoltà prevista dall'art. 97 comma 1 del nuovo Codice" si sarebbe proceduto "alla valutazione della congruità delle offerte ritenute anormalmente basse secondo le modalità indicate dall'art. 97 del nuovo Codice" non recano, invece, alcuna espressa previsione in tal senso, richiamando, tra l'altro, una disposizione come il comma 1 dell'art. 97 del Codice indicativa proprio dell'assenza dell'esclusione automatica, in quanto relativa ai chiarimenti che gli operatori possono fornire in caso di offerte che appaiano anormalmente basse.

Alla luce di tali considerazioni e della necessità di interpretare la lex specialis secondo i principi comunitari di massima partecipazione e di rispetto del contraddittorio con le imprese partecipanti - che, avversi ad ogni rigido automatismo, impongono di avvisare i concorrenti sulle conseguenze che la formulazione delle loro offerte potrebbe avere, permettendo loro, così di elaborarle in modo consapevole - il ricorso deve essere dunque accolto, con annullamento dell'esclusione della ricorrente dalla procedura, del diniego di autotutela da parte dell'Amministrazione e di tutti gli atti connessi e consequenziali del procedimento.

Nessuna illegittimità può, al contrario essere riscontrata né nei ricordati articoli della lettera d'invito, non interpretabili nel senso attribuito loro dall'Amministrazione, né nel Comunicato dell'ANAC, relativo all'impossibilità di procedere all'esclusione automatica anche ove espressamente prevista, quando il numero delle offerte ammesse sia inferiore a dieci ed all'opportunità di specificare tale eventualità nella documentazione di gara.

L'annullamento dell'esclusione della ricorrente, che aveva formulato l'offerta con il maggior ribasso, e di tutti gli atti connessi, stante il potere-dovere della Stazione Appaltante di concludere la procedura, costituisce soddisfazione in forma specifica dell'interesse fatto valere con il ricorso e rende superflua ogni pronuncia sulla domanda di risarcimento del danno per equivalente, proposta, del resto, solo in via subordinata.

Le spese tra la ricorrente e l'Amministrazione la seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo, mentre le spese tra la ricorrente e l'ANAC e la controinteressata possono essere compensate in considerazione della riconducibilità alla Stazione Appaltante dell'errore interpretativo all'origine della controversia.

P.Q.M.

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

definitivamente pronunciando,

- accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla l'esclusione della ricorrente dalla gara e tutti gli atti connessi;
- condanna la Centrale di Committenza alla rifusione in favore della ricorrente delle spese di lite, liquidate in complessivi € 1.500,00 oltre al contributo unificato ed oltre agli accessori di legge;
- compensa le spese tra la ricorrente e l'ANAC e la controinteressata.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Elena Stanizzi, Presidente

Antonella Mangia, Consigliere

Ofelia Fratamico, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE  
Ofelia Fratamico

IL PRESIDENTE  
Elena Stanizzi