

E' corretto affermare che soltanto dopo l'emanazione del codice dei contratti (articolo 88 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 smi) , esiste l' l'obbligo di necessario svolgimento di una diretta interlocuzione fra stazione appaltante ed offerente (successiva

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Solo per i bandi pubblicati dopo l'entrata in vigore del codice dei contratti (decreto legislativo 163/2006 smi) vige l'obbligo del contraddittorio in quanto in materia di procedimento di verifica e di esclusione delle offerte anormalmente basse, il

D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 prevede che :_la richiesta di giustificazioni è formulata per iscritto e può indicare le componenti dell'offerta ritenute anormalmente basse, ovvero, alternativamente o congiuntamente, invitare l'offerente a dare tutte le giustificazioni che ritenga utili _ all'offerente è assegnato un termine non inferiore a dieci giorni per presentare, per iscritto, le giustificazioni richieste; la stazione appaltante, se del caso mediante una commissione costituita secondo i criteri fissati dal regolamento di cui all'articolo 5, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle giustificazioni fornite, e può chiedere per iscritto ulteriori chiarimenti, se resi necessari o utili a seguito di tale esame, assegnando un termine non inferiore a cinque giorni lavorativi _ prima di escludere l'offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la stazione appaltante convoca l'offerente con un anticipo non inferiore a cinque giorni lavorativi e lo invita a indicare ogni elemento che ritenga utile _ se l'offerente non si presenta alla data di convocazione stabilita, la stazione appaltante può prescindere dalla sua audizione.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 10498 del 25 ottobre 2007 emessa dal Tar Lazio, Roma, che conferma, per gli appalti indetti in regime di codice dei contratti, l'obbligo di ascoltare personalmente le giustificazioni da parte dell'impresa la cui offerta è stata considerata anomala

< La correttezza dell'iter sub-procedimentale come sopra svoltosi non si rivela inficiata - quanto alla lamentata carenza di modalità di diretta interlocuzione espresse dall'audizione della A.T.I. ricorrente - anche con riguardo alle previsioni dettate, in materia di procedimento di verifica e di esclusione delle offerte anormalmente basse, dal D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163

L'art. 55 di tale testo normativo ha stabilito, in attuazione delle previsioni al riguardo dettate dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, che:

la richiesta di giustificazioni è formulata per iscritto e può indicare le componenti dell'offerta ritenute anormalmente basse, ovvero, alternativamente o congiuntamente, invitare l'offerente a dare tutte le giustificazioni che ritenga utili;

all'offerente è assegnato un termine non inferiore a dieci giorni per presentare, per iscritto, le giustificazioni richieste;

la stazione appaltante, se del caso mediante una commissione costituita secondo i criteri fissati dal regolamento di cui all'articolo 5, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle giustificazioni fornite, e può chiedere per iscritto ulteriori chiarimenti, se resi necessari o utili a seguito di tale esame, assegnando un termine non inferiore a cinque giorni lavorativi;

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

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

Se il contenuto del procedimento de quo, come sopra sintetizzato, implica (ora) il necessario svolgimento di una diretta interlocuzione fra stazione appaltante ed offerente (successiva all'esame cartolare delle giustificazioni da quest'ultimo addotte), va tuttavia osservato come la disciplina introdotta, sul profilo in esame, dal D.Lgs. 163/2006 sia inoperante, *ratione temporis*, relativamente alla presente vicenda contenziosa.

Nel rammentare come il bando di gara che ha dato avvio alla procedura di selezione sia stato pubblicato in G.U.R.I. del 18 maggio 2006, va rilevato come le previsioni dettate dal D.Lgs. 163/2006 (pubblicato in Suppl. ordinario n. 107 alla G.U.R.I. del 2 maggio 2006 n. 100), siano entrate in vigore (ai sensi dell'art. 257) sessanta giorni dopo la pubblicazione: in epoca, cioè, successiva alla pubblicazione del bando di gara.

Costituisce costante insegnamento giurisprudenziale (cfr. Cons. Stato, V, 18 settembre 2002 n. 4752 e 21 aprile 2006 n. 2260; nonché T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 8 febbraio 2007 n. 223 e 19 giugno 2006 n. 1021), il principio per cui il bando di una gara di appalto è atto amministrativo a carattere normativo (lex specialis della procedura), rispetto al quale l'eventuale jus superveniens di abrogazione o di modifica di clausole non ha effetti innovativi (salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela).

Deve quindi escludersi che dell'audizione dell'impresa la cui offerta sia stata sospettata di anomalia, con carattere di obbligatorietà introdotta dall'art. 88 del D.Lgs. 163/2006, potesse trovare applicazione anche a fattispecie insorte precedentemente all'entrata in vigore di tale testo normativo; dovendosi, ulteriormente, escludersi che la lex specialis di gara recasse indicazione alcuna atta ad annettere carattere di cogenza a siffatta modalità di svolgimento del contraddittorio previsto nell'ambito del procedimento di verifica della congruità delle offerte.>

Ecco l'attuale normativa:

Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163

Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE

(...)

Art. 86. Criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse

(art. 21, co. 1-bis, legge n. 109/1994; art. 64, co. 6 e art. 91, co. 4, d.P.R. n. 554/1999; art. 19, d.lgs. n. 358/1992; art. 25, d.lgs. n. 157/1995; art. 25, d.lgs. n. 158/1995)

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 comparativamente 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.

(comma introdotto dall'articolo 1, comma 909, lettera a), legge n. 296 del 2006, poi così sostituito dall'articolo 8, comma 1, legge n.123 del 2007)

3-ter. Il costo relativo alla sicurezza non può essere comunque soggetto a ribasso d'asta.
(comma così sostituito dall'articolo 8, comma 1, legge n. xxx del 2007)

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.

5. 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.

Art. 87. Criteri di verifica delle offerte anormalmente basse

(art. 55, dir. 2004/18; art. 57, dir. 2004/17; art. 21, co. 1-bis, legge n. 109/1994; art. 19, d.lgs. n. 358/1992; art. 25, d.lgs. n. 157/1995; art. 25, d.lgs. n. 158/1995; art. unico, legge n. 327/2000)

1. Quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede all'offerente le

giustificazioni, eventualmente necessarie in aggiunta a quelle già presentate a corredo dell'offerta, ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta medesima.

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) (lettera abrogata dall'articolo 1, comma 909, lettera b), legge n. 296 del 2006)
- 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 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, d.P.R. 3 luglio 2003, n. 222. 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.

(comma così modificato dall'articolo 1, comma 909, lettera c), legge n. 296 del 2006), poi dall'articolo 3 del d.lgs. n. 6 del 2007

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.

(comma introdotto dall'articolo 1, comma 909, lettera d), legge n. 296 del 2006)

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. Procedimento di verifica e di esclusione delle offerte anormalmente basse
(art. 55, dir. 2004/18; art. 57, dir. 2004/17; art. 21, legge n. 109/1994; art. 89, d.P.R. n. 554/1999)

1. La richiesta di giustificazioni è formulata per iscritto e può indicare le componenti dell'offerta ritenute anormalmente basse, ovvero, alternativamente o congiuntamente, invitare l'offerente a dare tutte le giustificazioni che ritenga utili.

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

3. La stazione appaltante, se del caso mediante una commissione costituita secondo i criteri fissati dal regolamento di cui all'articolo 5, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle giustificazioni fornite, e può chiedere per iscritto ulteriori chiarimenti, se resi necessari o utili a seguito di tale esame, assegnando un termine non inferiore a cinque giorni lavorativi.

4. Prima di escludere l'offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la stazione appaltante convoca l'offerente con un anticipo non inferiore a cinque 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 esclude, procede nella stessa maniera progressivamente nei confronti delle successive migliori offerte, fino ad individuare la migliore offerta non anomala.

A cura di*****j

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 10498 del 25 ottobre 2007 emessa dal Tar Roma, Lazio

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO N. 2359 Reg. Ric.

Sezione I

ha pronunciato la seguente

Sentenza

sul ricorso n. 2359 del 2007, proposto da ALFA ScpA, società consortile di informatica delle Camere di Commercio Italiane e da ALFA BIS Sistemi S.p.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti, in proprio e quali capogruppo mandataria e mandante del raggruppamento temporaneo di imprese costituendo, rappresentate e difese dagli avv.ti ***** e ***** d'Acì, presso lo studio del primo elettivamente domiciliate, in Roma, viale di Villa ***** n. 13

contro

il CNIPA - Centro nazionale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale è elettivamente domiciliato, in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12

e nei confronti

del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese tra BETA -S.p.A. e BETA BIS s.r.l., nella persona dei rispettivi legali rappresentanti, non costituitesi in giudizio

per l'annullamento

della comunicazione del CNIPA prot. n. 0001848 del 23 febbraio 2007, ricevuta successivamente, recante la dichiarazione di anomalia dell'offerta economica della ricorrente e, per l'effetto, l'esclusione dalla procedura per l'affidamento dei "servizi informatici di sviluppo software, hardware e servizi strumentali per la realizzazione e messa in esercizio del sistema denominato "x-leges";

dei verbali relativi al procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta svolto dalla commissione;

nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale.

Visto il ricorso con la relativa documentazione;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 10 ottobre 2007 il dr. *****; uditi altresì i procuratori delle parti come da verbale d'udienza.

Ritenuto in fatto ed in diritto quanto segue:

Fatto

Con bando di gara pubblicato in G.U.R.I. del 18 maggio 2006, il CNIPA ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei servizi informatici di sviluppo software, hardware e servizi strumentali per la realizzazione e messa in esercizio del sistema denominato "x-leges", della durata di trenta mesi, con importo a base di gara pari a € 1.030.000,00 oltre IVA.

Nel soggiungere come il criterio di aggiudicazione fosse quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (con riconoscimento di un punteggio massimo di punti 60 all'offerta tecnica e di punti 40 per l'offerta economica), evidenzia parte ricorrente di aver ottenuto, in seguito all'apertura delle buste contenenti quest'ultima, il massimo punteggio, con conseguente graduazione al primo posto.

Quantificata dalla commissione procedente la soglia di anomalia in misura pari al 31,74%, a fronte del ribasso offerto da ALFA (41,83%) l'organo di gara invitava parte ricorrente a fornire giustificazioni a conforto della congruità del prezzo offerto.

La relazione di chiarimenti inviata alla commissione dal costituendo raggruppamento ALFA - ALFA BIS Sistemi si rivelava inidonea a scongiurare la formulazione, ad opera della commissione stessa, di un

giudizio di anomalia dell'offerta, che conduceva all'esclusione dalla gara delle odierne ricorrenti.

I motivi di censura dedotti avverso l'impugnata determinazione possono così riassumersi:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 55 della Direttiva 2004/718/CEE anche in relazione all'art. 97 della Costituzione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 25 del D.Lgs. 157/1995 e successive modificazioni e integrazioni. Violazione e falsa applicazione della legge 241/1990, con particolare riferimento all'art. 7. Violazione e falsa applicazione della lex di gara, con specifico riferimento alla lettera del CNIPA del 30 gennaio 2007. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza dei presupposti, illogicità e contraddittorietà. Eccesso di potere per violazione dei consolidati principi giurisprudenziali in materia di verifica di anomalia e contraddittorio successivo. Sviamento.

Non sarebbe stato consentito dalla Stazione appaltante lo svolgimento di un completo "contraddittorio successivo" rispetto alle giustificazioni rese dalla pare ricorrente.

Tale condotta avrebbe integrato una violazione della richiamata disciplina di profanazione comunitaria, oltre che di un consolidato insegnamento giurisprudenziale che avrebbe ripetutamente ribadito l'esigenza di pienezza del contraddittorio onde trattasi.

Né il principio onde trattasi riceverebbe, ad avviso della parte ricorrente, alcuna attenuazione laddove, come nel quadro della vicenda all'esame, le giustificazioni sollecitate a fronte della sospettata anomalia dell'offerta vengano differite ad una fase successiva al momento dell'apertura dei pieghi recanti l'offerta economica presentata da ciascuna impresa partecipante alla gara.

Nel merito del contestato giudizio di anomalia, la Stazione appaltante ha rilevato:

il mancato computo, nell'offerta economica, dei quattro responsabili indicati nell'offerta tecnica (non

risultando, per l'effetto, computato il relativo costo);

la durata del periodo di erogazione del servizio di manutenzione adeguativi e correttiva inferiore a quella prevista nel capitolato tecnico (22 mesi in luogo di 24);

l'incongruità del numero dei giorni lavorativi computati ai fini del calcolo dell'incidenza economica del costo relativo al servizio di help desk;

l'erroneità del computo per 52 giorni/uomo (in luogo dei 72 indicati nell'offerta tecnica) relativamente alla voce riguardante il servizio di formazione.

A fronte degli esposti rilievi, pare ricorrente ha analiticamente controdedotto, assumendo l'erroneità del giudizio espresso dalla Commissione di gara.

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

Sollecita ulteriormente parte ricorrente - ai sensi dell'art. 7, lett. c), della l. 21 luglio 2000 n. 205 (che ha sostituito l'art. 35 del D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80) - il riconoscimento del pregiudizio asseritamente sofferto a seguito dell'esecuzione dell'atto impugnato, con riveniente accertamento del danno e condanna dell'Amministrazione intimata alla liquidazione della somma a tale titolo spettante.

L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.

Il ricorso viene ritenuto per la decisione alla pubblica udienza del 10 ottobre 2007.

Diritto

1. Viene in primo luogo in considerazione la censura con la quale parte ricorrente assume che la determinazione di esclusione, assunta dalla Stazione appaltante a seguito della condotta verifica della congruità dell'offerta economica, sarebbe viziata in ragione dell'illegittimo svolgimento della relativa procedura: in particolare argomentandosi l'omessa attivazione del necessario contraddittorio endoprocedimentale.

A seguito dell'invito formulato dalla commissione di gara, parte ricorrente ha illustrato di aver presentato una analitica relazione giustificativa in relazione ai rilevati profili di rilevata incongruità: soggiungendo, peraltro, che la relativa disamina, ad opera della commissione stessa, non sia stata seguita - come invece imposto dalla vigente disciplina in materia - da una fase di diretta interlocuzione.

La valenza asseritamente inficiante indotta da tale omissione, ad avviso di parte ricorrente, troverebbe ulteriore elemento di conferma nel contenuto nella nota indirizzata da CNIPA in data 30 gennaio 2007, nella quale si precisa che "ove l'esame della giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incongruità dell'offerta, la Commissione di gara potrà richiedere a codesto costituendo raggruppamento di integrare i documenti giustificativi", soggiungendosi che "prima dell'eventuale esclusione dell'offerta anormalmente bassa, la Commissione di gara potrà disporre un'ulteriore verifica in contraddittorio con audizione del concorrente".

1.1 La censura - con la quale viene sostenuta l'illegittimità della determinazione di esclusione dalla gara per anomalia dell'offerta in difetto di preventiva verifica in contraddittorio - non merita accoglimento.

In argomento, costituisce principio generale quello per cui, in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, l'organo di gara non può procedere all'esclusione dell'impresa senza averle prima consentito di presentare osservazioni volte a dissipare ogni sospetto di anomalia: e ciò anche laddove la *lex specialis* di gara abbia imposto la preventiva allegazione di documentazione attestante l'analisi dei costi.

Invero, la necessità di un contraddittorio discende oltre che da principi di derivazione comunitaria, ispirati ad esigenze di par condicio, anche da quello di massima partecipazione alle gare, quest'ultimo da intendersi in senso sostanziale, nel senso di dover estromettere solo quelle offerte che si rivelino effettivamente non affidabili, valutazione operabile solo all'esito di un adeguato confronto tra stazione

appaltante ed impresa sugli elementi ritenuti di sospetta anomalia; del resto, su tale aspetto l'esigenza di scongiurare estromissioni ingiustificate appare maggiormente stimolata proprio dalla ricerca di un equilibrio da parte della Stazione appaltante tra massima convenienza, trattandosi delle migliori offerte risultanti dal confronto concorrenziale, ed affidabilità, indagine che non può essere limitata ad un accertamento unilaterale dell'Amministrazione, che potrebbe finire con il privarsi di una proposta contrattuale, forse la migliore, senza che di tanto possano sussistere effettive ragioni.

Né tale esigenza può ritenersi compiutamente soddisfatta dalla presentazione di una preventiva giustificazione dei costi, laddove la relativa documentazione sia, in ipotesi, prevista nella lex di gara; quest'ultima assumendo, invero, una funzione meramente descrittiva delle singole componenti dell'offerta e presentando lo stesso carattere di unilateralità, questa volta dal lato dell'impresa partecipante, che connota la verifica degli elementi di anomalia in assenza di contraddittorio.

Le giustificazioni hanno invece ad oggetto determinati aspetti dell'offerta ritenuti sospetti dall'Amministrazione e su cui l'impresa deve essere chiamata a difendersi attraverso la presentazione di deduzioni ed argomentazioni che possono andare ben oltre l'originario ed essenziale contenuto: in altri termini, le giustificazioni hanno, rispetto all'analisi preventiva dei costi, una diversa funzione, collocandosi in esclusiva chiave difensiva della partecipazione, mirando piuttosto che all'analisi descrittiva dell'offerta alla sua concreta sostenibilità.

Pertanto, una volta conosciuta l'offerta e nota la sua composizione, ove ritenuta sospetta, l'Amministrazione deve dare vita alla necessaria fase contraddittoria volta a consentire all'impresa di difenderne la sostenibilità, e ciò proprio in chiave di massimizzazione dell'interesse pubblico all'ottenimento della migliore prestazione al prezzo più conveniente.

1.2. L'esigenza di svolgimento in contraddittorio del procedimento di verifica della congruità dell'offerta non implica, tuttavia, che lo svolgimento del relativo sub-procedimento debba necessariamente contemplare l'audizione dell'impresa interessata.

La Corte di Giustizia delle Comunità Europee (sentenza del 27 novembre 2001) ha infatti precisato le condizioni procedurali del procedimento di verifica dell'offerta anomala, stabilendo alcuni principi

generali per la legittimità del procedimento di verifica.

In tale circostanza, è stata affermata l'inammissibilità dell'esclusione automatica dalla gara di un'offerta superiore alla soglia dell'anomalia; stabilendosi, ulteriormente, la necessità che l'impresa abbia la concreta possibilità di fornire gli opportuni chiarimenti e gli elementi giustificativi dell'offerta, che saranno valutati da parte della stazione appaltante.

Non sussiste invece, come sostenuto da parte ricorrente, un obbligo a carico della Stazione appaltante, di procedere all'audizione orale del rappresentante dell'impresa, come ha successivamente ribadito la giurisprudenza amministrativa, la ha precisato che la normativa vigente impone "espressamente che l'esclusione dalla gara di una offerta sospetta di anomalia può avvenire solo all'esito di una procedura di verifica dell'offerta stessa da effettuare in contraddittorio, ai sensi dell'art. 30, n. 4, della direttiva CEE 93/37/CEE del 14 giugno 1993, senza tuttavia prevedere in alcun modo che il procedimento in contraddittorio presupponga anche l'audizione della ditta la cui offerta è stata sospetta in anomalia (T.A.R. Lazio, sez. III, 11 luglio 2006 n. 5765).

In altri termini, l'offerta sospettata di anomalia deve formare oggetto di verifica in contraddittorio mediante instaurazione di un sub-procedimento all'interno del procedimento di scelta del contraente, collocato dopo la fase dell'apertura delle buste e prima dell'aggiudicazione dell'appalto (che si articola in tre fasi: richiesta delle giustificazioni dell'offerte da parte dell'amministrazione aggiudicatrice; presentazione dei chiarimenti, precisazioni e degli eventuali elementi giustificativi dell'offerta da parte della ditta la cui offerta sia stata sospettata di anomalia; verifica e valutazione delle giustificazioni e dei chiarimenti da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice), senza tuttavia prevedere in alcun modo che il procedimento stesso presupponga anche l'audizione diretta della ditta interessata (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 6 luglio 2004 n. 5013).

1.3 Nella fattispecie all'esame, CNIPA risulta aver invitato (nota del 30 gennaio 2007) la ricorrente costituenda A.T.I. a fornire chiarimenti in ordine alla composizione dell'offerta economica; in tale circostanza ponendo ulteriormente in evidenza che, "ove l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incongruità dell'offerta, la Commissione di gara potrà richiedere ... di integrare i documenti giustificativi"; e, "prima dell'eventuale esclusione dell'offerta anormalmente bassa, ... potrà disporre un'eventuale verifica in contraddittorio con audizione del concorrente".

Gli elementi conoscitivi come sopra richiesti venivano forniti a cura dell'odierna ricorrente con nota del 15 febbraio 2007.

Nella seduta tenutasi il successivo 19 febbraio la Commissione procedeva ad un'analitica disamina della documentazione di cui sopra, conclusivamente rassegnando un giudizio di inidoneità dell'offerta in quanto "anormalmente bassa rispetto alle prestazioni richieste dal CNIPA ed offerte dall'Unità concorrente": conseguentemente disponendo l'esclusione della costituenda A.T.I. dalla graduatoria provvisoria della gara.

Avuto riguardo a quanto in precedenza riportato, deve quindi rilevarsi come la procedura di verifica si sia svolta correttamente, atteso che dalla documentazione di gara risulta che CNIPA abbia condotto una scrupolosa istruttoria per il tramite della commissione tecnica, in esito alla quale sono state esposte in maniera chiara e precisa le ragioni per le quali le fornite giustificazioni non sono state ritenute soddisfacenti al fine di verificare la serietà ed attendibilità dell'offerta nel suo complesso.

1.4 La correttezza dell'iter sub-procedimentale come sopra svoltosi non si rivela inficiata - quanto alla lamentata carenza di modalità di diretta interlocuzione espresse dall'audizione della A.T.I. ricorrente - anche con riguardo alle previsioni dettate, in materia di procedimento di verifica e di esclusione delle offerte anormalmente basse, dal D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163

L'art. 55 di tale testo normativo ha stabilito, in attuazione delle previsioni al riguardo dettate dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, che:

la richiesta di giustificazioni è formulata per iscritto e può indicare le componenti dell'offerta ritenute anormalmente basse, ovvero, alternativamente o congiuntamente, invitare l'offerente a dare tutte le giustificazioni che ritenga utili;

all'offerente è assegnato un termine non inferiore a dieci giorni per presentare, per iscritto, le giustificazioni richieste;

la stazione appaltante, se del caso mediante una commissione costituita secondo i criteri fissati dal regolamento di cui all'articolo 5, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle giustificazioni fornite, e può chiedere per iscritto ulteriori chiarimenti, se resi necessari o utili a seguito di tale esame, assegnando un termine non inferiore a cinque giorni lavorativi;

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

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

Se il contenuto del procedimento de quo, come sopra sintetizzato, implica (ora) il necessario svolgimento di una diretta interlocuzione fra stazione appaltante ed offerente (successiva all'esame cartolare delle giustificazioni da quest'ultimo addotte), va tuttavia osservato come la disciplina introdotta, sul profilo in esame, dal D.Lgs. 163/2006 sia inoperante, *ratione temporis*, relativamente alla presente vicenda contenziosa.

Nel rammentare come il bando di gara che ha dato avvio alla procedura di selezione sia stato pubblicato in G.U.R.I. del 18 maggio 2006, va rilevato come le previsioni dettate dal D.Lgs. 163/2006 (pubblicato in Suppl. ordinario n. 107 alla G.U.R.I. del 2 maggio 2006 n. 100), siano entrate in vigore (ai sensi dell'art. 257) sessanta giorni dopo la pubblicazione: in epoca, cioè, successiva alla pubblicazione del bando di gara.

Costituisce costante insegnamento giurisprudenziale (cfr. Cons. Stato, V, 18 settembre 2002 n. 4752 e 21 aprile 2006 n. 2260; nonché T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 8 febbraio 2007 n. 223 e 19 giugno 2006 n. 1021), il principio per cui il bando di una gara di appalto è atto amministrativo a carattere normativo (*lex specialis* della procedura), rispetto al quale l'eventuale *jus superveniens* di abrogazione o di modifica di clausole non ha effetti innovativi (salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela).

Deve quindi escludersi che dell'audizione dell'impresa la cui offerta sia stata sospettata di anomalia, con carattere di obbligatorietà introdotta dall'art. 88 del D.Lgs. 163/2006, potesse trovare applicazione anche a fattispecie insorte precedentemente all'entrata in vigore di tale testo normativo; dovendosi, ulteriormente, escludersi che la *lex specialis* di gara recasse indicazione alcuna atta ad annettere carattere di cogenza a siffatta modalità di svolgimento del contraddittorio previsto nell'ambito del procedimento di verifica della congruità delle offerte.

2. Se, alla stregua di quanto sopra posto in evidenza, la censura riguardante l'affermata irregolarità dello svolgimento procedimentale de quo si rivela infondata, parimenti inaccoglibili sono le doglianze con le quali parte ricorrente ha, nel merito, contestato le valutazioni che hanno condotto la Commissione di gara ad esprimere il gravato giudizio di anomalia dell'offerta dal medesimo presentata.

2.1 In materia, va preliminarmente rammentato come il giudizio sull'anomalia delle offerte non attenga al merito dell'azione amministrativa, in quanto non implicante la diretta valutazione dell'interesse pubblico in concreto perseguito con l'atto impugnato, ma costituisca tipica valutazione tecnico-discrezionale che non sfugge, aprioristicamente, al sindacato giurisdizionale.

In tali giudizi, che si atteggiavano alla stregua di espressione di discrezionalità tecnica, l'adito organo di giustizia può limitarsi al controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito nell'attività amministrativa se ciò appare sufficiente per valutare la legittimità del provvedimento impugnato e non emergano spie tali da giustificare una ripetizione, secondo la tecnica del sindacato intrinseco, delle indagini specialistiche; purtuttavia l'esercizio del sindacato potendo estendersi, ove ciò sia necessario ai fini della verifica della legittimità della statuizione gravata, alla verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2005 n. 7059 e sez. IV, 5 agosto 2005 n. 4196).

In ogni caso, il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica non può sfociare nella sostituzione dell'opinione del giudice a quella espressa dall'organo amministrativo ove tale opinione, pur se non condivisa sul piano soggettivo in dipendenza della fisiologica opinabilità che connota la interpretazione e applicazione di scienze non esatte, non venga considerata errata sul piano della tecnica, essendo compito primario del giudice verificare se il potere amministrativo sia stato esercitato con un utilizzo delle regole tecniche conforme a criteri di logicità, congruità, ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti (Cons. Stato, sez. IV, 12 dicembre 2005 n. 7035).

2.2 Se, alla stregua di quanto precedentemente sottolineato, l'adeguatezza delle giustificazioni addotte dall'impresa in ordine al carattere anomalo dell'offerta costituisce oggetto di discrezionalità tecnica della commissione di gara sindacabile solo sul piano della logicità e coerenza e della veridicità dei presupposti di fatto (con la conseguenza che non è sufficiente contrapporre alla verifica effettuata

dall'Amministrazione una propria autonoma valutazione, senza individuare elementi oggettivi dai quali desumere in maniera indubitabile l'illogicità od incoerenza della valutazione dell'Amministrazione stessa), deve escludersi la fondatezza delle argomentazioni con le quali parte ricorrente ha - sia pur analiticamente - sostenuto l'erroneità dell'apprezzamento che ha condotto alla formulazione del giudizio di esclusione.

2.2.1 Nel quadro dei riscontrati profili di anomalia, viene in primo luogo in considerazione la figura professionale del Capo Progetto, per il quale parte ricorrente ha previsto un impegno totale pari a 90 giorni/persona.

Secondo quanto argomentato nel provvedimento di esclusione - il quale, sul punto, riporta le osservazioni rassegnate dalla Commissione di gara - dall'analisi del Piano di Progetto, tale figura professionale è risultata assente, mentre in esso sono contemplate le figure del Responsabile del Progetto (RdP), del Responsabile dello sviluppo software (R-SW), del Responsabile della Qualità (RAQ) e del Responsabile dei Servizi (RSE): solo per il secondo di essi risultando contemplata una quantificazione del carico di lavoro, pari a 90 giorni/persona.

Parte ricorrente ha sostenuto, ex adverso, che i quattro diversi responsabili sopra indicati rivestirebbero, tutti, la qualifica dirigenziale, con conseguente possibilità di unitaria considerazione - attesa l'omogeneità del trattamento economico ad essi spettante - ai fini della formulazione dell'offerta.

Tale considerazione, invero, non fornisce adeguata giustificazione, secondo quanto affermato dall'organo di gara, della difformità rilevata fra il Piano di progetto presentato dall'offerente e le giustificazioni da quest'ultima successivamente addotte (atteso che nel primo, diversamente rispetto a queste, la figura del Capo progetto risulta assente; mentre sono evidenziati i quattro responsabili sopra citati, per uno solo dei quali, il Responsabile dello sviluppo software, viene quantificato l'impegno in misura pari a 90 giorni/persona).

La prospettata considerazione unitaria dei responsabili onde trattasi - che parte ricorrente assume possa essere ricondotta ad una medesima qualifica dirigenziale - non si rivela, pertanto idonea a dar conto della assenza nella stima dei costi di sviluppo degli impegni e dei costi relativi alle figure professionali del

Responsabile del progetto e del Responsabile della Qualità (entrambe espressamente contemplate nel capitolato speciale), nonché del Responsabile della Sicurezza.

Il percorso logico condotta dalla Commissione al fine dell'espressione di un giudizio di anomalia relativo alla voce OF1, alla stregua di quanto sopra posto in evidenza, non presenta dunque profili di incongruenza e/o di illogicità, ovvero di travisamento dei fatti (che parte ricorrente ipotizza riconducibile ad una istruttoria non esaustivamente condotta): di tal guisa che le censure al riguardo proposte possono essere disattese.

2.2.2 Sotto diverso aspetto, l'organo di gara ha ritenuto ulteriormente incongrua l'offerta economica di parte ricorrente relativamente all'elemento OF4: e ciò in considerazione del fatto che il proposto periodo di erogazione del servizio di manutenzione adeguativi e correttiva - pari a mesi 22 - è risultato inferiore a quello (mesi 24, a partire dalla data di positivo collaudo del sistema) dedotto in capitolato.

Parte ricorrente assume che, in ragione della commisurazione del periodo di realizzazione del sistema software (8 mesi), si sarebbe venuta a delineare una consegna "frazionata" delle diverse componenti: con conseguente durata del servizio manutentivo per il successivo periodo di durata dell'appalto (22 mesi).

Ritiene il Collegio che, sulla base delle indicazioni contenute nel provvedimento impugnato - ed avuto ulteriormente riguardo all'univoca previsione del capitolato, che fissa la durata del servizio di che trattasi in 24 mesi, indicandone la decorrenza dal momento dell'intervenuto collaudo del sistema) le argomentazioni svolte da parte ricorrente non rivestano pregio: anche sotto il profilo ora in esame la determinazione oggetto di gravame dimostrandosi, pertanto, indenne dalle prospettate censure.

2.2.3 Da ultimo, viene in considerazione l'impegno relativo alla figura professionale dell'Operatore di help desk, per il quale la Commissione ha parimenti rilevato profili di anomalia nell'offerta economica del raggruppamento ricorrente.

In particolare, è stata posta in rilievo la discrasia fra il relativo impegno lavorativo - pari, secondo quanto

evidenziato nella schBETA A8.1 del Piano di Progetto, a giorni 480 - e la stima del costo del servizio stesso, ragguagliata invece a 100 giornate.

Più precisamente:

mentre la schBETA A8.1 del Piano di progetto prevedeva una durata dell'attività di "predisposizione infrastruttura di help desk (evidentemente precedente l'erogazione del servizio di che trattasi) per giorni 20;

la successiva schBETA A8.2 ha quantificato in 480 giorni/persona l'impegno per il servizio di "supporto help desk".

In difetto dell'indicazione del ridotto numero di giornate lavorative (nelle giustificazioni ridimensionate a 100 complessive) anche nel Piano di lavoro (all'interno del quale, nel campo "carico di lavoro", sono invece indicate le 480 giornate precedentemente evidenziate) la Commissione ha quindi dato atto della presenza di una ulteriore differenziazione - priva di supporto giustificativo ritenuto idoneo - fra i contenuti dell'offerta tecnica e la quantificazione dell'offerta economica: anche sotto tale aspetto dovendosi dare atto della correttezza dell'iter argomentativi seguito dall'organo di gara e, conseguentemente, della indivisibilità delle censure al riguardo dedotte con il mezzo di tutela all'esame.

3. Le considerazioni precedentemente svolte inducono il Collegio a disattendere le esaminate doglianze: dovendosi escludere che, attesa la connotazione del giudizio sull'anomalia dell'offerta quale tipica valutazione tecnico-discrezionale dell'Amministrazione - alla quale accede una sindacabilità astretta dalla rilevabile presenza di palesi errori di fatto, aspetti di manifesta irrazionalità o evidenti contraddizioni logiche, ovvero nel caso in cui sia presente una chiara incongruità della motivazione circa l'apprezzamento dell'anomalia - la determinazione gravata sia fondatamente suscettibile di critica.

Conclusivamente pronunciata, in ragione della dimostrata infondatezza delle dedotte censure, la reiezione dell'impugnativa all'esame, rileva tuttavia il Collegio la presenza di giusti motivi per compensare fra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sezione I - respinge il ricorso indicato in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 10 ottobre 2007, con l'intervento dei seguenti magistrati:

***** - Presidente

***** - Consigliere

***** - Consigliere, relatore, estensore

IL PRESIDENTE

IL MAGISTRATO ESTENSORE

Ric. n. 2359/2007

<https://www.diritto.it/e-corretto-affermare-che-soltanto-dopo-l-emanazione-del-codice-dei-contratti-articolo-88-del-d-lgs-12-aprile-2006-n-163-smi-esiste-l-obbligo-di-necessario-svolgimento-di-una-diretta-interloc/>