

# Il problema della mancata presentazione delle giustificazioni preventive di anomalia: una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato in apparente controtendenza rispetto alla giurisprudenza dominante

**Autore:** Bellagamba Lino

**In:** Diritto amministrativo

Cons. Stato, VI, 6 marzo 2009, n. 1348, sembra - in apparenza - che voglia sostenere la tesi che la semplice mancanza delle giustificazioni preventive di anomalia possa costituire ex se dovuta causa di esclusione.

«Passando al merito della controversia, risulta incontestato che l'ATI - omissis - ha ommesso di inserire, nella busta contenente le giustificazioni preventive dell'offerta economica, taluni documenti richiesti dal disciplinare di gara.

Si rileva che tale omissione era sanzionata con l'esclusione dal disciplinare di gara, allegato al bando: "... Nella 'busta C - giustificativi dell'offerta economica' devono essere contenuti, a pena di esclusione, i seguenti documenti ...".

Lo stesso disciplinare terminava, per la parte relativa alla compilazione delle offerte, con l'avvertimento che "...La mancata presentazione o incompletezza in senso sostanziale di anche uno soltanto dei

documenti, dichiarazioni, certificati richiesti, ovvero il mancato possesso di anche uno soltanto dei requisiti minimi ivi indicati, costituisce causa di esclusione dalla gara”.

La Commissione, nel rilevare l’assenza nella busta C presentata dall’ATI - omissis - dei documenti richiesti, ha, quindi, fatto puntuale applicazione della lex specialis della gara.

Sotto un primo profilo, l’appellante contesta che l’esclusione sia avvenuta senza instaurazione del contraddittorio, richiamando la giurisprudenza interna e comunitaria sulla necessità di un contraddittorio nel sub-procedimento di verifica dell’anomalia, anche in caso di richiesta di giustificazioni preventive.

L’argomento non è in realtà pertinente, perché in questo caso l’esclusione non è dipesa da un giudizio sull’anomalia dell’offerta, che deve necessariamente essere preceduto da un contraddittorio, ma è stata determinata da una carenza di documenti, richiesti a pena di esclusione, solo incidentalmente emersa nel procedimento finalizzato alla verifica di anomalia; verifica neanche iniziata proprio a causa del riscontro della sussistenza di una causa di esclusione per omessa produzione documentale.

Il contraddittorio per la verifica di anomalia è una fase che presuppone l’esistenza delle preventive giustificazioni, richieste a pena di esclusione.

In questo caso non si tratta, quindi, di verificare la necessità del contraddittorio nella fase della verifica dell'anomalia (non svolta), ma di stabilire se il provvedimento di esclusione per carenza documentale, benché attinente alle giustificazioni preventive rilevanti per l'anomalia, debba essere preceduto da un contraddittorio con il concorrente da escludere.

Il Collegio ritiene che tale contraddittorio non sia necessario, sia perché non richiesto da alcuna norma o dalla lex specialis della gara, sia perché il provvedimento di esclusione costituisce in questi casi un atto di natura vincolata, che rende inutile il contraddittorio.

Del resto, l'art. 10-bis della legge n. 241/90 nel prevedere la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento delle istanze dei privati ha escluso dall'ambito di applicazione della norma le procedure concorsuali e mai la giurisprudenza ha richiesto l'instaurazione del contraddittorio per i provvedimenti di esclusione dalle gare.

Si ribadisce che nessuna attinenza con il problema qui esaminato ha la questione del necessario contraddittorio in sede di verifica dell'anomalia, in quanto l'esclusione non è dipesa dal giudizio di anomalia, ma dalla omessa produzione documentale. (...)

5. Dopo un più approfondito esame della questione, proprio della sede del merito del giudizio rispetto al sommario esame tipico della fase cautelare, il Collegio ritiene che la contestata clausola della procedura di gara sia legittima.

In primo luogo, si rileva che la richiesta di giustificazioni preventive sulla anomalia dell'offerta è ritenuta legittima e conforme alla vigente disciplina, interna e comunitaria.

Infatti, come rilevato dal Tar, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, specificamente investita della questione se le norme e le prassi nazionali potessero imporre, a pena d'esclusione, la presentazione preventiva di giustificazioni sull'anomalia delle offerte, aveva ritenuto che l'art. 30.4. della Direttiva 93/37/CEE non si opponesse, in via di principio, alla normativa ed alla prassi amministrativa di uno Stato membro che, in materia di determinazione delle offerte anormalmente basse e di verifica di queste offerte, obbligasse tutti gli offerenti, a pena di esclusione, ad allegare alla loro offerta le giustificazioni dei prezzi proposti, pur essendo poi necessario un contraddittorio in sede di concreta valutazione dell'anomalia (cfr. Corte Giust. CE, sent. 27 novembre 2001, in C. 285-286/1999).

La possibilità di chiedere giustificazione preventive alle imprese partecipanti alle gare è oggi confermata dagli artt. 86 e ss. del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

In particolare, l'art. 86, comma 5, del codice degli appalti prevede la presentazione da parte delle imprese di giustificazioni sin dalla formulazione dell'offerta e l'elenco della documentazione che può essere richiesta, contenuto nel successivo art 87 comma 2, è fatto solo "a titolo esemplificativo" e ciò significa che le Amministrazioni restano libere di stabilire altra documentazione da richiedere, a pena di esclusione, a preventiva giustificazione dell'anomalia dell'offerta.

Le regole della gara sono dettate dalla *lex specialis* e una clausola di richiesta di giustificazioni preventive, anche ulteriori rispetto a quelle indicate nel citato art. 87, comma 2, non si pone in contrasto con alcuna disposizione normativa, interna o comunitaria.

Tuttavia, resta ferma la sindacabilità da parte del giudice amministrativo della clausola sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità.

Nell'esercizio di tale sindacato, si deve tenere conto che la presentazione preventiva di giustificazioni risponde a finalità di semplificazione ed accelerazione della procedura ed è altresì garanzia di serietà della offerta, scongiurando il pericolo che le giustificazioni vengano ricostruite solo *ex post*, anziché essere realmente esistenti al momento della formulazione della offerta (cfr., Cons. Giust. Amm. Reg. Sic. n. 399/2006).

Soprattutto per appalti di rilevante valore, quale quello di specie (di importo pari a Euro 16.904.976,98 oltre i.v.a.), la stazione appaltante ha ampia discrezionalità nel determinare la documentazione da richiedere a preventiva giustificazione dell'anomalia dell'offerta.

Sicuramente la documentazione richiesta non imponeva alle imprese partecipanti un onere impossibile da adempiere, come dimostra il fatto che la seconda classificata ha regolarmente prodotto quanto prescritto dalla contestata clausola.

Si deve allora ritenere che l'ATI appellante, o per errore o per deliberata scelta, abbia inteso non rispettare la clausola della gara, ma in entrambi i casi tale condotta va sanzionata con l'esclusione.

L'unica possibilità dell'appellante è quella di dimostrare l'irragionevolezza e la violazione del principio di proporzionalità, ma l'analisi nel dettaglio della documentazione richiesta non conduce a tale conclusione.  
(...)

In presenza di una precisa (e comunque ragionevole) richiesta della stazione appaltante non è consentito ai partecipanti alle gare di sostituire i documenti prescritti con altri, ritenuti analoghi secondo una personale valutazione, che lede la par condicio tra i concorrenti.

(...)

La contestata clausola non introduce, infatti, alcune onere impossibile da adempiere o eccessivamente gravoso e tale da limitare fortemente la partecipazione alla gara, ma prescrive invece la produzione di documentazione a garanzia della serietà dell'offerta e per semplificare la successiva fase di valutazione dell'anomalia».

Ma, a ben vedere, va riscontrato che - nella fattispecie - si trattava della prima in graduatoria e quindi

l'esclusione (sia pure per un'altra ratio) era proprio dovuta ([1]).

Lino Bellagamba

[1] Cfr., in materia:

- [http://www.linobellagamba.it/documenti/forniture\\_servizi\\_sicurezza\\_05.doc](http://www.linobellagamba.it/documenti/forniture_servizi_sicurezza_05.doc) ;
- [http://www.linobellagamba.it/documenti/lavori\\_anomalia\\_06.doc](http://www.linobellagamba.it/documenti/lavori_anomalia_06.doc) .

<https://www.diritto.it/il-problema-della-mancata-presentazione-delle-justificazioni-preventive-di-anomalia-una-recentissima-pronuncia-del-consiglio-di-stato-in-apparente-controtendenza-rispetto-alla-giurisprudenza-dominan/>