

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 08/08/2016**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38552-le-justificazioni-preventive-fanno-parte-dell-eventuale-sub-procedimento-di-verifica-d-anomalia-dell-offerta>**

**Autore: Lazzini Sonia**

**Le giustificazioni preventive fanno parte dell'eventuale sub-procedimento di verifica d'anomalia dell'offerta**

## Consiglio di Stato decisione numero 1077 del 16 marzo 2016

La relazione richiesta dal bando, contenente le giustificazioni preventive dell'offerta economica, in relazione all'oggetto e alla finalità perseguita, ha natura tecnico-economica.

Sonia Iazzini

N'è prova l'elencazione riprodotta tal quale nella sentenza del Tar delle voci e dei parametri tecnico-economici in cui si articolano le giustificazioni preventive.

La dichiarazione che le contiene è meramente riepilogativa e ricognitiva degli elementi economici in base ai quali è stata formulata l'offerta economica.

Che, va sottolineato, non è atto di volontà (negoziale) i cui effetti giuridici conseguono e dipendono dalla volontà del dichiarante (recte offerente) come manifestata nell'atto di cui può fondatamente predicarsi un "contenuto minimo": è, viceversa, atto volontario di scienza giuridicamente rilevante nei casi e ai soli fini previsti dalla norma.

La disposizione contenuta nell'art. 86, comma 5, d.lgs. 163/2006, come rilevato anche dal Tar, elenca in via tassonomica le voci economiche che compongono le giustificazioni preventive e non prevede alcuna sanzione per il caso di eventuale incompletezza (cfr., Cons. St., sez. V, 11 giugno 2014 n. 2982).

Aggiungasi che, dal punto di vista sistematico, la norma, inserita topograficamente nel codice dei contratti pubblici fra le disposizioni relative alla verifica dell'anomalia dell'offerta, mostra che le giustificazioni preventive fanno parte del(l'eventuale) sub-procedimento di verifica d'anomalia dell'offerta qualora la stazione appaltante decida di darvi corso, pur non essendo obbligata, come accaduto nel caso in esame.

Verifica che – va rimarcato – s'è conclusa positivamente per l'aggiudicataria, avendo la stazione appaltante accertato la congruità dell'offerta senza che il provvedimento conclusivo sia stato specificamente impugnato dalla ricorrente.

La lex specialis nulla ha aggiunto sul punto, limitandosi a pretendere la presentazione della relazione contenente le giustificazioni preventive, senza affatto prescrivere un contenuto minimo o una soglia di ammissibilità che, se non raggiunta, determinasse l'tout court la sanzione dell'esclusione dell'offerta (in termini, Cons. St., sez. VI, 15 marzo 2013 n. 1558).

In questa cornice è del tutto fuori luogo, diversamente da quanto ritenuto dal Tar, discettare sulla veste tipografica assunta dalla dichiarazione sulle giustificazioni (un foglio anziché la relazione poi prodotta nella fase di verifica dell'anomalia); sulla

specificità di esse; ed infine, sulla legittimità o meno del soccorso istruttorio, che ha per oggetto l'offerta e il relativo atto di volontà, e non la dichiarazione contenente le giustificazioni preventive, atto di scienza del sub-procedimento di verifica di congruità.

riportiamo qui di seguito il testo integrale di Consiglio di Stato decisione numero 1077 del 16 marzo 2016

N. 01077/2016REG.PROV.COLL.

N. 10289/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

FATTO e DIRITTO

RTI controinteressata – \*, cumulativamente alla proposizione della domanda di risarcimento danni, ha impugnato l'aggiudicazione del contratto d'appalto avente ad oggetto la realizzazione "di un nuovo edificio nel polo scolastico di Guastalla, destinato ad accogliere 20 classi in aule normali" d'importo complessivo a base d'asta pari a 2.300.000,00 euro.

Aggiudicazione disposta, all'esito della procedura di **gara** secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dalla provincia di Reggio Emilia in favore di RTI Cooperativa Muratori Reggiolo e MRG controinteressata 3 s.r.l.

Ha denunciato nei motivi d'impugnazione che il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla **gara** per aver presentato un'offerta carente sotto molteplici e concorrenti profili:

priva dell'allegato richiesto a pena di esclusione delle giustificazioni preventive di cui all'art. 86, comma 5, d.lgs. n.163/2006;

affetta da correzioni non consentite del modulo dell'offerta economica;

non sottoscritta nelle correzioni da tutti i membri dell'ATI;

incompleta quanto all'offerta tecnica nel computo metrico non estimativo relativamente agli elaborati grafici facenti parte della relazione tecnica;

carente nel computo metrico delle migliorie proposte.

Si costituivano in giudizio la Provincia di Reggio Emilia e l'ATI controinteressato che a sua volta spiegava ricorso incidentale .

Il Tar, respinta la domanda incidentale di tutela cautelare (Tar, ord. 104/2009) con ordinanza confermata in appello (Cons. St., sez. V, ord. 3790/2009), pronunciandosi nel merito, preso atto che l'edificio scolastico oggetto dell'appalto in pendenza di causa era stato realizzato, accoglieva il

ricorso principale, condannando la Provincia resistente al risarcimento del danno, dichiarando altresì inammissibile (e in parte infondato in relazione al primo motivo connesso per pregiudizialità logica con l'accoglimento dell'impugnativa) il ricorso incidentale.

Appella la Provincia di Reggio Emilia. Resiste controinteressata s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento con Tekal s.p.a., e ripropone le censure assorbite dal Tar, spiegando appello incidentale avverso la quantificazione del risarcimento del danno contenuta nella sentenza appellata.

Con ordinanza 7 settembre 2015 il Collegio ha disposto incompetenti istruttori.

Alla pubblica udienza del 14.01.2016 la causa, su richiesta delle parti, è trattenuta in decisione.

Col motivo d'appello, articolato in due capi distinti, la Provincia lamenta l'errata qualificazione attribuita dal Tar alle giustificazioni preventive che, ai sensi dell'art. 86, comma 5, d.lgs. n.163/2006, nel testo vigente *ante* novella, non farebbero parte dell'offerta avendo ad oggetto la sommaria e preventiva giustificazione della congruità dell'offerta e, se (ritenute) insufficienti o incomplete, lungi da comportare l'immediata esclusione dell'offerente, sarebbero destinate ad essere verificate e integrate nella fase dialettica del sub-procedimento di verifica dell'anomalia.

Tanto più laddove, aggiunge l'appellante, all'esito della verifica dell'anomalia – nel caso in esame facoltativa e non obbligatoria – l'offerta sia stata ritenuta congrua senza che l'RTI ricorrente l'abbia censurata.

Viceversa, lamenta ancora l'appellante, il Tar, disattendendo l'orientamento giurisprudenziale in materia, avrebbe assertivamente ritenuto del tutto insufficienti le giustificazioni preventive contenute in “un foglietto” tale da non consentire il soccorso istruttorio, equivocando natura, oggetto e scopo di esse.

L'appello è fondato.

Dato di fatto indiscusso è che l'ATI aggiudicatario ha presentato le giustificazioni preventive dell'offerta economica previste all'art. 86, comma 5, d.lgs. 163/2006 in vigore all'epoca della procedura concorrenziale, norma successivamente abrogata.

Obbligo espressamente prescritto a pena d'esclusione dalla *lex specialis* di **gara**.

Punto controverso è il grado di specificità e determinatezza delle giustificazioni preventive.

Secondo il Tar, sia per la veste grafica ove erano formalmente espresse (“un foglio”) che per il contenuto, le giustificazioni preventive, come presentate e prodotte in **gara** dall'aggiudicatario, devono ritenersi “*tamquam non esset*, e non essendo possibile consentire l'integrazione postuma di qualcosa che in origine non c'è” da dover comportare l'esclusione dell'offerta.

L'esame della questione sollecita il sintetico inquadramento dell'istituto in esame.

La relazione richiesta dal bando, contenente le giustificazioni preventive dell'offerta economica, in relazione all'oggetto e alla finalità perseguita, ha natura tecnico-economica. N'è prova l'elencazione riprodotta *tal quale* nella sentenza del Tar delle voci e dei parametri tecnico-economici in cui si articolano le giustificazioni preventive. La dichiarazione che le contiene è meramente riepilogativa e ricognitiva degli elementi economici in base ai quali è stata formulata l'offerta economica.

Che, va sottolineato, non è atto di volontà (negoziale) i cui effetti giuridici conseguono e dipendono dalla volontà del dichiarante (*recte* offerente) come manifestata nell'atto di cui può fondatamente predicarsi un “contenuto minimo”: è, viceversa, atto volontario di scienza giuridicamente rilevante nei casi e ai soli fini previsti dalla norma.

La disposizione contenuta nell'art. 86, comma 5, d.lgs. 163/2006, come rilevato anche dal Tar, elenca in via tassonomica le voci economiche che compongono le giustificazioni preventive e non prevede alcuna sanzione per il caso di eventuale incompletezza (cfr., Cons. St., sez. V, 11 giugno

2014 n. 2982).

Aggiungasi che, dal punto di vista sistematico, la norma, inserita topograficamente nel codice dei contratti pubblici fra le disposizioni relative alla verifica dell'anomalia dell'offerta, mostra che le giustificazioni preventive fanno parte del(l'eventuale) sub-procedimento di verifica d'anomalia dell'offerta qualora la stazione appaltante decida di darvi corso, pur non essendo obbligata, come accaduto nel caso in esame.

Verifica che – va rimarcato – s'è conclusa positivamente per l'aggiudicataria, avendo la stazione appaltante accertato la congruità dell'offerta senza che il provvedimento conclusivo sia stato specificamente impugnato dalla ricorrente.

La *lex specialis* nulla ha aggiunto sul punto, limitandosi a pretendere la presentazione della relazione contenente le giustificazioni preventive, senza affatto prescrivere un contenuto minimo o una soglia di ammissibilità che, se non raggiunta, determinasse l' *tout court* la sanzione dell'esclusione dell'offerta (in termini, Cons. St., sez, VI, 15 marzo 2013 n. 1558).

In questa cornice è del tutto fuori luogo, diversamente da quanto ritenuto dal Tar, discettare sulla veste tipografica assunta dalla dichiarazione sulle giustificazioni (un foglio anziché la relazione poi prodotta nella fase di verifica dell'anomalia); sulla specificità di esse; ed infine, sulla legittimità o meno del soccorso istruttorio, che ha per oggetto l'offerta e il relativo atto di volontà, e non la dichiarazione contenente le giustificazioni preventive, atto di scienza del sub-procedimento di verifica di congruità.

Anche le censure proposte nell'atto introduttivo assorbite dal Tar, qui riproposte, sono infondate.

La correzione al modulo dell'offerta economica presentata dall'aggiudicataria non integra alcuna violazione della *lex specialis* essendo ascrivibile alla correzione di un errore materiale e non alla modifica dei parametri oggettivi, relativi alla quantità e misura delle opere, rilevanti per la quantificazione dell'offerta economica.

È, altresì, meramente formalistica la censura che suppone la necessaria sottoscrizione della correzione dell'errore materiale da parte di tutti i membri dell'ATI aggiudicatario, volta che l'imputazione dell'atto non è in discussione.

La censura che s'appunta sull'offerta tecnica del raggruppamento controinteressato equivoca la lettera del bando che non prescrive affatto la presentazione di distinti elaborati con relativo computo metrico non estimativo per ciascuna migliorata offerta. E, in ogni caso, come ritenuto dalla Commissione di **gara**, lo scopo sostanziale sotteso agli elaborati grafici specifici è stato comunque raggiunto dalla relazione tecnica presentata dall'ATI aggiudicatario.

Né, con riguardo agli altri motivi d'impugnazione, riproposti in appello, genericamente affastellati, sono censurabili gli apprezzamenti tecnici della Commissione di **gara** in ordine alla qualità degli elaborati, ai punteggi assegnati ed alla classificazione dei requisiti delle opere indicate (cfr., migliorie; elencazione sub appalti; aree verdi; classe energetica) nell'offerta tecnica, incentrandosi su valutazioni di merito sottratte alla sindacato di legittimità.

L'appello incidentale va dichiarato inammissibile avendo ad oggetto la quantificazione del risarcimento del danno operato dalla sentenza appellata che, all'esito della riforma della sentenza appellata, non spetta affatto.

Sussistono giustificati motivi per compensare le spese dei due gradi di giudizio individuabili nella non perspicua chiarezza della *lex specialis* sulla questione oggetto del principale motivo di ricorso e d'appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, accoglie l'appello principale e, per l'effetto, respinge il ricorso.

Dichiara inammissibile l'appello incidentale.

Spese dei due gradi di giudizio compensate.

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

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

Mario Luigi Torsello, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/03/2016

IL SEGRETARIO

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