



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2079 del 2010, proposto da:  
Rillo Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Abbamonte, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi, n. 5;

***contro***

Comune di Faicchio, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Salvatore Verrillo, con domicilio eletto presso la Segreteria del Consiglio di Stato, in Roma, p.za Capo di Ferro 13;

Termotetti Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Gian Luca Lemmo e Maurizio Ricciardi Federico, con domicilio eletto presso lo studio

dell'avv. Giovan Battista Santangelo, in Roma, via Giovanni Battista De Rossi, n. 30;

Impresa Fuschini Costruzioni, di Fuschini Sergio, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

Luigi Imperadore, non costituito in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. Campania – Napoli, Sezione VIII, n. 07639/2009, resa tra le parti, di accoglimento del ricorso proposto da Termotetti Costruzioni s.r.l. per l'annullamento del verbale di gara del 29.2.08, di esclusione della società dalla gara per l'esecuzione dei lavori di realizzazione del “raccordo stradale al centro abitato di Faicchio”; nonché della graduatoria finale, di ogni atto con cui la Commissione ammetteva alla competizione l'impresa Fuschini Costruzioni nonché la Rillo costruzioni s.r.l., e dei provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva; inoltre, a seguito di ricorso per motivi aggiunti, di tutti i verbali di gara e delle note n. 1692 del 18.3.08 e 2186 del 4.4.2008.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Faicchio e della Termotetti Costruzioni s.r.l.;

Vista la memoria prodotta dalla parte appellante a sostegno delle proprie difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 novembre 2011 il Cons.

Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Lirosi, per delega dell'Avv. Abbamonte, Verrillo e Lemmo;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

#### FATTO

La commissione della gara indetta dal Comune di Faicchio per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'esecuzione di lavori di realizzazione del "raccordo stradale al centro abitato di Faicchio" ha escluso l'A.T.I. Termotetti-Rubano dalla gara in quanto priva delle giustificazioni preventive del prezzo, richieste già in fase preliminare dal disciplinare di gara; ha invece ammesso le offerte delle imprese Rillo Costruzioni s.r.l. e Fuschini Costruzioni s.r.l., dichiarando quest'ultima aggiudicataria provvisoria.

Nelle successive sedute l'impresa Fuochini Costruzioni s.r.l., è stata esclusa dalla gara per il non superato giudizio di anomalia espresso nei confronti della sua offerta, mentre l'A.T.I. Termotetti-Rubano, che aveva proposto ricorso al T.A.R. chiedendo la sospensione della disposta esclusione (che è stato oggetto di ordinanza cautelare di reiezione della richiesta), è stata riammessa alla procedura (a seguito di ordinanza cautelare del Consiglio di Stato) con verbale n. 20 del 2008 della commissione; questa, con verbale n. 21 del 2008, ha poi aggiudicato definitivamente la gara all'A.T.I. Termotetti Costruzioni, con successiva sottoscrizione del contratto.

Con sentenza n. 07639/2009 la VIII Sezione del T.A.R. Campania,

Napoli, ha poi accolto nel merito il ricorso proposto da Termotetti Costruzioni s.r.l. per l'annullamento del verbale di gara del 29.2.08, recante esclusione della società dalla gara de qua, e dei provvedimenti conseguenti.

Con il ricorso in appello in epigrafe indicato la Rillo Costruzioni s.r.l. ha chiesto l'annullamento o la riforma della citata sentenza del T.A.R. deducendo i seguenti motivi:

1.- Error in iudicando per violazione dell'art. 86, comma 5, del d. lgs. n. 163/2006. Violazione del disciplinare di gara, del principio di tassatività delle clausole di esclusione e del principio di par condicio. Motivazione erronea.

Il Giudice di prime cure ha accolto il ricorso della Termotetti Costruzioni s.r.l. contro la sua esclusione dalla gara de qua per non aver prodotto le giustificazioni preventive richieste dal bando; sia perché tanto non era richiesto a pena di esclusione dal disciplinare e sia in quanto la disposizione di gara non era comunque chiara al riguardo.

La tesi risulta tuttavia priva di fondamento fattuale ed interpretativo, atteso che il disciplinare prevedeva chiaramente ed inequivocamente che nel plico n. 3 dovevano essere contenute a pena di esclusione "le giustificazioni relative alle voci di prezzi che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara", non prodotte dalla Termotetti Costruzioni s.r.l., con conseguente illegittimità dell'offerta.

2.- Error in iudicando per violazione dell'art. 86, comma 5 del d. lgs. n. 163/2006. Violazione del disciplinare di gara, del principio di tassatività delle clausole di esclusione e del principio di "par condicio". Motivazione erronea.

Erroneamente nella impugnata sentenza è affermato che la esclusione per mancata presentazione delle giustificazioni preventive non può essere disposta nei confronti delle offerte non anomale.

Invero le giustificazioni preventive sono dirette a consentire alla stazione appaltante di verificare, sin dal momento della apertura delle buste, la congruità dei prezzi offerti e ad evitare la giustificazione ex post di prezzi incongrui, per fini di semplificazione ed accelerazione della procedura, con legittimità della disposizione del bando che chiede la presentazione a pena di esclusione delle giustificazioni preventive.

Con memoria depositata il 27.9.2011 la Termotetti Costruzioni s.r.l., che risulta costituita in giudizio in data 9.4.2010, ha eccepito la inammissibilità dell'appello per carenza di interesse (per mancata impugnazione da parte della Rillo Costruzioni s.r.l. della sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, Sezione VIII, n. 7640 del 2009 di reiezione della determinazione di aggiudicazione definitiva della gara n. 123 del 2009), nonché ne ha dedotto la infondatezza, concludendo per la reiezione per inammissibilità, o improcedibilità o infondatezza.

Con memoria depositata il 4.10.2011 la parte appellante ha contestato la fondatezza della eccezione di inammissibilità

dell'appello per carenza di interesse ed ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 18.11.2011 si è costituito in giudizio il Comune di Faicchio, che ha dedotto la fondatezza dell'appello, concludendo per l'accoglimento.

Alla pubblica udienza del 29.11.2011 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

#### DIRITTO

1.- Il giudizio in esame verte sulla richiesta di annullamento, formulata dalla Rillo Costruzioni s.r.l., di annullamento della sentenza del T.A.R. in epigrafe specificata, con la quale è stato accolto il ricorso proposto da Termotetti Costruzioni s.r.l. per l'annullamento del provvedimento di esclusione della società dalla gara per l'esecuzione dei lavori di realizzazione del "raccordo stradale al centro abitato di Faicchio" e dei provvedimenti conseguenti.

2.- Innanzitutto deve essere esaminata la fondatezza della eccezione della Termotetti Costruzioni s.r.l., di inammissibilità dell'appello per carenza di interesse, non essendo stata impugnata dalla Rillo Costruzioni s.r.l. la sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, Sezione VIII, n. 7640 del 2009, di reiezione della richiesta di annullamento della determinazione di aggiudicazione definitiva della gara n. 123 del 2009 alla Termotetti Costruzioni s.r.l., con formazione di acquiescenza su tale aggiudicazione e impossibilità per essa società di riproporre le eccezioni riportate nel ricorso incidentale da essa

spiegate nel corso di detto giudizio.

Osserva al riguardo la Sezione che con la citata sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, 7640-09 è stata dichiarata la improcedibilità del ricorso principale e di quelli incidentali.

Con riguardo agli atti con i quali il Comune di Faicchio ha ammesso ed aggiudicato provvisoriamente la procedura in questione all'impresa Fuschini Costruzioni la improcedibilità è stata dichiarata perché i motivi di gravame non erano assistiti da un attuale interesse alla decisione a seguito della esclusione di detta impresa, aggiudicataria provvisoria dalla gara de qua, per anomalia della sua offerta, non ritualmente impugnata.

Con riguardo al ricorso per motivi aggiunti, proposto contro gli atti di aggiudicazione definitiva della gara all'ATI Termotetti e fondato sul rilievo per cui la migliore offerta sarebbe quella ricorrente Rillo Costruzioni s.r.l., la improcedibilità è stata dichiarata sia perché la prima censura – secondo cui il reale ribasso da essa formulato non era quello dichiarato, per mero errore materiale, nella propria offerta– non si presentava meritevole di favorevole considerazione, sia perché l'ulteriore censura volta a contestare i criteri di attribuzione dei punteggi tra la società ricorrente e l'aggiudicataria ATI Termotetti non era sorretta dalla prova che il diverso criterio di calcolo prospettato avrebbe sovvertito l'esito della procedura ed era comunque irrilevante ed ininfluyente.

Appare evidente al Collegio che detta sentenza riguardava censure

proposte contro la attribuzione del punteggio alla ATI Termotetti, mentre l'appello in esame riguarda la diversa materia della impugnazione della sentenza di accoglimento del ricorso proposto da Termotetti Costruzioni s.r.l. per l'annullamento del provvedimento di esclusione della società dalla gara de qua e alla quale la gara è stata aggiudicata a seguito di ordinanza di questa Sezione n. 4352 del 2008, emessa nel corso del presente giudizio, che aveva sospeso detta esclusione.

A prescindere, quindi, dal giudicato formatosi sulla domanda decisa con sentenza n. 7640/2009 del T.A.R. Campania, Napoli, la attuale appellante ha interesse alla definizione in senso favorevole alle sue pretese del presente giudizio, atteso che la aggiudicazione definitiva all'ATI Termotetti è sostanzialmente subordinata alla conferma in questa sede del provvedimento giurisdizionale cautelare che ha ritenuta illegittima la sua esclusione dalla gara di cui trattasi per mancata produzione delle richieste giustificazioni preventive, provvedimento che è, con quello di aggiudicazione definitiva, nel particolare caso di specie, in rapporto di vera e propria presupposizione, con effetto caducante; in base ed in esecuzione di esso provvedimento giurisdizionale detta aggiudicazione (peraltro, sia pure formalmente, impugnata con il ricorso introduttivo del giudizio) è stata invero effettuata.

La eccezione in esame deve essere quindi respinta.

3.- Con il primo motivo di appello è stato dedotto che il Giudice di

prime cure ha accolto il ricorso della Termotetti Costruzioni s.r.l. contro la sua esclusione dalla gara de qua per non aver prodotto le giustificazioni preventive richieste dal bando, sia perché tanto non era richiesto a pena di esclusione dal disciplinare e sia in quanto la disposizione di gara non era comunque chiara al riguardo, potendo ingenerare nei partecipanti la convinzione che la esclusione fosse correlata solo all'inserimento nel plico di una offerta economica non corredata dai richiamati documenti.

La tesi risulterebbe tuttavia priva di fondamento fattuale ed interpretativo, atteso che il disciplinare prevedeva chiaramente ed inequivocamente che nel plico n. 3 dovevano essere contenute a pena di esclusione “le giustificazioni relative alle voci di prezzi che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara, in ottemperanza alle previsioni di cui all'art. 86 co. 5 e art. 87 D.Lgs. 163/2006”. Ciò non poteva infatti che significare che, a pena di esclusione, le offerte economiche dovevano essere corredate da un documento da cui si evincesse la congruità dei prezzi offerti (documento non prodotto dalla Termotetti Costruzioni s.r.l.), con conseguente illegittimità dell'offerta per mancanza di un documento richiesto a pena di esclusione, senza che l'Amministrazione conservasse al riguardo margini di valutazione circa la rilevanza della carenza in questione.

3.1.- Osserva al riguardo la Sezione che con la impugnata sentenza, premesso che il provvedimento di esclusione per tale carenza

documentale poteva ritenersi sorretto da un corrispondente richiamo alla relativa previsione della “lex specialis” solo se quest’ultima fosse risultata chiaramente e congruamente formulata, è stato asserito che la clausola del disciplinare era da valutare di non “perspicua formulazione, laddove, nell’elencare i documenti da inserire nel plico “n. 3” (rispettivamente “a- offerta economica” con conseguente elenco documentale e “b – Giustificazioni)), con una impropria e grammaticalmente scorretta alternanza di generi statuisce che “deve essere contenuta a pena di esclusione i seguenti documenti”, così ben potendo ingenerare nei partecipanti la convinzione che la sanzione dell’esclusione sia correlata non già all’ipotesi di offerta priva di giustificazioni preventive, ma soltanto all’inserimento nel detto plico di un’offerta economica non corredata dei richiamati documenti.”

Ciò in quanto, contrariamente a quanto previsto dall’art. 86, comma 5, di detto d.lgs. con riguardo al ruolo della “lex specialis” al riguardo (che prevede che il bando o la lettera di invito precisano le modalità di presentazione delle giustificazioni), risultava omesso nella citata clausola del disciplinare di gara ogni riferimento al regime procedimentale in ordine alla produzione di detti documenti.

3.2.- Osserva al riguardo la Sezione che il disciplinare stabiliva che nel plico n. 3 “deve essere contenuta a pena di esclusione i seguenti documenti”, tra i quali erano indicate anche, alla lettera b), “le giustificazioni relative alle voci di prezzi che concorrono a formare l’importo complessivo posto a base di gara, in ottemperanza alle

previsioni di cui all'art. 86 co. 5 e art. 87 D.Lgs. 163/2006”.

Tanto non era idoneo ad ingenerare nei partecipanti la convinzione che la sanzione dell'esclusione fosse connessa non all'ipotesi di offerta priva di giustificazioni preventive, ma solo all'inserimento nel detto plico di un'offerta economica non corredata dei richiamati documenti di cui alla lettera a), considerato che dette giustificazioni costituivano anche esse veri e propri documenti.

Del resto detto art. 86, comma 5, del d. lgs. n. 163/2006, all'epoca vigente, stabiliva chiaramente 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. ...”.

Né appare sussistere la circostanza, dedotta nella impugnata sentenza, che non fossero stati indicati nella citata clausola del disciplinare riferimenti al regime procedimentale di produzione di detti documenti, atteso che il disciplinare indicava chiaramente che esse giustificazioni andavano inserite nel plico n. 3, senza che ciò fosse idoneo ad ingenerare alcuna incertezza al riguardo.

I criteri ermeneutici del "favor participationis", di adeguatezza, di proporzionalità e di "non aggravamento" della procedura concorsuale hanno invero natura sussidiaria e vengono in rilievo nel caso in cui la lettera del bando di gara d'appalto pubblico non sia univoca e lasci spazio a dubbi ed incertezze, mentre, nel caso in cui il

bando communi espressamente l'esclusione obbligatoria, in presenza di determinate violazioni, la P.A. è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tale previsione, restando preclusa, anche all'interprete, ogni valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento, l'incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella "lex specialis", alla cui osservanza la P.A. si è autovincolata al momento dell'adozione del bando.

Il motivo di appello in esame è quindi da valutare fondato.

4.- Con il secondo motivo di appello è stato dedotto che erroneamente nella impugnata sentenza è affermato che la esclusione per mancata presentazione delle giustificazioni preventive non può essere disposta nei confronti delle offerte non anomale (per contrasto con il principio di proporzionalità e violazione dell'art. 2, comma 1, ultima parte del d. lgs. n. 163/2006), nell'assunto che esse, in base ad una interpretazione utile e costituzionalmente orientata del disciplinare, vengono in rilievo solo nel sub procedimento di verifica della anomalia delle offerte.

Invero le giustificazioni preventive sono dirette a consentire alla stazione appaltante di verificare, sin dal momento della apertura delle buste, la congruità dei prezzi offerti e ad evitare la giustificazione ex post di prezzi incongrui, per fini di semplificazione ed accelerazione della procedura; tanto renderebbe del tutto legittima la disposizione del bando che chiede la presentazione a pena di esclusione delle

giustificazioni preventive.

Pertanto nel caso di specie non era in questione la anomalia della offerta, ma la violazione di un adempimento formale richiesto dalla “lex specialis”, non irragionevole e coerente con la disciplina comunitaria ed interna.

4.1.- Osserva il Collegio che il T.A.R., premesso che doveva anche essere tenuto conto della portata in concreto non anomala dell'offerta in questione, ha, al riguardo, riconosciuto alla regola posta dalla citata disposizione una mera finalità di semplificazione del procedimento ed ha ritenuto che la richiamata previsione del disciplinare doveva essere intesa come operante esclusivamente con riguardo alle offerte che presentassero effettivi aspetti anomali, pena il contrasto con il principio di proporzionalità (tenuto anche conto della evoluzione legislativa in materia).

4.2.- La Sezione considera in proposito in primo luogo che la richiesta di presentazione, a pena di esclusione, delle giustificazioni preventive, non si pone in contrasto con alcuna disposizione normativa, sia nazionale che comunitaria; al contrario detta richiesta è ragionevole, non comporta un onere documentale incongruo ed eccessivo e risponde a finalità di accelerazione e semplificazione della procedura, essendo garanzia di serietà dell'offerta, scongiurando il pericolo che le giustificazioni vengano ricostruite solo ex post, anziché essere realmente esistenti al momento della formulazione dell'offerta, ed assicurando perciò una reale responsabilità

dell'impresa circa le condizioni di gara, in quanto solo il concorrente, che esponga con completezza i costi delle singole voci che concorrono a formare l'importo complessivo dell'appalto, dimostra di avere piena consapevolezza dell'impegno che assume mediante la presentazione dell'offerta.

In secondo luogo il Collegio ritiene che la clausola della “lex specialis” di cui trattasi non poteva essere disapplicata dalla stazione appaltante e che sussisteva, quindi, l'obbligo della medesima di escludere dalla procedura il concorrente che non l'abbia rispettata, indipendentemente dal fatto che il prezzo offerto potesse rivelarsi congruo ad una successiva ed ipotetica verifica (Consiglio Stato, sez. V, 8 settembre 2010, n. 6518).

Se, infatti, può convenirsi che non ha senso logico escludere per carenza di giustificazioni una offerta che non richiede di essere giustificata (Consiglio Stato, Sezione V, 30 giugno 2011) perché non concretamente anomala, nel caso di specie, in cui la presentazione di dette giustificazioni era prevista, logicamente e legittimamente, a pena di esclusione dalla “lex specialis”, non poteva che comportare la esclusione della Termotetti Costruzioni s.r.l., che non aveva espletato detto onere.

Anche il motivo in esame è quindi fondato.

5.- L'appello deve essere conclusivamente accolto, deve essere riformata la prima decisione e per l'effetto va respinto il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado proposto da Termotetti

Costruzioni s.r.l., capogruppo mandataria in ATI con l'impresa Rubano Michele Mario.

6.- Le spese e gli onorari del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidati come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, accoglie l'appello in esame e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso originario proposto dinanzi al T.A.R..

Pone in solido a carico degli appellati Comune di Faicchio e Termotetti Costruzioni s.r.l., con ripartizione interna in parti uguali, le spese e gli onorari del doppio grado, liquidate a favore della Rillo Costruzioni s.r.l. nella misura di € 5.000,00 (cinquemila/00), di cui € 1.000,00 (mille/00) per esborsi, oltre ai dovuti accessori di legge (I.V.A. e C.P.A.).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente

Roberto Chieppa, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/02/2012

IL SEGRETARIO

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