

**Consiglio Stato, sez. V, 21 novembre 2003, n. 7615**; Pres. Frascione; Est. Allegretta Soc. Ati lav. gen. e altro c. Soc. Ati e altro (Rif. TAR Camp.-Nap, n. 3235 del 31 maggio 2002).

*1. L'art. 21 comma 1 bis, l. n. 109 del 1994, laddove prescrive che le offerte devono essere corredate sin dalla presentazione di giustificazioni, impone alle imprese un onere di collaborazione, in funzione di accelerazione della successiva fase di verifica delle offerte anomale. Tuttavia, la presentazione delle giustificazioni a corredo dell'offerta non è imposta senz'altro a pena di esclusione delle offerte non documentate, venendo in rilievo la mancata documentazione solo in via eventuale, nella fase successiva della verifica di anomalia, se ed in quanto l'offerta risulti sospetta di anomalia.*

*2. La p.a. non può escludere dalla gara una impresa che non abbia rispettato quanto previsto dal Bando di gara qualora tale adempimento – comunque non imposto dalla normativa di riferimento – non sia prescritto a pena di esclusione dal bando medesimo*

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ha pronunciato la seguente

#### **DECISIONE**

sul ricorso in appello n. 7913 del 2002 proposto dall'associazione temporanea d'impreses tra LAVORI GENERALI s.r.l., SCHETTINI PAOLO, ditta individuale, e PELLEGRINO COSTRUZIONI DI GIOVANNI PELLEGRINO s.a.s. in persona del legale rappresentante della mandataria Lavori Generali s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Sasso e Riccardo Soprano ed elettivamente domiciliata in Roma, Lungotevere Flaminio n. 46 - Pal. IV, presso Gian Marco Grez,

contro

l'associazione temporanea d'impreses tra ICED s.r.l. e PACO s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Magliocca e Raffaele Ferola, con domicilio eletto in Roma, via Barnaba Oriani n. 85, presso il secondo,

nonché contro il Comune di Napoli, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso

dagli avv.ti Bruno Ricci, Edoardo Barone e Giuseppe Tarallo ed elettivamente domiciliato in Roma, Lungotevere Flaminio n. 46 - Pal. IV, presso Gian Marco Grez,

per l'annullamento

della sentenza n. 3235 in data 31 maggio 2002 pronunciata tra le parti dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, Sezione I;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e di appello incidentale dell'a.t.i. ICED - PACO appellata; nonché quello del Comune di Napoli;

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

Vista l'ordinanza n. 4416 del giorno 11 ottobre 2002, con la quale è stata accolta la domanda di sospensione della sentenza appellata;

Visto il dispositivo di sentenza n. 163 pubblicato in data 30 aprile 2003;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il cons. Corrado Allegretta;

Uditi alla pubblica udienza del 29 Aprile 2003 gli avv.ti Sasso, Ferola e Tarallo;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

#### FATTO

Con sentenza n. 3235 in data 31 maggio 2002 il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, Sezione I, ha accolto il ricorso proposto dall'associazione temporanea d'impresa tra ICED s.r.l. e PACO s.r.l. ed ha annullato l'aggiudicazione pronunciata a favore dell'a.t.i. odierna appellante, risultata aggiudicataria della gara di cui si tratta. Il Tribunale ha ritenuto che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver corredato l'offerta con giustificazioni relative alle voci di prezzo più significative pari al 75% dell'importo a base d'asta e, pertanto, per violazione della clausola del bando di cui al punto 15.1 che prescriveva giustificazioni estese a tutte le voci di prezzo.

Avverso detta sentenza l'appellante deduce che la clausola di bando di indicata non era prevista a pena di esclusione, né avrebbe potuto esserlo se non con violazione dell'art. 21 comma 1 bis della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e dei principi di cui all'articolo 30 numero 4 della direttiva comunitaria 93/37 CEE del 14 giugno 1993. Chiede, pertanto, che la sentenza sia annullata, con ogni conseguenza di legge.

Si è costituita in giudizio l'a.t.i. appellata, la quale ha controdedotto al gravame, concludendo per la sua reiezione; con ogni conseguente determinazione anche in ordine a spese e competenze di giudizio.

Anche il Comune di Napoli si è costituito in giudizio, senza svolgere specifiche difese.

Accolta la domanda di sospensione della sentenza appellata con ordinanza n. 4416 del giorno 11 ottobre 2002, la causa è stata trattata all'udienza pubblica del 29 Aprile 2003, nella quale, sentiti i difensori presenti, il Collegio si è riservata la decisione.

#### DIRITTO

L'appello è fondato.

A fondamento della sentenza impugnata il giudice di primo grado ha posto il convincimento che l'a.t.i. appellante, risultata aggiudicataria della gara di cui si tratta, avrebbe dovuto, invece, essere esclusa dalla gara per aver corredato la sua offerta con giustificazioni relative alle voci di prezzo più significative pari al 75% dell'importo a base d'asta e, così, in violazione della clausola del bando di cui al punto 15.1 che prescriveva giustificazioni estese a tutte le voci di prezzo.

Va osservato, tuttavia, che detta clausola, come deduce la ricorrente, nel limitarsi a richiamare l'art. 21 comma 1 bis della legge 11 febbraio 1994 n. 109, sia pure prescrivendo la produzione di giustificazioni per tutte le voci di prezzo, non era munita di sanzione espulsiva.

Tanto, del resto, in conformità alla *ratio* della norma applicata. Secondo orientamento dal quale non si ritiene di doversi discostare, invero, "l'articolo 21 comma 1 bis della legge n. 109 del 1994, laddove prescrive che le offerte devono essere corredate sin dalla presentazione di giustificazioni,

impone alle imprese un onere di collaborazione, in funzione di accelerazione della successiva fase di verifica delle offerte anomale. Tuttavia, la presentazione delle giustificazioni a corredo dell'offerta non è imposta senz'altro a pena di esclusione delle offerte non documentate, venendo in rilievo la mancata documentazione solo in via eventuale, nella fase successiva della verifica di anomalia, se ed in quanto l'offerta risulti sospetta di anomalia” (cfr. Cons Stato, sez. VI, 11 dicembre 2001, n. 6217).

Si è chiarito, infatti, che “se fosse esatto che la presentazione di documenti giustificativi a corredo dell'offerta è imposta a pena di esclusione, la stazione appellante dovrebbe verificare la completezza documentale dell'offerta sotto tale profilo in sede di esame degli altri requisiti di partecipazione e dunque prima dell'inizio del procedimento di individuazione e verifica delle offerte anomale e dovrebbe dunque a priori escludere le offerte non corredate di giustificazioni, o con giustificazioni incomplete”. ..... “La presentazione di giustificazioni a corredo dell'offerta non è requisito di partecipazione alla gara a pena di esclusione, ma solo un onere..... la cui osservanza o meno viene in rilievo solo in via eventuale e successiva, nella fase di verifica dell'anomalia...: in via successiva, perché è solo in sede di procedimento di verifica dell'anomalia che vanno esaminate le giustificazioni” (*ibidem*).

Nella specie, peraltro, a seguito della verifica compiuta e delle ulteriori e più approfondite giustificazioni fornite dall'appellante, l'offerta di questa è risultata congrua e conveniente, siccome tale ritenuta dall'Amministrazione.

L'appello va, pertanto, accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso proposto in primo grado deve essere respinto.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti in causa spese e competenze di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello in epigrafe e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado.

Compensa tra le parti spese e competenze di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, nella camera di consiglio del 29 Aprile 2003 con l'intervento dei Signori:

Pres. Emidio Frascione

Cons. Raffaele Carboni

Cons. Corrado Allegretta, Est.

Cons. Paolo Buonvino

Cons. Claudio Marchitello