

TAR Liguria, Sezione Prima, Sentenza n. 165 del 28 febbraio 2024

Appalti di lavori – Verifica di anomalia offerta – Giustificazioni incomplete – Soccorso istruttorio –
Inammissibilità

Pubblicato il 28/02/2024

N. 00165/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00765/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 765 del 2023, integrato da due motivi aggiunti, proposti dal Consorzio Stabile (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio a (...);

contro

Il Provveditorato Interregionale delle Opere Pubbliche (...), sede di (...), il Ministero (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura dello Stato, domiciliataria *ex lege* a Genova, v.le Brigate Partigiane, 2;

nei confronti

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa

dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio a (...);

e con l'intervento di

ad opponendum: (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

A) per quanto riguarda il RICORSO INTRODUTTIVO:

- annullamento, previa concessione delle misure cautelari, dell'esclusione e/o dei relativi atti della procedura di gara europea con procedura aperta per lavori presso il Palazzo di giustizia di (...) - cig (...);

B) per quanto riguarda i primi MOTIVI AGGIUNTI presentati il 6/1/2024:

- l'annullamento del decreto di aggiudicazione ed efficacia emesso in data 7 dicembre 2023 con prot. n. 780/2023 e atti presupposti, conseguenti, connessi e/o collegati;

C) per quanto riguarda i secondi MOTIVI AGGIUNTI presentati il 3/2/2024:

- l'annullamento del decreto di esclusione, del decreto di aggiudicazione prot. n. 780/2023, della nota del Rup n. 8761/2023, del verbale di verifica di congruità prot. n. 9485/2023 e di ogni altro atto e/o provvedimento collegato, connesso presupposto o comunque ad oggi ignoto.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche (...) Sede di (...), di (...) S.r.l. e del Ministero (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2024 il dott. Marcello Bolognesi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1) Il Provveditore Interregionale per il (...)con determina del 16.8.23:

- ha approvato il progetto esecutivo “*Piano PNRR - Palazzo di Giustizia di Genova – Piazza Portoria, n. 1 – Lavori di adeguamento degli impianti di condizionamento, elettrici, di sicurezza dei serramenti e dei tamponamenti esterni dell’edificio - I stralcio esecutivo - Adeguamento degli impianti di condizionamento ed elettrici*” per un importo a base di gara pari ad € 6.673.943,59;

- ha disposto che l’affidamento dei relativi lavori sarebbe avvenuto con procedura aperta, ai sensi degli artt. 70, commi 1 e 4, e 71 del D.Lgs. 36/2023, da aggiudicarsi con il criterio del maggior ribasso, previa valutazione di congruità delle offerte risultanti anormalmente basse ai sensi dell’art. 110 del D.Lgs. 36/2023 (ma senza alcuna previsione di interlocuzioni o chiarimenti ulteriori rispetto alla richiesta di giustificazioni da parte del RUP sulle offerte ritenute anomale).

2) In seguito alla pubblicazione del bando avvenuta il 15.9.2023 sella GUUE del 18.9.2023, sono pervenute 25 offerte e, come risulta dal verbale della seduta del “Presidente di gara” del 24.10.2023 (pubblicato il 12.12.2023), è stata stilata la graduatoria provvisoria con i seguenti primi tre classificati:

- al primo posto il Consorzio Stabile (...) (d’ora in poi: Consorzio (...)), con ribasso del 43,74 %;
- al secondo posto (...) s.r.l., con ribasso del 41,011 %;
- al terzo (...) s.r.l. con ribasso del 35,77%.

3) La stazione appaltante (SA) ha sospeso l’esecuzione della proposta di aggiudicazione in favore dell’impresa risultata prima in graduatoria in attesa della verifica di anomalia delle offerte, ivi comprese quelle posizionate ai primi tre posti.

4) Il RUP, con nota n. 8761 del 26.10.2023, ha chiesto ad 11 offerenti di presentare, nel termine perentorio di 15 giorni, le giustificazioni in merito

all'anomalia delle rispettive offerte ai sensi dell'art. 110, comma 2, del D.Lgs. 36/2023.

5) Tale nota n. del 26.10.2023 ha precisato la tipologia della documentazione giustificativa richiesta, richiedendo la presentazione di “... *D. relazione giustificativa del prezzo offerto per le seguenti categorie di lavorazioni omogenee: 1. IMPIANTI DI CONDIZIONAMENTO a) Tubazioni in rame preisolate; b) Unità motocondensanti esterne; c) Unità interne; d) Pompe di Calore; 2. IMPIANTI ELETTRICI e SPECIALI a) Corpi illuminanti; b) Quadri elettrici; c) Cavi elettrici; d) Fotovoltaico...*” stabilendo che “*In particolare dovrà essere fornita dettagliata analisi del prezzo, corredata delle offerte commerciali dei materiali-apparecchiature impiegati, nel rispetto delle caratteristiche prestazionali indicate nel progetto a base di gara ...*”, con l'avvertimento per cui “*...in caso di mancata o parziale presentazione di quanto richiesto, si procederà all'esclusione di codesta impresa*”.

6) Sono pervenute giustificazioni da parte di sei offerenti, tra i quali anche i sopra menzionati operatori economici collocati nelle prime tre posizioni.

7) In data 7.11.2023 è stata nominata una Commissione tecnica per la verifica della congruità delle offerte.

8) Tale Commissione si è riunita nei giorni 13 e 14.11.2023.

Essa ha preliminarmente definito i criteri di valutazione della congruità delle offerte richiamando i punti di cui alla richiesta di giustificazioni n. 8761 del 26.10.2023 e precisando che avrebbe proceduto “*all'analisi delle offerte secondo il seguente ordine di valutazione: 1) Rispondenza tecnica prestazionale al progetto delle opere oggetto d'offerta; 2) Congruità dell'offerta in riferimento all'Utile ed alle Spese Generali da specificare secondo la richiesta di cui al precedente punto B al fine di giustificarne il ribasso offerto; 3) Organizzazione del cantiere a comprova e giustificazione del ribasso offerto*”.

9) La Commissione ha iniziato le operazioni con la verifica della documentazione giustificativa del Consorzio (...) rilevando che: “*... punto 2: in riferimento a quanto richiesto al punto D della richiesta del RUP la documentazione fornita dall'Impresa risulta incompleta e non valutabile in quanto risultano del tutto assenti le Analisi Prezzi, così come da*

apposita richiesta formulata dalla Stazione Appaltante. Per quanto sopra, la commissione esaminatrice, preso atto che la documentazione giustificativa fornita dall'impresa risulta carente nei requisiti essenziali ad escludere, nella sua complessità, l'anomalia dell'offerta, ritiene la stessa non meritevole di giudizio favorevole di congruità”.

10) Successivamente ha scrutinato anche le giustificazioni presentate da (...) rilevando, sempre con riguardo al punto 2 (“*Congruietà dell’offerta in riferimento all’Utile ed alle Spese Generali da specificare secondo la richiesta di cui al precedente punto B al fine di giustificarne il ribasso offerto*”), che “*in riferimento al punto D della richiesta, si evidenzia che risultano presenti le Analisi dei prezzi seppur in forma non canonica ma le stesse risultano non complete di Offerte commerciali dei materiali/prodotti tali da dimostrare la piena conformità alle caratteristiche prestazionali del progetto. A conferma di ciò a pag. 2 della Relazione giustificativa l’Impresa stessa rimanda ad un successivo momento la formulazione completa della proposta dei materiali da impiegare in cantiere, affermando: “Tutti i materiali utilizzati saranno pienamente rispondenti ai requisiti prescritti dal Capitolato speciale d’appalto, dotati di apposita dichiarazione di conformità CE e sottoposti preventivamente all’approvazione della D.L”. Per quanto sopra, la Commissione esaminatrice, preso atto che la documentazione giustificativa fornita dall’impresa risulta carente nei requisiti essenziali ad escludere, nella sua complessità, l’anomalia dell’offerta, ritiene la stessa non meritevole di giudizio favorevole di congruità”.*

11) Il RUP, con nota del 22.11.2023 n. 9635, ha condiviso la proposta della Commissione suddetta disponendo l’esclusione delle offerte presentate dal Consorzio (...) e da (...) S.r.l. (prime due graduate) ritenendole anomale, sinteticamente rilevando per entrambi gli operatori che “*la documentazione giustificativa prodotta ... è risultata carente nei requisiti essenziali e pertanto non sufficiente ad escludere, nella sua complessità, l’anomalia dell’offerta*” e proponendo l’“*aggiudicazione provvisoria*” in favore della terza graduata (...) S.r.l., quale prima offerta ritenuta non anormalmente bassa.

12) Nella successiva seduta pubblica del 24.11.2023 il Presidente di gara, in linea con la precedente nota del RUP del 22.11.2023:

- ha disposto l'esclusione per anomalia delle offerte presentate dal Consorzio (...) e da (...) S.r.l.;

- ha proposto l'“*aggiudicazione provvisoria*” in favore di (...) S.r.l..

13) Conseguentemente la Stazione Appaltante (di seguito SA), con parallele Pec del 27.11.2023 aventi in medesimo tenore, ha informato dell'esclusione dalla gara sia il Consorzio (...) che (...) comunicando che “*in data 24.11.2023, con verbale di seduta pubblica, l'offerta presentata da codesta Impresa è stata giudicata "anormalmente bassa" dalla Commissione, nominata dal Provveditore di questa Stazione appaltante in data 07.11.2023, e pertanto, ai sensi dell'art. 110, c. 5 del D.Lgs n. 36/2023, l'offerta medesima è stata esclusa. I verbali del Seggio di gara, con la proposta di aggiudicazione, saranno pubblicati su questa piattaforma e sulla sezione "Amministrazione trasparente" di questo Ministero, contestualmente al Decreto Provveditoriale di aggiudicazione*”.

A tali note informative non è stato allegato alcun provvedimento.

14) La SA, con decreto del 7.12.2023 n. 780, ha approvato i risultati della procedura ed ha aggiudicato l'appalto ad (...) S.r.l., dandone comunicazione all'aggiudicatario e ai due soggetti esclusi con la nota n. 10219 dell'11.12.2023, inviata via Pec il 12.12.2023.

15) A partire dal medesimo 12.12.2023 sono stati anche pubblicati gli atti e i verbali di gara, ivi compresi gli atti di esclusione del Consorzio (...) e di (...), ma non i verbali della Commissione sulla valutazione dell'anomalia relativi alle sedute del 13-14.11.2023.

16) Entrambe le ditte escluse hanno presentato plurime istanze di accesso:

- il Consorzio (...) in data 9.12.2023 e 13.12.2023, alle quali la SA ha dato pieno riscontro solo con nota dell'11.1.2024 esibendo i verbali della Commissione incaricata di verificare l'anomalia delle offerte;

- (...) in data 28.11.2023, 5.12.2023, 12.12.2023 e 15.12.2023; in particolare con le ultime due istanze ha chiesto la copia dei citati verbali della Commissione di verifica di congruità delle offerte.

La SA ha esibito tali verbali solo con nota del 16.1.2024.

17) Sia il Consorzio (...) che la Soc. (...) hanno impugnato i provvedimenti di rispettiva esclusione dalla competizione nonché il provvedimento di aggiudicazione a favore della controinteressata Soc. (...).

18) In particolare il Consorzio (...) ha presentato:

- il RICORSO INTRODUTTIVO di cui in epigrafe ha chiesto l'annullamento "*in abstracto*" (ossia "*al buio*") del provvedimento di esclusione dalla gara nonché del verbale di seduta pubblica del 24.11.2023, con conseguente dichiarazione d'inefficacia del contratto ove "*medio tempore*" stipulato in favore della controinteressata (...);

- i PRIMI MOTIVI AGGIUNTI del 5.1.2024 con cui ha reiterato l'impugnativa "*in abstracto*" formulando anche istanza di accesso endoprocessuale ex art. 116, comma 2, Cod. proc. amm.;

- i SECONDI MOTIVI AGGIUNTI, notificati il 3.2.2024, posteriormente alla visione di tutti gli atti del procedimento richiesti, con cui ha articolato le proprie difese anche in relazione ai verbali della Commissione sull'anomalia delle offerte.

19) Inizialmente, a causa dell'irritualità delle notifiche alle Amministrazioni intime, si è costituita in giudizio la sola controinteressata aggiudicataria (...) S.r.l.

20) Alla camera di consiglio del 12.1.2024 il difensore della ricorrente è stato autorizzato al rinnovo delle notifiche.

21) Rinnovate le notifiche, si sono costituiti in giudizio il Ministero (...) e il Provveditorato Interregionale (...), nonché anche l'altra controinteressata (...) (seconda classificata) con intervento "*ad opponendum*".

21) Alla Camera di Consiglio del 9.2.2024 la causa, previa discussione, è stata trattenuta in decisione e viene definita con sentenza in forma semplificata sussistendone i presupposti.

22) Preliminarmente si devono scrutinare le eccezioni pregiudiziali ulteriori a quelle relative alle nullità delle notifiche (superate dall'intervenuta sanatoria per l'avvenuta

rinnovazione delle stesse e per la successiva costituzione in giudizio delle Amministrazioni intime).

22.1) L'interveniente *ad opponendum* (...) ha eccepito l'inammissibilità del ricorso e dei primi motivi aggiunti in quanto proposti "*in abstracto*".

L'eccezione è fondata.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha statuito che "*Poiché il termine di impugnazione comincia a decorrere dalla conoscenza del contenuto degli atti, anche in tal caso non è necessaria la previa proposizione di un ricorso 'al buio' [in abstracto, nella terminologia della Corte di Giustizia, e di per sé destinato ad essere dichiarato inammissibile, per violazione della regola sulla specificazione dei motivi di ricorso, contenuta nell'art. 40, comma 1, lettera d), del c.p.a.], cui dovrebbe seguire la proposizione di motivi aggiunti*" (Cons. Stato, Ad. Plen., n. 12 del 2.7.2020, § 31) precisando quale sia il *dies a quo* per la decorrenza del termine di impugnazione degli atti, nonché l'estensione di 15 giorni del termine d'impugnazione di 30 giorni ove sia stata presentata una tempestiva istanza ostensiva.

In tale situazione il candidato escluso e/o non aggiudicatario non ha l'onere di presentare ricorsi "*in abstracto*" impugnando il provvedimento di esclusione o di aggiudicazione del controinteressato anche prima di avere conosciuto le motivazioni e gli allegati di tali atti lesivi, potendo impugnare tali atti nel termine decorrente dal momento in cui gli sia stata comunicata la relativa motivazione e/o i pertinenti allegati.

Se, tuttavia, l'operatore presenti comunque un ricorso "*al buio*" contro i suddetti atti, questo è inammissibile sia per genericità dei motivi formulati, sia per difetto di interesse attuale e concreto, perché tale impugnazione non è necessaria, dovendo essere impugnati solo gli atti motivati e completi degli allegati (Cons. Stato, Ad. Plen., n. 12 del 2.7.2020, § 31; T.A.R. Lazio-Roma, sez. III, 23/1/2024, n. 1230; T.A.R. Puglia-Lecce, sez. II, 5.1.2024, n. 21).

Nel caso di specie il ricorrente ha presentato una tempestiva istanza di accesso alla

quale, tuttavia, non ha fatto seguito la tempestiva esibizione da parte della SA, sicché il termine di impugnazione – sia del provvedimento espulsivo dalla gara che di quello di aggiudicazione dell'appalto al controinteressato – non ha iniziato a decorrere fino all'ostensione degli atti richiesti, con conseguente inammissibilità del ricorso introduttivo e dei primi motivi aggiunti (nella parte impugnatoria) perché presentati nelle more dell'esibizione degli atti di gara tempestivamente richiesti e, quindi, afflitti dalla genericità dei vizi dedotti.

Infatti, fino all'esibizione di tutti gli atti del procedimento di esclusione, il ricorrente non poteva formulare doglianze specifiche basate su profili ancora ignoti, con conseguente inammissibilità dell'impugnazione anche nella parte relativa alla richiesta di annullamento del provvedimento di aggiudicazione alla controinteressata, il cui interesse impugnatorio deriva dal gravame contro l'atto di esclusione.

Si rileva, peraltro, che tale ultimo rilievo non comporta alcuna lesione del diritto di difesa del ricorrente il quale ha impugnato sia l'atto di esclusione che quello di aggiudicazione alla controinteressata con i secondi (tempestivi) motivi aggiunti.

22.2) La controinteressata (...), con memoria del 10.1.2024, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso e dei primi motivi aggiunti in ragione dell'omessa impugnazione della nota del RUP n. 9635 del 22.11.2023 n. 9635 con cui è stata disposta l'esclusione dalla gara del Consorzio sulla base del fatto che *“la documentazione giustificativa prodotta dall'operatore economico Consorzio (...) a supporto della propria offerta di ribasso pari al 43,74%, è risultata carente nei requisiti essenziali e pertanto non sufficiente ad escludere, nella sua complessità, l'anomalia dell'offerta”*.

L'eccezione è innanzitutto inammissibile in quanto relativa ad impugnazioni già dichiarate, a loro volta, inammissibili in accoglimento dell'eccezione di cui al punto precedente.

In ogni caso l'eccezione è anche infondata perché la nota citata è stata effettivamente conosciuta dal Consorzio (...) in data 12.12.2023 ma solo con una

motivazione riassuntiva che non ha consentito di comprendere le effettive e complete ragioni dell'esclusione, contenute "*per relationem*" nei verbali della Commissione per la valutazione dell'anomalia i quali, tuttavia, non sono stati allegati agli atti pubblicati il 12.12.2024 ma sono stati esibiti solo in data 11.1.2024. Pertanto, per le ragioni esposte al punto precedente in materia di "*dies a quo*" del termine di impugnazione degli atti delle gare in materia di appalti pubblici, tale comunicazione alla data della sua pubblicazione del 12.12.2023 non era impugnabile perché priva della motivazione completa e perché il ricorrente aveva presentato una tempestiva istanza di accesso non ancora riscontrata da parte della SA.

22.3) Il Provveditorato resistente ha, altresì, eccepito l'inammissibilità del ricorso introduttivo e dei primi motivi aggiunti in quanto non recherebbero la puntuale indicazione dei motivi di censura.

L'eccezione è inammissibile in quanto relativa ad impugnazioni già dichiarate inammissibili in accoglimento dell'eccezione di cui al punto 22.1.

22.4) (...) ha eccepito inoltre la tardività dei secondi motivi aggiunti (notificati il 3.2.2024) rispetto all'impugnazione della nota del RUP n. 8761 del 26.10.2023 di richiesta delle giustificazioni giacché tale atto è stato conosciuto già nell'ottobre 2023 e avrebbe dovuto essere impugnato immediatamente in forza della sua lesività immediata riferita alla tipologia degli atti giustificativi richiesti.

L'eccezione è infondata, giacché la nota in questione ha natura endo-procedimentale e non è lesiva della posizione dell'impresa, che risulta pregiudicata solo con il provvedimento di esclusione.

23) Nel merito resta da scrutinare l'istanza di accesso ex art. 116, comma 2, del Cod. proc. amm. formulata con i primi motivi aggiunti, nonché la fondatezza dei secondi motivi aggiunti, nella parte non dichiarata inammissibile.

24) In ordine all'istanza di accesso endoprocessuale si deve rilevare l'intervenuta cessazione della materia del contendere, essendo stati esibiti tutti gli atti richiesti

successivamente alla notifica dell'istanza medesima.

25) Nel merito si deve innanzitutto esaminare il PRIMO MOTIVO (dei secondi motivi aggiunti) con il quale il ricorrente ha lamentato la violazione dei principi in materia di selezione delle offerte (artt. 107 e ss. del D.lgs. n. 36/2023) per carenza dei presupposti, di istruttoria e di motivazione.

Il Consorzio (...) ha lamentato in particolare:

a) che la nota del RUP n. 8761 del 26.10.2023 di richiesta di giustificazioni sarebbe illegittima per avere erroneamente richiesto agli offerenti la presentazione dell'Analisi dei prezzi la quale, per un appalto "a corpo" come quello di specie, *"non può essere considerata elemento fondante l'esclusione di un operatore economico"* perché risultano *"irrilevanti i prezzi unitari indicati nel c.d. elenco prezzi"*;

b) che in ogni caso sarebbe stata allegata la documentazione richiesta dalla Commissione, compresi gli accordi commerciali sottoscritti con i propri fornitori i quali avrebbero aderito ai Computi Metrici e agli Elenchi Prezzi mediante *"lettera d'intenti"* idonea a dimostrare l'adeguatezza e l'attendibilità dell'offerta.

Il motivo è infondato.

25.1) Il profilo a) è infondato, perché la rilevante misura del ribasso proposto dalla ricorrente ben giustifica, anche trattandosi di appalto a corpo, le richieste istruttorie avanzate dall'amministrazione per verificarne la praticabilità effettiva.

25.2) Il profilo b) è infondato perché il ricorrente non ha allegato l'Analisi dei prezzi né altra documentazione equipollente, sebbene richiesta dal RUP anche in ragione della rilevante entità del ribasso proposto (43,74 %).

Preliminarmente si rileva che il Consorzio (...) ha sovrapposto due strumenti intrinsecamente diversi: da un lato quello dell'Analisi dei prezzi (effettivamente richiesta dalla SA in sede di giustificazioni) e dall'altro quello dell'Elenco dei prezzi unitari (non richiesto dalla SA), e sulla base di tale errato ragionamento, ha dedotto l'illegittimità della valutazione di anomalia che sarebbe stata basata sull'Elenco dei prezzi unitari per un appalto "a corpo".

Invero l'Elenco dei prezzi unitari è costituito dai listini ufficiali dei prezzi o dai prezzi regionali e, negli appalti di lavori "a corpo", assume una valenza indicativa delle voci di costo che hanno concorso a formare l'importo finale.

L'Analisi dei prezzi, invece, analizza il costo preventivato dall'impresa per una certa categoria di lavorazioni, scomponendolo nelle sue voci di costo elementari (manodopera, materiali, spese generali, noli e utile d'impresa) che, anche per un appalto "a corpo" costituiscono strumento idoneo per la valutazione della congruità dell'offerta.

La SA ha correttamente richiesto la presentazione dell'Analisi dei prezzi ma il ricorrente, come si evince dall'esame delle "*Giustifiche*" e della "*Relazione giustificativa del prezzo*", non ha presentato alcun documento avente le caratteristiche di quanto richiesto dalla SA, avendo allegato solamente alcuni elaborati privi di dati, valori e importi dai quali evincere il costo preventivato dal ricorrente per la manodopera, i materiali, i noleggi, le spese generali e l'utile d'impresa, con conseguente assenza di alcuna idonea giustificazione dell'anomalia contestata.

Neppure può considerarsi sostitutivo dell'Analisi dei prezzi la presentazione di alcune "*lettere d'intenti*" le quali contengono la mera dichiarazione (senza impegno vincolante) che un asserito fornitore dei materiali applicherà una determinata percentuale di sconto rispetto alle tariffe indicate negli elenchi prezzi inerenti la procedura in oggetto ma, anche in questo caso, senza indicazione delle voci che determinano il ribasso del prezzo offerto, ossia: il costo della manodopera, dei materiali delle spese generali, dei noli e dell'utile d'impresa.

Inoltre, da quanto risulta agli atti, i soggetti firmatari delle lettere d'intenti non sarebbero neppure "fornitori" ma, rispettivamente, società di impiantistica e di installazione di *software*, aspetto che comporterebbe un'ulteriore elemento di inattendibilità delle giustificazioni in quanto tali imprese dovrebbero, a loro volta, approvvigionarsi dei materiali ed impianti da altri (effettivi) fornitori, con conseguente impatto sui prezzi che è stato totalmente ignorato in sede di

giustificazioni, rendendo anche sotto tale profilo incongrua l'offerta.

In definitiva, nel caso di specie, la richiesta di presentare l'Analisi dei prezzi è corretta e il ricorrente non ha fornito tale documento giustificativo, con conseguente legittimità del provvedimento espulsivo.

26) Con il SECONDO MOTIVO (dei secondi motivi aggiunti) il ricorrente ha lamentato la violazione dell'art. 110, comma 2, del D.lgs. n. 36/2023 e dei principi in materia di soccorso istruttorio, con conseguente illegittimità del provvedimento espulsivo perché non preceduto da un contraddittorio finalizzato ad integrare le giustificazioni ritenute incomplete.

Il motivo è infondato.

26.1) L'invocato art. 110, comma 2, del D.lgs. n. 36/2023, a differenza del Codice del 2006, per esigenze di celerità delle procedure di affidamento, ha concentrato le interlocuzioni con l'offerente nella fase della richiesta di giustificazioni e della presentazione delle stesse nel termine perentorio non superiore a 15 giorni, non prevedendo interlocuzioni ulteriori.

E' vero che tale norma non vieta ogni confronto sui profili ritenuti critici, ma quest'ultimo, in mancanza di una previsione espressa, si pone come eccezione alla regola generale e soggiace al rispetto dei principi di autoresponsabilità, efficienza (art. 1, L. n. 241/90), risultato (art. 1 D.lgs n. 36/2023), "*par condicio competitorum*", di soccorso istruttorio e procedimentale di cui all'art. 101 del D.lgs n. 36/2023, nonché alla disciplina speciale prevista per gli appalti finanziati con i fondi del PNRR.

26.2) Inoltre il caso di specie è caratterizzato dall'omessa allegazione dei documenti giustificativi dell'offerta anomala relativa alla parte essenziale delle giustificazioni costituita dall'Analisi dei prezzi, correttamente richiesta dal RUP per la verifica di congruità dell'offerta caratterizzata dal notevole ribasso proposto del 43,74 %.

In tale situazione l'applicazione dei suddetti principi porta a ritenere legittima l'impugnata esclusione dell'offerta per le seguenti plurime ragioni.

i) In primo luogo il supplemento interlocutorio per supplire alla mancata produzione documentale confligge con il principio di autoresponsabilità dell'operatore economico.

La giurisprudenza ha precisato, infatti, che *“Le imprese partecipanti alle selezioni per gli affidamenti di appalti pubblici sono chiamate all’osservanza stringente del principio di autoresponsabilità che impone un grado di professionalità e di diligenza superiore rispetto alla media che non riguarda solo l’esecuzione del contratto, ma anche le fasi prodromiche e genetiche”* talché *“i concorrenti non possono pretendere di scaricare sull’amministrazione problemi che essi stessi potrebbero risolvere utilizzando la diligenza esigibile da un operatore qualificato, qual è l’impresa che partecipa ad una gara pubblica. Ne consegue che nessun onere di accertamento dell’esistenza del requisito, al di là di quello dichiarato in sede di gara, esistesse in capo alla stazione appaltante”* (T.A.R. Emilia Romagna - Bologna 707/2023; T.A.R. Lombardia- Milano 2598/2021; TAR Piemonte, n. 616/2022).

In base a tale principio l’omessa trasmissione di una parte fondamentale dei documenti giustificativi – specie in relazione al notevole ribasso offerto - costituisce una violazione così rilevante dei principi di autoresponsabilità e diligenza (la quale, per gli operatori economici, è superiore a quella richiesta al *quisque de populo*), da non poter essere colmata mediante supplementi istruttori o interlocutori che, come detto, costituiscono uno strumento eccezionale perché determinano la rimessione in termini di uno o più concorrenti nel subprocedimento di verifica dell’anomalia, a fronte di altri candidati che hanno depositato giustificazioni chiare e complete nel rispetto del termine perentorio previsto dall’art. 110 del nuovo Codice.

ii) Nella fattispecie, trattandosi di appalto finanziato con fondi del PNRR, l’ipotizzato supplemento partecipativo contrasta anche con i principi di massima celerità della conclusione delle singole fasi della procedura, in ragione dei meccanismi che prevedono la perdita dei finanziamenti assegnati in caso di ritardi rispetto ai termini prefissati.

iii) La SA non avrebbe potuto neppure attivare il soccorso “istruttorio” previsto dall’art. 101, commi 1 e 2 perché tale strumento non è utilizzabile per supplire ad elementi mancanti relativi alle offerte tecniche ed economica e, secondo la recente giurisprudenza, neppure per sopperire ad omissioni dovute alla violazione (avvenuta, come si è detto, nel caso di specie) del principio di autoresponsabilità e di diligenza dei partecipanti, atteso che *“Per quanto possa ampliarsi la portata applicativa del potere generale di soccorso istruttorio, ... occorre pur sempre individuare dei limiti al suo esercizio, i quali sono segnati dai principi generali di autoresponsabilità”* (T.A.R. Valle d’Aosta n. 25/2023; T.A.R. Lombardia-Milano n. 1795/2023).

iv) Infine non sarebbe stato praticabile neppure lo strumento (facoltativo) del soccorso “procedimentale” di cui all’art. 101, comma 3, del D.lgs n. 36/2023 che consente alla SA di chiedere spiegazioni anche in merito alle offerte tecnica ed economica, sempre che tali chiarimenti non modifichino l’offerta.

In particolare detti chiarimenti sono ammessi quando le giustificazioni, sebbene complete, lascino un margine di dubbio, mentre nel caso di specie le giustificazioni sono caratterizzate da una ampia e decisiva carenza documentale, non colmabile da parte di alcun chiarimento.

In tale situazione il soccorso procedimentale sarebbe stato inutile perché la ricorrente non ha fornito dati poco chiari, ma ha ommesso di fornire intere categorie di dati e giustificazioni, sicché eventuali chiarimenti richiedibili con tale strumento istruttorio non avrebbero potuto supplire a tali omesse produzioni di dati e di documenti.

Ne consegue che la SA ha legittimamente ommesso di richiedere integrazioni o chiarimenti.

27) Conclusivamente il Collegio:

- dichiara inammissibile il ricorso introduttivo;
- dichiara inammissibile i primi motivi aggiunti nella sola parte impugnatoria, mentre dichiara la cessata materia del contendere in relazione all’istanza di accesso

endoprocessuale proposta con i primi motivi aggiunti;

- respinge i secondi motivi aggiunti.

28) Le spese del giudizio:

- sono compensate nei confronti delle Amministrazioni resistenti in ragione della soccombenza reciproca (reale per il ricorrente e virtuale per le citate Amministrazioni in relazione all'istanza di accesso endoprocessuale);

- sono compensate nei confronti dell'interveniente *ad opponendum* in ragione della particolarità della vicenda;

- seguono la soccombenza del ricorrente nei confronti della controinteressata (...)

S.r.l. e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti come in epigrafe proposti,

- dichiara il ricorso introduttivo inammissibile;

- dichiara i primi motivi aggiunti inammissibili per quanto attiene alla parte impugnatoria, e dichiara la cessata materia del contendere in relazione all'istanza di accesso ex art. 116, comma 2, del C.p.a.;

- rigetta i secondi motivi aggiunti.

Sulle spese del giudizio:

- le compensa nei confronti delle Amministrazioni resistenti e dell'interveniente *ad opponendum*;

- condanna il ricorrente al pagamento nei confronti della controinteressata (...)

S.r.l. della somma che si liquida in euro 3000 (tremila), oltre accessori di legge.

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

Così deciso a Genova nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Liliana Felletti, Referendario

Marcello Bolognesi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Marcello Bolognesi

IL PRESIDENTE

Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO