

Appalti

Caro-materiali: possibile impugnare subito i bandi con prezzari non aggiornati

di Dario Immordino

05 Aprile 2022

Per il Tar Campania prevedere un importo a base d'asta insufficiente alla copertura dei costi rappresenta una clausola «immediatamente escludente»



Le disposizioni della legge di gara che prevedono un importo a base d'asta insufficiente alla copertura dei costi di esecuzione dell'appalto devono essere immediatamente impugnate, perché costituiscono clausole immediatamente escludenti.

Ciò perché la previsione di una remunerazione non proporzionata alla quantità e qualità delle prestazioni oggetto dell'appalto rende il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente, e di conseguenza ostacola in materia decisiva la partecipazione alla gara, poiché rende di fatto impossibile formulare un'offerta congrua o comunque economicamente sostenibile. Sulla base di tali considerazioni il [Tar Campania con la sentenza 2117/2022](#), ha statuito che la stima dei costi della manodopera effettuata dalla stazione appaltante insufficienti a consentire la formulazione di un'offerta economicamente sostenibile deve essere immediatamente impugnata. A partire dalla pronuncia n. 4/2018 dall'Adunanza Plenaria risulta, infatti, consolidata la bipartizione del regime di impugnazione degli atti di gara, in forza della quale:

- a) i bandi e le lettere di invito vanno impugnati unitamente agli atti che ne fanno applicazione, ossia all'eventuale provvedimento di esclusione e di aggiudicazione, poiché sono questi ultimi ad individuare il soggetto leso dal provvedimento e a rendere attuale e concreta la lesione della situazione giuridica dell'interessato;
- b) le c.d. clausole immediatamente escludenti sono soggette all'onere di immediata impugnazione, dal momento che producono effetti lesivi immediati precludendo la partecipazione alla procedura. Sulla base di tali caratteristiche si è progressivamente strutturata una nozione di clausole escludente estesa a tutte le regole di gara che producono un effetto escludente "oggettivo", poiché non consentono all'operatore economico "medio" di partecipare alla gara (Cons. Stato n. 5057/2019; Cons. Stato n. 293/2015; Cons. Stato n. 5671/2012).

La casistica elaborata dalle numerose pronunce giurisprudenziali comprende tutte le regole della procedura "accomunate dal fatto di impedire in modo macroscopico ovvero di rendere estremamente ed inutilmente difficoltoso ad un operatore economico di formulare un'offerta corretta, adeguata e consapevole, "realizzando una concreta ed effettiva lesione dell'interesse legittimo dell'impresa a

concorrere con gli altri operatori per l'aggiudicazione di una commessa pubblica" (C. Stato 27/11/2019, n. 8088).

Rientrano in questa articolata nozione:

- a) le disposizioni di gara che impongono, ai fini della partecipazione, oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura (Cons. Stato n. 5671/2012);
- b) le regole che rendono la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (Cons. Stato, A.P., n. 3/2001);
- c) le disposizioni abnormi o irragionevoli che rendono impossibile il calcolo della convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara oppure prevedono abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (Cons. Stato n. 980/2003);
- d) le condizioni negoziali che rendono il rapporto eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (Cons. Stato n. 6135/2011; Cons. Stato n. 293/2015);
- e) le disposizioni caratterizzate da gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta, oppure che presentino formule matematiche del tutto errate;
- f) gli atti di gara che omettono l'indicazione dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso".

In ragione di ciò rientrano tra le clausole da considerare immediatamente escludenti anche quelle che prevedono un importo a base d'asta insufficiente alla copertura dei costi, inidoneo cioè ad assicurare ad un'impresa un sia pur minimo margine di utilità o addirittura tale da imporre l'esecuzione della stessa in perdita, in quanto non consentono di presentare un'offerta congrua, idonea e competitiva.

In una fase, come quella attuale, caratterizzata da consistenti rincari in settori merceologici particolarmente rilevanti e strategici in relazione al mercato degli appalti pubblici, quali, in primo luogo, quello dei materiali per l'edilizia, è plausibile ritenere i principi consolidati in materia di clausole escludenti potrebbero assumere notevole rilievo in relazione al profilo economico delle discipline di gara, concernente l'incongruità degli importi a base d'asta.

Il consistente caro materiali registrato negli ultimi mesi, infatti, da una parte renderà plausibilmente escludenti, e come tali soggette a impugnazione immediata, le clausole dei bandi elaborate sulla base di prezziari non aggiornati, e dall'altra agevolerà l'onere probatorio delle imprese, dal momento che il calcolo della remunerazione delle prestazioni dell'appalto sulla base di prezzi divenuti oggettivamente incongrui costituisce una circostanza che rende di fatto impossibile alla generalità degli operatori formulare un'offerta congrua o comunque economicamente sostenibile.

Ciò potrebbe esporre numerose procedure di appalto a pronunce di illegittimità fondate sulla violazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità, concorrenza (Cons. Stato, 8088/2019).

Sotto questo profilo, pertanto, il riferimento a prezziari non aggiornati da parte della generalità delle stazioni appaltanti potrebbe incentivare la proliferazione del contenzioso e ostacolare la tempestiva celebrazione delle gare, depotenziando, di fatto, molte delle semplificazioni adottate negli ultimi mesi al fine di accelerare le procedure di appalto: dall'alleggerimento degli oneri e adempimenti

burocratici e delle responsabilità dei funzionari pubblici alla riduzione dei tempi di aggiudicazione e di quelli di stipula dei contratti. Questa prospettiva contribuisce a rendere urgente il tempestivo allineamento delle condizioni economiche degli appalti alla nuova situazione del mercato. In giurisprudenza si è progressivamente affermato l'orientamento in forza del quale il carattere escludente di tali clausole, oltre che in reazione ai profili oggettivi di impossibilità a formulare l'offerta, deve essere necessariamente verificato e apprezzato in concreto, anche in relazione allo specifico punto di vista dell'impresa e della sua specifica organizzazione imprenditoriale (Cfr, Cons.Stato, 2004/2020). Ciò posto, tuttavia, l'onere probatorio non può naturalmente esaurirsi in una prospettazione limitata alle peculiari condizioni dell'impresa, ma deve strutturarsi attraverso una equilibrata composizione della dimensione oggettiva e soggettiva della portata escludente delle regole che si intende contestare.

Così, ad esempio, la sentenza in oggetto rileva che la circostanza che l'aggiudicatario della gara abbia comunque presentato una sua offerta costituisce indice della astratta remuneratività delle condizioni di gara, sicché il concorrente che intenda sottoporre a censura la stima dei costi dell'appalto deve dimostrare sulla base di stime attendibili l'incongruità del prezzo a base d'asta, eventualmente anche evidenziando la sussistenza dei requisiti che consentono di considerare l'offerta dell'aggiudicatario anomala ai sensi dell'art. 97, comma 3 del codice degli appalti.

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com>]

Il Sole
24 ORE