

Contrastante parere del Consiglio di Stato avverso un'esclusione, considerata legittima in primo grado, per aver un'impresa presentato una fideiussione provvisoria la cui operatività fosse prevista <a semplice richiesta scritta **dopo 15 giorni lavorativi bancari**>: fondamentale è, per il noto principio della par condicio, che le diverse clausole non comportino un risparmio per l'impresa partecipante tale da poterne alterare i termini dell'offerta

Qual è il parere quindi del Supremo giudice amministrativo < A fronte di un disciplinare di gara che preveda < a pena di esclusione che la cauzione provvisoria in caso di fideiussione bancaria o polizza assicurativa “doveva prevedere la sua operatività, entro quindici giorni, su semplice richiesta scritta della Consip senza eccezioni opponibili a questa”, può essere accettata una fideiussione che invece contempli l'operatività della stessa <entro 15 giorni lavorativi bancari dal ricevimento della sottoindicata richiesta>?.

**LA FIDEIUSSIONE DEVE ESSERE ACCETTATA: può condividersi che la stessa clausola del disciplinare, assunta nella sua complessiva formulazione, può e deve essere intesa, per la sua particolare natura, anche alla luce del principio del favor participationis, come non comminante un'esclusione rigidamente collegata alla previsione, nel contratto fideiussorio, di un termine in ogni caso difforme da quello indicato in “15 giorni”. \_In altri termini l'esclusione, a ben vedere il disciplinare, è comminata per il mancato inserimento, nella busta A “Documenti”, della documentazione relativa alla “cauzione provvisoria”, per un certo ammontare, con una certa scadenza, da prestarsi con modalità determinate. Tra queste ultime, nel caso della modalità di prestazione della fideiussione bancaria, è posta la previsione di “operatività” entro quindici giorni. \_Si deve allora ritenere che la prestazione di una cauzione per via fideiussoria che sia rispettosa di tutti tali criteri modali ma che comporti, in relazione al modo in cui l'istituto bancario garante ha inteso il computo dei termini di 15 giorni previsto dal disciplinare, uno scostamento delimitato a pochi giorni (da sei a otto) della “operatività” della stessa garanzia, non possa ritenersi difforme dalla clausola del disciplinare in grado tale da comportare l'esclusione. \_ Quest'ultima si collega alla mancata documentazione della cauzione ovvero ad un suo contenuto, sostanzialmente violativo delle condizioni previste dallo stesso disciplinare, che comporti sia una vanificazione dell'interesse della stazione appaltante a imporre una seria misura di garanzia, di rapida e agevole realizzazione, **sia una violazione della par condicio, nel senso che l'alterazione di contenuto della fideiussione, rispetto a quanto prescritto, sia tale da consentire al concorrente garantito un sostanziale vantaggio di costi rispetto alle altre imprese partecipanti.** \_Nessuna di queste condizioni ostative può invece dirsi verificata o comunque dimostrata nel caso in esame, apparendo evidente che il limitato scostamento del momento di realizzazione eventuale della garanzia non può dirsi ledere l'interesse principale dell'amministrazione, comunque supportato da una consistente certezza di positivo incameramento e, per di più, pur sempre in un termine ragionevolmente breve, mentre, dall'altra parte, **non risulta che il metodo di computo previsto nel contratto fideiussorio in questione abbia comportato, per la ricorrente, un risparmio di costi, rispetto al pari importo garantito con l'utilizzazione del corretto metodo di computo del termine, in misura tale da avvantaggiarla sostanzialmente sulle altre concorrenti****

In conclusione quindi, nella decisione numero 1058 del 23 febbraio 2009, inviata per la pubblicazione in data 26 febbraio 2009, il Consiglio di Stato ci insegna che:

<2. L'appello può però trovare accoglimento sul punto della conformità della cauzione all'art.2 del disciplinare di gara, secondo dei motivi aggiunti “incidental” proposti dalla controinteressata e condiviso dal Tar.

2.1. Il significato di detta clausola, relativamente al modo in cui intendere il termine di 15 giorni quale periodo massimo di realizzazione dell'incameramento della cauzione, è stato correttamente riferito ai giorni solari (e non al concetto particolare di “giorni lavorativi bancari”) dal primo giudice, atteso che, in mancanza di diverse indicazioni contenute nel testo della lex specialis, questo è il significato normale

e naturale con cui intendere il vocabolo “giorni”, secondo il sistema di computo ordinario dei termini derivante dalle norme di principio della materia, quali correttamente individuate dal primo giudice negli artt.2963 c.c. e 155 c.p.c.; questi delineano un metodo di computo che è applicabile in via generale e che non lascia spazio ad un’integrazione extratestuale riferita alla specifica pratica degli affari del soggetto bancario (o assicurativo) che presta la garanzia.

Dall’organizzazione e prassi di lavoro del soggetto imprenditoriale garante, in mancanza di diverse precisazioni esplicite, non può farsi derivare una deroga al significato, normativamente stabilito, di un’indicazione temporale circa l’ampiezza di un termine, essendo tale imprenditore, come qualunque altro soggetto dell’ordinamento implicato in attività negoziale, destinatario naturale delle normali regole di principio civilistiche.

ED ANCORA

**In questo contesto, non essendo in gioco i superiori interessi della par condicio e dell’amministrazione, il canone ermeneutico del favor participationis consente di ritenere che, alla luce della ratio attribuibile alla complessiva formulazione della clausola del disciplinare, lo scostamento del termine dalla previsione letterale che lo riguarda sia ininfluenza, collocandosi, per la sua concreta non lesività degli interessi sostanziali tutelati dalla clausola, sul versante delle mere irregolarità, non ricadenti quindi nell’ambito della previsione di esclusione correttamente intesa.**

ED ANCORA

A cura di Sonia Lazzini

*N.1058/2009*

*Reg.Dec.*

*N. 6518 Reg.Ric.*

*ANNO 2008*

*Disp.vo 24/2009*



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

## **DECISIONE**

sul ricorso in appello proposto da ALFA Gestioni Tecniche s.r.l. e ALFADUE Company s.r.l. in persona dei rispettivi rappresentanti p.t. rappresentati e difesi dagli avv.ti Andrea Calzolaio e Luigi Medugno ed elettivamente domiciliati in Roma, presso il secondo via Panama 58;

contro

CONSIP s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t. rappresentato e difeso dall'avv. prof. Angelo Clarizia presso cui è elettivamente domiciliato in Roma, via Principessa Clotilde 2;

BETA Italia s.r.l. in persona del legale rappresentante p.t. rappresentato e difeso dall'avv. Valentino Vulpetti presso cui è elettivamente domiciliato in Roma, via Sabotino 2/a;

e nei confronti di:

Ministero dell'economia e delle finanze in persona del Ministro pro-tempore rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato presso cui è ope legis domiciliato in Roma via dei Portoghesi 12;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, Sez.III, n.2780 del 1 aprile 2008;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti sopra indicate;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 13 gennaio 2009 relatore il Consigliere Luciano Barra Caracciolo.

Uditi l'avv. Mazzarelli per delega dell'avv. Medugno, l'avv. Clarizia, l'avv. dello Stato Cimino e l'avv. Vulpetti;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

## **SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

Con la sentenza in epigrafe il Tar del Lazio ha accolto il ricorso incidentale proposto dalla BETA Italia s.r.l. e dichiarato improcedibile il ricorso principale proposto dalle s.r.l. ALFA Gestioni Tecniche e ALFA DUE Company per l'annullamento dei provvedimenti di esclusione di queste ultime dalla gara, per i lotti 6,7 e 8, indetta dalla CONSIP per l'affidamento del Servizio energia a favore delle pp.aa. (produzione ed erogazione dell'energia termica per la climatizzazione invernale, fornitura di combustibile, erogazione dei beni e servizi gestionali e manutentivi presso i luoghi di fornitura), nonché per l'annullamento dell'aggiudicazione del lotto 6 a favore della stessa BETA Italia s.r.l. e per la condanna della CONSIP al risarcimento del danno.

L'adito Tar esaminava preliminarmente il ricorso incidentale dell'aggiudicataria, respingendone la prima censura ed accogliendone la seconda, dedotta con motivi aggiunti (previa reiezione dell'eccezione di irricevibilità), ritenendo violativa della clausola 2 del disciplinare, recante comminatoria di esclusione, la cauzione prestata dalla costituenda ATI ricorrente.

Appellano le originarie ricorrenti deducendo i seguenti motivi:

1. Tardività del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti ad esso.

2. Violazione e falsa applicazione dell'art.2 del disciplinare di gara, dei principi stabiliti dagli artt.1362 ss.c.c., dei principi affermati dalla giurisprudenza in tema di interpretazione ed applicazione della clausola di esclusione e del principio di massima partecipazione.

3. Replica alle altre censure svolte nei motivi aggiunti e ritenute assorbite.

a. Infondata è la censura relativa alla previsione che la richiesta scritta (per la realizzazione della cauzione) vada inviata a mezzo raccomandata.

b. Smentita dalla semplice lettura degli atti è la censura di cui al par.3 dei motivi aggiunti che l'offerta della RTI ALFA non contenesse l'indicazione delle parti della fornitura assegnate a ciascuna impresa, come risulta dalla dichiarazione resa dalle tre imprese associate ai sensi dell'art.38 del DPR n.445\2000 in conformità all'allegato 1 al disciplinare nonché all'allegato 3 allo

stesso, disciplinante puntualmente il contenuto dell'offerta economica senza prevedere tale indicazione.

Inoltre le imprese avevano stabilito una modalità di riparto dell'esecuzione del contratto in parte verticale (50% del totale alla Accorroni, consistente in forniture) e in parte orizzontale (25% ciascuna a ALFA e ALFA DUE, consistente in tutte le prestazioni del servizio energia), che comportava una corretta identificazione dei ruoli e dei compiti di ciascuna componente della ATI.

c. Del tutto irrilevante è la mancata sottoscrizione delle tabelle allegate alla prima giustificazione (par.4 motivi aggiunti), tabelle la cui esistenza e acclusione è incontestata, mancando una norma espressa che imponga tale sottoscrizione ed avendo le stesse raggiunto lo scopo.

4. Riproposizione delle censure articolate nel ricorso e nei motivi aggiunti dalle originarie ricorrenti.

1-11. Se la impugnativa delle ricorrenti (che riguarda il solo lotto 6) fosse accolta, RTI ALFA risulterà vincitore e CONSIP dovrà aggiudicargli la gara. Si procede quindi alla ricostruzione in fatto del sub-procedimento di giustificazione dell'anomalia. Questi i motivi di impugnazione riproposti:

Violazione e falsa applicazione dell'art.19 D.lgs.n.358 del 1992- Violazione delle regole tecniche applicabili alla fattispecie in riferimento anche al contenuto del bando e del disciplinare di gara.

Viene riprodotto il contenuto dei motivi aggiunti non esaminati in primo grado.

1.2. In particolare, esposti i principi giurisprudenziali in tema di valutazione dell'anomalia delle offerte, si deduce che l'esclusione è motivata con riferimento a temi che erano stati trattati e ampiamente documentati nella prima e seconda richiesta di chiarimenti e nelle relative risposte. Dopo la terza richiesta, era dunque precluso a CONSIP di ritornare indietro su questioni già trattate

e chiarite, rispetto alle quali, dopo i chiarimenti, nessuna riserva era stata formulata, ciò in omaggio al principio di correttezza e di coerenza logica che vincola pure la p.a.

La condotta CONSIP costituisce indice di perplessità, di mancata o insufficiente partecipazione del concorrente al procedimento, di istruttoria insufficiente e di viziato procedimento, onde la esclusione risulta inficiata da eccesso di potere.

3. La verifica diretta della correttezza del criterio valutativo adottato e del relativo procedimento applicativo non può che condurre alla conclusione della illegittimità delle addotte ragioni di esclusione. Il giudice potrà apprezzarlo direttamente o disporre CTU.

4. Si confutano i motivi di esclusione addotti ai punti 1 e 2 della seconda pagina del provvedimento di esclusione, relativi al prezzo medio del gasolio ed alla quota del 30% di BTZ indicata nelle giustificazioni, valore prudenziale e corretto in base all'esperienza dell'offerente (trattandosi nel caso, oltretutto, di una platea di impianti del tutto indeterminata e che neppure CONSIP conosce). La modifica degli impianti era prevista dal capitolato previa autorizzazione dell'amministrazione, che aveva convenienza a prestarla derivandone un risparmio dell'IVA del 10% sul costo dell'intero servizio. Lo scostamento del prezzo medio offerto da quello calcolato dalla CONSIP (0,72 rispetto a 0,74) è poi marginale, appena lo 0,4% del prezzo offerto totale, a fronte di un utile stimato che oscilla, a seconda dei lotti, dei combustibili e delle dimensioni degli immobili, tra il 3% ed il 52% del prezzo.

Si chiede comunque CTU per accertare gli aspetti contestati dalle ricorrenti.

5. Si contesta poi l'esclusione sul tema dei valori dichiarati per il calcolo dei costi annui della fornitura di combustibile. La CONSIP dimostra qui una incomprensione delle giustificazioni costituente un vero e proprio travisamento. Ciò in quanto altro è il valore di massima della potenza installata, (BUR), altro è l'effettivo consumo di energia, ossia il fabbisogno energetico, incorrendo la CONSIP in errore nel voler comparare tali distinti fattori. Il primo di quelli che CONSIP definisce fattori riduttivi (rapporto tra potenza installata e fabbisogno), asseritamente indimostrato,

è invece conseguente a dati di comune esperienza (previa omogeneizzazione delle cubature di confronto, omessa da CONSIP, essi sono la dispersione di calore, la produzione di ACS, salvo altro), ma anche coerente con le assunzioni dell'offerta ALFA.

Inoltre, quanto al grado o fattore di utilizzo, non è corretto trarre elementi decisivi di valutazione dalla comparazione tra la potenza installata e il grado di utilizzo che se ne fa, elemento non considerabile come un inesistente "fattore riduttivo" della prima. Anche sul punto si richiede l'esperimento di CTU.

Si censura il rilievo della CONSIP per cui il concorrente avrebbe considerato, tra quello indicati nel BUR; solo gli edifici con destinazione ad uffici, e avrebbe omesso di considerare che buona parte del patrimonio edilizio esistente è costruita prima del 1976 e richiede una maggiore potenza installata. Tale motivazione risulta del tutto illogica, inappropriata e tecnicamente non corretta.

6. Si contesta la "prova di forza" cui la CONSIP avrebbe sottoposto le assunzioni del ricorrente in base ai parametri proposti con la tab.1, all.C, al D.lgs. 192\2005, non essendo corretto assumere che in base ai dati ivi indicati si otterrebbero valori per consumo di combustibile superiori del 100% rispetto a quelli prospettati nell'offerta. La c.d. prova di forza, lungi dal costituire un argomento a favore dell'esclusione, conferma la bontà e la correttezza dell'offerta RTI ALFA.

7. Circa i gradi giorno, si censura l'obiezione della presunta erroneità del calcolo effettuato sulla media dei gradi giorno tra tutti i comuni del lotto, senza ponderarla con la popolazione residente. L'obiezione è puramente ipotetica, non dimostra l'influsso della densità di popolazione, non verifica l'impatto dei gradi giorno sulla redditività dell'offerta, risolvendosi in un assunto apodittico, espressione di superficialità istruttoria ed argomentativa, a fronte del fatto che nessun concorrente poteva prevedere alcunchè circa la collocazione degli immobili in uno o altro comune, più o meno densamente popolato, e deve sempre ricorrere a ricostruzioni largamente ipotetiche e presuntive.

8.9. Insignificante è poi l'accento alla retribuzione del fornitore in base ai gradi giorno effettivi e misurati e che il DPR 412\93 fissa una temperatura di comfort di 20° che i committenti potrebbero ridurre, derivando da disciplinare e capitolato il richiamo ai gradi giorno come elemento qualificante nella formazione del prezzo. Ciò ribadisce l'erroneità complessiva, già dedotta, dell'assunto CONSIP che le voci di prezzo incongrue riguarderebbero la parte preponderante della fornitura e determinerebbero l'inattendibilità complessiva dell'offerta.

10. Inoltre, una eventuale perdita parziale di redditività non potrebbe determinare l'anomalia dell'offerta, se permanesse la redditività complessiva della gestione, dovendo l'anomalia riferirsi al PO e non ai singoli prezzi, cioè alla gestione complessiva dell'appalto e non a singole forniture.

E' infine avanzata richiesta di risarcimento dei danni, sia per l'ipotesi di ritardo nell'affidamento contrattuale della fornitura, sia per il caso di inseguibilità in forma specifica del giudicato favorevole.

Si è costituita l'aggiudicataria e controinteressata BETA Italia s.r.l. che ha: A) controdedotto sui motivi di appello principale e B) proposto appello incidentale affidato ai seguenti motivi:

1. Inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione attiva (censura non esaminata dal Tar).

2. Illegittimità delle delibere 12.12.2006 e 7.2.2007 con cui la Commissione di gara ha richiesto ulteriori chiarimenti al RTI ALFA. Violazione della par condicio, contrasto con i deliberati precedentemente assunti in merito, violazione e falsa applicazione dell'art.5 del disciplinare di gara nella parte in cui prevede che la Commissione e/o la stazione appaltante abbiano la facoltà di assegnare un termine perentorio per la presentazione di precisazioni e/o giustificazioni, pena l'esclusione dalla gara (censura disattesa dal Tar).



3. Inidoneità della cauzione provvisoria presentata dall'ATI ALFA. Violazione dell'art.2 del disciplinare di gara, nella parte in cui prescrive che la cauzione provvisoria debba prevedere l'escussione a semplice richiesta (censura assorbita dal Tar).

4. Violazione dell'art.10, co.2, del D.lgs. 358\92, per aver l'ATI ALFA omesso di indicare nell'offerta le parti della fornitura assegnate a ciascuna impresa associanda. Inidoneità dell'offerta per violazione delle norme e dei principi che impongono a ciascuna associata di svolgere un ruolo operativo all'interno dell'ATI, nella parte in cui assegna alle associate prestazioni di appalto di natura e consistenza non meglio precisate. Inammissibilità dell'offerta dell'ATI ALFA per parzialità ed indeterminatezza (censura assorbita dal Tar).

5. Inattendibilità delle giustificazioni sull'anomalia prodotte dall'ATI ALFA per omessa sottoscrizione degli allegati relativi ai conteggi. Violazione dei principi di trasparenza e par condicio (censura assorbita dal Tar).

C) Inammissibilità e/o infondatezza del ricorso principale proposto da ALFA e ALFA DUE in primo grado. Si ripropone quanto controdedotto in primo grado relativamente alla infondatezza delle censure del ricorso introduttivo.

Si è altresì costituita la CONSIP controdeducendo con memoria all'appello principale di cui ha chiesto la reiezione.

Si è costituito il Ministero dell'economia e delle finanze senza svolgere particolari difese.

### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

1. Va anzitutto disatteso il primo motivo dell'appello principale, con cui le originarie ricorrenti contestano la statuizione del Tar che ha accertato la tempestività dei motivi aggiunti, e comunque, la proposizione in termini dello stesso ricorso incidentale.

1.1. Quanto all'impugnazione incidentale "principale", il termine per la sua proposizione decorre, anche nel caso del rito accelerato previsto dall'art.23 bis della legge 1034 del 1971, dallo spirare del termine dimidiato per il deposito del ricorso principale, ed è di trenta giorni, non

sottoposto a riduzione della metà, avuto riguardo alla norma dell'art.37 del T.U. n.1054\1924. La notifica del gravame incidentale risulta quindi nel caso tempestiva, essendo intervenuta il 10 dicembre 2007 a fronte di una scadenza del termine di deposito del ricorso introduttivo collocabile al 24 novembre 2007 (conseguente ad un'avvenuta ricezione dello stesso ricorso in data 9 novembre 2007).

1.2. Relativamente ai motivi aggiunti, sui quali si è appunto positivamente espresso il giudice di prime cure, correttamente se ne è ritenuta la tempestività in relazione alla conoscenza successiva degli atti di gara, a base della preliminare "ammissione" dell'offerta delle ricorrenti, censurati con tali motivi. Tale fase ammissiva, conseguente all'attività di disamina da parte della Commissione aggiudicatrice delle offerte tecniche ed economiche presentate dai vari concorrenti, si è palesata nella sua possibile illegittimità, e quindi nella sua lesività della posizione difensiva della controinteressata, soltanto a seguito dell'accesso richiesto dalla medesima nel corso del giudizio introdotto dalle attuali appellanti.

La lesività autonoma di tale "ammissione" non poteva infatti configurarsi in mancanza della conoscenza degli atti della procedura e del loro concreto contenuto, considerando che la ricorrente era in effetti stata esclusa per il diverso profilo dell'anomalia dell'offerta ed aveva appunto impugnato tale esclusione, sicchè l'interesse principale ed immediato della controinteressata era circoscritto, in seguito alla proposizione del ricorso principale, alla conservazione della propria aggiudicazione e dell'atto di esclusione senza estendersi immediatamente, se non in via connessa e strumentale, alla precedente fase di "ammissione", cioè di positivo vaglio dell'idoneità della documentazione di gara presentata dalla ricorrente principale.

1.3. Al riguardo, contestata con il ricorso incidentale l'esclusione stessa (per non essere intervenuta in un momento anteriore, cioè già in base alla prima richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante), la controinteressata si era attivata, in corso di giudizio e prima della scadenza del termine per proporre ricorso incidentale, per richiedere l'accesso. Solo con la effettiva

conoscenza degli atti richiesti, verificatasi il successivo 10 gennaio 2008, la stessa controinteressata ha avuto a disposizione, grazie alla propria iniziativa, la conoscenza aggiuntiva di atti che, al momento della loro produzione in gara e del relativo esame ed anche della mera proposizione del ricorso principale, non potevano considerarsi lesivi, e che, piuttosto, rilevavano solo nell'ambito dell'attività difensiva (includente la contestazione incidentale) necessitata dall'impugnazione principale, essendo quindi soggetti ad un onere temporale di impugnazione configurabile solo in relazione alla loro effettiva e concreta conoscenza, non riassumibile nel fatto della conoscenza della positività della suddetta fase ammissiva preliminare.

1.4. Si deve soggiungere che risulta condivisibile quanto dedotto dall'appellata che la decorrenza così collegata alla effettiva conoscenza non comporta nessuna elusione del termine decadenziale per la proposizione del ricorso incidentale, una volta che con questo si era, comunque, autonomamente ed integralmente manifestata la volontà processuale di porre in contestazione, in via impugnatoria, la posizione della ricorrente nell'ambito della procedura di gara, e cioè la sua legittimazione a ricorrere che, in definitiva, è l'oggetto sostanziale del tipo di censure complessivamente proposte in via incidentale.

2. L'appello può però trovare accoglimento sul punto della conformità della cauzione all'art.2 del disciplinare di gara, secondo dei motivi aggiunti "incidentali" proposti dalla controinteressata e condiviso dal Tar.

2.1. Il significato di detta clausola, relativamente al modo in cui intendere il termine di 15 giorni quale periodo massimo di realizzazione dell'incameramento della cauzione, è stato correttamente riferito ai giorni solari (e non al concetto particolare di "giorni lavorativi bancari") dal primo giudice, atteso che, in mancanza di diverse indicazioni contenute nel testo della *lex specialis*, questo è il significato normale e naturale con cui intendere il vocabolo "giorni", secondo il sistema di computo ordinario dei termini derivante dalle norme di principio della materia, quali correttamente individuate dal primo giudice negli artt.2963 c.c. e 155 c.p.c.; questi delineano un

metodo di computo che è applicabile in via generale e che non lascia spazio ad un'integrazione extratestuale riferita alla specifica pratica degli affari del soggetto bancario (o assicurativo) che presta la garanzia.

Dall'organizzazione e prassi di lavoro del soggetto imprenditoriale garante, in mancanza di diverse precisazioni esplicite, non può farsi derivare una deroga al significato, normativamente stabilito, di un'indicazione temporale circa l'ampiezza di un termine, essendo tale imprenditore, come qualunque altro soggetto dell'ordinamento implicato in attività negoziale, destinatario naturale delle normali regole di principio civilistiche.

Le esigenze pratiche ed organizzative del soggetto garante possono rendere conto del significato della parola "giorni", sempre se manchino ulteriori connotazioni, in una clausola relativa ad un termine previsto in un contratto predisposto dall'istituto bancario, ma non vincolare il significato della volontà espressa dalla p.a. destinataria della garanzia e, quindi, il significato stesso della clausola del disciplinare.

2.2. Tanto premesso, tuttavia, può condividersi che la stessa clausola del disciplinare, assunta nella sua complessiva formulazione, può e deve essere intesa, per la sua particolare natura, anche alla luce del principio del *favor participationis*, come non comminante un'esclusione rigidamente collegata alla previsione, nel contratto fideiussorio, di un termine in ogni caso difforme da quello indicato in "15 giorni".

In altri termini l'esclusione, a ben vedere il disciplinare, è comminata per il mancato inserimento, nella busta A "Documenti", della documentazione relativa alla "cauzione provvisoria", per un certo ammontare, con una certa scadenza, da prestarsi con modalità determinate. Tra queste ultime, nel caso della modalità di prestazione della fidejussione bancaria, è posta la previsione di "operatività" entro quindici giorni.

Si deve allora ritenere che la prestazione di una cauzione per via fideiussoria che sia rispettosa di tutti tali criteri modali ma che comporti, in relazione al modo in cui l'istituto bancario

garante ha inteso il computo dei termine di 15 giorni previsto dal disciplinare, uno scostamento delimitato a pochi giorni (da sei a otto) della “operatività” della stessa garanzia, non possa ritenersi difforme dalla clausola del disciplinare in grado tale da comportare l’esclusione.

Quest’ultima si collega alla mancata documentazione della cauzione ovvero ad un suo contenuto, sostanzialmente violativo delle condizioni previste dallo stesso disciplinare, che comporti sia una vanificazione dell’interesse della stazione appaltante a imporre una seria misura di garanzia, di rapida e agevole realizzazione, sia una violazione della *par condicio*, nel senso che l’alterazione di contenuto della fidejussione, rispetto a quanto prescritto, sia tale da consentire al concorrente garantito un sostanziale vantaggio di costi rispetto alle altre imprese partecipanti.

Nessuna di queste condizioni ostative può invece dirsi verificata o comunque dimostrata nel caso in esame, apparendo evidente che il limitato scostamento del momento di realizzazione eventuale della garanzia non può dirsi ledere l’interesse principale dell’amministrazione, comunque supportato da una consistente certezza di positivo incameramento e, per di più, pur sempre in un termine ragionevolmente breve, mentre, dall’altra parte, non risulta che il metodo di computo previsto nel contratto fidejussorio in questione abbia comportato, per la ricorrente, un risparmio di costi, rispetto al pari importo garantito con l’utilizzazione del corretto metodo di computo del termine, in misura tale da avvantaggiarla sostanzialmente sulle altre concorrenti.

In questo contesto, non essendo in gioco i superiori interessi della *par condicio* e dell’amministrazione, il canone ermeneutico del *favor participationis* consente di ritenere che, alla luce della *ratio* attribuibile alla complessiva formulazione della clausola del disciplinare, lo scostamento del termine dalla previsione letterale che lo riguarda sia ininfluenza, collocandosi, per la sua concreta non lesività degli interessi sostanziali tutelati dalla clausola, sul versante delle mere irregolarità, non ricadenti quindi nell’ambito della previsione di esclusione correttamente intesa.

3. Passando allora all’esame dei restanti motivi di ricorso incidentale assorbiti dalla pronuncia di primo grado, come tali non costituenti parte dell’appello incidentale in senso proprio

in quanto riproponibili nella presente sede con semplice memoria, l'attenzione va portata sul terzo motivo aggiunto incidentale, con il quale si è contestata, sotto più profili, l'idoneità dell'offerta della ATI qui appellante a soddisfare il requisito dell'indicazione delle parti dell'oggetto dell'appalto che sarebbero state eseguite dalle singole imprese associate.

3.1. Circa l'effettuazione dell'indicazione in questione è da disattendere il primo profilo della censura in rilievo, dovendo condividersi che le tre imprese associate abbiano assolto tale onere tramite la compilazione della dichiarazione, da rendersi separatamente da ciascuna di esse, ai sensi dell'art.38 del DPR n.445 del 2000, come previsto dall'allegato 1 al disciplinare di gara, che ha inserito l'indicazione della ripartizione esecutiva nel modello così predisposto, non ponendola, invece, nel modello di offerta economica, egualmente predisposto, di cui all'allegato 3 allo stesso disciplinare.

3.2. L'indicazione complessiva che si ricava dalle dichiarazioni in questione è che la C.P.M. Gestioni Termiche s.r.l. avrebbe assunto il "servizio energia (attività e/o servizi) 25%", la Accorroni s.r.l. la fornitura materiali (attività e/o servizi) 50%, la ALFA DUE Company s.r.l. il servizio energia (attività e/o servizi) 25%.

Tale indicazione, secondo quanto dedotto nei successivi profili del motivo incidentale in esame, non rende anzitutto conto, come verrà di seguito chiarito, della stessa effettuazione di tutte le prestazioni oggetto dell'appalto in mancanza di ulteriori necessarie precisazioni, non contenute in altri documenti costituenti l'offerta, attesa la genericità delle indicazioni del "servizio energia" e della "fornitura materiali", sia pure integrata dalla aggiunta, tra parentesi, di "attività e/o servizi", che in realtà rende ancora meno univoca tale, di per sé, generica specificazione ripartitoria.

3.3. Si tratta infatti, nel caso, di un appalto misto di *fornitura di combustibile*, che secondo l'affermazione delle stesse ricorrenti qui appellanti, sarebbe pari al 70% del valore dell'appalto, cioè dell' "intero servizio" (cfr; pag.26 appello), e di *servizi complementari* necessari per il corretto

esercizio degli impianti di riscaldamento, servizi indicati in una lunga ed articolata elencazione (lettere c)-r)) dall'art.2 del Capitolato tecnico di gara.

Le indicazioni di percentuale, già a prima vista, contraddicono quanto affermato dalle stesse appellanti, considerando che non solo la “fornitura di materiali” affidata *esclusivamente* ad una impresa, nella misura quantificata del 50%, non corrisponde al valore superiore, del 70%, corrispondente alla voce “combustibile”, rendendo indecifrabile se e in che misura una delle imprese associate si assumerà *integralmente* tale prestazione di centrale rilevanza.

3.4. Inoltre, la stessa indicazione espressa delle dichiarazioni in questione in termini di “fornitura materiali”, assume un significato equivoco, ove si consideri che essa più che alla fornitura di combustibile (art.2, lettera a) del capitolato tecnico) pare corrispondere alla successiva e diversa indicazione della “fornitura di tutti i materiali e materie prime necessarie a garantire una corretta e costante erogazione della fornitura” di cui alla lettera b) dello stesso art.2, il che darebbe conto già di per sé della fondatezza del secondo profilo del motivo incidentale in esame, lasciando nell'obiettiva incertezza l'assunzione dell'impegno di esecuzione di una parte “preponderante” del contratto.

Ma anche volendo intendere la locuzione utilizzata come riferibile sia alla fornitura combustibile (lett.a) cit.), sia alla fornitura materiali e materie prime (lett.b) cit.), correzione interpretativa che non risulta affatto “facilmente” riconoscibile come sostengono le appellanti, la percentuale del 50% rimane obiettivamente incerta e inadatta ad indicare un *completo* impegno di esecuzione di tale parte delle obbligazioni derivanti dall'appalto; ed infatti, se per la sola fornitura di combustibile essa si rivelava insufficiente, (essendo comunque inferiore al valore globale del 70% predetto), a maggior ragione così risulta ove riferita anche all'aggiuntiva prestazione di tali ulteriori “materiali”, considerando, inoltre, che le altre due imprese, impegnandosi (nella percentuale complessiva del 50% - 25+25% - dell'importo dell'intero contratto) solo per attività e/o

servizi del c.d. “servizio energia”, esplicitamente non assumevano alcuna obbligazione di fornitura di materiali di alcun tipo.

3.5. A complemento di ciò, vale altresì osservare che l’obiettivo assunzione di un complessivo obbligo esecutivo pari al 50% dell’importo dell’intero contratto da parte delle due altre imprese, appunto in corrispondenza del solo c.d. “servizio energia”, -terminologia comunque in sé non univoca e non sufficientemente specifica in relazione al composito oggetto delle prestazioni dedotte in contratto quali risultanti dal citato art.2 del capitolato tecnico-, non appare neppure coerente con il 30% del valore residuo del contratto risultante, in termini di esecuzione di servizi, dalla sottrazione della preponderante obbligazione di fornitura di combustibile, secondo la prospettazione delle stesse appellanti.

La ripartizione indicata nelle suddette dichiarazioni, dunque, appare non chiaramente enunciata, generica e contraddittoria e tale da non far emergere le parti della prestazione complessa che ciascuna delle imprese intendeva concretamente assumere.

3.6. Dato l’oggetto misto, fornitura e servizi, dell’appalto da aggiudicare, infatti, l’indicazione di percentuali sommabili tra loro fino al 100%, non risulta nel caso idonea a soddisfare l’indicazione delle parti della prestazioni da eseguire imputabile a ciascuna delle imprese associate, avendo queste prescelto di ricorrere, per loro stessa ammissione, ad un’integrazione associativa, in primo luogo, di tipo “verticale”; e dunque, solo all’interno di ciascuna distinta tipologia di prestazioni, riguardante la “fornitura” ovvero i “servizi” (anche considerando gli stessi una categoria omogenea, pur nella loro estesa differenziazione risultante dal capitolato tecnico) sarebbe stato significativo operare un’indicazione di ripartizione “orizzontale”, quindi mediante percentuali.

Nulla escludeva, peraltro, che ciascuna delle imprese assumesse una quota di entrambe le tipologie di prestazione da appaltare, secondo l’esemplificazione di percentuali “globali” contenuta nella stessa *lex specialis*, ma ciò avrebbe potuto condurre ad un’indicazione in percentuale, appunto,



“globale” (cioè riferita indifferenziatamente all’intero oggetto del contratto) delle rispettive quote complessive, e quindi sul presupposto, non verificatosi, dell’assunzione, da parte delle associate (di una parte) sia dei servizi di fornitura che dei servizi connessi.

Dunque, l’indicazione di percentuali, una volta prescelta una ripartizione verticale, come nel caso delle appellanti, per soddisfare l’obbligo minimo di obiettiva specificazione ed affidabilità circa la ripartizione dell’esecuzione del contratto, non avrebbe potuto operare su una base percentuale comune tra la “fornitura materiali” ed i “servizi”, secondo una ripartizione che avrebbe presupposto una considerazione dell’oggetto dell’appalto omogenea e riconducibile ad un unico blocco di prestazioni “miste” da suddividere come tali, ipotesi che nel caso non ricorre e che dunque rende del tutto aleatoria ed imprecisa, come si è visto, sia l’indicazione dell’assunzione della fornitura “materiali”, sia la ripartizione del 50% del complessivo importo contrattuale a carico delle due imprese che assumevano “servizi e/o attività”.

Quantomeno, una volta intrapresa la aggregazione di tipo verticale, spettando ad una impresa la fornitura ed alle altre due i servizi, le percentuali “globalmente” riferite all’intero importo dell’appalto avrebbero assunto un chiaro significato di imputazione delle varie parti delle prestazioni contrattuali laddove avessero ricalcato il distinto fattore del valore (percentuale) stimabile a priori come proprio di ciascuna tipologia di prestazioni, operazione che avrebbe condotto ad un risultato comunque divergente da quello indicato dalle imprese appellanti.

4. Si deve dunque accogliere il motivo incidentale di ricorso in esame, assorbito in primo grado, dovendo ritenersi che la ripartizione dell’esecuzione del contratto indicata dall’ATI appellante in sede di offerta non dia la certezza dell’imputazione alle distinte imprese dell’esecuzione integrale di tutte le prestazioni risultanti da una necessaria correlazione con le indicazioni del capitolato tecnico, e ciò anche ammettendo che le stesse non dovessero essere analiticamente prese in esame nella stessa sede, ma considerate con il solo riferimento generalizzato

all'obbligazione di fornitura ed a quella di prestazione di servizi, mancando una precisa connessione con il valore stimato di tali rispettive tipologie di prestazioni.

5. All'accoglimento del motivo (aggiunto) di ricorso incidentale qui condiviso, consegue, sotto altro profilo, l'illegittimità dell'ammissione alla gara delle appellanti, e, sia pure con diversa motivazione, la stessa conclusione di improcedibilità del ricorso introduttivo di primo grado già dichiarata dal giudice di prime cure, nonché l'improcedibilità dei restanti motivi di appello incidentale della controinteressata.

In conclusione, l'appello va respinto, confermandosi con diversa motivazione la sentenza impugnata, mentre le spese, stante l'incertezza fattuale della fattispecie, possono essere compensate, anche nel presente grado di giudizio, tra tutte le parti costituite.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge l'appello.

Compensa le spese tra le parti costituite.

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

Così deciso in Roma, il 13.1.2009 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo	Presidente
Luciano Barra Caracciolo	Consigliere est.
Roberto Garofoli	Consigliere
Bruno Rosario Polito	Consigliere
Roberto Giovagnoli	Consigliere

**Presidente**

**Giovanni Ruoppolo**

**Consigliere**

**Segretario**

Luciano Barra Caracciolo

Vittorio Zoffoli

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il...23/02/2009  
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)  
Il Direttore della Sezione  
Maria Rita Oliva

CONSIGLIO DI STATO  
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa  
al Ministero.....  
a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

A fronte di un disciplinare di gara che preveda < a pena di esclusione che la cauzione provvisoria in caso di fideiussione bancaria o polizza assicurativa “doveva prevedere la sua operatività, entro quindici giorni, su semplice richiesta scritta della Consip senza eccezioni opponibili a questa”, può essere accettata una fideiussione che invece contempli l’operatività della stessa <entro 15 giorni lavorativi bancari dal ricevimento della sottoindicata richiesta>?.

E’ *ictu oculi* palese la non conformità della cauzione provvisoria alle prescrizioni di gara, e risultano del tutto inconferenti le argomentazioni delle ricorrenti secondo cui, in assenza di un’esplicita previsione al riguardo, il termine giorni deve essere riferito non ai giorni solari bensì ai giorni bancari, avuto presente che il suddetto termine è stato utilizzato nell’ambito di una cauzione bancaria, e che, in ogni caso, la differenza tra giorni solari e giorni bancari risulta essere talmente modesta e del tutto marginale “ai fini dell’interesse sostanziale del committente di conseguire una valida garanzia di pronto pagamento in caso di della cauzione

Merita di essere segnalata la sentenza numero 2780 dell’ 1 aprile 2008 emessa dal Tar Lazio, Roma in tema di difformità di una cauzione provvisoria in quanto:

Passando all’esame di merito delle doglianze de quibus risulta palesemente fondata quella rubricata al n.2) con cui è stato fatto presente che l’offerta del raggruppamento ALFA doveva essere esclusa in quanto la cauzione provvisoria prestata risultava difforme dalle prescrizioni previste a pena di esclusione dal disciplinare di gara.

< Al riguardo il Collegio osserva che:

a) contrariamente a quanto prospettato dalle ricorrenti principali, in assenza di un’esplicita precisazione in contrario, la mera indicazione del termine generico “giorni” va inteso con riferimento ai giorni solari, così come ordinariamente tale termine è utilizzato dal legislatore in materia di computo del termine (art. 2963 c.c. e 155 c.p.c.);

b) per consolidata giurisprudenza “Qualora l’osservanza di una clausola della "lex specialis" di gara sia espressamente prevista a pena di esclusione, l’Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione alla clausola, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell’inadempimento, l’incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata, alla cui osservanza la stessa amministrazione si è autovincolata e solo in caso di equivoca formulazione della clausola può esservi spazio per un’interpretazione che consenta la più ampia ammissione degli aspiranti, ipotesi quest’ultima che nella fattispecie in esame per i motivi di cui sopra non è dato riscontrare.>

a cura di Sonia Lazzini

RIPORTIAMO QUI DI SEGUITO LA SENTENZA NUMERO 2780 DELL’ 1 APRILE 2008  
EMESSA DAL Tar Lazio, Roma

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. RS  
Anno 2008

-SEZIONE III -

ha pronunciato la seguente

#### SENTENZA

sul ricorso n.9801 del 2007 proposto dalla srl ALFA ALFABIS e dalla srl ALFABIS Company, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore, rappresentate e difese dagli avv.ti Andrea Calzolaio e Luigi Medugno ed elettivamente domiciliate presso lo studio dell'avv. Medugno in Roma, Via Panama n.58;

#### CONTRO

la CONSIP spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dal prof. avv. Angelo Clarizia presso il cui studio in Roma, Via Principessa Clotilde n.2, è domiciliataria;

e nei confronti di:

1) il Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del Ministro pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato presso la cui sede in Roma, Via dei Portoghesi n.12, è domiciliatario;

2) BETA ITALIA srl, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Valentino Vulpetti presso il cui studio in Roma, Via Sabotino n.2/A, è selettivamente domiciliata;

per ottenere:

A) l'Annullamento:

1) del provvedimento di aggiudicazione definitiva del lotto 6 della gara indetta dall'intimata Consip spa con bando del 29 marzo 2006, intervenuto a favore della srl BETA Italia;

2) di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali, e in particolare del provvedimento datato 26 luglio 2007, prot.12570/2007, con cui è stata disposta l'esclusione dalla gara, relativamente ai lotti nn.6, 7 e 8, del raggruppamento cui partecipavano le odierne ricorrenti in quanto le offerte dallo stesso presentata erano risultate anomale.;

B) la Condanna della Consip spa al risarcimento del danno.

Visto il ricorso con la relativa documentazione;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'intimata Consip spa, del Ministero dell'Economia e delle Finanze e della società controinteressata;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi alla pubblica udienza del 5 marzo 2008 - relatore il dottor Giuseppe Sapone – i difensori delle parti come da verbale;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

## FATTO

Le società ricorrenti hanno partecipato, in qualità di mandataria e di mandante di un costituendo raggruppamento temporaneo di cui faceva parte anche la srl ALFATER, alla gara indetta dall'intimata Consip spa e strutturata in 12 lotti territorialmente indipendenti, avente ad oggetto la fornitura a favore delle pubbliche amministrazioni del Servizio Energia, da individuare nella produzione ed erogazione dell'energia termica per la climatizzazione invernale, nella fornitura di combustibile e nell'erogazione dei beni e dei servizi gestionali e manutentivi presso i luoghi di fornitura nel rispetto della legislazione vigente in materia.

Con il proposto gravame hanno impugnato i provvedimenti, relativi al lotto n.6 ed in epigrafe indicati, con cui la stazione appaltante ha escluso dalla suddetta gara il costituendo raggruppamento in quanto l'offerta dallo stesso presentata era risultata anomala ed ha aggiudicato l'appalto in questione alla srl BETA Italia. deducendo il seguente ed articolato motivo di doglianza:

Violazione e falsa applicazione dell'art.19 de D.lgvo n.358 del 1992 – Violazione delle regole tecniche applicabili alla fattispecie in riferimento anche al contenuto del bando e del disciplinare di gara – Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà – Falso presupposto e difetto di motivazione.

Con successivi motivi aggiunti di doglianza hanno impugnato il formale provvedimento di aggiudicazione definitiva, depositato in giudizio dalla società controinteressata, nonché la convenzione stipulata nelle more del giudizio con quest'ultima dalla Consip reiterando le medesime doglianze dedotte in via principale.

Si sono costituite sia la Consip che il Ministero dell'Economia e delle Finanze contestando analiticamente e con dovizia di argomentazioni la fondatezza delle prospettazioni ricorsuali e concludendo per il rigetto delle stesse.

Si è costituita anche la società aggiudicataria la quale ha analiticamente confutato le dedotte doglianze ed ha proposto ricorso incidentale nonché successivi motivi aggiunti prospettando l'illegittimità sotto vari profili della mancata esclusione dell'offerta del menzionato costituendo raggruppamento.

Alla pubblica udienza del 5 marzo 2008 il ricorso è stato assunto in decisione.

## DIRITTO

Le società ricorrenti hanno partecipato, in qualità di mandataria e di mandante di un costituendo raggruppamento temporaneo di cui faceva parte anche la srl ALFATER, alla gara indetta dall'intimata Consip spa e strutturata in 12 lotti territorialmente indipendenti, avente ad oggetto la fornitura a favore delle pubbliche amministrazioni del Servizio Energia, da individuare nella produzione ed erogazione dell'energia termica per la climatizzazione invernale, nella fornitura di combustibile e nell'erogazione dei beni e dei servizi gestionali e manutentivi presso i luoghi di fornitura nel rispetto della legislazione vigente in materia.

Con il proposto gravame hanno impugnato i provvedimenti, relativi al lotto n.6 ed in epigrafe indicati, con cui la stazione appaltante ha escluso dalla suddetta gara il costituendo raggruppamento in quanto l'offerta dallo stesso presentata era risultata anomala ed ha aggiudicato l'appalto in questione alla srl BETA Italia.

Al fine di dimostrare il proprio interesse alla proposizione del presente gravame le odierne istanti hanno fatto presente che:

- 1) il costituendo raggruppamento di cui facevano parte si era classificato al secondo posto della relativa graduatoria dopo la spa Fen Energia e prima della spa BETA Italia;
- 2) la prima graduata non ha presentato le giustificazioni richieste in quanto la sua offerta era risultata anomala, e, conseguentemente, si era autoesclusa dalla gara;
- 3) il raggruppamento de quo, invece, è stato escluso dopo un complesso procedimento in quanto le giustificazioni presentate non sono state ritenute idonee a dimostrare la non anomalia dell'offerta;
- 4) in tale contesto, pertanto, l'annullamento del gravato provvedimento di esclusione determinerebbe il reinserimento dell'offerta del suddetto raggruppamento al primo posto e l'aggiudicazione dell'appalto.

Prima di passare all'esame di merito delle dedotte doglianze il Collegio è chiamato ad esaminare le censure proposte in via incidentale con cui è stata contestata la mancata esclusione dalla gara dell'offerta del raggruppamento ALFA in linea con il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui "se è vero che, di regola, l'esame del ricorso incidentale è subordinato all'accoglimento del ricorso principale, è altrettanto vero che, nel caso in cui, con il ricorso incidentale vengano dedotti motivi atti a mettere in discussione l'interesse del ricorrente in principale, tali da poter troncare in limine la lite per accertata inammissibilità del ricorso principale, senza lasciare residuare alcun vantaggio all'eventuale accoglimento del ricorso principale, lo stesso ricorso incidentale assume carattere pregiudiziale e va esaminato con priorità, per evidenti ragioni di economia processuale" (ex plurimis Tar Puglia, Bari, sez.I, n.1465 del 6/6/2007).

Con la prima delle suddette censure prospettata in sede di ricorso incidentale è stata contestata la legittimità dell'operato della Commissione di gara laddove tale organo dopo aver preso atto delle giustificazioni richieste al raggruppamento, invece di procedere all'esclusione dello stesso ha richiesto la produzione di ulteriori e diverse giustificazioni.

La dedotta censura deve essere rigettata, atteso che relativamente al potere della stazione appaltante di chiedere, dopo la produzione delle giustificazioni precedentemente richieste, ulteriori e diverse giustificazioni, la giurisprudenza risulta essere positivamente orientata al riguardo, in quanto è stato testualmente affermato che "In sede di verifica dell'anomalia dell'offerta non esiste alcuna norma che rigidamente ne regoli lo svolgimento, con la conseguenza che l'accertamento della serietà e congruità dell'offerta può esser condotta in relazione alle condizioni del mercato e può svolgersi in più riprese e con più richieste di integrazioni e chiarimenti." (CS, sez.V, n. 4949 del 23/8/2006).

Il suddetto orientamento giurisprudenziale è stato recepito dal Codice degli appalti approvato con D.lgvo n.163/2006, il cui art.88, comma 3, prevede che. "La stazione appaltante, se del caso mediante una commissione costituita secondo i criteri fissati dal regolamento di cui all'articolo 5, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle giustificazioni fornite, e può chiedere per iscritto ulteriori chiarimenti, se resi necessari o utili a seguito di tale esame, assegnando un termine non inferiore a cinque giorni lavorativi".

Prima di procedere allo scrutinio delle altre doglianze incidentali prospettate con i successivi motivi aggiunti, il Collegio è chiamato ad esaminare l'eccezione con cui le odierne ricorrenti hanno prospettato la tardività dei suddetti motivi aggiunti sul presupposto che essendo il provvedimento di ammissione alla gara del rti noto alla società controinteressata nei suoi effetti lesivi già all'epoca della proposizione del ricorso principale, quest'ultima aveva l'onere di dedurre ogni censura sin dal primo momento e non può pretendere di dilazionare la decorrenza del termine al successivo momento in cui ha preso conoscenza dei singoli documenti ed atti che le erano accessibili e conoscibili sin dal primo momento:

La sollevata eccezione non è suscettibile di favorevole esame.

Al riguardo, premesso che il modus operandi processuale della controinteressata non presenta nulla di anomalo in quanto la proposizione dei motivi aggiunti sia di quelli dedotti in via principale che di quelli dedotti in via incidentale è correttamente giustificata dalla sopravvenuta conoscenza di documenti che evidenziano ulteriori e diverse illegittimità che non potevano essere precedentemente conosciute, il Collegio osserva che la tesi delle ricorrenti principali non è corretta sotto il profilo teorico in quanto parte dal presupposto che il termine per proporre ulteriori doglianze avverso un provvedimento già impugnato, in sede principale o in sede incidentale, non decorre dalla data in cui si presume che il ricorrente principale o incidentale abbia acquisito la conoscenza della documentazione che ne legittima la proposizione, bensì dalla data in cui avrebbe potuto acquisire tale conoscenza, onerando in sostanza il soggetto di un obbligo di acquisire la conoscenza al fine della tempestiva produzione di ulteriori censure, che in nessun caso è previsto dalla disciplina in materia.

In sostanza quello che rileva ai fini tempestività della proposizione di motivi aggiunti è unicamente l'acquisita conoscenza della documentazione a tal fine necessaria, non l'astratta possibilità per il soggetto interessato di conoscerla

Alla luce di tali argomentazioni, pertanto, poiché è pacifico che la ricorrente incidentale solamente a seguito dell'accesso agli atti di gara ha acquisito la possibilità di conoscere la documentazione in forza della quale ha potuto individuare ulteriori ed autonomi vizi dei provvedimenti già impugnati in via incidentale, è indubbio che da tale data iniziava a decorrere il termine per la proposizione delle relative doglianze, le quali, pertanto, non possono essere considerate tardive.

Passando all'esame di merito delle doglianze de quibus risulta palesemente fondata quella rubricata al n.2) con cui è stato fatto presente che l'offerta del raggruppamento ALFA doveva essere esclusa in quanto la cauzione provvisoria prestata risultava difforme dalle prescrizioni previste a pena di esclusione dal disciplinare di gara.

Al riguardo in punto di fatto deve essere rilevato che:

1) il citato art. 2 del disciplinare prevedeva a pena di esclusione che la cauzione provvisoria in caso di fideiussione bancaria o polizza assicurativa “doveva prevedere la sua operatività, entro quindici giorni, su semplice richiesta scritta della Consip senza eccezioni opponibili a questa”;

2) è pacifico che la cauzione provvisoria dell'ati ALFA prevedeva l'operatività della stessa “entro 15 giorni lavorativi bancari dal ricevimento della sottoindicata richiesta”.

In tale contesto quindi, è ictu oculi palese la non conformità della cauzione provvisoria alle prescrizioni di gara, e risultano del tutto inconferenti le argomentazioni delle ricorrenti secondo cui, in assenza di un'esplicita previsione al riguardo, il termine giorni deve essere riferito non ai giorni solari bensì ai giorni bancari, avuto presente che il suddetto termine è stato utilizzato nell'ambito di una cauzione bancaria, e che, in ogni caso, la differenza tra giorni solari e giorni bancari risulta essere talmente



modesta e del tutto marginale “ai fini dell’interesse sostanziale del committente di conseguire una valida garanzia di pronto pagamento in caso di della cauzione”.

Al riguardo il Collegio osserva che:

a) contrariamente a quanto prospettato dalle ricorrenti principali, in assenza di un’esplicita precisazione in contrario, la mera indicazione del termine generico “giorni” va inteso con riferimento ai giorni solari, così come ordinariamente tale termine è utilizzato dal legislatore in materia di computo del termine (art. 2963 c.c. e 155 c.p.c.);

b) per consolidata giurisprudenza “Qualora l'osservanza di una clausola della "lex specialis" di gara sia espressamente prevista a pena di esclusione, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione alla clausola, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'inadempimento, l'incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata, alla cui osservanza la stessa amministrazione si è autovincolata e solo in caso di equivoca formulazione della clausola può esservi spazio per un'interpretazione che consenta la più ampia ammissione degli aspiranti.(CS, sez.V, n.32 del 10/1/2005), ipotesi quest’ultima che nella fattispecie in esame per i motivi di cui sopra non è dato riscontrare.

Ciò considerato, la censura in esame è fondata ed il proposto gravame incidentale deve essere accolto con assorbimento delle altre censure dedotte in via incidentale.

L'accoglimento del gravame incidentale comportante l'illegittimità dell'ammissione alla gara del Rti ALFA implica, poi, che il ricorso principale debba essere dichiarato improcedibile.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III, definitivamente pronunciando sulla controversia di cui in epigrafe, accoglie il ricorso incidentale e dichiara improcedibile il ricorso principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 5 marzo 2008 dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sezione terza, con l'intervento dei signori giudici:

Dr. Stefano BACCARINI - Presidente

Dr. Giuseppe SAPONE - Consigliere, estensore

Dr. Alessandro TOMASSETTI - Consigliere

IL PRESIDENTE

IL GIUDICE ESTENSORE

RIC. N.9801/2007