

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 06/05/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29335-la-lex-specialis-un-atto-autoritativo-quindi-unilaterale-vincolante-tutti-i-soggetti-protagonisti-e-partecipi-del-procedimento-le-offerte-delle-prime-due-graduate-andavano-preliminarmente-e-radicalmente-escluse-dalla-gara-per-un-evidente-vizio>

Autore: Lazzini Sonia

La “ lex specialis “ è un atto autoritativo (quindi unilaterale) vincolante tutti i soggetti protagonisti e partecipi del procedimento: le offerte delle prime due graduate andavano preliminarmente e radicalmente escluse dalla gara per un evidente vizio

C.St. 23.03.2010 n. 1700

La “ lex specialis ” è un atto autoritativo
(quindi unilaterale) vincolante tutti i
soggetti protagonisti e partecipi del
procedimento: le offerte delle prime due
graduate andavano preliminarmente e
radicalmente escluse dalla gara per un
evidente vizio di forma

i formalismi richiesti espressamente e tassativamente dalle prescrizioni di gara costituiscono lo strumento tipico con il quale si rende trasparente, tramite procedimentalizzazione, la discrezionalità amministrativa e si pongono tutti i concorrenti sullo stesso piano partecipativo, richiedendo loro un eguale impegno di diligenza, attenzione e rispetto verso le clausole dei bandi e dei capitolati.

In ogni caso, il principio teleologico – sistematico (comunque impropriamente applicato alla fattispecie dall’Autorità) di massima partecipazione possibile, riconducibile nell’alveo della regola interpretativa negoziale di cui agli artt. 1262 e 1363 cod. civ., ritenuto applicabili alle procedure di gara dalla giurisprudenza prevalente (su cui cfr. CdS, sez. VI, 17 dicembre 2008 , n. 6281), anche se dovesse ritenersi preminente ed anzi assorbente rispetto a quello collegato al principio costituzionale di imparzialità a fronte di clausole chiare, perentorie e tassative, non soccorre comunque l’operato dell’amministrazione, essendo precisa ed univoca l’intenzione di pretendere un requisito di carattere formale manifestata nel disciplinare, nei confronti della quale appare un fuor d’opera parlare di “ formalismi ” superabili con esercizi di lettura critica delle varie prescrizioni del bando o del disciplinare.

i requisiti di partecipazione, da valutare nella fase preliminare del procedimento di gara, non possano essere commisti né confusi con i criteri di valutazione dell’offerta, da applicare nella fase successiva al superamento del vaglio preliminare dell’offerta.

Sia l'elemento letterale che quello intenzionale portano ad escludere che potesse consentirsi un'offerta zero per una o più voci dell'offerta economica complessiva.

Con sentenza n. 6503/2008, preceduta da pubblicazione di dispositivo, il TAR Lazio ha accolto il ricorso.

Avverso tale sentenza ha proposto appello il “RICORRENTE - consorzio RICORRENTE soc. coop.”, il quale, dopo una pedissequa ricostruzione dei motivi proposti in primo grado e dei punti salienti della motivazione della decisione, con il ricorso introduttivo ha dedotto il seguente articolato motivo:

- Violazione e/o erronea applicazione delle norme e principi in tema di anomalia delle offerte con particolare riguardo agli art. li 86-89-88 del decr. Lgs. n. 163/2006, illogicità - travisamento - falso presupposto - difetto e/o contraddittorietà della motivazione.

In sintesi, il Consorzio assume che:

1) anche in caso di accoglimento del gravame la ricorrente in primo grado non potrebbe ricavarne alcun utile, essendosi collocata al terzo posto della graduatoria delle imprese partecipanti e non essendo applicabile alla fattispecie una sorta di proprietà transitiva, che consenta di trasferire automaticamente gli effetti dell'anomalia dell'offerta imputata all'aggiudicataria anche alla seconda classificata.

2) L'appellante ha dato adeguato e completo riscontro alle richieste della stazione appaltante in merito all'anomalia dell'offerta relativa agli automezzi ed alle piattaforme mobili, tanto che l'amministrazione ha riscontrato la risposta dell'impresa; in questo modo: “In particolare, i chiarimenti forniti dalle Società in questione hanno in effetti confermato l'interpretazione sostanzialistica elaborata dalla Commissione. In particolare, il Consorzio RICORRENTE, a giustificazione del costo zero offerto per gli automezzi, ha allegato un contratto atto a dimostrare l'utilizzo degli stessi in orario notturno su tutto il territorio della città di Roma e dei comuni della Regione Lazio”.

3) In base a quanto previsto al punto 8.3.1 del capitolato, è evidente come ciò che rilevi, ai fini della regolarità dell'offerta, sia soltanto la somma complessiva esposta nella offerta, pur servendo i valori unitari parziali alla sua definizione. Da nessuna parte delle regole di gara, infatti, è stato previsto (a parte il costo del personale) di indicare con segno più o meno positivo una voce, rispetto ad un'altra. Tant'è vero che la comparazione delle offerte è stata basata esclusivamente sui totali. Di conseguenza, la valutazione della anomalia, necessariamente, doveva basarsi su detti totali, ritenendosi escluso che potesse essere fondata su singoli valori unitari.

Al riguardo, l'appellante richiama la giurisprudenza in tema di attendibilità dell'offerta, la quale è legata, infatti, ad una valutazione complessiva, in esito alla quale deve emergere la sua remuneratività.

Pertanto, anche se è vero che il RICORRENTE ha quotato zero (ossia non ha chiesto nulla) per l'utilizzo di automezzi e piattaforme aeree, tuttavia, anche per le condizioni di particolare favore di cui poteva approfittare, è stato ugualmente in grado di esporre l'utile conseguibile dalla commessa (giustificazione in data 20/7/2007). Non esistevano, dunque, i presupposti per applicare l'art. 88, comma 6, del decr. Lgs. n. 163/2003, secondo il quale; “La stazione appaltante esclude l'offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso inaffidabile”.

4) Non è ammissibile un sindacato sulla motivazione circa l'anomalia dell'offerta, come insegna la costante giurisprudenza (ampiamente riportata nell'atto d'appello). Pertanto, sindacare la diagnosi di non anomalia effettuata dalla commissione di gara, significherebbe entrare nel merito del suo operato, travalicandosi perciò i limiti del sindacato estrinseco ed effettuando un vero e proprio giudizio tecnico non consentito al Giudice amministrativo.

Qual è il parere dell'adito giudice di appello del Consiglio di Stato?

Prima di scendere nell'esame dei motivi dell'appello, rivolti specificamente ed unicamente alla motivazione della sentenza di primo grado, che ha ritenuto assorbente e fondato il secondo motivo di ricorso al TAR, il Collegio deve considerare il profilo di illegittimità dell'ammissione (o mancata esclusione) delle prime due classificate per violazione del precetto di completezza delle offerte recato dal capitolato speciale.

Premesso, infatti, che il primo motivo proposto innanzi al TAR e da questo non esaminato, perché ritenuto assorbito (e non già respinto) dall'accoglimento delle altre censure mosse con il secondo motivo, può essere riformulato in sede d'appello con semplice memoria (Cons. St., sez. VI, 15 giugno 2009 , n. 3807), e che ciò è stato fatto con la memoria di costituzione dell'appellata CONTROINTERESSATA (parte seconda, punto 1 dell'atto di costituzione), l'esame della predetta censura assume rilievo preliminare e (questo sì) assorbente.

Ciò, sulla scorta del consolidato principio secondo il quale i requisiti di partecipazione, da valutare nella fase preliminare del procedimento di gara, non possano essere commisti né confusi con i criteri di valutazione dell'offerta, da applicare nella fase successiva al superamento del vaglio preliminare dell'offerta.

Sulle modalità di redazione dell'offerta il disciplinare di gara stabiliva espressamente e letteralmente, al punto 2.2.3 che la "Busta "C" — Offerta Economica " dovesse, tra l'altro, "contenere la dichiarazione di offerta economica al netto dell'IVA conforme al modello allegato predisposto dall'Agenzia (All. E), sottoscritta dal legale rappresentante; - la relazione giustificativa delle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo offerto. Al fine di poter procedere alla verifica di congruità delle eventuali offerte anomale, ai sensi degli artt. 86, 87 e 88, d.lgs 163/06, si richiede alle Imprese partecipanti di presentare una relazione che evidenzi:

o l'economia del procedimento; o le soluzioni tecniche adottate; o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per prestare il servizio alle condizioni offerte; o le modalità di esecuzione del servizio e analisi dei costi; o la descrizione delle metodologie della prestazione che giustificano l'offerta presentata; tale descrizione dovrà essere analitica e dettagliata per ogni singola voce oggetto di offerta e dovrà fornire chiare indicazioni in merito al numero di addetti su ogni attività ed il numero di ore ad esse dedicate; o l'indicazione delle misure per la sicurezza dei lavoratori con la specifica dei relativi costi ".

Così stabilito il necessario contenuto della documentazione inerente l'offerta economica, lo stesso disciplinare ne prescriveva, al medesimo punto, le caratteristiche formali, sanzionando al contempo le conseguenze della loro inosservanza.

La disposizione del disciplinare statuiva, infatti, che " Il modello di offerta economica dovrà essere compilato correttamente e completamente in ogni sua parte: l'omessa indicazione anche di un solo corrispettivo unitario determinerà l'automatica esclusione della società dalla gara, senza possibilità alcuna di interpretazione da parte della Commissione Aggiudicatrice. L'offerta deve essere espressa in Euro e deve riportare al massimo due cifre decimali. Nel caso in cui venissero indicati più decimali, l'Agenzia procederà automaticamente all'arrotondamento in difetto.....".

6- Non appare superfluo aggiungere, come pure evidenziato nella memoria difensiva della appellata CONTROINTERESSATA, che l'Allegato E.1 al predetto disciplinare recante il modello di offerta economica cui attenersi nel predisporre la stessa, indicava, in apposito specchietto, le varie tipologie di prestazione ordinate nella colonna A, elencate come di seguito : P.1-operaio comune; P.2 – operaio specializzato; P.3 – automezzi; P.4 – piattaforma aerea.

Nella colonna B del medesimo specchietto erano indicati i corrispettivi a base d'asta, individuati per le voci P.3 e P.4 (cioè automezzi e piattaforme, in euro 150 per ciascuna.

Nella colonna C erano indicate, sempre per ciascuna componente, le quantità espresse in prestazioni di otto ore (450 per gli automezzi e 80 per le piattaforme). Nella colonna D erano indicati gli importi unitari (30 euro per gli automezzi e 25 per le piattaforme) ed infine nella colonna E erano riportati gli importi complessivi. In calce allo specchietto erano previsti spazi bianchi per indicare il totale in cifre ed in lettere.

Nella medesima pagina 2 dell'allegato citato si disponeva, ancora, che "Tutti i corrispettivi indicati si intendono al netto dell'IVA " e che "L'offerta deve essere espressa in Euro e deve riportare al massimo due cifre decimali. Nel caso in cui venissero indicati più decimali l'Agenzia procederà automaticamente all'arrotondamento."

7 - La chiara e tassativa prescrizione inerente l'indicazione, a pena di esclusione, di tutti i corrispettivi delle varie voci dell'offerta economica era sin dall'inizio apparsa evidente alla stessa amministrazione quale causa formalmente ostativa alla stessa partecipazione alla gara.

La stazione appaltante, infatti, a fronte della mancata indicazione nell'offerta delle prime due classificate dei prezzi degli automezzi e delle piattaforme, le cui rispettive caselle erano state barrate con due linee trasversali, si è posta, da subito ed autonomamente, il problema della conformità di tale modalità redazionale alle riportate prescrizioni di gara e per questo aveva rivolto (cfr. verbale n. 6 del 5.9.2007) apposito quesito all'Autorità dei contratti pubblici.

Quest'ultima, con il parere n. 131 del 23 aprile 2008 ha ritenuto, con motivazione piuttosto sbrigativa ed assertiva, che la clausola del bando non potesse essere interpretata in modo formalistico ma, piuttosto, conformemente al generale principio di " favor participationis ", in base al quale le irregolarità non sanabili sarebbero solo quelle incidenti sui principi di par condicio e libera concorrenza (il parere è riportato per stralci a pag. 2 del verbale n. 8 citato)

E' essenzialmente sulla scorta del predetto parere – richiesto espressamente, come detto, dalla commissione giudicatrice nel citato verbale n. 6 del 5.9.2007 – che l'offerta della RICORRENTE è stata ammessa e successivamente valutata con esito favorevole, a seguito delle operazioni riportate nel verbale n. 8 del 12.5.2008.

8 - Il Collegio ritiene che – in disparte la sua portata non vincolante - il parere dell'Autorità (peraltro cautelativamente anch'esso impugnato innanzi al TAR) ed il conseguente provvedimento di ammissione ed aggiudicazione alla RICORRENTE non siano da condividere.

Ciò, sulla scorta di un elementare criterio ermeneutico riassumibile nel noto brocardo " in claris non fit interpretatio ", brocardo che è espressione di un principio di ordine generale espresso, a livello positivo nel nostro ordinamento, dall'art. 12, comma 1, disp. prel. codice civile (" nell' applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole....."), applicabile nel caso di specie, tenuto conto della natura in senso lato normativa che suole attribuirsi al bando ed alla disciplina di gara, denominate, impropriamente ma significativamente, come la " lex specialis ", cioè come l'atto autoritativo (quindi unilaterale) vincolante tutti i soggetti protagonisti e partecipi del procedimento (cfr. CdS, sez. V, 15 ottobre 2009 , n. 6322).

Proprio con riferimento al " formalismo " lamentato con il citato parere dell'Autorità, questo Consiglio ha ripetutamente chiarito che in ordine a eventuali lacune riscontrate nella domanda di partecipazione a gara o nella allegata documentazione in sede di aggiudicazione di contratti con la pubblica amministrazione, la stazione appaltante è tenuta ad applicare in modo rigoroso ed incondizionato le clausole inserite nella "lex specialis" relative ai requisiti, formali e sostanziali, di partecipazione, ovvero alle cause di esclusione, atteso che proprio il formalismo caratterizza la disciplina delle procedure di gara, rispondendo esso, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i ricorrenti (Cons.St., IV, 21 aprile 2009 , n. 2435 ; sez. IV, 5 settembre 2007, n. 4644).

In altri termini, i formalismi richiesti espressamente e tassativamente dalle prescrizioni di gara costituiscono lo strumento tipico con il quale si rende trasparente, tramite procedimentalizzazione, la discrezionalità amministrativa e si pongono tutti i concorrenti sullo stesso piano partecipativo, richiedendo loro un eguale impegno di diligenza, attenzione e rispetto verso le clausole dei bandi e dei capitoli.

Diverso è il problema se quelle prescrizioni siano conformi ad altri principi fondamentali, come quello della razionalità, efficacia e buon andamento.

Tale problema andrà, semmai, sollevato con apposita impugnativa delle prescrizioni di gara, che nella specie non v'è stata.

Appare a questo punto agevole rilevare la completa mancanza di motivazione in ordine al giudizio di congruità delle due offerte zero e come illegittimamente l'Amministrazione abbia

omesso – secondo quanto correttamente rilevato dall'appellata sentenza - di completare la procedura di valutazione dell'anomalia di quelle due offerte, dopo averla avviata e dopo aver manifestato essa stessa serie perplessità circa la sufficienza ed esaustività delle giustificazioni presentate dalle due concorrenti; di talché, l'atto di aggiudicazione provvisoria si presentava, altresì, mancante di adeguata correlazione tra l'istruttoria svolta ed il risultato da esso recato, oltre che – proprio su tale aspetto – del tutto carente di motivazione.

Merita di essere segnalata la decisione numero 1700 del 23 marzo 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato ed in particolare il seguente passaggio:

< Diverso è il problema se quelle prescrizioni siano conformi ad altri principi fondamentali, come quello della razionalità, efficacia e buon andamento.

Tale problema andrà, semmai, sollevato con apposita impugnativa delle prescrizioni di gara, che nella specie non v'è stata.

10 - Si tratta, ora, di stabilire se – qualunque sia il criterio ermeneutico da usare: quello normativo o quello negoziale - le disposizioni ed i precetti dei documenti di gara consentissero, pur nella loro lettura complessiva, sistematica e teleologica, quella interpretazione “ di portata sostanziale “ cui ha fatto riferimento l'Autorità nel suo parere.

La risposta non può che essere negativa.

Sia l'elemento letterale che quello intenzionale portano ad escludere che potesse consentirsi un'offerta zero per una o più voci dell'offerta economica complessiva.

Militano in questo senso:

- la necessità che il modello di offerta economica dovesse essere compilato “ correttamente e completamente in ogni sua parte”, con l'espressa comminatoria che l'omessa indicazione “ anche di un solo corrispettivo unitario “ avrebbe determinato “ l'automatica esclusione della società dalla gara, senza possibilità alcuna di interpretazione da parte della Commissione Aggiudicatrice”;

- la necessità che l'offerta dovesse essere “ espressa in Euro e riportare al massimo due cifre decimali”, con la possibilità che ove fossero stati indicati più decimali, l'Agenzia avrebbe proceduto automaticamente all'arrotondamento in difetto;

- la precisazione che “ tutti i corrispettivi indicati “ si intendessero al netto dell'IVA;

- le chiare indicazioni, nell'allegato E.1, di tutte le voci analitiche componenti necessariamente l'offerta e dei relativi prezzi a base d'asta, rispetto ai quali dovevano formularsi, a pena di esclusione, i relativi “ corrispettivi unitari “, da indicare evidentemente con cifre positive e non con zero o lineette.

In relazione a tali circostanze ed al tassativo precetto di indicare espressamente un “ corrispettivo unitario “ per ciascuna voce (e le barrette trasversali non sono corrispettivo) le offerte delle prime due graduate andavano preliminarmente e radicalmente escluse dalla gara per un evidente vizio di forma.>

Ma non solo

<< Appare a questo punto agevole rilevare la completa mancanza di motivazione in ordine al giudizio di congruità delle due offerte zero e come illegittimamente l'Amministrazione abbia omesso – secondo quanto correttamente rilevato dall'appellata sentenza - di completare la procedura di valutazione dell'anomalia di quelle due offerte, dopo averla avviata e dopo aver manifestato essa stessa serie perplessità circa la sufficienza ed esaustività delle giustificazioni presentate dalle due concorrenti; di talché, l'atto di aggiudicazione provvisoria si presentava, altresì, mancante di adeguata correlazione tra l'istruttoria svolta ed il risultato da esso recato, oltre che – proprio su tale aspetto – del tutto carente di motivazione.

La Sezione ritiene opportuno richiamare, al riguardo, l'indirizzo secondo il quale il giudizio di verifica della congruità di un' offerta anomala ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell' offerta nel suo insieme e costituisce espressione paradigmatica di un potere tecnico-discrezionale

dell'amministrazione di per sé insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o affette da errori di fatto (C.d.S., IV, 20 maggio 2008, n. 2348; VI, 25 settembre 2007, n. 4933).

Dalla ricordata giurisprudenza emerge, dunque, la necessità di una quanto meno plausibile e convincente motivazione in ordine all'effettuata verifica degli elementi forniti dall'impresa a supporto delle proprie offerte anomale. Ciò proprio al fine di limitare il più possibile ed arginare nei confini della legalità quell'ampia discrezionalità di cui s'è detto, la quale, altrimenti, rischierebbe di trasmodare in determinazioni ermetiche e perciò soggettive, arbitrarie e potenzialmente clientelari.>

Si legga anche

In tema di procedimento di verifica delle offerte anomale

il sub procedimento volto alla verifica dell'anomalia dell'offerta costituisce espressione di un potere tecnico-discrezionale e la motivazione della valutazione effettuata circa l'anomalia dell'offerta costituisce elemento decisivo ai fini della verifica della correttezza della valutazione effettuata, tuttavia la necessità di una puntuale ed analitica valutazione è generalmente richiesta dalla giurisprudenza solo nel caso di giudizio negativo, mentre nel caso di valutazione positiva è sufficiente un riferimento alla giustificazioni offerte dall'impresa sottoposta a verifica

il Consiglio di Stato con la decisione numero 2348 del 20 maggio 2008 ci insegna che:

<il giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme ed esso costituisce espressione di un potere tecnico-discrezionale dell'amministrazione, di per sé insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o affette da errori di fatto >

ma non solo

< Inoltre, per quanto riguarda la sufficienza o meno della motivazione sul giudizio di anomalia dell'offerta, il Collegio condivide l'orientamento secondo cui la motivazione viene richiesta rigorosa ed analitica nel caso di giudizio negativo sull'anomalia; in caso, invece, di giudizio positivo, ovvero di valutazione di congruità dell'offerta anomala, non occorre che la relativa determinazione sia fondata su un'articolata motivazione ripetitiva delle medesime giustificazioni ritenute accettabili o espressiva di ulteriori apprezzamenti. Pertanto, il giudizio favorevole di non anomalia dell'offerta in una gara d'appalto non richiede una motivazione puntuale ed analitica, essendo sufficiente anche una motivazione espressa "per relationem" alle giustificazioni rese dall'impresa vincitrice, sempre che queste siano a loro volta congrue ed adeguate >

RIPORTIAMO QUI DI SEGUITO LA DECISIONE NUMERO 1700 DEL 23 MARZO 2010 PRONUNCIATA DAL CONSIGLIO DI STATO

N. 01700/2010 REG.DEC.
N. 09967/2008 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 9967 del 2008, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Consorzio RICORRENTE Societa' Cooperativa, rappresentato e difeso dagli avv.
Ermes Coffrini e Massimo Colarizi, con domicilio eletto presso il secondo in
Roma, via Panama, 12;

contro

CONTROINTERESSATA - Societa' Gestione Appalti Diversi S.r.l., rappresentata
e difesa dall'avv. Fabio Francario, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma,
corso D'Italia , 19;

nei confronti di

Agenzia delle Entrate;
Cooperativa Castro Pretorio S.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II n. 05589/2009, della
dispositivo di sentenza del TAR LAZIO - ROMA :Sezione II n. 00303/2008, resa
tra le parti, concernente della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II
n. 05589/2009, nonché del dispositivo di sentenza del TAR LAZIO - ROMA

:Sezione II n. 00303/2008, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE GARA PER SERVIZIO DI FACCHINAGGIO..

Visto il ricorso in appello ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2010 il Cons. Armando Pozzi e uditi per le parti gli avvocati Massimo Colarizi e Fabio Francario;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Società CONTROINTERESSATA (Società gestione appalti diversi S.r.l.) ha partecipato alla gara, suddivisa per quattro lotti, per l'affidamento del servizio di facchinaggio, trasporto e trasloco per gli Uffici centrali dell'Agenzia delle entrate, per le Direzioni regionali del Lazio e del Friuli Venezia Giulia e per la movimentazione di documenti per il Sistema archivistico nazionale.

Più in particolare, la Società partecipava per il primo dei quattro lotti nei quali era suddivisa la selezione (Lotto 1, Uffici centrali dell'Agenzia delle entrate), che aveva come obiettivo l'affidamento di un servizio triennale in favore dell'aggiudicatario da scegliersi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Essendosi classificata terza nella graduatoria finale, essa ha impugnato l'ammissione delle ditte che l'hanno preceduta, avendo queste presentato offerte incomplete ed incongrue, per avere omesso di indicare i costi degli automezzi e delle piattaforme necessari per l'esecuzione del servizio.

Conseguentemente, con ricorso al TAR Lazio ha chiesto l'annullamento della aggiudicazione in favore del RICORRENTE (Consorzio RICORRENTE Soc.

Coop.) nonché degli atti presupposti e conseguenti e della non esclusione dell'offerta presentata dalla seconda classificata.

Con tre distinti motivi di gravame la CONTROINTERESSATA, premesso che il punto 2.2.3 del disciplinare di gara imponeva, a pena di automatica esclusione, che l'offerta economica si presentasse in termini di piena correttezza e completezza con riferimento a quanto prescritto nel medesimo disciplinare, senza che fossero possibili interpretazioni permissive di alcun genere da parte della commissione giudicatrice, deduceva che:

- 1) nonostante il disciplinare imponesse l'indicazione del corrispettivo unitario per ciascuna singola voce di prezzo, individuata nell'apposito modello predisposto dalla stazione appaltante, le offerte presentate dalle prime due classificate non recavano "i corrispettivi unitari (ma anche complessivi) relativi ai costi per gli automezzi (P3) ed ai costi per la piattaforma area (P4)";
- 2) la mancata esclusione delle due offerte delle ditte controinteressate in primo grado sarebbe illegittima per evidente non remuneratività delle stesse, che "non contemplano i costi per gli automezzi e le piattaforme aeree, pur se l'utilizzo di automezzi e piattaforme indichi di per sé dei costi oggettivi ed ineludibili e nonostante la stessa stazione appaltante avesse stimato i suddetti costi per un importo unitario di 150 Euro. Né, del resto, poteva soccorrere la circostanza evidenziata nelle giustificazioni presentate, secondo cui i costi degli automezzi sarebbero stati completamente ammortizzati in ragione dell'utilizzo notturno, in altro servizio (posizionamento cassonetti a Roma e nel Lazio), degli stessi macchinari di cui l'impresa si sarebbe servita nell'espletamento del servizio di gara;
- 3) la mancata esclusione dalla selezione dei due concorrenti controinteressati sarebbe stata frutto di una errata valutazione da parte della commissione giudicatrice delle giustificazioni dagli stessi presentati a corredo delle offerte,

evidenziata dalla inadeguata motivazione dell' esito positivo della procedura di valutazione dell'anomalia.

Con sentenza n. 6503/2008, preceduta da pubblicazione di dispositivo, il TAR Lazio ha accolto il ricorso.

Avverso tale sentenza ha proposto appello il “ RICORRENTE - consorzio RICORRENTE soc. coop..”, il quale, dopo una pedissequa ricostruzione dei motivi proposti in primo grado e dei punti salienti della motivazione della decisione, con il ricorso introduttivo ha dedotto il seguente articolato motivo:

- Violazione e/o erronea applicazione delle norme e principi in tema di anomalia delle

offerte con particolare riguardo agli art. li 86-89-88 del decr. Lgs. n. 163/2006, illogicità - travisamento - falso presupposto - difetto e/o contraddittorietà della motivazione.

In sintesi, il Consorzio assume che:

1) anche in caso di accoglimento del gravame la ricorrente in primo grado non potrebbe ricavarne alcun utile, essendosi collocata al terzo posto della graduatoria delle imprese partecipanti e non essendo applicabile alla fattispecie una sorta di proprietà transitiva, che consenta di trasferire automaticamente gli effetti dell'anomalia dell'offerta imputata all'aggiudicataria anche alla seconda classificata.

2) L'appellante ha dato adeguato e completo riscontro alle richieste della stazione appaltante in merito all'anomalia dell'offerta relativa agli automezzi ed alle piattaforme mobili, tanto che l'amministrazione ha riscontrato la risposta dell'impresa; in questo modo: “In particolare, i chiarimenti forniti dalle Società in questione hanno in effetti confermato l'interpretazione sostanzialistica elaborata dalla Commissione. In particolare, il Consorzio RICORRENTE, a giustificazione del costo zero offerto per gli automezzi, ha allegato un contratto atto a dimostrare

l'utilizzo degli stessi in orario notturno su tutto il territorio della città di Roma e dei comuni della Regione Lazio”.

3) In base a quanto previsto al punto 8.3.1 del capitolato, è evidente come ciò che rilevi, ai fini della regolarità dell'offerta, sia soltanto la somma complessiva esposta nella offerta, pur servendo i valori unitari parziali alla sua definizione. Da nessuna parte delle regole di gara, infatti, è stato previsto (a parte il costo del personale) di indicare con segno più o meno positivo una voce, rispetto ad un'altra. Tant'è vero che la comparazione delle offerte è stata basata esclusivamente sui totali. Di conseguenza, la valutazione della anomalia, necessariamente, doveva basarsi su detti totali, ritenendosi escluso che potesse essere fondata su singoli valori unitari. Al riguardo, l'appellante richiama la giurisprudenza in tema di attendibilità dell'offerta, la quale è legata, infatti, ad una valutazione complessiva, in esito alla quale deve emergere la sua remuneratività.

Pertanto, anche se è vero che il RICORRENTE ha quotato zero (ossia non ha chiesto nulla) per l'utilizzo di automezzi e piattaforme aeree, tuttavia, anche per le condizioni di particolare favore di cui poteva approfittare, è stato ugualmente in grado di esporre l'utile conseguibile dalla commessa (giustificazione in data 20/7/2007). Non esistevano, dunque, i presupposti per applicare l'art. 88, comma 6, del decr. Lgs. n. 163/2003, secondo il quale; “La stazione appaltante esclude l'offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso inaffidabile”.

4) Non è ammissibile un sindacato sulla motivazione circa l'anomalia dell'offerta, come insegna la costante giurisprudenza (ampiamente riportata nell'atto d'appello). Pertanto, sindacare la diagnosi di non anomalia effettuata dalla commissione di gara, significherebbe entrare nel merito del suo operato, travalicandosi perciò i limiti del sindacato estrinseco ed effettuando un vero e proprio giudizio tecnico non consentito al Giudice amministrativo.

Si è costituita in giudizio la CONTROINTERESSATA, contestando la fondatezza del gravame.

Con motivi aggiunti notificati per servizio postale il 16 luglio 2009 la RICORRENTE ha ulteriormente illustrato ed ampliato l'atto d'appello.

Le parti hanno illustrato le proprie difese con memorie.

Con ordinanza n. 5381/2009 è stato respinto l'appello cautelare proposto dalla RICORRENTE.

Alla pubblica udienza del 9-2-2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1- Con ricorso al TAR Lazio la società CONTROINTERESSATA ha impugnato, in via principale, la nota dell'Agenzia delle entrate n. 2008/80678 del 21 maggio 2008, con cui si comunicava l'intervenuta aggiudicazione del Lotto 1 della gara per l'affidamento del "servizio di facchinaggio, trasporto e trasloco per gli Uffici Centrali dell'Agenzia delle Entrate, per le Direzioni Regionali del Lazio e del Friuli Venezia Giulia e per la movimentazione di documenti per il Sistema Archivistico nazionale" a favore dell'odierno Consorzio appellante RICORRENTE.

La predetta società, collocata al terzo posto nella graduatoria finale della selezione per il Lotto 1 (servizio da svolgersi in favore delle Direzioni centrali), dietro il RICORRENTE, che risultava vincitore della gara e dietro la Cooperativa Castro Pretorio, risultata seconda, ha lamentato che l'Amministrazione procedente non avesse provveduto ad escludere sia il citato Consorzio che la Cooperativa Castro Pretorio, avendo entrambi presentato offerte caratterizzate da evidenti elementi di incompletezza ed incongruità, senza perciò rispettare quanto prescritto dalla disciplina di gara.

2- In particolare ed in sintesi, la ricorrente deduceva che il disciplinare di gara – il quale tra le varie prescrizioni, imponeva l'indicazione del corrispettivo unitario per

ciascuna singola voce di prezzo individuata nell'apposito modello predisposto dalla stazione appaltante per la presentazione dell'offerta - era rimasto inosservato dalle offerte presentate da RICORRENTE e dalla Cooperativa Castro Pretorio, non recando esse "i corrispettivi unitari (ma neppure quelli complessivi) relativi ai costi per gli automezzi (P3) ed ai costi per la piattaforma area (P4)", rivelandosi perciò del tutto incomplete e prive di una indicazione espressamente richiesta a pena d'esclusione dalla *lex specialis*" del procedimento di aggiudicazione.

Ulteriore motivo di illegittimità era rinvenibile nella mancata esclusione delle due offerte suindicate per evidente non remuneratività delle stesse, le quali non contemplavano i costi per gli automezzi e le piattaforme aeree, nonostante il loro utilizzo rappresentasse, di per sé, dei costi oggettivi ed ineludibili e pur se la stessa stazione appaltante aveva stimato ed espressamente indicato i suddetti costi per un importo unitario di 150 Euro.

3- Con l'appellata sentenza il TAR ha accolto il ricorso, in particolare con riferimento alla seconda censura, con la quale si sosteneva l'anomalia delle due offerte fatte oggetto di contestazione per la loro incongruità e non remuneratività relativamente alle voci " automezzi " e " piattaforme ".

A tale conclusione il TAR è pervenuto sulla base dell'interpretazione del capitolato tecnico, il quale, dopo avere disposto che le ditte avrebbero dovuto assicurare "qualsiasi tipo di trasloco (che) può comprendere, a titolo indicativo e non esaustivo, le seguenti attività: (...) trasporto con mezzi della ditta nei luoghi indicati dai competenti uffici dell'Agenzia delle entrate; (...) carico e trasporto a pubblica discarica, a spese della Ditta, dei materiali di risulta e di ogni altro materiale non più idoneo (scatole di cartone, vuote, carte da macero, etc....)" (pag. 6 del capitolato speciale), stabiliva altresì che:

A] per la voce “personale”, la ditta avrebbe dovuto “procedere alla dismissione in discarica del materiale (eventuali arredi, attrezzature e documentazione) che sarà preventivamente indicato dal personale incaricato a sovrintendere alle operazioni. Di tali operazioni dovrà essere dato conto in apposito verbale di dismissioni con allegata attestazione/dichiarazione dell’avvenuta discarica” (pagg. 7 e 8 del capitolato speciale);

B] alla voce “tempi di intervento”, “per le prestazioni di automezzi la richiesta sarà inoltrata con almeno 24 ore di anticipo rispetto alle prestazioni; per le prestazioni di piattaforma aerea la richiesta sarà inoltrata con cinque giorni lavorativi di anticipo rispetto alla prestazione stessa” (pag. 8 del capitolato speciale).

Appariva quindi evidente, secondo il TAR, che una non secondaria attività richiesta alla ditta che avrebbe dovuto svolgere il servizio era costituita dal trasporto di materiale di varia natura (arredi, attrezzature, documentazione ed altro) con automezzi, anche per il conferimento in discarica del materiale non più utilizzabile, potendosi altresì rendere necessario l'utilizzo di piattaforma aerea.

A fronte delle precise e complesse tipologie di prestazioni richieste, secondo l'appellata sentenza si doveva registrare l'incompleta valutazione, operata dalla Commissione di gara, circa la congruità dell'offerta sia con riferimento al RICORRENTE che con riguardo alla Cooperativa Castro Pretorio.

Infatti, osserva ancora la sentenza di primo grado, la Commissione giudicatrice, in merito ad entrambe le offerte delle prime due classificate, dopo aver affermato che le giustificazioni presentate a corredo delle stesse non erano utili a dissipare i dubbi circa la loro anomalia, parzialmente, con riferimento all'offerta del RICORRENTE e totalmente in ordine a quella presentata dalla Cooperativa Castro Pretorio, non aveva proceduto a chiedere ulteriori giustificazioni, per come previsto dall'art. 88 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, né a concludere il procedimento valutativo avviato, esprimendo l'esito definitivo del giudizio operato.

In realtà, osservano ulteriormente i Giudici di prime cure, per come ben si evince dalla lettura dei verbali nn. 4, 5 e 6, la Commissione giudicatrice, dopo aver espresso una valutazione in senso non favorevole circa la remuneratività delle due offerte (sia pure parzialmente con riguardo al RICORRENTE), aveva rinviato la decisione su tali aspetti alle successive sedute, senza mai, tuttavia, completare il percorso decisionale, neppure all'esito del ricevimento del parere richiesto ed ottenuto dell'Autorità per i contratti pubblici. La stessa Commissione, infatti, aveva provveduto ad aggiudicare provvisoriamente la selezione al RICORRENTE:

- senza avere chiarito se, con riferimento a quest'ultimo,– l'offerta fosse giustificabile nonostante la mancanza di indicazione dei costi relativi all'utilizzo degli automezzi;

- inserendo al secondo posto della graduatoria la Cooperativa– Castro Pretorio, senza aver chiarito neppure nei confronti di quest'ultima, la congruità dell'offerta e dopo aver affermato (secondo quanto emerge dal verbale n. 4) che non appariva remunerativa l'offerta sia con riferimento all'utilizzo di automezzi che in merito alla piattaforma aerea, spingendosi addirittura fino a quantificare l'eventuale economica perdita della Cooperativa nel non aver indicato i relativi costi.

4- Prima di scendere nell'esame dei motivi dell'appello, rivolti specificamente ed unicamente alla motivazione della sentenza di primo grado, che ha ritenuto assorbente e fondato il secondo motivo di ricorso al TAR, il Collegio deve considerare il profilo di illegittimità dell'ammissione (o mancata esclusione) delle prime due classificate per violazione del precetto di completezza delle offerte recato dal capitolato speciale.

Premesso, infatti, che il primo motivo proposto innanzi al TAR e da questo non esaminato, perché ritenuto assorbito (e non già respinto) dall'accoglimento delle altre censure mosse con il secondo motivo, può essere riformulato in sede

d'appello con semplice memoria (Cons. St., sez. VI, 15 giugno 2009 , n. 3807), e che ciò è stato fatto con la memoria di costituzione dell'appellata CONTROINTERESSATA (parte seconda, punto 1 dell'atto di costituzione), l'esame della predetta censura assume rilievo preliminare e (questo sì) assorbente. Ciò, sulla scorta del consolidato principio secondo il quale i requisiti di partecipazione, da valutare nella fase preliminare del procedimento di gara, non possano essere commisti né confusi con i criteri di valutazione dell'offerta, da applicare nella fase successiva al superamento del vaglio preliminare dell'offerta.

5- Sulle modalità di redazione dell'offerta il disciplinare di gara stabiliva espressamente e letteralmente, al punto 2.2.3 che la “Busta “C” — Offerta Economica “ dovesse, tra l'altro, “*contenere la dichiarazione di offerta economica al netto dell'IVA conforme al modello allegato predisposto dall'Agenzia (All. E), sottoscritta dal legale rappresentante; - la relazione giustificativa delle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo offerto. Al fine di poter procedere alla verifica di congruità delle eventuali offerte anomale, ai sensi degli artt. 86, 87 e 88, d.lgs 163/06, si richiede alle Imprese partecipanti di presentare una relazione che evidenzi:*

o l'economia del procedimento; o le soluzioni tecniche adottate; o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per prestare il servizio alle condizioni offerte; o le modalità di esecuzione del servizio e analisi dei costi; o la descrizione delle metodologie della prestazione che giustificano l'offerta presentata; tale descrizione dovrà essere analitica e dettagliata per ogni singola voce oggetto di offerta e dovrà fornire chiare indicazioni in merito al numero di addetti su ogni attività ed il numero di ore ad esse dedicate; o l'indicazione delle misure per la sicurezza dei lavoratori con la specifica dei relativi costi “.

Così stabilito il necessario contenuto della documentazione inerente l'offerta economica, lo stesso disciplinare ne prescriveva, al medesimo punto, le

caratteristiche formali, sanzionando al contempo le conseguenze della loro inosservanza.

La disposizione del disciplinare statuiva, infatti, che “ *Il modello di offerta economica dovrà essere compilato correttamente e completamente in ogni sua parte: l’omessa indicazione anche di un solo corrispettivo unitario determinerà l’automatica esclusione della società dalla gara, senza possibilità alcuna di interpretazione da parte della Commissione Aggiudicatrice. L’offerta deve essere espressa in Euro e deve riportare al massimo due cifre decimali. Nel caso in cui venissero indicati più decimali, l’Agenzia procederà automaticamente all’arrotondamento in difetto.....*”.

6- Non appare superfluo aggiungere, come pure evidenziato nella memoria difensiva della appellata CONTROINTERESSATA, che l’Allegato E.1 al predetto disciplinare recante il modello di offerta economica cui attenersi nel predisporre la stessa, indicava, in apposito specchietto, le varie tipologie di prestazione ordinate nella colonna A, elencate come di seguito : P.1-operaio comune; P.2 – operaio specializzato; P.3 – automezzi; P.4 – piattaforma aerea.

Nella colonna B del medesimo specchietto erano indicati i corrispettivi a base d’asta, individuati per le voci P.3 e P.4 (cioè automezzi e piattaforme, in euro 150 per ciascuna.

Nella colonna C erano indicate, sempre per ciascuna componente, le quantità espresse in prestazioni di otto ore (450 per gli automezzi e 80 per le piattaforme). Nella colonna D erano indicati gli importi unitari (30 euro per gli automezzi e 25 per le piattaforme) ed infine nella colonna E erano riportati gli importi complessivi. In calce allo specchietto erano previsti spazi bianchi per indicare il totale in cifre ed in lettere.

Nella medesima pagina 2 dell’allegato citato si disponeva, ancora, che “*Tutti i corrispettivi indicati si intendono al netto dell’IVA* “ e che “*L’offerta deve essere espressa in*

Euro e deve riportare al massimo due cifre decimali. Nel caso in cui venissero indicati più decimali l'Agenzia procederà automaticamente all'arrotondamento.”.

7 - La chiara e tassativa prescrizione inerente l'indicazione, a pena di esclusione, di tutti i corrispettivi delle varie voci dell'offerta economica era sin dall'inizio apparsa evidente alla stessa amministrazione quale causa formalmente ostativa alla stessa partecipazione alla gara.

La stazione appaltante, infatti, a fronte della mancata indicazione nell'offerta delle prime due classificate dei prezzi degli automezzi e delle piattaforme, le cui rispettive caselle erano state barrate con due lineette trasversali, si è posta, da subito ed autonomamente, il problema della conformità di tale modalità redazionale alle riportate prescrizioni di gara e per questo aveva rivolto (cfr. verbale n. 6 del 5.9.2007) apposito quesito all'Autorità dei contratti pubblici.

Quest'ultima, con il parere n. 131 del 23 aprile 2008 ha ritenuto, con motivazione piuttosto sbrigativa ed assertiva, che la clausola del bando non potesse essere interpretata in modo formalistico ma, piuttosto, conformemente al generale principio di “ favor participationis “, in base al quale le irregolarità non sanabili sarebbero solo quelle incidenti sui principi di par condicio e libera concorrenza (il parere è riportato per stralci a pag. 2 del verbale n. 8 citato)

E' essenzialmente sulla scorta del predetto parere – richiesto espressamente, come detto, dalla commissione giudicatrice nel citato verbale n. 6 del 5.9.2007 – che l'offerta della RICORRENTE è stata ammessa e successivamente valutata con esito favorevole, a seguito delle operazioni riportate nel verbale n. 8 del 12.5.2008.

8 - Il Collegio ritiene che – in disparte la sua portata non vincolante - il parere dell'Autorità (peraltro cautelativamente anch'esso impugnato innanzi al TAR) ed il conseguente provvedimento di ammissione ed aggiudicazione alla RICORRENTE non siano da condividere.

Ciò, sulla scorta di un elementare criterio ermeneutico riassumibile nel noto brocardo “ in claris non fit interpretatio “, brocardo che è espressione di un principio di ordine generale espresso, a livello positivo nel nostro ordinamento, dall’art. 12, comma 1, disp. prel. codice civile (“ nell’ applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole.....”), applicabile nel caso di specie, tenuto conto della natura in senso lato normativa che suole attribuirsi al bando ed alla disciplina di gara, denominate, impropriamente ma significativamente, come la “ lex specialis “, cioè come l’atto autoritativo (quindi unilaterale) vincolante tutti i soggetti protagonisti e partecipi del procedimento (cfr. CdS, sez. V, 15 ottobre 2009 , n. 6322).

In ogni caso, il principio teleologico – sistematico (comunque impropriamente applicato alla fattispecie dall’Autorità) di massima partecipazione possibile, riconducibile nell’alveo della regola interpretativa negoziale di cui agli artt. 1262 e 1363 cod. civ., ritenuto applicabili alle procedure di gara dalla giurisprudenza prevalente (su cui cfr. CdS, sez. VI, 17 dicembre 2008 , n. 6281), anche se dovesse ritenersi preminente ed anzi assorbente rispetto a quello collegato al principio costituzionale di imparzialità a fronte di clausole chiare, perentorie e tassative, non soccorre comunque l’operato dell’amministrazione, essendo precisa ed univoca l’intenzione di pretendere un requisito di carattere formale manifestata nel disciplinare, nei confronti della quale appare un fuor d’opera parlare di “ formalismi “ superabili con esercizi di lettura critica delle varie prescrizioni del bando o del disciplinare.

9 - Proprio con riferimento al “ formalismo “ lamentato con il citato parere dell’Autorità, questo Consiglio ha ripetutamente chiarito che in ordine a eventuali lacune riscontrate nella domanda di partecipazione a gara o nella allegata documentazione in sede di aggiudicazione di contratti con la pubblica

amministrazione, la stazione appaltante è tenuta ad applicare in modo rigoroso ed incondizionato le clausole inserite nella "lex specialis" relative ai requisiti, formali e sostanziali, di partecipazione, ovvero alle cause di esclusione, atteso che proprio il formalismo caratterizza la disciplina delle procedure di gara, rispondendo esso, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i ricorrenti (Cons.St., IV, 21 aprile 2009 , n. 2435 ; sez. IV, 5 settembre 2007, n. 4644).

In altri termini, i formalismi richiesti espressamente e tassativamente dalle prescrizioni di gara costituiscono lo strumento tipico con il quale si rende trasparente, tramite procedimentalizzazione, la discrezionalità amministrativa e si pongono tutti i concorrenti sullo stesso piano partecipativo, richiedendo loro un eguale impegno di diligenza, attenzione e rispetto verso le clausole dei bandi e dei capitolati.

Diverso è il problema se quelle prescrizioni siano conformi ad altri principi fondamentali, come quello della razionalità, efficacia e buon andamento.

Tale problema andrà, semmai, sollevato con apposita impugnativa delle prescrizioni di gara, che nella specie non v'è stata.

10 - Si tratta, ora, di stabilire se – qualunque sia il criterio ermeneutico da usare: quello normativo o quello negoziale - le disposizioni ed i precetti dei documenti di gara consentissero, pur nella loro lettura complessiva, sistematica e teleologica, quella interpretazione “ di portata sostanziale “ cui ha fatto riferimento l'Autorità nel suo parere.

La risposta non può che essere negativa.

Sia l'elemento letterale che quello intenzionale portano ad escludere che potesse consentirsi un'offerta zero per una o più voci dell'offerta economica complessiva.

Militano in questo senso:

- la necessità che il modello di offerta economica dovesse essere compilato “ correttamente e completamente in ogni sua parte”, con l’espressa comminatoria che l’omessa indicazione “ anche di un solo corrispettivo unitario“ avrebbe determinato “ l’automatica esclusione della società dalla gara, senza possibilità alcuna di interpretazione da parte della Commissione Aggiudicatrice”;
- la necessità che l’offerta dovesse essere “ espressa in Euro e riportare al massimo due cifre decimali”, con la possibilità che ove fossero stati indicati più decimali, l’Agenzia avrebbe proceduto automaticamente all’arrotondamento in difetto;
- la precisazione che “ tutti i corrispettivi indicati “ si intendessero al netto dell’IVA;
- le chiare indicazioni, nell’allegato E.1, di tutte le voci analitiche componenti necessariamente l’offerta e dei relativi prezzi a base d’asta, rispetto ai quali dovevano formularsi, a pena di esclusione, i relativi “ corrispettivi unitari “, da indicare evidentemente con cifre positive e non con zero o lineette.

In relazione a tali circostanze ed al tassativo precetto di indicare espressamente un “ corrispettivo unitario “ per ciascuna voce (e le barrette trasversali non sono corrispettivo) le offerte delle prime due graduate andavano preliminarmente e radicalmente escluse dalla gara per un evidente vizio di forma.

Al riguardo, deve respingersi l’eccezione di inammissibilità del vizio qui esaminato per mancanza di appello incidentale e conseguente formazione di giudicato interno.

L’eccezione è il frutto di una lettura travisata della sentenza di primo grado.

Il TAR, infatti, come già detto, non si è affatto pronunciato sul merito del primo motivo non respingendolo, ma solo dichiarandolo assorbito e perciò non esaminato.

Sul punto la decisione del Tribunale così testualmente dispone : *“il Collegio è dell’avviso che i motivi di doglianza dedotti nel ricorso siano suscettibili di favorevole valutazione, in particolare con riferimento alla seconda censura con la quale si sostiene l’anomalia delle due offerte “; nella parte finale della motivazione si ribadisce, poi, che “La fondatezza del secondo motivo di ricorso - evenienza caratterizzata da capacità espansiva ed assorbente nei confronti degli altri due motivi di censura, soprattutto con riguardo al terzo, intimamente collegato con il secondo - determina l’accoglimento del gravame “.*

Quindi, per concludere, nessuna pronuncia di infondatezza, nessun onere di ricorso incidentale e nessun giudicato sulla predetta censura.

11 - In ogni caso, anche a volere seguire le censure formulate con l’atto d’appello e con le memorie aggiuntive, la sentenza è comunque immune dai vizi dedotti.

Il TAR, dopo un’accurata ricostruzione degli atti del procedimento, ha esattamente osservato quanto segue.

“ Dinanzi ai dubbi provocati dall’esame delle giustificazioni prodotte nonostante gli ulteriori chiarimenti richiesti alle concorrenti da parte della Commissione di gara, quest’ultima riteneva di porre un quesito all’Autorità di vigilanza sui contratti di lavori, servizi e forniture, attinente tuttavia a temi e questioni, anch’essi di non chiara giustificazione e spie di perplessità nel confezionamento delle offerte, ma differenti rispetto alle due voci “automezzi” e “piattaforma aerea”.

Nel verbale n. 5, relativo alla seduta del 25 luglio 2007, nulla si legge (nel settore relativo al Lotto 1) con riguardo alla posizione del Consorzio Castro Pretorio, mentre si prendeva soltanto atto della trasmissione da parte del RICORRENTE degli accordi negoziali con altre ditte dai quali si poteva evincere che gli automezzi, che avrebbero dovuto essere impiegati per lo svolgimento del servizio da appaltarsi, erano già utilizzati per la “distribuzione di cassonetti nuovo per le circoscrizioni Città di Roma e per i Comuni della Regione Lazio” (così nel verbale

n. 5 relativo alla seduta della Commissione del 25 luglio 2007, pag. 3), riservandosi la Commissione di decidere in merito nella seduta successiva, nel corso della quale, tuttavia e su tale aspetto, si procedeva soltanto a proporre la formulazione del quesito da porre all'Autorità nei termini già più sopra riferiti (per come risulta dal verbale n. 6 relativo alla seduta della Commissione del 5 settembre 2007, pag. 3). “.

Si tratta di affermazioni del tutto convincenti e che trovano riscontro nelle varie fasi del procedimento, le quali possono essere sintetizzate nei seguenti passaggi:

- la commissione aveva rilevato che l'indicazione di costo zero per automezzi e piattaforme costituisse – come in effetti costituisce - un'evidente anomalia, per la quale erano stati richiesti chiarimenti con nota 12.7.2007;
- all'esito delle giustificazioni fornite la Commissione, senza pronunciarsi nel merito, aveva richiesto ulteriori chiarimenti all'interessata, così mostrando già un atteggiamento di benevolenza (cfr. verbale n. 5 del 25.7.2007);
- nella riunione successiva di cui al verbale n. 6 del 5.9.2007, la Commissione, semplicemente prendendo atto delle giustificazioni integrative dell'impresa ed ancora una volta senza pronunciarsi sulle stesse, decideva di formulare apposito quesito all'Autorità dei contratti pubblici, ma solo sul punto specifico della portata del punto 2.2.3 del disciplinare in ordine alla completezza della dichiarazione per tutte le voci di costo;
- nella riunione di cui al verbale n. 8 del 12.5.2008 l'organo valutatore, acquisito e riportato il parere dell'Autorità – formulato, ripetesi, esclusivamente sulla portata della prescrizione inerente la completezza della domanda e la legittimità dell'omessa indicazione delle voci di costo per automezzi e piattaforme, decideva di ritenere “ sufficienti e valide le giustificazione presentate “.

12 - Appare a questo punto agevole rilevare la completa mancanza di motivazione in ordine al giudizio di congruità delle due offerte zero e come illegittimamente

l'Amministrazione abbia omissis – secondo quanto correttamente rilevato dall'appellata sentenza - di completare la procedura di valutazione dell'anomalia di quelle due offerte, dopo averla avviata e dopo aver manifestato essa stessa serie perplessità circa la sufficienza ed esaustività delle giustificazioni presentate dalle due concorrenti; di talché, l'atto di aggiudicazione provvisoria si presentava, altresì, mancante di adeguata correlazione tra l'istruttoria svolta ed il risultato da esso recato, oltre che – proprio su tale aspetto – del tutto carente di motivazione.

La Sezione ritiene opportuno richiamare, al riguardo, l'indirizzo secondo il quale il giudizio di verifica della congruità di un' offerta anomala ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell' offerta nel suo insieme e costituisce espressione paradigmatica di un potere tecnico-discrezionale dell'amministrazione di per sé insindacabile in sede di legittimità, salva l'ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o affette da errori di fatto (C.d.S., IV, 20 maggio 2008, n. 2348; VI, 25 settembre 2007, n. 4933).

Dalla ricordata giurisprudenza emerge, dunque, la necessità di una quanto meno plausibile e convincente motivazione in ordine all'effettuata verifica degli elementi forniti dall'impresa a supporto delle proprie offerte anomale. Ciò proprio al fine di limitare il più possibile ed arginare nei confini della legalità quell'ampia discrezionalità di cui s'è detto, la quale, altrimenti, rischierebbe di trasmodare in determinazioni ermetiche e perciò soggettive, arbitrarie e potenzialmente clientelari.

13 - Il ricorso va conclusivamente respinto. Le spese, in relazione alla complessità della fattispecie, possono compensarsi.

P.Q.M.

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

Le spese si compensano. Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2010 con l'intervento dei Signori:

Gaetano Trotta, Presidente

Goffredo Zaccardi, Consigliere

Armando Pozzi, Consigliere, Estensore

Bruno Mollica, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/03/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione