

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 20/05/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29517-il-potere-discrezionale-di-una-stazione-appaltante-per-risultare-legittimo-deve-essere-funzionalmente-coerente-con-il-complesso-degli-interessi-pubblici-e-privati-coinvolti-dal-procedimento-di-ap>

Autore: Lazzini Sonia

Il potere discrezionale di una Stazione appaltante, per risultare legittimo, deve essere funzionalmente coerente con il complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto e deve rispettare le specifiche norme del Codice dei

Il potere discrezionale di una Stazione appaltante, per risultare legittimo, deve essere funzionalmente coerente con il complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto e deve rispettare le specifiche norme del Codice dei contratti, con particolare riguardo ai principi di libera concorrenza, par condicio, non discriminazione e trasparenza, di cui all'art. 2, primo comma, del Codice stesso

la valutazione compiuta dall'Amministrazione, in sede di determinazione dell'oggetto della fornitura e di individuazione delle sue caratteristiche tecniche, ben può essere oggetto di sindacato giurisdizionale, sotto il profilo della palese illogicità, quando dette operazioni non involgano una mera scelta di convenienza ed opportunità, svincolata da valutazioni tecniche, ma impingano piuttosto in cognizioni tecniche

se in linea generale l'amministrazione interessata ha certamente il potere di individuare i prodotti ritenuti più appropriati a tali finalità, è però evidente che l'individuazione degli stessi deve essere effettuata sulla base di specifiche caratteristiche dei prodotti stessi e dunque facendo riferimento ad elementi davvero significativi, che consentano di distinguere nettamente l'oggetto della fornitura, o, per converso, com'è proprio della fattispecie all'esame, di ritenere equivalente l'uno oggetto all'altro, senza determinare alcuna discriminazione a favore o contro le imprese produttrici di determinati beni.

Nei casi in cui le specifiche tecniche risultino dunque tutte incentrate sul riferimento al prodotto, il riferimento tecnico deve consentire di individuare il dato funzionale del prodotto, con riferimento alle sue caratteristiche essenziali. Quest'aspetto deve risultare adeguatamente da una valutazione dell'Amministrazione preliminare al procedimento di gara, dalla quale emerga con chiarezza che può ritenersi equivalente l'offerta di un prodotto piuttosto che dell'altro sulla scorta delle concrete esigenze dell'amministrazione.

l'art. 68 del codice dei contratti pubblici sulle specifiche tecniche ha come termine di raffronto l'oggetto del contratto, la cui definizione non può evidentemente prescindere dalle esigenze concrete dell'amministrazione appaltante.

Ciò che rileva, e che costituisce la ratio dello specifico intervento normativo nel settore, è che la predisposizione di specifiche tecniche nei bandi e nei capitolati, seppur idonea a delimitare tecnicamente il mercato ed a ridurre il novero degli operatori economici potenzialmente coinvolti nella procedura di affidamento della commessa pubblica, deve avvenire in modo obiettivo, chiaramente definito e trasparente.

Le disposizioni in materia di specifiche tecniche intendono evitare, infatti, che le Amministrazioni aggiudicatrici predispongano regole di gara gratuitamente discriminatorie e del tutto avulse da obiettivi - e per questo legittimamente condivisibili - esigenze collegate al tipo di appalto da affidarsi e, soprattutto, al concreto lavoro, servizio o fornitura da realizzare.

Le scelte operate dall'Amministrazione in relazione alla definizione dell'oggetto del contratto posto in gara non possono assolutamente considerarsi sottratte al sindacato del giudice amministrativo e che le

predette determinazioni in materia non devono essere illogiche, arbitrarie, inutili o superflue e devono essere rispettose del "principio di proporzionalità" (il quale esige che ogni provvedimento adottato sia al tempo stesso necessario ed adeguato rispetto agli scopi perseguiti, per cui, nella scelta dei provvedimenti da adottare, la stazione appaltante deve ricorrere a quelli che comportino le minori turbative per l'esercizio dell'attività economica)

A cura di SONia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 2113 del 14 aprile 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 02113/2010 REG.DEC.
N. 09161/2008 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 9161 del 2008, proposto da:
Ricorrente -Societa' Italiana di Sali Alcalini - Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Gianluigi Pellegrino e Giovanni Pellegrino, con domicilio eletto presso lo studio degli stessi, in Roma, corso del Rinascimento n. 11;

contro

Anas Spa, costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;
Anas Spa - Compartimento Viabilita' Puglia, non costituitasi in giudizio;
Sai -Sali Alimentari e Industriali Srl, non costituitasi in giudizio.

***per la riforma della sentenza del TAR LAZIO - ROMA - Sezione III n.
05323/2008, resa tra le parti, concernente APPALTO PER FORNITURA
DI SALE - CLORURO DI SODIO PER DISGELO STRADALE.***

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'ANAS;

Visto che non si sono costituiti in giudizio né il Compartimento Regionale dell'ANAS medesima né la controinteressata;

Vista la memoria prodotta dall'appellante a sostegno delle sue domande;

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta, alla pubblica udienza del 9 febbraio 2010, la relazione del Consigliere Salvatore Cacace;

Uditi, alla stessa udienza, l'avv. Gianluigi Pellegrino per l'appellante e l'avv. Amedeo Elefante dello Stato per l'appellata;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con l'appello all'esame è impugnata la sentenza indicata in epigrafe, con la quale il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, ha respinto il ricorso ed i motivi aggiunti, che l'odierna appellante aveva proposto dapprima contro la lettera d'invito in data 29/11/2007 n. CBA0036976-P 5 con cui l'A.N.A.S. S.p.A. (Compartimento della Viabilità della Puglia) aveva indetto Gara Informale per la fornitura di cloruro di sodio ad uso antigelo stradale, e successivamente contro il provvedimento di aggiudicazione alla odierna controinteressata della gara medesima.

A sostegno dell'appello vengono riproposti i motivi dedotti in primo grado, in uno con articolate critiche alla sentenza medesima.

L'Amministrazione appellata si è costituita con formale memoria, chiedendo la reiezione dell'appello e la conferma della sentenza impugnata.

Non si sono costituiti in giudizio, benché ritualmente evocati, né il Compartimento che aveva indetto la gara, né la controinteressata risultata aggiudicataria.

Con memoria in data 2 febbraio 2010 l'appellante ha ribadito quanto già ampiamente dedotto nell'atto di appello, con particolare riguardo alla "principale questione del thema decidendum" e cioè alla "assimilabilità del salgemma al sale marino essiccato ... posta dalle impugnite clausole degli atti di gara".

La causa è stata chiamata e trattenuta in decisione alla udienza pubblica del 9 febbraio 2010.

DIRITTO

1. - Con il ricorso introduttivo, l'odierna appellante, nella sua qualità di impresa produttrice di salgemma che estrae da alcuni giacimenti minerari siciliani, ha contestato la lex specialis della gara specificata nella parte in fatto che precede (cui ha regolarmente partecipato), nelle parti in cui, secondo le sue prospettazioni:

- ha reso possibile l'offerta (e la successiva fornitura) sia di sale marino sfuso che di salgemma sfuso per uso antigelo stradale, così ponendo un'equivalenza tra i due prodotti, che non può sussistere in relazione alla specifica finalità pubblica dell'appalto;

- ha imposto di presentare un'offerta con prestazioni assolutamente aleatorie, per effetto delle disposizioni di cui al punto 7. della lettera d'invito e di cui agli articoli 2, 5 e 8 del capitolato speciale d'appalto in materia di stipula del contratto, di durata dell'obbligo gravante sull'appaltatore e di termini delle eventuali consegne.

Con i successivi motivi aggiunti ha poi impugnato l'atto di aggiudicazione della gara stessa in favore della controinteressata, per asserita inosservanza della clausola della lettera di invito che impediva alla stazione appaltante di prendere in considerazione offerte con "un prezzo inferiore al corrispondente ribasso del 5%

dell'importo a base d'asta", nonché per l'affermata illegittimità (estesa se del caso anche alla corrispondente prescrizione della lex specialis) della determinazione della commissione di gara, secondo cui la sua offerta non poteva essere considerata perché formulata in aumento rispetto al prezzo a base d'asta.

2. - La prima, articolata, censura d'appello ripropone il primo motivo di impugnazione dell'originario ricorso (con il quale, come s'è visto, veniva dedotta l'illegittimità delle clausole della lex specialis, che stabilivano un'equivalenza tra sale marino e salgemma quale oggetto della fornitura per cui è indetta la gara, prevedendo nella lettera di invito e nel capitolato speciale d'appalto la fornitura di 11.289 q.li – pari alla quasi totalità della fornitura oggetto dell'appalto – di cloruro di sodio sfuso per stoccaggio in mucchi da soddisfarsi con "salgemma o sale marino con caratteristiche equivalenti"), unitamente a puntuali critiche alla sentenza impugnata, laddove ha respinto la censura rilevando, da un lato, come la prospettata illogicità delle denunciate disposizioni "non ha in alcun modo precluso alla ricorrente di presentare una propria offerta comprendente tutti i prodotti ed i relativi quantitativi richiesti dalla stazione appaltante" e, dall'altro, come siano "riservati ad una valutazione insindacabile della stazione" medesima oggetto e tipologia delle forniture, fatte segno della contestazione all'esame (pagg. 5 – 6 sent.).

Rileva anzitutto in proposito il Collegio che la presentazione della domanda di partecipazione ad una gara per la fornitura di un appalto pubblico e la (contestuale o successiva) formulazione di un'offerta per la gara medesima non tolgono affatto all'impresa partecipante né l'interesse né la corrispondente facoltà di contestare la congruità dell'oggetto della gara stessa e delle relative specifiche tecniche, laddove, in particolare, come appunto accade nel caso di specie, dalla contestata clausola del bando non derivi (e non sia lamentato che derivi) una impossibilità o difficoltà di rispondere, in caso di aggiudicazione della gara, alla prestazione richiesta al

soggetto partecipante (nella fattispecie, invero, l'odierna appellante, quale azienda produttrice di salgemma, era sicuramente in grado di offrire puntualmente un prodotto rispondente all'oggetto ed alle caratteristiche richieste dall'Amministrazione, offrendo, come ha appunto fatto pacificamente osservando la legge di gara, salgemma, in alternativa al sale marino pure previsto dalla legge medesima quale possibile oggetto dell'offerta e dunque della fornitura, ch'è prodotto, quest'ultimo, di cui contesta l'equivalenza con il primo), quanto, piuttosto, la possibilità per altre imprese di partecipare (e se del caso vincere la gara) offrendo, sempre rispettando il bando, un altro prodotto dallo stesso espressamente previsto (nel caso all'esame, il sale marino), sul presupposto di un'equivalenza fra prodotti, ch'è appunto alla base dell'alternatività di prestazioni affermata dalla legge di gara e che invece viene da uno dei partecipanti reputata del tutto insussistente, con conseguente illogicità della detta previsione di alternatività; la quale è poi in grado di assumere e manifestare la sua piena attitudine lesiva allorché, come pure si verifica nella gara all'esame, risulti aggiudicataria della stessa proprio un'impresa, che offra il prodotto (sale marino), l'equivalenza del quale con il salgemma, così come stabilita dalla legge di gara in relazione alle specifiche finalità perseguite dall'Amministrazione con la gara stessa, viene ritenuta frutto di manifesta irragionevolezza e disparità di trattamento.

2.1 – Ciò premesso, va poi sottolineato che la valutazione compiuta dall'Amministrazione, in sede di determinazione dell'oggetto della fornitura e di individuazione delle sue caratteristiche tecniche, ben può essere oggetto di sindacato giurisdizionale, sotto il profilo della palese illogicità, quando dette operazioni non involgano una mera scelta di convenienza ed opportunità, svincolata da valutazioni tecniche, ma impingano piuttosto in cognizioni tecniche, come accade appunto nella controversia all'esame, in cui la previsione di sostanziale equivalenza, recata dalla legge di gara fra salgemma e sale marino ai fini

del soddisfacimento dell'esigenza dell'Amministrazione di dotarsi di una certa quantità di cloruro di sodio per disgelo stradale, presuppone un giudizio tecnico-discrezionale (e cioè una valutazione di identica rispondenza dell'uno come dell'altro prodotto ai bisogni dell'Amministrazione), antecedente alla stessa stesura della *lex specialis* e nella stessa poi trasfuso, circa le particolari esigenze tecniche connesse all'oggetto dell'appalto de quo, sì da giungere per tal via all'individuazione del prodotto o dei prodotti più idonei (in funzione delle caratteristiche chimico-fisiche di ciascuno, dell'azione da tali caratteristiche assicurata e delle relative modalità d'impiego) allo svolgimento dell'attività, cui le forniture medesime sono destinate.

Ciò posto, se in linea generale l'amministrazione interessata ha certamente il potere di individuare i prodotti ritenuti più appropriati a tali finalità, è però evidente che l'individuazione degli stessi deve essere effettuata sulla base di specifiche caratteristiche dei prodotti stessi e dunque facendo riferimento ad elementi davvero significativi, che consentano di distinguere nettamente l'oggetto della fornitura, o, per converso, com'è proprio della fattispecie all'esame, di ritenere equivalente l'uno oggetto all'altro, senza determinare alcuna discriminazione a favore o contro le imprese produttrici di determinati beni.

Nei casi in cui le specifiche tecniche risultino dunque tutte incentrate sul riferimento al prodotto (qui sale marino o salgemma), il riferimento tecnico deve consentire di individuare il dato funzionale del prodotto, con riferimento alle sue caratteristiche essenziali.

Quest'aspetto deve risultare adeguatamente da una valutazione dell'Amministrazione preliminare al procedimento di gara, dalla quale emerga con chiarezza che può ritenersi equivalente l'offerta di un prodotto piuttosto che dell'altro (nel caso di specie, sale marino sfuso e salgemma sfuso) sulla scorta delle concrete esigenze dell'amministrazione.

Del resto, anche l'art. 68 del codice dei contratti pubblici sulle specifiche tecniche ha come termine di raffronto l'oggetto del contratto, la cui definizione non può evidentemente prescindere dalle esigenze concrete dell'amministrazione appaltante. Ciò che rileva, e che costituisce la ratio dello specifico intervento normativo nel settore, è che la predisposizione di specifiche tecniche nei bandi e nei capitolati, seppur idonea a delimitare tecnicamente il mercato ed a ridurre il novero degli operatori economici potenzialmente coinvolti nella procedura di affidamento della commessa pubblica, deve avvenire in modo obiettivo, chiaramente definito e trasparente.

Le disposizioni in materia di specifiche tecniche intendono evitare, infatti, che le Amministrazioni aggiudicatrici predispongano regole di gara gratuitamente discriminatorie e del tutto avulse da obiettive - e per questo legittimamente condivisibili - esigenze collegate al tipo di appalto da affidarsi e, soprattutto, al concreto lavoro, servizio o fornitura da realizzare.

Tanto premesso, si può passare all'esame della specifica doglianza sul punto svolta dalla ricorrente, la quale sostiene, avvalorando le proprie tesi con apposita perizia tecnica giurata allegata all'atto di appello, che "non esiste un sale marino con caratteristiche equivalenti al salgemma" (pag. 5 app.) e che "anche ... a voler ammettere un'equivalenza chimica tra il salgemma ed il sale marino essiccato conservato in sacchi, non altrettanto può dirsi dell'equivalenza tra salgemma e sale marino essiccato da fornire sfuso nei piazzali della committente" (pag. 7 app.), in quanto "se esposto sul piazzale ove se ne fa deposito per la manutenzione invernale, riacquista interamente la sua umidità e, quindi, la sua originaria inidoneità all'utilizzo oggetto della gara" (pag. 12 app.).

I rilievi esposti, una volta sottolineato (come s'è sopra chiarito) che le scelte operate dall'Amministrazione in relazione alla definizione dell'oggetto del contratto posto in gara non possono assolutamente considerarsi sottratte al

sindacato del giudice amministrativo e che le predette determinazioni in materia non devono essere illogiche, arbitrarie, inutili o superflue e devono essere rispettose del "principio di proporzionalità" (il quale esige che ogni provvedimento adottato sia al tempo stesso necessario ed adeguato rispetto agli scopi perseguiti, per cui, nella scelta dei provvedimenti da adottare, la stazione appaltante deve ricorrere a quelli che comportino le minori turbative per l'esercizio dell'attività economica), non consentono a questo Giudice di ritenere che l'Amministrazione abbia fatto, nel caso all'esame, cattivo esercizio del potere discrezionale (che, per risultare legittimo, deve essere funzionalmente coerente con il complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto e deve rispettare le specifiche norme del Codice dei contratti, con particolare riguardo ai principii di libera concorrenza, par condicio, non discriminazione e trasparenza, di cui all'art. 2, primo comma, del Codice stesso) da essa posto in essere per giungere alla valutazione di equivalenza della eterogeneità delle prestazioni dalla stessa previste in alternativa (fornitura di sale marino sfuso o fornitura di salgemma sfuso) quanto meno sul piano dei risultati attesi dall'utilizzo dell'uno o dell'altro prodotto e sul piano della soddisfazione delle esigenze dell'Amministrazione stessa a seguito dello specifico impiego dell'uno come dell'altro prodotto quali antigelo stradale.

Ed invero, una volta che non viene contestato dall'appellante che sia il salgemma che il sale marino sfuso aventi le caratteristiche chimiche indicate dall'art. 3 del Capitolato Speciale di Appalto sono entrambi idonei all'applicazione pratica (manutenzione invernale delle strade in funzione di antigelo) sottesa alla gara de qua, occorre osservare che, secondo la stessa perizia tecnica di parte appellante, il sale marino essiccato presenta un'umidità (sia di partenza che di ésito di un processo di asciugatura successivo ad un'eventuale bagnatura) comunque inferiore al grado di umidità (0,5%) del prodotto individuato dal citato art. 3 come

necessaria caratteristica chimica, che sia il salgemma che il sale marino devono possedere per rispondere alle esigenze dell'Amministrazione.

Né l'equivalenza posta dall'Amministrazione tra siffatto sale marino ed il salgemma ai fini della soddisfazione di tali esigenze viene meno in caso di bagnatura e non sufficiente successiva asciugatura del prodotto, atteso che, in tal caso, sempre secondo le risultanze dell'indicata perizia, sia il sale marino essiccato che il salgemma finiscono col superare di molto il livello di umidità determinato dall'Amministrazione quale requisito del prodotto da essa utilizzabile.

Nemmeno, infine, la rispondenza del sale marino essiccato alle caratteristiche richieste dall'Amministrazione quali specifiche tecniche del prodotto richiesto potrebbe risultare vanificata dalla eventuale consegna, in concreto paventata dall'appellante, di un sale marino grezzo (questo sì non rispondente alla veduta caratteristica di umidità) in luogo di quello essiccato, contenendo il Capitolato Speciale di Appalto particolari e puntuali prescrizioni (v. art. 3) volte a garantire proprio che il materiale fornito sia delle migliori qualità in commercio ed effettivamente rispondente alle norme tecniche dallo stesso Capitolato recate.

Entrambi i tipi di sale (quello di origine marina qualora sottoposto ad un determinato processo industriale di essiccamento e quello proveniente da cave), in definitiva, rispondono, allo stato asciutto sia originario che conseguente ad un'eventuale asciugatura, alle caratteristiche chimiche indicate dall'Amministrazione e possono dunque idoneamente fungere da antigelo, sì che l'assenza, nel controverso oggetto di gara, di qualsivoglia discriminazione sulla base della tipologia e della provenienza del sale non appare irragionevole, una volta che oggetto del contendere non è, come s'è già sottolineato, l'ontologica diversità tra i due prodotti, ma la loro attitudine a presentare o meno in concreto le caratteristiche chimico-fisiche determinate dall'Amministrazione come specifiche

tecniche dell'oggetto dell'appalto, che l'appellante non ha sottoposto a contestazione.

La censura va pertanto respinta laddove pone in discussione lo specifico impiego (previsto dagli atti di gara di cui si tratta) del sale marino quale antigelo stradale, mentre va dichiarata inammissibile laddove si lamenta l'incompatibilità del prezzo posto a base di gara "con i costi di produzione non solo del salgemma ma dello stesso sale marino essiccato" (pag. 11 mem. del 2 febbraio 2010), trattandosi di profilo di doglianza per la prima volta proposto in appello, in violazione del noto divieto di *ius novorum*.

3. – Con il secondo motivo di appello vengono riproposte le censure del secondo motivo dell'originario ricorso, con le quali venivano contestate per eccesso di potere ed assoluta irragionevolezza alcune clausole della *lex specialis*, che, secondo quanto prospettato con l'atto di appello, "impongono di presentare un'offerta con prestazioni assolutamente aleatorie" (pag. 12 app.).

Se deve convenirsi con l'appellante circa la inerenza di dette censure a prescrizioni di gara (contenute nella lettera di invito e nel Capitolato Speciale di Appalto) pacificamente sindacabili dal Giudice amministrativo ai sensi dell'art. 6 della legge n. 205/2000 e dunque sulla erroneità della declaratoria di inammissibilità delle censure medesime pronunciata dal T.A.R. sul presupposto della loro ascrivibilità al momento dell'esecuzione dell'appalto, le stesse risultano comunque infondate.

Quanto, invero, alle contestate clausole che obbligano l'appaltatore ad eseguire la fornitura in condizioni asseritamene aleatorie (facoltà dell'Amministrazione di richiedere quantità di materiali diverse da quelle indicate dall'art. 2 del Capitolato Speciale di Appalto; facoltà di richiesta di esecuzione della fornitura in un arco temporale situato tra la data di esecutività delle determinazioni di affidamento e quella del 30 aprile 2008); mancata predefinitone delle date di effettuazione delle consegne; facoltà di richiedere le singole consegne in tempi eccessivamente ristretti

), le stesse si rivelano, a parere del Collegio, congrue rispetto all'oggetto ed alla natura del contratto (ch'è un contratto di somministrazione) e non valgono a conferire natura aleatoria al contratto stesso.

Osservato, infatti, che nella *lex specialis* v'è la precisa determinazione dell'oggetto della prestazione, della quantità di prodotto che l'appaltatore s'impegna a fornire, del corrispettivo dovuto e del periodo complessivo nel quale la prestazione va svolta, le contestate clausole inerenti a tempi di consegna e quantità oggetto delle forniture appaiono direttamente ricollegabili all'interesse pubblico alla fornitura de qua, che si pone in stretta correlazione con il non prevedibile andamento delle condizioni climatiche in grado di influire sulla percorribilità delle strade, che l'oggetto della fornitura mira in fin dei conti a garantire; e l'alea, che dalle clausole stesse pur deriva indubbiamente in capo all'appaltatore, non risulta in fin dei conti né irragionevole né eccessiva, tenuto anche conto del fatto che l'esistenza di elementi di aleatorietà del contratto (e cioè di non completa prevedibilità del vantaggio o dello svantaggio, che deriverà alle parti dalla conclusione del contratto stesso) non vale certo a rendere illegittimo od illecito un contratto a prestazioni corrispettive, dovendo anzi presumersi che lo stesso (qui non utilmente contestato) prezzo posto a base di gara e la stessa offerta della ditta aggiudicataria siano stati formulati anche tenendo conto di tali secondari elementi di aleatorietà.

Quanto, infine, all'ulteriore profilo di doglianza che lamenta l'illegittimità del punto 7. della lettera di invito laddove stabilisce che "la procedura sarà ... perfezionata con la formalizzazione del contratto e/o con l'invio dell'ordine", valga rilevare, ai fini della sua reiezione, che, se è vero che la volontà di obbligarsi da parte della P.A. non può implicitamente desumersi da atti o fatti concludenti (dovendo, per converso, manifestarsi nelle forme prescritte dalla legge, tra cui l'atto scritto ad *substantiam*), comunque anche il mero "invio dell'ordine" vale ad integrare detto requisito, alla luce delle modalità di conclusione del contratto fissate dal codice

civile (fra le quali pacificamente rientrano quella a mezzo corrispondenza secondo gli usi del commercio e quella dell'esecuzione su richiesta della prestazione oggetto della proposta contrattuale, cui è certamente riconducibile il qui contestato mero "invio dell'ordine") e di quelle previste dall'art. 11 del "Codice dei contratti pubblici", che pure prevede la "scrittura privata" (cui è riconducibile qualsiasi forma scritta di impegno) quale mezzo di stipula del contratto.

4. – L'appellante deduce ancora, con il terzo motivo di appello, la violazione della *lex specialis* (laddove ha espressamente previsto che "non saranno prese in considerazione offerte che presenteranno un prezzo inferiore al corrispondente ribasso del 5% sull'importo a base d'asta") perpetrata a suo dire con l'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata, che aveva offerto un ribasso del 5,80%, che esprimeva, si afferma, "un prezzo inferiore al corrispondente ribasso del 5%".

La doglianza è infondata.

Se, invero, è evidente l'equivocità della clausola della lettera di invito in questione (relativa, secondo l'Amministrazione appellata, alla esclusione di offerte "il cui corrispondente ribasso sull'importo a base d'asta fosse inferiore al 5%: pag. 8 mem. cost.), da un lato si rivela priva di concreto senso logico-giuridico l'interpretazione offertane dall'appellante secondo cui la stessa tenderebbe invece ad escludere "per una presunzione assoluta di inattendibilità economica" le offerte con un ribasso superiore al 5% (e ciò perché una siffatta interpretazione si porrebbe in insanabile contrasto con il disposto dell'art. 124, comma 8, del "Codice dei contratti pubblici", che stabilisce le sole modalità di esclusione automatica delle offerte in "odor" di anomalia per servizi e forniture di importo inferiore o pari a 100.000 euro), dall'altro l'ambiguità della clausola della lettera di invito, come correttamente rilevato dal Giudice di primo grado, deve ritenersi risolta dal fatto che l'Amministrazione ha chiarito, a mezzo di posta elettronica (

mezzo che appare del tutto coerente con la caratteristica di gara con richiesta di offerta on line propria della procedura de qua) tempestivamente inviata a tutte le partecipanti, che “il prezzo complessivo offerto per la fornitura di sale deve essere almeno pari al ribasso del 5% sull’importo a base d’asta”; il che consente di considerare precisato inequivocabilmente che nella gara di cui si tratta non sarebbero stati accettati ribassi inferiori a quello del 5%.

Né l’anzidetta modalità di chiarimento dell’anzidetta prescrizione di gara, della quale l’Amministrazione ha fornito prova in atti, si pone, come pretenderebbe l’appellante, in contrasto con la lex specialis, non rientrando di certo tale chiarimento interpretativo fra quelle “modifiche alle modalità/oggetto dell’appalto”, cui si riferisce l’art. 3 della lettera di invito nel prevedere la pubblicazione della relativa “rettifica” sul sito; così come la modalità medesima non pone certo dubbii di riferibilità all’Amministrazione appaltante e specificamente agli organi della stessa che avevano emanato gli atti di gara, attesa la natura dello strumento di comunicazione utilizzato (posta elettronica) e l’insussistenza comunque nella fattispecie di un qualche obbligo di utilizzo della posta elettronica c.d. certificata per le comunicazioni ai partecipanti, che solo avrebbe potuto conferire un qualche fondamento alla tesi di parte appellante.

Nemmeno, per finire sul punto, può questo Giudice può nutrire un qualche ragionevole dubbio circa l’effettiva ricezione di detta “mail” da parte dell’odierna appellante, dal momento che la sua perentoria affermazione che “la deducente non ha mai ricevuto tale mail” (pag. 16 app.) non risulta provata, come era ònere della stessa, mediante deposito di un estratto dell’archivio della sua posta elettronica fornito dal “provider” di riferimento.

5. – Alla stregua della veduta infondatezza della censura di cui al punto 4. che precede (dalla quale risulta, come s’è visto, la legittimità dell’aggiudicazione disposta in favore della controinteressata, che ha offerto, in una gara da

aggiudicarsi ai sensi dell'art. 82, comma 2, lett. a), del Codice dei contratti, un prezzo più basso di quello offerto dall'odierna appellante), risulta infine inammissibile per carenza di interesse l'ultimo motivo di gravame, con il quale la ricorrente lamenta l'illegittimità della esclusione della sua offerta in aumento da parte della commissione di gara, nonché l'illegittimità della corrispondente disposizione della lex specialis, secondo cui "non sono ammesse offerte in aumento, rispetto all'importo stabilito a base di gara".

6. – Conclusivamente, il ricorso risulta infondato e la sentenza impugnata va confermata, se pure con diversa motivazione.

Sussistono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese del presente grado di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, lo respinge e, per l'effetto, conferma, con diversa motivazione, la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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 Magistrati:

Gaetano Trotta, Presidente

Goffredo Zaccardi, Consigliere

Armando Pozzi, Consigliere

Bruno Mollica, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/04/2010

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

Il Dirigente della Sezione