

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 09/09/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/30019-un-siffatto-modo-di-concepire-il-procedimento-di-verifica-dell-anomalia-che-realizza-sostanzialmente-la-formulazione-di-una-nuova-offerta-si-risolve-nella-radicale-variificazione-delle-regole-in-m>

Autore: Lazzini Sonia

**Un siffatto modo di concepire il procedimento di verifica dell'anomalia, che realizza sostanzialmente, la formulazione di una nuova offerta , si risolve nella radicale variificazione delle regole in materia di gare pubbliche e contrasta con il prevalente o**

C.St. 12.07.2010 n. 4483

**Un siffatto modo di concepire il procedimento di verifica dell'anomalia, che realizza sostanzialmente, la formulazione di una nuova offerta , si risolve nella radicale vanificazione delle regole in materia di gare pubbliche e contrasta con il prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa.**

E' stato infatti affermato che, nelle procedure indette per l'aggiudicazione di appalti con la Pubblica amministrazione il sub procedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta per così dire in itinere ma mira, al contrario, a verificare la serietà di una offerta consapevolmente già formulata ed immutabile, come confermato dall'art. 86 comma 5, Codice dei contratti pubblici il quale richiede che le offerte siano corredate dalle relative giustificazioni sin dalla loro presentazione.

Da ciò discende, in generale, l'inaccettabilità delle giustificazioni che, nel tentativo di far apparire seria un'offerta, che viceversa non è stata adeguatamente meditata, risultino tardivamente dirette ad un'allocazione dei costi diversa rispetto a quella originariamente enunciata (nella specie, una quota di costo indicata nell'offerta a titolo di spese generali non può essere invocata, nel corso del subprocedimento di giustificazione, per coprire costi diversi) (Consiglio Stato , sez. V, 12 marzo 2009 , n. 1451).

Le appellanti, tuttavia, come accennato, sostengono la legittimità dell'operato dell'Amministrazione con richiamo ad un indirizzo giurisprudenziale che sembra ammettere la giustificazione dell'anomalia utilizzando qualunque tipo di "aggiustamento", con il solo limite dell'immodificabilità del ribasso proposto in sede di offerta.

Si cita in particolare la decisione del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 3146 del 2009, nella quale, fra l'altro, si afferma: "Occorre dunque nettamente distinguere tra modifica dell'offerta nel suo complesso, inammissibile, e modifica delle giustificazioni, invece ammisible: si è affermato che il contraddittorio successivo (...) non può essere "costretto" (...) nelle maglie dei supporti documentali strettamente collegati alle giustificazioni preventive dell'offerta, dovendosi invece ammettere, con una interpretazione conforme alla normativa comunitaria, un contraddittorio a tutto campo, in cui le imprese, che abbiano presentato offerta in sospetto di anomalia, abbiano la possibilità di far valere le loro ragioni e di chiarire e provare la loro posizione senza alcun limite. Né la presenza, nella fase del contraddittorio successivo, di significativi elementi di novità e di difformità rispetto alla prima e preventiva giustificazione comporta (...) quella "inammissibile possibilità di modificare l'offerta originaria">>>, dovendosi distinguere immodificabilità dell'offerta e <<parametri dimostrativi della affidabilità e remuneratività dell'offerta, che non possono certo dirsi predeterminati e fissati una volta per tutte con la presentazione della stessa, essendo essi influenzati da una molteplicità di elementi per loro natura variabili (condizioni di mercato delle materie prime e dei semilavorati, credito contrattuale, andamento del mercato del lavoro, economie di scala, costi di mano d'opera, legislazione fiscale e previdenziale, ecc. )>> (Cons. St., sez. IV, 14 dicembre 2004 n. 8028).".

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

La decisione, pur affermando un principio di derivazione comunitaria del tutto condivisibile, nella latitudine delle sue proposizioni, rischia di essere fraintesa nel senso di considerare ammisible qualunque tipo di operazione modificativa dell'apparato giustificativo originariamente esposto dall'impresa, con la conseguenza di conferirle la possibilità di ipotecare l'esito della gara azzardando un ribasso del tutto inattendibile, potendo contare sulla possibilità di pervenire a contrattazioni più favorevoli facendo leva sulla concreta possibilità di aggiudicarsi la gara. In tal modo, peraltro, risulterebbe eluso il principio della par condicio e la stessa ragion d'essere della gara pubblica.

Una attenta lettura della decisione, peraltro, consente di comprenderne la reale portata e di affermare che la riconosciuta facoltà modificare le originarie giustificazioni deve intendersi circoscritta alla possibilità di dedurre ragioni di risparmio in precedenza non considerate, sebbene già deducibili in sede di domanda di partecipazione, ovvero oggettivamente sopravvenute, cui, in ogni caso, sia estranea la posizione di maggior forza contrattuale acquisita mercé la proposizione di un'offerta priva di corretti supporti documentali.

In base alla riferita decisione, infatti: “Nel caso di specie, le sottostime riscontrate in sede di verifica di anomalia hanno trovato ampia compensazione nel risparmio di spesa conseguente alla possibilità di fruire di sgravi in applicazione della l. n. 407/1990.”, incidente sul costo del lavoro.

Nella detta vertenza, inoltre, era emerso che, in ordine agli oneri per il conferimento a discarica, nel corso del procedimento di verifica di anomalia l'odierna appellante aveva potuto documentare una economia di 971.661 euro, dovuta alla minor distanza tra cantiere e discarica, rispetto a quella calcolata dall'amministrazione, e che la stazione appaltante ha affermato sussistente ma non valutabile, ritenendo di doversi attenere alle quantità riportate nella lista a base di gara.

Ancora, il quantitativo indicato dalla stazione appaltante circa il sovrapprezzo per l'uso della idrofresa era sovrastimato. La concorrente ha indicato la quantità esatta e ha quindi potuto usufruire del conseguente risparmio di euro 1.459.797.

E' dunque evidente come la decisione invocata dalle appellanti si sia riferita ad una ipotesi in cui, in sede di verifica dell'anomalia, sono emerse possibilità di risparmio derivanti da circostanze oggettive, che hanno consentito compensazioni interne all'offerta originaria ed idonee ad accreditare l'eseguibilità dell'appalto secondo il ribasso indicato. L'invocato precedente, quindi, lungi dal legittimare spericolate manovre di adattamento ex post delle condizioni originarie di offerta, esprime il giusto contemperamento tra i principi della conservazione dei valori giuridici, della tutela delle risorse pubbliche e del concorso all'aggiudicazione in condizioni di effettiva parità, che nella fattispecie in esame non risultano salvaguardati.

La doglianza, pertanto, deve essere rigettata.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 4483 del 12 luglio 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

**N. 04483/2010 REG.DEC.  
N. 06423/2009 REG.RIC.  
N. 06707/2009 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 Quinta)**

ha pronunciato la presente

## **DECISIONE**

Sul ricorso in appello numero di registro generale 6423 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Provincia di Brescia, rappresentato e difeso dagli avv. Magda Poli, Francesco Storace, con domicilio eletto presso Francesco Storace in Roma, via Crescenzio, 20;

*contro*

Controinteressata Srl, in proprio e quale capo gruppo del r.t.i. con mandante Controinteressata due Costruzioni Generali Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni Trivellato, Ettore Mario Verino, con domicilio eletto presso Mario Ettore Verino in Roma, via Lima, 15;

*nei confronti di*

Aldo Controinteressata tre Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Giorgio Cugurra, Salvatore Alberto Romano, Stefania Vasta, con domicilio eletto presso Salvatore Alberto Romano in Roma, viale XXI Aprile;

sul ricorso in appello numero di registro generale 6707 del 2009, proposto da: Aldo Controinteressata tre Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Giorgio Cugurra, Salvatore Alberto Romano, Stefania Vasta, con domicilio eletto presso Salvatore Alberto Romano in Roma, viale Xxi Aprile, 11;

*contro*

Controinteressata S.r.l. in proprio e quale capogruppo di r.t.i. con mandante Controinteressata due Costruzioni Generali S.r.l., anche in proprio, entrambe rappresentate e difese dagli avv. Giovanni Trivellato, Mario Ettore Verino, con domicilio eletto presso Mario Ettore Verino in Roma, via Lima, 15;

*nei confronti di*

Provincia di Brescia, rappresentato e difeso dagli avv. Magda Poli, Francesco Storace, con domicilio eletto presso Francesco Storace in Roma, via Crescenzio, 20;

***per la riforma, quanto a entrambi gli appelli, della dispositivo di sentenza del T.a.r. Lombardia - Sez. Staccata Di Brescia Sezione II n. 00030/2009, e della successiva motivazione depositata il 2 ottobre 2009 n. 1725.***

Visti i ricorsi in appello ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati; visti gli atti di costituzione in entrambi i giudizi di Controinteressata Srl come sopra rappresentata e difesa; viste le memorie difensive; visti tutti gli atti della causa; relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 marzo 2010 il Cons. Marzio Branca e uditi per le parti gli avvocati Poli e Verino.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO

La presente vicenda contenziosa concerne l'annullamento, da parte del Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, Sezione staccata di Brescia, su ricorso del r.t.i. con mandataria Controinteressata s.r.l., secondo classificato, dell'aggiudicazione alla impresa Aldo Controinteressata tre s.p.a. della gara bandita dalla Provincia di Brescia per la realizzazione di un nuovo corpo didattico nella zona nord di Brescia – primo e secondo stralcio.

Il TAR, disattesa l'eccezione di irricevibilità del ricorso, ha accolto i motivi dedotti avverso la valutazione di congruità dell'offerta avanzata dall'aggiudicataria, e per l'effetto, ha annullato l'aggiudicazione e ha disposto che l'Amministrazione, verificata la anomalia dell'offerta del raggruppamento ricorrente, procedesse all'aggiudicazione in favore del medesimo. Le spese sono state compensate.

Per la riforma del dispositivo, previa sospensione dell'efficacia, hanno proposto separati appelli, seguiti da motivi aggiunti avverso la motivazione, la Provincia di Brescia e la Aldo Controinteressata tre s.p.a..

Il raggruppamento guidato da Controinteressata s.r.l si è costituito in entrambi i giudizi per resistere ai gravami.

Con ordinanza 28 ottobre 2009 n. 5370 la Sezione ha rigettato la domanda cautelare.

Alla pubblica udienza del 30 marzo 2010, uditi i difensori delle parti, i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

## DIRITTO

1. Gli appelli, proposti avverso la medesima sentenza, vanno riuniti ai fini di un'unica decisione.

2. Le impugnazioni in esame, con argomentazioni sostanzialmente coincidenti, investono le distinte statuzioni della sentenza di primo grado concernenti: a) l'ordine di aggiudicare la gara all'odierna appellata quale effetto dell'accoglimento del ricorso dalla stessa proposto avverso la aggiudicazione alla Aldo Controinteressata tre s.p.a.; b) la mancata dichiarazione di irricevibilità del ricorso, che si assume proposto oltre il termine di decadenza; c) l'accoglimento di alcune censure avverso l'aggiudicazione, disposta a seguito di valutazione di congruità dell'offerta della Aldo Controinteressata tre s.p.a..

3. Nell'esame dei motivi di appello conviene muovere da quello sub b), che riveste carattere logico e giuridico prioritario.

Sostengono dunque le appellanti che il ricorso di primo grado, notificato il 18 giugno 2009, doveva considerarsi tardivo posto che:

l'aggiudicazione provvisoria, adottata dal RUP in data 20 febbraio 2009, era stata pubblicata sul sito internet della Provincia il 25 febbraio 2009, a norma del

disciplinare di gara, che attribuiva a tale pubblicazione efficacia sostitutiva della comunicazione di cui all'art. 79, comma 5, del d.lgs n. 163 del 2006;

inoltre, a norma dell'art. 12 del d.lgs. n. 163 del 2006, riprodotto dal disciplinare di gara, l'aggiudicazione doveva intendersi come definitiva decorso il termine di 30 giorni dall'aggiudicazione provvisoria;

in ogni caso, pur non contestandosi che la comunicazione della aggiudicazione definitiva non è mai stata effettuata, il raggruppamento ricorrente doveva considerarsi a conoscenza della avvenuta aggiudicazione definitiva in favore della Aldo Controinteressata tre s.p.a., in quanto destinatario, per conoscenza, della nota 44574 del 31 marzo 2009, con la quale la Provincia di Brescia notificava a quest'ultima concorrente, ai sensi dell'art. 2 del d.P.R. n. 184 del 2006, ai fini della eventuale opposizione, la domanda di accesso agli atti di gara avanzata dal detto raggruppamento.

Richiamato l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, secondo cui il termine per proporre il ricorso decorre dalla piena conoscenza degli elementi essenziali e della portata lesiva del provvedimento, non ammettendosi una dilazione dello stesso fino all'espletamento dell'accesso agli atti del procedimento, le appellanti hanno denunciato l'erroneità della statuizione del primo giudice, con la quale il termine per impugnare è stato individuato nel 27 aprile 2009, data della presa visione degli atti, che ha consentito al raggruppamento controinteressato di apprendere che l'appalto era stato definitivamente aggiudicato alla Aldo Controinteressata tre s.p.a..

Sotto un diverso profilo, la sentenza viene criticata per non aver tenuto conto della pubblicazione dell'aggiudicazione all'Albo Pretorio del Comune e della Provincia di Brescia, adempimenti che avrebbero determinato l'esaurimento del termine per impugnare il 13 giugno 2009 mentre il ricorso è stato notificato il 18 giugno s.a.

4. La doglianza va disattesa.

L'argomentazione delle appellanti è comprensibilmente concentrata nel tentativo di dimostrare che, sebbene non vi sia stata una comunicazione diretta dell'adozione della aggiudicazione definitiva, il raggruppamento controinteressato era a conoscenza dell'avvenuta aggiudicazione alla concorrente Aldo Controinteressata tre s.p.a. da data largamente anteriore all'avvenuto accesso agli atti.

Occorre rammentare tuttavia che, per consolidato orientamento del giudice amministrativo, l'aggiudicazione provvisoria di un appalto pubblico ha natura di atto endoprocedimentale, ad effetti ancora instabili e del tutto interinali, sicché è inidonea a produrre la definitiva lesione della ditta non risultata aggiudicataria, che si verifica solo con l'aggiudicazione definitiva, che non costituisce atto meramente confermativo della prima ed in riferimento esclusivamente alla quale, quindi, va verificata la tempestività del ricorso (Consiglio Stato , sez. V, 20 luglio 2009 , n. 4527).

Per conseguenza, l'onere per l'impresa di impugnare tempestivamente gli atti della procedura di evidenza pubblica, ad eccezione dell'esclusione dalla stessa e delle clausole del bando che rendano impossibile la partecipazione alla gara, sorge solo a seguito dell'emanazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva (Consiglio Stato , sez. V, 06 aprile 2009 , n. 2143).

Ora, se può ammettersi che il raggruppamento secondo classificato, anche grazie alla pubblicazione sul sito internet, fosse a conoscenza della aggiudicazione provvisoria alla Aldo Controinteressata tre s.p.a., non è stata fornita alcuna prova che lo stesso raggruppamento fosse informato che la stessa impresa aveva conseguito anche la aggiudicazione definitiva.

Né appare probante, in senso opposto, che il raggruppamento Controinteressata sia stato destinatario per conoscenza della nota 31 marzo 2009 di notificazione alla Aldo Controinteressata tre della domanda di accesso, perché, a quella data, la Aldo

Controinteressata tre s.p.a. risultava ancora, quanto meno al suddetto raggruppamento, aggiudicataria provvisoria e, anche in tale veste, ben avrebbe potuto essere legittimata ad opporsi all'accesso ai sensi dell'art. 3 del d.P.R. n. 184 del 2006.

Per altro verso, il richiamo contenuto nel disciplinare all'art. 12 del d.lgs. n. 163 del 2006, circa la approvazione automatica dell'aggiudicazione provvisoria dopo trenta giorni dall'adozione, non poteva esimere l'Amministrazione dall'osservanza dell'obbligo stabilito dall'art. 79, comma 5, del detto d.lgs., di comunicare la aggiudicazione ai soggetti ivi indicati.

Tale comunicazione, in effetti, assolve allo scopo imprescindibile di offrire al concorrente la conoscenza piena di un elemento essenziale del provvedimento lesivo, ossia l'identità del soggetto che trae vantaggio dall'atto, che, come tale, assume la veste di contraddittore necessario nell'eventuale giudizio di impugnazione, al quale, pertanto, il ricorso deve essere notificato a pena di inammissibilità.

In conclusione, nella specie, il riferimento alla data dell'accesso agli atti di gara non si è risolta in illegittimo rinvio della decorrenza del termine per ricorrere fino alla conoscenza di tutti gli atti del procedimento, come denunciato dalle appellanti sulla scorta del condivisibile orientamento giurisprudenziale, ma ha reso possibile l'acquisizione formale di uno degli elementi essenziali dell'atto lesivo, che ne integra la piena conoscenza ai fini dell'insorgenza dell'onere dell'impugnazione.

Quanto alla richiamata pubblicazione dell'aggiudicazione all'Albo Pretorio, si rammenta che, per costante giurisprudenza, il termine per la impugnazione del provvedimento di aggiudicazione di gara pubblica da parte di chi ad essa ha partecipato decorre dalla piena conoscenza dello stesso, atteso che la sua pubblicazione o pubblicità costituisce forma di conoscenza legale solo per chi, non

avendo partecipato alla procedura selettiva, non è direttamente contemplato nell'atto in questione (Consiglio Stato , sez. IV, 12 giugno 2009 , n. 3696).

5. Il merito della controversia ( punto c, *supra*) attiene all'accoglimento di alcune delle censure mosse in primo grado avverso la determinazione di congruità dell'offerta dell'impresa Aldo Controinteressata tre s.p.a., adottata dalla Provincia appellante a conclusione di un sofferto procedimento di verifica dell'anomalia, la cui soglia era fissata al ribasso del 24,89%. L'offerta della detta impresa presentava un ribasso del 37,35%, mentre l'offerta dell'odierna appellata, anch'essa anomala, raggiungeva il 31,23%.

La Commissione di gara, su segnalazione del Responsabile unico del procedimento, ritenute insufficienti le giustificazioni prodotte, come prescritto dal disciplinare, in sede di offerta, ha proceduto a due successive richieste alla Aldo Controinteressata tre s.p.a. di integrazione delle giustificazioni e ad un colloquio con i responsabili della medesima impresa, pervenendo alla conclusione della congruità dell'offerta.

I primi giudici hanno ritenuto fondate le censure volte a dimostrare l'inammissibilità dell'offerta e, comunque, l'illogicità del giudizio di congruità dell'offerta cui è pervenuta la commissione di gara, sebbene: a) sia mancata l'indicazione e la giustificazione di spese generali e la previsione di un adeguato utile di impresa; b) sia avvenuta la sostituzione di preventivi presentati in sede di offerta con altri recanti costi inferiori agli originali.

Si è ravvisata la violazione dei principi di cui agli artt. 86-89 del d.lgs. n. 163 del 2006 e delle disposizioni del disciplinare specificamente riferite alla verifica dell'anomalia, nonché vizio di eccesso di potere per illogicità e violazione del principio della *par condicio*.

Le appellanti hanno sostenuto la legittimità della procedura richiamandosi alla giurisprudenza amministrativa secondo la quale, ferma restando la immodificabilità

dell'offerta nel suo dato quantitativo, sarebbe legittima in sede di verificazione la rimodulazione dei costi e delle singole previsioni per tenere conto di economie, risparmi e compensazioni tali da far ritenere l'attendibilità dell'offerta.

6. La fattispecie presenta alcune evidenze, in punto di fatto, che non formano oggetto di contestazione da parte delle appellanti, perché emergono oggettivamente dalle richieste di integrazione delle giustificazioni avanzate dalla stessa stazione appaltante (note del R.U.P. in data 9 dicembre 2008 e in data 26 gennaio 2009) e dalla documentazione fornita in risposta dalla Aldo Acontrointeressata tre s.p.a., rispettivamente, in data 22 dicembre 2008 e 3 febbraio 2009.

In breve l'offerta aggiudicataria, è stata presentata: a) senza la quantificazione delle spese generali, sebbene il disciplinare imponesse che le spese generali dovessero “essere supportate dalle necessarie giustificazioni”; b) con l'indicazione dell'utile di impresa per un importo pari al 2% dell'importo del contratto, estremamente esiguo rispetto alla prassi in uso; c) con l'indicazione di costi inferiori a quelli offerti dai fornitori secondo i preventivi allegati, sebbene il disciplinare a questo riguardo autorizzasse l'impresa ad indicare costi *superiori* a quelli offerti dai fornitori, con ciò imponendo, quanto meno, la corrispondenza dell'offerta al costo documentabile.

Le rilevate “carenze e contraddizioni” (nota del R.U.P. 9 dicembre 2008) integravano, in realtà, la violazione di disposizioni del disciplinare e dei principi di cui agli artt. 86-89 del d.lgs. n. 163 del 2006, nonché del dovere di imparzialità, che avrebbero dovuto condurre alla esclusione dalla gara.

Il disciplinare, al paragrafo VIII, prevedeva una esplicita dichiarazione di inderogabilità, a pena di esclusione, di tutte le clausole in esso contenute.

L'Amministrazione, invece, ha ritenuto, illegittimamente, conservare la Aldo Acontrointeressata tre s.p.a. nella posizione di impresa prima classificata per entità

del ribasso, e quindi probabile aggiudicataria, così consentendole di avvalersene per concludere nuovi contratti più vantaggiosi e tali da poter rappresentare all'appaltante delle riduzioni di costo, che questa ha ritenuto soddisfacenti, benché ottenute in vistoso spregio alla disposizione del disciplinare per cui i costi dovevano essere giustificati fornendo in originale o copia conforme i contratti preliminari di futura fornitura *“stipulati in data antecedente al deposito dell'offerta di gara”*. E' quanto risulta dalle giustificazioni integrative prodotte in data 22 dicembre 2008.

Di tale documentazione fa parte, oltre una relazione in tema di spese generali collegate al contratto in questione che non ne indica l'importo, e per tale ragione non sarà ritenuta sufficiente dal R.U.P. nella successiva richiesta di ulteriori giustificazioni in data 26 gennaio 2009, un cospicuo elenco di prestazioni per le quali la Aldo Controinteressata tre s.p.a., nel corso del mese di dicembre 2008, ha potuto ottenere dal fornitore uno sconto in misura pressoché costante del 20% sull'importo inizialmente preventivato.

Un siffatto modo di concepire il procedimento di verifica dell'anomalia, che realizza sostanzialmente, la formulazione di una nuova offerta , si risolve nella radicale vanificazione delle regole in materia di gare pubbliche e contrasta con il prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa. E' stato infatti affermato che, nelle procedure indette per l'aggiudicazione di appalti con la Pubblica amministrazione il sub procedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta per così dire *in itinere* ma mira, al contrario, a verificare la serietà di una offerta consapevolmente già formulata ed immutabile, come confermato dall'art. 86 comma 5, Codice dei contratti pubblici il quale richiede che le offerte siano corredate dalle relative giustificazioni sin dalla loro presentazione. Da ciò discende, in generale, l'inaccettabilità delle giustificazioni che, nel tentativo di far apparire seria

un'offerta, che viceversa non è stata adeguatamente meditata, risultino tardivamente dirette ad un'allocazione dei costi diversa rispetto a quella originariamente enunciata (nella specie, una quota di costo indicata nell'offerta a titolo di spese generali non può essere invocata, nel corso del subprocedimento di giustificazione, per coprire costi diversi) (Consiglio Stato, sez. V, 12 marzo 2009, n. 1451).

7. Le appellanti, tuttavia, come accennato, sostengono la legittimità dell'operato dell'Amministrazione con richiamo ad un indirizzo giurisprudenziale che sembra ammettere la giustificazione dell'anomalia utilizzando qualunque tipo di “aggiustamento”, con il solo limite dell'immodificabilità del ribasso proposto in sede di offerta.

Si cita in particolare la decisione del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 3146 del 2009, nella quale, fra l'altro, si afferma: *“Occorre dunque nettamente distinguere tra modifica dell'offerta nel suo complesso, inammissibile, e modifica delle giustificazioni, invece ammissibile: si è affermato che il contraddittorio successivo (...) non può essere “costretto” (...) nelle maglie dei supporti documentali strettamente collegati alle giustificazioni preventive dell'offerta, dovendosi invece ammettere, con una interpretazione conforme alla normativa comunitaria, un contraddittorio a tutto campo, in cui le imprese, che abbiano presentato offerta in sospetto di anomalia, abbiano la possibilità di far valere le loro ragioni e di chiarire e provare la loro posizione senza alcun limite. Né la presenza, nella fase del contraddittorio successivo, di significativi elementi di novità e di diffidenza rispetto alla prima e preventiva giustificazione comporta (...) quella “inammissibile possibilità di modificare l'offerta originaria”>>, dovendosi distinguere immodificabilità dell'offerta e <<parametri dimostrativi della affidabilità e remuneratività dell'offerta, che non possono certo dirsi predeterminati e fissati una volta per tutte con la presentazione della stessa, essendo essi influenzati da una molteplicità di elementi per loro natura variabili (condizioni di mercato delle materie prime e dei semilavorati, credito contrattuale,*

*andamento del mercato del lavoro, economie di scala, costi di mano d'opera, legislazione fiscale e previdenziale, ecc. )>> (Cons. St., sez. IV, 14 dicembre 2004 n. 8028).”.*

La decisione, pur affermando un principio di derivazione comunitaria del tutto condivisibile, nella latitudine delle sue proposizioni, rischia di essere fraintesa nel senso di considerare ammissibile qualunque tipo di operazione modificativa dell'apparato giustificativo originariamente esposto dall'impresa, con la conseguenza di conferirle la possibilità di ipotecare l'esito della gara azzardando un ribasso del tutto inattendibile, potendo contare sulla possibilità di pervenire a contrattazioni più favorevoli facendo leva sulla concreta possibilità di aggiudicarsi la gara. In tal modo, peraltro, risulterebbe eluso il principio della par condicio e la stessa ragion d'essere della gara pubblica.

Una attenta lettura della decisione, peraltro, consente di comprenderne la reale portata e di affermare che la riconosciuta facoltà modificare le originarie giustificazioni deve intendersi circoscritta alla possibilità di dedurre ragioni di risparmio in precedenza non considerate, sebbene già deducibili in sede di domanda di partecipazione, ovvero oggettivamente sopravvenute, cui, in ogni caso, sia estranea la posizione di maggior forza contrattuale acquisita mercé la proposizione di un'offerta priva di corretti supporti documentali.

In base alla riferita decisione, infatti: “*Nel caso di specie, le sottostime riscontrate in sede di verifica di anomalia hanno trovato ampia compensazione nel risparmio di spesa conseguente alla possibilità di fruire di sgravi in applicazione della l. n. 407/1990.*”, incidente sul costo del lavoro.

Nella detta vertenza, inoltre, era emerso che, in ordine agli oneri per il conferimento a discarica, nel corso del procedimento di verifica di anomalia l'odierna appellante aveva potuto documentare una economia di 971.661 euro, dovuta alla minor distanza tra cantiere e discarica, rispetto a quella calcolata dall'amministrazione, e che la stazione appaltante ha affermato sussistente ma non

valutabile, ritenendo di doversi attenere alle quantità riportate nella lista a base di gara.

Ancora, il quantitativo indicato dalla stazione appaltante circa il sovrapprezzo per l'uso della idrofresa era sovrastimato. La concorrente ha indicato la quantità esatta e ha quindi potuto usufruire del conseguente risparmio di euro 1.459.797.

E' dunque evidente come la decisione invocata dalle appellanti si sia riferita ad una ipotesi in cui, in sede di verifica dell'anomalia, sono emerse possibilità di risparmio derivanti da circostanze oggettive, che hanno consentito compensazioni interne all'offerta originaria ed idonee ad accreditare l'eseguibilità dell'appalto secondo il ribasso indicato. L'invocato precedente, quindi, lungi dal legittimare spericolate manovre di adattamento *ex post* delle condizioni originarie di offerta, esprime il giusto contemperamento tra i principi della conservazione dei valori giuridici, della tutela delle risorse pubbliche e del concorso all'aggiudicazione in condizioni di effettiva parità, che nella fattispecie in esame non risultano salvaguardati.

La dogianza, pertanto, deve essere rigettata.

8. Residua l'esame del capo di impugnazione sub a), con il quale le appellanti si sono dolute delle proposizioni con le quali la sentenza di primo grado, nel dispositivo, ha disposto che, "all'esito favorevole dell'anomalia dell'offerta che non sia stata già espletata, adotti il conseguente provvedimento di aggiudicazione a favore delle ricorrenti.

In tal modo il TAR avrebbe sostanzialmente pronunciato l'inefficacia del contratto già stipulato con la Aldo Acontrointeressata tre s.p.a. sebbene tale statuizione esuli dall'area della giurisdizione amministrativa.

Le appellanti si richiamano alle pronunce della Corte di Cassazione a SS.UU. e dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n.9 del 2008), con le quali si è realizzata una sostanziale concordanza sul riparto tra le due giurisdizioni, che

riserva al giudice ordinario la cognizione delle sorti del contratto concluso sulla base di una aggiudicazione annullata dal giudice amministrativo.

Ritiene il Collegio che il motivo di gravame non possa essere accolto.

Può rilevarsi che, nel punto 13 della motivazione, il primo giudice ha inteso precisare il significato della proposizione, espressa nel dispositivo, sotto forma di ordine ad aggiudicare l'appalto all'a.t.i. odierna appellata.

La sentenza mostra chiaramente di voler circoscrivere il senso della propria statuizione mediante il richiamo agli obblighi di conformazione al giudicato che scaturiscono dall'art. 26 della legge n. 1034 del 1971, laddove afferma: "solo in tali termini questo Giudice può provvedere sulla domanda di inefficacia del contratto medesimo, che ove interpretata come volta ad ottenere un giudicato in merito, si sarebbe dovuta proporre all'A.G.O.".

Tale espressione, infatti, è preceduta dalla citazione della pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2008, in cui si legge (pag. 17, punto 6): *"posto che nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo fissata dall'articolo 244 del D. Lgs. n. 163 del 2006 rientrano le sole controversie inerenti le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, con esclusione di ogni domanda che concerna la fase dell'esecuzione dei relativi contratti, alla richiesta di annullamento dell'aggiudicazione può conseguire solo il risarcimento del danno per equivalente, ma non anche la reintegrazione in forma specifica che, incidendo necessariamente sul contratto e quindi sulla fase negoziale e sui diritti soggettivi, esula dai poteri giurisdizionali amministrativi."*

Può dunque escludersi che i primi giudici volessero dilatare i limiti della giurisdizione *in subjecta materia* oltre l'ambito fissato dall'Adunanza Plenaria nella decisione espressamente riguardante il delicato problema dei rapporti tra le giurisdizioni.

Ciò evidentemente non esclude che l'Amministrazione sia tenuta a tenere conto della situazione giuridica determinatasi, per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione, a carico del contratto stipulato con un soggetto privato del

titolo per contrattare, ma si tratta di conseguenze che non possono costituire oggetto diretto della pronuncia cognitoria del giudice amministrativo in sede di giudizio sulla legittimità dell'aggiudicazione, come la sentenza appellata indirettamente riconosce.

9. In conclusione gli appelli devono essere rigettati.

Le spese seguono la soccombenza come in dispositivo.

P.Q.M.

Riunisce gli appelli in epigrafe, li rigetta e condanna le parti appellanti, in solido, al pagamento delle spese del presente grado in favore della parte appellata, liquidandone l'importo in euro 10.000,00 da dividere in parti eguali tra la Provincia di Brescia e la Aldo Controinteressata tre s.p.a..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 marzo 2010 con l'intervento dei Signori:

Cesare Lamberti, Presidente FF

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere, Estensore

Aniello Cerreto, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/07/2010  
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)  
Il Dirigente della Sezione