

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 16/09/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/30049-effettivamente-l-impugnata-automatica-esclusione-dalla-gara-della-ricorrente-per-asserita-anomalia-dell-offerta-illegittima-in-quanto-per-espressa-disposizione-del-bando-la-esclusione-poteva-esse>

Autore: Lazzini Sonia

**Effettivamente l'impugnata automatica esclusione dalla gara della ricorrente per asserita anomalia dell'offerta è illegittima, in quanto, per espressa disposizione del bando, la esclusione poteva essere disposta solo all'esito del procedimento di effettiv**

**C.St. 13.07.2010 n. 4526\_BIS**

## Effettivamente l'impugnata automatica esclusione dalla gara della ricorrente per asserita anomalia dell'offerta è illegittima, in quanto, per espressa disposizione del bando, la esclusione poteva essere disposta solo all'esito del procedimento di effettiva verifica della anomalia.

il bando di gara, che costituisce la *lex specialis* della gara, quindi deve essere sempre applicato, anche dalla commissione, che riveste la qualità di organo straordinario e temporaneo, di natura tecnica, dell'amministrazione appaltante, non potendo essa giammai procedere alla disapplicazione delle norme della gara

Sotto tale profilo, è appena il caso di rilevare che l'appellante non aveva alcun onere di impugnare i chiarimenti asseritamente pubblicati sul ricordato sito web

La acclarata tempestività del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado impone alla Sezione l'esame dell'unica relativa censura ivi formulata, imperniata sulla "violazione e falsa applicazione di norme e principi di diritto con particolare riferimento alle norme che sovrintendono all'espletamento delle gare di appalto per l'affidamento di lavori pubblici. Eccesso di potere per violazione della *lex specialis* dell'appalto. Eccesso di potere per sviamento": con essa, come già accennato, la Costruzioni Ricorrente s.r.l. ha dedotto l'illegittimità della sua automatica esclusione dalla gara per asserita anomalia dell'offerta sulla scorta dell'applicazione di una normativa (art. 122, comma 9, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) non indicata nella *lex specialis* di gara, nel quale invece era stato espressamente previsto che sarebbero stata effettuata la valutazione delle offerte eventualmente anomale.

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

Anche tale motivo, ad avviso della Sezione, è meritevole di accoglimento.

6.2.1. In punto di fatto non è contestato, per un verso, che l'amministrazione appaltante ha effettivamente applicato la disposizione di cui all'articolo 122, comma 9, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, escludendo automaticamente le offerte che presentavano una percentuale di ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, e, per altro verso, che secondo il terzo capoverso del punto 13 del bando di gara l'amministrazione avrebbe dovuto valutare, ai sensi dell'art. 86, terzo comma, ogni offerta che, in base ad elementi specifici, fosse apparsa anomala e che solo all'esito del procedimento di verifica delle offerte presunte anomale si sarebbe provveduto alle eventuali esclusioni.

Così operando, l'amministrazione ha evidentemente violato le disposizioni che regolavano il procedimento di gara che essa stessa aveva fissato, così che effettivamente deve essere considerata illegittima l'esclusione automatica dell'offerta, asseritamente anomala, presentata dalla società Costruzioni Ricorrente s.r.l., laddove tale esclusione, proprio secondo le disposizione del bando di gara, poteva conseguire soltanto alla specifica valutazione dell'anomalia.

Infatti, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, da cui non vi è motivo per discostarsi, le prescrizioni contenute nella "*lex specialis*" della gara vincolano non solo i concorrenti, ma la stessa amministrazione che non conserva, perciò, alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione, non potendo disapplicarle, neppure nel caso in cui talune di esse risultino inopportune o incongruamente formulate, salva la possibilità di far luogo, nell'esercizio del potere di autotutela, all'annullamento del bando (ex plurius, C.d.S., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3750; 29 gennaio 2009, n. 498; 10 gennaio 2005, n. 32; 13 novembre 2002, n. 6300; sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3297).

Infatti, com'è stato ripetutamente sottolineato, il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde 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 concorrenti,

con la conseguenza che se solo in presenza di una equivoca formulazione della lettera di invito o del bando di gara può ammettersi una interpretazione che consenta la più ampia ammissione degli aspiranti, d'altra parte la pubblica amministrazione non può disporre l'esclusione dalla gara per cause diverse da quelle espressamente previste nella speciale disciplina di gara da essa stessa fissata, in virtù del principio dell'autovincolo e dell'affidamento, corollari dell'art. 97 della Costituzione (C.d.S., sez. IV, 5 settembre 2007, n. 4644).

6.2.2. Sulla scorta del delineato indirizzo giurisprudenziale non può condividersi la tesi, sostenuta dall'amministrazione appellata con il secondo motivo dell'appello incidentale, secondo cui il bando di gara sarebbe stato in realtà integrato proprio sul punto per effetto dei chiarimenti pubblicati sul sito web della Provincia di Prato (indicato come profilo del committente ai sensi e per gli effetti dell'art. 3, comma 35, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163).

Indipendentemente da ogni questione circa la validità delle comunicazioni relative alla gara inserite sul predetto sito web, mancando al riguardo qualsiasi precisazione nel bando di gara, tanto più che il predetto sito indicato solo come "mezzo" di visione e consultazione della versione integrale del bando di gara ovvero per "scaricare" il modello di autocertificazione per partecipare alla gara, la Sezione rileva che nel caso di specie i "chiarimenti" possono considerarsi ammissibili se contribuiscono, attraverso un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la ratio di una disposizione del bando, ma non già quando, proprio attraverso l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire alla disposizione un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto notoriamente a garanzia dei principi di cui all'articolo 97 della Costituzione.

E' sufficiente ricordare che il bando di gara, che costituisce la *lex specialis* della gara, quindi deve essere sempre applicato, anche dalla commissione, che riveste la qualità di organo straordinario e temporaneo, di natura tecnica, dell'amministrazione appaltante, non potendo essa giammai procedere alla disapplicazione delle norme della gara (C.d.S., sez. IV, 14 maggio 2007, n. 2423).

Sotto tale profilo, è appena il caso di rilevare che l'appellante non aveva alcun onere di impugnare i chiarimenti asseritamente pubblicati sul ricordato sito web.

In conclusione effettivamente l'impugnata automatica esclusione dalla gara della Costruzioni Ricorrente s.r.l. per asserita anomalia dell'offerta è illegittima, in quanto, per espressa disposizione del bando, la esclusione poteva essere disposta solo all'esito del procedimento di effettiva verifica della anomalia.

La società ricorrente aveva ed ha interesse alla ripetizione di tale fase della procedura di gara, a nulla rilevando che la sua offerta non sia la migliore presentata, non potendosi escludersi che ciò possa verificarsi proprio all'esito della predetta fase svolta nel pieno rispetto delle disposizioni contenute nel ricordato bando di gara.

6.4. Proprio per effetto di tali considerazioni, tuttavia, alla declaratoria di illegittimità dell'impugnato provvedimento di aggiudicazione non può conseguire automaticamente l'accoglimento della domanda risarcitoria.

Quest'ultima, infatti, presuppone che la società appellante sarebbe stata aggiudicataria dell'appalto, circostanza che, in ogni caso, presuppone la ripetizione del procedimento di valutazione dell'anomalia delle offerte, da compiersi evidentemente sulla scorta delle sole previsioni contenute nel bando di gara, solo all'esito del quale potrà verificarsi la eventuale situazioni di aggiudicataria.

7. In conclusione deve essere accolto, nei sensi di cui in motivazione, l'appello principale e, per l'effetto, in riforma della impugnata sentenza deve essere accolto, nei sensi di cui in motivazione, il ricorso proposto in primo grado dalla Costruzioni Ricorrente s.r.l.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 4526 del 13 luglio 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

**N. 04526/2010 REG.DEC.**

**N. 00703/2010 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 iscritto al numero di registro generale 703 del 2010, proposto da:

COSTRUZIONI RICORRENTE S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Bevilacqua, con domicilio eletto presso Roberto Amodeo in Roma, via C. Poma, n. 2;

***contro***

CENTRO RICERCHE ED ALTA FORMAZIONE S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Mauro Giovannelli, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

***nei confronti di***

CONTROINTERESSATA COSTRUZIONI GENERALI S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. TOSCANA – FIRENZE, Sez. I, n. 3287 del 10 dicembre 2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI RISTRUTTURAZIONE LOCALI - RIS.DANNI.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Centro Ricerche ed Alta Formazione s.r.l., che ha spiegato anche appello incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 marzo 2010 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Bevilacqua e Romanelli, per delega dell'Avv. Giovannelli;

Visto il dispositivo di decisione n. 238 del 1° aprile 2010;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

#### FATTO

1. Il Centro Ricerche e Alta Formazione s.r.l. (d'ora in avanti CREAF s.r.l o l'amministrazione) con bando in data 3 ottobre 2008 ha indetto una procedura aperta, ai sensi degli articoli 3, comma 37; 54 e 55 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 162, per l'appalto dei lavori di "ristrutturazione dei locali ex magazzino in via Galcianese n. 34 per la realizzazione della nuova sede della società C.R. E A.F. s.r.l. – Prato – secondo lotto funzionale", per un importo a base d'asta di €. 2.675.000,00, compresi gli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso pari a €. 127.000,00.

Ai sensi del punto 13 del bando l'appalto sarebbe stato aggiudicato "con il criterio del prezzo più basso, inferiore a quello posto a base di gara, determinato trattandosi di contratto da stipulare a misura, mediante ribasso in percentuale sull'importo dei lavori posto a base di gara, ai sensi dell'art. 82, comma 2, lett. a) D. Lgs. 163/06 e successive modificazioni e integrazioni"; veniva anche precisato che "l'appalto sarà aggiudicato al concorrente che avrà offerto il massimo ribasso in percentuale del prezzo offerto rispetto all'importo dei lavori a base di gara al netto

degli oneri per l'attuazione dei piani della sicurezza di cui al punto 3.5. (importo a base d'asta) del presente bando di gara”.

Il terzo capoverso del predetto punto 13 del bando di gara stabiliva altresì che l'amministrazione avrebbe valutato, ai sensi dell'articolo 86, terzo comma, la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, fosse apparsa anormalmente bassa e che all'esito del procedimento di verifica progressiva delle offerte presunte anomale si sarebbe provveduto alle eventuali esclusioni e all'aggiudicazione in favore della migliore offerta non anomala.

La Commissione di gara, giusta verbale del 2 dicembre 2008, precisato che il numero delle offerte pervenute era superiore a cinque, ha proceduto al calcolo della c.d. soglia di anomalia con le modalità di cui alla determinazione dell'Autorità per la Vigilanza sui LL.OO. in data 26 ottobre 1999 e in applicazione dell'articolo 122, comma 9, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ha disposto l'esclusione automatica delle offerte che presentavano una percentuale di ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quella di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superavano la predetta media, come stabilito dall'articolo 86, comma 1, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

All'esito di tale operazione, sono state innanzitutto escluse le sei offerte con minor ribasso e le sei offerte con maggior ribasso, tra cui, per quanto qui interessa, quella della società Costruzioni Ricorrente s.r.l.; determinata quindi la media aritmetica dei ribassi di tutte le offerte ammesse ed escluse ulteriormente le offerte che presentavano una percentuale di ribasso pari o superiore alla predetta media aritmetica, la commissione ha redatto la graduatoria delle offerte e ha dichiarato

provvisoriamente aggiudicataria dell'appalto la società G.P.L. Costruzioni Generali s.r.l. che aveva offerto un ribasso pari al 17,315%.

Nella seduta del 22 dicembre 2008 il Consiglio di Amministrazione del CREAF s.r.l. ha approvato i verbali di gara e ha aggiudicato definitivamente l'appalto alla società G.P.L. Costruzioni Generali s.r.l.

2. La società Costruzioni Ricorrente s.r.l., con ricorso giurisdizionale notificato a mezzo del servizio postale il 20 marzo 2009, ha chiesto l'annullamento dei verbali di gara del 17 novembre, 2 dicembre e 18 dicembre 2008, asseritamente ricevuti con raccomandata dell'11 febbraio 2009, pervenuta il 16 febbraio 2009, oltre che di ogni altro atto connesso, presupposto e/o conseguenti, attraverso cui i lavori di ristrutturazione dei locali ex magazzino in via Galcianese n. 34 erano stati aggiudicati alla società G.P.L. Costruzioni s.r.l. (ivi compresi il provvedimento di aggiudicazione definitiva, non ancora conosciuto), deducendone l'illegittimità alla stregua di un solo articolato motivo di censura, rubricato "Violazione e falsa applicazione di norme e principi di diritto con particolare riferimento alle norme che sovrintendono all'espletamento delle gare di appalto per l'affidamento di lavori pubblici. Eccesso di potere per violazione della lex specialis dell'appalto. Eccesso di potere per sviamento".

In sintesi, secondo la ricorrente, l'amministrazione aveva disposto illegittimamente l'esclusione automatica dalla gara della sua offerta, applicando una normativa (quella di cui all'articolo 122, comma 9, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) che non era richiamata nella lex specialis della gara (e che non poteva comunque trovare applicazione al caso di specie perché l'ammontare dei lavori era superiore al limite ivi indicato), laddove il bando di gara aveva previsto la valutazione di tutte le offerte eventualmente anomale.

La ricorrente avanzava anche domanda di risarcimento del danno.

Con motivi aggiunti notificati a mezzo del servizio postale il 27 marzo 2009 la società Ricorrente Costruzioni s.r.l. ha impugnato anche il verbale in data 22 dicembre 2008 (trasmesso con nota prot. n. 068 del 12 marzo 2009, ricevuta il 17 marzo 2009), con cui il Consiglio di Amministrazione del CREAM s.r.l. aveva approvato i verbali di gara, aggiudicando in via definitiva l'appalto dei lavori in questione alla società G.P.L. Costruzioni Generali s.r.l..

A sostegno dell'impugnativa è stata reiterata la censura già svolta col ricorso introduttivo del giudizio ed è stata ribadita la domanda di risarcimento del danno subito per effetto dell'illegittimo provvedimento di esclusione dalla gara.

L'istanza cautelare di sospensione dei provvedimenti impugnati è stata accolta dal Consiglio di Stato, sez. VI, con la ordinanza n. 4051 del 31 luglio 2009, in riforma della ordinanza n. 310 del 2009 dell'adito Tribunale amministrativo regionale per la Toscana.

3. Quest'ultimo (sez. I) con la sentenza n. 3287 del 10 dicembre 2009, nella resistenza dell'intimata CREAM s.r.l. e della controinteressata G.P.L. Costruzioni s.r.l., respinte le preliminari eccezioni di inammissibilità dell'impugnazione per carenza di interesse (in relazione alla c.d. prova di resistenza) e per mancata impugnazione della lex specialis di gara (in quanto asseritamente lesiva), ha dichiarato inammissibile il ricorso, accogliendo l'eccezione di tardività formulata dalla amministrazione resistente: ciò in quanto la ricorrente aveva avuto notizia dell'esito della gara con nota prot. n. 0011 del 15 gennaio 2009 che, sebbene ricevuta a mezzo di raccomandata il 21 gennaio 2009, era stata trasmessa anticipatamente via fax il 16 gennaio 2009, così che il ricorso introduttivo del giudizio, notificato il 20 marzo 2009, era tardivo, a nulla rilevando il mancato funzionamento del fax, addotto dalla stessa ricorrente a pretesa giustificazione del mancato rispetto del termine di decadenza per la notifica dell'impugnazione.

4. Avverso tale sentenza ha proposto rituale e tempestivo appello la società Costruzioni Ricorrente s.r.l., deducendone l'erroneità e l'ingiustizia e chiedendone la riforma alla stregua di due sostanziali motivi di gravame, con il primo dei quali, sotto diversi profili, ha rivendicato la tempestività del ricorso di primo grado, inopinatamente disconosciuta dai primi giudici con motivazione illogica, irragionevole e contraddittoria, frutto di un approssimativo esame della documentazione versata in atti, mentre con il secondo è stato sostanzialmente riproposto il motivo di censura sollevato in primo grado; è stata altresì riproposta anche la domanda di risarcimento del danno, già avanzata in primo grado.

Ha resistito all'appello CREAM s.r.l., deducendone innanzitutto l'inammissibilità e l'infondatezza e spiegando appello incidentale, con il quale, per un verso, ha riproposto le eccezioni di inammissibilità del ricorso di primo grado e dei motivi aggiunti per difetto di interesse e per mancata impugnazione degli atti presupposti, a suo avviso erroneamente respinte dai primi giudici, e, per altro verso, ha contestato la valenza probatoria della documentazione prodotta dalla società ricorrente fin dal primo grado a sostegno delle proprie tesi difensive, con particolare riguardo al guasto del fax.

5. Le parti hanno illustrato con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive.

All'udienza del 30 marzo 2010, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

6. L'appello principale è fondato e deve essere accolto nei sensi appresso indicati, mentre deve essere respinto l'appello incidentale.

Al riguardo la Sezione osserva quanto segue.

6.1. Con il primo motivo di gravame la società Costruzioni Ricorrente s.r.l. ha rivendicato la tempestività del ricorso di primo grado, erroneamente disconosciuta

dai primi giudici, in accoglimento della relativa eccezione sollevata dall'amministrazione appaltante.

Secondo l'appellante, contraddittoriamente i primi giudici, pur riconoscendo adeguata la prova fornita circa il guasto del fax (dal 16 al 19 gennaio 2009), avevano tuttavia ritenuto che il mancato funzionamento dell'apparecchio non costituisse causa di forza maggiore, idonea quindi a non far decorrere il termine decadenziale per l'impugnazione dell'atto lesivo, gravando sull'utilizzatore l'onere di tenerlo in perfetta efficienza; ciò senza contare che, sempre secondo la tesi dell'appellante, nel caso in esame non era neppure ammissibile l'uso del fax per le comunicazioni tra la amministrazione appaltante e le imprese in gara, ciò non essendo stato puntualmente previsto nel bando o nella lettera di invito come disposto dall'articolo 77 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

Il motivo è fondato nei sensi appresso indicati.

6.1.1. In punto di fatto giova ricordare non è contestato che, riscontrando una specifica richiesta, l'amministrazione appaltante ha comunicato alla società ricorrente (oggi appellante), con nota prot. n. 0011 del 15 gennaio 2009, il criterio utilizzato per l'aggiudicazione dell'appalto dei lavori in questione e le ragioni della sua esclusione dalla gara.

Tale nota, pervenuta al destinatario con posta raccomandata il 21 gennaio 2009, è stata tuttavia comunicata anche (rectius, anticipata) via fax il 16 gennaio 2009, risultando regolarmente trasmessa all'utenza fax della Costruzioni Ricorrente s.r.l., come risulta dal rapporto di trasmissione dell'utenza telefonica del CREAF s.r.l.

Quest'ultima tuttavia ha addotto di aver avuto conoscenza della predetta nota solo in data 19 gennaio 2009 a causa di un guasto che aveva impedito il funzionamento del fax, come provato dalla fattura della ditta che aveva provveduto alla riparazione (la cui copia è stata regolarmente versata in atti).

6.1.2. Ciò precisato, la Sezione osserva preliminarmente che, ai fini della decorrenza del termine decadenziale per l'impugnazione di un atto innanzi al giudice amministrativo ciò che rileva, ai sensi dell'articolo 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, qualora il predetto atto non sia stato notificato, è la sua piena ed effettiva conoscenza, indipendentemente dal mezzo con cui tale conoscenza sia stata acquisita, tant'è che la giurisprudenza, sul punto, ha più volte precisato per un verso che ai fini della verifica della tempestività dell'impugnazione non è necessaria la conoscenza completa dell'atto, essendo sufficiente la conoscenza dei suoi elementi essenziali (quali l'organo che lo ha adottato, la data ed il contenuto del dispositivo, ex pluribus, C.d.S., sez. VI, 19 marzo 2009, n. 1690; sez. IV, 30 giugno 2004, n. 4803; 2 dicembre 2002, n. 6601) e per altro verso che la parte che eccepisce la tardività del ricorso deve dare prova della diversa data in cui la parte ricorrente ha avuto conoscenza dell'atto impugnato (ex multis, C.d.S., sez. IV, 18 dicembre 2008, n. 6365; 15 maggio 2008, n. 2236; 20 dicembre 2004, n. 8115; sez. VI, 12 febbraio 2007, n. 540).

Se da un lato ciò comporta la assoluta irrilevanza della tesi sostenuta dalla parte appellante, secondo cui l'amministrazione appaltante non avrebbe potuto utilizzare il mezzo del fax per inviare la comunicazione richiesta circa l'esito della gara, tale mezzo di comunicazione non essendo stato previsto nella lex specialis della gara, ai sensi dell'articolo 77 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, d'altro conto occorre verificare se, nel caso di specie, il rapporto di positiva trasmissione di un atto o di un documento via fax costituisca piena conoscenza del documento trasmesso, ai fini della decorrenza del termine per l'eventuale impugnazione ed eventualmente se le risultanze del rapporto di trasmissione possano essere contrastate.

6.1.3. Occorre al riguardo precisare che la questione della validità, efficacia adeguatezza del fax, quale idoneo strumento di comunicazione, è stato già

affrontata e risolta in senso positivo da questo Consiglio di Stato con convincenti argomentazioni, dalle quali non vi è ragione di discostarsi (sez. V, 19 giugno 2009, n. 4032; sez. VI, 4 giugno 2007, n. 2951).

E' stato in particolare affermato (C.d.S., sez. VI, 4 giugno 2007, n. 2951) che "Il fax rappresenta uno dei modi in cui può concretamente svolgersi la cooperazione tra i soggetti, in quanto essa viene attuata mediante l'utilizzo di un sistema basato su linee di trasmissione di dati ed apparecchiature che consentono di poter documentare sia la partenza del messaggio dall'apparato trasmittente che, attraverso il cosiddetto rapporto di trasmissione, la ricezione del medesimo in quello ricevente. Tali modalità, garantite da protocolli universalmente accettati, indubbiamente ne fanno uno strumento idoneo a garantire l'effettività della comunicazione. In tal senso, infatti, si muove la normativa più recente (d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445) che consente un uso generalizzato del fax nel corso dell'istruttoria, sia per la presentazione di istanze e dichiarazioni da parte dei privati (articolo 38, comma 1) che per l'acquisizione d'ufficio da parte dell'amministrazione di certezze giuridiche (articolo 43, comma 3). Tanto è vero che "i documenti trasmessi da chiunque ad una pubblica amministrazione tramite fax, o un altro mezzo telematico o informatico idoneo ad accertarne la fonte di provenienza, soddisfano il requisito della forma scritta e la loro trasmissione non deve essere seguita da quella del documento originale (articolo 43, comma 6)".

E' stato altresì aggiunto, sempre nella ricordata decisione, che "Posto quindi che gli accorgimenti tecnici che caratterizzano il sistema garantiscono, in via generale, una sufficiente certezza circa la ricezione del messaggio, ne consegue non solo l'idoneità del mezzo a far decorrere termini perentori, ma anche che un fax deve presumersi giunto al destinatario quando il rapporto di trasmissione indica che questa è avvenuta regolarmente, senza che colui che ha inviato il messaggio debba fornire alcuna ulteriore prova. Semmai la prova contraria può solo concernere la

funzionalità dell'apparecchio ricevente; ma questa non può che essere fornita da chi afferma la mancata ricezione del messaggio (cfr. in tal senso Cons. Stato, sez. V, 24.4.2002, n. 2202)”.

La giurisprudenza, dunque, non solo riconosce la piena utilizzabilità del fax quale mezzo legale di comunicazione, ma attribuisce altresì al rapporto di favorevole trasmissione del documento con tale mezzo anche il valore di presunzione semplice, nel senso che colui che ha inviato il messaggio non debba in tal senso fornire alcuna ulteriore prova (C.d.S., sez. VI, 19 giugno 2009, n. 4151), pur dovendo evidentemente tenersi conto dell'eventuale mancata possibile ricezione del fax, allorquando vengano indicate e comprovate specifiche circostanze dalle quali possa ragionevolmente dedursi che effettivamente per un complesso di circostanze di fatto il documento non è stato conosciuto (C.d.S., sez. IV, 29 maggio 2009, n. 3365, fattispecie in cui la sede legale della società interessata, cui il documento via fax era stato inviato, era stata chiusa).

6.1.4. Con riferimento al caso di specie, quindi, pur non dubitandosi della possibilità da parte del CREAF s.r.l. di utilizzare il fax per trasmettere alla società Costruzioni Ricorrente s.r.l. il documento richiesto e pur non essendo neppure contestabile che effettivamente il rapporto di trasmissione elaborato dall'utenza telefonica dell'amministrazione appaltante effettivamente dava atto dell'avvenuta trasmissione del documento, occorre verificare se quest'ultimo sia stato effettivamente conosciuto dal destinatario: tale verifica deve essere condotta con particolare rigore perché da essa dipende l'esercizio del diritto di difesa garantito dall'articolo 24 della Costituzione.

La società appellante ha addotto che proprio dal 14 gennaio al 19 gennaio 2009 il proprio fax era guasto ed ha inteso provare tale circostanza depositando, sin dal primo grado di giudizio, copia della fattura n. 5 del 20 gennaio 2009 emessa dalla società Servizi & Servizi s.r.l. di Feroletto Antico (proprietaria dell'apparecchio) che

ha provveduto alla riparazione del guasto ed alla restituzione dell'apparecchio alla predetta società Costruzioni Ricorrente s.r.l. (utilizzatore).

Orbene, tale documentazione, come del resto ammesso dai primi giudici, è sicuramente adeguata ed idonea a far ritenere ragionevolmente che il fax della società ricorrente fosse effettivamente guasto o comunque non funzionante per il periodo dal 14 gennaio al 19 gennaio 2009, così che può altrettanto ragionevolmente ritenersi che la nota prot. n. 11 del 15 gennaio 2009, quantunque sia risultata regolarmente trasmessa via fax dall'amministrazione appaltante, non sia stata nella data effettivamente conosciuta dalla Costruzioni Ricorrente s.r.l..

Peraltro, diversamente da quanto ritenuto dai primi giudici, non vi è alcuna ragione per addebitare alla ditta ricorrente, oggi appellante, il mancato funzionamento del fax, secondo il principio ubi commodum, ibi incommodum, atteso che, per un verso, l'eventuale utilizzazione di un sistema di comunicazione diverso da quello tradizionale di per sé non può di per sé rendere più gravosa e difficile la situazione di chi deve provare il mancato funzionamento di tale sistema, mentre, per altro verso, non è stato assolutamente provato che il guasto sia stato conseguenza di omessa attività di manutenzione o di un cattivo uso dell'apparecchio stesso in qualche modo riferibile alla predetta società Costruzioni Ricorrente s.r.l. o ai suoi dipendenti.

In altri termini, posto che la Costruzioni Ricorrente s.r.l. ha fornito una documentazione, quanto meno astrattamente idonea ed adeguata, da cui si ricava che non è implausibile che il documento trasmesso dal CREAM s.r.l. in data 16 gennaio 2009 non sia stato effettivamente conosciuto o quanto meno sia diventato conoscibile prima del 19 gennaio 2009, era onere dell'amministrazione appaltante o della controinteressata contestare adeguatamente tali circostanze provando il contrario ovvero la non genuinità della documentazione prodotta, non potendo a tal fine ritenersi sufficienti, rispetto alla necessaria garanzia del diritto di azionale

costituzionalmente tutelato, le mere argomentazione difensive circa il fatto che la documentazione prodotta dalla società Costruzioni Ricorrente s.r.l. sarebbe stata asseritamente sfornita di data certa e che non proveniva neppure da soggetto che forniva idonee garanzie, tanto più che dall'esame di tale fattura risulta ictu oculi che essa ha un numero ed una data (n. 5 del 20 gennaio 2009) ed indica anche una plausibile causale (“sblocco fax inceppo carta intervento del 19.1.2009, coma da richiesta del 14.1.2009”).

6.1.5. Alla stregua di tali considerazioni, che, peraltro, rendono infondato il terzo motivo dell'appello incidentale (tanto più che la documentazione prodotta dalla Costruzioni Ricorrente s.r.l. a sostegno delle proprie tesi è stata depositata sin dal primo grado di giudizio), il ricorso proposto in primo grado deve essere considerato tempestivo, non essendo stata raggiunta la prova certa ed inequivocabile che la nota prot. 0011 del 15 gennaio 2009, pur inviata dal CREAM s.r.l. a mezzo del servizio fax in data 16 gennaio 2009, come è emerso dal relativo verbale di trasmissione dell'utenza CREAM s.r.l., sia stata effettivamente conosciuta o fosse comunque conoscibile in pari data dalla società appellante, stante l'esistenza di un guasto nell'apparecchio fax ricevente, riparato solo dal 19 gennaio 2009.

6.2. La acclarata tempestività del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado impone alla Sezione l'esame dell'unica relativa censura ivi formulata, imperniata sulla “violazione e falsa applicazione di norme e principi di diritto con particolare riferimento alle norme che sovrintendono all'espletamento delle gare di appalto per l'affidamento di lavori pubblici. Eccesso di potere per violazione della lex specialis dell'appalto. Eccesso di potere per sviamento”: con essa, come già accennato, la Costruzioni Ricorrente s.r.l. ha dedotto l'illegittimità della sua automatica esclusione dalla gara per asserita anomalia dell'offerta sulla scorta dell'applicazione di una normativa (art. 122, comma 9, del decreto legislativo 12

aprile 2006, n. 163) non indicata nella *lex specialis* di gara, nel quale invece era stato espressamente previsto che sarebbero stata effettuata la valutazione delle offerte eventualmente anomale.

Anche tale motivo, ad avviso della Sezione, è meritevole di accoglimento.

6.2.1. In punto di fatto non è contestato, per un verso, che l'amministrazione appaltante ha effettivamente applicato la disposizione di cui all'articolo 122, comma 9, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, escludendo automaticamente le offerte che presentavano una percentuale di ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, e, per altro verso, che secondo il terzo capoverso del punto 13 del bando di gara l'amministrazione avrebbe dovuto valutare, ai sensi dell'art. 86, terzo comma, ogni offerta che, in base ad elementi specifici, fosse apparsa anomala e che solo all'esito del procedimento di verifica delle offerte presunte anomale si sarebbe provveduto alle eventuali esclusioni.

Così operando, l'amministrazione ha evidentemente violato le disposizioni che regolavano il procedimento di gara che essa stessa aveva fissato, così che effettivamente deve essere considerata illegittima l'esclusione automatica dell'offerta, asseritamente anomala, presentata dalla società Costruzioni Ricorrente s.r.l., laddove tale esclusione, proprio secondo le disposizione del bando di gara, poteva conseguire soltanto alla specifica valutazione dell'anomalia.

Infatti, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, da cui non vi è motivo per discostarsi, le prescrizioni contenute nella "*lex specialis*" della gara vincolano non solo i concorrenti, ma la stessa amministrazione che non conserva, perciò, alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione, non potendo disapplicarle, neppure nel caso in cui talune di esse risultino inopportunamente o incongruamente formulate, salva la possibilità di far luogo, nell'esercizio del potere di autotutela, all'annullamento del bando (*ex pluriibus*, C.d.S., sez. V, 12 giugno

2009, n. 3750; 29 gennaio 2009, n. 498; 10 gennaio 2005, n. 32; 13 novembre 2002, n. 6300; sez. IV, 21 maggio 2004, n. 3297).

Infatti, com'è stato ripetutamente sottolineato, il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde 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 concorrenti, con la conseguenza che se solo in presenza di una equivoca formulazione della lettera di invito o del bando di gara può ammettersi una interpretazione che consenta la più ampia ammissione degli aspiranti, d'altra parte la pubblica amministrazione non può disporre l'esclusione dalla gara per cause diverse da quelle espressamente previste nella speciale disciplina di gara da essa stessa fissata, in virtù del principio dell'autovincolo e dell'affidamento, corollari dell'art. 97 della Costituzione (C.d.S., sez. IV, 5 settembre 2007, n. 4644).

6.2.2. Sulla scorta del delineato indirizzo giurisprudenziale non può condividersi la tesi, sostenuta dall'amministrazione appellata con il secondo motivo dell'appello incidentale, secondo cui il bando di gara sarebbe stato in realtà integrato proprio sul punto per effetto dei chiarimenti pubblicati sul sito web della Provincia di Prato (indicato come profilo del committente ai sensi e per gli effetti dell'art. 3, comma 35, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163).

Indipendentemente da ogni questione circa la validità delle comunicazioni relative alla gara inserite sul predetto sito web, mancando al riguardo qualsiasi precisazione nel bando di gara, tanto più che il predetto sito indicato solo come "mezzo" di visione e consultazione della versione integrale del bando di gara ovvero per "scaricare" il modello di autocertificazione per partecipare alla gara, la Sezione rileva che nel caso di specie i "chiarimenti" possono considerarsi ammissibili se contribuiscono, attraverso un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la ratio di una disposizione del bando, ma

non già quando, proprio attraverso l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire alla disposizione un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto notoriamente a garanzia dei principi di cui all'articolo 97 della Costituzione.

E' sufficiente ricordare che il bando di gara, che costituisce la *lex specialis* della gara, quindi deve essere sempre applicato, anche dalla commissione, che riveste la qualità di organo straordinario e temporaneo, di natura tecnica, dell'amministrazione appaltante, non potendo essa giammai procedere alla disapplicazione delle norme della gara (C.d.S., sez. IV, 14 maggio 2007, n. 2423).

Sotto tale profilo, è appena il caso di rilevare che l'appellante non aveva alcun onere di impugnare i chiarimenti asseritamente pubblicati sul ricordato sito web.

In conclusione effettivamente l'impugnata automatica esclusione dalla gara della Costruzioni Ricorrente s.r.l. per asserita anomalia dell'offerta è illegittima, in quanto, per espressa disposizione del bando, la esclusione poteva essere disposta solo all'esito del procedimento di effettiva verifica della anomalia.

6.3. Resta da esaminare il primo motivo dell'appello incidentale proposto dall'amministrazione appellata, secondo cui il ricorso di primo grado con i motivi aggiunti era inammissibile per difetto di interesse, atteso che all'evidenza, come risultava dalla documentazione in atti, l'offerta presentata dalla società ricorrente, ora appellante, non era la migliore offerta e pertanto la Costruzioni Ricorrente s.r.l. non avrebbe potuto giammai rendersi aggiudicataria dell'appalto.

Esso è infondato.

Al riguardo è sufficiente osservare che il motivo di censura sollevato dalla società ricorrente e ritenuto fondato, è di per sé idoneo a travolgere la procedura di verifica di anomalia delle offerte ed in particolare di esclusione automatica delle offerte asseritamente anomale, l'esclusione dovendo conseguire necessaria all'esito

di un procedimento di valutazione della “...congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”.

La società ricorrente aveva ed ha interesse alla ripetizione di tale fase della procedura di gara, a nulla rilevando che la sua offerta non sia la migliore presentata, non potendosi escludersi che ciò possa verificarsi proprio all’esito della predetta fase svolta nel pieno rispetto delle disposizioni contenute nel ricordato bando di gara.

6.4. Proprio per effetto di tali considerazioni, tuttavia, alla declaratoria di illegittimità dell’impugnato provvedimento di aggiudicazione non può conseguire automaticamente l’accoglimento della domanda risarcitoria.

Quest’ultima, infatti, presuppone che la società appellante sarebbe stata aggiudicataria dell’appalto, circostanza che, in ogni caso, presuppone la ripetizione del procedimento di valutazione dell’anomalia delle offerte, da compiersi evidentemente sulla scorta delle sole previsioni contenute nel bando di gara, solo all’esito del quale potrà verificarsi la eventuale situazioni di aggiudicataria.

7. In conclusione deve essere accolto, nei sensi di cui in motivazione, l’appello principale e, per l’effetto, in riforma della impugnata sentenza deve essere accolto, nei sensi di cui in motivazione, il ricorso proposto in primo grado dalla Costruzioni Ricorrente s.r.l.

Deve essere invece respinto l’appello incidentale proposto da CREAF s.r.l.

La peculiarità delle questioni trattate giustifica la compensazione tra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull’appello principale proposto dalla società Costruzioni Ricorrente s.r.l. e sull’appello incidentale spiegato dal Centro Ricerche ed Alta Formazione

s.r.l. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sez. I, n. 3287 del 10 dicembre 2009, così provvede:

- accoglie l'appello nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza accoglie il ricorso proposto in primo grado nei sensi di cui in motivazione;
- respinge l'appello incidentale;
- dichiara compensate tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Aniello Cerreto, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/07/2010

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

Il Dirigente della Sezione

