

Trattandosi di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il giudizio sull'anomalia deve tener conto non solo del prezzo, ma anche di una serie di altri elementi (cfr., fattori tecnici dai quali sia desumibile la serietà e l'attendibilità dell'offerta nel suo complesso)

La Sentenza numero 1655 del 23 febbraio emessa dal Tar Lazio, Roma merita di essere segnalata per alcuni importanti principi in essa contenuti:

<la precedenza alle questioni sollevate dal ricorrente incidentale, che abbiano priorità logica su quelle sollevate dal ricorrente principale, viene senz'altro in considerazione laddove, vertendosi in ambito di questioni incidenti sull'esistenza dell'interesse a ricorrere di quest'ultimo, venga contestata la sussistenza di una delle condizioni dell'azione

ai fini della sussistenza dell'interesse a ricorrere avverso gli atti di aggiudicazione di un appalto pubblico, è sufficiente un interesse strumentale realizzabile mediante l'attività di riedizione del potere da parte della pubblica amministrazione, non occorrendo all'uopo la positiva certezza che il contratto venga aggiudicato al ricorrente. Ne discende che, al fine dell'interesse al ricorso in materia di aggiudicazione di contratti della pubblica amministrazione, è sufficiente la posizione giuridica di interesse al rinnovo delle operazioni di gara, dalla quale deriva una nuova chance di partecipazione e di aggiudicazione

la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel bando di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, senza che in capo all'organo amministrativo residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento, che non può pertanto in alcun modo essere disattesa

nell'ottica del bilanciamento di interessi da svolgere, risulta prevalente il rispetto delle prescrizioni previste dal bando di una gara d'appalto, che assume una rilevanza inderogabile quando esse siano dirette a garantire la parità tra i concorrenti o siano previste ai fini del proficuo svolgimento della gara stessa.

appare ingiustificato il comportamento dell'Amministrazione che, con la propria interpretazione "estensiva", ha violato i principi di buon andamento e di ragionevolezza dell'azione amministrativa, costituzionalmente garantiti anche in considerazione del fatto che, in presenza di dubbi o incertezze, avrebbe potuto fare ricorso ad una eventuale richiesta di integrazione documentale.>

a cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Roma, sez. I ter  
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 9082/2006 proposto da \*\* Italia Spa e sui successivi motivi aggiunti,

;

## CONTRO

Arpa Lazio, Agenzia protezione ambientale del Lazio, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Sebastiana Dore ed elettivamente domiciliata in Roma, via Sardegna n. 40;

Società \* Software s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Enzo Perretini ed elettivamente domiciliata in Roma, Via Principessa Clotilde n. 2;

per l'annullamento

<della deliberazione n. 52 del 14 giugno 2006 (comunicata con nota del 22 giugno 2006 prot. n. 0013889 ma di contenuto incognito) con cui ARPA Lazio ha provveduto ad aggiudicare "in via provvisoria alla Ditta \*\* Software s.r.l." l'appalto avente ad oggetto l'affidamento per un periodo di 36 mesi dei servizi di manutenzione ed assistenza alle procedure applicative di natura tecnica dell'Agenzia regionale di protezione ambientale del Lazio; nonché di ogni altro atto connesso e consequenziale, ivi compresi i verbali della Commissione di gara n. 1 e 2 del 4 maggio 2006; n. 3 dell'8 maggio 2006; n. 4 del 10 maggio 2006; n. 5 del 12 maggio 2006; n. 6 del 16 maggio 2006; n. 7 del 17 maggio 2006; n. 8 del 22 maggio 2006; n. 9 del 24 maggio 2006; e n. 10 del 13 giugno 2006; oltre che del bando e del disciplinare di gara e, infine, se esistente, della delibera di aggiudicazione definitiva della gara medesima>;

e per la declaratoria

della nullità, inefficacia e/o invalidità del contratto di appalto (eventualmente stipulato) del servizio de quo;

Visto il ricorso e i motivi aggiunti con i relativi allegati;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla Società \*\*Software s.r.l.;

Visti gli atti tutti di causa;

Data per letta nella pubblica udienza del 25.1.2007 la relazione del dr. Maria Ada Russo e uditi altresì i difensori come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

Fatto e diritto

Con apposito bando di gara, pubblicato nelle forme di legge, l'Arpa Lazio ha indetto una gara comunitaria a procedura ristretta accelerata, ai sensi degli artt. 6 e 10 del D. leg. n. 157/1995, per l'affidamento dei servizi di manutenzione e assistenza alle procedure applicative di natura tecnica dell'Agenzia regionale per la protezione ambientale del Lazio.

Con determinazione n. 41 del 6 aprile 2006 sono state individuate n. 34 ditte da invitare a presentare l'offerta.

Con il verbale n. 10 del 13 giugno 2006 la Commissione incaricata delle operazioni di gara ha proposto l'aggiudicazione alla Società \*\* Software S.r.l. in quanto titolare dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La società ricorrente è risultata la seconda classificata.

Con successiva delibera n. 52 del 14 giugno 2006 l'ARPA Lazio :

<ha aggiudicato la gara alla ditta \*\* Software S.r.l.;  
ha deciso di comunicare l'esito della gara entro 10 giorni alla \*\* Software e al secondo classificato;  
ha ritenuto definitiva la presente aggiudicazione provvisoria nel caso di valutazione positiva della documentazione presentata dalla \*\* in ottemperanza a quanto richiesto dall'art. 8 del disciplinare di gara>.

Nel ricorso – con il quale è impugnata la citata delibera n. 52/06 e gli atti successivi - l'interessata prospetta i seguenti motivi di diritto:

1). Violazione e/o falsa applicazione della Sezione III.2.2 del bando di gara quale lex specialis della procedura e dell'art. 8 del disciplinare di gara; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 13 e 14 del d. leg. n. 157/1995; eccesso di potere per difetto di istruttoria e per violazione dei principi che regolano il corretto svolgimento delle procedure di gara;

2). Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 8 del disciplinare di gara; eccesso di potere per violazione dei principi che regolano il corretto svolgimento delle procedure di gara e per difetto dei presupposti; incompetenza.

In data 17 ottobre 2006 la ricorrente ha proposto i seguenti motivi aggiunti:

1). Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 della l. 241/90; eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria e per violazione dei principi che regolano il corretto svolgimento delle procedure di gara; eccesso di potere per violazione del principio della par condicio tra i concorrenti; illogicità manifesta.

In particolare, viene contestata l'assegnazione del punteggio in relazione ad alcune delle voci individuate dalla Commissione di gara (cfr., pagine 7/18).

In data 27 ottobre 2006 si è costituita ARPA Lazio con memoria formale.

In data 3 novembre 2006 la stessa ha depositato memoria e documenti.

In data 8 novembre 2006 si è costituita la controinteressata, che il successivo 14 novembre ha notificato ricorso incidentale, e che ha replicato prospettando:

inammissibilità del ricorso per assoluta carenza di interesse;  
infondatezza nel merito.

Nel ricorso incidentale la controinteressata prospetta il seguente vizio :

1). Violazione e falsa applicazione dell'art. 25 del d. leg. n. 157/1995; violazione art. 5 del disciplinare di gara; eccesso di potere per erroneità dei presupposti; carenza di istruttoria; difetto di motivazione.

In data 12, 13 e 19 gennaio 2007 le parti hanno depositato ulteriori documenti e memorie.

I. In via preliminare, poichè la controinteressata ha proposto formalmente ricorso incidentale, il Collegio rileva che l'esame dell'indicata impugnativa incidentale deve necessariamente essere condotto con carattere di priorità logica rispetto alla disamina di quello principale.

È infatti noto che - il principio secondo il quale il ricorso incidentale deve essere esaminato dopo quello principale (e solo in caso di riconosciuta ed astratta fondatezza di quest'ultimo), in quanto esso, di regola, opera come una eccezione processuale in senso tecnico - subisce una deroga nel caso in cui sia stato proposto un ricorso incidentale tendente a paralizzare l'azione principale per ragioni di ordine processuale.

In tale caso, il giudice è tenuto a dare la precedenza alle questioni sollevate dal ricorrente incidentale che abbiano priorità logica su quelle sollevate dall'attore principale: tali dimostrandosi le questioni che incidono sull'esistenza dell'interesse a ricorrere del ricorrente principale, perché, pur profilandosi come questioni di merito, producono effetti sull'esistenza di una condizione dell'azione, e quindi su una questione di rito (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 agosto 2004 n. 4407).

In altri termini, la precedenza alle questioni sollevate dal ricorrente incidentale, che abbiano priorità logica su quelle sollevate dal ricorrente principale, viene senz'altro in considerazione laddove, vertendosi in ambito di questioni incidenti sull'esistenza dell'interesse a ricorrere di quest'ultimo, venga contestata la sussistenza di una delle condizioni dell'azione.

In questa tipologia rientra il caso in cui - come appunto nella fattispecie all'esame - il ricorrente principale contesti l'aggiudicazione di una gara d'appalto a favore della controinteressata e quest'ultima faccia valere, in via incidentale una clausola d'esclusione a carico dello stesso ricorrente principale (cfr., T.A.R. Lazio, sez. II, 15 giugno 2005 n. 4935).

In dettaglio, la controinteressata \*\*Software S.r.l. sostiene che <la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara poiché ha presentato un'offerta senz'altro anomala, incongrua e inaffidabile>.

Più precisamente, richiamando l'art. 25, comma 3, del d. leg. n. 157/1995 e specificando che la media delle offerte ammesse è del 34%, <la ricorrente ha offerto l'abnorme ribasso del 46% che, non solo supera di gran lunga la media delle offerte, ma ictu oculi, è sintomatico della assoluta inaffidabilità e incongruità della proposta contrattuale>.

In proposito, il Collegio non condivide la prospettazione della ricorrente incidentale in base alle seguenti considerazioni:

a) in primo luogo, è discussa – in giurisprudenza – la questione giuridica se la verifica di anomalia rappresenti un obbligo per l'Amministrazione procedente anche nelle gare di appalto condotte secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Al riguardo, poiché la formulazione dell'art. 25 del D.Lvo 157/1995 non distingue tra le due ipotesi di aggiudicazione, al prezzo più basso ovvero all'offerta economicamente più vantaggiosa, la giurisprudenza amministrativa di primo grado ha spesso ritenuto che - nelle gare di appalto condotte secondo il criterio de quo - non possa trovare applicazione il meccanismo di verifica delle offerte anomale;

b) inoltre, trattandosi di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il giudizio sull'anomalia deve – comunque - tener conto non solo del prezzo, ma anche di una serie di altri elementi (cfr., fattori tecnici dai quali sia desumibile la serietà e l'attendibilità dell'offerta nel suo complesso);

c) infine, se pure è vero che la <\*\* non potrebbe comunque ottenere l'aggiudicazione del servizio dovendo l'ARPA procedere a verificare la congruità dell'offerta> (come sostenuto a pagina 3 del ricorso incidentale), il Collegio aderisce a quell'orientamento giurisprudenziale che ha affermato che, ai fini della sussistenza dell'interesse a ricorrere avverso gli atti di aggiudicazione di un appalto pubblico, è sufficiente un interesse strumentale realizzabile mediante l'attività di riedizione del potere da parte della pubblica amministrazione, non occorrendo all'uopo la positiva certezza che il contratto venga aggiudicato al ricorrente. Ne discende che, al fine dell'interesse al ricorso in materia di aggiudicazione di contratti della pubblica amministrazione, è sufficiente la posizione giuridica di interesse al rinnovo delle operazioni di gara, dalla quale deriva una nuova chance di partecipazione e di aggiudicazione (cfr., Consiglio Stato, sez. V, 06 marzo 2006, n. 1068).

In conclusione, l'impugnativa incidentale è infondata e deve essere respinta nel merito.

II. Si può, ora, passare all'esame del ricorso principale.

Prima del merito – tuttavia – devono essere affrontate le questioni preliminari.

Come già la controinteressata \*\*Software S.r.l., anche l'Arpa Lazio, con la memoria di resistenza, in data 2 novembre 2006, prospetta l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse dell'attrice.

In sostanza, alla pagina 5, si precisa che <dovevano considerarsi anomale tutte quelle offerte che presentavano un ribasso superiore al 34,11%....l'offerta economica della \*\* è sicuramente anomala... la Commissione giudicatrice non ha attivato la procedura di verifica solo perché l'offerta della \*\* era inequivocabilmente congrua e quindi non si è posto il problema di procedere al controllo delle offerte anomale per addivenire all'aggiudicazione della gara>.

L'eccezione non è condivisibile.

Al riguardo, valgono le stesse considerazioni già svolte con riferimento all'impugnativa incidentale nel senso della sufficienza di un interesse strumentale del ricorrente a rimettere in discussione l'intero rapporto (cfr., Consiglio Stato, sez. IV, 10 aprile 2006, n. 1971).

A questo punto, la disamina dell'impugnativa deve essere necessariamente preceduta dalla ricognizione delle disposizioni di bando rilevanti ai fini del decidere.

Il punto III.2.2 del bando di gara prevede che <l'Impresa concorrente, pena l'esclusione dalla gara, deve, tra l'altro, aver realizzato complessivamente nel triennio 2002-2003-2004 per servizi informatici ed affini fatturato non inferiore a €2.280.000,00>.

L'art. 8 del disciplinare di gara, alla lettera d), prevede che il provvisorio aggiudicatario deve far pervenire, tra l'altro, la <copia autentica dei bilanci consuntivi, compresi gli allegati, relativi agli esercizi finanziari 2002, 2003 e 2004>.

Con i primi motivi la ricorrente richiama la Sezione III.2.2 del bando di gara e l'art. 8 del disciplinare e sostiene che <dalla documentazione acquisita non è dato conoscere cosa \*\* abbia depositato e/o dichiarato ai fini della dimostrazione del requisito di ammissione in oggetto. Tuttavia, dall'esame dei bilanci depositati presso la Camera di commercio di Roma, con riferimento al triennio in esame, risulta, con ogni evidenza, che la società ha fatturato per "ricavi per prestazioni di servizi" i seguenti importi: nell'anno 2002: € 209.041,00; nell'anno 2003: € 206.154,00; nell'anno 2004: € 707.216,00. Ne consegue, per tabulas, che l'importo complessivo della \*\*

Software nel triennio in esame ammonta a soli €1.122.411,00 e dunque è assai inferiore all'importo minimo richiesto, a pena di esclusione, per la partecipazione alla gara>.

Come precisato anche nell'ultima memoria difensiva della ricorrente, depositata in data 19 gennaio 2007, il tenore letterale del bando di gara è chiaro nel senso che <ai fini del possesso del fatturato minimo richiesto è rilevante la sola voce dei "ricavi per servizi informatici e affini" e non anche quella dei ricavi per vendite che nessuna affinità logica posseggono con i ricavi derivanti dalle attività di consulenza oggetto del contratto de quo>.

Nel merito, replicano sulla infondatezza della censura sia l'Amministrazione resistente che la controinteressata.

La prima - richiamando il Principio contabile internazionale n. 18 (IAS – International Accounting Standards – Regolamento CE 1725/2003 della Commissione del 29.9.2003) e l'art. 2425 del codice civile – sostiene che <una società che, come la \*\* Software, nella prestazione dei servizi ricomprende anche la fornitura di beni materiali, nel redigere i bilanci ben può indicare nella voce A.1.1.1 "Ricavi delle vendite" i ricavi delle operazioni commerciali effettuate nell'anno di riferimento intendendosi per tali quelle operazioni che hanno comportato l'erogazione di servizi in uno con la fornitura di beni materiali>.

Nella successiva memoria difensiva, depositata il 19.1.2007, (pagina 4) l'Amministrazione ribadisce che <la ricorrente, pur essendo ovviamente a conoscenza dell'attività che espleta una ditta che eroga "servizi informatici e affini", ha volutamente equivocato sulla suddivisione che, non si sa per quale ragione e in base a quale principio contabile, è stata effettuata all'interno della voce A.1.1.1 da parte del commercialista che ha redatto i bilanci dell'aggiudicataria>.

La controinteressata replica con memoria di costituzione depositata in data 8.11.2006 nella quale (cfr., pagina 8) sostiene che <dai bilanci regolarmente depositati dalla società presso la Camera di commercio di Roma emerge che nella voce A1 del "conto economico" redatto in conformità al disposto di cui all'art. 2425 cc., recante i "ricavi delle vendite e delle prestazioni", la \*\* ha indicato in € 1.298.125,00 il fatturato relativo all'esercizio finanziario 2002; in € 1.214.036,00 quello relativo all'anno 2003; e in €1.309.231,00 quello relativo al 2004, per un importo complessivo di € 3.821.000,00 e, quindi, superiore a quello richiesto dal bando di gara>.

Si specifica ulteriormente che <nella voce A1 è riportato il fatturato delle società per l'attività svolta, ad esempio, per software e per i servizi che sono stati resi senza essere strettamente collegati alla vendita di prodotti informativi come i servizi di consulenza informatica o di mera assistenza su prodotti già in dotazione dei clienti>.

Nell'ultima memoria difensiva, depositata in data 19.1.2007, la controinteressata – in realtà – sposta un po' il tiro difensivo sostenendo (cfr., a pagina 3) che <il consulente, non si sa per quale ragione, ha operato una suddivisione imputando una cifra al fatturato per "vendite" e una cifra al fatturato per "servizi" ma, tale suddivisione, non è prevista e richiesta dal Codice, sicchè è stata arbitrariamente operata dal consulente economico della società>.

La medesima precisa, in ultimo, che <ha errato il commercialista nell'aver scorporato dalle singole fatture la semplice "assistenza" effettuata dalla Società in caso di guasto ai computer in dotazione ai clienti, non considerando "servizi" tutta una complessa serie di attività che rientrano, per regolamento comunitario, nella tipologia dei "servizi informatici e affini">.

Il Collegio condivide quanto affermato dalla ricorrente e ritiene fondata la censura dedotta.

In primo luogo, pare opportuno richiamare il principio contabile internazionale e la disposizione del codice civile rilevante in materia.

La lettera del principio contabile internazionale IAS n. 18 (Internazionale accounting standards – regolamento CE 1725/2003 della Commissione del 29 settembre 2003) nella parte relativa alla Identificazione dell'operazione al punto 13 riporta testualmente che : “i criteri di rilevazione sono applicati a una o più operazioni nel loro complesso quando esse sono così strettamente legate che il risultato commerciale non può essere valutato senza riferimento alle varie operazioni come a un unico insieme”.

L'art. 2425 del codice civile stabilisce le modalità per la redazione del conto economico distinguendo tra : valore della produzione (nel quale rientrano i ricavi delle vendite e delle prestazioni); costi della produzione; proventi e oneri finanziari; rettifiche di valore di attività finanziarie e proventi e oneri straordinari.

Tanto premesso, la questione di diritto che il Collegio è chiamato a risolvere riguarda l'interpretazione dell'espressione di bando “realizzazione complessiva per il triennio 2002-2003-2004 per servizi informatici ed affini di un fatturato non inferiore a €2.280.000,00> e la possibilità di considerare rispettosa di tale requisito l'indicazione fatta dalla \*\* Software nella sua offerta.

Al riguardo, si ritiene che :

la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel bando di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, senza che in capo all'organo amministrativo residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento, che non può pertanto in alcun modo essere disattesa. In proposito, è ragionevole e opportuno interpretare la disposizione richiamata nel senso più letterale possibile;

nella vicenda - a fronte della esplicita ammissione, fatta da entrambe le parti, di “erronea suddivisione tra fatturato vendite e fatturato servizi” operata dal commercialista dell'aggiudicataria - non appare essere stata rispettata la predetta prescrizione del bando in quanto – comunque – è stata commessa una irregolarità relativamente al rispetto del requisito attinente al fatturato;

inoltre, non appare legittimo l'operato dell'Amministrazione che, in presenza di profili di dubbio sul punto, ha dovuto procedere a fornire una particolare interpretazione della predetta “suddivisione tra ricavi per vendite e ricavi per prestazioni di servizi” fatta dalla \*\* Software (cfr., la nota-parere della Divisione bilancio, contabilità e sistema informativo dell'Arpa Lazio in data 5.7.2006);

in altre parole - nell'ottica del bilanciamento di interessi da svolgere – risulta prevalente il rispetto delle prescrizioni previste dal bando di una gara d'appalto, che assume una rilevanza inderogabile quando esse siano dirette a garantire la parità tra i concorrenti o siano previste ai fini del proficuo svolgimento della gara stessa. Pertanto, appare ingiustificato il comportamento dell'Amministrazione che, con la propria interpretazione “estensiva”, ha violato i principi di buon andamento e di ragionevolezza dell'azione amministrativa, costituzionalmente garantiti anche in considerazione del fatto che, in presenza di dubbi o incertezze, avrebbe potuto fare ricorso ad una eventuale richiesta di integrazione documentale.

2). Con i motivi aggiunti, depositati in data 17.10.2006, la ricorrente prospetta un vizio di motivazione dell'assegnazione del punteggio fatta dalla Commissione di gara.

In particolare, alle pagine 7/19, sono contenute una serie di censure puntuali in relazione ai diversi profili dell'offerta della \*\* Software.

Il Collegio – in ragione del principio di economia processuale – ritiene che, a prescindere dallo sconfinamento in questioni attinenti al merito, sia ragionevole ritenere le questioni assorbite a seguito dell'accoglimento del primo motivo di ricorso che, comunque, impone all'Amministrazione la rinnovazione della procedura.

In conclusione, il ricorso originario deve essere accolto e, assorbite le ulteriori questioni, per l'effetto, sono annullati gli atti impugnati.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Roma, Sezione I ter, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe n. 9082/2006 e, per l'effetto, sono annullati gli atti impugnati.

Respinge il ricorso incidentale.

Compensa tra le parti le spese, competenze ed onorari di giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 25 gennaio 2007.

PRESIDENTE Luigi Tosti ESTENSORE Maria Ada Russo