



N.3657/2006

Reg. Dec.

N. 3595 Reg. Ric.

Anno 2005

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

sul ricorso in appello n. 3595 del 2005, proposto da

- Consorzio Archè,

in persona del legale rappresentante p.t.;

- FICES S.p.A.,

in persona dell'amministratore delegato p.t.,

rappresentati e difesi dagli avv.ti Giovanni e Gianluigi Pellegrino ed elettivamente domiciliati presso lo studio degli stessi, in Roma, corso del Rinascimento, 11,

c o n t r o

ANAS S.p.A.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

costituitasi in giudizio, *ex lege* rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato e domiciliata presso gli uffici della stessa, in Roma, via dei Portoghesi, 12

e nei confronti di

COMER – Costruzioni Meridionali S.p.A.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv.to Saverio Profeta ed elettivamente domiciliata presso lo studio del dott. Alfredo Placidi, in Roma, via Cosseria, 2,

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, prima sezione, n. 994/2005.

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ANAS e della controinteressata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive domande e difese;

Vista l'Ordinanza n. 2579/2005, pronunciata nella Camera di Consiglio del giorno 31 maggio 2005, di reiezione della domanda di sospensione dell'esecuzione della sentenza appellata;

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta, alla pubblica udienza del 28 aprile 2006, la relazione del Consigliere Salvatore Cacace;

Uditi, alla stessa udienza, l'avv. Gianluigi Pellegrino per l'appellante e l'avv. Vittorio Cesaroni dello Stato per l'ANAS, nessuno essendo comparso per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

1. – Con ricorso notificato il 26 e 27 aprile 2005 e depositato il successivo 3 maggio, il Consorzio Archè e la FICES S.p.A., entrambi in proprio e rispettivamente nella qualità di mandataria e di mandante della costituenda associazione temporanea tra gli stessi, partecipante alla gara indetta da ANAS spa per l'affidamento dei lavori di Pavimentazione stradale con conglomerato bituminoso di tipo drenante per il miglioramento degli standards di sicurezza tra il KM 811 +440 ed il KM 852+000 della 88 16 Tronco Bari S. Giorgio- Monopoli L'Assunta (56/PI/2003-BAAPP03BA2-1), hanno proposto appello avverso la sentenza indicata in epigrafe, che ha respinto il ricorso, con successivi motivi aggiunti, dagli stessi proposto per l'annullamento:

- della determinazione in data 15.9.04 (allegata al verbale in data 22.9.04), con cui il responsabile del procedimento ha dichiarato incongrua l'offerta delle ricorrenti, dando mandato di procedere all'aggiudicazione provvisoria, della presupposta relazione finale della Commissione tecnica per la verifica delle anomalie e del verbale in data 22.9.04, con cui la Commissione di gara ha disposto l'aggiudicazione provvisoria della gara alla Comer Costruzioni Meridionali S.p.A.;
- dell'aggiudicazione definitiva a favore della stessa Comer Costruzioni Meridionali S.p.A.;

- di ogni atto presupposto, tra cui, per quanto occorra, del disciplinare e del bando, connesso o consequenziale, tra cui il contratto di appalto in data 02/12/2004, stipulato tra ANAS e Comer Costruzioni Meridionale S.p.A. e di ogni altro atto presupposto, connesso, collegato e/o consequenziale, nonché per il risarcimento del danno.

2. - Si sono costituite in giudizio l'ANAS S.p.A. e la controinteressata COMER - Costruzioni Meridionali S.p.A., deducendo l'infondatezza del gravame in fatto ed in diritto. Le parti hanno ribadito le rispettive tesi ciascuna con successiva memoria.

Con Ordinanza n. 2579/2005, pronunciata nella Camera di Consiglio del giorno 31 maggio 2005, è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione della sentenza appellata.

3. - La causa è stata chiamata e trattenuta in decisione alla udienza pubblica del 28 aprile 2006.

DIRITTO

1. - L'oggetto del presente giudizio è costituito:

- dalla determinazione in data 15.9.04 (allegata al verbale in data 22.9.04), con cui il responsabile del procedimento ha dichiarato incongrua l'offerta delle ricorrenti, dando mandato di procedere all'aggiudicazione provvisoria, dalla presupposta relazione finale della Commissione tecnica per la verifica delle anomalie e dal verbale in data 22.9.04, con cui la Commissione

di gara ha disposto l'aggiudicazione provvisoria della gara alla Comer Costruzioni Meridionali S.p.A.;

- dall'aggiudicazione definitiva a favore della stessa Comer Costruzioni Meridionali S.p.A., impugnata per vizi di invalidità derivata;

- da ogni atto presupposto, tra cui, per quanto occorra, dal disciplinare e dal bando, connesso o consequenziale, tra cui il contratto di appalto in data 02/12/2004, stipulato tra ANAS e Comer Costruzioni Meridionale S.p.A.;

- dalla domanda di risarcimento del danno.

2. – In fatto giovi precisare:

a) che il Consorzio Arché e la società Fices S.p.A., in costituenda associazione temporanea d'impresе, hanno partecipato a pubblico incanto per l'affidamento di lavori di pavimentazione stradale indetto dall'A.N.A.S., con ribasso offerto del 35,413%, superiore alla soglia di anomalia risultata pari al 29,9257%;

b) che, a seguito del subprocedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, le giustificazioni fornite dalle raggruppande imprese sono state ritenute inammissibili e incongrue, con la seguente motivazione conclusiva: “ ... nel rispetto dell'art. 30 della Direttiva CEE n° 93/37 del 14/06/1993 si è proceduto a formale contraddittorio. L'ATI ha risposto inviando documentazione integrativa la quale, a giudizio della Commissione, non può configurarsi come giustificazione delle voci di offerta ma concretizza lo stravolgimento dell'offerta originaria che viene

trasformata in un quid di sostanzialmente nuovo ... Inoltre, la suddetta documentazione non è risultata comunque completa ed immune da incongruenze per le motivazioni dettagliatamente esposte nella relazione istruttoria innanzi riportata e, pertanto, la Commissione ritiene, alla luce dell'attività istruttoria esperita ed avendo adempiuto all'obbligo del contraddittorio con l'ATI, l'offerta in argomento non congrua" (v. le "Conclusioni" della "Relazione per il responsabile del procedimento" redatta dall'apposita Commissione istruttoria);

c) che il T.A.R., con la sentenza impugnata, ha respinto il ricorso proposto avverso tali ultime determinazioni, nonché avverso la presupposta disciplina di gara, ritenendo, con sentenza in forma semplificata:

- "che anche nella più ampia latitudine della nozione analisi giustificative dell'offerta, come ammessa dalla giurisprudenza ... nondimeno deve ritenersi che le giustificazioni fornite in sede di contraddittorio non possano costituire rettifica integrale di quelle analitiche fornite unitamente all'offerta, in tal senso dovendosi intendere il limite dello stravolgimento dell'offerta pure indicato in giurisprudenza come un ...quid di sostanzialmente nuovo e diverso...";

- "che, in altri termini, tra le giustificazioni originarie e quelle successive in contraddittorio deve pur sempre intercorrere un rapporto di specificazione delle seconde rispetto alle prime, non potendo le analisi successive sostituirsi all'analisi preliminare

mediante la prospettazione di elementi di analisi dei costi del tutto nuovi e diversi, che revocano in dubbio la congruità e serietà dell'offerta stessa nel suo complesso in funzione della conclamata carenza di una puntuale e attendibile analisi originaria dei costi”;

- “che, nel caso di specie, la commissione tecnica ha posto in luce le rilevanti correzioni, tali da stravolgere del tutto il quadro delle analisi preliminari”.

3. – Prima di procedere allo scrutinio dei singoli motivi di appello, va preliminarmente esaminata l'eccezione, che, a paralizzare la pretesa azionata, la difesa della società controinteressata ha dedotto, affermando che l'appello sarebbe improcedibile per difetto di interesse per omessa impugnazione del giudizio di incongruità dell'offerta formulata dall'Amministrazione.

Infatti, secondo tale prospettazione, il giudizio di esclusione dell'offerta degli odierni appellanti, fondato com'è su un duplice rilievo (inammissibilità della documentazione integrativa prodotta e comunque incongruità dell'offerta alla luce della documentazione medesima), sarebbe stato impugnato solo sotto il primo profilo; “questa rilevante circostanza”, si aggiunge, “è stata colta dal Tar barese, che dopo aver dettagliatamente motivato in ordine al rigetto nel merito dei motivi di impugnazione, ha comunque precisato che peraltro, la commissione tecnica ha considerato comunque *non congrua*

l'offerta delle imprese ricorrenti anche alla luce delle giustificazioni e documenti prodotti in sede di contraddittorio sull'anomalia e che su tale specifico profilo non risulta articolata alcuna specifica doglianza" (pag. 6 mem. in data 25 maggio 2005).

L'eccezione (la quale, peraltro, ove fondata, comporterebbe, più che la pretesa improcedibilità dell'appello, l'inammissibilità del ricorso di primo grado) va disattesa.

Oggetto indubbiamente centrale della controversia all'esame è la valutazione in ordine alla legittimità della determinazione, assunta dall'ANAS nella gara in questione, di ritenere inammissibili, in sede di verifica di anomalia, giustificazioni che non siano direttamente conseguenti ed esplicative di quelle fornite in sede di offerta, con conseguente attribuzione alla documentazione integrativa discostantesi da tale regola del valore di "stravolgimento dell'offerta originaria che viene trasformata in un quid di sostanzialmente nuovo", in violazione del principio della *par condicio*.

Tale centralità emerge palese dall'esame del citato verbale della Commissione istruttoria, non solo nella veduta formula delle conclusioni, ma anche nelle parti concernenti la compiuta analisi delle singole voci di offerta, relativamente a ciascuna delle quali l'affermata incongruità delle controdeduzioni dell'ATI viene sempre *sic et simpliciter* rapportata al fatto che le giustificazioni stesse non costituiscono semplice esplicazione ed integrazione delle giustificazioni originarie rese in allegato all'offerta, ma

concretizzando così, a parere dell'Amministrazione, lo stravolgimento dell'offerta stessa.

Invero, nello svolgimento del detto esame, sotto la "copertura" di siffatta ripetuta formula stereotipa, non si rinviene alcuna effettiva valutazione della serietà, pertinenza e congruità dell'offerta degli appellanti, che tenga conto del complesso delle precisazioni e giustificazioni dagli stessi forniti in merito agli elementi costitutivi della loro offerta.

La natura dell'esame effettivamente compiuto in detta sede, insomma, ben poco giustifica la conclusione finale, secondo cui l'offerta di cui si discute sarebbe in concreto anomala, per incongruenza ed incompletezza della documentazione presentata; e ciò perché, quanto meno con riferimento alla quasi totalità delle voci di offerta esaminate (tabella "B" – mano d'opera – mezzi d'opera – utile dell'impresa), risulta esser mancato qualsiasi approfondimento, da parte della stazione appaltante, sulla reale congruità o meno dell'offerta alla luce delle asseritamente ed aprioristicamente inammissibili (alla stregua della disciplina di gara) giustificazioni successive.

Un siffatto, doveroso, esame risulta in concreto effettuato (e peraltro solo in parte) per la voce "materiali" e lo stesso è stato debitamente fatto oggetto di contestazione in sede di ricorso originario (v. punto 3.4), del che sembrano non essersi avveduti né l'eccipiente, né il Giudice di primo grado.

Il ricorso introduttivo del giudizio deve, in definitiva, ritenersi ammissibile, giacché aggredisce in tutta la loro reale portata i provvedimenti impugnati.

4. – Venendo al mérito dell’appello, la questione centrale dallo stesso posta concerne, come già accennato, la pretesa illegittimità, secondo le tesi con lo stesso sviluppate, del giudizio di inammissibilità delle giustificazioni prodotte dagli odierni appellanti in sede di verifica della anomalia della offerta dagli stessi presentata nella gara in argomento, che in sostanza, secondo la prospettazione dell’Amministrazione fatta poi propria dal T.A.R., non sarebbero finalizzate alla esplicazione dei supporti documentali presentati in sede di offerta, ma alla riproposizione generale dell’offerta medesima; oltre che, prima ancora, come puntualmente dedotto in ricorso, della *lex specialis* di gara, nella parte in cui prevede che “i concorrenti dovranno chiarire ed illustrare gli elementi costitutivi dell’offerta, anche producendo documenti direttamente connessi con quanto già evidenziato nel supporto documentale inserito in sede di offerta; pertanto saranno ritenuti inammissibili nuovi supporti documentali che non siano direttamente conseguenti ed esplicativi di quelli presentati in sede di offerta” (disciplinare relativo al bando di gara – documenti giustificativi da inserire nella busta “C” – punto 2).

Le censure in tale direzione formulate prima con il ricorso originario e poi con l’appello appaiono fondate.

Va premesso che si è qui in presenza di un vizio proprio della *lex specialis* di gara (che, in quanto non immediatamente lesivo della sfera giuridico-patrimoniale degli appellanti – i quali non potevano certo sapere, al momento della conoscenza del bando, che la loro partecipazione alla procedura concorsuale avrebbe avuto un esito negativo proprio per effetto dell’astratta veduta previsione – è stato dagli stessi tempestivamente rilevato in uno con l’impugnazione degli atti di gara, che soli hanno consentito ai deducenti di percepire in modo concreto la lesione prodottasi nella loro posizione giuridico-soggettiva), in quanto, in presenza della anzidetta clausola di gara, l’operato della Commissione preposta alla verifica della anomalia non si caratterizza affatto, quanto alla latitudine delle giustificazioni di cui tener conto, per l’esercizio di una autonoma potestà discrezionale, rappresentando, più limitatamente, una applicazione consequenziale e pedissequa della disciplina di gara.

Orbene, l’illegittimità della veduta clausola limitativa delle giustificazioni questa Sezione ha già avuto modo di pronunciare con sentenza 14 dicembre 2004, n. 8028, a proposito di diversa gara espletata dalla stessa Amministrazione facendo applicazione della stessa regola (“saranno ritenuti inammissibili nuovi supporti documentali che non siano direttamente conseguenti ed esplicativi di quelli presentati in sede di offerta”). Dal percorso argomentativo ivi compiuto e dalle conclusioni ivi raggiunte questo Collegio non trova motivi per discostarsi.

In quella sede, invero, si considerava:

“Rileva, in proposito, il Collegio che la verifica di anomalia delle offerte deve mirare ad individuare se il concorrente abbia formulato l'offerta sulla base di elementi oggettivi, che assicurino la compatibilità della stessa con gli obiettivi della buona esecuzione del lavoro e del rispetto dei tempi di realizzazione dell'opera e che, dunque, l'offerta medesima non sia frutto di una scelta più o meno casuale della percentuale di riduzione del valore posto a base d'asta, all'esclusivo scopo di conseguire la commessa e senza la "compatibilizzazione" dello stesso con le predette esigenze dell'Amministrazione appaltante. Per tale scopo, il procedimento di verifica delle anomalie rappresenta indubbiamente l'aspetto più significativo e delicato della procedura di gara e, pertanto, va gestito con la massima trasparenza ed imparzialità da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice, che, sin dall'inizio della procedura, lega la buona riuscita dell'opera alla scelta di un contraente affidabile. Ordunque, sulla base delle disposizioni della già menzionata direttiva comunitaria, che impongono una procedura di verifica in contraddittorio nella fase della verifica delle offerte apparentemente anomale, la Corte di Giustizia ha ritenuto che le amministrazioni aggiudicatrici non possano respingere offerte, che presentino un ribasso superiore alla soglia di anomalia, tenendo unicamente conto delle giustificazioni del prezzo, che l'offerente sia eventualmente tenuto a fornire (come accade in base alla

legislazione italiana sui lavori pubblici) in sede di presentazione dell'offerta; la normativa comunitaria esige, in effetti, che ciascun offerente abbia, comunque ed in ogni modo, la possibilità di far valere il suo punto di vista e di fornire ogni più utile e completa spiegazione a sostegno dei diversi elementi, che compongono la propria offerta.

2.2.2.1 - L'applicazione dei principii di cui sopra al caso di specie induce a ritenere illegittima la procedura di verifica delle offerte anomale posta in essere dall'Anas nella gara all'esame, laddove l'Ente ha ritenuto inammissibili, in sede di contraddittorio successivo, "nuovi supporti documentali che non siano direttamente conseguenti ed esplicativi di quelli presentati in sede di offerta".

Una tale prescrizione, infatti, riduce di molto la portata della obbligatoria fase delle giustificazioni ulteriori, ponendosi in evidente contrasto con le regole comunitarie, dalle quali, sulla base dell'interpretazione resane dalla Corte di Giustizia, risulta:

- che l'offerente deve avere, sempre e comunque, la possibilità di far valere il proprio punto di vista su ciascuno dei diversi elementi, che compongono il prezzo proposto;*
- che, nel contempo, l'Amministrazione aggiudicatrice è tenuta a prendere in considerazione, prima di assumere le sue definitive determinazioni sulla effettiva sussistenza o meno della anomalia dell'offerta, l'intero corpo delle giustificazioni fornite dall'offerente, senza limitazione alcuna;*

- che, di conseguenza, una limitazione della natura delle giustificazioni che l'Amministrazione s'impegni a valutare, così come l'espressa esclusione di alcuni tipi di giustificazioni, è contraria al diritto comunitario vigente. Né, in senso contrario, potrebbe validamente addursi che il testo attuale delle direttive parrebbe dare l'impressione che l'Amministrazione possa non tener conto delle giustificazioni menzionate agli articoli corrispondenti (v., ad es., il testo francese dell'art. 30, par. 4, della direttiva n. 93/37, che dispone che "le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération des justifications"), in quanto, a chiarire la stessa formulazione, è intervenuta, oltre che la Corte di Giustizia, la pluriennale giurisprudenza amministrativa di questo Paese, laddove ha affermato che il procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse deve essere espletato dalle Amministrazioni - eventualmente disapplicando le vigenti disposizioni del legislatore nazionale - invitando sempre e comunque le imprese offerenti a fornire ogni eventuale ed utile elemento di giustificazione delle offerte presentate; e, com'è noto, l'azione delle Amministrazioni aggiudicatrici e degli stessi legislatori nazionali in materia di offerte anormalmente basse non può - come costantemente affermato dalla giurisprudenza comunitaria - giungere al punto di negare i principi e gli obiettivi delle direttive comunitarie, come specificati ed elaborati dalla giurisprudenza. L'Amministrazione, in conclusione, deve verificare la composizione

dell'offerta sospetta di anomalia e, solo se essa risulta effettivamente non affidabile, può poi procedere a respingerla, escludendola dalla gara; e le giustificazioni preventive (pur, come s'è visto, ammissibili) non possono rappresentare quella "inaccettabile camicia di Nesso" suggestivamente evocata dall'odierno appellante, tale da inibire un contraddittorio effettivamente completo ed ampio. Il contraddittorio successivo, insomma, non può essere "costretto", come ha invece preteso di fare l'Anas nella gara di cui si discute, 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, ad avviso del Collegio, quella "inammissibile possibilità di modificare l'offerta originaria", ravvisata dal T.A.R., che così mostra di equivocare tra immutabilità surrettizia della armonia progettuale (assolutamente preclusa in considerazione delle stringenti regole imposte dalla legge n. 109/94 sia a proposito dei livelli di progettazione che in materia di modalità di svolgimento della

verifica delle anomalie delle offerte) e vincolatività della proposta contrattuale, da una parte, e, dall'altra, i 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.).

In definitiva, la stazione appaltante non ha consentito alle imprese offerenti, con l'opposta clausola procedimentale (che non poteva non condizionare fortemente il ridetto procedimento di verifica), di far valere pienamente i propri argomenti, con ampia libertà di prova, prima della adozione della decisione finale.

A siffatte più che esaustive argomentazioni, perfettamente consone al caso di specie, v'è solo da aggiungere che, in definitiva, alla stregua dell'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia con la sentenza 27 novembre 2001, resa nelle cause XC-285/99 e 286/99, la previsione di giustificazioni preventive contemplata dall'articolo 21, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, non deve incidere sul diritto dell'offerente sospettato di avere presentato un'offerta anormalmente bassa di presentare successivamente, in omaggio al principio del contraddittorio che ispira la disciplina comunitaria *in subiecta*

materia, tutte le giustificazioni, che ritenga utili e rilevanti ai fini della verifica da compiersi dall'Amministrazione; la quale, a sua volta, è tenuta a prenderle indiscriminatamente in considerazione, dovendosi escludere, nella fase della verifica in contraddittorio di cui si tratta, ogni limitazione oggettiva al campo di indagine sulla composizione dell'offerta oggetto di siffatto controllo (Cons. St.: VI, 8 aprile 2004, n. 1999; V, 29 aprile 2003, n. 2157).

Ne deriva non solo che la pretesa insufficienza delle giustificazioni preliminari non può incidere sull'esplicazione di una successiva fase di approfondimento delle giustificazioni al fine di consentire l'integrazione delle originarie indicazioni (cfr., in senso conf., Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1072), ma anche che l'Ente committente deve procedere "indipendentemente dalle giustificazioni previamente fornite in sede di presentazione dell'offerta" (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2003, n. 546).

Del resto, non a caso la Corte di Giustizia, pur non rilevando un insanabile contrasto con il diritto comunitario della previsione nazionale che prescrive l'allegazione preventiva delle giustificazioni, ha, tuttavia, affermato con chiarezza che la compatibilità comunitaria del predetto metodo implica la necessità che il contraddittorio, inteso quale dibattito effettivo tra amministrazione e offerente, debba collocarsi necessariamente in una fase in cui l'offerente già sia a

conoscenza del 'sospetto di anomalia' che grava sulla propria offerta e degli aspetti di questa che suscitino perplessità, il che implica altresì, come già accennato, che la verifica all'uopo condotta debba estendersi a tutti gli elementi ritenuti utili e rilevanti dall'amministrazione e dallo stesso concorrente.

Peraltro, nella sentenza n. 285/2001 della Corte comunitaria, è, inoltre, detto che il contraddittorio postumo che s'instaura tra Impresa offerente e Stazione appaltante, si concreta in un'attività giustificativa assolutamente libera, che ben può avere ad oggetto i singoli elementi del prezzo inizialmente offerto.

Tale contraddittorio, che " ...si colloca necessariamente dopo l'apertura di tutte le buste ..." (cfr. Corte di Giustizia, n. 285/2001, cit.), essendo preordinato alla "... salvaguardia della libera concorrenza ..." (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 2003, n. 1707), è assolutamente libero nelle modalità e nel contenuto, sicché, giusta l'art. 30 della direttiva *de qua*, non vi può essere alcun limite al contenuto delle giustificazioni.

Da ciò consegue che l'impresa ben può rimodulare in tale sede singole voci di costo, senza però incidere ovviamente né sull'importo globale dell'offerta presentata, né sui singoli prezzi unitarii offerti in sede di gara, da tenere in considerazione per l'offerta medesima *ex artt.* 89 e 90 del D.P.R. n. 554/1999; infatti, è possibile un aggiornamento degli elementi originari al fine di sincronizzarne la valutazione con il momento dell'analisi

delle giustificazioni definitive (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 1072/2004, cit.).

Sarebbe, del resto, un assurdo affermare che le giustificazioni sull'anomalia dell'offerta non possano consentire di tenere in debito conto tutte le sopravvenute modifiche delle circostanze di fatto che hanno comportato una maggiore onerosità dei costi offerti (Cons. St., V, 5 ottobre 2005, n. 5315).

Avuto riguardo specifico alla fattispecie all'esame, fermo che i singoli prezzi unitarii dell'offerta ed il *quantum* complessivo della medesima sono rimasti invariati anche all'esito delle giustificazioni postume, che dunque l'offerta è rimasta assolutamente immutata tanto nelle sue caratteristiche generali che in quelle particolari, che quella che l'Amministrazione (seguita dal T.A.R.) ha considerato una "riproposizione generale dell'offerta" non attiene pertanto all'offerta in quanto tale ma è qualificabile semplicemente come una rimodulazione degli elementi economici delle giustificazioni, o, meglio, delle relative voci di costo (che influiscono certo sulla determinazione dei prezzi unitarii, ma che ben possono, come appunto accade nel caso di specie, a prezzo unitario invariato, sopportare variazioni e compensazioni interne, purché, naturalmente - ma questo attiene alla verifica in concreto omessa nella fattispecie - concrete, effettive, documentate e credibili) e che, in conclusione, l'Amministrazione (ed il T.A.R.) hanno confuso gli elementi economici propri delle giustificazioni dell'anomalia con

l'offerta economica, a differenza dei primi rimasta inalterata nella sua caratteristica globale e nelle sue articolazioni unitarie, il compiuto aggiornamento, da parte degli odierni appellanti, nella veduta sede del contraddittorio, degli elementi originarii delle giustificazioni preventive (ritenuto legittimo anche da Cons. St., VI, 19 maggio 2000, n. 2908) di per se non incide, in definitiva, né sulla piena affidabilità della proposta contrattuale (che rappresenta la vera *ratio*, cui è preordinato il meccanismo di verifica dell'offerta anomala), né sulla *par condicio* dei concorrenti, che risulterebbe violata solo da una alterazione, in sede di giustificazioni sulla presunta anomalia, del *quantum* dell'offerta (Cons. St., n. 5315/2005, cit.); il che, come s'è detto, non è avvenuto nel caso di specie.

Dunque, fermo il principio che l'offerta, una volta presentata, non è suscettibile di modificazioni (nei termini anzidetti), considerato che l'obiettivo della verifica di anomalia è quello di stabilire se l'offerta stessa sia, nel suo complesso e nel suo importo originario, affidabile o meno, il giudizio di anomalia non può non tener conto anche di quegli elementi scaturenti da più ponderate analisi della offerente, imposte dal lasso temporale intercorso tra la primitiva offerta e le richieste di chiarimenti formulate dalla P.A. per la valutazione della sua congruità; e ciò (ma questo attiene al mérito della verifica stessa) sia che gli stessi militino poi in concreto a favore della attendibilità dell'offerta nel suo insieme, sia che militino contro.

Da tutto quanto fin qui considerato deriva che, se è proprio il "contraddittorio" che l'art. 30 della direttiva in esame tende ad assicurare (consentendo all'impresa offerente di apportare tutti gli elementi che la stessa ritenga utili per la giustificazione della sua offerta), l'omessa valutazione, nella verifica portata all'esame del Giudice, di elementi forniti dagli odierni appellanti che non apportano alcuna rilevante modificazione (nei sensi sopra precisati) all'offerta presentata, realizza una incompletezza del contraddittorio medesimo, che si pone in contrasto con la normativa comunitaria, con conseguente fondatezza del primo motivo di appello, riproduttivo dei primi due profili dell'unico motivo del ricorso di primo grado.

5. - Sul piano processuale, l'accoglimento della censura relativa alla violazione dell'art. 30 cit. nei termini sopra indicati impone l'accoglimento del ricorso, con assorbimento delle ulteriori censure rivolte a contestare i singoli presupposti della negativa valutazione, allo stesso modo in cui - alla stregua di criteri ormai pacifici - l'accoglimento della censura relativa alla mancata comunicazione dell'inizio del procedimento amministrativo conclusosi con l'adozione dell'atto impugnato ha carattere assorbente di ogni altro motivo di impugnazione (v., nello stesso senso in fattispecie analoga, Cons. St., IV, 7 novembre 2002, n. 6111).

Tale assorbimento risponde del resto a consueti motivi di economia processuale, vista la scarsa utilità e l'impossibilità di

saggiare determinazioni adottate sulla base di un'istruttoria monca; ciò ancor più sembra imporsi in una fattispecie, quale quella all'esame, in cui la denuncia dell'omessa considerazione delle giustificazioni rese in sede di contraddittorio funzionale alla verifica dell'anomalia dell'offerta costituisce il tratto unificante dell'attività difensiva svolta dagli odierni appellanti, come del resto con coerenza logica riconosciuto, sia pure in contraria prospettiva e sia pure pervenendo ad esiti non condivisibili circa l'affermata assenza di ogni diversa censura nel ricorso introduttivo, dallo stesso T.A.R.

6. - L'appello, in conclusione, va accolto, con conseguente accoglimento, in riforma dell'impugnata sentenza, del ricorso originario, nei termini di cui sopra. Risultano in particolare annullati, per effetto della presente decisione, gli atti, originariamente impugnati da Consorzio Archè e FICES S.p.A., di esclusione della loro offerta dalla gara per anomalia e di aggiudicazione dell'appalto in favore dell'odierna appellata, nonché, *in parte qua*, il disciplinare relativo al bando di gara, di cui si tratta, con conseguente inefficacia del contratto stipulato "medio tempore", stante il rapporto di consequenzialità necessaria tra la procedura di gara ed il contratto successivamente intervenuto tra le parti (Cons. St., V, 28 settembre 2005, n. 5194).

L'Amministrazione è tenuta, di conseguenza, a riesaminare, nel rispetto dei principii sopra enunciati e preferibilmente per opera

di una nuova Commissione tecnica non suscettibile di essere influenzata dal giudizio espresso in precedenza, le giustificazioni di Consorzio Archè e FICES S.p.A. sulla presunta anomalia della loro offerta, con, in particolare, ampia facoltà per gli stessi nella presentazione e nella prova delle giustificazioni medesime. Risultando poi, allo stato, gli odierni appellanti titolari solo di una legittima aspettativa alla aggiudicazione, la cui pronuncia in loro favore è comunque subordinata all'ésito negativo dell'instaurando nuovo procedimento di verifica dell'anomalia della loro offerta, nessun risarcimento danni è loro dovuto, in quanto nessuna loro posizione giuridicamente rilevante risulta allo stato esser stata lesa.

Né risulta risarcibile l'invocata perdita di **chance** (cioè la mera probabilità di conseguire la aggiudicazione), che presuppone pur sempre che risulti comprovata l'esistenza di un danno risarcibile (consistente nella definitiva impossibilità di conseguire l'aggiudicazione stessa), impossibilità non certo ravvisabile in una situazione in cui, a séguito dell'effetto conformativo della presente sentenza, proprio l'aggiudicazione è suscettibile di entrare definitivamente nella sfera giuridico-patrimoniale degli odierni appellanti (con le note problematiche attinenti alla conseguente possibilità o meno di conseguimento di una riparazione in forma specifica, che esulano dall'oggetto della domanda qui avanzata).

La proposta domanda risarcitoria va pertanto respinta.
Le spese di entrambi i gradi di giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione IV, definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, accoglie in parte l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata:

- accoglie il ricorso di primo grado nel suo *petitum* di annullamento ed annulla i provvedimenti con lo stesso impugnati;
- respinge la domanda di risarcimento del danno.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma, addì 28 aprile 2006, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta – riunito in Camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Lucio Venturini	- Presidente
Costantino Salvatore	- Consigliere
Carlo Deodato	- Consigliere
Salvatore Cacace	- Consigliere, rel. est.
Sergio De Felice	- Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Salvatore Cacace

Lucio Venturini

IL SEGRETARIO
Rosario Giorgio Carnabuci

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

19/06/2006

(art. 55, L. 27.4.1982 n. 186)

Il Dirigente

Dott. Antonio Serrao