



**REPUBBLICA ITALIANA**

**Sent. n. 1550/2004**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Ric. n. 881/2004**

**IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA SARDEGNA**

**SEZIONE PRIMA**

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 881/2004 proposto dalla società OFFICINA TURRITANA S.r.l., in persona del legale rappresentante sig. Sergio Dore, rappresentata e difesa per procura a margine dell'atto introduttivo del giudizio dagli avv.ti Federico e Giovanni Isetta ed elettivamente domiciliata in Cagliari, via De Magistris n. 8, presso lo studio dell'avv. Paolo Sestu,

contro

- l'E.A.F. (Ente Autonomo del Flumendosa), in persona del legale rappresentante in carica,
- la Commissione individuazione ditte ed esame offerte, in persona del Presidente,

rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato presso i cui uffici di Cagliari, in via Dante n. 23, sono domiciliati,

e nei confronti

della PRIDESA – PROYECTOS E INSTALACIONES DE DESALACION s.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa per procura a margine dell'atto di costituzione dagli avv.ti Marcello Vignolo e Massimo Massa ed elettivamente

domiciliata in Cagliari presso il loro studio in viale Merello n. 41,

per l'annullamento

- della determinazione del Direttore del Servizio Ragioneria e Contratti dell'EAF n. 8951 dell'8 luglio 2004, avente ad oggetto: "Aggiudicazione licitazione privata per servizio gestione dell'impianto e di potabilizzazione Simbirizzi (lotto 1) e Donori (lotto 2) e smaltimento dei fanghi (durata del contratto lotto 1: 12 mesi), lotto 2: 24 mesi) a favore della PRIDESA s.a.";
- del verbale a rogito Notaio Lehman (rep. 10104, racc. 3205) della Commissione di gara in data 25 giugno 2004, di aggiudicazione provvisoria alla medesima PRIDESA s.a.;
- del bando di gara e della lettera d'invito dell'11 febbraio 2004;
- del disciplinare di gara;
- della nota fax del 16 marzo 2004 dell'EAF di chiarimenti del punto 4) della lettera d'invito dell'11 febbraio 2004, recante modifica del criterio di verifica delle offerte basse in modo anomalo;
- del verbale di apertura delle buste del 23 marzo 2004 a rogito Notaio Lehman (rep. 9814, racc. 3114);
- dei verbali di gara aventi ad oggetto "esame giustificazioni relative alle offerte anomale" nn. 1, 2, 3, 4, 5, 6;
- della nota dell'EAF n. 4129 del 29 marzo 2004, relativa alla richiesta alla ricorrente delle giustificazioni dell'offerta anomala per il lotto n. 1;
- della nota dell'EAF n. 4865 del 14 aprile 2004, relativa alla richiesta alla ricorrente di ulteriori chiarimenti;

- di ogni altro atto ai precedenti presupposto, connesso o consequenziale.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

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

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il Primo referendario dott. Tito Aru;

Uditi alla pubblica udienza del 6 ottobre 2004 l'avv. Federico Isetta per la ricorrente, l'avv. Marcello Vignolo per la controinteressata e l'avvocato dello Stato Anna Maria Bonomo per l'EAF;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

### **F A T T O**

Con il ricorso in esame, notificato il 12 agosto 2004 e depositato il successivo giorno 18, la società ricorrente espone di aver partecipato alla licitazione privata indetta dall'E.A.F. per l'affidamento del servizio di conduzione e manutenzione straordinaria e smaltimento fanghi degli impianti di potabilizzazione di Simbirizzi (lotto n. 1) e di Donori (lotto n. 2).

Nel corso dello svolgimento delle operazioni di gara la commissione giudicatrice, dopo aver individuato la soglia di anomalia, dichiarava, con riferimento al lotto n. 1, anomala l'offerta della ricorrente e, con riferimento al lotto n. 2, anomale le offerte di altre tre imprese (cfr. verbale del 23 marzo 2004).

Con nota n. 4129 del 29 marzo 2004, l'EAF chiedeva alla ricorrente

– con riguardo al lotto n. 1 - le giustificazioni dell'offerta in ordine ai punti nella stessa nota specificati.

Tale richiesta veniva prontamente riscontrata dalla società OFFICINA TURRITANA S.r.l. in data 2 aprile 2004.

Anche la richiesta di ulteriori chiarimenti formulata dall'EAF il 14 aprile 2004 veniva tempestivamente evasa dalla ricorrente il successivo giorno 19.

Senonchè la commissione giudicatrice, con riguardo al lotto n. 1, non riteneva esaurienti le giustificazioni offerte dalla ricorrente.

Successivamente, con determinazione n. 8951 dell'8 luglio 2004, il Direttore del competente servizio, facendo propri gli esiti della procedura, aggiudicava definitivamente entrambi i lotti alla controinteressata società Pridesa.

Col ricorso in esame la società OFFICINA TURRITANA S.r.l. ha impugnato gli atti specificati in epigrafe con esclusivo riferimento al procedimento di affidamento del lotto n. 1.

Questi i motivi di censura:

**1) Violazione degli artt. 1, 2, 3, 7, 17 e 25 del D.Lgvo n. 158/1995, dell'art. 5 del D.Lgvo n. 157/1995 – Violazione delle norme di gara – Violazione della *par condicio* dei concorrenti – Illegittimità derivata:**  
con riguardo alla modifica della clausola del bando relativa alla determinazione della soglia di anomalia. In ogni caso, in relazione al suo oggetto, l'appalto doveva essere disciplinato dal D.Lgvo n. 158/95, sicchè, ai sensi dell'art. 7, comma 1°, n. 3, non si sarebbe dovuto applicare l'art. 25 del D.Lgvo 157/95.

**2) Violazione del procedimento di gara. Illegittimità del punto 4) della lettera d'invito e del capo IV.2 del bando di gara come modificato dalla nota fax dell'EAF del 16 marzo 2004 per violazione delle norme di gara, per violazione dei principi e delle norme in materia di pubblicità degli atti di gara e, in particolare, dell'art. 10 del D.Lgvo n. 157/95 e dell'art. 17 del D.Lgvo n. 158/95 – Illegittimità derivata – Violazione della *par condicio dei concorrenti*: la modifica del bando di gara disposta dall'EAF con la nota del 16 marzo 2004, senza alcuna comunicazione alla ricorrente, vizierebbe l'intero procedimento anche per violazione delle disposizioni sulla pubblicità degli atti di gara;**

**3) Eccesso di potere per difetto di motivazione, illogicità e travisamento dei fatti – Violazione dell'art. 25 del D.Lgvo n. 157/95 e dell'art. 25 del D.Lgvo n. 158/95 – Violazione delle norme di gara:** con riguardo alle valutazioni, ritenute illogiche ed errate, poste dalla commissione giudicatrice a fondamento del giudizio di non congruità dell'offerta malgrado le giustificazioni prodotte dalla ricorrente.

Concludeva quindi la società OFFICINA TURRITANA S.r.l. chiedendo, previa sospensiva, l'annullamento dei provvedimenti impugnati, con vittoria delle spese.

Contestualmente alla domanda di annullamento la ricorrente ha proposto domanda di risarcimento del danno chiedendo in via principale la reintegrazione in forma specifica, con aggiudicazione del servizio in suo favore e, in via subordinata, la liquidazione per equivalente nella misura dell'utile d'impresa dichiarato in offerta.

Per resistere al ricorso si sono costituite in giudizio sia l'EAF che la

società controinteressata che, con articolate memorie, hanno replicato a tutte le censure proposte dalla ricorrente, e proposto eccezioni, che saranno illustrate in parte motiva.

Con ordinanza n. 434/2004 del 2 settembre 2004, il Tribunale adito ha accolto l'istanza cautelare, e fissato la data per la trattazione nel merito del ricorso.

In vista dell'udienza di discussione tutte le parti hanno integrato le loro difese.

Alla pubblica udienza del 6 ottobre 2004, sentiti i difensori delle parti, la causa è stata posta in decisione.

### **DIRITTO**

Va innanzi tutto esaminata l'eccezione pregiudiziale sollevata dall'Avvocatura dello Stato, che sostiene il difetto di legittimazione passiva della Commissione giudicatrice, e ne chiede l'estromissione dal giudizio.

Per giurisprudenza consolidata, la Commissione è organo straordinario dell'Amministrazione, alla quale soltanto vengono imputati gli effetti del suo operato (cfr: TAR Lazio, Sez. II, n. 9049 del 7 novembre 2001 e, da ultimo, Cons. Stato, IV Sez., 30 dicembre 2003 n. 9189).

Essa non è, pertanto, parte del giudizio, difettando di autonoma soggettività.

Le indicate decisioni, ed in particolare la più recente, concludono che il ricorso "non deve necessariamente essere notificato anche a tale organo operativo della Pubblica amministrazione, che non ha un diverso interesse da tutelare rispetto a quello dell'Ente pubblico di cui è espressione.

Ne deriva che la legittimazione processuale spetta non già alla Commissione giudicatrice (la quale è titolare di poteri propri soltanto in via occasionale ed in ragione delle specifiche funzioni valutative che è chiamata a svolgere), ma all'Amministrazione che è l'effettiva e diretta titolare dell'interesse alla gestione del servizio per il cui affidamento la gara è stata bandita.”

Alla luce di questi condivisibili enunciati, si può concordare con le premesse indicate dalla difesa pubblica, ma non con le sue conclusioni.

E opportuno richiamare una particolarità del processo amministrativo: la “parte” del giudizio non necessariamente coincide con il soggetto cui deve essere notificato il ricorso; quest'ultimo può essere organo dotato di potestà pubbliche, ma non della rappresentanza legale dell'ente titolare della funzione pubblica che si esprime con la emanazione del provvedimento.

L'articolo 21, primo comma, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, che riprende l'antica regola contenuta nell'articolo 7 del regolamento di procedura approvato con R.D. 17 agosto 1907 n. 642, prevede che il ricorso deve essere notificato “all'organo che ha emesso atto impugnato”; e non è detto che tale organo rappresenti il soggetto pubblico, al quale andranno imputati gli effetti della decisione.

La regola del contraddittorio diverge quindi da quella propria del processo civile, secondo cui le persone giuridiche stanno in giudizio per mezzo di chi le rappresenta (articolo 75, terzo comma, del codice di rito). La ragione può rinverirsi nell'esigenza di rendere noto il ricorso alla stessa

autorità che, avendo emanato il provvedimento oggetto di censura, ha di regola i poteri di autotutela, e può quindi, esercitandoli, evitare l'ulteriore svolgersi del contenzioso.

Quando però il ricorso non sia notificato all'organo rappresentativo dell'ente, ma a quello che ha emanato l'atto, parte del giudizio è pur sempre il soggetto pubblico a cui sono riferibili gli effetti, ed in particolare gli interessi pubblici che il provvedimento intende perseguire.

È ben vero che la indicata regola sulla notifica trova deroga per gli enti minori, e si ammette quindi che il ricorso possa essere notificato al rappresentante legale dell'ente, anziché all'organo emanante; ed è per questo che la menzionata giurisprudenza consente che il ricorso non venga ad esso notificato .

Ciò però non vuol dire che la notifica, ancorché ritenuta non necessaria, comporti l'estromissione dell'organo.

E improprio richiedere l'estromissione di chi, avendo natura di organo, ed essendo come tale considerato nel rapporto processuale, non è in realtà parte del giudizio, né rappresenta l'ente che invece ne è parte.

L'estromissione invero non attiene al problema di chi sia legittimato a ricevere la notifica, ma di chi acquisisce la posizione di parte del processo, ed è quindi il naturale destinatario degli effetti che scaturiscono dalla decisione; sarebbe del tutto inutile estromettere un organo, peraltro straordinario e quindi in ipotesi non più esistente al momento della pronuncia, per il solo fatto che a lui è stato notificato il ricorso.



La richiesta di estromissione è quindi respinta.

Le parti resistenti, oltre a due eccezioni procedurali dal cui esame l'esito del ricorso consente di prescindere, sollevano, tuttavia, un ulteriore profilo d'inammissibilità per carenza d'interesse dei primi due motivi di impugnazione.

Esse assumono, in sostanza, che il criterio utilizzato dall'Amministrazione per la determinazione della soglia di anomalia delle offerte resterebbe del tutto estraneo all'esigenza, di carattere generale, che le imprese partecipanti ad una gara pubblica presentino comunque offerte serie e ponderate, restando dunque privo di tutela l'interesse di queste ultime a pretendere un controllo della loro offerta solo se superiore alla soglia di anomalia comunque individuata.

L'eccezione appare convincente e fondata per le seguenti considerazioni.

E' noto che il giudizio di anomalia, essendo finalizzato a verificare la serietà e l'affidabilità di un'offerta, risponde ad una funzione di garanzia per l'Amministrazione appaltante.

Questa, infatti, attraverso la richiesta di giustificazioni, tende a verificare se nel caso specifico l'offerente abbia o meno formulato la propria proposta economica valutando con sufficiente accuratezza il contenuto globale della prestazione, compresa la sua remuneratività.

Orbene, sostiene la ricorrente che se avesse tempestivamente conosciuto il criterio di determinazione della soglia dell'anomalia che

l'Amministrazione intendeva concretamente utilizzare in corso di gara avrebbe meglio considerato gli elementi costitutivi della sua offerta e sarebbe stata in grado di modularla diversamente al fine di non ricadere sopra soglia e, dunque, di non essere sottoposta a verifica.

In ogni caso, la ricorrente lamenta l'illegittimità dell'applicazione del criterio di cui all'art. 25 del D.Lgvo n. 157/1995 in quanto l'appalto in questione ricadrebbe nell'ambito della disciplina del D.Lgvo n. 158/1995.

Ritiene il Collegio che, a prescindere da ogni considerazione in ordine alle discutibili modalità con le quali l'Amministrazione ha modificato il bando di gara, l'interesse azionato dalla ricorrente non possa trovare tutela in giudizio, anche a prescindere dal quadro normativo cui ricondurre l'appalto per cui è causa (D.Lgvo n. 157/95 o D.Lgvo n. 158/95).

Va detto, infatti, che l'Amministrazione ha sempre la facoltà di sottoporre a verifica le offerte sospette di incongruità.

Questa, infatti, nel perseguire l'interesse pubblico ad una corretta esecuzione dell'appalto, deve svolgere tutti gli accertamenti necessari a verificare l'affidabilità delle offerte che per qualunque ragione appaiano eccessivamente basse.

In altre parole, come recentemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, *"...non è fuori del sistema la possibilità, inerente al generale potere di autotutela intesa in senso ampio, di chiedere giustificazioni al di fuori delle ipotesi normativamente previste di offerta anomala; e per conseguenza di escludere quelle imprese che non diano*

*adeguate giustificazioni del consistente ribasso offerto...*” (C.G.A.R.S. n. 12 febbraio 2003 n. 52).

Ciò è tanto vero che nemmeno la determinazione matematica del limite di anomalia risulta preclusiva di diverse iniziative che, nel rispetto dei principi generali dettati dalla direttiva comunitaria, possano condurre all'accertamento per altra via dell'esistenza, tra quelle pervenute, di ulteriori offerte anormalmente basse rispetto alla prestazione richiesta.

Pertanto, sia che nel caso di specie si voglia ricondurre la soglia dell'anomalia al criterio matematico di cui all'art. 25, comma 3°, del D.Lgvo n. 157/1995, sia che si voglia ritenere applicabile nella specie, l'art. 25 del D.Lgvo n. 158/1995, che prescinde dalla predeterminazione quantitativa della soglia, non vi sono ragioni di dolersi dell'esercizio del potere di verifica.

Del resto, l'interesse sotteso alle argomentazioni della ricorrente, di non essere stata posta in grado di calibrare un'offerta tale da coltivare la speranza di non incorrere nella verifica di anomalia, non appare neppure conforme alla ratio delle procedure concorsuali.

Ed invero, ogni partecipante ad una selezione pubblica deve formulare, in considerazione della propria organizzazione d'impresa, la sua migliore offerta (intesa come offerta economicamente giustificabile), non potendosi dunque consentire il tentativo di legittimare, attraverso calcoli strumentali, la formulazione di offerte che, seppure entro la soglia, sono in concreto scarsamente attendibili.

Se questo è vero, l'unico elemento di interesse utilmente introdotto in giudizio è quello (3° motivo di censura) teso a verificare che il

procedimento di verifica dell'anomalia si sia svolto con le garanzie del contraddittorio richieste dalla normativa comunitaria, e che la decisione adottata dall'Amministrazione costituisca corretto esercizio dei suoi poteri tecnico-discrezionali.

Sotto il primo profilo nulla quaestio: la verifica di congruità dell'offerta si è svolta nel rispetto del principio del contraddittorio e la ricorrente è stata posta in grado, con una duplice richiesta di chiarimenti, di supportare con adeguate motivazioni gli elementi costitutivi dell'offerta, pur non riuscendo a dimostrarne l'affidabilità sul mercato.

Quanto al secondo profilo, va anzitutto premesso che in sede di verifica dell'anomalia delle offerte presentate nelle gare per l'aggiudicazione di appalti di lavori o servizi pubblici, il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica non può sfociare nella sostituzione dell'opinione del giudice a quella espressa dall'organo amministrativo ove quest'ultima opinione, pur se non condivisa sul piano soggettivo in dipendenza della fisiologica opinabilità che connota l'interpretazione e l'applicazione di scienza non esatta, non venga considerata errata sul piano della tecnica.

E' compito primario ed esclusivo del giudice, infatti, verificare esclusivamente se il potere amministrativo sia stato esercitato con un utilizzo delle regole tecniche e sia conforme a criteri di logicità, congruità, ragionevolezza e corretto apprezzamento dei fatti.

Orbene, dall'esame degli atti di causa non si ravvisa la sussistenza di elementi tali da indurre a disattendere le conclusioni dell'Amministrazione.

In particolare, la Commissione giudicatrice ha chiesto alla ricorrente chiarimenti per diversi profili dell'offerta, tra i quali, ad esempio, il costo del personale e l'organizzazione del lavoro.

A conclusione dell'esame delle giustificazioni ha rilevato che *“risulta sottostimata l'incidenza del costo del personale sulla voce relativa all'esercizio e conduzione dell'impianto e non rispondente al disciplinare l'ipotesi di organizzazione proposta”*.

La ricorrente lamenta la genericità delle ragioni addotte dalla Commissione a giustificazione del giudizio di incongruità dell'offerta.

Osserva il Collegio che in realtà l'anzidetto giudizio negativo costituisce la conclusione di sintesi di un più articolato esame delle giustificazioni prodotte dalla ricorrente, puntualmente esplicito nel verbale n. 3 del 22 aprile 2004

In particolare, sulla base di calcoli di semplice lettura riportati alle pagine 3 e seguenti del menzionato verbale n. 3/2004, risulta fortemente sottostimato il fabbisogno di ore lavorative per l'attività di conduzione ed esercizio dell'impianto, che rappresenta l'attività principale, più delicata e complessa prevista in contratto, e sovrastimata l'ipotesi di impiego del personale presente in impianto per i lavori di manutenzione straordinaria, in relazione alla cifra complessiva offerta per tali lavori.

Resta dunque priva di riscontro una voce costitutiva dell'offerta di rilevanza economica tale da indurre a ritenere ingiustificatamente anomala l'offerta della ditta ricorrente che, pertanto, legittimamente è stata esclusa dalla gara.

Ed invero, l'asserita contestualità di funzioni che a pag. 16 del



- Tito Aru, Primo Referendario, estensore.

Depositata in segreteria oggi 29/10/2004

Il Segretario Generale f.f.