



**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale  
del Lazio**

**- Sezione I-quater -**

N. Reg.Sent.  
Anno 2004

N. 5904 Reg.Ric.  
Anno 2003  
N. 1067 Reg. Ric.  
Anno 2004

ha pronunciato la seguente

**Sentenza**

sul **ricorso n. 5904 del 2003**, proposto della GI.PI S.r.l., in persona del rappresentante legale p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Luigi Ambrosino ed elettivamente domiciliata presso la Segreteria del TAR Lazio, situata in Roma, via Flaminia n. 189;

**contro**

il Ministero della Giustizia, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui è elettivamente domiciliato, in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

quatenus opus, la Commissione del Seggio di Gara, istituitasi con prot. n. 945 del 4.12.2002 presso la sede distaccata del Ministero della Giustizia Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, in Roma, Largo Luigi D'Aga n. 2;

quatenus opus, la Commissione tecnico-consultiva, istituitasi in data 25.2.2003 per le valutazioni economiche della congruità e delle anomalie delle offerte presso la sede distaccata del Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, in Roma, Largo Luigi D'Aga n. 2;

### **e nei confronti**

della Società Calzaturieri Mastromarco Soc. Coop. A.r.l., legittimata attiva del RTI con Battistini s.p.a., De Risi Sud S.p.A., Erremme srl Gioia snc, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Raffaele Barone ed elettivamente domiciliata presso la Segreteria di questo Tribunale, situata in Roma, via Flaminia n. 189;

### **per l'annullamento**

- del verbale (senza protocollo in data 25.2.2003), venuto a conoscenza in sede di accesso alla documentazione in data 24.4.2003, della Commissione tecnico-consultiva, istituita per la valutazione tecnico-amministrativa ed economica della congruità ed anomalia delle offerte delle ditte partecipanti alla licitazione privata per fornitura di vestiario per il personale della Polizia Penitenziaria con il criterio di cui all'art. 19 comma "a" della legge 358/92, come modificato dall'art. 16 legge 402/98 nella parte in cui viene dichiarato che "le motivazioni esposte dalla Ditta Mastromarco sono ritenute adeguate a giustificare il prezzo proposto. La differenza più marcata che sussiste rispetto all'offerta (anch'essa anomala della ditta GI.PI)

attiene al costo del materiale e cioè la possibilità di ottenere materiali di buona qualità a prezzi ridotti....e che la fornitura possa essere aggiudicata alla ditta Mastromarco”;

- del verbale n. 945 di rep. del 4.12.2002 – proseguito in data 25.3.2003 con n. 973 di rep. – della Commissione del seggio di gara istituita presso la sezione distaccata del Dipartimento, nella parte in cui viene dichiarato che: “...in conformità al parere espresso dalla commissione tecnico/consultiva....valutate le precisazioni relative agli elementi costitutivi delle offerte.....ricorrendo le condizioni delibera aggiudicataria della fornitura la ditta calzaturieri Mastromarco (capogruppo di imprese) di 60.000 paia di scarpe tipo polacco al prezzo di Euro 24,93 cadaun paio”;

- del bando di gara pubblicato sulla GURI del 9.11.2002 n. 263 e sulla G.U.E. del 5.11.2002 n. S214 e della lettera di invito nella parte in cui richiamano l’art. 19 del d.lgs. 358/92 ove tale richiamo comporti l’applicazione di una disciplina diversa da quella prescritta dagli artt. 26 e 27 della direttiva CEE 93/36 del 14.6.1993;

- di ogni altro atto preordinato, connesso, conseguente e/o consequenziale, ivi compreso il provvedimento di aggiudicazione prot. n. GDAP 500 del 4.4.2003 0153046 – 2003 preannunciato via fax in data 4.4.2003 e ricevuto dall’Ufficio postale in data 17.4.2003, con il quale è stato comunicato per conoscenza alla ricorrente l’aggiudicazione della fornitura alla

calzaturieri Mastromarco, nonché ogni atto eventuale e definitivo incluso la eventuale stipulazione del relativo contratto;

**nonchè per la condanna**

al risarcimento dei danni, ai sensi dell'art. 35 del D.Lgs. 80/98, così come modificato dall'art. 7 della legge 205/2000;

e sul **ricorso n. 1067 del 2004**, proposto dalla GI.PI Srl, in persona del rappresentante legale p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Luigi Ambrosino ed elettivamente domiciliata presso lo studio del difensore, situato in Roma, via dei Fontej n. 20;

**contro**

il Ministero della Giustizia, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui è elettivamente domiciliato, in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

quatenus opus, la Commissione del Seggio di Gara, istituitasi con prot. n. 945 del 4.12.2002 presso la sede distaccata del Ministero della Giustizia Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, in Roma, Largo Luigi D'Aga n. 2;

quatenus opus, la Commissione tecnico-consulativa, istituitasi in data 25.2.2003 per le valutazioni economiche della congruità e delle anomalie delle offerte presso la sede distaccata del Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, in Roma, Largo Luigi D'Aga n. 2;

**e nei confronti**

della Società Calzaturieri Mastromarco Soc. Coop. A.r.l.,  
legittimata attiva del RTI con Battistini s.p.a., De Risi Sud  
S.p.A., Erremme srl Gioia snc, in persona del legale  
rappresentante p.t., n.c.;

### **per l'annullamento**

- del verbale senza protocollo in data 10.9.2003 notificato in data  
18.12.2003, formalizzato dalla Commissione Tecnico-consultiva  
istituita per la valutazione tecnico/amministrativa ed  
economica della congruità ed anomalia delle offerte delle ditte  
partecipanti alla licitazione privata per la fornitura di vestiario  
per il personale della Polizia Penitenziaria con il criterio di cui  
all'art. 19 comma "a" della legge 358/92 come modificato  
dall'art. 16 legge 402/98 nella parte in cui viene dichiarato che  
"Ricorso Ditta GI.PI. srl - La Commissione rappresenta che le  
giustificazioni addotte dalla ditta Mastromarco Soc. Coop. a r l  
sono state ritenute adeguate nella precedente seduta del  
25.2.2003, giusto verbale in tale data redatto, in quanto sia pure  
sinteticamente contengono l'indicazione esaustiva di tutte le  
componenti che determinano il prezzo. Peraltro, le modalità  
con cui sono state esposte le giustificazioni della Mastromarco  
sono del tutto simili a quelle della GI.PI. srl: entrambi hanno  
allegato schede di costo e le voci esposte in dette schede sono  
approssimativamente sovrapponibili e quindi comparabili.  
Infatti la differenza più marcata attiene al costo del materiale.  
Comparati i costi della materia prima con la rilevazione dei

prezzi all'ingrosso della Camera di Commercio di Milano, si è rilevato per entrambe le ditte un'altissima percentuale di sconto, giustificata solo in termini di quantità di approvvigionamento e dal mercato, elementi sui quali non si è ritenuto di dover ulteriormente approfondire. A sostegno della propria offerta, peraltro, la ditta Mastromarco ha dichiarato la disponibilità dei suoi fornitori ad effettuare sensibili riduzioni del prezzo, soprattutto in relazione al notevole quantitativo della fornitura, elemento che si aggiunge all'accesso di disponibilità sul mercato (che non si esclude possa essere diverso per entrambe le ditte). Per tali motivi la Commissione ha ritenuto di indicare nell'offerta con maggiore sconto quella preferibile. -....”;

- per quanto possa e valga, del verbale della Commissione del seggio di gara eventualmente formalizzato in data successiva al 10.9.2003, allo stato non conosciuto e non rinvenuto in accesso, nella parte in cui - recependo le suindicate deliberazioni assunte dalla Commissione Tecnico-consultiva - abbia deliberato l'aggiudicazione della fornitura alla Ditta Calzaturieri Mastromarco in RTI;

- del verbale n. 945 di rep. del 4.12.2002 - proseguito in data 25.3.2003 con n. di rep. 973 - della Commissione del seggio di gara istituita presso la sezione distaccata del Dipartimento, ove tale provvedimento sia stato de plano ritenuto dalla Stazione

appaltante, ora per allora, valido ai fini del provvedimento definitivo di aggiudicazione;

- del bando di gara pubblicato sulla GURI del 9.11.2002 n. 263 e sulla G.U.E. del 5.11.2002 n. S214 e della lettera di invito nella parte in cui richiamano l'art. 19 del d.lgs. 358/92 ove tale richiamo comporti l'applicazione di una disciplina diversa da quella prescritta dagli artt. 26 e 27 della direttiva CEE 93/36 del 14.6.1993;

- del provvedimento n. 470193 del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria - Direzione Generale delle Risorse Materiali dei beni e dei servizi - Ufficio II in data 3.12.2003 notificato alla ricorrente con nota AR in data 18.12.2003 che, recependo de plano quanto contenuto nel provvedimento della Commissione Tecnico-Consultiva, comunica che: "in virtù del rinnovato parere della Commissione tecnico consultiva nella riunione del 10.9.2003 e della nota dell'Avvocatura Generale dello Stato (...) questo Ufficio è venuto nella determinazione di confermare a codesta ditta l'aggiudicazione del 4.4.2003. Pertanto, si rende noto che vengono confermati tutti gli atti conseguiti alla suddetta aggiudicazione ossia il contratto di cui all'oggetto (...)"

- di ogni altro atto preordinato, connesso, conseguente e/o consequenziale, ivi compresi: 1) il provvedimento di aggiudicazione n. prot. GDAP 500 del 4.4.2003 0153046 - 2003 preannunciato via fax in data 4.4.2003 e ricevuto dall'Ufficio

postale in data 17 aprile 2003 atto a cui viene dato effetto confermativo con il provvedimento 470193 (odiernamente impugnato) con il quale era stata comunicata per conoscenza alla ricorrente l'aggiudicazione della fornitura alla calzaturieri Mastromarco; 2) della nota dell'Avvocatura Generale dello Stato; 3) nonché ogni atto eventuale e definitivo allo stato non conosciuto inclusa la eventuale stipulazione del relativo contratto;

### **nonchè per la condanna**

al risarcimento dei danni, ai sensi dell'art. 35 del D.Lgs. 80/98, così come modificato dall'art. 7 della legge 205/2000;

Visti i ricorsi con la relativa documentazione;

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

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

Visti gli atti tutti delle cause;

Data per letta alla pubblica udienza del 26 aprile 2004 la relazione del Ref. Antonella Mangia; uditi, altresì, l'Avv. Ambrosino e l'Avv. Barone;

Ritenuto in fatto ed in diritto quanto segue:

### **Fatto**

Con bando di gara pubblicato nella G.U.R.I. del 9.11.2002 n. 263, il Ministero della Giustizia Dip. dell'Amministrazione Penitenziaria indiceva una licitazione privata in ambito U.E. su



prezzo base palese e con i criteri di aggiudicazione di cui all'art. 19 lett. "a" del d.lgs. 358/92, per materiali vari per le esigenze del personale.

Superata la prequalificazione, la ricorrente veniva invitata, unitamente ad altre concorrenti, a presentare offerta per il lotto "A" (paia 60.000 scarpe estive tipo polacco). A ciò ottemperava nei termini prescritti, proponendo un prezzo pari a 27,89 Euro al paio, a fronte del prezzo base stimato dall'Amministrazione di 40 Euro.

In sede di apertura delle offerte veniva considerata valida anche la migliore offerta della Calzaturieri Mastromarco RTI, pari a 24.93 Euro al paio.

Entrambe dette offerte, dichiarate anormalmente basse rispetto al prezzo base, venivano sottoposte a controllo di congruità e, dunque, le società GI.PI e Mastromarco venivano invitate a fornire precisazioni degli elementi costitutivi e pertinenti dell'offerta, tali da consentire di valutare in merito a "economia del processo di fabbricazione, le soluzioni tecniche adottate, le condizioni eccezionalmente favorevoli godute, per fornire il prodotto o l'originalità del prodotto".

In seguito alla valutazione da parte della Commissione tecnico-consultiva dei riscontri forniti, la Commissione del seggio di gara disponeva l'aggiudicazione della fornitura alla calzaturieri Mastromarco.

Avverso tale provvedimento e gli altri atti riportati in epigrafe sub ricorso 5904/2003, la società GI.PI è insorta, deducendo i seguenti motivi di impugnativa:

**I - Violazione e falsa applicazione dell'art. 19 D.Lgs. 358/92 attuativo delle direttive CEE 77/62 - 80/77 - 88/295 - 93/36.**

**Violazione dell'art. 6 della legge n. 241/90. Difetto assoluto d'istruttoria. Eccesso di potere per sviamento dal fine pubblico. Travisamento. Illogicità ed incongruenza manifesta.**

**Infondatezza ed erroneità del giudizio di anomalia.**

**Violazione dell'art. 3 L. 241/90, del principio generale della par condicio e della stessa lex specialis di gara, bando e lettera di invito.**

L'Amministrazione non ha assolto gli obblighi di legge imposti per la verifica tecnico-economica delle offerte anomale in quanto ha formulato il proprio giudizio su giustificazioni della controinteressata vaghe ed indimostrate, senza porre in essere alcun accertamento istruttorio. E' del tutto carente una giustificazione dei singoli passaggi logici che hanno condotto al giudizio positivo finale, nel quale si rinviene una mera ripetizione delle giustificazioni dell'impresa. In definitiva, le decisioni della P.A. sono manchevoli di quella analitica ed approfondita verifica richiesta per tale specifica procedure.

**II - Violazione degli artt. 26 e 27 della Direttiva CEE 93/36 e connessa violazione dell'art. 19 commi 2, 3 e 4 D.lgs. 358/92.**

**Violazione degli artt. 3 e 6 della legge 241/90. Infondatezza ed erroneità del giudizio di anomalia. Assoluta carenza di**

**istruttoria. Eccesso di potere per falso presupposto di fatto ed illogicità manifesta e contraddittorietà. Disparità di trattamento e travisamento in fatto e diritto. Violazione del principio generale della pienezza del contraddittorio successivo alla fase di presentazione dell'offerta. Motivazione carente e perplessa. Violazione artt. 3, 41 e 97 Costituzione.** Anche il provvedimento conclusivo all'intero procedimento di verifica è viziato sotto i profili eccepiati nel precedente motivo. Non sono stati, poi, predeterminati i criteri di valutazione/verifica.

**III - Violazione e falsa applicazione del combinato disposto di cui agli artt. 10 e 19 D.lgs. 358/92. Eccesso di potere per sviamento dal fine pubblico. Violazione della legge speciale di gara.** Le giustificazioni della costituenda ATI Mastromarco non risultano sottoscritte da tutte le imprese partecipanti.

**IV - Violazione del principio generale che le Commissioni giudicatrici di una qualsiasi gara di appalto costituiscano collegio perfetto. Conseguente violazione del principio generale dell'unicità e collegialità delle decisioni. Ulteriore e conseguente violazione del principio generale che statuisce essere devolute alle Sottocommissioni funzioni meramente istruttorie, che non comportino esercizio di poteri discrezionali. Eccesso di potere per sviamento dal fine pubblico perseguito. Assoluta carenza di istruttoria.**

**Incompetenza assoluta. Illegittimità del provvedimento derivato. Assoluta carenza di motivazione.**

L'Amministrazione intimata ed il Calzaturificio Mastromarco si sono costituiti in giudizio resistendo.

In particolare, con memoria depositata il 2.7.2003, il Calzaturificio Mastromarco ha contestato le censure elaborate dalla ricorrente, evidenziando - in particolare - che la verifica delle offerte costituisce una valutazione attinente all'esercizio di un potere discrezionale, che i fatti presupposti sono tutti sussistenti, che la scelta dell'Amministrazione è logica e coerente.

Con memoria depositata in data 26 giugno 2003, la ricorrente ha sostanzialmente reiterato le censure già sollevate.

Con ordinanza n. 3171/2003 del 2 luglio 2003, questo Tribunale ha accolto l'istanza di sospensione formulata dalla ricorrente "ai fini del motivato riesame da parte dell'Amministrazione delle giustificazioni fornite dalla controinteressata Soc. Coop. Calzaturieri Mastromarco riguardo al dichiarato prezzo di acquisto delle materie prime per la realizzazione del prodotto finito, in raffronto alle rilevabili condizioni di mercato e alla dimostrazione delle condizioni di vendita che verrebbero effettivamente praticate dalle ditte fornitrici della Società risultata aggiudicataria".

In seguito a detta ordinanza, la Commissione tecnica consultiva ha espresso un nuovo parere, nell'ambito del quale riferisce di

una comparazione dei costi della materia prima con la rilevazione dei prezzi all'ingrosso della Camera di Commercio di Milano, constatando un'altissima percentuale di sconto per la ricorrente e la controinteressata, "giustificata solo in termini di quantità di approvvigionamento e dal mercato, elementi sui quali non si è ritenuto di dover ulteriormente approfondire". Risulta, altresì, ulteriormente richiamata la dichiarazione della Ditta Mastromarco relativa alla disponibilità dei suoi fornitori ad effettuare sensibili riduzioni di prezzo.

Detto parere conclude: "Per tali motivi la Commissione ha ritenuto di indicare nell'offerta con maggiore sconto quella preferibile".

Stante anche la nota in data 28.11.2003 dell'Avvocatura Generale dello Stato, l'Amministrazione intimata ha comunicato con nota del 3.12.2003 alla ricorrente ed alla controinteressata la determinazione di confermare l'aggiudicazione del 4.4.2003.

Alla luce delle descritte vicende, caratterizzate dall'adozione dei su riportati atti e provvedimenti, la ricorrente ha proposto istanza per l'esecuzione della misura cautelare adottata con l'ordinanza n. 3171/2003 ex art. 21, comma 7, della legge n. 1034/71, rinviata, poi, al merito nella camera di consiglio del 18.2.2004.

Con memoria depositata in data 5 aprile 2004, la controinteressata ha asserito che l'Amministrazione ha

adempito a quanto disposto da questo Tribunale con l'ordinanza di sospensiva.

Con ricorso n. 1067/2004 la ricorrente ha impugnato gli atti ed i provvedimenti intervenuti nel prosieguo della vicenda in esame, deducendo i seguenti motivi di impugnativa:

**I - Violazione del principio generale della prevalenza della funzione giustiziale su quella amministrativa. Violazione connessa e susseguente del principio generale dell'obbligo della P.A. di attenersi nella sua successiva attività di amministrazione attiva alle statuizioni del giudice. Violazione dei principi generali dell'imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Costituzione). Violazione e falsa applicazione dell'art. 19 D.Lgs. 358/92 attuativo delle direttive CEE 77/62 - 80/77 - 88/295 - 93/36. Violazione artt. 3 e 6 Legge 241/90. Assoluta carenza di istruttoria. Sviamento. Illegittimità derivata.** Gli adempimenti indicati nell'ordinanza n. 3171 del 2003 restano insoluti. E' stato riprodotto un atto identico, non supportato da un'approfondita istruttoria e da un'adeguata motivazione bensì basato su un mero giudizio prognostico.

**II - Violazione di legge. Violazione art. 16 R.D. 2440/1923 in connessione con l'art. 88 R.D. 824/1927. Violazione del principio generale della continuità delle procedure e degli atti di gara. Omessa rinnovazione degli atti successivi a quelli riesaminati a seguito della pronuncia cautelare. Eccesso di**

**potere sotto tutte le forme sintomatiche. Violazione art. 97 Cost.. Incompetenza. Illegittimità derivata. Assoluta carenza di motivazione.**

**III - Violazione e falsa applicazione dell'art. 19 D.Lgs. 358/92 attuativo delle direttive CEE 77/62 - 80/77 - 88/295 - 93/36. Violazione dell'art. 6 della legge n. 241/90. Difetto assoluto d'istruttoria. Eccesso di potere per sviamento dal fine pubblico. Travisamento. Illogicità ed incongruenza manifeste. Infondatezza ed erroneità del giudizio di anomalia. Violazione dell'art. 3 L. 241/90, del principio generale della par condicio e della stessa lex specialis di gara, bando e lettera di invito. La P.A. si è limitata a reperire i valori economici comunicati e nulla ha fatto per integrare quei dati che - come posti - risultano carenti ed incomprensibili, né per valutare comparativamente quegli indicatori. Permane la mancanza di una dettagliata giustificazione dei singoli passaggi logici tale da fornire il mezzo per controllare la giustezza del giudizio positivo.**

**IV - Violazione degli artt. 26 e 27 della Direttiva CEE 93/36 e connessa violazione dell'art. 19, commi 2, 3 e 4 del d.lgs. 358/92. Violazione degli artt. 3 e 6 della legge 241/90. Infondatezza ed erroneità del giudizio di anomalia. Assoluta carenza di istruttoria. Eccesso di potere per falso presupposto di fatto ed illogicità manifesta e contraddittorietà. Disparità di trattamento e travisamento in fatto e diritto. Violazione del**

**principio generale della pienezza del contraddittorio successivo alla fase di presentazione dell'offerta. Motivazione carente e perplessa. Violazione artt. 3, 41 e 97 della Costituzione.**

**V - Violazione e falsa applicazione del combinato disposto di cui agli artt. 10 e 19 D.Lgs. 358/92. Eccesso di potere per sviamento dal fine pubblico. Violazione della legge speciale di gara.**

**VI - Violazione e falsa applicazione dell'art. 19 D.Lgs. 358/92. Difetto assoluto di istruttoria. Eccesso di potere per sviamento dal fine pubblico. Travisamento di fatti ed atti. Illogicità ed incongruenza manifesta. Infondatezza ed erroneità del giudizio di anomalia. Violazione dell'art. 3 L. 241/90. Illegittimità derivata.**

L'Amministrazione intimata si è costituita resistendo. In particolare, con memoria depositata in data 13 aprile 2004, ha sostenuto di aver preso in considerazione tutti gli elementi valutativi e di non essere incorsa in intrinseca illogicità e contraddizione.

Con memoria conclusionale depositata in data 6 aprile 2004 per entrambi i ricorsi, accompagnata dal deposito nella medesima data di documentazione, afferente, tra l'altro, il listino dei prezzi all'ingrosso dei concianti, la ricorrente ha sostanzialmente reiterato le censure già sollevate.



I ricorsi sono stati ritenuti per la decisione alla pubblica udienza del 26 aprile 2004.

## **Diritto**

1. Considerata l'evidente connessione soggettiva ed oggettiva dei ricorsi, il Collegio procede in via preliminare alla riunione dei giudizi.

2. I ricorsi sono fondati e pertanto vanno accolti.

3. Come esposto nella narrativa che precede, con il ricorso n. 5904 del 2003 la società a responsabilità limitata GI.PI solleva una pluralità di censure, dirette a dimostrare l'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione intimata nell'ambito della gara indetta per la fornitura di materiali vari atti a soddisfare esigenze del personale della Polizia Penitenziaria.

In particolare, la ricorrente si duole delle modalità con le quali è stata aggiudicata - seguendo la procedura della licitazione privata - alla ditta Calzaturieri Mastromarco - mandataria di una costituenda A.T.I. - la fornitura del lotto A, previsto nel bando di gara, concernente "paia 60.000 di scarpe estive tipo Polacco di nuovo tipo per AA.PP. - prezzo base Euro 40,00 cad. paio (iva esclusa)".

Diffuse e specifiche sono le censure incentrate sul difetto di istruttoria e sulla carenza di motivazione, sollevate in relazione alla procedura di verifica della composizione dell'offerta anomala della controinteressata e, conseguentemente, al giudizio di congruità espresso dalla Commissione Tecnico-

consultiva ed al provvedimento di aggiudicazione della Commissione del Seggio di gara.

Tali censure sono meritevoli di condivisione.

La problematica in esame concerne la valutazione delle offerte anomale, da identificare – nel caso di specie – con le offerte che “presentino carattere anormalmente basso rispetto alla prestazione” ai sensi dell’art. 19, comma 2, del decreto legislativo n. 358 del 1992 (“Testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE”), modificato dal decreto legislativo n. 402 del 1998, con la precisazione che la medesima disposizione introduce, al comma 4, un criterio matematico di individuazione di dette offerte, prescrivendo l’assoggettamento a verifica di quelle che “presentano una percentuale di ribasso che supera di un quinto la media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse, calcolata senza tenere conto delle offerte in aumento”, a conferma dell’introduzione nell’ordinamento di criteri legislativi di individuazione dell’ “anomalia”, a scapito del potere discrezionale dell’Amministrazione esercitato in materia.

A fronte dell’erosione della discrezionalità nel momento dell’individuazione delle offerte anomale per mezzo della previsione di criteri di tipo matematico – i quali escludono alcun potere di scelta in relazione al se sottoporre le offerte sospette di anomalia alla verifica - è, invece, tuttora sussistente

la discrezionalità nel momento della verifica stessa delle offerte anomale, che assume la veste di momento prettamente valutativo.

E' noto che detta verifica si sostanzia nello svolgimento di un procedimento - necessariamente in contraddittorio con l'impresa concorrente - diretto alla verifica della congruità dei prezzi offerti rispetto alle prestazioni, in base alle giustificazioni addotte da chi ha formulato l'offerta.

Come già accennato, in tale fase può essere registrato un ampio potere discrezionale in capo all'Amministrazione procedente, dal momento che la normativa comunitaria non contiene previsioni specifiche in ordine alle modalità della verifica da seguire e rispettare.

Per contro, non può essere sottaciuta l'elaborazione a livello giurisprudenziale di regole del procedimento in contraddittorio per la verifica della congruità dei prezzi, atteso il pericolo di compromissione della piena tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive delle imprese concorrenti.

Non può così essere negata rilevanza ai suddetti vizi del difetto di istruttoria e della carenza di motivazione, i quali non investono la giustezza in sé delle valutazioni della Commissione tecnico-consultiva, determinando una sostanziale sostituzione del giudice all'Amministrazione, bensì concernono precipuamente le modalità che caratterizzano l'operato dell'Amministrazione, che deve rispondere in ogni caso ai

principi di buon andamento e di finalizzazione all'interesse pubblico ed ai criteri di efficacia, economicità, efficienza e trasparenza.

Si può così affermare che anche nelle ipotesi in cui una determinazione debba essere assunta sulla base di valutazioni tecniche e non ricorrano regole che predeterminino le verifiche da espletare e le iniziative da intraprendere, l'Amministrazione deve, comunque, procedere effettuando gli accertamenti che si rivelino irrinunciabili sulla base di criteri di ragionevolezza al fine di acquisire un minimo di garanzia in ordine all'esatta esecuzione della prestazione e non può limitarsi a verifiche meramente formali, prive di qualsiasi supporto probatorio, che, in ultimo, finiscono con il rappresentare una vera e propria omissione della verifica legislativamente prescritta.

Non vi è chi non veda, dunque, che nel caso di specie - avendo riportato la ditta Mastromarco dei costi dei materiali particolarmente ridotti - l'Amministrazione avrebbe dovuto effettuare ben diverse indagini, volte ad acquisire elementi certi e concreti sia in ordine alle condizioni di mercato che in relazione alle condizioni di vendita "effettivamente" praticate a detta società dalle ditte fornitrici - come prescritto anche da questo Tribunale nell'ordinanza cautelare n. 3171/2003 - e non basarsi, invece, su mere asserzioni, idonee a rivelarsi in futuro anche errate o non veritiere in quanto prive di qualsiasi riscontro concreto, atto a confermarle.

Come già accennato, oggetto di esame in questa sede è il metro di valutazione adottato dall'Amministrazione nell'esame delle giustificazioni delle offerte anomale, il quale costituisce un sicuro profilo di legittimità del procedimento di verifica suscettibile di sindacato giurisdizionale (cfr. C.d.S., Sez. V, sent. n. 5061 del 30 settembre 2002).

Non intaccando la discrezionalità tecnica che connota il giudizio di congruità svolto in relazione alle offerte anomale, va riconosciuto che il procedimento di verifica dell'attendibilità dell'offerta non può prescindere da certe regole - prima fra tutte il rispetto del contraddittorio - e non può non attenersi a canoni che consentano di riscontrare serietà nell'indagine, per mezzo dello svolgimento di un'istruttoria ponderata che investa le componenti costitutive dell'offerta stessa, sicchè ben può il giudice amministrativo sindacare se l'Amministrazione abbia o meno effettuato gli adempimenti idonei ad integrare il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta non soltanto in relazione alle modalità procedurali, ma anche e soprattutto con riferimento ai contenuti delle giustificazioni (cfr. Ad. Plen. C.d.S., sent. 23 gennaio 2003 n. 1).

Infatti, soltanto per mezzo dell'espletamento di un'ampia e puntuale verifica in ordine all'offerta ed alle successive giustificazioni dell'impresa poi risultata aggiudicataria, in virtù dell'adozione di un metro di valutazione consono in relazione alle peculiarità che caratterizzano la fattispecie concreta, è

possibile pervenire all'esclusione di ipotesi di irrazionalità ed illogicità (cfr. C.d.S., sent. n. 5061 cit.).

In questa sede è pienamente condiviso il principio secondo il quale il giudizio di accettabilità (o viceversa di inaccettabilità) dell'offerta anomala può prescindere da una verifica della totalità delle voci soltanto nell'ipotesi in cui gli elementi disponibili già consentano di concludere in senso favorevole o sfavorevole circa l'affidabilità dell'offerta stessa (cfr. C.d.S., Sez. VI, 31 gennaio 2003 n. 493). Ragionando al contrario, va ritenuto che tale verifica sia, invece, necessaria in tutti i casi - nell'ambito dei quali è riconducibile anche quello in esame - in cui gli elementi disponibili non consentano di pervenire ad alcuna conclusione in quanto risultano privi di riscontri concreti, atti a supportare l'attendibilità dell'offerta.

Come confermato anche da quanto disposto da questo Tribunale in sede cautelare, sull'Amministrazione gravava un onere di integrazione in contraddittorio delle giustificazioni addotte dalla Ditta Mastromarco per mezzo dell'espletamento di un'istruttoria suppletiva che meglio chiarisse determinati aspetti del mercato, pena l'inaccettabilità dell'offerta perché priva di compiuta prova (cfr. C.d.S., Sez. V, sent. n. 1502 del 30 ottobre 1995).

La mancata attivazione dell'Amministrazione nei termini sopra riportati determina, dunque, la sussistenza evidente del vizio di difetto d'istruttoria.

D'altro canto, non può essere disconosciuta l'esigenza che anche nella fase della valutazione delle offerte anomale l'Amministrazione assuma le proprie determinazioni dando conto dell'iter seguito e, dunque, rappresentando le ragioni di fatto e di diritto che conducono all'esclusione dell'impresa ovvero all'opposta conclusione della congruità dell'offerta anomala, nel rispetto delle posizioni delle imprese concorrenti e dei differenti interessi che alla medesima fanno capo.

La necessità della motivazione del giudizio della commissione tecnico-consultiva e del susseguente provvedimento di esclusione ovvero di aggiudicazione si giustifica e deve essere condivisa non solo per la generalizzazione dell'obbligo di motivazione da parte della legge n. 241 del 1990 ma anche per i principi espressi in sede comunitaria, in base ai quali può affermarsi l'esigenza di una motivazione che dimostri la concreta e specifica inaffidabilità ovvero affidabilità dell'offerta nelle sue singole componenti costitutive, nell'interesse delle concorrenti ma anche dall'Amministrazione, per la quale l'esatta esecuzione futura della prestazione ha un'importanza primaria.

La negazione di differenziazioni tra i casi di giudizi positivi di congruità ed i casi di giudizi determinanti - invece - l'esclusione va ribadita proprio in relazione a detti interessi, che richiedono sempre e comunque la massima trasparenza

nell'operato dell'Amministrazione, a conferma, tra l'altro, dell'effettivo espletamento di un'adeguata istruttoria.

Nell'ipotesi in esame, il difetto di motivazione è evidente. Nel verbale della Commissione tecnico-consultiva del 25 febbraio 2003 non emergono valide valutazioni a supporto del giudizio espresso. Le considerazioni riportate, concernenti unicamente la possibilità - asserita ma non dimostrata dalla ditta Mastromarco - di ottenere materiali di buona qualità a prezzi ridotti e l'affidabilità della stessa ditta dimostrata dal buon andamento di precedenti contratti, appaiono incongrue e, comunque, inidonee a rappresentare pertinenti ragioni a sostegno del parere espresso, le quali avrebbero dovuto riguardare, oltre l'effettiva - e non meramente presunta - possibilità di ottenere i materiali ai costi indicati, la valutazione dell'offerta globalmente corrisposta alla realtà di mercato (Cons. Giust. Amm. Sic., Sez. Giurisd., sent. n. 64 dell'8 febbraio 2002).

Indiscutibile è il riporto di valutazioni superficiali, miranti a recepire pressoché pedissequamente le giustificazioni della ditta, senza addurre alcuna argomentazione idonea a dare atto, oltre che dei prezzi di mercato, della sussistenza di comprovate circostanze favorevoli incidenti sull'entità dell'offerta.

Tanto rileva ai fini dell'accoglimento del ricorso, sicchè le altre censure sollevate sono assorbite.

Per quanto attiene alla richiesta di risarcimento del danno, appare opportuna una trattazione congiunta della medesima



con la similare richiesta avanzata nell'ambito del ricorso n. 1067/2004, attesa la rilevanza che le diverse fasi che caratterizzano la fattispecie in esame, susseguitesì nel tempo, rivestono al riguardo.

4. Con il ricorso n. 1067/2004, la società GI.PI chiede l'annullamento del verbale della Commissione Tecnico-Consultiva in data 10.9.2003 nella parte riguardante le giustificazioni della ditta Mastromarco, del verbale eventualmente formalizzato in data successiva dalla Commissione del Seggio di Gara, del precedente verbale del 25.3.2004 della Commissione del Seggio di Gara ove ritenuto dalla Stazione Appaltante valido ora per allora, del bando di gara e della lettera di invito, del provvedimento in data 3.12.2003 n. 470193 del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria di conferma dell'aggiudicazione del 4.4.2003, nonchè di ogni altro atto, inclusa l'eventuale stipulazione del relativo contratto.

Come già preannunciato, anche tale ricorso è fondato e merita di essere accolto.

L'analisi del nuovo parere espresso dalla Commissione tecnico-consultiva - presupposto del provvedimento di conferma dell'aggiudicazione - conduce, infatti, ad affermare l'illegittimità degli atti impugnati per gli stessi vizi già rilevati nell'ambito del giudizio instaurato con il ricorso precedente.

Osserva, infatti, il Collegio che nell'operato dell'Amministrazione persistono il difetto di istruttoria e la carenza di motivazione.

Come esposto nella narrativa che precede, la Commissione tecnico-consultiva è tornata a pronunciarsi in ordine all'offerta della Ditta Mastromarco in seguito all'ordinanza n. 3171/2003 con la quale questo Tribunale aveva accolto la domanda incidentale di sospensione "ai fini del motivato riesame....delle giustificazioni fornite dalla controinteressata.....riguardo al dichiarato prezzo di acquisto delle materie prime per la realizzazione del prodotto finito".

Al riguardo erano state anche fornite delle indicazioni, ritenute utili e necessarie al fine dello svolgimento di un'istruttoria esaustiva.

Orbene, rileva il Collegio che la Commissione tecnico-consultiva ha sostanzialmente riprodotto il parere già espresso, senza che risulti dalla documentazione prodotta l'acquisizione di nuovi dati ovvero di ulteriori utili elementi.

Le sintetiche espressioni riportate non appaiono sufficienti a dare conto dell'adozione nel caso di specie del metro di valutazione necessario né si prestano a dare atto dello svolgimento di una puntuale verifica in ordine alle voci dell'offerta.

Premettendo che il mero raffronto con l'offerta di un'altra concorrente non vale ad esimere l'Amministrazione

dall'obbligo di effettuare compiutamente la verifica prescritta dall'art. 19 del Decreto legislativo n. 358 del 992, atteso che l'analisi della congruità dell'offerta anomala deve essere condotta in relazione essenzialmente a quest'ultima, senza possibilità di escludere l'obbligo di compiere le dovute verifiche sulla base della mera comparazione con altre offerte caratterizzate - del pari - da eccessivi ribassi, va evidenziato che la stessa Commissione, pur avendo riscontrato "un'altissima percentuale di sconto" rispetto ai prezzi all'ingrosso della Camera di Commercio di Milano, precisa di non aver ritenuto di "dover ulteriormente approfondire" su detta percentuale, ritenendola "giustificata solo in termini di quantità di approvvigionamento e dal mercato".

In definitiva, la stessa Commissione ammette di non aver compiuto verifiche invece indefettibili al fine della possibilità di ravvisare una congrua ed adeguata istruttoria.

Permane, dunque, la mancanza di una compiuta percezione degli elementi costitutivi dell'offerta e delle giustificazioni fornite a sostegno dell'offerta stessa, certamente rilevante in sede di sindacato del giudice amministrativo (cfr. TAR Veneto, Sez. I, sent. n. 823 del 29 maggio 1999).

Tale circostanza assume, tra l'altro, una valenza concreta e sostanziale ove si consideri la documentazione fornita dalla ricorrente, che dimostra l'impossibilità di reperire sul mercato

materiali di una certa qualità a prezzi che scendano al di sotto di determinate soglie.

E' evidente ancora che giustificazioni del tipo di quelle fornite dalla Ditta Mastromarco sono caratterizzate da un'estrema genericità e costituiscono mere dichiarazioni che potevano essere adottate da qualsiasi altra concorrente all'unico scopo di vincere la gara, sicchè la scelta di ritenerle rilevanti prescindendo da qualsiasi ulteriore accertamento equivale a determinare una situazione di rischio futuro per l'Amministrazione nonché una violazione della par condicio tra le concorrenti, specie in relazione a quelle imprese che hanno prodotto una documentazione analitica, dimostrativa delle condizioni di vendita effettivamente praticate dalle ditte fornitrici e di tutti gli altri elementi che concorrono a determinare l'offerta (quali, ad esempio, i tempi di produzione, i macchinari posseduti, il numero di operai impiegati, l'utile).

In relazione a quanto asserito dall'Amministrazione e dalla controinteressata, il Collegio avverte la necessità di aggiungere che il sindacato sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'Amministrazione, bensì alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e a procedimento applicativo (cfr. C.d.S., Sez. IV, sent. n. 601 del 9 aprile 1999), la quale è sicuramente carente nell'ipotesi in esame.

Nel caso di specie, persiste anche il difetto di motivazione.

Il mero raffronto con ulteriori offerte anomale non rileva – come già accennato - ai fini dell'accertamento della congruità dell'offerta, non esime dall'obbligo di effettuare una puntuale verifica in ordine alle giustificazioni dell'impresa, acquisendo anche elementi di riscontro concreti ed idonei a comprovare i dati riportati, e non può costituire una valida e congrua ragione di supporto per il giudizio espresso dalla Commissione.

Il riferimento al mancato ulteriore approfondimento degli elementi determinanti per l'adozione del parere – nonostante, tra l'altro, la sussistenza di un'altissima percentuale di sconto rispetto ai prezzi della Camera di Commercio di Milano - costituisce, altresì, un'ammissione atta a rivelare l'incongruità della valutazione in quanto dimostra all'esterno che l'atto endoprocedimentale non è stato assunto sulla base di ragioni di fatto valide e pertinenti, oggetto di specifico accertamento.

In definitiva, è carente una motivazione che dimostri la concreta e specifica affidabilità dell'offerta formulata dalla Ditta Mastromarco nelle sue singole componenti costitutive, nell'interesse delle concorrenti ma anche dall'Amministrazione, per la quale – come già affermato - l'esatta esecuzione futura della prestazione ha un'importanza primaria.

Al riguardo, di nessun ausilio si presenta la nota del Ministero della Giustizia – Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria in data 3.12.2003, che nulla aggiunge in ordine

alle ragioni di fatto o di diritto che dovrebbero rappresentare il supporto della determinazione assunta.

Anche l'analisi della nota dell'Avvocatura Generale dello Stato del 28.11.2003, richiamata in quella precedente, non consente di pervenire a conclusioni differenti, atteso che non riporta elementi ovvero argomentazioni utili al fine di giustificare la conferma dell'avvenuta aggiudicazione, idonei a costituire un'eventuale motivazione per relationem del provvedimento finale impugnato.

In conclusione, anche il ricorso n. 1067/2004 merita di essere accolto.

5. L'accoglimento dei ricorsi in epigrafe comporta l'annullamento dell'aggiudicazione al soggetto controinteressato e, quindi, del verbale in data 25.3.2003 della Commissione del Seggio di gara, della nota n. prot. GDAP 500 del 4.4.2003 nonché del successivo provvedimento di conferma n. 470193 del 3.12.2003, con conseguente accertamento della nullità del contratto stipulato tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario soccombente.

E' da ritenersi, infatti, superato l'assunto secondo il quale il procedimento amministrativo di evidenza pubblica andrebbe qualificato, sul piano civilistico, come manifestazione complessa della volontà negoziale della parte pubblica sì da dare luogo ad un contratto annullabile su iniziativa della volontà negoziale del solo contraente pubblico.

La caratterizzazione imperativa delle prescrizioni violate e la funzionalizzazione di queste alla tutela dell'interesse anche delle imprese rende, infatti, più plausibile la ricostruzione che configura una causa di nullità del contratto per violazione di norme imperative ai sensi dell'art. 1418 c.c., con conseguente legittimazione aperta ai sensi dell'art. 1421 c.c.; ovvero quella, parimenti capace di soddisfare le esigenze sopra prospettate che, prendendo spunto dal rilievo che l'aggiudicazione costituisce il presupposto determinante della stipulazione, conclude, secondo la logica dell'effetto caducante automatico, nel senso che l'inefficacia dell'atto amministrativo "ex tunc" travolto dall'annullamento giurisdizionale comporta anche la caducazione immediata, non necessitante di pronunce costitutive, degli effetti del negozio (cfr., tra le altre: C.d.S., Sez. VI, sent. n. 7470 del 19 novembre 2003; C.d.S., Sez. VI, sent. n. 2992 del 30 maggio 2003; C.d.S., Sez. VI, sent. n. 2332 del 5 maggio 2003; TAR Veneto, Sez. I, sent. n. 5462 del 3 novembre 2003, sent. n. 4608 del 3 settembre 2003; TAR Campania, Sez. I, sent. n. 10090 del 25 luglio 2003; TAR Sardegna, sent. n. 913 del 25 luglio 2003).

Per completezza, si ricorda che l'Amministrazione è tenuta a ripercorrere le fasi del procedimento travolte dalla pronuncia giurisdizionale (cfr. TAR Campania, Sez. II, sent. n. 134153 del 29 ottobre 2003).

6. In entrambi i ricorsi in epigrafe, la ricorrente chiede la condanna al risarcimento dei danni, ai sensi dell'art. 35 del D.Lgs. 80/98, così come modificato dall'art. 7 della legge n. 205/00.

In particolare, la ricorrente chiede: - in via preliminare la reintegrazione in forma specifica; - in via subordinata, il risarcimento del danno per equivalente; - in via ulteriormente gradata, il risarcimento del danno per perdita di chance.

Preliminarmente, il Collegio ritiene di dover evidenziare che il contratto per la fornitura, ancorché sia stato stipulato in data 16.5.2003, non risulta ancora eseguito, così come dichiarato dall'Amministrazione nella nota del 17.3.2004 (all. n. 3 della documentazione depositata dalla ricorrente in data 6.4.2004, nell'ambito del giudizio instaurato con il ricorso n. 1067/2004).

L'importanza di questa precisazione è nota, atteso che, come riconosciuto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la già richiamata sentenza n. 1 del 23 gennaio 2003, l'avvenuta integrale esecuzione della prestazione oggetto di un contratto con la P.A., pur non determinando il venir meno dell'interesse del ricorrente alla definizione del giudizio proposto contro il provvedimento di aggiudicazione della gara, comporta, però, semplicemente il "ristoro" alla società del pregiudizio patito per effetto dell'illegittimità provvedimento.

Ciò premesso, può essere accolta l'istanza di reintegrazione in forma specifica, avanzata dalla ricorrente, che si concreta nella



ripetizione della gara e non, invece, nell'aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente medesima (cfr. C.d.S., Sez. V, sentenza n. 505 del 3 febbraio 2003).

Dall'illegittimità riscontrata non discende, infatti, che la società GI.PI si sarebbe sicuramente aggiudicata la gara ove l'Amministrazione avesse esercitato correttamente il suo potere, ma discende che, avendo dovuto essere la procedura di gara correttamente svolta, è incerto chi sarebbe risultato aggiudicatario della stessa.

D'altro canto, l'illegittimità dell'atto di aggiudicazione di un appalto, pur costituendo presupposto imprescindibile per la configurazione di un illecito civile risarcibile, non costituisce un elemento sufficiente ex se a determinare la responsabilità risarcitoria dell'Amministrazione, specie nei casi in cui in cui l'aggiudicazione non abbia come conseguenza il diritto al conseguimento dell'appalto, ma generi unicamente il dovere dell'Amministrazione di rimuovere i vizi della procedura riscontrati dalla decisione di annullamento, non essendo il tal caso configurabile un interesse ulteriore rispetto a quello della ripetizione della procedura (cfr. TAR Marche, sent. n. 979 del 29 agosto 2003; TAR Emilia Romagna, Sez. II, sent. n. 132 del 24 febbraio 2003; TAR Sardegna, sent. n. 181 dell'11 febbraio 2003).

7. Per le ragioni sopra esposte, i ricorsi n. 5904/2003 e n. 1067/2004 sono accolti.

Le spese di lite seguono, come di regola, la soccombenza e sono liquidate a favore della ricorrente in complessivi Euro 5.000,00, oltre IVA e CPA nei termini di legge.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sezione I-quater - accoglie i ricorsi indicati in epigrafe e, per l'effetto, annulla: il verbale della Commissione Tecnico-Consultiva in data 25 febbraio 2003 nella parte in cui è espresso il giudizio sulle motivazioni della Ditta Mastromarco; il verbale n. 973 di rep. del 25 marzo 2003 della Commissione del Seggio di Gara nella parte in cui è deliberata l'aggiudicazione alla Ditta Mastromarco; la nota della GDAP 500 del 4.4.2003 0153046; il verbale della Commissione Tecnico-Consultiva in data 10.9.2003 nella parte in cui è espresso un nuovo giudizio positivo sulle giustificazioni addotte dalla Ditta Mastromarco; il provvedimento n. 470193 del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria - Direzione Generale delle Risorse Materiali dei Beni e dei Servizi in data 3.12.2003, di conferma dell'aggiudicazione del 4.4.2003.

Dichiara nullo il contratto per la fornitura stipulato in data 16 maggio 2003, rep. n. 4421.

Condanna l'Amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica e, pertanto, ordina la rinnovazione della gara.

Condanna l'Amministrazione al pagamento delle spese di giudizio, liquidate a favore della ricorrente in Euro 5.000,00, oltre IVA e CPA nei termini di legge.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 26 aprile 2004, con l'intervento dei signori giudici

Dr. Pio GUERRIERI- Presidente

Dr.ssa Gabriella DE MICHELE - Consigliere

Dr.ssa Antonella MANGIA - Referendario, relatore, estensore

**IL PRESIDENTE**

**L'ESTENSORE**