



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Sezione staccata di  
Brescia - ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 1658/2004, proposto da

DEC S.p.a., IN PROPRIO E COME CAPOGRUPPO PER CONTO  
DELL'A.T.I. COSTITUITA CON LE MANDANTI S.A.C.A.I.M. S.p.a.  
CEMENTI ARMATI ING. MANTELLI, BUSI IMPIANTI S.p.a., TERMIGAS  
BERGAMO S.p.a.

rappresentata e difesa dagli avv.ti Ciso Gitti e Vito Agresti, con domicilio eletto  
presso lo studio del primo in Brescia, Piazza della Loggia n. 5;

contro

AZIENDA OSPEDALIERA OSPEDALI RIUNITI DI BERGAMO,  
costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv.to Mauro Ballerini,  
elettivamente domiciliata presso il suo studio in Brescia, Via Moretto n. 42/a;

e con l'intervento *ad opponendum* di

C.M.B. COOP.VA MURATORI E BRACCIANTI DI CARPI Soc. Coop. a r.l.,  
IN PROPRIO E COME CAPOGRUPPO PER CONTO DELL'A.T.I.  
COSTITUITA CON LE MANDANTI ASTER ASSOCIATE TERMOIMPIANTI  
S.p.a, COFATECH PROGETTI S.p.a., COFATECH SERVIZI S.p.a.,  
MARCORA COSTRUZIONI S.p.a., GARBOLI-CONICOS S.p.a.,  
CONSORZIO COOPERATIVE COSTRUZIONI,

rappresentata e difesa dagli avv.ti Sergio Colombo, Francesco Benatti e Vito Salvadori, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Brescia, Via Vittorio Emanuele II n. 4;

per l'annullamento

del provvedimento della Commissione aggiudicatrice in data 5/10/2004, recante l'esclusione della ricorrente dalla gara d'appalto per l'affidamento dei lavori di realizzazione del nuovo ospedale di Bergamo, ed altresì, *in parte qua*, del disciplinare di gara, del bando e dei relativi provvedimenti di adozione o approvazione, oltre ad ogni altro atto connesso ancorché sconosciuto;

e per il risarcimento del danno in forma specifica attraverso la riammissione della ricorrente alla gara;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione intimata e l'atto di intervento *ad opponendum* della controinteressata;

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

Presa visione di tutti gli atti della causa;

Designato quale relatore alla pubblica udienza del 18/1/2005, il dott. Stefano Tenca;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

### **FATTO**

In data 14/7/2004 l'Azienda Ospedaliera "Ospedali riuniti di Bergamo" indiceva una procedura aperta per l'appalto dei lavori di realizzazione del nuovo ospedale di Bergamo nonché per l'affidamento della successiva attività di manutenzione e conduzione degli impianti, avvalendosi del sistema di

aggiudicazione del massimo ribasso percentuale ai sensi dell'art. 21 comma 1 e 1-bis lett. b) della L. 11/2/1994 n. 109.

Nella seduta del 5/10/2004 la Commissione, in sede di esame della documentazione prodotta ai fini dell'ammissione alla gara, disponeva l'esclusione della ricorrente, rilevando che le schede di giustificazione delle voci di prezzo più significative erano fascicolate in 6 volumi e che il primo di questi *“contraddistinto dalla dicitura Opere edili Volume 1/2 raccoglie le schede numerate da 1 a 129: nessuna di tali schede, seppure compilata, risulta debitamente sottoscritta, come espressamente richiesto, a pena di esclusione, dal disciplinare di gara”*. In particolare, la Commissione richiamava la clausola inserita a pag. 8 del disciplinare di gara secondo la quale *“ogni scheda del documento “Giustificazioni relative alle voci di prezzo più significative” dovrà, a pena di esclusione, essere sottoscritta dal legale rappresentante del concorrente o da suo procuratore”*.

Con ricorso notificato in data 13/10/2004, tempestivamente depositato, la ricorrente impugna il provvedimento recante l'esclusione dalla gara e gli atti presupposti, deducendo i seguenti motivi di diritto:

- a) Violazione dei principi in materia di procedure selettive ad evidenza pubblica e dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza, in quanto la mascherina delle schede relative alle opere edili – fascicolate e spillate lateralmente – sarebbe stata regolarmente firmata e timbrata dal legale rappresentante, mentre in aggiunta era allegato un *compact disc* che conteneva in formato elettronico gli identici dati riportati sui documenti cartacei;
- b) Violazione dell'art. 21 comma 1 bis della L. 109/94 e dei principi comunitari, nonchè eccesso di potere per manifesta illogicità e

contraddittorietà, in quanto lo stesso disciplinare di gara avrebbe testualmente consentito al responsabile del procedimento di chiedere integrazioni e chiarimenti nel caso che le giustificazioni fossero state insufficienti a dimostrare la congruità dell'offerta,

Si è costituita in giudizio l'amministrazione ed è intervenuta, *ad opponendum*, la controinteressata.

Questa Sezione – con ordinanza n. 1665 emessa nella Camera di consiglio del 26/10/2004 – ha accolto la domanda incidentale di sospensione del provvedimento impugnato, evidenziando la sussistenza del *fumus boni juris*.

Alla pubblica udienza del 18/1/2005 il ricorso veniva chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

### **DIRITTO**

La ricorrente censura la determinazione della Commissione giudicatrice che ha disposto la sua esclusione dalla procedura selettiva per l'affidamento dei lavori di costruzione del nuovo ospedale di Bergamo, fondata sulla mancata osservanza di una prescrizione prevista dalla *lex specialis* a pena di esclusione ossia sull'omessa sottoscrizione – da parte del legale rappresentante – di 129 schede giustificative del prezzo offerto.

L'interveniente ha dedotto, in via pregiudiziale, che il gravame non le sarebbe stato tempestivamente notificato: con l'impugnato verbale di gara, relativo alla seduta del 5/10/2004, sarebbe stato formato un elenco delle offerte economiche presentate, dal quale emergeva che la Coop. C.M.B. aveva praticato il massimo ribasso percentuale e doveva considerarsi quindi affidataria dell'appalto e, pertanto, controinteressata in senso tecnico.

L'eccezione è infondata.

Va anzitutto premesso che, in materia di gare d'appalto, le imprese partecipanti alla gara – nella fase antecedente all'aggiudicazione e prima di aver conseguito un risultato positivo dal suo favorevole esito – non assumono la qualità di controinteressate nel ricorso proposto avverso l'atto di esclusione di un concorrente: la mera partecipazione alla gara, infatti, non attribuisce al soggetto alcun interesse *ex se* tutelabile alla conservazione di siffatti provvedimenti, tenuto conto dell'incertezza dell'esito della selezione, non essendo esso titolare di alcuna posizione di vantaggio che verrebbe pregiudicata in caso di annullamento (Tar Marche – 25/2/2000 n. 301). La veste di controinteressato, destinatario della notifica del ricorso, va dunque riconosciuta solo al soggetto dichiarato aggiudicatario, il quale è l'unico che ricava dal provvedimento gravato un beneficio diretto, immediato ed attuale e che pertanto è interessato alla conservazione dei suoi effetti.

Nella fattispecie il verbale del 5/10/2004 contiene, nell'ultima pagina, un semplice prospetto riassuntivo dei ribassi praticati dai concorrenti, dal quale peraltro emerge che l'offerta di C.M.B. racchiudeva lo sconto più consistente e pertanto doveva essere preventivamente sottoposta al procedimento di verifica dell'anomalia. Va dunque sottolineata la decisiva circostanza per cui il verbale non ha disposto alcuna aggiudicazione, seppur provvisoria, dell'appalto, e di conseguenza non era in quel momento configurabile la presenza di controinteressati ai quali il ricorso in epigrafe dovesse essere notificato.

**1.** Con unico, articolato motivo, la ricorrente deduce la violazione dei principi in materia di procedure selettive ad evidenza pubblica e dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza, in quanto la mascherina delle schede relative alle opere edili – fascicolate e spillate lateralmente – sarebbe stata regolarmente firmata e timbrata dal legale rappresentante, mentre in aggiunta era allegato un

*compact disc* che conteneva in formato elettronico gli identici dati riportati sui documenti cartacei. Inoltre contesta la violazione dell'art. 21 comma 1 bis della L. 109/94 e dei principi comunitari, nonché l'eccesso di potere per manifesta illogicità e contraddittorietà, in quanto lo stesso disciplinare di gara avrebbe testualmente consentito al responsabile del procedimento di chiedere integrazioni e chiarimenti nel caso che le giustificazioni fossero state insufficienti a dimostrare la congruità dell'offerta.

Rileva la ricorrente che la condotta della stazione appaltante sarebbe stata improntata ad un rigido ed inutile formalismo in quanto il contenuto delle schede sarebbe stato ricavabile *aliunde* nei files di sola lettura del supporto elettronico. Aggiunge altresì che l'amministrazione avrebbe ben potuto richiedere la regolarizzazione della documentazione, non incidendo i chiarimenti sul contenuto dell'offerta ma solo sulla garanzia della sua provenienza: le giustificazioni non costituirebbero, del resto, requisiti di partecipazione alla gara ma verrebbero in rilievo solo nella fase, del tutto eventuale, di verifica dell'anomalia.

L'amministrazione ha obiettato che la Commissione di gara non godrebbe di alcun margine di apprezzamento in presenza di una chiara ed univoca clausola della *lex specialis*, in quanto la pubblica amministrazione sarebbe tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione alle prescrizioni contenute nel regolamento di gara, alla cui osservanza si è autovincolata al momento di adottare il bando, senza alcuna possibilità di disattenderle con valutazioni discrezionali circa la rilevanza dell'inadempimento.

Detto ordine di idee non può essere condiviso.

Il disciplinare di gara prevedeva testualmente l'obbligo per ciascuna impresa concorrente di inserire – nella busta B relativa all'offerta economica – le

giustificazioni relative alle voci del prezzo più significative, avvalendosi dello schema tipo compreso nell'apposito documento di gara predisposto dalla stazione appaltante: aggiungeva altresì il medesimo disciplinare, a pag. 8, che *“ogni scheda del documento “Giustificazioni relative alle voci di prezzo più significative” dovrà, a pena di esclusione, essere sottoscritta dal legale rappresentante del concorrente o da suo procuratore”*.

E' pur vero che, come evidenziato dall'interveniente, la normativa vigente dispone, a garanzia della serietà delle offerte, che queste debbano essere corredate, fin dalla loro presentazione, da giustificazioni relativamente alle voci di prezzo più significative, indicate nel bando di gara o nella lettera d'invito. A tal proposito, l'art. 21 comma 1 bis della L. 109/94 stabilisce che, nelle gare per l'aggiudicazione di lavori di importo pari o superiore al controvalore di 5.000.000 di D.S.P. *“... Le offerte debbono essere corredate, fin dalla loro presentazione, da giustificazioni relativamente alle voci di prezzo più significative, indicate nel bando di gara o nella lettera d'invito, .... Il bando o la lettera di invito devono precisare le modalità di presentazione delle giustificazioni, nonché indicare quelle eventualmente necessarie per l'ammissibilità delle offerte”*.

Tale adempimento rinviene la propria *ratio* nell'esigenza della stazione appaltante di disporre, già in sede di gara, degli elementi indispensabili per provvedere all'eventuale verifica di anomalia delle offerte presentate, la quale deve svolgersi nel contraddittorio fra la stazione appaltante e l'impresa concorrente successivamente all'apertura delle buste, sia pure sulla base delle giustificazioni previamente fornite in sede di presentazione dell'offerta (Consiglio Stato, sez. IV – 17/6/2003 n. 3414; Tar Lazio, sez. III – 13/2/2002 n. 967): è stato infatti puntualizzato che la ditta partecipante deve essere messa in

grado di formulare, dopo l'espletamento della gara, le proprie giustificazioni sull'intera offerta presentata mentre la richiesta di giustificazioni preventive parziali – seppur pienamente conforme alla direttiva comunitaria – non consente all'amministrazione di escluderla automaticamente senza un'ulteriore verifica *ex post*, ma semmai impone di corredare la dovuta richiesta di chiarimenti con l'indicazione dei profili di anomalia emergenti dalle delucidazioni già pervenute. E' quindi illegittima l'esclusione di una concorrente dalla gara d'appalto di lavori pubblici per anomalia dell'offerta, ad esempio, nel caso in cui la valutazione conclusiva sia stata effettuata sulla base delle sole pregiustificazioni e senza contraddittorio sugli elementi problematici dell'offerta medesima. (Cons. Giust. Amm.va Sicilia, sez. giurisd. – 7/11/2002 n. 607; Tar Puglia Lecce, sez. II – 7/10/2002 n. 5084).

In virtù di tali considerazioni, si rileva che le giustificazioni richieste dalla *lex specialis* della gara d'appalto in esame assumono il carattere di chiarimenti preventivi suscettibili di ulteriori approfondimenti e valutazioni, da svolgersi in prosieguo riconoscendo all'impresa che ha praticato il maggior ribasso la possibilità di interloquire nell'ulteriore fase che, peraltro, investe esclusivamente l'offerta sospettata di anomalia: ad avviso del Collegio la stazione appaltante – prevedendo a pena di esclusione l'obbligo del rappresentante legale di controfirmare tutte le schede giustificative – ha introdotto una clausola irragionevole, che non risponde ad alcun apprezzabile interesse e che finisce con l'appesantire inutilmente gli oneri a carico dei partecipanti alla gara, riferendosi a semplici giustificazioni preliminari che dovranno, se del caso, essere seguite da ulteriori richieste di puntualizzazioni e chiarimenti.



In base al generale principio di proporzionalità, nella *lex specialis* non possono essere previsti oneri gravosi, superflui o comunque esuberanti rispetto all'esigenza di garantire la segretezza delle offerte e la *par condicio* tra le imprese e la discrezionalità della pubblica amministrazione di integrare i requisiti di ammissione trova un limite nella necessaria adeguatezza alla tipologia, oggetto ed entità della prestazione per la quale è stata indetta la gara, oltre che nel generale divieto di aggravare il procedimento quando segretezza e *par condicio* appaiono già adeguatamente assicurate (cfr. sentenza Sezione 5/10/2004 n. 1151; Tar Puglia Lecce, sez. II – 31/3/2004 n. 2216; Consiglio di Stato, V – 30/4/2002 n. 2294).

Dev'essere peraltro osservato che, nella fattispecie, la ricorrente ha integralmente presentato le proprie giustificazioni allegando sia la documentazione cartacea che lo strumento digitale, e pertanto risulta aver soddisfatto lo specifico obbligo previsto dalla normativa interna e comunitaria, omettendo tuttavia di apporre, su parte delle schede, la sottoscrizione del rappresentante legale.

La Commissione non ha, al riguardo, ritenuto di chiedere all'impresa una dichiarazione integrativa che confermasse l'autenticità della provenienza delle giustificazioni.

Al di là dell'esistenza di un'espressa previsione in tal senso nella *lex specialis*, è noto che il valore comunitario della concorrenza esprime l'interesse pubblico all'individuazione della migliore offerta sul piano tecnico al prezzo più vantaggioso per la stazione appaltante: in ossequio al principio del *favor participationis* è stata quindi codificata la regola di cui all'art. 6 comma 1° lett.

b) della L. 241/90, riguardante la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete, la quale pone un principio di carattere generale valido per ogni

procedimento amministrativo ed è pertanto applicabile anche alle procedure di gara d'appalto per l'aggiudicazione dei contratti della pubblica amministrazione. Il responsabile del procedimento è infatti tenuto ad invitare le imprese a sanare eventuali irregolarità – completando o chiarendo certificati, documenti o dichiarazioni – salvo il rispetto della *par condicio* e purchè non vi sia modifica del contenuto della documentazione presentata.

Tale ultima evenienza sarebbe stata scongiurata, nel caso della ricorrente, dal momento che la richiesta di chiarimenti non avrebbe consentito di alterare le giustificazioni già rese ma semplicemente di confermare la paternità delle schede, valorizzando peraltro un ulteriore mezzo in possesso della stazione appaltante, ossia il *compact disc*. Questo strumento – la cui produzione era espressamente prevista dal disciplinare di gara – conteneva in formato elettronico gli identici dati presentati in formato cartaceo e rappresentava un ulteriore avallo della genuinità dei documenti inseriti nella busta B, consentendo alla Commissione di verificare la coincidenza delle schede predisposte su carta con quelle riportate sul *file*.

Nè si può svalutare l'importanza del formato elettronico riducendolo ad uno strumento pressoché superfluo, privo di valenza giuridica e suscettibile di manipolazione: la testuale previsione della *lex specialis* costituisce elemento sufficiente a conferirgli una minima dignità giuridica, la quale si rafforza dall'essere lo stesso affiancato al dato cartaceo per consentire un controllo incrociato dei documenti i quali – come già esposto in precedenza – racchiudono elementi di giustificazione comunque suscettibili di ulteriori approfondimenti istruttori.

Le osservazioni svolte, infine, consentono di superare l'ulteriore obiezione secondo la quale – partendo dalla configurazione del bando di gara come offerta

al pubblico ai sensi dell'art. 1336 del c.c. – l'offerta dei concorrenti assumerebbe il valore di accettazione di una proposta contrattuale: avendo la *lex specialis* richiesto per tale atto una forma determinata *ex art. 1326 comma 4 del c.c.* (la presentazione di schede tutte controfirmate), le imprese non avrebbero potuto sottrarsi a tali effetti vincolanti dal momento che, secondo la stessa norma, "*l'accettazione non ha effetto se è data in forma diversa*". Tale tesi, seppur suggestiva, si fonda su un presupposto fragile costituito dalla ricostruzione in senso privatistico delle procedure di gara, le quali sono al contrario rette principalmente da norme e principi cogenti di rango interno e comunitario, che assumono natura pubblicistica in quanto sono diretti al perseguimento di preminenti interessi generali ai quali le stazioni appaltanti debbono inderogabilmente conformarsi.

In conclusione, il gravame è fondato e deve essere accolto, con conseguente obbligo dell'amministrazione di provvedere alla riammissione della ricorrente alla gara d'appalto.

La complessità della questione interpretativa affrontata suggerisce di compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

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

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Sezione staccata di Brescia, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso, in Brescia, il 18/1/2005, dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia con l'intervento dei Signori:

Francesco MARIUZZO - Presidente

Mauro PEDRON

- Giudice

Stefano TENCA

- Giudice relatore ed estensore

<b>NUMERO SENTENZA</b>	<b>54 / 2005</b>
<b>DATA PUBBLICAZIONE</b>	<b>26 - 01 - 2005</b>