

TAR Lazio, Sez. III, 21/3/2008 n. 2514

**Definizione di società strumentali ex art. 13, co. 1, d.l. 223/06, conv. in l. 248/06 (c.d. decreto Bersani).**

**Poteri della commissione di gara in sede di verifica di anomalia dell'offerta.**

Le società ricadenti nel divieto di cui all'art.13 co. 1, d.l. 223/06, conv. in l. 248/06 sono quelle partecipate da regioni o enti locali che risultano essere strutture costituite per svolgere attività finalizzate alla produzione di beni e servizi da erogare a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali, e sono rivolte, quindi, essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico, diversamente dalla società costituite per la gestione dei servizi pubblici locali che mirano a soddisfare direttamente in via immediata esigenze generali della collettività.

Nel caso di specie, poiché è pacifico che l'ATI Asmea opera in mercati completamente liberalizzati in concorrenza con molteplici imprese è evidente che non può essere ricompresa nella tipologia di società cui si riferisce il divieto dell'art.13. Per quanto concerne l'ASM Brescia è tranciante, al fine di escludere l'applicazione nei confronti della stessa del ripetuto divieto, la circostanza che la suddetta società opera nel comparto delle gestione dei servizi pubblici locali ovunque e da chiunque richiesti. Relativamente al potere della stazione appaltante di chiedere, dopo la produzione delle giustificazioni precedentemente richieste, ulteriori e diverse giustificazioni, la giurisprudenza risulta essere positivamente orientata al riguardo, in quanto è stato testualmente affermato che "In sede di verifica dell'anomalia dell'offerta non esiste alcuna norma che rigidamente ne regoli lo svolgimento, con la conseguenza che l'accertamento della serietà e congruità dell'offerta può esser condotta in relazione alle condizioni del mercato e può svolgersi in più riprese e con più richieste di integrazioni e chiarimenti." (CS, sez.V, n. 4949 del 23/8/2006). Il suddetto orientamento giurisprudenziale è stato recepito dal Codice degli appalti approvato con D.lgvo n.163/2006, il cui art.88, c. 3, prevede che. "La stazione appaltante, se del caso mediante una commissione costituita secondo i criteri fissati dal regolamento di cui all'art. 5, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle giustificazioni fornite, e può chiedere per iscritto ulteriori chiarimenti, se resi necessari o utili a seguito di tale esame, assegnando un termine non inferiore a cinque giorni lavorativi".

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO -SEZIONE III -

ha pronunciato la seguente

### **SENTENZA**

sul ricorso n.9685 del 2007 proposto dalla srl ELYO ITALIA, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Valentino Vulpetti presso il cui studio in Roma, Via Sabotino n.2/A, è selettivamente domiciliata;

### **CONTRO**

la CONSIP spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dal prof. avv. Angelo Clarizia presso il cui studio in Roma, Via Principessa Clotilde n.2, è domiciliataria;

### **e nei confronti di:**

ASM ENERGIA E AMBIENTE – ASMEA srl, ASM BRESCIA spa, PRIMA VERA srl, ANTAS srl. in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese anche disgiuntamente dal prof. avv. Giuseppe Caia, dall'avv. Vito Salvatori, dall'avv. Maria Alessandra Bazzani, dall'avv. Guido Bardelli e del prof. avv. Mario Sanino ed elettivamente domiciliate presso lo studio dell'avv. Sanino in Roma, Viale Parioli n.180;

### **per l'annullamento:**

1) del provvedimento di aggiudicazione provvisoria e del provvedimento di aggiudicazione definitiva relativi al lotto 1 della gara indetta dall'intimata Consip spa con bando del 29 marzo 2006, intervenuti a favore del raggruppamento composto dalle società intimate;

2) di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali.

Visto il ricorso con la relativa documentazione;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'intimata Consip spa e delle società componenti il raggruppamento aggiudicatario;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi alla pubblica udienza del 5 marzo 2008 - relatore il dottor Giuseppe Sapone – i difensori delle parti come da verbale;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

### **FATTO**

La società ricorrente ha partecipato alla gara indetta dall'intimata Consip spa e strutturata in 12 lotti territorialmente indipendenti avente ad oggetto la fornitura a favore delle pubbliche amministrazioni del Servizio Energia, da individuare nella produzione ed erogazione dell'energia termica per la climatizzazione invernale, nella fornitura di combustibile e nell'erogazione dei beni e sei servizi gestionali e manutentivi presso i luoghi di fornitura nel rispetto della legislazione vigente in materia.

Con il proposto gravame ha impugnato i provvedimenti di aggiudicazione dell'appalto in questione relativamente al lotto 1, nella cui graduatoria finale si era classificata al secondo posto, adottati a favore del raggruppamento composto dalle società controinteressate, deducendo i seguenti motivi di doglianza:

- 1) Estraneità dell'appalto in questione all'oggetto sociale di Asmea srl. Conseguente inefficacia dell'offerta presentata dall'ATI Asmea;
- 2) Violazione dell'art.III.2.2. lett.b) del bando di gara nella parte in cui richiede che le partecipanti alla gara abbiano svolto attività nel settore negli ultimi due anni ed abbiano realizzato un fatturato specifico nell'importo minimo ivi indicato. Carezza di legittimazione della mandataria Asmea e della mandante Antas;
- 3) Violazione dell'art. 13 della L. n.248/2006. Conseguente inammissibilità della partecipazione di Asmea e dell'Ati da essa rappresentata alla gara de qua;
- 4) Violazione dei limiti che impongono alle ex aziende municipalizzate, quale in effetti è l'ASM Brescia, di svolgere attività al di fuori del territorio di riferimento ove non se ne dimostri l'utilità per la comunità territoriale di cui sono espressione. Difetto del relativo requisito soggettivo in capo all'ASM Brescia; Omessa verifica sul punto da parte della stazione appaltante. Conseguente inammissibilità della partecipazione alla gara da parte dell'ATI Asmea;
- 5) Violazione dell'art.10, comma 2, del D.lgvo n.358/1992 per aver l'ATI Asmea ommesso di indicare nell'offerta le parti della fornitura assegnata a ciascuna impresa associanda. Inidoneità dell'offerta per violazione delle norme e dei principi che impongono a ciascun associata di svolgere un ruolo operativo all'interno dell'ATI, nella parte in cui assegna alla mandante Antas prestazioni d'appalto – di natura e consistenza non meglio precisate – per importo complessivo pari allo 0,1% dell'importo complessivo dell'appalto. Inammissibilità dell'offerta dell'ATI Asmea per parzialità ed indeterminatezza;

6) Inidoneità della cauzione provvisoria presentata dall'Ati Asmea. Violazione dell'art.2 del disciplinare di gara nella parte in cui richiede che la garanzia sia incondizionata ed operativa entro 15 giorni dalla semplice richiesta scritta di Consip, per avere invece la cauzione presentata dall'Ati Asmea previsto che la sua operatività sia subordinata all'invio di richiesta a mezzo raccomandata a.r.;

7) Inammissibilità dell'offerta per tardività della dichiarazione confermativa richiesta da Consip. Irrilevanza a tal fine del deliberato della Commissione di gara, stante l'accertamento esperito dalla stazione appaltante, come risultante dalla nota 9.5.2007 a firma dell'amministratore delegato Broggi;

8) Inammissibilità dei chiarimenti relativi all'anomalia per tardività e per omessa sottoscrizione in tutte le pagine da parte delle imprese appartenenti all'Ati Asmea;

9) Illegittimità della delibera 12.12.2006 con cui la Commissione di gara ha richiesto ulteriori chiarimenti al Rti Asmea. Violazione della par condicio, contrasto con i deliberati precedentemente assunti in merito, violazione e falsa applicazione dell'art.5 del disciplinare di gara nella parte in cui si prevede che la Commissione e/o la stazione appaltante abbiano la facoltà di assegnare un termine perentorio per la presentazione di precisazioni e/o giustificazioni, pena l'esclusione dalla gara;

10) Inattendibilità ed incongruenza dell'offerta. Inammissibilità e comunque inidoneità degli elementi indicati dalla Commissione al fine di ritenere congrua l'offerta dell'ATI Asmea.

Si sono costituite sia la stazione appaltante che le società componenti del raggruppamento aggiudicatario, contestando analiticamente e con dovizia di argomentazioni la fondatezza delle prospettazioni ricorsuali e concludendo per il rigetto delle stesse.

Alla pubblica udienza del 5 marzo 2008 il ricorso è stato assunto in decisione.

## **DIRITTO**

Con il proposto gravame la società ricorrente, la quale aveva partecipato alla gara indetta dall'intimata Consip, strutturata in 12 lotti territorialmente indipendenti, avente ad oggetto la fornitura a favore delle pubbliche amministrazioni del Servizio Energia - da individuare nella produzione ed erogazione dell'energia termica per la climatizzazione invernale, nella fornitura di combustibile e nell'erogazione dei beni e dei servizi gestionali e manutentivi presso i luoghi di fornitura nel rispetto della legislazione vigente in materia - classificandosi nella graduatoria relativa al lotto n.1 al secondo posto, ha impugnato l'aggiudicazione definitiva del lotto de quo intervenuta a favore del raggruppamento temporaneo composto dalle resistenti società.

Con il primo motivo di doglianza è stato fatto presente che l'offerta del raggruppamento aggiudicatario doveva essere esclusa in quanto l'oggetto dell'appalto in questione non rientrava nell'oggetto sociale della srl Asmea mandataria del suddetto raggruppamento.

La dedotta censura è palesemente infondata avuto presente che l'Antea ha come oggetto sociale:

- a) l'acquisto e la vendita di gas e calore, termine quest'ultimo da rapportare all'energia termica;
- b) l'assistenza e consulenza di servizi energetici, la commercializzazione, la vendita e la manutenzione delle apparecchiature ed impianti per la fruizione dei servizi erogati;
- c) le forniture dei servizi energetici.

Con la successiva doglianza è stato fatto evidenziato che l'offerta dell'ati aggiudicataria doveva essere esclusa in quanto:

- a) sia la mandataria (srl Asmea) che una delle mandanti (srl Antas) non avevano prodotto copia dei loro bilanci relativi agli ultimi due esercizi sociali ai fini della dimostrazione del possesso del requisito previsto dal punto III.2.2) lett.b) di aver realizzato complessivamente negli ultimi due esercizi finanziari approvati alla data di pubblicazione del bando un fatturato specifico per manutenzione e gestione degli impianti termici comprensivo dei relativi combustibili necessari per lo svolgimento di tale attività non inferiore a Euro 8.000.000,00 (euro ottomilioni);
- b) che tale obbligo di presentazione era stato esteso dall'art.3.2 del capitolato generale a tutte le imprese componenti di un RTI.

La dedotta censura non è suscettibile di favorevole esame.

Al riguardo il Collegio sottolinea che:

- I) il menzionato requisito doveva essere posseduto o dal singolo concorrente ovvero dal raggruppamento nel suo insieme;
- II) nella fattispecie in esame il possesso del requisito de quo è stato dimostrato dalla spa ASM Brescia e dalla prima Vera srl, il cui fatturato supera di gran lunga quello richiesto dalla richiamata disposizione del bando;
- III) in tale contesto, quindi, ai fini della dimostrazione del possesso del ripetuto requisito, l'apporto delle altre due società del raggruppamento non risultava essere in alcun modo essenziale, per cui la circostanza evidenziata da parte ricorrente per prospettare l'inammissibilità dell'offerta del raggruppamento aggiudicatario e basata sul fatto che srl l'Antas era stata costituita solo pochi

giorni prima della presentazione dell'offerta e la srl Asmea era rimasta inattiva nel biennio in questione, risulta essere inconferente;

IV) in ogni caso non può non essere sottolineato che queste due ultime società ai fini della documentazione inerente il possesso del requisito di cui al punto III.2.2, lett.b) si sono avvalse, correttamente, della possibilità prevista dalla disposizione del capitolato generale di gara che legittima i concorrenti che non siano in grado di presentare i bilanci a produrre qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla Consip spa, in conformità di quanto previsto dall'art.13, comma 2, del D.lgvo n.358/1992.

Con la successiva doglianza è stata contestata la mancata esclusione dell'offerta dell'ati aggiudicataria in quanto, essendo la mandataria Asmea srl partecipata al 100% dalla ASM Brescia spa, a sua volta partecipata in via maggioritaria dal comune di Brescia, doveva trovare applicazione il divieto di cui all'art.13, comma 1, del D.L. n.223 del 4/7/2006, convertito con la L. n.248 del 4/8/2006, il quale stabilisce che "Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, nè in affidamento diretto nè con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti".

Anche tale censura deve essere rigettata, atteso che per la fattispecie in esame, concernente una procedura concorsuale bandita antecedentemente all'entrata in vigore del D.L. n.253/2006, trova applicazione il comma quattro del menzionato art. 13, il quale, stabilisce che "Restano validi, fatte salve le prescrizioni di cui al comma 3, i contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione bandite prima della predetta data".

E' palese infatti la finalità del comma 3 di voler far salve, in omaggio al principio tempus regit actum, le procedure concorsuali che risultavano conformi alla disciplina vigente alla data di pubblicazione del relativo bando, per cui l'entrata in vigore della disciplina restrittiva di cui all'art.13 nelle more dello svolgimento delle stesse in nessun caso può rappresentare un elemento in grado di inficiare la legittimità dei provvedimenti adottati nell'ambito delle suddette procedure.

Sotto il profilo sostanziale, poi, in linea con quanto ampiamente evidenziato da entrambe le parti resistenti, non è dato individuare in alcun modo nella vicenda de qua i presupposti per l'applicazione del richiamato divieto.

Infatti, come già affermato da questo Tribunale con sentenza della Sezione seconda n.5192 del 5 giugno 2007, le società ricadenti nel divieto di cui all'art.13 sono quelle partecipate da regioni o enti locali che risultano essere strutture costituite per svolgere attività finalizzate alla produzione di beni e servizi da erogare a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali, e sono rivolte, quindi, essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico, diversamente dalla società costituite per la gestione dei servizi pubblici locali che mirano a soddisfare direttamente in via immediata esigenze generali della collettività.

Poiché è pacifico che l'Asmea opera in mercati completamente liberalizzati in concorrenza con molteplici imprese è evidente che non può essere ricompresa nella tipologia di società cui si riferisce il divieto dell'art.13.

Per quanto concerne l'ASM Brescia è tranciante, al fine di escludere l'applicazione nei confronti della stessa del ripetuto divieto, la circostanza che la suddetta società opera nel comparto della gestione dei servizi pubblici locali ovunque e da chiunque richiesti.

Con la censura rubricata al n.4) la società ricorrente, avuto presente che una delle imprese mandanti risultava essere la ASM Brescia, ex municipalizzata controllata dal comune di Brescia, ha contestato, invocando copiosa giurisprudenza in merito, dettagliatamente indicata, l'operato della Commissione di gara la quale avrebbe omesso di verificare la compatibilità dell'impegno assunto dalla suddetta società, pari al 90% dell'appalto de quo, con l'impegno di servizio assunto verso la collettività di riferimento del territorio di origine nonchè la sussistenza di benefici a favore della suddetta collettività derivanti dall'assunzione da parte dell'ASM di Brescia dell'appalto in questione.

Anche la dedotta censura deve essere rigettata.

In merito il Collegio, in linea con quanto osservato dalle resistenti società componenti del raggruppamento aggiudicatario, sottolinea che il citato orientamento giurisprudenziale verrebbe a riguardare società a partecipazione pubblica locale che rappresentano un modello organizzativo di gestione diretta dei servizi pubblici di pertinenza degli enti soci, che costituiscono gran parte del fatturato di queste ultime.

Per quanto concerne invece la ASM di Brescia il Tribunale osserva che:

- 1) trattasi di una società quotata in borsa in cui risultano presenti anche con percentuali rilevanti molti soci privati;
- 2) a seguito della fusione con l'AEM Milano il gruppo vanta oltre nove milioni di euro di capitalizzazione di borsa;

3) si tratta, in conclusione, di una realtà imprenditoriale di dimensioni di livello nazionale, per cui il precedente legame strumentale con l'ente territoriale di riferimento appare, alla luce dei suddetti presupposti, molto tenue, considerato, altresì, che il fatturato relativo allo svolgimento dei servizi pubblici di pertinenza dell'ente di riferimento costituisce una limitata parte del fatturato globale;

4) conseguentemente, appare corretto l'operato della Commissione di gara, la quale, tenendo conto delle caratteristiche imprenditoriali dell'ASM e dell'importo dell'appalto de quo ha ritenuto di non effettuare una valutazione in ordine alla compatibilità dell'impegno assunto con il suddetto appalto con lo svolgimento del servizio pubblico a favore dell'ente di riferimento.

Non può non essere sottolineato, infine, che una volta ammesso a livello statutario che la suddetta società possa operare in diretta concorrenza con altre imprese nel settore della gestione dei servizi pubblici locali, il ritenere necessario la menzionata valutazione di compatibilità costituisce una forma di penalizzazione dell'impresa e risulta essere in stridente contrasto con le disposizioni statutarie che la legittima allo svolgimento dell'attività de qua in regime di concorrenza.

Con il successivo motivo di doglianza è stata prospettata la violazione dell'art.10, comma 2, del d.lgvo n.358/1992 – il quale stabilisce che 2. l'offerta congiunta deve essere sottoscritta da tutte le imprese raggruppate e deve specificare le parti della fornitura che saranno eseguite dalle singole imprese e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, le stesse imprese si conformeranno alla disciplina prevista nel presente articolo – in quanto non sono state indicate le parti della fornitura de qua assegnata a ciascuna componenti dell'ati e tenuto conto che la quota assegnata ad una mandante risultava essere inammissibile per la sua irrisorietà.

La doglianza è palesemente infondata.

Come ha evidenziato la stazione appaltante il raggruppamento aggiudicatario si è pedissequamente uniformato alle prescrizioni in materia della lex specialis di gara in quanto insieme all'offerta ha indicato, conformandosi all'allegato 1 del Disciplinare di gara, la ripartizione dell'oggetto contrattuale all'interno del RTI indicando sia la tipologia dell'attività prestata da ciascun componente dell'ati sia la rispettiva quota percentuale.

In ordine poi alla circostanza che la quota di partecipazione della mandante Antas srl risultava essere irrisoria, tale da far seriamente dubitare dell'effettiva partecipazione della suddetta società al raggruppamento, deve essere sottolineato che negli appalti de quibus non è prevista una quota percentuale minima inderogabile che la singola impresa componente di un rti debba possedere.

Palesemente infondata è la censura rubricata al n.6) con cui è stata lamentata la mancata esclusione dell'offerta del raggruppamento aggiudicatario che aveva

presentato una cauzione provvisoria non conforme a quanto previsto a pena di esclusione dal disciplinare.

In merito deve essere evidenziato che:

a) la lex specialis stabiliva che la cauzione doveva diventare operativa entro quindici giorni su semplice richiesta scritta della Consip senza eccezioni opponibili a questa;

b) la cauzione prestata dal rti aggiudicatario prevedeva che la richiesta scritta da parte della Consip doveva essere effettuata a mezzo di raccomandata a.r.;

c) come rilevato dalla resistente Consip è incontestabile che la richiesta a mezzo raccomandata a.r. è una richiesta scritta e non ha determinato alcun limitazione nei diritti della stazione appaltante in ordine alla escussione della cauzione rispetto a quanto previsto nel disciplinare.

Con la successiva censura è stato evidenziato che illegittimamente la Commissione ha ammesso alla gara l'offerta risultata poi aggiudicataria disattendendo quanto affermato dalla stazione appaltante circa la tardività della produzione della dichiarazione di conferme dell'offerta.

Al riguardo in punto di fatto deve essere evidenziato che:

I) in sede di disciplina di gara era stato previsto che la busta contenente la documentazione confermativa dell'offerta doveva essere presentata entro il termine perentorio del 16/4/2007 ore 12.00;

II) la Consip aveva erroneamente affermato che la documentazione de qua era stata tardivamente presentata;

III) la Commissione, dopo aver verificato l'errore commesso dalla stazione appaltante ha ammesso alla gara il raggruppamento aggiudicatario.

In tale contesto, premesso che è pacifica la sussistenza dell'errore in cui era incorsa la stazione appaltante, il Collegio osserva che correttamente, una volta appurato il suddetto errore, la Commissione ha ammesso alla gara la predetta offerta non esercitando in merito alcun potere discrezionale in sostituzione della predetta stazione, in quanto si è limitata ad acclarare un dato di fatto incontestabile nella sua sussistenza ed ad adottare i conseguenti e vincolati provvedimenti..

Alla luce di tali argomentazioni, pertanto, anche la censura in esame deve essere rigettata.

Infondato deve essere dichiarato anche il successivo motivo di doglianza con cui la società ricorrente ha sostenuto che l'offerta dell'ati aggiudicataria doveva essere esclusa in quanto le giustificazioni relative all'anomalia dell'offerta erano

state tardivamente presentate oltre il termine perentorio delle ore 12.00 del 9/11/2006 stabilito dalla Commissione stessa.

In primis deve essere evidenziato che il termine de quo è stato previsto dalla Commissione di gara, per cui rientrava sicuramente nelle facoltà del suddetto organo di derogarlo, non costituendo tale deroga, in assenza di discriminazioni tra i partecipanti, un elemento tale da inficiare la legittimità dell'operato dell'organo di gara.

Deve essere osservato che nella suddetta materia l'indirizzo assunto dal Consiglio di Stato è stato quello di circoscrivere quanto più possibile la natura perentoria dei termini fissati dall'amministrazione; in particolare per quanto riguarda il termine di presentazione delle giustificazioni relative all'anomalia dell'offerta è stato fatto presente che il divieto di aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria esclude che il termine per la presentazione delle giustificazioni anche se formalmente qualificato come perentorio dall'amministrazione abbia effettivamente tale carattere (CS, sez.V, n.521 del 19/4/2006); in una decisione più recente (sez.V, n.5047 del 29/8/2006) il giudice di appello ha affermato una visione ancora più restrittiva in ordine al potere dell'amministrazione di introdurre autonomamente nella materia oggetto della presente controversia termini per lo svolgimento di attività procedimentali, ritenendo che sia interdetto all'amministrazione di introdurre termini procedimentali che non siano strettamente correlati al perseguimento del pubblico interesse, "Per cui la commissione ben poteva esprimere dubbi o manifestare esigenze di migliore comprensione delle giustificazioni date dalla impresa possibile aggiudicataria, Si tratta, appunto, della migliore cura dell'interesse pubblico, quando si intenda approfondire qualche elemento dell'offerta alla luce di più puntuali spiegazioni dell'offerente".

Alla luce di tale indirizzo giurisprudenziale, cui il Collegio intende conformarsi, ben ha fatto, quindi, la Commissione di gara a considerare non preclusa la presentazione delle giustificazioni, in relazione ad un palese interesse pubblico all'approfondimento dell'offerta apparentemente migliore e ad una trasmissione comunque iniziata prima della scadenza del termine.

Di conseguenza non assume alcuna rilevanza l'altro profilo di doglianza dedotto sul presupposto della perentorietà del termine, con cui era stata prospettata la tardività delle giustificazioni inviate tramite fax in quanto, anche se spedite prima della scadenza del termine fissato dalla Commissione, erano tuttavia pervenute materialmente alla stazione appaltante successivamente.

Infondato è anche l'altro profilo di doglianza dedotto con la censura in esame con cui è stata evidenziata la non correttezza della produzione delle giustificazioni relative all'anomalia dell'offerta, le quali pertanto dovevano essere considerate tamquam non essent, in quanto prive della necessaria sottoscrizione alle pagine 2-3-4-5-6-7, atteso che, come ben evidenziato da entrambe le parti resistenti, trattandosi di un onere formale, era necessario che

fosse previsto da un'esplicita prescrizione della *lex specialis* che nella vicenda in esame non sussisteva.

Da rigettare è anche la doglianza rubricata al n.9) con cui è stata contestata la legittimità dell'operato della Commissione di gara laddove tale organo dopo aver preso atto delle giustificazioni richieste al raggruppamento aggiudicatario e da quest'ultimo presentato, ha richiesto la produzione di ulteriori e diverse giustificazioni.

Premesso che la censura in esame investe anche la problematica delle perentorietà dei termini fissati dalla Commissione e per tale aspetto si rinvia alle argomentazioni di cui sopra, relativamente al potere della stazione appaltante di chiedere, dopo la produzione delle giustificazioni precedentemente richieste, ulteriori e diverse giustificazioni, la giurisprudenza risulta essere positivamente orientata al riguardo, in quanto è stato testualmente affermato che "In sede di verifica dell'anomalia dell'offerta non esiste alcuna norma che rigidamente ne regoli lo svolgimento, con la conseguenza che l'accertamento della serietà e congruità dell'offerta può esser condotta in relazione alle condizioni del mercato e può svolgersi in più riprese e con più richieste di integrazioni e chiarimenti." (CS, sez.V, n. 4949 del 23/8/2006).

Il suddetto orientamento giurisprudenziale è stato recepito dal Codice degli appalti approvato con D.lgvo n.163/2006, il cui art.88, comma 3, prevede che. "La stazione appaltante, se del caso mediante una commissione costituita secondo i criteri fissati dal regolamento di cui all'articolo 5, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle giustificazioni fornite, e può chiedere per iscritto ulteriori chiarimenti, se resi necessari o utili a seguito di tale esame, assegnando un termine non inferiore a cinque giorni lavorativi".

Da rigettare, infine, è anche l'ultimo motivo di doglianza con cui è stato contestato il giudizio di congruità dell'offerta del raggruppamento aggiudicatario atteso che:

a) sono state ritenute idonee le giustificazioni quantunque che l'ati aggiudicataria abbia indicato una percentuale di utili molto bassa, palesemente insufficiente " a mettere il servizio al riparo dai rischi di interruzione e/o turbativa derivanti dall'inaffidabilità dell'offerta e dall'esorbitanza dei costi rispetto ai ricavi" (pag.32 ricorso);

b) con riferimento al costo del combustibile, il quale incide per il 75% sui costi della commessa, le giustificazioni fornite sono state ritenute congrue nonostante facessero riferimento, per giustificare tale costo, ai rapporti intercorrenti tra un non precisato fornitore e la Prima Vera srl, la quale è vincolata ad eseguire solo il 9,9% dell'appalto.

In ordine al primo profilo di doglianza il Collegio osserva che:

I) la giurisprudenza amministrativa è orientata in prevalenza nel senso di ritenere che un utile di impresa esiguo non denota di per sé l'inaffidabilità dell'offerta economica (Cons. Stato, IV, n. 882/2002; TAR Lazio, III, n. 7338/2004; TAR Lazio, I-bis, n. 6200/2006), perchè non si riduca ad una cifra meramente simbolica;

II) nella fattispecie in esame tale ultima eventualità non è stata in alcun modo dimostrata dalla società ricorrente, la quale, ignorando la giurisprudenza di cui sopra, ha denunciato l'esiguità dell'utile senza in alcun modo dimostrarne l'irrisorietà.

Per quanto concerne, infine, il costo del combustibile il Collegio osserva che è logico presumere che le condizioni contrattuali di cui gode una delle componenti del raggruppamento per l'approvvigionamento del combustibile siano identiche a quelle praticate alle altre imprese componenti.

Ciò premesso, il proposto gravame deve essere rigettato.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

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

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso di cui in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 5 marzo 2008 dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sezione terza, con l'intervento dei signori giudici:

Dr. Stefano BACCARINI - Presidente

Dr. Giuseppe SAPONE - Consigliere, estensore

Dr. Alessandro TOMASSETTI - Consigliere

IL PRESIDENTE IL GIUDICE ESTENSORE