



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 122 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

C.N.S. - Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Vannicelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Antonio Tita in Trento, via Lunelli 48;

***contro***

Comune di Trento, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Paolo Stella Richter ed Angela Colpi, con domicilio eletto presso l'Avvocatura comunale in Trento, via Calepina 12;

***nei confronti di***

Siram S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria di A.T.I. con

Grisenti S.r.l. e Leveghi S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Alfredo Bianchini e Daria De Pretis, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Trento, via Ss. Trinità 14;

***per l'annullamento***

- del verbale relativo alla III<sup>^</sup> seduta pubblica di gara tenutasi il giorno 30.3.2012, rep. n. 331 nel corso della quale è stata disposta l'esclusione del C.N.S. Soc. Coop. dalla gara indetta dal Comune di Trento per l'assegnazione del "servizio di gestione integrata degli impianti degli immobili di pertinenza dell'Amministrazione Comunale di Trento";
- della nota Prot. n. 74564/2011 SP/jt/80.1 dd. 10.4.2012 con cui è stata comunicata al C.N.S. Soc. coop. l'esclusione dalla gara;
- della lex specialis di gara ed in particolare del bando integrale, Paragrafo VI, Capitolo 3 Offerta, Lettera B1) Offerta Economica, Punto 1), numeri II e III, ove interpretato come comportante l'esclusione per l'ipotesi di mancata formulazione dell'offerta economica secondo le indicazioni di cui all'allegato 6 del bando (Modulo offerta Parte 1) e all'allegato 7 del bando (Modulo offerta Parte 2) e, in ogni caso, ove interpretata come comportante l'esclusione per l'ipotesi di mancata indicazione anche di un solo prezzo unitario;
- del verbale di gara relativo alla II<sup>^</sup> seduta pubblica di gara;
- di ogni altro atto connesso con quelli impugnati, nonché di eventuali atti ulteriori non noti, quali l'eventuale provvedimento di

aggiudicazione definitiva dell'appalto nonché i provvedimenti, espressi o taciti, di diniego di autotutela ai sensi dell'art. 243 bis del D.Lgs. n. 163/2006;

e per l'accertamento e la dichiarazione della nullità delle clausole della lex specialis di gara, ove interpretata come comportante l'esclusione per l'ipotesi di mancata indicazione anche di un solo prezzo unitario; nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, con espressa domanda di subentrare nel medesimo ex art. 122 del D.Lgs. n. 104/2010, e per la condanna al risarcimento del danno ingiusto, in forma specifica mediante l'annullamento dell'esclusione di C.N.S. Soc. coop. e la riammissione della stessa alla procedura con formazione della nuova graduatoria di gara ovvero, laddove impossibile in tutto o in parte, per equivalente monetario;

- con i motivi aggiunti depositati il 22 giugno 2012:

del provvedimento di cui alla nota prot. n. 74564/2011/sp/jt/80.1 dd. 07.05.2012 e del verbale (riportato per estratto nella suddetta nota) della ventinovesima seduta riservata di gara dd. 07.05.2012 con i quali la stazione appaltante ha rigettato l'istanza di agire in autotutela per la revoca dell'esclusione della ricorrente dalla gara;

- con i motivi aggiunti depositati il 31 luglio 2012:

- del verbale di gara relativo alla IV seduta pubblica di gara tenutasi il giorno 14 giugno 2012;

- della nota prot. 74564/2011/sp/jt/80.1 del 18 giugno 2012;

- del provvedimento dd. 14.06.2012 di aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore della controinteressata;
- dei verbali relativi al subprocedimento di verifica dell'anomalia, della graduatoria definitiva della gara nonché della nota prot. n. 74564/2011/sp/jt/80.1 dd. 06.06.2012.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Trento e di Siram S.p.A.;

Visto il ricorso incidentale proposto da Siram S.p.A.;

Vista la propria ordinanza 25.5.2012, n. 71 con cui è stata respinta l'istanza cautelare presentata dalla parte ricorrente avverso l'esclusione dalla gara;

Vista l'ordinanza del Consiglio di Stato, V Sez., 1.8.2012, n. 3178 con cui è stata riformata l'anzidetta ordinanza di questo T.r.g.a;

Vista la propria ordinanza 14.9.2012, n. 121 con cui è stata accolta l'istanza cautelare, presentata dalla parte ricorrente con il secondo atto di motivi aggiunti, avverso l'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2012 il cons. Lorenzo Stevanato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

Col ricorso introduttivo la parte ricorrente, soc. coop. CNS, impugna il provvedimento con cui è stata esclusa dalla gara indetta dal Comune di Trento per l'assegnazione del servizio di gestione integrata degli impianti degli immobili di pertinenza dell'Amministrazione comunale.

L'esclusione è stata disposta perché una voce dell'elenco dei prezzi unitari, precisamente la n. 32 riferita alla nuova scuola materna di Cadine, non è stata compilata con l'indicazione del prezzo offerto, ma vi è stata apposta una barra trasversale.

Avverso tale provvedimento la ricorrente, premesso di avere interesse al ricorso in quanto la propria offerta, se ammessa alla gara, avrebbe ottenuto l'aggiudicazione, deduce i seguenti motivi:

- 1) violazione dell'art. 46 del d.lgs. 163/2006 ed eccesso di potere sotto vari profili in quanto l'intenzione palesata da CNS con l'apposizione della barra trasversale sarebbe quella di quotare "zero" la voce 32, come risulterebbe anche dalla somma matematica di singoli prezzi offerti, in quanto la ricorrente avrebbe considerato che quell'edificio scolastico è ancora in fase di realizzazione. Comunque l'Amministrazione avrebbe potuto chiedere chiarimenti al riguardo;
- 2) illegittimità della lex specialis per violazione dell'art. 46, comma 1bis, del d.lgs. 163/2006 e dei principi comunitari di ragionevolezza, imparzialità e proporzionalità, in quanto la clausola del bando che

commina l'esclusione in caso di omessa compilazione anche di una sola voce del modulo-offerta sarebbe nulla per violazione della norma e dei principi indicati in rubrica.

Con motivi aggiunti, successivamente proposti, l'impugnazione è stata estesa ai provvedimenti comunali di diniego di autotutela e, con ulteriori motivi aggiunti, all'aggiudicazione definitiva dell'appalto, nel frattempo disposta in favore della controinteressata società SIRAM.

Accessoriamente è stata chiesta la condanna al risarcimento del danno, in forma specifica o per equivalente, nonché la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, con espressa domanda di subentrare nel medesimo ex art. 122 del D.Lgs. n. 104/2010.

L'Amministrazione comunale, costituita in giudizio, ha puntualmente controdedotto, instando per la reiezione del gravame.

Si è costituita in giudizio anche la società SIRAM, controinteressata in quanto aggiudicataria dell'appalto, contestando la fondatezza del ricorso.

La controinteressata ha altresì proposto ricorso incidentale, espressamente condizionato all'eventuale accoglimento del ricorso principale, deducendo:

- 1) violazione di legge ed eccesso di potere, in quanto la ricorrente CNS sarebbe dovuta essere esclusa anche per un'altra ragione, e cioè per aver indicato in percentuale il beneficio economico dei proposti interventi di riqualificazione energetica, inserendo elementi

economici nell'offerta tecnica e rivelando così, indirettamente, l'importo dell'offerta economica, in violazione dei principi di segretezza e separazione di quest'ultima. Inoltre, non sarebbe stata indicata la riduzione sui prezzi unitari in relazione ai singoli circuiti degli edifici scolastici.

Sull'istanza cautelare presentata dalla parte ricorrente, avverso l'esclusione dalla gara, il Collegio si è pronunciato respingendola.

La relativa ordinanza (25.5.2012, n. 71) è stata tuttavia riformata dal Consiglio di Stato che ha

accolto l'appello proposto dalla ricorrente ai fini della sollecita fissazione dell'udienza di merito ex art. 55, co. 10, c.p.a. (con ordinanza della V Sez. 1.8.2012, n. 3178).

Sull'istanza di sospensione dell'aggiudicazione definitiva, nel frattempo disposta a favore di SIRAM, il Collegio, conseguenzialmente alla citata pronuncia del Consiglio di Stato, ha accolto l'istanza cautelare (con ordinanza 14.9.2012, n. 121) contestualmente fissando l'odierna udienza di discussione del merito della causa.

L'Amministrazione, assecondata dalla controinteressata ma con l'opposizione della ricorrente, ha chiesto, in limine, un rinvio della trattazione del presente ricorso per la sua riunione con altro gravame proposto da un'impresa concorrente, ma il Collegio non ritiene che vi siano pregiudizialità né ragioni di connessione, tali prevalere sulle esigenze di speditezza processuale. Tale istanza va dunque respinta.

Ciò premesso, ritiene il Collegio - confermando l'orientamento già espresso nell'incidente cautelare sull'impugnativa contro l'esclusione della ricorrente dalla gara - che il ricorso non sia fondato.

La questione dedotta in giudizio è se l'esclusione dalla gara della ricorrente, disposta dalla stazione appaltante per l'omessa indicazione del prezzo relativamente alla voce n. 32 dei prezzi unitari offerti ("nuova scuola materna di Cadine"), sia ingiustificata, poiché quella voce sarebbe in realtà quotata nella cifra "zero", o sia comunque espressione di un formalismo eccessivo.

Si sostiene da parte ricorrente la natura meramente formale dell'omissione e la possibilità di ricostruire la volontà insita nell'offerta attraverso un semplice calcolo della somma degli altri prezzi offerti, che condurrebbe appunto alla cifra "zero" per quella voce, come avrebbe potuto sapere la stazione appaltante chiedendo chiarimenti al riguardo.

Senonché, ritiene il Collegio che si tratti di argomenti non convincenti.

Il bando di gara era chiaro nel comminare l'esclusione in caso di omessa compilazione anche di una sola voce del modulo-offerta predisposto dalla stazione appaltante e recante l'elenco dei prezzi unitari che i concorrenti avrebbero dovuto indicare.

Dunque, non è invocabile il c.d. "soccorso istruttorio" di cui all'art. 46, comma 1, d.lgs. 163/2006 utilizzabile unicamente in caso di clausole della legge di gara ambigue: la necessità di assicurare la par



condicio tra i concorrenti circoscrive il dovere di soccorso a mere irregolarità nella formulazione delle offerte, ma non è utilizzabile allorquando si tratti di vere e proprie omissioni, come in questo caso. Per nulla convincente è poi l'argomento secondo cui il segno grafico con cui è stata barrata la voce 32 dovrebbe interpretarsi come "zero" euro.

Invero, la barra trasversale ha il significato inequivoco di astensione dall'indicazione di un prezzo (così anche: Cons. Stato, IV, 23.5.2010, n. 1700).

Oltretutto, non è plausibile che l'impresa partecipante alla gara, volendo ricavare dall'appalto un utile, si offra di realizzare gratuitamente una parte del servizio, per quanto piccola nell'economia generale di esso.

Del resto, è la stessa ricorrente che, rivolgendosi alla Commissione giudicatrice per spiegare la mancata indicazione di quel prezzo unitario e significando che la barra equivarrebbe a "zero", offre la chiave di lettura dell'omissione, giustificandola con la circostanza che la scuola materna di Cadine non è stata ancora costruita (circostanza questa - osserva il Collegio - irrilevante in quanto il contratto avrà durata quinquennale e dunque l'amministrazione vi ha ricompreso ragionevolmente anche immobili in via di realizzazione).

Ma se davvero la ricorrente intendeva offrire gratuitamente il servizio di gestione degli impianti per la realizzanda scuola di Cadine, non vi era alcuna valida ragione per non indicare esplicitamente (in cifra ed

in lettere) il prezzo “0,00 (zero/00)”, anziché la barretta che ha l'inequivoco diverso significato di astensione, cioè di una “non offerta”.

E se la ricorrente avesse ritenuto che la scuola di Cadine non facesse, in realtà, parte dell'oggetto del servizio, in quanto inesistente, sia ora, sia per tutta la durata dell'appalto, allora sarebbe stata tenuta, conseguentemente e doverosamente, a chiedere una precisazione in tal senso alla stazione appaltante o comunque chiarimenti, a presidio della certezza dell'offerta e della riconoscibilità della propria manifestazione di volontà; invece nessuna richiesta in tal senso è stata avanzata da CNS, come pure era consentito dal bando di gara.

D'altra parte, le altre due imprese partecipanti alla gara non hanno affatto omesso di offrire un prezzo anche per la voce n. 32, talché anche il raffronto tra le offerte rivela l'ingiustificata omissione da parte di CNS che ha formulato un'offerta incerta e parziale che, oltretutto, reca implicitamente una variante non ammessa dal bando all'oggetto dell'appalto.

Inoltre, dal verbale 30.3.2012 della commissione di gara che ha disposto l'esclusione della ricorrente si osserva che, contrariamente a quanto sostenuto da CNS, al momento in cui si sono svolti i sopralluoghi anteriormente alla presentazione delle offerte i lavori di costruzione della scuola di Cadine erano in fase avanzata di esecuzione (e tale dichiarazione dell'autorità costituisce prova della circostanza di fatto, fino a querela di falso) talché sarebbe stato assai

agevole prendere conoscenza del relativo progetto ai fini di una meditata e consapevole formulazione dell'offerta.

La debolezza della giustificazione fornita dalla ricorrente si rivela, poi, evidente se si considera che altri tre edifici ricompresi nell'appalto erano in fase di costruzione e per uno (l'asilo nido di Ravina) addirittura non erano stati ancora appaltati i lavori di costruzione e, ciò nonostante, CNS non ha omesso, per questi, l'offerta del prezzo unitario (come emerge, ancora, dal verbale della Commissione 30.3.2012, la quale rileva che per tutti gli edifici è stato fornito alle imprese il dato volumetrico e che questo è stato ritenuto sufficiente dalle concorrenti ai fini della formulazione dell'offerta).

Dunque, sia l'elemento testuale che quello intenzionale portano ad escludere che possa interpretarsi come "zero" l'offerta economica per la voce in controversia, in relazione al tassativo precetto di indicare espressamente gli importi in cifre ed in lettere.

Circa l'invocata nullità della clausola escludente, per violazione dell'art. 46, comma 1bis, del d.lgs. 163/06, come novellato dall'art. 4, co. 2, lett. d), d.l. 70/2011, il Collegio osserva che la prescrizione secondo cui i prezzi unitari dovevano essere indicati senza alcuna omissione integra un elemento essenziale dell'offerta che legittimamente poteva essere imposto a pena di esclusione, anche in base al citato art. 46 comma 1bis, del d.lgs. n. 163 del 2006.

Infatti, la mancata formulazione di un prezzo unitario (come nella specie, in cui la relativa casella è stata barrata trasversalmente) si

risolve in un'obiettiva incertezza sulla reale volontà negoziale espressa da CNS, tale da ingenerare dubbi sull'effettivo impegno vincolante ad eseguire l'appalto relativamente a tale voce, e non una mera irregolarità sanabile, mediante una semplice operazione matematica di somma algebrica.

La somma algebrica per ricostruire a ritroso la volontà non manifestata dalla ricorrente non condurrebbe, in nessun caso, ad un risultato rassicurante poiché non si tratta di una dimenticanza, di una mera omissione nella formulazione di un prezzo unitario, come sarebbe stato se la relativa casella fosse stata lasciata "in bianco".

Invero, la barretta trasversale, per quanto già detto, significa inequivocabilmente negazione, astensione, esclusione, cioè volontà di non offrire alcun prezzo e, cioè, di non intendere che sia ricompreso nell'appalto anche tale edificio scolastico e, quindi, di non voler apprestare alcun servizio per tale edificio. Che questa fosse la volontà, manifestata in tal modo da CNS, lo si deduce dalle stesse affermazioni della ricorrente che si è giustificata col fatto che l'edificio non è esistente.

Si deve poi considerare che l'offerta economica complessiva mediante l'indicazione dei prezzi unitari deriva da un bilanciamento, operato soggettivamente dall'impresa, fra i costi delle varie componenti dell'appalto cui corrispondono i relativi prezzi, talché la mancata indicazione di un prezzo (con la mancata previsione del relativo utile) altera irrimediabilmente tale bilanciamento tanto da

rendere inaffidabile ex se l'offerta stessa, poiché tale mancato utile non può essere recuperato altrimenti, se si assume la correttezza del bilanciamento.

Non si tratta, quindi, di un mero formalismo, tale per cui la relativa clausola debba considerarsi nulla alla stregua della norma introdotta dal citato art. 46, comma 1bis, del d.lgs. 163/2006.

In conclusione, per le considerazioni che precedono il provvedimento di esclusione resiste alle censure dedotte dalla parte ricorrente ed il ricorso va quindi respinto.

Diviene conseguentemente improcedibile il ricorso incidentale, proposto da SIRAM in via espressamente condizionata all'accoglimento del ricorso principale.

Le spese del giudizio vanno compensate in considerazione dell'esito contrastato degli incidenti cautelari, sopra menzionati.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese del giudizio compensate.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere, Estensore

Alma Chiettini, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/12/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)