



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato
la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 9800/2008, proposto dalle Poste Italiane S.p.A., con
sede in Roma, Viale Europa. 190, rappresentata e difesa dagli avvocati
Andrea Sandulli, Marco Filippetto e Marcello Molè ed elettivamente
domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Via della Farnesina n.
272;

contro

T.N.T. Post Italia S.p.A. in proprio e in qualità di mandataria del
costituendo RTI tra TNT Post Italia S.p.A., Open Software, Mega Asp,
Compunet e T.N.T. Post Notifiche, Open Software S.r.l., Mega Asp S.r.l.,
Compunet S.r.l., T.N.T. Post Notifiche S.r.l., rappresentate e difese dagli
avv.ti Claudio Tesauro e Fabio Cintioli, con domicilio eletto in Roma, Via
Salaria n. 259, presso il loro studio;

e nei confronti di

Intercent – Er Agenzia Regionale Sviluppo Mercati Telematici , G.C.S
S.p.a. in p. e q. mandataria costituendo RTI tra G.C.S. S.p.a.,Uniiposta
S.p.a. e Seklecta S.r.A., Maggioli S.p.A. in pr. e in qualità di mandataria
del RTI tra Maggioli S.p.a., Agenzia Defendini S.r.l., Famula online S.p.a. e
Coop. Sociale Asso , Sapidata S.p.a., non costituitesi;

FF

N.5583/09

Reg.Dec.

N. 9800 Reg.Ric.

ANNO 2008

Disp.vo n. 435/2009

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale dell'Emilia Romagna – Bologna – Sezione I, n. 4426/2008;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle Società appellate;

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

Visti gli atti tutti delle cause;

Alla pubblica udienza del 5 maggio 2009 relatore il Consigliere Marcella Colombati;

Uditi gli avv.ti Molè e Cintioli;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

I. La Agenzia regionale per lo sviluppo dei mercati telematici dell'Emilia Romagna (INTERCENT-ER) ha indetto una gara (procedura aperta, da aggiudicarsi all'offerta economicamente più vantaggiosa) per la fornitura alle amministrazioni regionali e locali dei servizi di gestione del procedimento di notifica e postalizzazione di atti conseguenti a provvedimenti della Polizia municipale,

L'aggiudicazione provvisoria è stata disposta in favore di G.C.S. s.p.a., che in seguito è stata esclusa per irregolarità fiscali non tempestivamente sanate.

La gara veniva quindi aggiudicata alla 2^a classificata Poste Italiane s.p.a. sulla base della originaria graduatoria compilata con l'inclusione dell'offerta G.C.S.

II. Ricorre al Tar per l'Emilia-Romagna la 3^a classificata T.N.T. Poste Italia s.p.a. (in raggruppamento con altre) – di seguito indicata con T.N.T. - contestando l'ammissione alla gara della prima classificata (G.C.S.) in ragione della offerta economica contenente 2 prezzi unitari pari a 0,00 che illegittimamente la stazione appaltante avrebbe modificato in 0,001 per consentire l'applicazione di una formula matematica necessaria per assegnare i punteggi alle varie offerte messe a confronto.

La T.N.T. impugna tutti gli atti di gara, la graduatoria finale e, con motivi aggiunti, anche il disciplinare se interpretato nel senso voluto dalla stazione appaltante e cioè di consentire l'espressione di un prezzo pari a zero e quindi la modifica della stessa offerta in tre cifre decimali (0,001).

Sostiene che la G.C.S. doveva essere esclusa fin dall'origine per mancanza dei requisiti e che la sua ammissione ha viziato tutti gli atti della procedura.

Ritiene che doveva essere riformulata una nuova graduatoria dei punteggi, escludendo l'offerta della G.C.S., e che essa T.N.T. sarebbe diventata la prima classificata.

III. C.G.S. propone ricorso incidentale contro la revoca della aggiudicazione in suo favore (peraltro impugnata anche con ricorso autonomo, ancora non deciso).

IV. Il Tar adito, con la sentenza n. 4426 del 2008, accoglie il ricorso della T.N.T. e respinge il ricorso incidentale della G.C.S..

Il giudice di primo grado ha ritenuto che:

-l'offerta pari a zero pregiudica il regolare funzionamento della formula matematica, prevista nella legge di gara, secondo cui il massimo

punteggio è attribuito al prezzo unitario più basso, mentre per le altre offerte il punteggio è attribuito secondo la formula: $P_i = (R_{max} \times 50) : R_i$ dove P_i è il punteggio da attribuire, R_{max} è il prezzo più basso offerto, R_i è il prezzo dell'offerta cui attribuire il punteggio; in concreto, sulla base dei prezzi unitari offerti e della valutazione tecnica conseguita, G.C.S. (che avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara) ha avuto il punteggio di 5 in quelle due voci offerte a costo zero e gli altri concorrenti hanno avuto 0 punti;

-l'offerta pari a zero è causa di esclusione dalla gara;

-non vale che la *lex specialis* non vieta l'offerta pari a 0,00 perché, se così fosse, il Direttore di gara non avrebbe dovuto modificare l'offerta in 0,001; in realtà egli ha operato un'illegittima integrazione del bando; l'ordinamento non consente che la stazione appaltante si sostituisca all'impresa partecipante attribuendo un valore convenzionale all'offerta per consentire l'applicazione della formula matematica; la stazione appaltante ha favorito la G.C.S. in danno delle altre; al massimo poteva dare all'offerta di GCS il valore più basso espresso con 2 cifre decimali (0,01), in quanto valgono le regole generali rispondenti a criteri di ragionevolezza secondo cui, in mancanza di specificazione, gli importi in euro devono essere arrotondati al centesimo (circolare Dipartimento entrate n. 291 del 1998), come hanno fatto altre due concorrenti;

-anche il Consiglio di Stato (ordinanza n. 2104/2008) ha ritenuto che la tesi della T.N.T. sia fondata, nel senso che la rideterminazione dei punteggi possa essere effettuata con un'operazione matematica automatica, una volta esclusa l'offerta della G.C.S.;

-l'altro precedente citato (Cons. Stato, V, sentenza n. 3435 del 2007) ammette invece l'applicazione convenzionale di 0,001 all'offerta pari a zero, perché è comunque l'offerta più favorevole;

-il Tar sceglie la tesi del Cons. Stato del 2008 (ordinanza) e conclude che l'offerta della G.C.S. doveva essere esclusa, con la rideterminazione dei punteggi, perché l'art. 48 del codice dei contratti pubblici, approvato con d. lgs. n. 163 del 2006, si applica solo per il calcolo della soglia di anomalia e non si estende alla formazione dei punteggi;

-tale rideterminazione con una semplice operazione matematica avrebbe visto la società T.N.T al primo posto e Poste Italiane al terzo posto;

-conclusivamente l'aggiudicazione a Poste Italiane s.p.a., 2^a classificata in base all'originaria graduatoria, è illegittima perché la graduatoria stessa è falsata dalla presenza dell'offerta della G.C.S., con effetti distorsivi sull'intera procedura.

V. La sentenza è appellata dalla s.p.a. Poste Italiane, che sulla base della graduatoria definitiva diviene la seconda classificata, precisando che:

-la lex specialis non prevede l'esclusione dell'offerta pari a zero, né impone l'indicazione di un prezzo per ogni voce di costo;

-l'offerta pari a zero della G.C.S. riguarda due voci opzionali e non si tratta dei servizi principali; essi potrebbero non essere mai resi se l'Agenzia non li richiede e decide di gestirli in proprio;

-vale il precedente Cons. Stato del 2007 n. 3435, nel senso che si sceglie comunque l'offerta migliore;

-l'attribuzione di 0,001 è legittima perché è la più conveniente; attribuire invece la diversa misura di 0,01 a G.C.S., come sostiene il Tar (e cioè con due sole cifre decimali), avrebbe significato avvantaggiare le altre due partecipanti che avevano appunto offerto 0,01; il punteggio migliore è stato attribuito all'offerta col prezzo minore, che è quello più vicino allo zero;

-legittimamente si aggiudica al secondo quando il primo è escluso per irregolarità fiscali non sanate e cioè per mancato possesso dei requisiti generali (art. 38 codice); lo prevede anche l'art. 7 del disciplinare con lo scorrimento della graduatoria, mentre non si deve rifare una nuova graduatoria con l'esclusione dell'offerta di GCS;

-la scheda-tipo allegata al disciplinare prevede l'indicazione dell'offerta in 3 cifre decimali;

-non è vero che l'offerta TNT fosse diventata la migliore, perché essa ha avuto punti 37,50 e Poste Italiane ha avuto punti 39 anche in base alla seconda graduatoria; l'offerta di TNT è inferiore dal punto di vista tecnico e di poco migliore dal punto di vista economico; ma con l'offerta "economicamente più vantaggiosa" non è determinante il prezzo, bensì la qualità del servizio e quella di Poste Italiane è migliore per qualità;

-al massimo, considerando che i due servizi potevano anche non essere richiesti, si poteva riformulare la graduatoria escludendo quelle due voci, e la migliore offerta sarebbe sempre rimasta quella di Poste italiane;

-non è logico rifare la graduatoria per individuare la "seconda classificata" che abbia offerto il prezzo migliore;

-l'impugnazione del disciplinare (art. 7) coi motivi aggiunti è tardiva; in ogni caso andava impugnato con l'aggiudicazione definitiva che rendeva noto il sistema applicato;

-la verifica dei requisiti del secondo in graduatoria (prevista dall'art. 48 del codice) presuppone il mantenimento di quella (prima ed unica) graduatoria; la norma riproduce l'art. 10 della legge n. 109/1994 a' termini del quale la giurisprudenza aveva riconosciuto la legittima aggiudicazione al secondo in caso di mancanza di requisiti del primo (Cons. Stato, 4840/2007 e 5567/2007);

- la tesi di TNT, secondo cui l'offerta di GCS doveva essere esclusa fin dall'inizio, è infondata posto che la verifica dei requisiti avviene quando la gara è ultimata (art. 7 disciplinare) ai fini della stipula della convenzione e non se ne poteva anticipare la valutazione ad un momento anteriore all'aggiudicazione provvisoria della gara; l'art. 11, comma 8, del codice prevede addirittura che il controllo dei requisiti è affidato a un momento successivo all'aggiudicazione definitiva;

-il rifare la graduatoria, nei sensi indicati dal Tar, avrebbe comportato la violazione del disciplinare di gara.

VI. Si oppone all'appello la società T.N.T. Post Italia, vincitrice in primo grado, sostenendo che:

-l'offerta di GCS doveva essere esclusa, perché nell'ammetterla questa aveva avuto 5 punti e tutte le altre 0 punti, con ciò violando la necessità di graduazione delle (altre) offerte che venivano tutte azzerate; l'offerta GCS era quindi inammissibile;

-il bando non consentiva offerte incomplete o condizionate o redatte in modo difforme dal disciplinare;

-il valore convenzionale sostituito (0,001) è inammissibile;

-Poste italiane s.p.a. è divenuta aggiudicataria in base ad una graduatoria condizionata dall'illegittima partecipazione di GCS;

-va disatteso il precedente Cons. Stato n. 3435 del 2007, poiché consente alla stazione appaltante di integrare illegittimamente il disciplinare di gara;

-in concreto l'offerta di Poste italiane ha un prezzo più alto di quello di TNT e quindi è meno favorevole per la p.a.;

-il ricorso contro l'art. 7 del disciplinare non è tardivo perché è solo con l'aggiudicazione a Poste italiane che la norma è diventata lesiva per TNT:

-l'offerta di GCS doveva essere esclusa fin dall'inizio perché (ancor prima del mancato possesso dei requisiti) aveva fatto un'offerta incompleta (pari a zero per alcuni elementi di prezzo), tanto è vero che la stazione appaltante aveva dovuto modificarla; l'integrazione dell'offerta GCS ha comportato una disparità di trattamento con le altre;

-l'offerta pari a zero preclude l'applicazione della formula matematica per calcolare i punteggi.

VII. La società T.N.T. appellata, ripropone anche i motivi assorbiti in 1° grado e cioè:

1) incompetenza; violazione art. 84 codice e art. 21 legge regionale n. 9/2000: la legge regionale prevede la costituzione di una commissione di gara con più esperti per la valutazione delle offerte, la verifica

dell'anomalia, la valutazione della congruità dell'offerta prescelta; questa Commissione non è stata nominata, avendo provveduto direttamente l'Agenzia; è stata nominata invece una commissione tecnica, che è cosa diversa, per la valutazione delle sole offerte tecniche (Cons. Stato, n. 4267/2006).

T.N.T. ribadisce che la comparazione tra partecipanti che non siano incorsi in cause di esclusione e che siano muniti di tutti i requisiti va fatta sulla base della reale entità dei prezzi offerti, non potendosi ammettere che una circostanza casuale – come la singolare partecipazione di G.C.S. che offre zero e l'inammissibile integrazione dell'offerta da parte della Commissione che fissa arbitrariamente a 0,001 i due prezzi – porti a una conclusione diversa; sarebbe bastata una semplice nuova operazione matematica tra le offerte rimaste in gara per far emergere che T.N.T. era la migliore offerente.

L'art. 48 del codice sulla soglia di anomalia non può essere esteso per analogia alla formazione dei punteggi dell'offerta economica, perché soglia di anomalia e calcolo del prezzo sono cose diverse; diversamente il computo del prezzo finirebbe per dipendere dal capriccio del caso.

Il legislatore con l'art. 48 del codice ha accettato il rischio di un'aggiudicazione ad un'offerta anomala per risparmiare il tempo e le lungaggini procedurali di un nuovo calcolo di anomalia (per questo si aggiudica al secondo), ma non ha accettato il rischio di un'aggiudicazione a un'offerta di prezzo superiore penalizzando quella di prezzo inferiore per risparmiare il poco tempo che ci vuole per rifare il conteggio dei prezzi effettivi (tra le offerte rimaste in gara).

Diversamente sarebbe illegittimo il disciplinare, impugnato coi motivi aggiunti e l'impugnazione non è tardiva, perché la lesione si ha con l'aggiudicazione a Poste italiane, mentre la prescrizione di gara non veniva in rilievo nella originaria controversia tra T.N.T. e G.C.S.

L'appellata rileva infine che anche Poste italiane ha impugnato al Tar di Bologna l'aggiudicazione a G.C.S. per gli stessi motivi di T.N.T., contestando l'arbitraria integrazione della stazione appaltante che ha falsato i risultati della gara, mentre ora Poste italiane, per l'illegittimo scorrimento in suo favore della graduatoria, non ritiene più validi i motivi difesi in primo grado.

Non è contestato che, esclusa G.C.S., l'offerta di T.N.T. diviene migliore di quella di Poste italiane.

VIII. Con successive memorie le parti hanno confermato le rispettive tesi difensive e all'udienza del 5 maggio 2009 la causa è passata in decisione.

Con atto n. 435 del 2009 è stato pubblicato il dispositivo della presente decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. L'appello va accolto.

2. La prima questione che si pone all'attenzione del Collegio è se sia ammissibile che una stazione appaltante, nel corso di una gara da aggiudicarsi in base all'offerta economicamente più vantaggiosa, modifichi l'offerta di una concorrente che abbia indicato per talune voci un prezzo pari a zero (0,00), in modo da consentire l'applicazione di una formula matematica prevista nel bando per il calcolo del punteggio da attribuire alle

singole offerte, applicazione che altrimenti risulterebbe impossibile quando uno dei termini è pari a zero.

Il Collegio ritiene di aderire al prevalente indirizzo giurisprudenziale favorevole (Cons. di Stato, VI, n. 8146 del 2004; V, n. 3435 del 2007), considerando che:

- il bando non preclude la possibilità che per singole voci venga offerto un prezzo pari a zero, cioè non impone la presentazione di un certo prezzo per ciascuna delle voci, ben potendo verificarsi che un concorrente decida di non applicare nessun prezzo a un determinato servizio;

- la formula matematica prevista dal bando per l'assegnazione del punteggio relativo alle varie voci di prezzo va applicata, quando si pongano delle difficoltà pratiche, secondo un criterio di ragionevolezza volto a salvaguardare l'interesse della p.a. senza comportare illegittime esclusioni dalla gara non previste dal bando; ciò in applicazione del principio secondo cui le clausole del bando ambigue vanno applicate in modo da conseguire un risultato utile; in mancanza di un'esplicita previsione del disciplinare che sanzionasse a pena di inammissibilità la presentazione di un'offerta pari a zero per una delle voci, la stazione appaltante non avrebbe potuto disporre l'esclusione dell'offerta ovvero omettere di applicare la formula matematica prescritta;

- era quindi ragionevole, a fronte di voci di prezzo pari a zero, applicare comunque la formula matematica (riportata in fatto), sostituendo il prezzo zero con un prezzo infinitesimale che consentiva l'operatività della formula, senza snaturare l'offerta più vantaggiosa;

- la scelta dell'amministrazione di sostituire l'offerta pari a zero con un prezzo pari a 0,001 non è arbitraria, bensì è giustificata dalla scheda-tipo allegata al disciplinare che prevede appunto l'indicazione dell'offerta in 3 cifre decimali.

3. La seconda questione che si pone è se, una volta formata la graduatoria, ove la prima classificata sia esclusa per mancanza dei requisiti (nella specie, irregolarità fiscali non sanate), la stazione appaltante sia obbligata a formulare una nuova graduatoria dei punteggi non tenendo conto dell'offerta esclusa. La risposta non può che essere negativa, secondo una prevalente giurisprudenza che il Collegio condivide.

Dispone infatti l'art. 48 del codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 163 del 2006) che in questo caso legittimamente l'aggiudicazione deve avvenire in capo alla seconda classificata (nella specie, Poste italiane s.p.a.) e la stessa previsione è contenuta anche nel disciplinare di gara (art. 7, alla fine).

L'invocata esclusione ab initio della prima classificata per mancanza dei requisiti, condivisa dal Tar, (con la necessità di rifare un'altra graduatoria) sarebbe illegittima sia perché la lex specialis non lo prevede espressamente, sia perché lo stesso disciplinare indica gli adempimenti "successivi" alla comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria, tra i quali la valutazione circa la "veridicità" delle dichiarazioni dei concorrenti in ordine al possesso dei requisiti.

Inoltre lo stesso provvedimento di aggiudicazione provvisoria alla C.G.S., prima classificata, (doc. 3 depositato dall'appellata) precisa di "subordinare l'aggiudicazione definitiva...alle verifiche sulla sospetta

anomalia dell'offerta, ai sensi dell'art. 86, comma 3, del d. lgs. n. 163 del 2006". La stessa precisazione è contenuta nella lettera dell'Agenzia regionale del 22.10.2007 con la quale si comunica alla T.N.T. l'aggiudicazione all'altra concorrente (doc. 4), nonché nell'aggiudicazione definitiva alla C.G.S. (doc. 5) la cui efficacia è subordinata "alla verifica dei requisiti di ordine generale, di capacità economico-finanziaria e tecnica, dichiarati ai fini della partecipazione alla gara" ai sensi dell'art. 11, comma 8, del codice ("L'aggiudicazione definitiva diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti")

Va al riguardo precisato che nel disciplinare di gara era previsto che nella busta A (documentazione amministrativa) fossero contenute talune "dichiarazioni", la cui veridicità sarebbe stata accertata in prosieguo, senza che l'eventuale esclusione imponesse alla p.a. di rifare la graduatoria.

4. Non convince la tesi dell'appellata, condivisa dal Tar, che bisognava invece rifare la graduatoria dei punteggi senza considerare l'offerta della C.G.S. esclusa, non dovendosi applicare l'art. 48 del codice che si riferirebbe solo all'anomalia delle offerte e non anche al calcolo dei punteggi. La stessa tesi è stata condivisa anche da questo Consiglio di Stato in una decisione cautelare (V, ordinanza n. 2104 del 2008) relativa al presente giudizio, ma il Collegio ritiene di doversene discostare per le ragioni seguenti.

In primo luogo una decisione cautelare non può avere l'autorità di un precedente, visto il giudizio di sommaria cognitio nel quale l'ordinanza è resa.

Inoltre nessuna norma impone di rifare il conteggio dei punti dell'offerta economica quando la procedura è ormai conclusa con l'aggiudicazione provvisoria della gara; anzi è previsto che la valutazione dell'efficacia di quella aggiudicazione sia subordinata a determinati accertamenti; in caso di esito negativo, la stazione appaltante è tenuta ad aggiudicare alla seconda classificata e ciò per un principio di economia degli atti e delle procedure, di concentrazione delle operazioni di gara, nonché per l'interesse pubblico alla sollecita conclusione delle procedure selettive.

Soltanto ove sia il primo che il secondo classificato risultino carenti dei requisiti prescritti, da accertarsi nel momento conclusivo della gara, la stazione appaltante è tenuta a formare una nuova graduatoria con l'esclusione dei primi due.

Questo è il disposto dell'art. 48 del codice, che, diversamente da quanto sostenuto dall'appellata, non può essere ritenuto applicabile alla sola soglia di anomalia, ma riguarda "il controllo sul possesso dei requisiti" delle imprese partecipanti alla gara.

Detto controllo si articola attraverso un primo sorteggio tra almeno il 10% dei concorrenti finalizzato alla prova del possesso dei requisiti ("dichiarati" nell'offerta) mediante il deposito di apposita "documentazione"; se tale prova non sia fornita da coloro che siano stati oggetto del sorteggio o non vengano confermate le dichiarazioni rese, le stazioni appaltanti escludono le relative domande dalla gara; quindi la richiesta di detta prova "alla conclusione delle operazioni di gara" è richiesta anche "all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria,

qualora gli stessi non siano compresi tra i concorrenti sorteggiati”; soltanto se i primi due (rimasti in graduatoria e non sorteggiati) non confermino le dichiarazioni rese in sede di presentazione dell’offerta “si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione”. Nella specie la C.G.S. non è stata oggetto del sorteggio e quindi della preventiva verifica della veridicità delle dichiarazioni contenute nell’offerta.

Al di là delle espressioni usate nel predetto art. 48, deve essere ricordato che i criteri e il procedimento di verifica e di esclusione delle offerte anomale sono disciplinati espressamente da altre norme e precisamente dagli artt. 87 e 88, comma 7, del codice. Di qui la necessità di interpretare le singole disposizioni secondo il loro significato contenutistico quando le espressioni usate possono essere causa di incertezza.

Come osserva l’appellante, “è evidente che la verifica del secondo in graduatoria presuppone il mantenimento della graduatoria stessa e la sua immodificabilità in caso di esito positivo del controllo”. L’operato della stazione appaltante pertanto è in linea con i principi dell’ordinamento e su tal punto si sottrae alle censure sollevate in primo grado.

5. Quanto alla tardività dell’impugnativa in primo grado da parte di T.N.T. del disciplinare di gara, se interpretato nel senso seguito dall’amministrazione, e cioè di consentire la trasformazione di un’offerta pari a zero in quella pari a 0,001 senza escluderla ab initio dalla gara, l’eccezione è infondata perché di regola i bandi di gara e i disciplinari vanno impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi a identificare in concreto il soggetto leso dal

provvedimento e a rendere attuale e concreta la situazione soggettiva dell'interessato; ciò in quanto, a fronte di clausole eventualmente illegittime, il partecipante alla procedura non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della singola clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione e quindi in un'effettiva lesione che solo da tale esito può derivare (Cons. di Stato, ad. pl. n. 1 del 2003).

Né può ipotizzarsi nessuna acquiescenza o rinuncia preventiva alla tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo, quando lo strumento di tutela non è ancora azionabile per mancanza dell'attualità della lesione (Cons. di Stato, V, n. 6678 del 2006; V, n. 901 del 2008).

Nel merito però la censura riferita alla *lex specialis* non è fondata per quanto prima detto, sia perché il bando o il disciplinare non impediscono esplicitamente offerte pari a zero, sia perché la modifica (da zero a 0,001) non è arbitraria, bensì rispondente alla scheda tipo del disciplinare e l'intervento correttivo della stazione appaltante è servito per rendere applicabile la formula matematica relativa all'attribuzione dei punteggi dei prezzi offerti e risponde a logica e ragionevolezza perché ha finito con l'attribuire il punteggio maggiore all'offerta più conveniente dal punto di vista economico (punteggio maggiore al prezzo minore), senza procedere a preventive illegittime esclusioni.

6. Quanto infine alla censura di incompetenza, formulata in primo grado dalla T.N.T., non esaminata dal Tar e qui riproposta – secondo cui l'Agenzia stazione appaltante non avrebbe nominato la commissione esaminatrice ma avrebbe agito "in proprio", è sufficiente osservare per

disattenderla che dai verbali della procedura si evince che la Direttrice dell'Agenda regionale ha agito in qualità di "autorità di gara", assistita da altri soggetti e coadiuvata da una Commissione tecnica per l'esame delle offerte.

7. In conclusione e, in accoglimento dell'appello, la sentenza impugnata va riformata e va respinto il ricorso di primo grado.

Le spese processuali possono essere compensate in considerazione della peculiarità della vicenda e dell'orientamento giurisprudenziale non ancora del tutto consolidato.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sesta sezione, accoglie l'appello e per l'effetto respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, il 5 maggio 2009 dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez.VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Claudio Varrone	Presidente
Paolo Buonvino	Consigliere
Domenico Cafini	Consigliere
Maurizio Meschino	Consigliere
Marcella Colombati	Consigliere est.

Presidente

Consigliere

Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/09/2009
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa
al Ministero.....
a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria