

Qualora un'espressione usata in un'offerta non sia del tutto chiara e possa quindi dare adito a diverse interpretazioni, e di conseguenza "obblighi" l'Amministrazione inevitabilmente a scegliere, essa stessa, in via interpretativa, tra le possibili opzioni alternative, quella conforme a legge, esiste un concreto rischio di violare la par condicio tra i concorrenti, in quanto la pa dovrebbe integrare inammissibilmente i perplessi contenuti letterali dell'offerta : risulta quindi legittima e doverosa l'esclusione.

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 3705 del 21 giugno 2006 ci insegna che:

<l'offerta deve risultare chiara e puntuale e non implicare attività interpretative della stessa da parte dell'Amministrazione, sulla base, tra l'altro, di prassi operative tutte da dimostrare e che, comunque, non necessariamente dovevano essere note alla stessa P.A.>

risulta inoltre importante la seguente osservazione del Supremo giudice Amministrativo:

< Quanto, infine, al fatto che l'Azienda appellante si sia avvalsa dell'acquisizione di un parere legale (non portato a diretta conoscenza dell'interessata) prima di assumere il provvedimento di esclusione di cui si discute, si tratta di circostanza priva di rilevanza, ben potendo l'Amministrazione - laddove sussistano dubbi circa la condotta da tenere in presenza di problematiche giuridiche rilevanti in merito al procedimento posto in essere - avvalersi di pareri siffatti, facendoli, poi, propri, se ritenuti conformi al dettato normativo, con apposita determinazione dell'organo deliberante.>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ANNO 2004

ha pronunciato la seguente

#### DECISIONE

sul ricorso in appello n. 1788/2004, proposto dall'AZIENDA UNITÀ SANITARIA di LATINA, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimo VALLERIANI e Rachele AMBROSIO ed elettivamente domiciliata in Roma, via Lima 5, presso lo studio dell'avv. Aldo FERRARI,

c o n t r o

lo STUDIO ASSOCIATO \*\*\*\*  
e nei confronti

dell'arch. Lamberto \*\*\*\*, in proprio e nella qualità di titolare dell'omonimo Studio, Capogruppo del costituendo R.T.P. tra lo stesso e altri professionisti, in persona del legale rappresentante p.t., non costituitosi in giudizio

per la riforma

della sentenza del TAR del Lazio, Sezione di Latina, n. 1031 del 2 dicembre 2003;

visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

vista la memoria di costituzione in giudizio dell'appellato Studio \*\*\*\*;

visti gli atti tutti di causa;

vista l'ordinanza della Sezione 30 marzo 2004, n. 1410;

relatore, alla pubblica udienza del 31 gennaio 2006, il Consigliere Paolo BUONVINO;

udito l'avvocato SOPRANO in dichiarata delega dell'avv. A. CHIOSI;

visto il dispositivo n. 74 del 2006.

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

#### FATTO e DIRITTO

1) - Con la sentenza appellata il TAR ha accolto il ricorso proposto dall'odierno appellato (Studio Associato \*\*\*\*) per l'annullamento dei provvedimenti di esclusione del medesimo da un concorso per l'affidamento dell'incarico di progettazione, coordinamento alla sicurezza e direzione dei lavori relativamente alla realizzazione di un Hospice in Terracina, nonché di aggiudicazione al controinteressato (Studio dell'architetto Lamberto \*\*\*\*).

La parte ricorrente in primo grado ha lamentato, in particolare, il fatto che, pur essendo risultata la sua offerta come la migliore, non di meno ne sia stata decretata l'esclusione in quanto, in relazione al ribasso offerto in ordine ai compensi professionali – laddove il massimo ribasso ammesso per legge era quello del 20% - aveva indicato “che il ribasso percentuale da applicarsi sul corrispettivo del servizio stimato complessivamente in Euro 320.000.000” (recte: 320.000,00) “(oltre al rimborso spese) è il 100% (centopercento), ovvero il massimo ribasso consentito per legge”.

Per il TAR l'esclusione così disposta era illegittima in quanto l'espressione anzidetta poteva assumere il significato di alternatività tra il 100% e il massimo consentito, oppure il significato di specificazione, nel senso che il massimo consentito individuava il 100% del ribasso; con la conclusione che, in base al generale principio di conservazione dei valori giuridici, doveva ritenersi valida l'offerta come sopra formulata, anche nella considerazione che il 100% del ribasso massimo consentito per legge era pari, appunto, al 20%.

2) - Per l'Azienda appellante la sentenza sarebbe erronea, anzitutto, in quanto l'originario ricorso, laddove teso ad investire il bando di gara, sarebbe stato (come eccepito in primo grado senza che, sul punto, il TAR si sia pronunciato) inammissibile.

Nel merito, comunque, il ricorso di primo grado, contrariamente a quanto ritenuto dai primi giudici, sarebbe stato del tutto infondato, in quanto l'offerta formulata dall'originaria ricorrente sarebbe stata manifestamente inammissibile perché insuperabilmente perplesso.

Resiste la parte ricorrente in primo grado che, preliminarmente, eccepisce la tardività della notifica dell'appello, nonché del suo deposito, con la conseguente irricevibilità dello stesso.

Dopo aver controdedotto all'eccezione di inammissibilità dell'originario ricorso in questa sede ribadita dall'appellante, l'odierna appellata insiste, nel merito, per l'infondatezza del gravame e la conferma della sentenza impugnata.

3) – Ritiene il Collegio che siano da disattendere le eccezioni di tardività della notifica dell'appello e del suo deposito, sollevate dalla parte appellata.

Quanto alla notificazione dell'appello, invero, emerge dagli atti che la sentenza impugnata è stata notificata all'Azienda in data che la stessa parte appellata non è stata in grado di attestare con certezza, avendo versato in atti una copia della sentenza medesima, resa conforme in data 2 gennaio 2004, corredata da relata di notifica del seguente tenore: “anzi nessuna notifica per insufficienza di indirizzo”; con la conseguenza che difetta una data certa circa la notificazione della sentenza all'Azienda appellante.

Vero che, nell'appello di quest'ultima, si segnala che la sentenza sarebbe stata notificata il 9 dicembre 2003, ma la semplice dichiarazione del difensore, non accompagnata da alcun elemento probatorio documentale (che, comunque, sarebbe stato onere dell'odierna appellata produrre), non può valere a fornire alcuna certezza di data, potendo anche trattarsi di un mero lapsus calami.

E, a questo proposito, basti rilevare che la data del 9 dicembre 2003 corrisponde a quella di spedizione della comunicazione alla AUSL del deposito della sentenza da parte della Segreteria del TAR; data dalla quale non decorre il termine breve per l'appello (tale comunicazione vale, infatti, sempre ai sensi dell'art. 23 bis della legge n. 1034 del 6 dicembre 1971, in funzione della proposizione dell'appello nel termine di 120 giorni decorrente dalla data di pubblicazione della sentenza di primo grado).

In mancanza, quindi, di elementi di certezza circa la data di notificazione della sentenza appellata, dalla quale decorre il termine per la proposizione dell'appello (data che, come si ripete, era onere della parte qui appellata, che ha svolto la relativa eccezione, debitamente comprovare), ne consegue che non può ritenersi tardiva la notificazione dell'appello, consegnato al servizio postale, secondo quanto emerge dalla copia inviata per la notificazione, il 4 febbraio 2004.

4) - Quanto, invece, al deposito dell'appello, va rilevato che, ai sensi dell'art. 36, quarto comma, del T.U. di cui al R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, “l'originale ricorso, con la prova delle eseguite notificazioni.....deve essere dal ricorrente, entro trenta giorni successivi alle notificazioni medesime, depositato.....nella segreteria del Consiglio di Stato”; tale termine è, poi, da ritenersi dimezzato (e pari, quindi, a giorni quindici) applicandosi, nella specie, il disposto di cui all'art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971, trattandosi di controversia relativa ad agguicazione di servizi di progettazione.

Ebbene, l'appello risulta depositato il giorno 27 febbraio 2004, mentre la notificazione alla parte appellata risulta effettuata il 7 febbraio 2004, sicché l'appello stesso risulta depositato dopo 20 giorni dalla notificazione.

Non di meno, ritiene il Collegio che, allorché, come nella specie, l'avviso di ricevimento venga consegnato al mittente in data successiva rispetto a quella della notificazione, debba aversi riferimento, per la decorrenza del termine in questione, alla data della restituzione dell'avviso di ricevimento, in analogia, del resto, anche se in una situazione, per certi versi, invertita, con i principi enunciati dalla Corte Costituzionale nelle fattispecie relative alla notificazione del ricorso (cfr. le sentenze C. Cost. 18 marzo 2005, n. 118; 23 gennaio 2004, n. 28 nonché le ordinanze della stessa Corte n. 25 maggio 2004, n. 153, 28 aprile 2004, n. 132 e 12 marzo 2004, n. 97), in forza dei

quali non viene più fatto carico al soggetto che procede alla notificazione dell'atto giudiziale dei "tempi morti" necessari all'ufficio addetto alle notifiche per consegnare l'atto stesso al destinatario.

Nella presente fattispecie, i "tempi morti" che non possono gravare sull'appellante in vista del deposito dell'appello sono quelli che corrono tra la data di notificazione e quella di restituzione dell'avviso di ricevimento (o, quanto meno, onde assicurare sufficiente certezza ai fini dell'individuazione del termine per il deposito, dal giorno successivo a quello della riconsegna dell'atto relatato o dell'avviso di ricevimento all'ufficio al quale lo stesso era stato affidato per la notificazione); altrimenti ne deriverebbe che eventuali ritardi nella restituzione dell'atto o dell'avviso verrebbero, inevitabilmente, a pregiudicare la parte che ha inviato l'atto per la notificazione, che si vedrebbe ridurre ulteriormente e senza sua colpa il già abbreviato termine previsto per il deposito dell'appello.

Appello che, si noti, in base al citato art. 36, deve essere depositato, di norma, in una con la prova delle avvenute notificazioni (anche se questo non impedisce, per motivi di celerità, il deposito dell'atto anche in assenza degli avvisi di ricevimento); con la conseguenza che, non si può far carico all'appellante del pieno rispetto, da parte del medesimo, del dettato normativo, che richiede il deposito congiunto di cui si è detto, altrimenti rimanendone inficiato il principio della pienezza del termine assegnato dal legislatore per l'adempimento in questione tutte le volte in cui la restituzione dell'originale relatato o dell'avviso di ricevimento non siano immediati.

E, del resto, solo con tale situazione la parte appellante viene posta in grado di conoscere la data dell'effettiva notificazione dell'atto di appello.

Ebbene, dalla copia degli atti emerge che la cartolina avviso di ricevimento è stata restituita - giusta timbro su di essa apposto - all'ufficio postale di Roma Esquilino in data 11 febbraio 2004, con la conseguenza che la restituzione - in assenza di altri elementi certi - può ritenersi effettuata non prima del giorno successivo; con l'ulteriore conseguenza che anche il deposito dell'appello deve ritenersi tempestivo perché avvenuto nel termine di giorni 15 decorrente dal 12 febbraio 2004.

5) - L'appello è, poi, fondato nei suoi profili di merito (sicché può esimersi, il Collegio, dall'esaminare l'eccezione preliminare, svolta in primo grado dall'Azienda qui appellante e in questa sede ribadita, di tardività dell'impugnazione di clausole contenute nel bando di gara).

L'espressione usata nella propria offerta dall'originaria ricorrente e sopra riportata ("che il ribasso percentuale da applicarsi sul corrispettivo del servizio stimato complessivamente in Euro 320.000.000" (recte: 320.000,00) "(oltre al rimborso spese) è il 100% (centopercento), ovvero il massimo ribasso consentito per legge") appare, infatti, tutt'altro che perspicua e univoca e, in proposito, è da ritenere che correttamente l'Amministrazione appellante abbia precisato, negli atti impugnati, che:

"l'offerta è formulata in maniera condizionata in quanto la particella ovvero è una congiunzione coordinativa disgiuntiva equivalente a oppure;

l'offerta non è espressa in maniera univoca;

l'offerta presenta, comunque, un vizio lessicale".

Se pure è esatto, in effetti, che la congiunzione "ovvero" può assumere, accanto al carattere disgiuntivo, anche un carattere esplicativo, non di meno l'offerta non appariva accettabile.

Infatti:

- se letta in termini disgiuntivi, come “oppure”, vi sarebbe una intima contraddizione, non potendosi offrire una certa percentuale di ribasso (100%) e, subito dopo, in sostanziale alternativa, fornire il ribasso massimo consentito dalla legge, che è pari al 20% giusta art. 4, comma 12 bis, della legge n. 155 del 1989;

- se letta come “ovvero”, e, quindi, in termini esplicativi, allora sarebbe inammissibile in quanto il 100% è un valore di ribasso percentuale non ammesso in base alla norma ora detta.

Il TAR, con la propria decisione, ha ritenuto, a ben vedere, che l'Amministrazione, per comportarsi correttamente, avrebbe dovuto fare, in sostanza, un doppio salto logico:

- da un lato, ignorare il dato letterale dell'offerta;

- dall'altro, individuare, attraverso la contraddittoria offerta di parte, l'interpretazione che della stessa si sarebbe dovuto offrire per ritenerla conforme alla normativa di settore.

In tal modo, però, l'Amministrazione avrebbe dovuto inevitabilmente scegliere, essa stessa, in via interpretativa, tra le possibili opzioni alternative, quella conforme a legge, così venendo a violare, però, la par condicio tra i concorrenti, in quanto avrebbe finito per integrare inammissibilmente i perplessi contenuti letterali dell'offerta.

Né può convenirsi, infine, con la parte appellata nel ritenere che l'offerta dalla stessa formulata risponderebbe ad una prassi invalsa in sede di presentazione delle offerte nelle gare per l'affidamento dei servizi di progettazione, in quanto l'offerta deve risultare chiara e puntuale e non implicare attività interpretative della stessa da parte dell'Amministrazione, sulla base, tra l'altro, di prassi operative tutte da dimostrare e che, comunque, non necessariamente dovevano essere note alla stessa P.A.

Quanto, infine, al fatto che l'Azienda appellante si sia avvalsa dell'acquisizione di un parere legale (non portato a diretta conoscenza dell'interessata) prima di assumere il provvedimento di esclusione di cui si discute, si tratta di circostanza priva di rilevanza, ben potendo l'Amministrazione - laddove sussistano dubbi circa la condotta da tenere in presenza di problematiche giuridiche rilevanti in merito al procedimento posto in essere - avvalersi di pareri siffatti, facendoli, poi, propri, se ritenuti conformi al dettato normativo, con apposita determinazione dell'organo deliberante.

6) – Per tali motivi l'appello in epigrafe appare fondato e va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

Le spese del doppio grado possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, Sezione quinta, accoglie l'appello e, per l'effetto, respinge il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 31 gennaio 2006  
DEPOSITATA IN SEGRETERIA -- Il 21 giugno 2006