



REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato  
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)  
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5627 del 2010, proposto da:  
Tre Esse Italia s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Francesco A. Caputo, con domicilio eletto  
presso l'avv. Francesco A. Caputo in Roma, via Ugo Ojetti n. 114;

*contro*

Comune di Terracina, rappresentato e difeso dall'avv. Lina Vinci, con domicilio eletto presso l'avv.  
Elena Stella Richter in Roma, viale Mazzini, n.11;

*nei confronti di*

I.C.A. - Imposte Comunali Affini - s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Laura Palasciano,  
Fabrizio Violante e Mario Sanino, con domicilio eletto presso l'avv. Mario Sanino in Roma, viale  
Parioli n. 180;  
CERIN s.r.l.; AIPA s.p.a.;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. LAZIO - SEZ. STACCATA DI LATINA: SEZIONE I n. 00644/2010,  
resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO GESTIONE SERVIZIO ACCERTAMENTO E  
RISCOSSIONE DELL'IMPOSTA COMUNALE SULLA PUBBLICITA'

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Terracina e di I.C.A. s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 novembre 2010 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le  
parti gli avvocati Caputo, Lentini, su delega dell' avv. Vinci, e Sanino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con atto inoltrato per la notifica il 21 giugno 2010 e depositato il 22 seguente la Tre Esse Italia  
s.r.l., quarta classificata nella gara indetta dal Comune di Terracina per l'affidamento della "gestione  
del servizio per l'accertamento e la riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità, dei diritti  
sulle pubbliche affissioni, del canone occupazione spazi ed aree pubbliche", ha appellato la  
sentenza 28 aprile 2010 n. 644 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione staccata

di Latina, sezione prima, con la quale è stato in parte respinto ed in parte dichiarato inammissibile il suo ricorso, con motivi aggiunti, avente ad oggetto l'aggiudicazione della gara in favore della ICA s.r.l., i sottostanti verbali di gara, in parte qua il bando (punto 3.3.1, letto in relazione al successivo punto 3.3.3, ed all. B) ed il disciplinare tecnico o capitolato, nonché per la declaratoria di inefficacia/caducazione del relativo contratto ed il risarcimento del danno.

A sostegno dell'appello ha dedotto:

i.- Sull'asserita inammissibilità/tardività.

I.- Error in procedendo ed in iudicando dei primi giudici nel ritenere “tardiva” la censura contenuta nel secondo atto di motivi aggiunti relativamente al p. 3.4 del disciplinare di gara. Violazione dell'art. 112 c.p.c. (principio “chiesto e pronunciato”) e assoluto travisamento e precaria istruttoria nella disamina della censura stessa. Disallineamento ai principi desumibili dall'Ad. pl. n. 1/03 e a tuttoggi di pedissequa indicazione applicativa.

La censura, concernente non la prefissazione di un minimo garantito ma l'inosservanza della prescrizione da parte di ICA, era tempestiva in quanto dedotta in termini rispetto all'aggiudicazione e relativa a clausola non preclusiva della partecipazione, da impugnarsi dunque unitamente all'atto applicativo. Il TAR non ha esaminato nel merito la censura stessa, né quella, connessa, concernente l'illegittima facoltà in base alla quale l'omissione è stata ritenuta irregolarità formale non passibile di esclusione.

ii.- Sull'asserita infondatezza della censurata introduzione postuma di sub criteri.

II.- Error in iudicando: eccesso di potere giustiziale dei primi giudici nell'aver considerato irrilevante l'introduzione postuma di “elementi ritenuti rilevanti” dalla stessa commissione di gara con cui si è intervenuti rispetto ad uno scarto non appropriato fra la soglia minima e massima di valutazione precedentemente previsto nel bando per quanto attiene agli elementi di valutazione della componente tecnica dell'offerta.

Al punto 3.3.1 del bando, sezione “disciplinare”, riguardante il criterio di valutazione tecnica “organizzazione del servizio” a cui sono riservati p. 50/100, sono indicati i singoli aspetti del criterio ma alcuna specificazione viene data circa l'assegnazione dei rispettivi sub criteri e relativi sub punteggi, limitandosi il successivo punto 3.3.3 a suddividere il punteggio in base al giudizio (scarso, sufficiente, discreto ed ottimo) ed a prevedere la “insindacabilità” di tale giudizio. I criteri di aggiudicazione non sono quindi dettagliati, in violazione dell'art. 53 e del considerando 46 della direttiva 2004/18/CE e degli artt. 83 e 30, u.c., del d.lgs. n. 163 del 2006. Né la carenza è legittimamente colmata, anzi è aggravata, dalla scomposizione del criterio in cinque “elementi ritenuti rilevanti” da parte della commissione, avente portata innovativa-constitutiva e non puramente complementativa-specificativa ed ora comunque preclusa dall'innovato - alla stregua dei principi comunitari - testo del cit. art. 83; e neppure è colmata dal rinvio del bando al disciplinare tecnico, nel cui articolato non si rinvencono specificazioni e chiarificazioni del criterio di bando in parola.

iii.- Sulla reiezione delle censure afferenti la mancata esclusione delle tre concorrenti che hanno preceduto la società appellante.

iii.i.- relativamente alla soc. ICA.

III.- Error in iudicando dei primi giudici nel ritenere assolto l'onere, da parte dell'aggiudicataria, di corredare i giustificativi preventivi con le voci di prezzo, così come prescritto dall'art. 86, comma 5, primo periodo d.lgs. 163/06, letto in combinato disposto con la penalità di esclusione di cui alla sezione 3, punto 3.1, del bando di gara. Eccesso di potere giustiziale per aver considerato il documento datato 23.03.09 quale esatto onere di assolvimento (p. 14.a della sentenza).

I giustificativi preventivi della ICA non sono stati corredati dalle voci di prezzo, come imposto dall'art. 86, co. 5 (ora abrogato), del d.lgs. n. 163 del 2006, sicché il giudizio della commissione,

espresso in un unico rigo, appare labile e laconico. Al contrario, il TAR ha ritenuto che l'onere consistesse nell'allegare all'offerta economica i relativi elementi giustificativi e che tale onere fosse stato assolto con la nota datata 23 marzo 2009 dell'amministratore unico dell'ICA. Per "voci di prezzo" si intendono indiscutibilmente i dati numerici che concorrono a formare le singole componenti dell'offerta e non certo le argomentazioni descrittive di cui alla detta nota.

IV.- Mancata pronuncia dei primi giudici in ordine alla censura afferente alla incongruenza e precarietà del giudizio di verifica di anomalia adottato dalla commissione giudicatrice (ancora p. 14.a della sentenza).

Il principio secondo cui il giudizio di congruità dell'offerta anomala può essere limitato ob relationem alla conferma delle argomentazioni rese dal concorrente non si confà al caso di specie, stante la lacunosità delle giustificazioni fornite; lacunosità che rende irragionevole la declaratoria di ammissione espressa dalla commissione.

V.- Error in iudicando dei primi giudici per non aver ritenuto il comportamento tenuto dalla soc. ICA violativo della legge e come tale passibile di esclusione dalla gara per disapplicazione della sez. 3, punto 3.3, del bando di gara, relativo alle modalità prescrittive afferenti al vincolo - in termini di numero di facciate - cui avrebbe dovuto attenersi la componente tecnica dell'offerta, nonché per non averlo ritenuto violativo della par condicio competitorum e della disparità di trattamento circa la valutazione del know-how (p. 14.b della sentenza). Palmare difetto di istruttoria nell'aver espunto dalla propria cognitio gli allegati al progetto tecnico de quo.

Il bando di gara, punto 3.3 "busta B" offerta tecnica prevede la presentazione di una relazione dettagliata per un numero complessivo non superiore 15 facciate; a tale vincolo non si è attenuta l'ICA che, pertanto, doveva essere esclusa. Contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, secondo cui la relazione sarebbe esattamente di 15 pagine e la prescrizione non sarebbe posta a pena di esclusione, vi sono quattro allegati che ne fanno parte integrante, mentre non rileva se la comminatoria sia riferibile o meno anche alla relazione, trattandosi di offerta sostanzialmente diversa da quella richiesta, quindi inidonea.

VI.- Error in iudicando dei primi giudici per non aver ritenuta errata l'ammissione alla gara della soc. ICA per disapplicazione della sez. 2, punto 2.1, lett. a), del bando di gara, relativo all'imposto contenuto delle dichiarazioni bancarie (p. 14.c della sentenza).

In ricorso si deduceva che le referenze bancarie di ICA non fossero idonee in quanto non attestanti la capacità finanziaria ed economica della concorrente in quanto solida ed abbia sempre fatto fronte ai propri impegni con regolarità e puntualità, come prescritto dal bando (il terzo correttivo ha espunto dall'art. 41 il termine "idonee" rimettendone perciò al bando la definizione). Il TAR ha affermato che la concorrente aveva depositato non due ma tre referenze, di contenuto conforme al bando ed all'art. 41 del d.lgs. n. 163 del 2006, ma tali dichiarazioni non riferiscono che "l'impresa è solida" e sono ben diverse da quelle presentate da essa Tre Esse.

iii.ii.- relativamente alla soc. CERIN

VII.- Error in iudicando dei primi giudici per non aver ritenuto errata l'ammissione alla gara della soc. Cerin per disapplicazione della sez. 2, punto 2.1, lett. a), del bando, relativo all'imposto tenore letterale delle dichiarazioni bancarie. Illegittima applicazione dell'allegato b, punto 11, del bando medesimo, perché contra legem e quindi violativo dell'art. 41, comma 4, primo periodo, d.lgs. 163/06 (p. 15.a della sentenza).

In ricorso si deduceva che la Cerin aveva autocertificato le dichiarazioni bancarie facendo uso della facoltà all'uopo prevista dall'all. b, p. 11, al bando, facoltà tuttavia contrastante con la regola generale stabilita dal cit. art. 41, co. 1, lett. a), il quale richiede che le referenze siano presentate già in sede di offerta, al contrario dei requisiti di cui alle lett. b) e c) che possono essere autodichiarati. Il TAR ha respinto tale censura con la stessa, inconferente motivazione utilizzata per ICA.

VIII.- Error in iudicando dei primi giudici per non aver ritenuto errata l'ammissione alla gara della soc. Cerin per disapplicazione della sez. 2, punto 2.2, lett. a), del bando e quindi violativo dell'art. 42, comma 1, lett. a), d.lgs. 163/06, per come trasfuso nel cespite del bando di cui sopra e della par condicio competitorum (p. 15.b della sentenza).

In ricorso si deduceva che Cerin dovesse essere esclusa per non aver comprovato il requisito di capacità tecnica con le modalità previste dal bando, non avendo specificato gli importi annualmente riscossi per ciascun tributo. Il TAR ha ritenuto che tale mancata indicazione non fosse sanzionata con l'esclusione, quindi la commissione avrebbe giustamente valutato la capacità tecnica sulla base dell'indicazione degli importi riscossi complessivamente per tutti i tributi. Tuttavia, anche in assenza di espressa sanzione era evidente che vi era irregolarità e tale irregolarità viola la par condicio, sicché non poteva che condurre all'esclusione.

iii.iii. - relativamente alla soc. AIPA.

IX - Error in iudicando dei primi giudici per non aver ritenuto errata l'ammissione alla gara della soc. AIPA per disapplicazione della sez. 2, punto 2.1, lett. a), del bando, relativo all'imposto tenore letterale delle dichiarazioni bancarie. (p. 16.a della sentenza).

Ella lamentava come le due referenze dell'AIPA non recassero la dizione che l'impresa fosse "solida". Il primo giudice ha invece ritenuto che attestassero la solidità in modo inequivocabile, senza tener conto che le referenze sono genericamente intestate "a chiunque possa interessare" e non recano l'oggetto della gara, quindi non esprimono la consapevolezza dell'Istituto di rendere la dichiarazione in funzione degli impegni che il cliente andrà ad assumere con la stazione appaltante e della funzione della dichiarazione stessa; dichiarazione che esprime un concetto diverso dalla capacità finanziaria, non è autocertificabile e non è integrabile/emendabile, pena la violazione delle regole stabilite ex ante e della par condicio.

X.- Error in iudicando dei primi giudici per non aver ritenuto il comportamento tenuto dalla soc. AIPA violativo della legge e come tale passibile di esclusione dalla gara per disapplicazione della sez. 3, punto 3.3, del bando, relativo alle modalità prescrittive afferenti al vincolo - in termini di numero di facciate - cui avrebbe dovuto attenersi la componente tecnica dell'offerta, nonché per non averlo ritenuto violativo della par condicio competitorum e disparità di trattamento circa la valutazione del know-how (p. 16.a della sentenza).

Come per ICA, la relazione superava le 15 facciate quanto comprensiva di allegati, di cui il TAR non ha tenuto conto.

XI.- Precarietà istruttoria dei primi giudici nella completa disamina della fattispecie ed eccessiva sinteticità delle determinazioni assunte dai primi giudici.

In poche righe, che accomunano ogni profilo di impugnativa, il TAR ha esaminato la complessa vicenda in cui, invece, sono integrate diverse e numerose sfaccettature di illegittimità.

Il Comune di Terracina e la ICA si sono costituiti in giudizio ed hanno svolto controdeduzioni, a cui l'appellante ha replicato con memoria depositata, con l'adesione delle controparti, il 4 novembre 2010, con la quale ha altresì richiesto espressamente il subentro nell'esecuzione del contratto ed ha insistito per l'accoglimento dell'appello, introitato in decisione all'odierna udienza pubblica.

## **DIRITTO**

1.- Com'è esposto nella narrativa che precede, si controverte della gara indetta dal Comune di Terracina per l'affidamento della "gestione del servizio per l'accertamento e la riscossione dell'imposta comunale sulla pubblicità, dei diritti sulle pubbliche affissioni, del canone occupazione spazi ed aree pubbliche", in cui l'attuale appellante Tre Esse Italia s.r.l. si è classificata al quarto posto della relativa graduatoria, preceduta da ICA s.r.l., aggiudicataria, da CERIN s.r.l. e da AIPA S.p.A..

2.- Col primo motivo d'appello Tre Esse lamenta l'erroneità del capo della sentenza appellata con il quale è stata dichiarata l'inammissibilità della censura formulata nei secondi motivi aggiunti avverso il disciplinare di gara, punto 3.4, "in quanto avrebbe potuto e dovuto essere proposta con il ricorso introduttivo, essendo il disciplinare di gara documento conosciuto dalla ricorrente".

2.1.- In rito, la doglianza coglie nel segno.

Con detti motivi aggiunti, inoltrati per la notifica il 2 dicembre 2009, la ricorrente impugnava la comunicazione datata 6 novembre 2009 della disposta aggiudicazione definitiva in favore di ICA, unitamente alla clausola in parola, prevedente - ad avviso della medesima ricorrente - che l'offerta economica dovesse contenere l'esplicito impegno a corrispondere al Comune un minimo garantito di € 100.000 annui per l'imposta comunale sulla pubblicità e diritti sulle pubbliche affissioni, nonché un minimo di provento netto di € 100.000 annui per canone di occupazione di spazi ed aree pubbliche, nella parte in cui si lasciava alla Stazione appaltante la possibilità di riservarsi di "escludere dalla gara quelle offerte che presentino irregolarità formali tali da pregiudicare la parità dei concorrenti o la regolarità del procedimento di gara"; ciò in relazione alla deduzione secondo cui l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa, tra l'altro, per non aver formulato tale impegno nella propria offerta economica, ancorché indicato nella proposta tecnica.

Tanto premesso, appare evidente che tale clausola non concerneva la prescrizione di requisiti ostativi alla partecipazione di Tre Esse, ma era da essa impugnata in quanto da intendersi nel senso del conferimento alla Stazione appaltante della facoltà di non escludere il concorrente per irregolarità meramente formali, quale quella addebitata alla ICA; doveva perciò ritenersi soggetta all'onere di impugnativa solo quando fosse divenuta lesiva in quanto applicata per pervenire all'aggiudicazione in favore di terzi ed unitamente a questa. Pertanto correttamente e tempestivamente, rispetto alla piena conoscenza dell'aggiudicazione definitiva in favore di ICA, è stata impugnata unitamente a detta aggiudicazione.

2.2.- Tuttavia, nel merito l'indicata censura, ritrascritta in questa sede, non può essere condivisa.

Invero il punto 3.4 del disciplinare (sezione III della lettera d'invito) non prescrive affatto l'inserimento nell'offerta economica, da collocare nella busta C, dell'impegno di cui innanzi, bensì che l'offerta sia redatta sull'apposito modulo allegato C predisposto dall'Ente, regolarmente sottoscritto; offerta del "corrispettivo del servizio (aggio)" da valutarsi col punteggio massimo di 40/100 e "con la quale la ditta si dichiara disposta a svolgere il servizio per la gestione, nel territorio comunale, dell'imposta (...), la manutenzione degli impianti (...) e con l'esplicito impegno (a: n.d.e.) corrispondere al Comune un minimo garantito annuo complessivo (...) e un minimo di provento netto (...). Nella determinazione della percentuale da applicare a titolo di aggio, dovrà tenere conto di ogni costo connesso o derivante dalla gestione del servizio (...)". Ciò vuol dire non che l'impegno a corrispondere gli importi minimi prescritti debba essere espresso nell'offerta, ma che la presentazione dell'offerta comporta gli impegni sia ad eseguire il servizio con le modalità e le specificazioni ivi indicate, sia a corrispondere all'Ente i minimi annuali parimenti ivi indicati, di cui l'offerente dovrà tener conto nella quantificazione dell'aggio offerto. In altri termini, la *lex specialis* di gara ricollega appunto alla presentazione dell'offerta economica l'assunzione automatica dei detti impegni. Ne è prova incontrovertibile il fatto che nel menzionato modulo allegato C non vi è alcun cenno ai minimi in questione, com'è del resto per le dette modalità e specificazioni del servizio.

Pertanto, nessuna irregolarità è ravvisabile nell'offerta economica dell'ICA, né formale né sostanziale. In ogni caso, la Stazione appaltante non avrebbe di certo potuto escludere la concorrente per omesso inserimento dell'impegno nell'offerta economica, in mancanza di alcuna comminatoria di esclusione al riguardo e, comunque, stante l'equivocità della clausola in relazione al modello predisposto, nonché tenuto pure conto che nell'offerta tecnica (la cui apertura deve avvenire, ed è avvenuta, prima di quella economica) la ICA ha garantito un minimo pari al doppio del prescritto, in tal modo assumendo, nella forma e nella sostanza, l'impegno di cui trattasi. Né la

“facoltà” censurata è illegittima, essendo invece pienamente conforme ai noti principi giurisprudenziali in materia.

3.- Il secondo motivo d'appello investe la reiezione della deduzione di illegittimità del bando e del verbale 26 maggio 2009 n. 3 della commissione giudicatrice, in quanto - in estrema sintesi - il primo non contenente sub-criteri e/o sub-punteggi per la valutazione delle offerte tecniche ed il secondo recante scomposizione della voce “organizzazione del servizio” dell'elemento qualitativo in cinque elementi.

Giustamente il primo giudice ha ritenuto esaustivo il bando e meramente semplificativo e riassuntivo lo schema redatto dalla commissione.

In effetti, il bando (punto 3.3) era già sufficientemente dettagliato, avendo articolato i criteri di valutazione delle offerte in quello del prezzo (con punteggio massimo di 40/100, come si è visto) e del criterio qualitativo (con punteggio massimo di 60/100), a sua volta articolato in due parametri, ossia in due sub-criteri (punto 3.3.1: “organizzazione del servizio”, a cui ha riservato il punteggio massimo di 50/100, e punto 3.3.2: “eventuali servizi aggiuntivi”, a cui ha riservato il punteggio massimo di 10/10), nonché avendo descritto ampiamente quello di cui si discute. D'altra parte l'art. 83, co. 4. del d.lgs. n. 163 del 2006 richiede non sempre e comunque l'ulteriore articolazione di ciascun criterio, peraltro qui già compiuta, ma solo “ove necessario”.

Quanto al verbale, la commissione non ha operato una specificazione, tanto meno una prefissazione di sub criteri e sub pesi, ma l'enucleazione a scopo espressamente “semplificativo” degli elementi già presenti nel parametro di bando, non accompagnata dalla previsione di punteggi non travasabili dall'uno all'altro elemento; in altre parole, ha “schematizzato” e non innovato il criterio stesso, all'evidente ed esclusivo fine di riassumere e descrivere i contenuti delle singole offerte tecniche, la cui valutazione non è difatti avvenuta per singoli elementi, ma nell'apprezzamento globale del parametro. Né tale schematizzazione costituisce introduzione di “criteri motivazionali” (la cui previsione era già all'epoca espunta dal testo del cit. art. 83, co. 4, dall'art. 1, co. 1, lett. u, del d.lgs. 11 settembre 2008 n. 152), poiché tali criteri sono quelli fissati e quantificati dal bando (punto 3.3.3: scarso, sufficiente, discreto e ottimo), mentre il richiamo del punto 3.3.1 del bando stesso al disciplinare tecnico (rectius: capitolato d'oneri, il quale tra l'altro definisce e regola puntualmente l'oggetto del servizio, le singole componenti, le modalità ed ogni altro aspetto del medesimo) circa la necessaria conformità della proposta di organizzazione del servizio alle prescrizioni in esso contenute, va indubbiamente letto nel senso che l'organizzazione deve consentire e garantire l'espletamento di quelle attività da commettere con quelle articolazioni e modalità ivi precisate, specificandosi che la proposta dovrà essere di immediata applicazione.

4.- I due motivi seguenti sono diretti a ribadire la fondatezza della prima tra le censure proposte contro ICA sia nel primo atto contenente motivi aggiunti che nel secondo (IV motivo), secondo cui l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa in sede di verifica della congruità della relativa offerta per non aver corredato i giustificativi preventivi, da inserire a pena di esclusione nella busta D, dalle “voci di prezzo” ai sensi dell'art. 86, co. 6, primo periodo, il quale prevederebbe appunto “che le offerte siano corredate dalle voci di prezzo che concorrono a formare il relativo importo economico offerto dal concorrente”, sicché il giudizio positivo di congruità espresso in un sol rigo dalla commissione, pur possibile ob relationem alle argomentazioni del concorrente, sarebbe illegittimo in quanto fondato esclusivamente sui lacunosi giustificativi preventivi presentati dalla ICA.

Come bene ha osservato il primo giudice, la norma invocata (ora abrogata dall'art. 4 quater, co. 1, lett. b, del d.l. 1° luglio 2009 n. 78, aggiunto dalla legge di conversione 3 agosto 2009 n. 102) prescriveva invece che “Le offerte sono corredate, sin dalla presentazione, delle giustificazioni di cui all'articolo 87, comma 2, relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara”, ossia imponeva al concorrente di allegare all'offerta le

giustificazioni preventive; onere, questo, che ICA ha assolto con la nota datata 23 marzo 2009 a firma dell'amministratore unico.

In effetti con la censura in parola Tre Esse denunciava la violazione del cit. art. 86, co. 5 (non, significativamente, dell'art. 87, co. 2, che individua esemplificativamente i contenuti delle giustificazioni preventive) in relazione alla carenza nelle giustificazioni delle "voci di prezzo", dizione il cui significato oggettivo è quello di elementi della composizione dell'offerta economica, non già in relazione alla carenza di dati giustificativi, avendo chiarito solo in questa sede che "per voci di prezzo si intendono (ma all'evidenza soggettivamente: n.d.e.) indiscutibilmente i dati numerici che concorrono a formare le singole componenti dell'offerta e non certo le argomentazioni descrittive di cui alla nota datata 23.03.09"; il che, evidentemente, si traduce in una inammissibile integrazione in appello delle doglianze di primo grado. Né in quella sede precisava per cosa, se non proprio e soltanto per la mancata indicazione delle "voci di prezzo", in realtà fosse lacunosa l'indicata nota e, di qui, altrettanto lacunoso il giudizio positivo della commissione, onde il rinvio alla stessa nota non potesse ritenersi idoneo a sorreggere il medesimo giudizio.

D'altro canto, non per la lacunosità delle giustificazioni preventive l'ICA avrebbe dovuto perciò solo essere esclusa dalla gara, atteso che il ripetuto art. 86, co. 5, nel testo vigente all'epoca, stabiliva ancora: "Ove l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incongruità dell'offerta, la stazione appaltante richiede all'offerente di integrare i documenti giustificativi procedendo ai sensi degli articoli 87 e 88. All'esclusione potrà provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio". Ne deriva che, se mai, la ricorrente avrebbe dovuto dolersi del fatto che non fossero stati richiesti all'ICA ulteriori chiarimenti riguardanti punti ben precisi.

In definitiva, nei limiti in cui la censura era stata formulata, non poteva che essere respinta.

5.- Col motivo seguente si insiste nella doverosità dell'esclusione di ICA in applicazione del disposto del punto 3.3 del bando/disciplinare, relativo alla "busta B (offerta tecnica)", laddove si prescrive che "Ogni concorrente deve presentare una relazione dettagliata, per un numero complessivo non superiore a 15 facciate, che dovrà contenere ...".

L'originaria censura (V motivo aggiunto di entrambi gli atti) si limitava a rilevare l'inosservanza del vincolo relativo al numero di facciate, da ritenersi posto a pena di esclusione afferente anche alle modalità di confezionamento dell'offerta in quanto prescrizione di carattere sostanziale, per la ragione che l'offerta tecnica della ICA supererebbe le 15 facciate. Al riguardo, il TAR ha osservato che la relazione era "composta esattamente da quindici facciate" e la prescrizione doveva ritenersi meramente indicativa in quanto strettamente collegata ai liberi caratteri e formato di redazione, nonché nessuna sanzione era prevista per l'inosservanza della medesima prescrizione.

In questa sede l'appellante, nel rappresentare che della relazione fanno parte integrante ben quattro allegati, ribadisce come non rilevi se la comminatoria sia riferibile o meno anche al confezionamento della stessa, trattandosi di offerta sostanzialmente diversa da quella richiesta. Tuttavia, l'orientamento giurisprudenziale all'uopo richiamato si riferisce alle difformità di carattere sostanziale dell'offerta rispetto ai relativi parametri, parimenti sostanziali, individuati nella lex specialis di gara, non già a profili meramente formali qual è quello di cui qui si discute (cfr. Cons. St., Sez. V, 13 novembre 2002 n. 6300, citata dall'appellante).

Inoltre, per un verso la prescrizione del bando non riguarda testualmente l'offerta tecnica, bensì la relazione sulla scorta della quale doveva operarsi la valutazione dell'organizzazione del servizio, così come è stata operata (vedasi verb. 26 giugno 2009 n. 4 della commissione, in cui si afferma che, all'apertura della busta B, si rileva all'interno la relazione, se ne dà lettura e si procede alla individuazione dei relativi, descritti elementi, senza menzionare i c.d. allegati); né era preclusa, tanto meno a pena di esclusione, l'inclusione nella stessa busta di altri documenti, peraltro nella specie non richiamati in alcun punto della relazione di ICA, a maggior ragione non come parte

integrante della medesima. Per altro verso, la presenza dei ripetuti, c.d. allegati costituisce un riferimento in punto di fatto che difettava nella censura originaria, sicché si traduce anche in questo caso in una deduzione nuova, perciò inammissibile in questa sede.

Non senza dire che la Sezione ha già avuto modo di ritenere in fattispecie analoga, in cui il bando prevedeva appunto la presentazione di una relazione concernente gli elementi da valutarsi formata da non più di un certo numero di pagine senza comminatoria di esclusione, che tale prescrizione fosse di carattere essenzialmente indicativo e di massima, quindi derogabile, dal momento che l'esclusione di un concorrente non può essere disposta in mancanza di un'espressa sanzione penalizzante in caso di inosservanza, non vertendosi nella specie in un'ipotesi di disposizione della *lex specialis* della gara rispondente ad un particolare interesse della stazione appaltante, nonché in presenza di clausola equivoca in quanto priva, oltre alla generica indicazione del numero di pagine, di ulteriori precisazioni circa i parametri grafici quali margine, righe, corpo e tipo dei caratteri, con la conseguenza, anche in funzione del principio del *favor participationis*, dell'illegittimità dell'esclusione del concorrente inosservante della stessa clausola (cfr. Cons. St., Sez. V, 21 giugno 2007 n. 3437). Argomentazioni e conclusioni, queste, alle quali anche attualmente la Sezione aderisce.

6.- Con l'ultima doglianza d'appello concernente l'aggiudicataria, Tre Esse lamenta che il TAR abbia ritenuto idonee, in quanto conformi al bando, le rispettive referenze bancarie pur non recanti la dizione "l'impresa è solida" richiesta dal punto 2.1 "requisiti di capacità economica e finanziaria", lett. a), del bando stesso. E' però evidente che le ampie e lusinghiere attestazioni degli Istituti di credito circa l'affidabilità, la solvibilità, il possesso di mezzi adeguati al "notevole volume" di lavoro svolto, la regolarità e puntualità di assolvimento degli impegni, comprovano in modo ampio ed inequivoco proprio la "solidità" anche nel tempo dell'impresa, da intendersi quale stabilità e robustezza della struttura imprenditoriale in relazione ad una reale consistenza delle risorse e dei fattori economici e produttivi, senza che occorresse l'espressa menzione di quel termine quale formula sacramentale, pena, altrimenti, la trasformazione di un requisito sostanziale in un vuoto formalismo.

7.- Le considerazioni sin qui svolte conducono alla conferma della sentenza appellata con riguardo alla posizione della ICA, prima classificata ed aggiudicataria. Ciò priva l'appellante, quarta in graduatoria, di interesse alle contestazioni relative alla seconda ed alla terza classificata, dall'accoglimento delle quali è chiaro che non potrebbe trarre l'auspicato vantaggio del possibile affidamento in suo favore del servizio.

8.- Con l'ultima censura, riferita in generale alla pronuncia avversata, Tre Esse si duole della sua sinteticità rispetto alla complessità della vicenda e dell'articolazione dei profili di impugnativa.

In tal modo l'appellante non considera che la sinteticità è regola nella materia de qua, oggi peraltro codificata dall'art. 120, co. 10, cod. proc. amm., e che nella controversia in parola la sinteticità non è andata a detrimento della chiarezza e completezza dell'esame condotto dal primo giudice. D'altra parte è ben noto che l'inadeguatezza della motivazione della sentenza appellata, pur se in ipotesi dimostrata, non ne impone ex se la riforma, in quanto il carattere devolutivo dell'appello, il quale è impugnazione di tipo sostitutivo, non già rescindente, comporta la necessità del riesame comunque del *thema decidendum* sostanziale del giudizio di primo grado; e tale operazione ben può condurre - com'è nella specie - a conclusioni identiche a quelle raggiunte dal primo grado, con integrazione della motivazione.

Infine, in relazione alla censura di difetto di istruttoria, peraltro meramente rubricata e dunque generica, si osserva che l'appellante non evidenzia specifiche carenze istruttorie che, in ogni caso, non appaiono oggettivamente ravvisabili.

9.- In definitiva, l'appello non può che essere respinto.

Come di regola, le spese del grado seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.



**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento, in favore dell'appellata ICA e del Comune di Terracina, delle spese del grado che liquida in complessivi € 4.000,00 (quattromila/00), di cui € 2.000,00 (duemila/00) per ciascuna parte.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Francesca Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/02/2011

IL SEGRETARIO

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