

Il contraddittorio per la verifica di anomalia è una fase che presuppone l'esistenza delle preventive giustificazioni, richieste a pena di esclusione. La possibilità di chiedere giustificazione preventive alle imprese partecipanti alle gare è oggi confermata dagli artt. 86 e ss. del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

In questo caso non si tratta, quindi, di verificare la necessità del contraddittorio nella fase della verifica dell'anomalia (non svolta), ma di stabilire se il provvedimento di esclusione per carenza documentale, benché attinente alle giustificazioni preventive rilevanti per l'anomalia, debba essere preceduto da un contraddittorio con il concorrente da escludere. Quali sono i limiti della discrezionalità della Stazione Appaltante nel richiedere la documentazione ai fini delle giustificazioni dell'anomalia dell'offerta?

Il Collegio ritiene che tale contraddittorio non sia necessario, sia perché non richiesto da alcuna norma o dalla *lex specialis* della gara, sia perché il provvedimento di esclusione costituisce in questi casi un atto di natura vincolata, che rende inutile il contraddittorio. Del resto, l'art. 10-bis della legge n. 241/90 nel prevedere la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento delle istanze dei privati ha escluso dall'ambito di applicazione della norma le procedure concorsuali e mai la giurisprudenza ha richiesto l'instaurazione del contraddittorio per i provvedimenti di esclusione dalle gare. Si ribadisce che nessuna attinenza con il problema qui esaminato ha la questione del necessario contraddittorio in sede di verifica dell'anomalia, in quanto l'esclusione non è dipesa dal giudizio di anomalia, ma dalla omessa produzione documentale. In particolare, l'art. 86, comma 5, del codice degli appalti prevede la presentazione da parte delle imprese di giustificazioni sin dalla formulazione dell'offerta e l'elenco della documentazione che può essere richiesta, contenuto nel successivo art. 87 comma 2, è fatto solo "a titolo esemplificativo" e ciò significa che le Amministrazioni restano libere di stabilire altra documentazione da richiedere, a pena di esclusione, a preventiva giustificazione dell'anomalia dell'offerta. Le regole della gara sono dettate dalla *lex specialis* e una clausola di richiesta di giustificazioni preventive, anche ulteriori rispetto a quelle indicate nel citato art. 87, comma 2, non si pone in contrasto con alcuna disposizione normativa, interna o comunitaria. Soprattutto per appalti di rilevante valore, quale quello di specie (di importo pari a Euro 16.904.976,98 oltre i.v.a.), la stazione appaltante ha ampia discrezionalità nel determinare la documentazione da richiedere a preventiva giustificazione dell'anomalia dell'offerta. **In presenza di una precisa (e comunque ragionevole) richiesta della stazione appaltante non è consentito ai partecipanti alle gare di sostituire i documenti prescritti con altri, ritenuti analoghi secondo una personale valutazione, che lede la par condicio tra i concorrenti.** Ma, anche prescindendo da tali elementi omessi, la carenza della produzione di "copia autenticata dei registri dei beni ammortizzabili dal quale si possano ricavare i dati relativi agli ammortamenti totali o parziali da effettuare" e della "documentazione amministrativa inerente le scorte di magazzino" non è in alcun modo giustificabile, trattandosi di documenti di carattere amministrativo contabile, da ritenere nell'immediata disponibilità delle imprese, cui non spetta valutarne la pertinenza in presenza di una chiara clausola del disciplinare di gara

In tema di giustificazione per un'offerta anomala, merita di essere segnalata la decisione numero 1348 del 9 marzo 2009, emessa dal Consiglio di Stato e di cui segnaliamo il seguente passaggio:

Accertato che l'esclusione è avvenuta in applicazione della *lex specialis* della gara e senza violazioni procedurali, resta da risolvere la questione della legittimità della clausola del disciplinare, anche impugnata dall'ATI Aedes.

In primo luogo, si rileva che la contestazione del bando e del disciplinare da parte della ricorrente è avvenuta tempestivamente.

Infatti, non vi è ragione di discostarsi dalla consolidata giurisprudenza, secondo cui il bando di gara o di concorso, o la lettera di invito, normalmente impugnabili con l'atto applicativo, conclusivo del procedimento concorsuale, devono essere considerati immediatamente impugnabili solo quando

contengano clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione (Cons. Stato, Ad. plen., n. 1/2003).

In tutti gli altri casi, tra cui rientra quello di specie, i bandi di gara, di concorso, i disciplinari e le lettere di invito vanno di regola impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato.

Di conseguenza, fino al momento dell'adozione del provvedimento di esclusione, l'ATI ALFA non era ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che non sapeva se l'astratta e potenziale illegittimità degli atti di gara si sarebbe risolta in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito poteva derivare.

5. Dopo un più approfondito esame della questione, proprio della sede del merito del giudizio rispetto al sommario esame tipico della fase cautelare, il Collegio ritiene che la contestata clausola della procedura di gara sia legittima.

In primo luogo, si rileva che la richiesta di giustificazioni preventive sulla anomalia dell'offerta è ritenuta legittima e conforme alla vigente disciplina, interna e comunitaria.

Infatti, come rilevato dal Tar, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, specificamente investita della questione se le norme e le prassi nazionali potessero imporre, a pena d'esclusione, la presentazione preventiva di giustificazioni sull'anomalia delle offerte, aveva ritenuto che l'art. 30.4. della Direttiva 93/37/CEE non si opponesse, in via di principio, alla normativa ed alla prassi amministrativa di uno Stato membro che, in materia di determinazione delle offerte anormalmente basse e di verifica di queste offerte, obbligasse tutti gli offerenti, a pena di esclusione, ad allegare alla loro offerta le giustificazioni dei prezzi proposti, pur essendo poi necessario un contraddittorio in sede di concreta valutazione dell'anomalia (cfr. Corte Giust. CE, sent. 27 novembre 2001, in C. 285-286/1999).

La possibilità di chiedere giustificazioni preventive alle imprese partecipanti alle gare è oggi confermata dagli artt. 86 e ss. del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163.>

Ma vi è di più

Le regole della gara sono dettate dalla *lex specialis* e una clausola di richiesta di giustificazioni preventive, anche ulteriori rispetto a quelle indicate nel citato art. 87, comma 2, non si pone in contrasto con alcuna disposizione normativa, interna o comunitaria.

Tuttavia, resta ferma la sindacabilità da parte del giudice amministrativo della clausola sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità.

Nell'esercizio di tale sindacato, si deve tenere conto che la presentazione preventiva di giustificazioni risponde a finalità di semplificazione ed accelerazione della procedura ed è altresì garanzia di serietà della offerta, scongiurando il pericolo che le giustificazioni vengano ricostruite solo *ex post*, anziché essere realmente esistenti al momento della formulazione della offerta (cfr., Cons. Giust. Amm. Reg. Sic. n. 399/2006).

Soprattutto per appalti di rilevante valore, quale quello di specie (di importo pari a Euro 16.904.976,98 oltre i.v.a.), la stazione appaltante ha ampia discrezionalità nel determinare la documentazione da richiedere a preventiva giustificazione dell'anomalia dell'offerta.

Sicuramente la documentazione richiesta non imponeva alle imprese partecipanti un onere impossibile da adempiere, come dimostra il fatto che la seconda classificata ha regolarmente prodotto quanto prescritto dalla contestata clausola.

Si deve allora ritenere che l'ATI appellante, o per errore o per deliberata scelta, abbia inteso non rispettare la clausola della gara, ma in entrambi i casi tale condotta va sanzionata con l'esclusione.

L'unica possibilità dell'appellante è quella di dimostrare l'irragionevolezza e la violazione del principio di proporzionalità, ma l'analisi nel dettaglio della documentazione richiesta non conduce a tale conclusione.

In conclusione quindi

Del resto, l'eccezione dell'ATI appellante, secondo cui tale documenti potevano essere al limite richiesti nella successiva fase del contraddittorio sull'anomalia, dimostra come si trattasse di elementi, che potevano essere presentati senza particolare difficoltà, a conferma del carattere non irragionevole o sproporzionato della clausola.

Deve, quindi, ritenersi che l'esclusione dell'ATI appellante sia stata disposta in puntuale applicazione di una clausola del disciplinare di gara e che tale clausola non violi, oltre che alcuna disposizione normativa, i principi di ragionevolezza e proporzionalità.

La contestata clausola non introduce, infatti, alcune onere impossibile da adempiere o eccessivamente gravoso e tale da limitare fortemente la partecipazione alla gara, ma prescrive invece la produzione di documentazione a garanzia della serietà dell'offerta e per semplificare la successiva fase di valutazione dell'anomalia.

6. In conclusione, l'appello deve essere respinto, anche con riferimento alla domanda risarcitoria, la cui infondatezza deriva dalla conferma della legittimità degli atti della procedura di gara.>

A cura di Sonia Lazzini



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

N.1348/09

Reg.Dec.

N. 7670 Reg.Ric.

ANNO 2008

Disp.vo 40/2009

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da ALFA s.r.l., Elettrica Progetti di Pietro C. ed Antonio L.r.l., tutte in proprio e rispettivamente la prima quale mandataria e le altre due quali mandanti del costituendo R.T.I., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avv.ti Andrea Manzi, Luigi Decollanz e Domenico Galli, ed elettivamente domiciliati presso quest'ultimo, in Roma, P.zza della Croce Rossa, n. 2/b;

contro

Università degli studi di Bari, in persona del Rettore pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dagli avv.ti Domenico Carbonara e Gaetano Prudente, ed elettivamente domiciliato presso l'Avv. Alfredo Fava, in Roma, Piazzale Aldo Moro, n. 5;

e nei confronti

BETA s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dagli avv.ti Aldo Loiodice e Ignazio Lagrotta, ed elettivamente domiciliato presso gli stessi, in Roma, via Ombrone, n. 12 pal. B;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia, Sezione I, n. 1905/08 pubblicata il 31-7-2008;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 27-1-2009 relatore il Consigliere Roberto Chieppa.

Uditi l'Avv. Manzi, l'Avv. Prudente e l'Avv. Isabella Loiodice per delega dell'Avv. Aldo Loiodice

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. L'Università degli studi di Bari, con bando pubblicato il 15 ottobre 2007, indicava una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto integrato di progettazione e costruzione del nuovo edificio sede dei dipartimenti biologici, presso il Campus universitario di via Orabona (di importo complessivo pari ad Euro 16.904.976,98 oltre i.v.a.).

Il criterio di aggiudicazione era quello del prezzo più basso mediante offerta a prezzi unitari e all'esito dell'apertura delle buste contenenti l'offerta economica e stabilita la soglia di anomalia, risultavano anomale cinque offerte, le cui prime due erano rispettivamente quella dell'A.T.I. tra ALFA s.r.l., Elettrica Progetti di Pietro Coletto ed Antonio Lecce s.r.l. (di seguito, ATI Aedes) e quella della BETA s.p.a..

Come prescritto dal bando di gara, la Commissione procedeva ad aprire la "busta C)" prodotta dall'ATI ALFAe contenente la documentazione giustificativa dell'offerta economica.

A questo punto, la Commissione riscontrava che la documentazione presentata dalla costituenda ATI era carente dei seguenti elementi: - cataloghi originali delle imprese produttrici dei materiali, componenti ed apparecchiature che intende utilizzare nei lavori in oggetto; - copia autentica dei contratti preliminari e/o dichiarazioni e/o impegni di futura fornitura stipulati o acquisiti per i noli a caldo o a freddo, per i trasporti o per altre forniture e prestazioni che in ogni caso devono riferirsi specificamente ai lavori in oggetto; - listini dei materiali dai quali sono stati ricavati i costi utilizzati nelle analisi dei prezzi; - copia autenticata dei registri dei beni ammortizzabili dal quale si possano ricavare i dati relativi agli ammortamenti totali o parziali da effettuare; - documentazione amministrativa inerente le scorte di magazzino"; la Commissione deliberava, pertanto, di escludere l'A.T.I. Aedes, "... tenuto conto che alle pagg. 7-8 del disciplinare di gara è previsto che la busta C) - giustificativi dell'offerta economica debba contenere, a pena di esclusione, tra gli altri, i documenti sopra elencati".

La verifica dei documenti contenuti nella busta C aveva esito positivo per la seconda offerta (BETA s.p.a.), le cui giustificazioni venivano ritenute congrue con conseguente aggiudicazione della gara.

L'ATI ALFAimpugnava davanti al Tar per la Puglia il provvedimento di esclusione e l'aggiudicazione della gara alla controinteressata.

Con sentenza n. 1905/2008 il Tar respingeva il ricorso ed avverso tale decisione l'ATI ALFA proponeva ricorso in appello per i motivi che saranno di seguito esaminati.

L'Università degli studi di Bari e la BETA s.p.a. si costituivano in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso.

Con ordinanza n. 5558/08 di Sezione veniva sospesa l'efficacia della sentenza impugnata, fissando contestualmente l'odierna data per l'udienza di merito.

All'odierna udienza la causa veniva trattenuta in decisione.

2. L'oggetto del presente giudizio è costituito dalla contestazione da parte dell'ATI ALFA del provvedimento con cui la stessa è stata esclusa da una gara, bandita dall'Università degli studi di Bari per l'affidamento dell'appalto integrato di progettazione e costruzione del nuovo edificio sede dei dipartimenti biologici presso il Campus universitario.

In primo luogo, si rileva l'inammissibilità della riproposizione da parte dell'impresa appellata della eccezione di irricevibilità per il tardivo deposito dell'originale dell'atto di ricorso con l'attestazione delle avvenute notifiche.

Infatti, l'eccezione è stata respinta dal Tar, secondo cui la ricorrente, nel depositare copia del ricorso priva dell'attestazione di regolare notifica, non è incorsa in alcun vizio e non ha arrecato pregiudizio alla difesa delle parti intimato, che si sono tempestivamente costituite dando luogo così a sanatoria dell'asserita invalidità per raggiungimento dello scopo.

In presenza di tale statuizione espressa, ogni eventuale ulteriore contestazione del principio applicato andava proposta con appello incidentale, e non con semplice memoria, come invece fatto dalla BETA s.p.a..

3. Passando al merito della controversia, risulta incontestato che l'ATI ALFA ha ommesso di inserire, nella busta contenente le giustificazioni preventive dell'offerta economica, taluni documenti richiesti dal disciplinare di gara.

Si rileva che tale omissione era sanzionata con l'esclusione dal disciplinare di gara, allegato al bando: "... Nella 'busta C – giustificativi dell'offerta economica' devono essere contenuti, a pena di esclusione, i seguenti documenti ...".

Lo stesso disciplinare terminava, per la parte relativa alla compilazione delle offerte, con l'avvertimento che "...La mancata presentazione o incompletezza in senso sostanziale di anche uno soltanto dei documenti, dichiarazioni, certificati richiesti, ovvero il mancato possesso di anche uno soltanto dei requisiti minimi ivi indicati, costituisce causa di esclusione dalla gara".

La Commissione, nel rilevare l'assenza nella busta C presentata dall'ATI ALFA dei documenti richiesti, ha, quindi, fatto puntuale applicazione della *lex specialis* della gara.

Sotto un primo profilo, l'appellante contesta che l'esclusione sia avvenuta senza instaurazione del contraddittorio, richiamando la giurisprudenza interna e comunitaria sulla necessità di un contraddittorio nel sub-procedimento di verifica dell'anomalia, anche in caso di richiesta di giustificazioni preventive.

L'argomento non è in realtà pertinente, perché in questo caso l'esclusione non è dipesa da un giudizio sull'anomalia dell'offerta, che deve necessariamente essere preceduto da un contraddittorio, ma è stata determinata da una carenza di documenti, richiesti a pena di esclusione, solo incidentalmente emersa nel procedimento finalizzato alla verifica di anomalia; verifica neanche iniziata proprio a causa del riscontro della sussistenza di una causa di esclusione per omessa produzione documentale.

Il contraddittorio per la verifica di anomalia è una fase che presuppone l'esistenza delle preventive giustificazioni, richieste a pena di esclusione.

In questo caso non si tratta, quindi, di verificare la necessità del contraddittorio nella fase della verifica dell'anomalia (non svolta), ma di stabilire se il provvedimento di esclusione per carenza documentale, benché attinente alle giustificazioni preventive rilevanti per l'anomalia, debba essere preceduto da un contraddittorio con il concorrente da escludere.

Il Collegio ritiene che tale contraddittorio non sia necessario, sia perché non richiesto da alcuna norma o dalla *lex specialis* della gara, sia perché il provvedimento di esclusione costituisce in questi casi un atto di natura vincolata, che rende inutile il contraddittorio.

Del resto, l'art. 10-bis della legge n. 241/90 nel prevedere la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento delle istanze dei privati ha escluso dall'ambito di applicazione della norma le procedure concorsuali e mai la giurisprudenza ha richiesto l'instaurazione del contraddittorio per i provvedimenti di esclusione dalle gare.

Si ribadisce che nessuna attinenza con il problema qui esaminato ha la questione del necessario contraddittorio in sede di verifica dell'anomalia, in quanto l'esclusione non è dipesa dal giudizio di anomalia, ma dalla omessa produzione documentale.

4. Accertato che l'esclusione è avvenuta in applicazione della *lex specialis* della gara e senza violazioni procedimentali, resta da risolvere la questione della legittimità della clausola del disciplinare, anche impugnata dall'ATI Aedes.

In primo luogo, si rileva che la contestazione del bando e del disciplinare da parte della ricorrente è avvenuta tempestivamente.

Infatti, non vi è ragione di discostarsi dalla consolidata giurisprudenza, secondo cui il bando di gara o di concorso, o la lettera di invito, normalmente impugnabili con l'atto applicativo, conclusivo del procedimento concorsuale, devono essere considerati immediatamente impugnabili solo quando contengano clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione (Cons. Stato, Ad. plen., n. 1/2003).

In tutti gli altri casi, tra cui rientra quello di specie, i bandi di gara, di concorso, i disciplinari e le lettere di invito vanno di regola impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato.

Di conseguenza, fino al momento dell'adozione del provvedimento di esclusione, l'ATI ALFAnon era ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che non sapeva se l'astratta e potenziale illegittimità degli atti di gara si sarebbe risolta in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito poteva derivare.

5. Dopo un più approfondito esame della questione, proprio della sede del merito del giudizio rispetto al sommario esame tipico della fase cautelare, il Collegio ritiene che la contestata clausola della procedura di gara sia legittima.

In primo luogo, si rileva che la richiesta di giustificazioni preventive sulla anomalia dell'offerta è ritenuta legittima e conforme alla vigente disciplina, interna e comunitaria.

Infatti, come rilevato dal Tar, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, specificamente investita della questione se le norme e le prassi nazionali potessero imporre, a pena d'esclusione, la presentazione preventiva di giustificazioni sull'anomalia delle offerte, aveva ritenuto che l'art. 30.4. della Direttiva 93/37/CEE non si opponesse, in via di principio, alla normativa ed alla prassi amministrativa di uno Stato membro che, in materia di determinazione delle offerte anormalmente basse e di verifica di queste offerte, obbligasse tutti gli offerenti, a pena di esclusione, ad allegare alla loro offerta le giustificazioni dei prezzi proposti, pur essendo poi necessario un contraddittorio in sede di concreta valutazione dell'anomalia (cfr. Corte Giust. CE, sent. 27 novembre 2001, in C. 285-286/1999).

La possibilità di chiedere giustificazione preventive alle imprese partecipanti alle gare è oggi confermata dagli artt. 86 e ss. del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

In particolare, l'art. 86, comma 5, del codice degli appalti prevede la presentazione da parte delle imprese di giustificazioni sin dalla formulazione dell'offerta e l'elenco della documentazione che può essere richiesta, contenuto nel successivo art 87 comma 2, è fatto solo "a titolo esemplificativo" e ciò significa che le Amministrazioni restano libere di stabilire altra

documentazione da richiedere, a pena di esclusione, a preventiva giustificazione dell'anomalia dell'offerta.

Le regole della gara sono dettate dalla *lex specialis* e una clausola di richiesta di giustificazioni preventive, anche ulteriori rispetto a quelle indicate nel citato art. 87, comma 2, non si pone in contrasto con alcuna disposizione normativa, interna o comunitaria.

Tuttavia, resta ferma la sindacabilità da parte del giudice amministrativo della clausola sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità.

Nell'esercizio di tale sindacato, si deve tenere conto che la presentazione preventiva di giustificazioni risponde a finalità di semplificazione ed accelerazione della procedura ed è altresì garanzia di serietà della offerta, scongiurando il pericolo che le giustificazioni vengano ricostruite solo *ex post*, anziché essere realmente esistenti al momento della formulazione della offerta (cfr., Cons. Giust. Amm. Reg. Sic. n. 399/2006).

Soprattutto per appalti di rilevante valore, quale quello di specie (di importo pari a Euro 16.904.976,98 oltre i.v.a.), la stazione appaltante ha ampia discrezionalità nel determinare la documentazione da richiedere a preventiva giustificazione dell'anomalia dell'offerta.

Sicuramente la documentazione richiesta non imponeva alle imprese partecipanti un onere impossibile da adempiere, come dimostra il fatto che la seconda classificata ha regolarmente prodotto quanto prescritto dalla contestata clausola.

Si deve allora ritenere che l'ATI appellante, o per errore o per deliberata scelta, abbia inteso non rispettare la clausola della gara, ma in entrambi i casi tale condotta va sanzionata con l'esclusione.

L'unica possibilità dell'appellante è quella di dimostrare l'irragionevolezza e la violazione del principio di proporzionalità, ma l'analisi nel dettaglio della documentazione richiesta non conduce a tale conclusione.

In particolare, i cataloghi originali delle imprese produttrici dei materiali, componenti ed apparecchiature che intende utilizzare nei lavori in oggetto e i listini dei materiali dai quali sono stati ricavati i costi utilizzati nelle analisi dei prezzi sono documenti diversi, anche nei contenuti, ai preventivi dei fornitori, prodotti all'ATI appellante; basti pensare alle informazioni più dettagliate sui prodotti contenute nei cataloghi.

In presenza di una precisa (e comunque ragionevole) richiesta della stazione appaltante non è consentito ai partecipanti alle gare di sostituire i documenti prescritti con altri, ritenuti analoghi secondo una personale valutazione, che lede la *par condicio* tra i concorrenti.

L'asserita inesistenza dei costi relativi agli ulteriori documenti (copia autentica dei contratti preliminari e/o dichiarazioni e/o impegni di futura fornitura stipulati o acquisiti per i noli a caldo o a freddo, per i trasporti o per altre forniture e prestazioni che in ogni caso devono riferirsi specificamente ai lavori in oggetto) doveva al massimo comportare la presentazione di una dichiarazione negativa in tal senso da parte dell'ATI.

Ma, anche prescindendo da tali elementi omessi, la carenza della produzione di "copia autenticata dei registri dei beni ammortizzabili dal quale si possano ricavare i dati relativi agli ammortamenti totali o parziali da effettuare" e della "documentazione amministrativa inerente le scorte di magazzino" non è in alcun modo giustificabile, trattandosi di documenti di carattere amministrativo contabile, da ritenere nell'immediata disponibilità delle imprese, cui non spetta valutarne la pertinenza in presenza di una chiara clausola del disciplinare di gara.

Pertanto, tale pertinenza sussiste certamente per il registro dei beni ammortizzabili, da cui desumere il possesso dei macchinari da parte delle imprese e l'eventuale necessità di ricorrere a noli.

Del resto, l'eccezione dell'ATI appellante, secondo cui tale documenti potevano essere al limite richiesti nella successiva fase del contraddittorio sull'anomalia, dimostra come si trattasse di

elementi., che potevano essere presentati senza particolare difficoltà, a conferma del carattere non irragionevole o sproporzionato della clausola.

Deve, quindi, ritenersi che l'esclusione dell'ATI appellante sia stata disposta in puntuale applicazione di una clausola del disciplinare di gara e che tale clausola non violi, oltre che alcuna disposizione normativa, i principi di ragionevolezza e proporzionalità.

La contestata clausola non introduce, infatti, alcune onere impossibile da adempiere o eccessivamente gravoso e tale da limitare fortemente la partecipazione alla gara, ma prescrive invece la produzione di documentazione a garanzia della serietà dell'offerta e per semplificare la successiva fase di valutazione dell'anomalia.

6. In conclusione, l'appello deve essere respinto, anche con riferimento alla domanda risarcitoria, la cui infondatezza deriva dalla conferma della legittimità degli atti della procedura di gara.

Tenuto conto della peculiarità in fatto della questione e dell'assenza di precedenti specifici, ricorrono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge il ricorso in appello indicato in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, il 27-1-2009 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giuseppe Barbagallo	Presidente
Luciano Barra Caracciolo	Consigliere
Domenico Cafini	Consigliere
Maurizio Meschino	Consigliere

Roberto Chieppa

Consigliere Est.

Presidente

GIUSEPPE BARBAGALLO

Consigliere

GIUSEPPE BARBAGALLO

Segretario

VITTORIO ZOFFOLI