

Inammissibilità dell'offerta condizionata con la tecnica del clause by clause

di Matteo Sgritta

Data di pubblicazione: 17-6-2020

Ricorre [...] l'offerta condizionata nel caso in cui l'offerente subordini il proprio impegno contrattuale ad uno schema modificativo rispetto a quello proposto dalla stazione appaltante: in tal caso l'offerta va dichiarata inammissibile, atteso che le regole che informano la materia degli appalti pubblici esigono, a tutela della par condicio e della certezza dei rapporti giuridici (funzionali alla corretta esecuzione dell'appalto), la perfetta conformità tra il regolamento predisposto dalla Stazione appaltante e l'offerta presentata dal candidato.

Detta conformità non sussiste allorché il concorrente subordini appunto la sua adesione al contratto a condizioni non univoche ed estranee all'oggetto del procedimento o ad elementi non previsti nelle norme di gara o al capitolato [...], con la tecnica del clause by clause.

GUIDA ALLA LETTURA

La Sezione Quinta del Consiglio di Stato si sofferma, con la sentenza in epigrafe, sull'ipotesi dell'offerta condizionata e degli effetti che ne derivano sotto il profilo dell'ammissibilità dell'offerta nella procedura ad evidenza pubblica.

Il Collegio, in particolare, ha ritenuto – sulla scorta di quanto già affermato nel giudizio di prime cure – che l'offerta della ricorrente risultasse condizionata con la tecnica *clause by clause* e che, in quanto tale, essa dovesse essere dichiarata inammissibile.

Di fatti, come emerso nel corso della procedura di gara, e come pure verificabile nell'offerta prodotta in atti, la società appellante ha opposto a diverse specifiche modalità di espletamento del servizio (così come definite nel capitolato di gara) proprie considerazioni, così contrapponendo, nella sostanza, differenti modalità di prestazione; e ciò, secondo la Corte, in modo apodittico e senza che ciò risultasse necessario.

Secondo la pronuncia della Corte, dunque, **“una simile tecnica di offerta vale a configurare un'ipotesi tipica di offerta condizionata, che rende l'offerta inammissibile e passibile di esclusione dalla procedura di gara”**.

Per la precisione, tale tecnica, nel caso sottoposto all'esame del Collegio, si è concretizzata nella prospettazione da parte della società appellante di considerazioni *clause by clause* (letteralmente "*clausola per clausola*"), presentate sotto forma di commenti in ordine alla tipologia e al livello di qualità del servizio da espletarsi, che, di fatto, hanno riformulato – e dunque modificato unilateralmente – la volontà negoziale di obbligarsi; con ciò rendendo il contenuto del regolamento negoziale difforme rispetto a quanto invece richiesto dall'Amministrazione.

Il ricorrere di tale fattispecie ha, infatti, comportato l'inammissibile **trasformazione dell'offerta da espressione di volontà cognitiva e notiziale**, per poter formulare l'offerta (tipica della richiesta di chiarimenti inoltrata alla Stazione appaltante), **in manifestazione di volontà unilaterale di offrire**, così da condizionare sotto il profilo sostanziale – ancorché non dichiaratamente – l'impegno negoziale alle diverse modalità "esecutive" prospettate dalla società, con l'effetto di modificare, in via del tutto unilaterale, l'oggetto della prestazione.

Al riguardo, infatti, la Corte osserva che "*in presenza di una tale chiara volontà modale condizionale di variare unilateralmente la prestazione, è irrilevante verificare e dimostrare l'influenza di ciò sul prezzo offerto*". Ciò che rileva infatti è che, in ultima analisi, l'offerta dell'impresa partecipante risulti "*condizionata*" e, quindi, inammissibile, sul presupposto che, come anticipato, **"il concorrente ha subordinato la sua adesione al contratto a condizioni estranee all'oggetto del procedimento, ovvero a elementi non previsti nelle norme di gara o di capitolato, con la tecnica del *clause by clause*"**.

Invero, secondo la consolidata giurisprudenza, **ricorre l'offerta condizionata "nel caso in cui l'offerente subordini il proprio impegno contrattuale ad uno schema modificativo rispetto a quello proposto dalla stazione appaltante"**; sicché, secondo il Collegio, **"in tal caso l'offerta va dichiarata inammissibile, atteso che le regole che informano la materia degli appalti pubblici esigono, a tutela della par condicio e della certezza dei rapporti giuridici [...], la perfetta conformità tra il regolamento predisposto dalla Stazione appaltante e l'offerta presentata dal candidato"**.

Detta conformità infatti non sussiste – come nel caso sottoposto all'esame della Corte - **"allorquando il concorrente subordini appunto la sua adesione al contratto a condizioni non univoche ed estranee all'oggetto del procedimento o ad elementi non previsti nelle norme di gara o al capitolato"**.

In conclusione, il Collegio esclude che le ulteriori censure (in ordine all'addebito di incompletezza documentale, ai profili attinenti alla costituzione della Commissione esaminatrice e al mancato utilizzo del soccorso istruttorio) siano utilmente accoglibili, poiché le stesse non rimuoverebbero, per l'appellante, l'inammissibilità, con rilievo assorbente, dell'offerta condizionata.

E infatti, quand'anche la Stazione appaltante avesse attivato il soccorso istruttorio con riguardo alla documentazione contestata (quella cioè mancante), l'odierna appellante sarebbe stata comunque esclusa per aver prodotto **un'offerta condizionata, come tale non regolarizzabile né sanabile attraverso l'esercizio del soccorso istruttorio**.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 7803 del 2019, proposto da Voith Turbo s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesca Dello Sbarba, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Alessandro Lembo in Roma, via G.G. Belli, 39;

contro

Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l. Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Edoardo Giardino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Adelaide Ristori, 42;

nei confronti

Lh Group Service Limited, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda) 19 luglio 2019, n. 1054, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l. Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 febbraio 2020 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Dello Sbarba e Giardino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara del 18 dicembre 2018 Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l. Gruppo Ferrovie dello Stato (di seguito "*Ferrovie del Sud Est*" o "*FSE*") indiceva una procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per "*l'affidamento del servizio di revisione generale standard di n. 20 Power Pack di complessi ATR220 Pesa*".

1.1. Alla gara partecipavano due imprese: la Voith Turbo s.r.l. (di seguito "*Voith Turbo*" o "*Voith*") e la LH Group Service Limited ("*LH Group*").

1.2. Con nota n. 67 del 5 febbraio 2019 la Stazione appaltante comunicava alla Voith Turbo l'esclusione dalla gara avendo la Commissione rilevato, all'esito della verifica della documentazione amministrativa della concorrente, che "*la documentazione prodotta è incompleta perché è carente degli allegati B.1 Schema di cauzione definitiva, C – Schema di contratto e F Capitolato Tecnico, nonché condizionata in quanto il documento "clause by clause in aggiunta allo Schema di contratto – All. C" modifica e contiene riserve allo schema di contratto. Ha prodotto altresì il documento "Clause by clause in aggiunta al Capitolato Tecnico –All. F" che modifica e contiene riserve al Capitolato Tecnico. Per quanto sopra l'Operatore economico non viene ammesso alla successiva fase di apertura dell'offerta economica (...)*".

2. Avverso il provvedimento di esclusione dalla procedura e non ammissione alla fase di apertura dell'offerta economica adottato dalla Stazione appaltante proponeva ricorso la Voith Turbo impugnando altresì, dinanzi al Tribunale amministrativo per la Puglia- Bari, il verbale di gara della Commissione del 1 febbraio 2019.

2.1. Il ricorso era affidato ai seguenti motivi di censura: "*I. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 29, 80 e 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016. Violazione e/o falsa applicazione dei paragrafi II, IV, VII e X del Disciplinare di gara. Eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto, travisamento, errore di diritto, contraddittorietà, incongruenza, illogicità, ingiustizia manifesta, irragionevolezza. Sviamento. Violazione del principio di proporzionalità. Violazione del principio di libera concorrenza e della par condicio degli aspiranti operatori. Violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione. II. Violazione e/o falsa applicazione del paragrafo VII del Disciplinare di gara. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 29 D.Lgs. n. 50 del 2016. Eccesso di potere per violazione del principio della par condicio degli operatori economici. Violazione del principio di trasparenza. Violazione del principio di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 Cost. Eccesso di potere per ingiustizia manifesta. Sviamento.*"

2.2. In particolare, con i motivi di gravame così articolati la ricorrente lamentava che la

Commissione l'avesse esclusa anziché attivare il soccorso istruttorio ed avesse altresì ritenuto l'offerta presentata sottoposta a condizionamenti o a modifiche rispetto alle condizioni poste a base di gara, allo schema di contratto e ai relativi allegati all'offerta. Inoltre, la ricorrente si doleva che l'apertura della documentazione amministrativa e la verifica della sua conformità fosse avvenuta in seduta pubblica anziché in una o più sedute riservate.

2.3. In seguito all'accesso espletato, la ricorrente depositava atto di motivi aggiunti formulando le seguenti ulteriori censure avverso i provvedimenti impugnati: *“Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 30,77, 78, 80 e 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016. Violazione e/o falsa applicazione dei paragrafi VI, VII e IX del Disciplinare di gara. Eccesso di potere per contraddittorietà, incongruenza, illogicità ingiustizia manifesta, irragionevolezza. Sviamento. Violazione del principio di tipicità delle cause di esclusione. Violazione del principio di libera concorrenza e della par condicio degli aspiranti operatori. Disparità di trattamento. Violazione dei principi di trasparenza e proporzionalità”*.

2.4. Con i motivi aggiunti proposti la Voith Turbo lamentava che la Stazione appaltante, contro le previsioni dell'art. 77 del D.Lgs. n. 50 del 2016, aveva proceduto alla nomina dei commissari e alla costituzione della commissione giudicatrice solo lo stesso giorno (il 1 febbraio 2019) in cui si era tenuta la seduta di apertura e verifica delle buste amministrative, e contestava anche l'ammissione della controinteressata LH Group per aver presentato un'offerta incompleta siccome anch'essa carente sia dell'Allegato C- Schema di contratto sia dell'Allegato F-Capitolato Tecnico e, di conseguenza, inficiata delle medesime lacune documentali che avevano dato causa alla sua esclusione.

3. Con la sentenza in epigrafe, resa ai sensi dell'art. 60 Cod. proc. amm. nella resistenza delle Ferrovie del Sud Est (che, costituitasi in giudizio, insisteva per il rigetto del gravame), l'adito Tribunale amministrativo ha respinto il ricorso principale sull'assorbente rilievo per cui l'offerta della Voith Turbo sarebbe condizionata e quindi inammissibile, avendo aggiunto, *“clause by clause”*, a diversi punti qualificanti proprie considerazioni, proponendo quindi modalità diverse di espletamento del servizio, e ha dichiarato inammissibili i motivi aggiunti (perché riguardanti fasi successive a quelle di ammissione alla gara della ricorrente).

3.1. Avverso la sentenza ha proposto appello Voith Turbo, deducendone l'erroneità ed ingiustizia e chiedendone la riforma per i seguenti motivi: *“Error in procedendo e in iudicando. Illegittimità della sentenza per violazione e/o falsa applicazione degli artt. 29, 30, 77, 78, 80, 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016. Erroneità della sentenza per insufficienza e illogicità della motivazione. Errore di diritto. Travisamento dei fatti. Errato inquadramento giuridico della vicenda. Difetto di istruttoria. Ingiustizia manifesta. Violazione del principio della necessaria corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Omessa pronuncia. Sviamento”*.

3.2. Si è costituita anche nel presente giudizio Ferrovie del Sud Est, argomentando l'infondatezza del gravame e domandandone il rigetto.

3.3. All'udienza del 27 febbraio 2020, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

4. I motivi di gravame possono essere così sinteticamente illustrati.

4.1. Con l'odierno appello la Voith Turbo ha dedotto l'illegittimità, l'erroneità ed ingiustizia della sentenza impugnata assumendo che la stessa sia anzitutto inficiata dal vizio di omessa pronuncia per essersi il primo giudice pronunciato soltanto su una delle tre domande formulate nel ricorso introduttivo e specificate nell'atto per motivi aggiunti, omettendo di considerare le altre due.

4.2. In sintesi, la sentenza appellata, violando il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, avrebbe deciso esclusivamente sulla domanda di annullamento del provvedimento di esclusione, nulla disponendo in merito agli ulteriori provvedimenti impugnati, quali il verbale di gara del 1 febbraio 2019 e il provvedimento di ammissione della LH Group.

4.3. La sentenza appellata avrebbe così omesso di pronunciare sulle censure formulate avverso il verbale di gara (con cui si lamentava che, contro le previsioni di cui al paragrafo VII del disciplinare, la Commissione aveva aperto la busta e verificato la conformità della documentazione amministrativa della ricorrente in seduta pubblica, anziché in seduta riservata, a differenza di quanto accaduto per la controinteressata), nonché sulle doglianze articolate riguardo all'ammissione della LH Group per violazione della *par condicio* tra le concorrenti e dei principi di trasparenza, eguaglianza e ragionevolezza stante la mancata produzione, anche da parte di quest'ultima, dei documenti la cui carenza era stata invece contestata alla ricorrente, determinandone l'esclusione.

4.4. In relazione a quest'ultimo profilo la difesa della Stazione appaltante appariva poi contraddittoria poiché se, da un lato, aveva continuato a sostenere che le omissioni consumate dalla Voith Turbo rendevano incompleta l'offerta presentata (dal che la legittimità della sanzione espulsiva), dall'altro, con riferimento all'ammissione della controinteressata, aveva asserito invece la legittimità dell'operato della stazione appaltante assumendo che la *lex specialis* di gara disponeva, a pena di esclusione, la presentazione della sola domanda di partecipazione, ma non dei documenti di cui all'allegato C- Schema di contratto e allegato F- Capitolato tecnico.

4.5. Oltre che sull'infondatezza dell'addebito di incompletezza della documentazione presentata dall'odierna esponente e sulla condotta discriminatoria tenuta dalla Stazione appaltante, la sentenza appellata avrebbe altresì omesso di pronunciarsi sul mancato utilizzo del soccorso istruttorio da parte di quest'ultima sempre sull'assunto, ritenuto assorbente, del condizionamento e della conseguente inammissibilità dell'offerta presentata dalla Voith.

4.6. Parimenti, superficiale e incompleta si paleserebbe la disamina dei motivi aggiunti da parte del Tribunale amministrativo il quale apoditticamente non avrebbe deciso sulle plurime questioni ivi sollevate dalla ricorrente (quanto, nello specifico: *a*) alla illegittima costituzione della Commissione giudicatrice, non risultando dagli atti di gara se fossero avvenute le verifiche sull'inesistenza di cause di incompatibilità e di astensione dei commissari ex art 77 del Codice dei contratti pubblici; *b*) alla evidente disparità di trattamento tra le due partecipanti; *c*) alla violazione del principio di riservatezza nell'analisi della busta amministrativa della Voith avvenuta in seduta pubblica).

4.7. La sentenza appellata risulterebbe poi ingiusta e tautologica per non aver chiarito in cosa consisterebbe l'asserito condizionamento dell'offerta: posto, infatti, che un'offerta può dirsi condizionata solo se esiste la subordinazione espressa dell'offerta, tecnica ed economica, alle modifiche proposte dalla partecipante, tale ipotesi qui non ricorre né la sentenza appellata ha spiegato le ragioni dell'opposto assunto, configurandosi in tal modo quale mera apodittica ripetizione del provvedimento di esclusione.

4.8. La sentenza appellata avrebbe, inoltre, richiamato a fondamento della decisione di rigetto del ricorso giurisprudenza non pertinente siccome relativa a fattispecie diverse in cui si verteva di offerta indeterminata e non di offerta condizionata ed inoltre del contenuto dell'offerta (tecnica ed economica) e non di quello della busta amministrativa.

4.9. In tesi, nessuna modifica e nessun condizionamento alle condizioni contrattuali sarebbe stata formulata dalla Voith Turbo: in primo luogo, i documenti controversi si limitavano a riportare e a reiterare, letteralmente "*clausola per clausola*" e sotto forma di commento, le richieste di chiarimento già inoltrate alla Stazione appaltante (senza esplicitare in alcun luogo che l'offerta economica dell'odierna appellante avrebbe dovuto ritenersi condizionata all'accettazione dei commenti o al rilascio dei chiarimenti richiesti); inoltre, per consolidata giurisprudenza, i condizionamenti sono causa di esclusione dell'offerta (e non della candidatura: *id est* della domanda di partecipazione) solo quando sono contenuti nella stessa offerta tecnica ed economica ed inoltre nel caso in cui sono espressi, elementi entrambi non ricorrenti nel caso di specie.

5. L'appello è infondato.

5.1. In primo luogo, il Collegio qui rileva che non ricorre nella fattispecie in oggetto il denunciato vizio di omessa pronunzia.

5.2. Invero, non collide e non pregiudica l'effettività della tutela quella tecnica di giudizio che, in attuazione dei principi del giusto processo, tra cui figurano anche la celerità e le esigenze di economia processuale, seleziona i motivi da scrutinare in forza della c.d. ragione più liquida: criterio che "*comporta la possibilità di definire il giudizio in conseguenza dell'esame esclusivo di una questione assorbente, idonea, di per sé sola, a sorreggere la decisione tale da non richiedere alcuna valutazione sulle altre questioni dibattute tra le parti*" (Cons. di Stato, sez. V, 23 dicembre 2019, n. 8728; cfr. *ex multis*, Cons. di Stato V, 13 dicembre 2017, n. 5854; VI, 4 marzo 2015, n. 1059; V, 10 febbraio 2015; VI, 20 ottobre 2014, n. 5159).

Nel caso di specie, il primo giudice ha fatto correttamente ricorso al principio dell'assorbimento per ragioni di economia processuale, pervenendo ad un giudizio di legittimità del provvedimento di esclusione, atto plurimotivato, in quanto fondato su una pluralità di ragioni, indipendenti e autonome le une dalle altre.

Deve infatti richiamarsi, in quanto dirimente ai fini della decisione, il costante orientamento della giurisprudenza secondo cui "*in presenza di un atto c.d. plurimotivato è sufficiente la legittimità di una sola delle giustificazioni per sorreggere l'atto in sede giurisdizionale; in sostanza, in caso di atto amministrativo, fondato su una pluralità di ragioni indipendenti ed*

autonome le una dalla altre, il rigetto delle censure proposte contro una di tali ragioni rende superfluo l'esame di quelle relative alle altre parti del provvedimento (Cons. Stato, sez. V, 14 giugno 2017, n. 2910; sez. V, 12 settembre 2017, n. 4297; sez. V, 21 agosto 2017, n. 4045)" (Cons. Stato, IV, 30 marzo 2018, n. 2019).

5.3. Tanto premesso, va anzitutto evidenziato che la questione dell'esame in seduta pubblica, anziché riservata, della busta contenente la documentazione amministrativa dell'odierna appellante è infondata e priva di pregio.

Per quanto rileva, ai sensi del par. VII del disciplinare di gara "la valutazione delle offerte verrà effettuata, sulla base dei criteri sopra indicati, ad opera di una commissione appositamente nominata che svolgerà le operazioni di apertura delle buste, dopo il termine di scadenza per la presentazione delle offerte, e procederà alle operazioni di valutazione delle stesse, in una o più sedute riservate (...) in una o più sedute riservate, la Commissione giudicatrice verificherà la conformità della documentazione amministrativa presentata da ciascun concorrente e contenuta nella "Busta A" rispetto a quanto previsto nel presente Disciplinare al paragrafo IV".

Orbene il *modus operandi* della Commissione, come emerge dal verbale n. 1 del 1 febbraio 2019, è conforme alle richiamate previsioni della *lex specialis* di gara.

Ed infatti, la Commissione ha, dapprima, in seduta pubblica, verificato l'integrità dei plichi e provveduto alla loro apertura, accertando quindi la presenza, all'interno della busta A- "*Documentazione amministrativa*", dei documenti richiesti dal Disciplinare e dando atto della documentazione e delle attestazioni prodotte dalla concorrente (e, quindi, anche di quelle mancanti), senza tuttavia procedere ad alcuna valutazione circa la conformità della stessa alle prescrizioni del bando e del disciplinare.

La Commissione ha poi proceduto, in seduta riservata, a valutare i contenuti della documentazione presentata e a verificare la sua conformità alla *lex specialis*, concludendo, sulla base di tale esame, per la configurabilità di un'offerta condizionata e per l'esclusione della concorrente e la sua non ammissione alla successiva fase di apertura dell'offerta economica.

Alla luce di tali risultanze, le argomentazioni prospettate dall'appellante non meritano dunque accoglimento: ciò che rileva, infatti, è che ci sia stata comunque una seduta riservata nel corso della quale, contrariamente a quanto sostenuto dalla Voith, la Commissione non si è limitata a riportare quanto già dichiarato in seduta pubblica, ma ha espresso la propria valutazione sulla ricorrenza della causa escludente; del resto, la Stazione appaltante non era tenuta ad esplicitare analoga valutazione su altri offerenti, laddove non vi fosse esplicito rilievo di irregolarità o mancanze escludenti.

5.4. Parimenti, risulta corretta e non censurabile, ad avviso del Collegio, la sentenza di prime cure laddove, in applicazione del criterio della ragione più liquida (in virtù del quale, per un verso, il giudice non è, sempre ed incondizionatamente, tenuto a scrutinare tutti i vizi-motivi e le correlate domande di annullamento e, per altro verso, è sufficiente che anche una sola delle

ragioni ostative resista al vaglio del giudice perché l'impugnativa avverso il provvedimento negativo venga respinta) ha ritenuto che l'offerta della ricorrente Voith Turbo era condizionata con la tecnica *clause by clause* e perciò inammissibile; e, sulla base di tale assorbente considerazione, ha respinto il ricorso introduttivo. Ciò è, del resto, ammesso dalla stessa appellante la quale ha espressamente riconosciuto che le annotazioni *clause by clause* erano la ripetizione delle richieste di chiarimenti.

5.5. Bene il primo giudice ha, infatti, ritenuto che la Voith Turbo, seppure nella qualità di impresa costruttrice della macchina da mantenere, ha contestato in sostanza la validità del bando nelle specifiche tecniche prefigurate dalla Stazione appaltante, opponendo proprie considerazioni in ordine alla tipologia e al livello di qualità del servizio da espletarsi, ritenendo in tal modo di poter riformulare la propria volontà negoziale di obbligarsi, in modo difforme e condizionato rispetto a quanto invece richiesto dall'Amministrazione.

Tale riproduzione ha determinato l'inammissibile trasformazione dell'offerta da espressione di volontà cognitiva e notiziale per poter formulare l'offerta (tipica della richiesta di chiarimenti inoltrata alla Stazione appaltante) in manifestazione di volontà unilaterale di offrire condizionando l'impegno negoziale alle modalità evidenziate, modificative dell'oggetto della prestazione secondo tale volontà unilaterale.

In presenza di una tale chiara volontà modale condizionale di variare unilateralmente la prestazione, è irrilevante verificare e dimostrare l'influenza di ciò sul prezzo offerto.

Correttamente la sentenza appellata ha, infatti, premesso che l'offerta dell'impresa partecipante può dirsi condizionata e, quindi, inammissibile, quando il concorrente subordina la sua adesione al contratto a condizioni estranee all'oggetto del procedimento ovvero a elementi non previsti nelle norme di gara o di capitolato, con la tecnica del *clause by clause*.

Difatti, nel corso della procedura di gara e specificatamente nell'offerta prodotta in atti, la società Voith Turbo ha con la peculiare tecnica del *clause by clause* "opposto", a diversi punti qualificanti le modalità di espletamento del servizio, proprie considerazioni e ha contrapposto differenti modalità di prestazione, in modo apodittico ritenute come necessarie. Una simile tecnica di offerta vale a configurare un'ipotesi tipica di offerta condizionata, che rende l'offerta inammissibile e passibile di esclusione dalla procedura di gara, come è in effetti accaduto con il provvedimento impugnato.

5.6. Non coglie dunque nel segno l'appellante quando tenta di limitare l'ambito di applicazione del suddetto art. VI del Disciplinare di gara, asserendo che "*Il Disciplinare di gara ha previsto, al paragrafo VI lettera f), quale motivo di esclusione dell'offerta e non della candidatura, la presenza di condizionamenti o modifiche alle condizioni poste a base di gara o allo schema di contratto e relativi allegati nell'offerta economica*".

Tale opzione interpretativa trova smentita proprio nel tenore del Disciplinare di gara, il cui par. VI, infatti, afferendo all'offerta complessivamente intesa (e non alla sola offerta economica), dispone che: "*Si procederà all'esclusione delle offerte nei seguenti casi: (...) f) offerte incomplete e quelle condizionate o comunque contenenti modifiche o riserve alle condizioni*

poste a base di gara o allo schema di contratto e relativi allegati”.

Al di là delle distinzioni astratte intercorrenti, secondo l'appellante, tra “*esclusione della candidatura*” ed “*esclusione dell'offerta*”, quel che rileva piuttosto, ai fini della decisione sulla legittimità del provvedimento gravato, è che l'offerta dell'appellante recava invalide modifiche e riserve ai documenti di gara, in tal guisa risultando evidentemente condizionata, come tale in alcun modo regolarizzabile né sanabile attraverso l'esercizio del soccorso istruttorio.

5.7. A solo titolo esemplificativo, non sfugge al Collegio che se, ai sensi dell'art. 6 dello schema di contratto di appalto, “*il termine utile per il completamento della revisione generale è stabilito in 30 (trenta) giorni naturali e consecutivi, decorrenti dalla data di emissione della specifica d'ordine di FSE*”, la Voith Turbo asseriva, invece, che il completamento della revisione generale è possibile solo in sessanta giorni solari dall'emissione della specifica d'ordine del committente, purché in tale data il materiale sia disponibile, non vi siano impedimenti al trasporto e con esclusione dal computo dei termini dei giorni (festivi) ivi indicati: in tal modo l'appellante non ha solo inteso prevenire, come asserito, eventuali criticità in sede contrattuale, ma ha dichiarato di poter eseguire il lavoro richiesto entro un termine difforme rispetto alle previsioni di gara.

5.7.1. Inoltre, laddove ai sensi dell'art. 16 bis dello schema di contratto si stabiliva che “*la polizza sarà valida per tutta la durata del presente contratto (...) con massimale pari da € 10.000.000,00 (diecimilioni/00 euro) per sinistro e per anno*”, la ricorrente ha indicato che “*la polizza avrà un massimale di € 5.000.000,00 per sinistro e per anno*”.

5.7.2. Con riguardo alla tempistica degli interventi di assistenza laddove era previsto che questi ultimi, ai sensi dell'art. 17 dello schema di contratto, “*devono avvenire entro 24 (ventiquattro) ore consecutive dalla chiamata*”, l'appellante ha proposto “*interventi di assistenza entro 48 ore*”, così modificando palesemente la volontà dell'amministrazione espressa negli atti di gara. Ancora, quanto al termine per la risoluzione definitiva dell'avaria mentre per lo Schema di contratto esso è stabilito in sette giorni naturali consecutivi dalla data della richiesta di intervento e deve concludersi entro i successivi sette giorni, inclusi i giorni festivi, l'offerente ha indicato che “*la risoluzione avverrà entro 7 giorni o in una data comunicata nei 7 giorni, ma comunque mai superiore a 60 giorni*”.

5.8. Alla luce di quanto sopra, è evidente, dunque, che l'appellante ha introdotto modificazioni ed apposto condizioni rispetto a profili non marginali della proposta negoziale idonei ad inverare un'offerta condizionata e perciò inammissibile: dal che la legittimità della scelta della Stazione appaltante di escludere dalla procedura un'offerta che non consentiva di prefigurare un quadro certo, improntato alla massima linearità e chiarezza, dei rispettivi obblighi contrattuali rispetto agli atti di gara, introducendo elementi diversi nel sinallagma contrattuale che valgono a conferire all'offerta quel carattere di indeterminatezza e condizionamento sì da renderla inammissibile.

5.8.1. Secondo la consolidata giurisprudenza, ricorre infatti l'offerta condizionata nel caso in cui l'offerente subordini il proprio impegno contrattuale ad uno schema modificativo rispetto a quello proposto dalla stazione appaltante: in tal caso l'offerta va dichiarata inammissibile,

atteso che le regole che informano la materia degli appalti pubblici esigono, a tutela della *par condicio* e della certezza dei rapporti giuridici (funzionali alla corretta esecuzione dell'appalto), la perfetta conformità tra il regolamento predisposto dalla Stazione appaltante e l'offerta presentata dal candidato. Detta conformità non sussiste allorché il concorrente subordini appunto la sua adesione al contratto a condizioni non univoche ed estranee all'oggetto del procedimento o ad elementi non previsti nelle norme di gara o al capitolato.

5.8.2. Si aggiunga poi che la Voith Turbo non ha impugnato la *lex specialis* di gara né ha sollevato avverso la stessa specifiche censure per contestarne la legittimità.

5.9. Ciò posto le ulteriori censure (in ordine all'addebito di incompletezza documentale, ai profili attinenti alla costituzione della Commissione esaminatrice e al mancato utilizzo del soccorso istruttorio) non sarebbero utilmente accoglibili per l'appellante poiché non rimuoverebbero l'inammissibilità, con rilievo assorbente, dell'offerta condizionata.

Ed infatti, quand'anche la Stazione appaltante avesse attivato il soccorso istruttorio con riguardo alla documentazione mancante (la cui carenza, si lamenta nel ricorso, non sarebbe stata invece contestata, con evidente disparità di trattamento, alla controinteressata), l'odierna appellante sarebbe stata comunque esclusa per aver prodotto un'offerta condizionata, come tale non regolarizzabile né sanabile attraverso l'esercizio del soccorso istruttorio.

Le ulteriori censure formulate con i motivi aggiunti in primo grado (con cui la ricorrente ha contestato la capacità della controinteressata di sostenere proficuamente l'appalto) riguardano, come ben rilevato dalla sentenza appellata, la fase successiva all'ammissione e all'esclusione dalla gara della ricorrente che, per quanto detto, è legittima, sì che a ragione la sentenza ne ha dichiarato l'inammissibilità.

6. In conclusione, per tutte le suesposte ragioni, l'appello è infondato e va respinto.

7. Le spese sono poste a carico dell'appellante secondo il principio di soccombenza e liquidate in dispositivo in favore dell'appellata costituita.

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 Voith Turbo s.r.l. al pagamento delle spese di giudizio a favore delle Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l. Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane che liquida forfettariamente in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre oneri accessori se per legge dovuti.

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

