

N. 02221/2013 REG.PROV.COLL.
N. 08781/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8781 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Soc Metalgalante Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marta De Manincor, Giulio Pojaghi Bettoni, con domicilio eletto presso l'avv. Giulio Pojaghi Bettoni in Roma, via Barberini, 29;

contro

Ministero della Difesa, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Soc Amog Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Vitale, con domicilio eletto presso l'avv. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

per l'annullamento

della nota prot. M_DGTER 0625907 a firma del Dirigente datata 20.9.2012 e notificata in pari data di esclusione dell'impresa ricorrente dalla procedura di gara per fornitura di mescolatori di malta e calcestruzzo, betoniere autoricaricanti;

dei verbali di gara, non conosciuti del 2.9.2012, della Commissione giudicatrice con cui è stata esclusa la società ricorrente METALGALANTE srl, individuando poi come aggiudicatrice provvisoria la società AMOG Srl; del provvedimento di aggiudicazione provvisoria dell'appalto in questione, non conosciuto;

dell'invito/disciplinare di gara prot. MDGTER 0620162;

- con motivi aggiunti:

dell'aggiudicazione definitiva del Ministero della Difesa, Segretariato Generale della Difesa, Direzione Nazionale degli Armamenti, Direzione degli Armamenti Terrestri, Servizio Gare , prot. n. 082/12/0012 del 15.10.2012

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa e della Società Amog Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 gennaio 2013 il dott. Nicola D'Angelo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente impugna l'esclusione dalla gara a procedura ristretta indetta dall'Amministrazione della Difesa, con avviso del 22.05.2012, per la fornitura di mescolatori di malta e calcestruzzo, betoniere autoricaricanti. L'esclusione è stata disposta in quanto la stessa società non avrebbe inserito nella busta A l'indicazione del domicilio eletto nonché il numero di fax per l'invio delle comunicazioni.

Nel ricorso prospetta i seguenti motivi:

1. violazione dell'art. 46 del d.lgs n. 163/2006, violazione della *lex specialis*, dei principi comunitari in materia di appalti pubblici, violazione della *par condicio* e del *favor participationis*, eccesso di potere;
2. violazione degli artt. 46 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 18 legge n. 241/90, violazione della *lex specialis*, dei principi comunitari in materia di appalti pubblici, violazione della *par condicio* e del *favor participationis*, eccesso di potere;
3. violazione degli artt. 46 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 3 legge n. 241/90, violazione della *lex specialis*, dei principi comunitari in materia di appalti pubblici, violazione della *par condicio* e del *favor participationis*, eccesso di potere;
4. violazione dell'art. 46 del d.lgs n. 163/2006, violazione e falsa applicazione del bando di gara, eccesso di potere;
5. violazione degli artt. 11, 46 e 79 d.lgs. n. 163/2006, violazione dell'art. 1 legge n. 241/90, dell'art. 16, comma 6, D.L. n. 185/2008, violazione dei principi di legalità, imparzialità, buona amministrazione e ragionevolezza;
6. violazione degli artt. 11 e 79 d.lgs. n. 163/2006, violazione *favor participationis*, violazione dei principi di libertà della concorrenza e della *par condicio* dei concorrenti, violazione del principio di buona fede, violazione del bando di gara, eccesso di potere;
7. violazione degli artt. 2 e 79 d.lgs. n. 163/2006, violazione del principio di buon andamento e della trasparenza;
8. violazione art. 77 d.lgs. n. 163/2006, violazione art. 42 Direttiva 2004/18/CE, violazione dei principi comunitari, violazione art. 16 D.L. n. 185/2008, violazione e falsa applicazione del bando di gara, violazione dell'art. 1 legge 241/1990, violazione del principio del *favor participationis*, eccesso di potere.

L'Amministrazione intimata si è costituita in giudizio l'8 novembre 2012 ed ha depositato una memoria e documentazione il 10 novembre 2012.

La società controinteressata Amog srl si è costituita in giudizio il 9 novembre 2012 ed ha depositato una memoria e documentazione il 12 novembre 2012, nonché un'ulteriore memoria il 5 dicembre 2012.

La società ricorrente ha depositato motivi aggiunti il 23 novembre 2012, impugnando il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara alla Amog srl (nota prot. 082/12/0012 del 15.10.2012).

In particolare, nei motivi aggiunti ha dedotto l'illegittimità dell'aggiudicazione in quanto intervenuta in costanza della trattazione del ricorso introduttivo.

DIRITTO

La società ricorrente impugna la sua esclusione dalla gara con procedura ristretta indetta dal Ministero della Difesa per la fornitura in due lotti di macchinari mescolatori di malta e calcestruzzo, betoniere autoricaricanti. Il motivo dell'esclusione consiste nella circostanza che la stessa società non avrebbe inserito nella busta A indicata dal bando l'indicazione del domicilio eletto nonché il numero di fax per l'invio delle comunicazioni.

Nel ricorso contesta, nella sostanza, che la clausola contenuta nella lettera di invito, che prevedeva l'esclusione nel caso non fosse stato indicato il domicilio e il numero di fax, sarebbe illegittima in quanto contraria all'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. 163/2006 (modificato dal decreto legge n. 70/2011, convertito con legge n. 106/2011, disposizione quest'ultima entrata in vigore prima del bando e della lettera di invito del 19.7.2012).

Il Collegio ritiene il ricorso fondato.

L'art.46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 163/2006, prevede che la stazione appaltante possa escludere i concorrenti dalla gara nel caso di mancato adempimento delle prescrizioni previste dallo stesso codice, dal suo regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di

non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte. I bandi di gara e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Se poste tali prescrizioni sono da ritenersi nulle.

Orbene, nel caso di specie l'omissione contestata alla società ricorrente non può ritenersi rientrare tra quelle per le quali il citato art. 46, comma 1 bis, giustifica l'esclusione, trattandosi di una mera inadempienza formale che non incide sulla possibilità della identificazione e della certezza del soggetto presentatore dell'offerta (il domicilio e il numero di fax non inseriti nella busta potevano comunque essere desunti dalla documentazione presentata dalla stessa ricorrente)

D'altra parte, anche la giurisprudenza ha avuto modo di evidenziare che in tema di gara per l'affidamento di appalti pubblici, l'omessa predisposizione di una busta apposita nella quale inserire la documentazione amministrativa non integra una delle ipotesi astrattamente contemplate dall'art. 46 comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici, non essendo pregiudicate né la segretezza dell'offerta né l'integrità del plico. Per queste ragioni deve pertanto ritenersi illegittimo il bando di gara, laddove commina l'esclusione per il concorrente che non abbia inserito la documentazione nella busta A, chiusa, sigillata e controfirmata, nonché dell'atto applicativo di esclusione dalla gara della ricorrente principale e, per illegittimità derivata, dell'aggiudicazione provvisoria a favore della contro interessata. (cfr. *ex multis*, TAR Catanzaro, sez. II, n. 914/2012).

Non può dunque trovare accoglimento la tesi delle parti resistenti in ordine alla circostanza che il bando al punto 3.3, a pena esclusione, richiede l'indicazione del domicilio eletto in coerenza art. 46, comma 1, d.lgs. 163/2006. Come sopra rilevato, dalla documentazione agli atti di causa

emerge che la società ricorrente ha comunque indicato il suo domicilio nella busta A, seppure nella dichiarazione sostitutiva sulla insussistenza di cause di esclusione dalle gare d'appalto, ed anche nella documentazione trasmessa ai fini della prequalifica.

Deve poi ritenersi superata, con la proposizione dei motivi aggiunti, anche l'eccezione di inammissibilità formulata dalla controinteressata Among srl in ordina alla mancata impugnazione del provvedimento di aggiudicazione.

Per le ragioni sopra esposte il ricorso va accolto e per l'effetto vanno annullati gli atti impugnati.

Le spese di giudizio sono poste a carico dell'Amministrazione intimata e sono liquidate in favore della ricorrente nella misura indicata nel dispositivo.

Sono invece compensate le spese con la costituita parte controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati nei sensi di cui in motivazione.

Condanna l'Amministrazione intimata al pagamento delle spese di giudizio che si liquidano a favore della ricorrente nella misura complessiva di euro 3.000,00(tremila/00).

Compensa, invece, le spese con la costituita parte controinteressata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Nicola D'Angelo, Consigliere, Estensore

Floriana Rizzetto, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/02/2013

IL SEGRETARIO

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