

N. 00807/2013 REG.PROV.COLL.
N. 00432/2013 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 432 del 2013, proposto da:

Davide Zandegiacomo Rizio', rappresentato e difeso dagli avv. Luigi Garofalo, Silvia Viaro, con domicilio eletto presso Luigi Garofalo in Venezia, Piazzale Roma, 468/B;

contro

Comune di Auronzo di Cadore, rappresentato e difeso dagli avv. Alfredo Bianchini, Antonio Prade, con domicilio eletto presso Alfredo Bianchini in Venezia, Piazzale Roma, 464;

nei confronti di

Luigina Corte Corinello, rappresentato e difeso dagli avv. Bruno Barel, Emilio Caucci, con domicilio eletto presso la Segreteria dell'intestato TAR ai sensi dell'art. 25, comma 1, lettera a), del c.p.a.;

per l'annullamento

del verbale del 27.2.2013, prot. n. 1924 concernente l'asta pubblica

per locazione di immobile denominato "Malga Rin Bianco" sita in località Misurina da destinare all'esercizio di attività di somministrazione di alimenti e bevande, nella parte in cui la Commissione nominata dal Comune resistente ha escluso dalla procedura a evidenza pubblica l'offerta presentata dal ricorrente; dell'avviso di asta pubblica del Comune resistente del 14.1.2013, prot. n. 372, nonchè di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Auronzo di Cadore e di Luigina Corte Corinello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e il ricorso incidentale proposto da Luigina Corte Corinello, rappresentato e difeso dagli avv. Bruno Barel, Emilio Caucci;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 maggio 2013 il dott. Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso ritualmente notificato, il sig. D. Zandegiacomo Rizio ha impugnato l'esclusione disposta nei confronti della propria offerta presentata nell'ambito della procedura a evidenza pubblica indetta dal Comune di Auronzo di Cadore per la locazione della "malga Rin

Bianco”, sita in località Misurina, da destinare all’esercizio di “attività di somministrazione di alimenti e bevande”.

2. Alla gara partecipavano solo due concorrenti e, accertata la regolarità della documentazione amministrativa presentata da entrambi, nella seduta del 27.2.2013, in fase di valutazione qualitativa delle offerte, veniva disposta l’esclusione di quella presentata dall’odierno ricorrente per non aver allegato all’offerta economica inserita nella busta n. 3 una copia fotostatica del proprio documento d’identità «richiesta a pena di esclusione da parte del bando».

2.1. Ha rilevato in particolare la Commissione che «la dichiarazione di offerta», benché non presentata a mezzo del fac simile allegato al bando di gara, risulta «perfettamente congruente con quella del bando» e ciò nondimeno, «non [era] accompagnata da copia fotostatica di un documento di identità come richiesto dalle “Avvertenze” in calce all’allegato F del bando che cita testualmente “Avvertenza: documentazione da allegare: fotocopia di un documento di identità, in corso di validità, del sottoscrittore”».

3. Avverso tale determinazione il ricorrente ha proposto ricorso articolando quattro profili di censura.

3.1. Con i primi due motivi di ricorso, il ricorrente deduce l’illegittimità dell’esclusione per contrasto con la legge speciale di gara, in violazione degli artt. 3 e 97 Cost.; dell’art. 3, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440; dell’art. 37, r.d. 23 maggio 1934, n. 827; dell’art. 3, l. 7 agosto 1990, n. 241; nonché per eccesso di potere per disparità di trattamento, illogicità, ingiustizia manifesta e per omessa, insufficiente

e contraddittoria motivazione.

3.2. Infatti, premesso che l'art. 10 dell'avviso pubblico prevedeva: "busta n. 3. recante la dicitura «Offerta economica» contenente a pena di esclusione i seguenti documenti: a) offerta economica in bollo, debitamente firmata e compilata utilizzando il modello F, che attesti l'importo del canone annuo offerto in aumento rispetto alla base d'asta indicata al precedente punto del presente avviso. espresso in cifre e in lettere", secondo il ricorrente dovrebbe ritenersi che «l'unico documento da inserire nella busta n. 3 a pena di estromissione dalla gara» fosse «l'offerta economica, recante l'indicazione della cifra proposta all'Amministrazione per l'aggiudicazione del contratto di locazione della "Malga Rin Bianco"». L'offerta economica sarebbe stata invero presentata con una dichiarazione perfettamente rispondente a quella richiesta dalla legge di gara, né l'impiego del modulo F sarebbe stato di per sé vincolante, sicché il mancato rispetto della avvertenza solo in esso prevista non potrebbe determinare alcuna esclusione.

3.3. Con il terzo motivo il ricorrente deduce che, in ogni caso, anche ove si ritenesse obbligatorio che ci si dovesse servire del modello F, non esisterebbe comunque una previsione espressa della sanzione espulsiva per il caso della mancata allegazione della fotocopia del documento di identità, con conseguente illogicità e sproporzione della esclusione disposta, in violazione del *favor participationis*.

3.4. Con il quarto motivo il ricorrente deduce, in via subordinata alla «denegata ipotesi in cui si volesse ritenere che l'art. 10 dell'avviso

pubblico prescrivesse a pena di esclusione l'utilizzo del modello F predisposto dalla stazione appaltante (e conseguentemente pure il rispetto dell'avvertenza posta in calce al modello medesimo)», che questa clausola sarebbe comunque da ritenere radicalmente nulla, poiché, in forza del combinato disposto degli artt. 73, comma 4, e 74, comma tre, del d.lgs. n. 163 del 2006, la regola ricavabile dalla disciplina valevole in materia di contratti pubblici sarebbe nel senso che l'utilizzo dei modelli allegati alla lex specialis di gara non potrebbe essere ritenuto vincolante ma meramente facoltativo per i concorrenti.

3.5. Con il quinto motivo, il ricorrente deduce infine che né l'avviso pubblico, né tanto meno il modello F imponevano di formulare l'offerta economica secondo i canoni sanciti dall'art. 38. d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, con conseguente necessità di allegare copia del documento di identità a pena di esclusione. Per altro verso il ricorrente evidenzia come fosse stata comunque inserita una copia del proprio documento d'identità nella busta n. 1, contenente la documentazione amministrativa: sicché, dovendosi considerare unitariamente l'offerta, «non potevano esservi dubbi di sorta circa la riconducibilità dell'offerta al sig. Zandegiacomo Riziò, che del resto aveva apposto in originale la propria firma».

4. Si sono costituiti in giudizio sia l'Amministrazione comunale sia la parte controinteressata chiedendo il rigetto del ricorso sotto tutti i profili.

La parte resistente, oltre a controdedurre nel merito di ciascun motivo

di ricorso, ha altresì eccepito la carenza della legittimazione attiva del ricorrente in quanto «lo stesso non potrebbe mai conseguire l'agognato bene della vita per il quale ha promosso ben due giudizi, non essendo egli iscritto al Registro delle imprese esercenti l'attività di somministrazione di alimenti e bevande (né potendo conseguire tale presupposto in vista dell'eventuale stipulazione del contratto), non disponendo dei requisiti professionali ora previsti dall'art. 71, comma 6, del d.lgs. n. 59 del 2010».

5. La controinteressata ha inoltre svolto ricorso incidentale chiedendo l'annullamento nella parte di gara nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione del ricorrente già nel momento dell'apertura della Busta n. 2 «per mancata presentazione di un documento essenziale – il curriculum – prescritto espressamente a pena di esclusione».

5.1. La ricorrente in via incidentale deduce in particolare che il ricorrente principale, anziché allegare il prescritto curriculum richiesto a pena di esclusione, si sarebbe limitato a dichiarare «di non aver svolto negli ultimi dieci anni attività di somministrazione bevande ed alimenti».

5.2. Ciò posto, egli non avrebbe potuto partecipare alla gara in quanto un'applicazione corretta dell'art. 10 del bando con specifico riferimento ai documenti richiesti a pena di esclusione nella “busta 2” – se interpretato in coerenza con lo scopo «di consolidare lo sviluppo turistico della località montana, incrementando il livello di eccellenza del servizio di ristorazione da offrirsi agli utenti presenti sul territorio comunale, con possibili benefici anche in campo economico»

specificato nel bando – ne avrebbe determinato la esclusione per difetto dei requisiti essenziali di partecipazione.

5.3. In via subordinata al mancato accoglimento di detto motivo di ricorso incidentale, la controinteressata contesta in radice la gara, in tutti i suoi atti e documenti costitutivi, al fine di ottenerne la riedizione con criteri diversi e conformi allo scopo prefissato dal Comune di individuare il soggetto «che darà maggiori garanzie di proficua valorizzazione della “Malga Rin Bianco”».

6. In vista dell'udienza le parti hanno depositato memorie difensive e di replica e, all'udienza del 23 maggio 2013, la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Preliminarmente deve essere esaminato il ricorso incidentale, poiché lo stesso ha valenza escludente e quindi, in ipotesi di suo accoglimento, priverebbe il ricorrente principale della stessa legittimazione ed interesse ad agire.

7.1. Orbene, come correttamente rilevato dalla difesa dell'amministrazione comunale, la commissione di gara ha fatto corretta applicazione della legge di gara assegnando il punteggio “0” alla dichiarazione resa dal ricorrente per difetto assoluto della pregressa esperienza in tema di somministrazione di alimenti e bevande. L'applicazione della sanzione espulsiva avrebbe invero introdotto surrettiziamente una regola non prevista dal bando, determinando fra l'altro un'illegittima commistione tra le caratteristiche soggettive dell'offerta e i requisiti soggettivi dell'offerente.

7.2. Conseguentemente il ricorso incidentale deve essere respinto.

7.3. Si deve ora passare all'esame dell'eccezione svolta in via preliminare dall'amministrazione comunale circa la pretesa carenza di legittimazione ad agire per carenza di un presupposto necessario alla stipula del contratto.

7.4. Tale eccezione non è meritevole di accoglimento, in quanto la legittimazione ad agire del ricorrente si fonda sulle ragioni del provvedimento espulsivo, mentre l'eventuale carenza dei requisiti necessari per la stipula, non essendo stata rilevata in sede di ammissione alla gara, costituirebbe un profilo rilevante in un momento successivo da collocarsi a valle dell'eventuale aggiudicazione.

8. Passando all'esame del merito del ricorso del principale, esso risulta infondato sotto tutti i profili di censura sollevati.

8.1. Invero deve rilevarsi che il paragrafo 10 del bando di gara, imponendo che la busta n. 3 contenesse, a pena di esclusione, «a) offerta economica, debitamente firmata e compilata utilizzando il modello F che attesti l'importo del canone annuo offerto in aumento rispetto alla base d'asta ...», richiedeva espressamente che l'offerta economica fosse elaborata rispettando l'intero contenuto delle dichiarazioni prescritte dal modello F, ivi compreso l'adempimento dell' «avvertenza espressa» apposta in calce al modello stesso concernente l'allegazione della «fotocopia di un documento di identità, in corso di validità», e ciò a prescindere dal materiale utilizzo o meno del fac-simile del modello F allegato al bando.

8.2. Pertanto, il richiamo così operato dalla suddetta clausola della *lex specialis* all' "utilizzo", a pena di esclusione, del modello F, pur non vincolando il concorrente all'utilizzo materiale di esso, si estendeva necessariamente alla previsione dell'allegazione in questione, in quanto avente valenza autonoma.

8.3. Tale allegazione, infatti, assolveva all'essenziale funzione di ricondurre incontrovertibilmente al suo autore l'autenticità della sottoscrizione e, quindi, a conferire certezza alla provenienza della offerta economica (cfr. CdS n. 8152 del 2010). Funzione non fungibile mediante procedimenti induttivi e/o analogici sulla base dell'esistenza di una copia del documento d'identità del concorrente contenuta in una busta diversa e separata da quella concernente l'offerta economica (come quella allegata nella busta n. 1 contenente la documentazione amministrativa).

8.4. Conseguentemente, tale carenza, riguardando il nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione al dichiarante e non una mera irregolarità dell'offerta, non poteva essere colmata con una successiva integrazione, pena la violazione del fondamentale principio della par condicio dei concorrenti.

9. Da quanto precede deriva la legittimità dell'esclusione disposta, con conseguente infondatezza del ricorso principale, anche con riferimento alla richiesta risarcitoria, per difetto dell'elemento oggettivo (oltre che di quello soggettivo) della relativa fattispecie.

10. Tuttavia, considerato l'andamento complessivo della vicenda giudiziaria (preceduta da un contenzioso azionato sempre dal

ricorrente, volto ad affermare la necessità di concedere in gestione l'immobile in questione previa indizione di una procedura a evidenza pubblica) ricorrono giusti motivi per compensare le spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- a) respinge il ricorso incidentale;
- b) respinge il ricorso principale.

Compensa le spese fra le parti.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Silvia Coppari, Referendario, Estensore

Roberto Vitanza, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/06/2013

IL SEGRETARIO

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