

N. 01056/2014 REG.PROV.COLL.
N. 01080/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1080 del 2014, proposto da:

Cos.Eco. Costruzioni Ecologiche Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Michaela De Stasio, Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso Maria Ughetta Bini in Brescia, via Ferramola, 14;

contro

G.Eco Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Raffaele Micalizzi, Saul Monzani, con domicilio eletto presso Carlo Mule' in Brescia, via Gramsci, 28;

per l'annullamento

- DELLA NOTA 25/8/2014 E DEL VERBALE DI GARA 20/8/2014, RECANTE L'ESCLUSIONE DELLA RICORRENTE DALLA GARA PER LA FORNITURA DI AUTOCOMPATTATORI, AUTOSPAZZATRICI, AUTOMEZZI CON VASCA SEMPLICE E CON COSTIPATORE DEL RIFIUTO (LOTTI N. I E III);
- DEL DINIEGO DI AUTOTUTELA;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di G.Eco Srl;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2014 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Considerato:

- che la questione in rito sollevata con il decreto monocratico 26/9/2014 appare, dopo maggiori approfondimenti, non meritevole di positivo apprezzamento;

- che è noto l'indirizzo del giudice d'appello sull'insussistenza dell'obbligo del concorrente escluso di notificare il ricorso all'aggiudicatario provvisorio;
- che il Consiglio di Stato (cfr. da ultimo sez. IV – 3/9/2014 n. 4494, che richiama sez. V – 27/5/2011 n. 3193) ha infatti chiarito che *“l'aggiudicatario provvisorio assume la veste di controinteressato nel ricorso proposto dal concorrente escluso, solo quando l'esclusione e l'aggiudicazione siano avvenute contestualmente, ossia senza soluzione di continuità, potendo il soggetto escluso solo in tal caso rendersi perfettamente conto che l'impugnativa incide sulla posizione, differenziata e giuridicamente protetta, di altro soggetto privato”* avendo cura di precisare che *“non sussiste alcun onere per l'impresa esclusa di seguire gli sviluppi del procedimento al quale è ormai estranea ed impugnare gli atti conseguenti, ricercando i controinteressati successivi, salva la facoltà per questi ultimi di proporre l'opposizione di terzo”*;
- che può aggiungersi che, non a caso, l'art. 79 comma 5 del Codice dei contratti pubblici prevede l'obbligo di comunicazione d'ufficio, *“anche a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni”*, solo dell'aggiudicazione definitiva, poiché solo quest'ultima fa scattare l'obbligo di notificazione del ricorso originario o, se del caso, dei motivi aggiunti.
- che la posizione di aggiudicatario provvisorio, essendo precaria e non definitiva, non è cioè tale da integrare un *“controinteresse”* rilevante ai fini dell'ammissibilità del ricorso introduttivo, salvo l'interesse a intervenire nel giudizio per difendere le relative possibilità di aggiudicazione definitiva;
- che, nella fattispecie all'esame, non è neppure intervenuta l'aggiudicazione provvisoria e dunque non è rinvenibile un controinteressato in senso tecnico;

Evidenziato:

- che, nel merito, la pretesa è fondata;
- che la domanda di partecipazione costituisce la manifestazione diretta della volontà del soggetto di voler partecipare alla gara e della sicura attribuibilità dell'impegno dallo stesso assunto e della documentazione a tale fine presentata;
- che, in altri termini, la domanda di partecipazione costituisce un documento rilevante, atteso che comporta l'assunzione di responsabilità da parte dell'autore in ordine ai contenuti in essa riportati, rappresentando lo strumento attraverso il quale quest'ultimo si vincola verso i terzi destinatari della dichiarazione stessa (T.A.R. Lazio Roma, sez. II-bis – 4/7/2014 n. 7126);
- che nella specie il legale rappresentante della concorrente esclusa ha apposto la propria sottoscrizione in calce al modello A.1 allegato 1 al disciplinare di gara (composto da 4 pagine numerate progressivamente);
- che, al termine di pagina 2, era contemplata un'ulteriore firma, il cui difetto risulta ad avviso del Collegio sanato dall'avvenuta sottoscrizione in calce alla pagina 4;
- che infatti l'art. 46 comma 1-bis del D. Lgs. 163/2006 contempla l'esclusione *“... nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali”*;
- che la citata disposizione va letta nel senso che può essere sanzionata con l'esclusione dalla gara l'offerta che presenti un margine di incertezza significativo, sia per il contenuto intrinseco della stessa, sia in relazione all'oggetto dell'appalto: analogamente, sono da ritenere essenziali quegli elementi dell'offerta atti

ad incidere in maniera significativa sul contenuto della stessa, tanto che la loro mancanza renda l'offerta non soddisfacente rispetto alle richieste della stazione appaltante (T.A.R. Puglia Lecce, sez. II – 6/3/2013 n. 472 richiamata dalla sentenza di questa Sezione 8/8/2013 n. 727);

- che, nello specifico, la sottoscrizione del documento (modello A.1) costituisce lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione anteposta in esso contenuta, consentendo dunque non solo di far risalire la paternità dell'atto ma anche di renderla vincolante verso i terzi destinatari, e non a caso l'apposizione della firma interviene in chiusura del documento, a testimoniare la volontà di adesione rispetto a tutto quanto precede (Consiglio di Stato, sez. II – parere 15/10/2013 n. 4258);

Atteso:

- che è stato anche sottolineato (Consiglio di Stato, sez. IV – 17/2/2014 n. 744) come, nel caso in cui la domanda di partecipazione si presenti solo come semplice "domanda", la volontà di voler partecipare alla gara e la riferibilità all'impresa partecipante di quanto effettivamente presentato, ben possono essere desunti dal complesso della documentazione presentata (indicazioni, impegni, attestazioni) nella misura in cui da quest'ultima possa ricavarsi in modo certo sia la volontà di voler partecipare sia l'effettiva identità del partecipante;

- che nello specifico l'impresa ricorrente ha ritualmente presentato anche il modello A.2 (dichiarazioni ex art. 38 del D. Lgs. 163/2006), la dichiarazione di insussistenza di cause di esclusione dell'amministratore unico, soci e procuratori speciali, la dichiarazione integrativa allegato n. 2, la polizza fideiussoria, la certificazione ISO, il contributo all'Autorità Nazionale Anticorruzione;

- che dunque la volontà di partecipare ben poteva univocamente desumersi da tali produzioni;

- che, in aggiunta, il contenuto delle dichiarazioni di pagina 2 poteva inferirsi *aliunde*, ossia dal modello A.2 (per il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del D. Lgs. 163/2006), dalle pagine 3 e 4 (per le regole della *privacy*), e dalle dichiarazioni su carta intestata (per indirizzo, numero di fax e di e-mail);

Tenuto conto:

- che, sotto altro profilo, la giurisprudenza (cfr. T.A.R. Abruzzo Pescara – 24/2/2012 n. 86 richiamata da questa Sezione nella sentenza 10/5/2012 n. 814; T.A.R. Piemonte, sez. I – 8/5/2013 n. 576; T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII – 11/4/2013 n. 1911; T.A.R. Puglia Lecce, sez. II – 1/2/2013 n. 274) è dell'avviso che i principi del *favor participationis* e della tutela dell'affidamento vietano l'esclusione di un'impresa che abbia fatto affidamento sul bando di gara e sui relativi allegati, compilando l'offerta in conformità al facsimile all'uopo approntato dalla stazione appaltante;

- che è stato precisato che il concorrente il quale abbia puntualmente seguito le indicazioni fornite dall'Ente aggiudicatore nella legge di gara e nella modulistica ufficiale non può subire per questo un danno, dovendo prevalere, a fonte di un'oggettiva incertezza ingenerata dagli atti predisposti dall'amministrazione e della buona fede che va riconosciuta al concorrente, il principio del *favor participationis*;

- che in buona sostanza nessuna esclusione può essere disposta sulla scorta di una lacuna formale indotta dall'amministrazione nella predisposizione degli atti di gara e che, qualora fosse accompagnata da un'applicazione formalistica della normativa, avrebbe l'unico risultato, contrario alla ratio prima ancora che

alla lettera della disciplina degli appalti, di un fattivo quanto inammissibile restringimento della concorrenza in assenza di qualsivoglia lesione sostanziale (cfr. T.A.R. Piemonte, sez. I – 9/1/2012 n. 5).

Ritenuto:

- che il modulo elaborato dalla stazione appaltante era fuorviante, potendo il concorrente ragionevolmente confidare di assumere, con un'unica firma a pagina 4, la paternità di tutte le dichiarazioni elencate in precedenza;
- che, se è vero che nel dubbio lo spazio riservato alla sottoscrizione a pagina 2 doveva essere riempito, è altresì vero che un'oggettiva incertezza non può essere fonte della più grave conseguenza nei confronti di una concorrente;
- che in definitiva la domanda avanzata merita apprezzamento, con obbligo per la stazione appaltante di riammettere la ricorrente alla gara;
- che le spese di giudizio possono essere compensate, alla luce della complessità della questione, mentre il contributo unificato deve essere posto a carico della parte soccombente come per legge;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

Condanna la parte soccombente a rifondere alla ricorrente le spese del contributo unificato, ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis del D.P.R. 30/5/2002 n. 115.

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

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

Mara Bertagnolli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/10/2014

IL SEGRETARIO

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

