

Publicato il 13/09/2019

N. 00560/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00298/2019 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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 298 del 2019, proposto da Angelo Di Prospero, rappresentato e difesi dall'avvocato Luca Maria Petrone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza Paganica, 13;

contro

Comune di Folignano, Provincia di Fermo, rappresentati e difesi dall'avvocato Massimo Ortenzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Maurizio Discepolo in Ancona, via Matteotti n. 99;

nei confronti

Rtp Guendalina Salimei Tstudio,Is Ingegneria e Servizi S.r.l.S.,Gaetano Rocco,Cristhian Clementi,Arch Valeriano Vallesi non costituite in giudizio;

per l'annullamento

-del provvedimento prot. n. 8119 del 16 maggio 2019, trasmesso a mezzo PEC in pari data, con cui è stata comunicata ex art. 76 co. 5 lett. b) d.lgs. 50/2016 l'esclusione dalla procedura negoziata ex art. 36, co. 2, lett. b) per l'affidamento dei “Servizi tecnici per la progettazione definitiva ed esecutiva (relativamente a progetto strutturale, degli impianti, certificazione energetica e acustica, pratica VV.FF.) e per il coordinamento della sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione relativi all'intervento di demolizione e nuova costruzione della scuola dell'infanzia e primaria in località Piane di Morro”;

2. Del presupposto verbale di gara n. 5 del 14 maggio 2019;

3. Della nota prot. n. 9269 del 4 giugno 2019 avente ad oggetto il riscontro alla diffida prot. n. 9014 del 30.5.2019 con cui è stato confermato il provvedimento di esclusione;

4. Per quanto occorrer possa, della comunicazione inviata ai partecipanti a mezzo PEC in data 7 maggio 2019 di comunicazione della seduta pubblica e del verbale n. 5 dell'8 maggio 2019 nella parte in cui lo stesso non è stato comunicato e/o pubblicato nell'apposita sezione prevista dalla lex specialis di gara;

5. Per quanto occorrer possa, della *lex specialis* (lettera di invito, disciplinare telematico) nella parte in cui possa essere interpretata nel senso di consentire all'Amministrazione di utilizzare forme di comunicazione e/o pubblicazione ulteriori rispetto a quelle indicate nel disciplinare ovvero di individuare ulteriori cause di esclusione afferenti l'offerta economica oltre a quelle indicate nell'art. 8 del disciplinare telematico;

6. Dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione medio tempore assunto, ancorché non conosciuto dall'odierno ricorrente;

7. Di tutti gli altri atti presupposti e/o connessi o consequenziali a quelli impugnati anche se non conosciuti dal ricorrente.

con contestuale domanda risarcitoria per equivalente per il caso in cui in cui sia impossibile la riammissione in gara

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Folignano e della Provincia di Fermo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 luglio 2019 il dott. Giovanni Ruiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Il ricorrente impugna l'esclusione del Raggruppamento Temporaneo Professionisti di cui è mandatario dalla procedura in epigrafe, motivata con il mancato caricamento (*upload*) dell'offerta economica nel termine previsto dalla Stazione appaltante, come previsto dal punto A) pag. 9-12 del disciplinare di gara. Impugna inoltre la conferma del provvedimento di esclusione in data 22 maggio 2019 e il presupposto verbale di gara.

Si sono costituiti la Provincia di Fermo, quale Stazione unica appaltante e il comune di Folignano, resistendo al ricorso.

Alla Camera di Consiglio del 26 luglio 2019, il ricorso è stato trattenuto in decisione ai sensi dell'art. 60 c.p.a.-

1 Il ricorso è fondato e deve essere accolto.

1.1 E' fondato e assorbente il primo motivo di ricorso, ove si deduce, tra l'altro, la violazione del punto 2.3 della lettera d'invito del principio del *favor participationis*. In particolare, è pacifico come il citato 2.3 preveda che *“la SUA utilizzerà l'ambiente denominato “Chiarimenti” per eventuali comunicazioni ai partecipanti in pendenza del termine di deposito delle offerte e/o la PEC per le comunicazioni di carattere generale, ivi comprese le comunicazioni relative alle sedute pubbliche di gara di cui al successivo paragrafo 19. Rimane a carico degli operatori economici concorrenti, l'onere di monitorare tale ambiente, al fine di prendere contezza di quanto sopra riportato”*. Il citato paragrafo 19 disciplina lo svolgimento delle operazioni di gara.

1.2 Parte ricorrente è stata esclusa per il mancato caricamento nel sistema (equiparato alla mancata presentazione) dell'offerta economica, precedentemente redatta e prefirmata digitalmente, nel termine di *upload* stabilito dalla Stazione Appaltante, successivamente alla seduta dove sono state ammesse le offerte delle partecipanti.

1.3 Si premette che sono del tutto condivisibili le argomentazioni della difesa delle Amministrazioni, tese ad affermare l'assenza di un obbligo normativo di comunicazione via PEC dell'ammissione alle concorrenti. Infatti, tale comunicazione è correttamente avvenuta con le modalità previste dall'art. 29 comma 1 del d.lgs n. 50 del 2016, tramite la pubblicazione nella sezione “Documenti di gara” nel sito della Stazione appaltante. Il Collegio non può però che osservare come il procedimento di presentazione telematica delle offerte, soprattutto quanto preveda, nel corso della gara, il caricamento delle offerte economiche già prefirmate digitalmente, richieda un certo grado di coerenza interna delle procedure. In mancanza di tale coerenza viene infatti incrementato il rischio di esclusioni evitabili e

che riducono in maniera significativa i partecipanti (nel caso in esame ben 2 su 4).

1.4 Il difetto di coerenza consiste, nel caso in esame, nella circostanza che la Stazione appaltante ha ritenuto di utilizzare sia la PEC, sia la pubblicazione nella sezione chiarimenti (come stabilito dal punto 2.3 della lettera d'invito), per comunicare l'avvio della seduta di ammissione e di valutazione delle offerte tecniche. Tale comunicazione conteneva anche il termine per il caricamento per le offerte economiche, limitatamente, come è ovvio, alle offerte ammesse.

1.5 Ritiene il Collegio che, vista anche l'ora fissata per la seduta di gara (13.30, rispetto alle ore 18 previste come momento di avvio della finestra di upload) sarebbe stato coerente l'utilizzo dello stesso strumento (PEC o, almeno, pubblicazione nella sezione chiarimenti) anche per dare notizia alle ditte dell'Ammissione e quindi dell'effettiva possibilità di caricare le offerte. La scelta della stazione appaltante è stata invece quella di pubblicare il verbale (lo stesso giorno in cui, dalle 18 dovevano essere caricate le offerte economico) su altra sezione del sito (documenti di gara).

1.6 Nonostante l'ampia formulazione del citato punto 2.3 della lettera d'invito, lo stesso appare sostanzialmente violato, nel senso che per le concorrenti si è creata l'aspettativa di avere notizia dell'ammissione via PEC, o per lo meno nella sezione chiarimenti, cosa non avvenuta. Si ritiene quindi che la mancata coerenza delle modalità comunicazione utilizzate della Stazione appaltante si sia concretizzata in una violazione del citato articolo 2.3 della lettera d'invito e della *par condicio* dei concorrenti, risolvendosi nel mancato caricamento dell'offerta di due partecipanti alla gara su quattro,

presumibilmente tratti in errore dalla modalità di pubblicazione del verbale di ammissione delle offerte.

1.7 Sul punto le amministrazioni affermano che, a partire dalle 18 dell'8 maggio 2019 (ora di apertura della finestra temporale) le concorrenti, utilizzando l'ordinaria diligenza, avrebbero dovuto consultare il verbale contenente le ditte ammesse pubblicato nell'apposita sezione o, in ogni caso, caricare l'offerta, anche in assenza di conoscenza dell'esito della seduta. Sul punto il Collegio non può però che ribadire come, all'interno di procedure telematiche caratterizzate da termini particolarmente serrati come quella in esame, sia fondamentale l'utilizzo di modalità idonee e coerenti per comunicare ai concorrenti lo svolgimento delle operazioni di gara. In mancanza di ciò, si rischia di imporre ai candidati degli oneri di diligenza sostanzialmente sproporzionati che portano all'eliminazione di concorrenti per omissioni facilmente evitabili e, quindi, all'illegittima compromissione del principio di massima partecipazione, come avvenuto nel caso in esame.

2 Il ricorso deve quindi essere accolto, con il conseguente annullamento del provvedimento di esclusione.

2.1 Le spese possono essere compensate, in considerazione delle difficoltà interpretative della disciplina di gara

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'esclusione di parte ricorrente dalla procedura in oggetto.

Spese compensate.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 24 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Giovanni Ruiu, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Ruiu

IL PRESIDENTE
Sergio Conti

IL SEGRETARIO