

Publicato il 02/02/2022

N. 00192/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00068/2022 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 la Puglia

Lecce - Sezione Prima

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 68 del 2022, proposto da Civita Mostre e Musei S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giannalberto Mazzei, Arcangelo Pecchia e Andrea Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Sticchi Damiani in Lecce, via 95° Reggimento di Fanteria n. 9;

contro

Gal Terre del Primitivo S.C.Ar.L., non costituito in giudizio;

nei confronti

Capitale Cultura Sas di Antonio Scuderi, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Valeria Pellegrino e Valentina Magnano San Lio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

S L & A S.r.l., Artglass S.r.l., Hgv Italia S.r.l., non costituiti in giudizio;

per l'annullamento, previa adozione di adeguate misure cautelari:

1) della comunicazione prot. n. 764 del 06/12/2021 del GAL Terre del Primitivo S.c.a.r.l. di esclusione del RTI costituendo Civita Mostre e Musei S.p.A. - ETT S.p.A. dalla procedura C.I.G. 88965533C9, comunicata (tramite portale MePA) il 07/12/2021;

2) del verbale di gara del 02/11/2021, prot. 730 del 23/11/2021, pubblicato (tramite portale MePA) il 10/12/2021;

per quanto occorrer possa:

3) del Disciplinare della procedura C.I.G. 88965533C9;

4) del modulo “Allegato 1 – Domanda di partecipazione”, allegato al disciplinare di gara;

5) della Lettera di invito, ad oggetto “Misura 19 – Sottomisura 19.2 - Azione B “Creazione di un sistema turistico integrato e sostenibile” - Intervento B 1 - “Miglioramento della fruibilità turistica delle Terre del Primitivo”: Avviso di procedura ristretta per l'affidamento della realizzazione di un progetto di miglioramento della fruibilità turistica delle Terre del Primitivo ai sensi dell'art. 61 comma 1 del D. Lgs. 50/2016 e ss.mm.ii. - CUP B49J21002820009 - CIG 88965533C9”;

6) della Determinazione del Responsabile del Procedimento n. 460 del 13/09/2021 di approvazione dei documenti di gara (conosciuta solo negli estremi);

7) dell'Avviso prot. n. 353 del 06/07/2021 per manifestazione di interesse per l'individuazione di operatori economici per la realizzazione di un progetto di miglioramento della fruibilità turistica delle Terre del Primitivo;

e di ogni eventuale altro verbale, atto o documento amministrativo preordinato, connesso e consequenziale, tra cui:

8) gli eventuali verbali di apertura delle offerte tecniche e/o economiche e l'eventuale provvedimento di aggiudicazione ad altro concorrente;

e per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto medio tempore eventualmente stipulato, nonché per la condanna alla riammissione della ricorrente alla procedura di gara, ovvero, in subordine, per la condanna,

dell'ente resistente alla re-indizione della procedura in conformità alla normativa vigente in materia di contratti pubblici, ovvero al risarcimento del danno, anche per perdita di chance, da quantificarsi in corso di giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Capitale Cultura Sas di Antonio Scuderi;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2022 il dott. Alessandro Cappadonia e uditi per le parti i difensori come da verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Il GAL Terre del Primitivo S.c.a.r.l. (in breve il “GAL”) pubblicava l'Avviso di *“un'indagine di mercato conoscitiva, finalizzata all'individuazione di operatori economici da consultare”* per la realizzazione di un progetto di miglioramento della fruibilità turistica delle Terre del Primitivo (Avviso prot. n. 353 del 06/07/2021), cui la società Civita Mostre e Musei S.p.A. (in breve “Civita”) rispondeva presentando la propria manifestazione di interesse.

Successivamente, il GAL invitava Civita a partecipare alla *“procedura ristretta per l'affidamento della realizzazione di un progetto di miglioramento della fruibilità turistica delle Terre del Primitivo ai sensi dell'art. 61 comma 1 del D. Lgs. 50/2016 - C.I.G. 88965533C9”* (Lettera di Invito, prot. n. 463 del 14/09/2021).

Il Disciplinare trasmesso prevedeva l'affidamento di servizi per un importo a base d'asta di euro 214.000 da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il citato Disciplinare prevedeva, inoltre, che l'operatore economico dovesse *“caricare ... la pertinente documentazione amministrativa nell'ambito della busta telematica (virtuale) “A - DOMANDA DI PARTECIPAZIONE”*. *La busta telematica “DOMANDA DI PARTECIPAZIONE” contiene la domanda di partecipazione e le dichiarazioni*

integrative, il DGUE nonché la documentazione a corredo”. Il Disciplinare precisava, infine, che “*La domanda di partecipazione, [deve essere, ndr.] predisposta secondo il modello Allegato 1*”. Tale l’Allegato 1, “*Modello di domanda e dichiarazione unica di partecipazione gara*”, elencava una serie di allegati tra cui l’offerta economica.

Il costituendo RTI Civita Mostre e Musei S.p.A.- ETT S.p.A. partecipava a detta procedura e allegava la propria offerta economica alla domanda di partecipazione.

Il 7 dicembre 2021 il RUP comunicava che, all’esito della valutazione documentale eseguita dalla Commissione giudicatrice in seduta pubblica, era stata rilevata la presenza dell’offerta economica nella busta amministrativa “*in contrasto con la normativa di settore*” per il concorrente RTI Civita, nonché per l’altro concorrente HGV ITALIA, che pertanto erano esclusi dalla procedura, risultando quindi ammesso il concorrente R.T.I. CAPITALE CULTURA SAS - SL&A Srl - ARTGLASS S.r.l.

Avverso la predetta esclusione è insorta la ricorrente, deducendo i seguenti motivi di ricorso:

I) - Violazione dei principi di legittimo affidamento, massima partecipazione alle gare pubbliche, buon fede, correttezza, certezza della documentazione di gara – violazione del dovere di solidarietà e dei canoni di eguaglianza, ragionevolezza e imparzialità (articoli 2, 3 e 97 cost.) – violazione e falsa applicazione dell’art. 74 (disponibilità elettronica dei documenti di gara) del D.lgs. n. 50/2016. – contraddittorietà tra l’allegato 1 (modello di domanda di partecipazione) ed il disciplinare di gara.

Con tale motivo di ricorso, al fine di essere ammessa alla procedura, la ricorrente deduce che il “*modello di domanda di partecipazione*” predisposto dalla stazione appaltante era colpevolmente errato, poiché indicava ai concorrenti di allegare alla domanda di partecipazione (quindi nella Busta telematica “*A*” contenente la “*documentazione amministrativa*”) anche l’offerta economica;

II) - Violazione e falsa applicazione degli artt. 31 e 77 del D.lgs. n. 50/2016 e del par. 5.2. delle Linee Guida n. 3 dell’ANAC – violazione della *lex specialis* di

gara – incompetenza ed eccesso di potere – difetto ed erroneità della motivazione – eccesso di potere per irragionevolezza e difetto dei presupposti di fatto e di diritto. In sintesi, la ricorrente, al fine di essere ammessa alla procedura, sostiene che, in base al par. 11 del Disciplinare di gara, le attività di apertura e verifica della documentazione presente nella Busta telematica “A” dei concorrenti erano rimesse alla esclusiva competenza del RUP; tuttavia, nel caso di specie l’apertura e la verifica della documentazione amministrativa dei concorrenti sono state svolte dalla Commissione giudicatrice. Per altro aspetto, la ricorrente deduce che tanto il verbale di gara quanto il provvedimento di esclusione adottato dal RUP il 06.12.2021, sarebbero motivati in maniera generica, avendo entrambi omesso di indicare il parametro normativo in base al quale la rilevata presenza dell’offerta economica nella busta della documentazione amministrativa è stata ritenuta “*non conforme*”, ovvero “*in contrasto con la normativa di settore*”;

III) - Violazione e falsa applicazione degli articoli 66 (consultazioni preliminari di mercato), 61 (procedura ristretta), 63 (uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara) del D.lgs. n. 50/2016, nonché dell’art. 1, comma 2, del D.L. n. 76/2000 (c.d. decreto semplificazioni) conv. dalla L. n. 120/2020 – violazione delle Linee Guida n. 14 dell’ANAC. In ragione di tale motivo di ricorso, la ricorrente, al fine di ottenere l’annullamento dell’intera procedura di gara, deduce che il GAL aveva inizialmente indetto un’indagine di mercato “*conoscitiva*”, precisando espressamente che essa non era finalizzata o strumentale all’avvio di alcuna procedura di gara; successivamente il GAL ha però utilizzato le manifestazioni di interesse pervenute in risposta alla predetta indagine di mercato “*conoscitiva*” per indire e svolgere la “*procedura ristretta*”, invitando i soli soggetti che avevano risposto alla prima.

Si è costituita la parte controinteressata, Capitale Cultura Sas di Antonio Scuderi, in data 24/01/2022, depositando memoria.

Risultano sussistenti i presupposti fissati dall'art. 60 del c.p.a. per la definizione del giudizio in esito alla fase cautelare.

2. - Il primo motivo di ricorso non è suscettibile di positiva valutazione.

La ricorrente, nell'accludere l'offerta economica alla documentazione amministrativa all'interno della medesima busta "A", è incorsa in un errore così evidente che non può essere giustificato in base al principio del legittimo affidamento, in ragione del contegno colposo, *sub specie* di violazione dei principi di diligenza professionale ed autoresponsabilità. Come statuito dalla giurisprudenza amministrativa, la "modulistica" messa a disposizione dalla stazione appaltante per la presentazione delle offerte non può certo prevalere sulle prescrizioni del disciplinare, o indurre a disattendere queste ultime. Per consolidato orientamento giurisprudenziale, che costituisce *jus receptum*, (*ex aliis* Cons. Stato, Sez. IV, 28/11/2012, n. 6026; Cons. Stato, Sez. IV, 19/03/2015, n. 1516) "*nelle gare pubbliche, in caso di contrasto tra bando di gara e lettera d'invito, prevalgono le disposizioni del primo*". Se esiste un criterio gerarchico tra fonti dirette a comporre la *lex specialis*, *a fortiori* analoghi principi devono valere per la modulistica specificatrice, che non concorre a formare il coacervo di disposizioni costituenti la *lex specialis* della gara e che non può essere utilmente invocata per dedurre una oscurità/contraddittorietà del disciplinare (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 19/03/2015, n. 1516; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 13/05/2016, n. 655; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 28/07/2016, n. 461).

Alla luce di tale giurisprudenza – che la Sezione condivide – un'antinomia tra la *lex specialis* e la modulistica allegata non è configurabile, dal momento che quest'ultima "*non concorre a formare il coacervo di disposizioni costituenti la lex specialis della gara*" e va letta, ed eventualmente integrata, in funzione delle prescrizioni vincolanti contenute nella prima.

Il Disciplinare di gara, in particolare, al par. 7, ha specificato chiaramente che, "*a pena di esclusione, ogni riferimento relativo al prezzo o ad altri elementi economici relativi all'offerta deve essere contenuto esclusivamente all'interno della Busta C*". Il

successivo par. 8 ha poi prescritto che la busta telematica “C – Offerta economica”, avrebbe dovuto contenere, a pena di esclusione, e come di consueto, *“l’offerta economica da compilare preferibilmente secondo il modello predisposto dalla stazione appaltante”*, recante il *“ribasso percentuale complessivo offerto rispetto alla base d’asta, scritto sia in numeri che in lettere”*.

3.- Anche il secondo motivo di ricorso non è suscettibile di positivo apprezzamento.

Infatti, anche se fossero state rispettate le prescrizioni del Disciplinare di gara, si sarebbe comunque verificato pregiudizio all’imparzialità della Commissione giudicatrice, in considerazione del fatto che i documenti informatici contenenti le offerte economiche di CIVITA e di HGV sono stati entrambi aperti e visualizzati in quell’occasione da tutti i partecipanti alla seduta virtuale (stante la “condivisione dello schermo” attivata, comprovata dalla documentazione prodotta), con l’irrimediabile disvelamento dei rispettivi ribassi percentuali offerti sulla base d’asta.

Giova, inoltre, rilevare che *“la regola della segretezza dell’offerta economica si pone a presidio dei principi di correttezza, di libera concorrenza, di trasparenza delle operazioni di gara e di imparzialità dell’azione amministrativa (cfr. art. 97 Cost. e art. 30, comma 1, cit.), principi che vanno salvaguardati in modo rigoroso anche nei confronti del pericolo della loro violazione e che resterebbero irrimediabilmente compromessi laddove fosse, anche in ipotesi, possibile l’anticipata conoscenza del contenuto delle offerte economiche”* (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 19/01/2022, n. 648), laddove invero *“anche la sola possibilità di conoscenza dell’entità dell’offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità e buon andamento dell’operato dell’organo valutativo e il sereno e trasparente svolgimento della procedura di gara”* (T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 17/03/2018, n. 373).

Non rileva, quindi, quale sia l’organo della Stazione appaltante che abbia avuto anticipata (e anche solo potenziale) contezza dell’offerta economica (prima della apposita fase e seduta dedicata all’apertura della relativa busta) e quale sia la natura (più o meno discrezionale) dei poteri a questo

specificatamente rimessi, ai fini della procedura, tanto che la giurisprudenza ha costantemente valorizzato il mero “*rischio*” o “*pericolo*” di violazione del citato principio di segretezza.

Quanto alla presunta genericità della motivazione degli atti di gara, si rileva che la motivazione del provvedimento espulsivo adottato dal RUP, laddove si limita a richiamare il “*contrasto con la normativa di settore*”, risulta sufficientemente precisa.

4.- Pertanto, esaminati e valutati come infondati i primi due motivi di ricorso preordinati a ottenere l’annullamento del provvedimento di esclusione, poiché la ricorrente è stata correttamente esclusa dalla gara, la stessa non risulta legittimata a proporre censure avverso gli altri atti di gara.

Ne consegue che anche il terzo motivo di ricorso, svolto in via gradata e finalizzato a ottenere il soddisfacimento di un preteso interesse strumentale alla riedizione della procedura di gara, non è suscettibile di positiva valutazione.

Il Collegio ritiene che non sia ammissibile un mero annullamento al fine strumentale di una rinnovazione della procedura in una sorta di giurisdizione di diritto oggettivo, che prescindendo da una posizione legittimante della ricorrente.

Con maggiore impegno esplicativo, anche se di regola è sufficiente l’interesse strumentale del partecipante ad una gara pubblica di appalto ad ottenere la riedizione della gara stessa, deve in ogni caso ritenersi che un tale interesse non sussista in capo al soggetto legittimamente escluso dato che tale soggetto, per effetto dell’esclusione, rimane privo non soltanto del titolo legittimante a partecipare alla gara ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedurali. Il suo interesse protetto invero, da qualificare come interesse di mero fatto, non è diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo ad impugnare gli atti, pur essendo titolare di un interesse di mero fatto alla caducazione dell’intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di

riedizione della nuova gara (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 20/02/2012, n. 892; in termini anche: Cons. Stato, Sez. V, 01/02/2021, n. 937; Cons. Stato, Sez. V, 28/03/2019, n. 2065; Cons. Stato, Sez. IV, 20/04/2016, n. 1560; Cons. Stato, Sez. V, 22/03/2012, n. 1641; Cons. Stato, Sez. IV, 12/01/2011, n. 127; Cons. Stato, Sez. V, 10/09/2010, n. 6546; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *quater*, 03/10/2018, n. 9708; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 21/06/2018, n. 601; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 02/02/2017, n. 145).

5.- In conclusione, il ricorso, essendo in parte infondato e in parte inammissibile, deve essere respinto.

Ricorrono ragioni equitative per dichiarare compensate tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo respinge e in parte lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Pasca, Presidente

Ettore Manca, Consigliere

Alessandro Cappadonia, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Alessandro Cappadonia

IL PRESIDENTE
Antonio Pasca

IL SEGRETARIO

