

## **L'offerta difforme dal bando va esclusa. La legittima esclusione di un'impresa è ostativa all'impugnazione degli atti di gara.**

*di Arturo Levato*

*Data di pubblicazione: 2-3-2017*

*1) E' legittima l'esclusione di un'impresa partecipante avvenuta ai sensi dell'art. 94, comma 1, lett. a) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per difformità dell'offerta rispetto alle previsioni del bando.*

*2) Anche se di regola nelle gare pubbliche di appalto è sufficiente l'interesse strumentale del partecipante ad ottenere la riedizione della gara stessa, deve in ogni caso ritenersi che un tale interesse non sussiste 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 interesse di mero fatto, non è diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo a impugnare gli atti, pur essendo portatore 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.*

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 939 del 2016, proposto da:

Istituto di Vigilanza Sicurtransport S.p.a., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del Raggruppamento Temporaneo di Imprese con Securpol Group S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Nunzio Raimondi e Fulvio Ingaglio La Vecchia, elettivamente domiciliata presso lo Studio del primo, in Catanzaro, alla via S. Maria di Mezzogiorno, n. 3;

contro

Ministero della Giustizia, in persona del suo Ministro in carica, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catanzaro, domiciliato presso gli Uffici di questa, in

Catanzaro, alla via G. da Fiore, n. 34;

nei confronti di

Assipol S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Sardanelli e Marco Facciolla, elettivamente domiciliata presso lo Studio di quest'ultimo, in Catanzaro, alla via A. Turco, n. 39;

per l'annullamento

- del provvedimento del Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Catanzaro del 25 luglio 2016, n. 26/int., nella parte in cui esclude l'offerta del R.T.I. Istituto di Vigilanza Sicurtransport S.p.a. e Securpol Group S.r.l. e dichiara valida l'offerta dell'Assipol S.r.l.;

- del verbale di apertura delle buste del 20 luglio 2016 nella parte in cui l'amministrazione non ha escluso Assipol S.r.l.;

- degli altri provvedimenti di controllo della veridicità delle dichiarazioni rese da Assipol S.r.l.;

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva e di attribuzione di efficacia all'aggiudicazione definitiva, ove nelle more adottati;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto;

e per l'annullamento o la declaratoria di nullità della nota del giorno 8 luglio 2016, prot. n. 4995, di invito alla presentazione delle offerte, nella parte in cui si ritenga che contengano clausole di esclusione non previste dalla legge e nella parte in cui dispone che l'offerta debba essere comprensiva degli oneri per la sicurezza;

e per il conseguimento dell'aggiudicazione della gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia e di Assipol S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2017 il dott. Francesco Tallaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. – Il Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Catanzaro, delegato in proposito dal Ministero della Giustizia, ha avviato la procedura negoziata senza bando per l'affidamento del servizio di vigilanza per gli uffici giudiziari di Catanzaro per il periodo dall'1 agosto 2016 al 31 dicembre 2016.

Allo scopo ha invitato alcuni operatori del settore a presentare la loro offerta, precisando che il criterio di aggiudicazione sarebbe stato il minor prezzo sull'importo di € 123.125,00 posto a base d'asta.

Quanto alle modalità di presentazione dell'offerta, ha informato gli operatori interessati, per quel che quivi interessa, che la busta relativa all'offerta economica doveva *“contenere l'offerta con specificazione della tariffa oraria”*.

2. - Alla procedura ha preso parte il R.T.I. formato da Istituto di Vigilanza Sicurtransport S.p.a. e Securpol Group S.r.l.

La sua offerta, formulata con l'indicazione della tariffa oraria e, separatamente, degli oneri di sicurezza è stata ritenuta invalida e quindi esclusa con il provvedimento impugnato, in quanto carente dell'indicazione del minor prezzo complessivo rispetto all'importo posto a base d'asta.

3. – Il raggruppamento citato si è quindi rivolto a questo Tribunale Amministrativo Regionale, chiedendo l'annullamento degli atti della procedura.

In particolare, esso ha ritenuto illegittima la propria esclusione dalla gara, in quanto non rispondente ad alcuna delle ipotesi tassative di esclusione previste dalla legge.

Il soggetto ricorrente ha altresì contestato l'ammissione dell'offerta di Assipol S.r.l., poi rivelatasi aggiudicataria, in quanto: *a)* non vi era la specificazione degli oneri di sicurezza aziendali; *b)* la società aggiudicataria non era in possesso della dovuta licenza prefettizia nell'ambito servito dalla gara.

4. – Al ricorso hanno resistito l'amministrazione intimata e la controinteressata.

Rigettata, con ordinanza del 16 settembre 2016, n. 410, l'istanza di tutela cautelare proposta da parte ricorrente, il ricorso è stato discusso nel merito e spedito in decisione all'udienza pubblica del 26 gennaio 2017.

5. – Occorre preliminarmente esaminare e disattendere due eccezioni processuali sollevate dalla società controinteressata.

5.1. – Infatti, si contesta l'ammissibilità del ricorso in quanto notificato a mezzo PEC.

Ebbene, questo Tribunale intende sul punto ribadire la propria giurisprudenza (in particolare la sentenza della Sezione II, 4 febbraio 2015, n. 183, le cui argomentazioni hanno trovato riscontro in Cons. Stato, Sez. VI, 28 maggio 2015, n. 2682; cfr. anche Cons. Stato, Sez. III, 10 agosto 2016, n. 3565; Cons. Stato, Sez. V, 4 novembre 2016, n. 4631; Cons. Stato, Sez. IV, 22 novembre 2016, n. 4895), che ha ritenuto ammissibile la notificazione del ricorso a mezzo PEC anche prima dell'entrata in vigore del processo amministrativo telematico, in quanto prevista dalla l. 21 gennaio 1994, n. 53.

5.2. – Si eccepisce ancora che, nel produrre in giudizio copia dei documenti attestanti l'avvenuta notifica telematica del ricorso, parte ricorrente non abbia attestato la conformità della copia cartacea depositata agli originali documenti informatici, ai sensi dell'art. 9, comma 1-ter l. 21 gennaio 1994, n. 53.

Ritiene il Collegio che, sebbene risponda al vero quanto affermato dalla controinteressata, nondimeno non Assipol S.r.l. non ha contestato che le copie depositate siano effettivamente conformi ai documenti originali, né –dato più rilevante – ha negato di aver regolarmente ricevuto a mezzo PEC copia del ricorso introduttivo del giudizio.

Dunque, la mancanza dell'attestazione scolora a mera irregolarità, non idonea a rendere il ricorso inammissibile (cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 18 aprile 2016, n.7665, sull'irrilevanza delle irregolarità nel procedimento notificatorio quando lo scopo cui esso è preordinato sia stato raggiunto).

6. – Ciò posto, il ricorso è infondato nella parte in cui è volto a contestare l'esclusione del R.T.I. formato da Istituto di Vigilanza Sicurtransport S.p.a. e Securpol Group S.r.l.

6.1. – L'amministrazione, dopo aver scelto quale criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso, ha individuato come base d'asta non il costo orario del servizio, ma il corrispettivo globale per l'intero periodo in cui l'attività di vigilanza avrebbe dovuto essere prestata.

Come efficacemente sintetizzato dalla difesa di Assipol S.r.l., mutuando una terminologia civilistica, l'amministrazione aggiudicatrice ha scelto di affidare il servizio a corpo, non a misura.

6.2. – L'offerta prodotta dal R.T.I. escluso, però, è stata formulata indicando esclusivamente il costo orario, e quindi secondo una metodologia difforme da quella prescelta nel regolamento di gara.

Questo prevedeva sì anche l'indicazione del costo orario, ma solo quale elemento di ulteriore specificazione dell'offerta, evidentemente correlato alla facoltà attribuita al Presidente della Corte d'Appello, al Presidente del Tribunale e al Procuratore della Repubblica di richiedere la presenza di personale di vigilanza anche oltre l'orario di servizio, sussistendo particolari circostanze.

6.3. – L'esclusione della parte ricorrente è dunque avvenuta non già in forza di una clausola della *lex specialis* contrastante con il principio di tassatività delle clausole di esclusione, ma ai

sensi dell'art. 94, comma 1, lett. a) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per difformità dell'offerta rispetto alle previsioni del bando.

6.4. – Né si può affermare che l'indicazione del costo orario potesse consentire, con un semplice calcolo matematico, di individuare il costo complessivo del servizio.

Infatti, nella documentazione di gara non è indicato un monte ore cui riferire il costo orario indicato, né, invero, tale monte ore è stato indicato dalla parte ricorrente in questa sede contenziosa.

Ne deriva che il contenuto dell'offerta è indeterminato e indeterminabile, e come tale meritevole di esclusione.

7. – Poiché il R.T.I. ricorrente è stato correttamente escluso dalla gara, esso non è interessato a proporre censure avverso gli ulteriori atti di gara.

Infatti, anche se di regola nelle gare pubbliche di appalto è sufficiente l'interesse strumentale del partecipante ad ottenere la riedizione della gara stessa, deve in ogni caso ritenersi che un tale interesse (che non può e non deve essere emulativo) non sussiste 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 interesse di mero fatto, non è diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo a impugnare gli atti, pur essendo portatore 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 (Cons. Stato, Sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1560; Cons. Stato, Sez. IV, 25 agosto 2016, n. 3688; cfr. anche Cons. Stato, Ad. Plen. 7 aprile 2011, n. 4).

8. – In conclusione, il ricorso deve essere rigettato.

Le spese di lite vanno regolate secondo il principio della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna Istituto di Vigilanza Sicurtransport S.p.a., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del Raggruppamento Temporaneo di Imprese con Securpol Group S.r.l., alla rifusione, in favore del Ministero della Giustizia, in persona del suo Ministro in carica, e di Assipol S.r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, delle spese di lite, che liquid nella misura complessiva di € 1.500,00 ciascuno, oltre al rimborso delle spese generali nella misura del 15%, nonché oltre a IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Francesco Tallaro, Referendario, Estensore

Raffaele Tuccillo, Referendario

L'ESTENSORE

Francesco Tallaro

IL PRESIDENTE

Vincenzo Salamone

## **Guida alla lettura.**

Un'amministrazione aggiudicatrice avvia una procedura negoziata per l'affidamento di un servizio di vigilanza di alcuni uffici giudiziari, disponendo, tra l'altro, che l'offerta economica contenga la "*specificazione della tariffa oraria*".

L'offerta di un R.t.i., formulata con l'indicazione della tariffa oraria, è ritenuta invalida ed esclusa, poiché carente, secondo la stazione appaltante, dell'indicazione del minor prezzo complessivo rispetto all'importo posto a base d'asta.

La statuizione espulsiva è quindi gravata innanzi al T.a.r.

In particolare, la ricorrente ne lamenta l'illegittimità, sull'assunto che l'avversato provvedimento non sia riconducibile a nessuna delle ipotesi tassative di esclusione previste dalla legge.

Il Collegio disattende tuttavia la doglianza ricorsuale.

Evidenzia, nello specifico, che l'amministrazione -dopo aver optato per il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso- ha individuato come base d'asta non il costo orario del servizio, ma il corrispettivo globale per l'intero periodo in cui l'attività di vigilanza avrebbe dovuto essere prestata.

In sostanza, mutuando una terminologia civilistica, ad avviso del T.a.r. la p.a. ha scelto di affidare il servizio a corpo e non a misura.

Per tale ragione, l'offerta avanzata dal R.t.i. deducente -formulata indicando esclusivamente il

costo orario- è stata espressa con una modalità difforme da quella prescelta nel regolamento di gara.

Ne deriva che *“l’esclusione della parte ricorrente è dunque avvenuta non già in forza di una clausola della lex specialis contrastante con il principio di tassatività delle clausole di esclusione, ma ai sensi dell’art. 94, comma 1, lett. a) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per difformità dell’offerta rispetto alle previsioni del bando”*, atteso che il contenuto della stessa è risultato indeterminato e indeterminabile.

Statuita la legittimità dell’operato della stazione appaltante, il Collegio rileva altresì come il R.t.i. escluso non abbia più alcun interesse a censurare gli ulteriori atti di gara.

Sul punto, conformandosi al consolidato orientamento giurisprudenziale, il T.a.r. afferma: *“anche se di regola nelle gare pubbliche di appalto è sufficiente l’interesse strumentale del partecipante ad ottenere la riedizione della gara stessa, deve in ogni caso ritenersi che un tale interesse (che non può e non deve essere emulativo) non sussiste 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 interesse di mero fatto, non è diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo a impugnare gli atti, pur essendo portatore 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, 20 aprile 2016, n. 1560; Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4).