

E' legittima l'ammissione alla gara quando le concrete circostanze di presentazione dell'offerta appaiono complessivamente idonee a garantire la certezza della provenienza e l'inequivoca paternità e riferibilità della stessa

di Eugenio De Carlo

Data di pubblicazione: 12-9-2017

1. E' legittima la partecipazione alla gara in caso di sottoscrizione solo sul frontespizio e non "in calce" all'offerta, qualora ciò non sia previsto a pena di esclusione dalla gara (sempreché una tale previsione non violi il principio di tassatività delle cause di esclusione).
2. La funzione della sottoscrizione è quella di garantire la provenienza dell'offerta da tutti soggetti che si vincolano nei confronti della Stazione appaltante all'esecuzione della relativa prestazione.
3. L'attestato di presa visione dei luoghi prodotta solo dalla Società mandataria (utilizzando, peraltro, un modello non conforme al bando di gara) e non anche dalla Ditta mandante non costituisce causa di esclusione.
4. Sono illegittime le esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali, ivi compresa anche la mancanza assoluta delle dichiarazioni.

Publicato il 05/09/2017

N. 01436/2017 REG.PROV.COLL.

N. 02011/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2011 del 2010, proposto da:

XXX, anche quale mandataria del costituendo R.T.I. con la società ..., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Luigi Quinto e Pietro Quinto, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Pietro Quinto in Lecce, via Garibaldi, n. 43;

YYY, in persona del Curatore ..., rappresentato e difeso dall'Avv. Pietro Quinto, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via Garibaldi, n. 43;

contro

Comune di Scorrano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. Francesco Zaca', con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via M. Schipa, n. 35;

nei confronti di

ZZZ s.r.l., anche quale mandataria del costituendo R.T.I. con ..., rappresentate e difese dagli Avv.ti Ernesto Sticchi Damiani e Saverio Sticchi Damiani, con domicilio eletto in Lecce, alla via 95° Rgt. Fanteria, n. 9;

per l'annullamento:

- della determinazione n. 117 del 24 novembre 2010 del Responsabile del Settore III - "Assetto del Territorio" del Comune di Scorrano, comunicata a mezzo raccomandata a.r. in data 9 novembre 2010;

- di ogni altro atto connesso, presupposto c/o consequenziale e, segnatamente, dei verbali di **gara**, *in parte qua*;

- degli atti successivi, ivi compreso il contratto di appalto, qualora eventualmente sottoscritto;

- nonchè per il risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Scorrano;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dalle società ricorrenti incidentali ...;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 giugno 2017 la dott.ssa Maria Luisa Rotondano e uditi per le parti gli Avv.ti F. Zacà, E. Sticchi Damiani e A. Marasco, quest'ultima in sostituzione degli Avv.ti Luigi e Pietro Quinto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Ditta ricorrente XXX (cui è subentrata, in corso di causa, la Curatela del Fallimento della medesima Ditta), anche quale mandataria del costituendo R.T.I. con la società ... - seconda classificata nella gara mediante procedura aperta (con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi degli artt. 83 ss. del D. Lgs. n. 163/2006), per l'affidamento dei lavori relativi all'intervento di adeguamento e completamento degli schemi idrici e delle relative reti infrastrutturali di fogna bianca, per un importo complessivo a base d'asta di euro 1.451.000,00 compreso oneri di sicurezza - ha impugnato, domandandone l'annullamento:

1) la determinazione n. 117 del 24 novembre 2010 del Responsabile del Settore III - "Assetto del Territorio" del Comune di Scorrano, comunicata a mezzo raccomandata a.r. in data 9 novembre 2010, con cui è stata aggiudicata in via definitiva all'A.T.I. controinteressata YYY s.n.c. la gara di che trattasi;

2) ogni altro atto connesso, presupposto c/o consequenziale e, segnatamente, i verbali di **gara**, nella parte in cui la Commissione giudicatrice non ha proceduto all'esclusione della offerta del R.T.I. costituendo YYY, nonché nella parte in cui ha attribuito allo stesso il punteggio sull'offerta tecnica migliorativa di punti 69/100 (rispetto al punteggio di 59/100 attribuito alla Ditta ricorrente);

3) gli atti successivi, ivi compreso il contratto di appalto, qualora sottoscritto.

Ha formulato, altresì, istanza ex art. 122 del c.p.a., con declaratoria di inefficacia del contratto (qualora eventualmente stipulato), e ha chiesto il risarcimento dei danni subiti e subendi, nella misura da determinare in corso di causa.

A sostegno del ricorso principale ha dedotto:

1) violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di **gara**;

2) violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di **gara** sotto altro profilo (punto 10.2 dell'offerta tecnica).

Si è costituito in giudizio per resistere al ricorso il Comune di Scorrano, contestando *in toto* le avverse pretese e chiedendo la reiezione del gravame.

Si è costituito in giudizio anche il costituendo R.T.I. aggiudicatario XXX, spiegando, altresì, ricorso incidentale escludente, fondato sulle seguenti censure:

1) violazione della *lex specialis* di gara, violazione del principio di *par condicio* e proporzionalità.

Si è costituito, in data 13 luglio 2016, il Fallimento di ..., insistendo per l'accoglimento del ricorso.

All'udienza pubblica del 13 giugno 2017, su istanza di parte, la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

0. - Il Collegio premette: da un lato, che il Fallimento della Ditta ... (ricorrente principale), con la memoria del 26 maggio 2017, fatta presente l'avvenuta stipula del contratto e l'integrale esecuzione dei lavori (pure documentata dal deposito agli atti di causa, da parte del Comune di Scorrano, del certificato di ultimazione dei lavori, avvenuta il 7 luglio 2015), ha esplicitamente insistito solo per l'accertamento dell'illegittimità degli atti impugnati ("quale domanda spiegata cumulativamente alla domanda di annullamento, sin dall'atto introduttivo del giudizio"), ai fini meramente risarcitori, ai sensi dell'art. 34, comma 3 c.p.a.; e, dall'altro, che, per ragioni di economia processuale, si può prescindere dall'esame del ricorso incidentale "escludente" (proposto dal controinteressato R.T.I. costituendo aggiudicatario), poiché il ricorso principale è sicuramente infondato nel merito e va respinto (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 25 febbraio 2014, n. 9).

1. - Con la prima censura, la Ditta ricorrente principale sostiene che i provvedimenti impugnati sarebbero illegittimi poiché l'A.T.I. aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di **gara** per aver presentato una domanda di partecipazione priva delle necessarie sottoscrizioni dell'offerta, essendo stati il computo metrico estimativo (facente parte dell'offerta economica) e gli elaborati (facenti parte dell'offerta tecnica) sottoscritti solo sul frontespizio e non "in calce".

1.1 - La doglianza non coglie nel segno.

Rileva la Sezione come già la giurisprudenza del Consiglio di Stato, "*prima della novella dell'art. 46 comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006, aveva precisato che nelle gare pubbliche la funzione della sottoscrizione della documentazione e dell'offerta è di renderla riferibile al presentatore dell'offerta vincolandolo all'impegno assunto, con la conseguenza che laddove tale finalità risulta in concreto conseguita, con salvaguardia del sotteso interesse dell'Amministrazione, non vi è spazio per interpretazioni formali delle prescrizioni di gara (Cons. Stato, VI, 15 dicembre 2010, n. 8933; V, 27 aprile 2015, n. 2063)*" (Consiglio di Stato, V, 21 novembre 2016, n. 4881): si deve, quindi, partire dall'assunto che la funzione della sottoscrizione è quella di garantire la provenienza dell'offerta da tutti soggetti che si vincolano nei confronti della Stazione appaltante all'esecuzione della relativa prestazione.

Ebbene, nella vicenda in esame, gli elaborati componenti l'offerta tecnica e l'offerta economica dell'A.T.I. costituenda aggiudicataria sono stati firmati sui rispettivi frontespizi, oltre che dal tecnico abilitato, anche dai legali rappresentanti della mandataria, e sui frontespizi

medesimi sono stati apposti i timbri delle suddette imprese, recanti i dati identificativi delle stesse; inoltre, gli elaborati di che trattasi sono stati inseriti all'interno di plichi sigillati con ceralacca e controfirmati sui lembi (fatto non contestato e rispetto al quale non sono stati indicati indizi di possibile manomissione). Tali concomitanti circostanze appaiono complessivamente idonee a garantire la certezza della provenienza dell'offerta e l'inequivoca paternità e riferibilità dell'offerta presentata, con portata sicuramente vincolante della proposta medesima.

Né la *lex specialis* di gara contiene alcuna puntuale ed espressa comminatoria di esclusione in relazione all'eventuale mancata sottoscrizione "in calce" degli elaborati dell'offerta tecnica e/o economica: pertanto, ritenere l'omessa sottoscrizione "in calce" quale causa di esclusione dalla procedura competitiva comporterebbe (pure) l'evidente violazione del "*principio del favor participationis, che impone alle stazioni appaltanti di consentire la massima accorrenza alle procedure ad evidenza pubblica*", nonché del "*principio della tassatività delle cause di esclusione*" (come vigente *ratione temporis*), "*le quali devono risultare chiaramente dal bando*" (T.A.R. Lazio, Roma, III-Quater, n. 10958/2007) e "*sono di stretta e rigorosa interpretazione, in quanto limitative della massima partecipazione che costituisce principio a cui l'amministrazione deve attenersi nell'interesse pubblico alla migliore scelta del contraente privato ...*" (T.A.R. Calabria, Catanzaro, I, n. 2002/2007).

2. - La Ditta ricorrente sostiene, poi, che il Comune di Scorrano avrebbe dovuto escludere il R.T.I. costituendo aggiudicatario anche per non aver allegato alla domanda di partecipazione l'attestato di presa visione dei luoghi, essendo stata la suddetta attestazione prodotta solo dalla Società mandataria (utilizzando, peraltro, un modello non conforme al bando di gara) e non anche dalla Ditta mandante.

2.1 - Anche tale doglianza deve essere disattesa.

Al riguardo è dirimente rilevare: per un verso, che nella *lex specialis* di gara non si rinviene alcuna prescrizione in ordine alla necessaria presentazione, nel caso di Raggruppamento costituendo, dell'attestazione *de qua* tanto da parte della mandataria che della mandante, come pure manca in proposito qualsivoglia espressa comminatoria di esclusione; e, per altro verso, che trattasi (in ogni caso) di attestazioni meramente duplicative delle (corrispondenti) autodichiarazioni già richieste dalla *lex specialis* di gara e rese da entrambi gli operatori economici dell'A.T.I. costituenda controinteressata.

3. - La Ditta ricorrente lamenta, poi, che non sarebbe stata resa, da entrambe le Società costituenti il Raggruppamento controinteressato e dai soggetti tenuti, la dichiarazione sostitutiva in ordine all'insussistenza di condanne penali rivenienti da "sentenze ancorchè non definitive" (requisito di idoneità morale esplicitamente previsto dal bando - v. punto 10.1.1 del Disciplinare di gara).

3.1 - Anche tale assunto è infondato (sicchè può prescindersi dall'impugnazione della *lex specialis* - pure effettuata, "in via incidentale", dall'A.T.I. aggiudicataria, "in estremo subordine" -, per contrasto con l'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006, censurando l'impossibilità di prevedere requisiti ulteriori e più restrittivi rispetto a quelli stabiliti dalla predetta disposizione).

Osserva, al riguardo, la Sezione che risulta resa, dai soggetti tenuti, la dichiarazione sostitutiva attestante esplicitamente “che non sussistono condanne da dichiarare”, da intendersi (omnicomprensivamente) riferita a provvedimenti giurisdizionali di condanna sia passati in giudicato, sia (come ulteriormente richiesto dal bando) non definitivi: tanto (peraltro) in modo “conforme al modello allegato n. 2” al Disciplinare (così come espressamente previsto dal punto n. 10.1.1, lett. “b” del Disciplinare medesimo), sicchè un’eventuale diversa interpretazione comporterebbe (pure) la violazione dei principi del *favor participationis* e della tutela dell’affidamento degli operatori economici partecipanti alla selezione pubblica.

Né (comunque) vi è contestazione in ordine al possesso del predetto requisito sostanziale.

Peraltro, il (sopravvenuto) disposto dell’art. 38, comma 2 *bis* del D. Lgs. n. 163/2006, sia pure non applicabile direttamente alla presente controversia, “*offre, quale indice ermeneutico, l’argomento della chiara volontà del legislatore di evitare esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali (ivi compresa anche la mancanza assoluta delle dichiarazioni)*” (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 16 del 30 luglio 2014).

4. - Con ulteriore motivo, la Ditta ricorrente in via principale asserisce che l’offerta tecnica presentata dal R.T.I. ...avrebbe violato la prescrizione della *lex specialis* che vieta, a pena di esclusione, di presentare “varianti inerenti le dimensioni ed i materiali dei collettori ed il tracciato dei collettori stessi”, essendo (asseritamente) di entità tale da determinare una variante planimetrica al tracciato del progetto posto a base di gara, costituendo (sostanzialmente) i cc.dd. “collegamenti ai pozzetti” (per un incremento totale di oltre 1.400 ml) dei veri e propri tronchi di collettamento, comportanti (oltre che violazione delle disposizioni di gara, anche) l’alterazione della consistenza del flusso captato (influenando sulla capacità di smaltimento delle acque da parte del recapito finale).

4.1 - Anche tale censura non convince.

Ed invero, la Consulenza Tecnica di parte prodotta dal R.T.I. controinteressato (v. doc. n. 28 allegato al controricorso, a fronte delle generiche asserzioni sul punto da parte della Ditta ricorrente), dopo aver chiarito la distinzione tra “collettori” e “fogne” (con il richiamo alla Circolare del Ministero Lavori Pubblici n. 11633 del 7 gennaio 1974, a mente della quale per “collettori” devono intendersi le “canalizzazioni che costituiscono l’ossatura principale della rete, che raccolgono le acque provenienti dalle fogne e, allorché conveniente, quelle ad essi direttamente addotte da fognoli e/o caditoie”, e per “fogne” le “canalizzazioni elementari che raccolgono le acque provenienti da fognoli di allacciamento e/o da caditoie, convogliandole ai collettori”), precisa che le migliorie offerte dal Raggruppamento aggiudicatario non hanno costituito una variante relativa ai “collettori” (vietata dal Disciplinare di gara), bensì una variante incidente unicamente sul sistema delle “fogne”, prevista dalla *lex specialis* ai fini dell’attribuzione di un maggior punteggio.

Al riguardo, poi, la P.A. resistente precisa (v. memoria di costituzione) che la proposta migliorativa dell’A.T.I. aggiudicataria ha previsto la posa di n. 392 caditoie (rispetto alle 308 del progetto esecutivo), con conseguente allacciamento di tali ulteriori caditoie alla rete pluviale pari a ml 1.402, senza che ciò comporti alcuna variazione nelle dimensioni e nei

tracciati dei collettori.

Quanto alla pretesa “alterazione della consistenza del flusso captato” - in disparte quanto (pure) sostenuto nella suddetta Consulenza Tecnica di parte (in particolare, in ordine al fatto che, con l’offerta migliorativa, le nuove griglie sono state posizionate <<all’interno dei bacini imbriferi perimetrati nella Tavola 25 “Planimetria Bacini Imbriferi” del progetto a base di gara>>, che “le nuove griglie offerte non potranno drenare flussi d’acqua superiori rispetto a quelli già previsti nel progetto esecutivo a base di gara”, sicchè “I flussi adottati al collettore e di conseguenza al recapito finale non subiranno alcuna variazione né in aumento né in diminuzione rispetto alle previsioni del progetto posto a base di **gara**”, evidenziando, infine, che “Raccogliere le stesse acque meteoriche con caditoie poste più a monte limita lo scorrimento superficiale lungo le strade delle acque”, con “riduzione del velo liquido che si va a creare lungo le cunette stradali e sulle stesse carreggiate stradali”) - è dirimente rilevare che non vi è alcuna previsione della *lex specialis* che dispone la radicale esclusione dalla procedura di gara in relazione alla eventuale alterazione della consistenza del flusso medesimo.

5. - Per tutto quanto innanzi sinteticamente esposto, il ricorso principale è infondato e va respinto, in ragione della evidenziata piena legittimità degli atti impugnati, con la conseguente reiezione delle domande proposte dalla Ditta ricorrente.

6. - Sussistono i presupposti di legge (l’assoluta novità di talune delle questioni trattate) per giustificare l’integrale compensazione tra le parti delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso principale, come in epigrafe proposto, lo respinge, nei sensi di cui in motivazione.

Dichiara inammissibile per carenza di interesse il ricorso incidentale.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Così deciso in Lecce nella Camera di Consiglio del giorno 13 giugno 2017 con l’intervento dei magistrati:

Enrico d’Arpe, Presidente

Antonella Lariccia, Referendario

Maria Luisa Rotondano, Referendario, Estensore

Guida alla lettura

La sentenza del Tar salentino affronta una serie di doglianze avanzate dal ricorrente tese all'esclusione dalla procedura di gara dell'aggiudicataria.

In primo luogo, è contestato a quest'ultima di aver presentato una domanda di partecipazione priva delle necessarie sottoscrizioni dell'offerta, essendo stati il computo metrico estimativo (facente parte dell'offerta economica) e gli elaborati (facenti parte dell'offerta tecnica) sottoscritti solo sul frontespizio e non "in calce".

Secondo il Collegio, invece, rammentato che "la funzione della sottoscrizione è quella di garantire la provenienza dell'offerta da tutti soggetti che si vincolano nei confronti della Stazione appaltante all'esecuzione della relativa prestazione", nel caso di specie er da escludere alcun dubbio sulla paternità dell'offerta; ciò atteso che gli elaborati componenti l'offerta tecnica e l'offerta economica dell'A.T.I. costituenda aggiudicataria erano stati firmati sui rispettivi frontespizi, oltre che dal tecnico abilitato, anche dai legali rappresentanti della mandataria e della mandante, e sui frontespizi medesimi sono stati apposti i timbri delle suddette imprese, recanti i dati identificativi delle stesse; inoltre, gli elaborati di che trattasi sono stati inseriti all'interno di plichi sigillati con ceralacca e controfirmati sui lembi.

Tali concomitanti circostanze sono apparse, quindi, *"complessivamente idonee a garantire la certezza della provenienza dell'offerta e l'inequivoca paternità e riferibilità dell'offerta presentata, con portata sicuramente vincolante della proposta medesima"*, a maggior ragione considerando il fatto non contestato di eventuali manomissioni.

Peraltro, la *lex specialis* di gara non recava alcuna puntuale ed espressa comminatoria di esclusione, sempreché avesse potuto farlo in relazione al *"principio della tassatività delle cause di esclusione"* (come vigente *ratione temporis*), *"le quali devono risultare chiaramente dal bando"* (T.A.R. Lazio, Roma, III-Quater, n. 10958/2007) e *"sono di stretta e rigorosa interpretazione, in quanto limitative della massima partecipazione che costituisce principio a cui l'amministrazione deve attenersi nell'interesse pubblico alla migliore scelta del contraente privato ..."* (T.A.R. Calabria, Catanzaro, I, n. 2002/2007).

Secondo motivo di doglianza ha riguardato la circostanza che il R.T.I. costituendo aggiudicatario non aveva allegato alla domanda di partecipazione l'attestato di presa visione dei luoghi, essendo stata la suddetta attestazione prodotta solo dalla Società mandataria (utilizzando, peraltro, un modello non conforme al bando di gara) e non anche dalla Ditta mandante.

Anche tale doglianza è stata respinta dal TAR atteso che, per un verso, nella *lex specialis* non c'era alcuna prescrizione in ordine alla necessaria presentazione, nel caso di Raggruppamento costituendo, dell'attestazione *de qua* tanto da parte della mandataria che della mandante; per altro verso, si trattava di attestazioni meramente duplicative delle (corrispondenti) autodichiarazioni già richieste dalla *lex specialis* e rese da entrambi gli

operatori economici dell'A.T.I. costituenda controinteressata.

Terzo motivo di ricorso riguardava il fatto che non sarebbe stata resa, da entrambe le Società costituenti il Raggruppamento controinteressato e dai soggetti tenuti, la dichiarazione sostitutiva in ordine all'insussistenza di condanne penali rivenienti da "sentenze ancorché non definitive".

La Sezione, tuttavia, ha verificato che risultava resa, dai soggetti tenuti, la dichiarazione sostitutiva attestante esplicitamente "che non sussistono condanne da dichiarare", da intendersi (omnicomprensivamente) riferita a provvedimenti giurisdizionali di condanna sia passati in giudicato, sia (come ulteriormente richiesto dal bando) non definitivi, tanto peraltro, in modo "conforme al modello allegato n. 2" al Disciplinare.

In ogni caso, si sarebbe dovuto applicare il principio di cui al disposto dell'art. 38, comma 2 *bis* del D. Lgs. n. 163/2006, sia pure non applicabile direttamente alla presente controversia, *"offre, quale indice ermeneutico, l'argomento della chiara volontà del legislatore di evitare esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali (ivi compresa anche la mancanza assoluta delle dichiarazioni)"* (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 16 del 30 luglio 2014).

Infine, veniva contestato che l'offerta tecnica presentata dal R.T.I. aggiudicatario avrebbe violato la prescrizione della *lex specialis* che vietava, a pena di esclusione, di presentare varianti inerenti le dimensioni ed i materiali dei collettori ed il tracciato dei collettori stessi.

Tuttavia, sia l'esame della variante proposta che delle previsioni della *lex specialis*, in una ottica di favor participationis, il Collegio ha respinto anche quest'ultima doglianza.