

**N. 00725/2014 REG.PROV.COLL.**

**N. 00936/2013 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 Sardegna**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 936 del 2013, proposto da:  
Vivaio il Pineto Srl, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avv. Renato Botrugno, con domicilio eletto presso l'avv. Marcello Meloni in Cagliari, via Cavalcanti n. 9;

***contro***

il Comune di Putifigari, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Fabio Maria Fois, con domicilio eletto presso l'avv. Alessio Atzeni in Cagliari, piazza Deffenu n. 9;

***nei confronti di***

Isam Srl, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Tripanera e Massimo Lai, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Cagliari, via Cocco Ortu n. 22;

***per l'annullamento***

- della determinazione n. 153 del 18.9.2013, emessa dal Comune di Putifigari, avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva dell'appalto dei lavori di realizzazione di sentieri natura, orto botanico, centro didattico ed itinerari della memoria in alcune aree comunali denominate "Su Padru" , "Sa Petraia" e "Pala de Su Aiu";

- dei verbali e dei provvedimenti di esclusione dalla gara delle offerte prodotte da alcune Ditte;

- di tutti gli atti presupposti, conseguenti o comunque connessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Putifigari e di Isam Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 luglio 2014 il dott. Giorgio Manca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. – Con avviso di gara del 23 aprile 2013, il Comune di Putifigari ha indetto la procedura aperta, con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, per l'affidamento dei lavori di realizzazione di sentieri natura, orto botanico, centro didattico ed itinerari della memoria, in alcune aree comunali denominate “*Su Padru*”, “*Sa Petraia*” e “*Pala de Su Aiu*”.

L'avviso di gara prevedeva che le concorrenti dovessero inviare la documentazione richiesta in due distinti plichi, uno contenente la documentazione amministrativa, l'altro esclusivamente l'offerta economica, a pena di esclusione. L'allegato *D* all'avviso di gara, contenente il modulo da utilizzare per la presentazione dell'offerta, prescriveva che la sottoscrizione della dichiarazione di offerta fosse resa ai sensi dell'art. 38 del DPR 445/2000, ovvero corredata da fotocopia del documento di identità del firmatario.

2. – A seguito dell'apertura delle offerte economiche, la commissione di gara ha disposto l'esclusione dalla procedura delle ditte: *Vivai Ciaccio* di Sgiacca, *Dafne s.r.l.* di Monterotondo, *Arte e Giardini Di Cau Francesco* di Sassari, *Il Tempio dell'edilizia s.r.l.* di Montesilvano, con la seguente motivazione: “*manca documento di identità da allegare all'offerta economica*”.

Al termine della gara, l'appalto è stato aggiudicato alla *ISAM s.r.l.*, mentre la società *Vivaio il Pineto* si è classificata seconda in graduatoria.

3. – Con il ricorso in esame la società *Vivaio Il Pineto* ha chiesto l'annullamento dei provvedimenti di esclusione e dell'aggiudicazione definitiva, sopra richiamati, nonché gli altri atti meglio indicati in epigrafe, deducendo articolate censure.

4. – Si è costituito in giudizio il Comune di Putifigari, chiedendo che il ricorso sia dichiarato inammissibile per carenza di interesse a ricorrere della società *Vivaio Il Pineto* ; e, comunque, rigettato perché infondato nel merito.

5. – Si è costituita in giudizio anche la controinteressata *ISAM s.r.l.*, chiedendo che il ricorso sia dichiarato inammissibile; ovvero, respinto nel merito.

6. – All'udienza pubblica del 9 luglio 2014, la causa è stata trattenuta in decisione.

7. – Occorre preliminarmente esaminare l'eccezione d'inammissibilità sollevata dall'amministrazione resistente, secondo cui mancherebbe, nel caso di specie, l'interesse della società *Vivaio il Pineto* a ricorrere avverso il provvedimento di esclusione riguardante altre imprese concorrenti, posto che tale provvedimento lederebbe solo la posizione giuridica di queste ultime che, pertanto, sarebbero le sole legittimate a proporre la relativa impugnazione.

7.1. – L'eccezione è infondata.

7.2. – Com'è noto, nel giudizio amministrativo di legittimità, l'interesse a ricorrere viene identificato tenendo conto dell'utilità giuridica concreta che il soggetto ricorrente può conseguire dall'eventuale accoglimento dei vizi di legittimità proposti con il ricorso.

L'assunto è stato ribadito recentemente dal Consiglio di Stato, il quale ha osservato che, a tal fine, *«non rileva (...)che l'illegittima esclusione dalla gara di alcune imprese partecipanti vulneri innanzi tutto le imprese non ammesse, ben potendo le medesime non avere interesse a far valere giudizialmente tale vulnus ove il calcolo delle probabilità escluda che la riammissione in gara possa far loro conseguire una qualche utilitas. Al contrario, tale illegittimità, alla stregua di qualunque altra illegittimità dell'azione amministrativa, è spendibile dagli altri partecipanti alla gara per finalità processuale propria, ove abbia condizionato e direzionato in maniera non corretta l'esito della gara con lesione dell'interesse all'aggiudicazione in proprio favore della gara. Invero, è lo stesso meccanismo predisposto dalla legge per l'aggiudicazione secondo il criterio del massimo ribasso, che implica l'interesse dei partecipanti a far valere giudizialmente gli eventuali errori della stazione appaltante in ordine all'ammissione alla gara delle altre imprese, in quanto condizionanti l'esito della gara»* (Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2013, n. 4833).

7.3. – Nel caso di specie, il provvedimento di esclusione delle altre imprese concorrenti ha indubbiamente determinato una lesione della posizione giuridica in capo alla società ricorrente, ovvero dell'interesse all'aggiudicazione del contratto, posto che l'ammissione delle imprese escluse, alla luce del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso e del calcolo della soglia di rilevanza dell'anomalia, avrebbe determinato – nella prospettiva della ricorrente - un diverso esito della gara, che avrebbe visto vincitrice proprio la società ricorrente. Circostanza, questa, che la ricorrente si preoccupa di sorreggere mediante la simulazione della graduatoria che sarebbe scaturita ove le imprese sopra citate non fossero state escluse (cfr. all. 2 e 3, produzione documentale della ricorrente, graduatoria rielaborata inserendo nel calcolo i ribassi delle offerte

escluse); eventualità, peraltro, non specificamente contestata dal Comune resistente e dalla controinteressata.

Sussiste, quindi, l'interesse della società *Vivaio il Pineto* a far valere l'illegittimità dei provvedimenti di esclusione impugnati.

8. – Venendo al merito, la società ricorrente deduce i seguenti motivi:

- violazione e/o falsa applicazione della *lex specialis* del procedimento – eccesso di potere per sproporzione, illogicità ed irragionevolezza. Sviamiento. Ingiustizia manifesta;
- violazione del principio di non aggravamento del procedimento;
- violazione e/o falsa applicazione delle norme e dei principi in tema di pubbliche gare;
- violazione e/o falsa applicazione di legge per violazione dell'art. 46 del D. Lgs. 163/2006;
- illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione.

In particolare, la ricorrente lamenta l'illegittimità dell'esclusione delle imprese concorrenti sopra indicate in quanto la mancata allegazione all'offerta economica della fotocopia del documento d'identità non potrebbe in alcun modo costituire una causa di esclusione, a ciò ostando il principio di tassatività delle cause di esclusione, posto dall'art. 46, comma 1-*bis*, del Codice dei contratti pubblici, nonché altri principi generali sottesi alla disciplina sulle procedure ad evidenza pubblica, quale il principio del *favor participationis* e quello di non aggravamento del procedimento.

8.1. – Il ricorso è fondato.

8.2. – Occorre rilevare, in primo luogo, che dalle previsioni contenute nella *lex specialis* di gara (cfr. le pagg. 17 e 18 del bando, all. n. 6 della produzione documentale dell'amministrazione resistente) non emerge, in termini chiari e inequivoci, l'onere formale che ha dato causa all'esclusione delle imprese di cui sopra. Per un verso, infatti, le prescrizioni del bando non impongono (a pena di esclusione) l'allegazione del documento d'identità all'offerta economica; per altro verso, poi, con riguardo alla documentazione da inserire nel plico relativo all'offerta economica, il bando pone esplicitamente il divieto di inserire altri documenti, diversi dall'offerta stessa.

Anche il rinvio, operato dalle disposizioni del bando in questione, all'"*Allegato D: dichiarazione offerta*" (contenente il modulo da utilizzare per formulare il ribasso percentuale offerto), non è decisivo al fine di giungere alle conclusioni fatte proprie dalla stazione appaltante, posto che il richiamo all'art. 38, comma 3, del D.P.R. 445/2000, ovvero all'onere di allegare all'offerta una fotocopia del documento d'identità del firmatario, non risulta assistito dalla espressa previsione dell'esclusione in caso di inadempimento.

8.4. - Deve, pertanto, concludersi che le clausole del bando sono state formulate in termini non univoci, tali da determinare un'ambiguità della *lex specialis* sul punto.

Ed è noto come il principio del *favor participationis* imponga che, nel dubbio, si opti per l'interpretazione della clausola ambigua che consenta la massima partecipazione alla gara degli operatori economici.

Pertanto, sussistendo un'obiettiva incertezza sulla necessità o meno di allegare all'offerta economica la fotocopia del documento d'identità, la stazione appaltante avrebbe dovuto considerare come non essenziale tale adempimento, per favorire la massima partecipazione delle imprese concorrenti; procedendo, se del caso, all'integrazione documentale ai sensi dell'art. 46, comma 1, del codice dei contratti pubblici.

9. - Sotto altro profilo, deve inoltre osservarsi che, seppure dalle disposizioni sopra richiamate potesse ricavarsi l'onere formale di cui trattasi, nondimeno l'esclusione sarebbe comunque illegittima, per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione.

L'art. 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici consente alle stazioni appaltanti di disporre l'esclusione, oltre che per violazione di prescrizioni normative, solo in ipotesi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienze dell'offerta.

Nell'ottica sostanzialistica adottata dal legislatore, che sottende chiaramente il principio generale della strumentalità delle forme, di cui quello del raggiungimento dello scopo costituisce un corollario, non c'è spazio per cause di esclusione connesse al mancato adempimento di obblighi formali, quando non sia in dubbio il contenuto o la provenienza soggettiva dell'offerta. Le clausole escludenti di tale tenore sarebbero, difatti, senz'altro nulle, ai sensi della norma citata.

In tal senso si è espresso recentemente, proprio con riferimento all'adempimento formale che viene qui in rilievo, il Consiglio di Stato, sez. VI, nell'ordinanza del 17 maggio 2013, n. 2681.

Nel rimettere all'esame dell'Adunanza Plenaria la questione in ordine alla legittimità delle *“clausole che impongono a pena di esclusione adempimenti documentali o formali privi di una base normativa espressa”*, per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, l'ordinanza accoglie l'indirizzo sostanzialista, escludendo la legittimità di tali clausole; e affermando come *“L'illegittimità scaturirebbe, a seconda della risoluzione che sarà fornita alle questioni rimesse, dalle seguenti motivazioni: o perché disposta in esecuzione di una disposizione del bando a sua volta illegittimo (che nel caso di specie è stata anche ritualmente impugnata); o perché disposta senza prima interloquire con il concorrente al fine di consentirgli di “sanare” l'irregolarità documentale, invitandolo a presentare la fotocopia del documento di identità mancante; o perché il vizio documentale doveva ritenersi sanato in applicazione del principio del raggiungimento dello scopo, atteso che lo scopo perseguito dall'Amministrazione mediante l'adempimento in questione (nella specie, la certezza circa la provenienza dell'offerta dal soggetto*

*che ne appariva sottoscrittore) risultava comunque realizzato (non essendo contestata l'attribuibilità dell'offerta al concorrente)".*

10. – Nel caso di specie, nonostante la mancata allegazione del documento d'identità all'offerta economica da parte delle imprese escluse, non sussiste alcun dubbio sulla provenienza soggettiva delle offerte, atteso che le fotocopie dei relativi documenti d'identità risultano comunque inserite nei plichi contenenti la documentazione amministrativa. Pertanto, lo scopo dell'obbligo formale in esame si deve considerare pienamente raggiunto.

12. – In conclusione, per le ragioni sopra esposte, il ricorso deve essere accolto, con il conseguente annullamento dell'impugnato provvedimento di esclusione.

13. – La disciplina delle spese di lite segue la soccombenza, nei termini di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la determinazione n. 153 del 18 settembre 2013, del Comune di Putifigari, nonché i provvedimenti di esclusione dalla gara delle offerte presentate dalle ditte: Vivai Ciaccio di Sciacca, Dafne s.r.l. di Monterotondo, Arte e Giardini di Cau Francesco di Sassari, Il Tempio dell'Edilizia s.r.l. di Montesilvano.

Condanna il Comune di Putifigari al pagamento delle spese a favore della ricorrente, liquidate in euro 2.000,00 (duemila), oltre accessori di legge e rifusione del contributo unificato.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/09/2014

IL SEGRETARIO

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