

E' legittima l'esclusione di un'impresa che, prelevando un modulo dal sito internet della Stazione Appaltante da utilizzare per la presentazione della propria offerta, lo ha stampato con il proprio logo? qualora venga richiesto un determinato fatturato per

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

L'esclusione non appare motivata in quanto la pubblicità della gara in questione attraverso internet, compresa la relativa modulistica, e l'assenza di una disposizione che escludesse il ricorso alla modulistica stampata per tale via fa comprendere che elemento decisivo al fine della partecipazione alla gara non era il modulo di domanda inteso in senso fisico, vale a dire quello cartaceo allegato al Prospetto Informativo disponibile presso la stazione appaltante, ma il modulo di domanda comunque predisposto, anche facendo ricorso, magari, all'uso della penna purché predisposto secondo le indicazioni puntuali contenute nel fac simile sicché, relativamente a tale punto, si rivela del tutto irragionevole l'interpretazione resa dalla stazione appaltante. Poiché le disposizioni di gara indicano quali destinatari dei precedenti servizi svolti un'amministrazione dello Stato anche ad ordinamento autonomo o un ente pubblico o privato non economico senza precisare se i servizi svolti sono il frutto di un'assegnazione a seguito di pubblica gara o, invece, frutto di affidamento in subappalto dando in tal modo rilievo alla circostanza dell'esperienza maturata in un ambito determinato, va ammessa l'impresa che ha svolto il servizio in subappalto

Merita di essere segnalata la sentenza numero 2920 dell' 8 aprile 2008 emessa dal Tar Lazio, Roma

<Tuttavia, nel caso in esame, non soltanto non ritiene applicabile l'orientamento appena espresso, ma nemmeno quello secondo cui: "La verifica della regolarità della documentazione rispetto alle norme del bando e del capitolato in una gara di appalto non va condotta con lo spirito della caccia all'errore, ma

tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento in favore della semplificazione e del divieto di aggravamento degli oneri burocratici. La portata delle singole clausole che comminano l'esclusione in termini generali e onnicomprensivi va valutata alla stregua dell'interesse che la norma violata è destinata a presidiare, per cui, ove non sia ravvisabile la lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante, va accordata la preferenza al favor participationis con applicazione del principio, di derivazione comunitaria e rilevante anche nell'ordinamento interno, di sanabilità delle irregolarità formali con conseguente attenuazione del rilievo delle prescrizioni formali della procedura concorsuale. (T.A.R. Calabria Reggio Calabria, 1 dicembre 2005, n. 2088).

Limitando, per ora, l'esame alle pretese irregolarità formali deve, infatti, rilevare che l'AIFA si è attenuta ad un'interpretazione formale che si potrebbe definire di "superficie" destinata a cedere appena si procede ad un minimo approfondimento.

Le società ricorrenti, infatti, non hanno utilizzato il modulo di domanda allegato al Prospetto Informativo nel senso che non si sono avvalse del cartaceo ma hanno utilizzato lo stesso modulo estraendolo dal sito on line.

Hanno, pertanto, utilizzato un cartaceo diverso da quello reperibile direttamente presso gli uffici dell'AIFA ma lo stesso modulo quanto ai contenuti.

Di nessun peso, nel senso che non serve a cambiare la situazione esposta, la circostanza che il modulo recuperato on line sia stato stampato su carta intestata delle imprese partecipanti al raggruppamento atteso che tale indicazione non è destinata a svolgere alcun ruolo all'interno della gara rivelandosi, in ogni caso, il partecipante attraverso la semplice sottoscrizione della domanda direttamente presentata alla stazione appaltante.

La pubblicità della gara in questione attraverso internet, compresa la relativa modulistica, e l'assenza di una disposizione che escludesse il ricorso alla modulistica stampata per tale via fa comprendere che elemento decisivo al fine della partecipazione alla gara non era il modulo di domanda inteso in senso fisico, vale a dire quello cartaceo allegato al Prospetto Informativo disponibile presso la stazione appaltante, ma il modulo di domanda comunque predisposto, anche facendo ricorso, magari, all'uso della

penna purché predisposto secondo le indicazioni puntuali contenute nel fac simile sicché, relativamente a tale punto, si rivela del tutto irragionevole l'interpretazione resa dalla stazione appaltante>

Ma non solo

< Da disattendere anche la contestazione dell'omessa allegazione di un elenco aggiuntivo delle sedi secondarie delle imprese partecipanti alla gara richiesto nel caso in cui le stesse non rientrassero negli appositi spazi previsti nel modulo di domanda.

Alcune delle imprese del raggruppamento ricorrente hanno incorporato tali indicazioni nel modulo di domanda utilizzando spazi diversi da quelli prefigurati.

Ora se si considera che nel bando di gara la previsione dell'elenco su un foglio a sé stante si aggiunge a quella dell'indicazione delle sedi periferiche nel modulo di domanda (nel caso di spazio disponibile) si deve dedurre che la ragione dell'esclusione è nella non prevista incorporazione di tali indicazioni nel modulo di domanda, vale a dire in un'operazione che non viene espressamente sanzionata con l'esclusione dalla gara e, quel che più conta, che non rivela alcuna valida ragione per disporre nel senso contestato.

La rilevata discrepanza poteva, tutt'al più, assumere il ruolo di una mera irregolarità ma non giustificare la grave sanzione dell'esclusione dalla gara rispetto alla quale trova, in ogni caso, applicazione il principio del "favor participationis" ispirato dall'esigenza di assicurare la più ampia partecipazione di concorrenti per una migliore scelta in favore dell'amministrazione pubblica.

Mere irregolarità e non certo cause di esclusione si rivelano poi la contestata utilizzazione "saltuaria e non

rituale del testo in grassetto come metodo di compilazione” la mancata indicazione del paragrafo sub 2 di riferimento e l’alterato ordine di composizione e rimozione totale dei paragrafi C, D ed E (peraltro indicati come compilati) pure contestati dalla stazione appaltante.

Di nessun rilievo la contestata utilizzazione del grassetto come metodo di scrittura mentre per quanto concerne la tabella sub 2, ancora una volta il Collegio deve rilevare che la contestazione mossa dall’AIFA rivela un vero fraintendimento delle prescrizioni della procedura di gara atteso che la sanzione dell’esclusione, erroneamente applicata, riguarda la mancata allegazione della tabella richiesta e non l’omessa indicazione dell’enumerazione, sub 2, di riferimento alla medesima tabella.

Da disattendere, infine, anche la contestata alterazione del testo della domanda di partecipazione per alterazione dell’originale>

Inoltre in merito alla dimostrazione dei requisiti di ordine speciale, è opportuno segnalare che:

< Prevede, infatti, la lettera D del punto III. 2.2, riguardante la capacità economica e finanziaria delle imprese partecipanti alla gara, che le stesse devono dimostrare di aver conseguito nel triennio 2004/06 un volume di affari per la gestione dei corsi di formazione a distanza agli operatori sanitari, nell’ambito ALFAQUALTERco sanitario, nei confronti delle amministrazioni dello Stato anche ad ordinamento autonomo e di enti pubblici/privati non economici.

La disposizione indica il soggetto destinatario dei corsi che deve essere un’amministrazione dello Stato anche ad ordinamento autonomo o un ente pubblico o privato non economico senza precisare se i corsi svolti sono il frutto di un’assegnazione a seguito di pubblica gara o, invece, frutto di affidamento in subappalto dando in tal modo rilievo alla circostanza dell’esperienza maturata in un ambito determinato.

Poiché questo è ciò che è avvenuto nel caso di specie nel senso che l’ALFAQUALTER, a seguito di sub appalto, ha svolto corsi di formazione a distanza in favore dell’ASI e dell’Università La Sapienza, ne

consegue che il requisito prescritto non può essere ritenuto mancante e questo anche a trascurare la recente giurisprudenza richiamata dalla ricorrente a dimostrazione della fondatezza dell'assunto appena descritto>

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 2920 dell' 8 aprile 2008 emessa dal Tar Lazio, Roma

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio- Sede di Roma -Sezione III quater

composto dai seguenti magistrati:

Dr. Mario Di Giuseppe - Presidente

Dr. Linda Sandulli - Consigliere relatore

Dr. Umberto Realfonzo - Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 7942 del 2007 proposto dalla ALFA srl in proprio e quale mandataria dell'ATI con la ALFABIS Communications spa; la ALFATERs srl; la ALFAQUALTER Services spa e la ALFAQUALTER ALFABIS srl, rappresentate e difese dagli avvocati Paolo Grandi, Marco Lancieri e Maurizio Corain ed elettivamente domiciliate presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Via Ludovisi 16;

CONTRO

L'Agenzia Italiana del Farmaco e il Ministero della Salute, ciascuno in persona del rappresentante legale in carica, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, per legge domiciliati presso la sede legale di quest'ultima in Roma Via dei Portoghesi 12;

nonché nei confronti della Società a r.l. BETA, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Stefania Masini e Giovanni C. Sciacca presso il cui studio in Roma, Via della Vite 7, è elettivamente domiciliata;

GAMMA s.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della determinazione di esclusione dalla gara indetta dall'Agenzia Italiana del Farmaco per l'affidamento dell'appalto concernente i "Servizi relativi ai corsi di formazione a distanza destinati ad operatori sanitari,

suddiviso in tre lotti” contenuta nel documento “prospetto dei criteri di selezione delle ditte partecipanti” al paragrafo 3 “Valutazione delle domande di partecipazione / autocertificazione” a firma del responsabile del procedimento; dei provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e/ o definitiva nel frattempo intervenuti compreso l’eventuale contratto di appalto;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti della causa;

Nominato relatore all’Udienza Pubblica del 26 marzo 2008 il consigliere dr. Linda Sandulli e sentiti gli avvocati come da verbale d’udienza ;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato il 10 settembre 2007 e depositato il 25 successivo la società ALFA in proprio e quale mandataria dell’ATI costituenda con le società indicate in epigrafe impugna l’esclusione dalla gara indetta dall’AIFA per l’aggiudicazione dei corsi di formazione a distanza destinati ad operatori sanitari motivata dall’inosservanza di una serie di prescrizioni formali nella compilazione del modulo di partecipazione nonché dalla mancanza del possesso del requisito del volume di affari conseguito nel triennio 2004/06.

Deduce i sottoindicati motivi:

Violazione e falsa applicazione del punto III. 2.1) del bando di gara nonché dei paragrafi 3.2 e 7 del

Prospetto Informativo; eccesso di potere per totale travisamento dei presupposti; manifesta illogicità ed irragionevolezza; violazione dei principi di buon andamento, imparzialità e proporzionalità; ingiustizia manifesta.

Violazione e falsa applicazione della lex specialis (punto 7 del Prospetto Informativo ed allegato A , pagina 6, eccesso di potere per totale travisamento dei presupposti; manifesta illogicità ed irragionevolezza; violazione dei principi di buon andamento, imparzialità e proporzionalità; ingiustizia manifesta.

Violazione e falsa applicazione della lex specialis; eccesso di potere per palese carenza e travisamento dei presupposti; manifesta illogicità ed irragionevolezza; violazione dei principi di buon andamento, imparzialità e proporzionalità; ingiustizia manifesta.

Violazione e falsa applicazione della lex specialis, eccesso di potere per totale travisamento e carenza dei presupposti; illogicità ed irragionevolezza; violazione dei principi di buon andamento, imparzialità e proporzionalità; ingiustizia manifesta.

Difetto di motivazione; Violazione e falsa applicazione della lex specialis (punto III. 2.2), lettera D del bando di gara; paragrafo 3.2. lettera j) del Prospetto Informativo; violazione e falsa applicazione dei principi generali in materia di qualificazione e requisiti di capacità economica e finanziarie delle gare pubbliche; eccesso di potere per travisamento dei presupposti; illogicità.

Con atto del 10 gennaio 2008 la ricorrente ha espressamente impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva proponendo motivi aggiunti con i quali ha dedotto i seguenti vizi:

Violazione e falsa applicazione del punto III. 2.1) del bando di gara nonché dei paragrafi 3.2 e 7 del Prospetto Informativo; eccesso di potere per totale travisamento dei presupposti; manifesta illogicità ed irragionevolezza; violazione dei principi di buon andamento, imparzialità e proporzionalità; ingiustizia manifesta. Illegittimità derivata.

Violazione e falsa applicazione della lex specialis (punto 7 del Prospetto Informativo ed allegato A , pagina 6, eccesso di potere per totale travisamento dei presupposti; manifesta illogicità ed irragionevolezza; violazione dei principi di buon andamento, imparzialità e proporzionalità; ingiustizia manifesta.. Illegittimità derivata.

Violazione e falsa applicazione della lex specialis; eccesso di potere per palese carenza e travisamento dei presupposti; manifesta illogicità ed irragionevolezza; violazione dei principi di buon andamento, imparzialità e proporzionalità; ingiustizia manifesta. Illegittimità derivata.

Violazione e falsa applicazione della lex specialis, eccesso di potere per totale travisamento e carenza dei

presupposti; illogicità ed irragionevolezza; violazione dei principi di buon andamento, imparzialità e proporzionalità; ingiustizia manifesta. Illegittimità derivata.

Difetto di motivazione; Violazione e falsa applicazione della lex specialis (punto III. 2.2), lettera D del bando di gara; paragrafo 3.2. lettera j) del Prospetto Informativo; violazione e falsa applicazione dei principi generali in materia di qualificazione e requisiti di capacità economica e finanziarie delle gare pubbliche; eccesso di potere per travisamento dei presupposti; illogicità. Illogicità derivata.

Con atto del 22 gennaio 2008 la società ricorrente ha proposto i sottoindicati ulteriori motivi aggiunti:

Violazione dell'articolo 78 del D.Lgs. n. 163 del 2006; violazione dei generali principi di pubblicità, trasparenza amministrativa, di imparzialità e buon andamento della P.A. ; illegittimità derivata.

Violazione dei principi in materia di pubbliche gare sotto ulteriore profilo; violazione dei principi di pubblicità, trasparenza, buon andamento e imparzialità; illegittimità derivata.

Violazione del generale principio di pubblicità delle sedute di gara; illegittimità derivata

Si sono costituite in giudizio l'Amministrazione intimata e la controinteressata che hanno controdedotto alle argomentazioni della ricorrente e chiesto il rigetto del gravame.

All'udienza del 26 marzo 2008 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Prima di esaminare le molteplici censure sollevate dal raggruppamento ricorrente, il Collegio ritiene utile richiamare le prescrizioni che l'AIFA ha considerato inosservate, vale a dire quelle contenute nel punto III. 2.1 del bando di gara e nei paragrafi 3.2 e 7 del Prospetto Informativo, in ragione delle quali ha escluso dalla gara indicata in epigrafe il medesimo raggruppamento di imprese.

Si prevede in tali disposizioni che: "Saranno invitati a partecipare...i concorrenti che ne facciano domanda

utilizzando a pena di esclusione il modulo “Domanda di partecipazione / autocertificazione” allegato al prospetto informativo e che dichiarino nelle forme di cui al dPR n. 445 del 28 dicembre 2000 e documentino ...” .

Ritenendo violata la prescrizione appena esposta l’AIFA ha escluso le imprese del raggruppamento ricorrente a causa della mancata utilizzazione del modulo di domanda di cui all’allegato A al Prospetto Informativo ed, inoltre, perché non è stata riportata sulla fotocopia del documento di identità l’indicazione “sub 1” da parte della società ALFA; perché alcune società del raggruppamento anziché allegare l’elenco aggiuntivo delle sedi secondarie dell’azienda, non rientranti negli spazi appositamente previsti nel modulo di domanda, hanno inserito n. 5 sottoparagrafi e non hanno riportato sulla fotocopia del documento l’indicazione sub1; a causa dell’utilizzazione, in modo saltuario, del grassetto; per mancata indicazione del paragrafo di riferimento dell’allegato sub 2; per alterazione dell’originale ordine di composizione e rimozione totale dei paragrafi C, D ed E; ed, infine, perché i corsi di formazione a distanza eseguiti da talune delle imprese del raggruppamento non possono essere considerati validi ai fini del loro computo nella categoria dei corsi FAD forniti dalla p.a.”

La lunga esposizione delle pretese irregolarità dà conto del fatto che l’esclusione si fonda in larga parte sull’inosservanza di dati formali e solo per un unico motivo su un elemento di natura sostanziale, quello del non possesso del “volume di affari” desunto dalla non valutazione dei corsi a distanza effettuati per conto di società private.

Ora sa bene il Collegio che “...la portata vincolante delle prescrizioni contenute nella lex specialis della gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, con la conseguenza che, qualora sia comminata espressamente l'esclusione in conseguenza della violazione di prescrizioni univoche, l'amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tale previsione. (T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 15 marzo 2007, n. 2206).

E a tale orientamento si è sempre adeguato ritenendo di doverlo condividere incondizionatamente in quanto posto a presidio della par condicio tra i concorrenti e coerente con l’obbligo di trasparenza cui è tenuta la pubblica amministrazione.

Tuttavia, nel caso in esame, non soltanto non ritiene applicabile l'orientamento appena espresso, ma nemmeno quello secondo cui: "La verifica della regolarità della documentazione rispetto alle norme del bando e del capitolato in una gara di appalto non va condotta con lo spirito della caccia all'errore, ma tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento in favore della semplificazione e del divieto di aggravamento degli oneri burocratici. La portata delle singole clausole che comminano l'esclusione in termini generali e onnicomprensivi va valutata alla stregua dell'interesse che la norma violata è destinata a presidiare, per cui, ove non sia ravvisabile la lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante, va accordata la preferenza al favor participationis con applicazione del principio, di derivazione comunitaria e rilevante anche nell'ordinamento interno, di sanabilità delle irregolarità formali con conseguente attenuazione del rilievo delle prescrizioni formali della procedura concorsuale. (T.A.R. Calabria Reggio Calabria, 1 dicembre 2005, n. 2088).

Limitando, per ora, l'esame alle pretese irregolarità formali deve, infatti, rilevare che l'AIFA si è attenuta ad un'interpretazione formale che si potrebbe definire di "superficie" destinata a cedere appena si procede ad un minimo approfondimento.

Le società ricorrenti, infatti, non hanno utilizzato il modulo di domanda allegato al Prospetto Informativo nel senso che non si sono avvalse del cartaceo ma hanno utilizzato lo stesso modulo estraendolo dal sito on line.

Hanno, pertanto, utilizzato un cartaceo diverso da quello reperibile direttamente presso gli uffici dell'AIFA ma lo stesso modulo quanto ai contenuti.

Di nessun peso, nel senso che non serve a cambiare la situazione esposta, la circostanza che il modulo recuperato on line sia stato stampato su carta intestata delle imprese partecipanti al raggruppamento atteso che tale indicazione non è destinata a svolgere alcun ruolo all'interno della gara rivelandosi, in ogni caso, il partecipante attraverso la semplice sottoscrizione della domanda direttamente presentata alla stazione appaltante.

La pubblicità della gara in questione attraverso internet, compresa la relativa modulistica, e l'assenza di una disposizione che escludesse il ricorso alla modulistica stampata per tale via fa comprendere che

elemento decisivo al fine della partecipazione alla gara non era il modulo di domanda inteso in senso fisico, vale a dire quello cartaceo allegato al Prospetto Informativo disponibile presso la stazione appaltante, ma il modulo di domanda comunque predisposto, anche facendo ricorso, magari, all'uso della penna purché predisposto secondo le indicazioni puntuali contenute nel fac simile sicché, relativamente a tale punto, si rivela del tutto irragionevole l'interpretazione resa dalla stazione appaltante.

Altrettanto irragionevole l'altro motivo di pretesa irregolarità della domanda indicato dalla stazione appaltante, vale a dire quello relativo all'omessa apposizione dell'indicazione "sub 1" sulla fotocopia del documento di identità del legale rappresentante delle società ALFA, ALFATERs, ALFAQUALTER e ALFAQUALTER ALFABIS.

Anche in questo caso vi è una fuorviante interpretazione della prescrizione del bando di gara nella quale si stabilisce che l'impresa partecipante deve "allegare, a pena di esclusione: sub 1 fotocopia del documento di identità ...", intendendo con il sub 1 procedere ad un'enumerazione di ciò che occorre allegare, a pena di esclusione, che, nel caso di specie è la fotocopia del documento di identità, quello che consente l'identificazione del soggetto così come prescrive il DPR 445 del 2000 e non certo l'enumerazione stessa che serve a disporre secondo un determinato ordine i documenti richiesti.

Da disattendere anche la contestazione dell'omessa allegazione di un elenco aggiuntivo delle sedi secondarie delle imprese partecipanti alla gara richiesto nel caso in cui le stesse non rientrassero negli appositi spazi previsti nel modulo di domanda.

Alcune delle imprese del raggruppamento ricorrente hanno incorporato tali indicazioni nel modulo di domanda utilizzando spazi diversi da quelli prefigurati.

Ora se si considera che nel bando di gara la previsione dell'elenco su un foglio a sé stante si aggiunge a quella dell'indicazione delle sedi periferiche nel modulo di domanda (nel caso di spazio disponibile) si deve dedurre che la ragione dell'esclusione è nella non prevista incorporazione di tali indicazioni nel modulo di domanda, vale a dire in un'operazione che non viene espressamente sanzionata con l'esclusione dalla gara e, quel che più conta, che non rivela alcuna valida ragione per disporre nel senso contestato.

La rilevata discrepanza poteva, tutt'al più, assumere il ruolo di una mera irregolarità ma non giustificare la grave sanzione dell'esclusione dalla gara rispetto alla quale trova, in ogni caso, applicazione il principio del "favor participationis" ispirato dall'esigenza di assicurare la più ampia partecipazione di concorrenti per una migliore scelta in favore dell'amministrazione pubblica.

Mere irregolarità e non certe cause di esclusione si rivelano poi la contestata utilizzazione "saltuaria e non rituale del testo in grassetto come metodo di compilazione" la mancata indicazione del paragrafo sub 2 di riferimento e l'alterato ordine di composizione e rimozione totale dei paragrafi C, D ed E (peraltro indicati come compilati) pure contestati dalla stazione appaltante.

Di nessun rilievo la contestata utilizzazione del grassetto come metodo di scrittura mentre per quanto concerne la tabella sub 2, ancora una volta il Collegio deve rilevare che la contestazione mossa dall'AIFA rivela un vero fraintendimento delle prescrizioni della procedura di gara atteso che la sanzione dell'esclusione, erroneamente applicata, riguarda la mancata allegazione della tabella richiesta e non l'omessa indicazione dell'enumerazione, sub 2, di riferimento alla medesima tabella.

Da disattendere, infine, anche la contestata alterazione del testo della domanda di partecipazione per alterazione dell'originale ordine e rimozione totale dei paragrafi C, D ed E.

Premesso che l'eventuale erronea successione delle lettere può essere ritenuta, al più, una mera irregolarità, deve osservarsi, in ogni caso, che alla cancellazione delle lettere C, D ed E non è corrisposta la cancellazione, la mancata compilazione o l'alterazione dei paragrafi e che le dichiarazioni e gli elementi richiesti risultano, nella specie, forniti.

Ancora un volta, pertanto, si fa riferimento ad una interpretazione meramente formalistica.

Le argomentazioni svolte fino ad ora comportano l'accoglimento dei primi quattro motivi di ricorso e dei

primi quattro motivi dei primi motivi aggiunti, incentrati sulle medesime argomentazioni svolte con il ricorso introduttivo e sollevati per illegittimità derivata dell'atto di aggiudicazione gravato.

Va ora esaminato il quinto motivo di gravame unitamente al quinto motivo dei primi motivi aggiunti con il quale è stato dedotto il difetto di motivazione e la violazione e falsa applicazione della lex specialis (punto III. 2.2), lettera D del bando di gara; paragrafo 3.2. lettera j) del Prospetto Informativo oltre alla violazione e falsa applicazione dei principi generali in materia di qualificazione e requisiti di capacità economica e finanziarie delle gare pubbliche e l'eccesso di potere per travisamento dei presupposti ed illogicità.

L'unico motivo sostanziale di esclusione oltre a quelli, meramente formali, fino ad ora esaminati riguarda la mancata valutazione dei corsi di preparazione a distanza eseguiti dalla ALFAQUALTER per conto della T. Italia spa, in favore dell'Università di Roma "La Sapienza" e dell'Agenzia Spaziale Italiana rispetto ai quali la stazione appaltante si limita ad affermare che "non possono essere considerati validi ai fini del loro computo nella categoria dei corsi FAD forniti alla Pubblica Amministrazione".

Il motivo di esclusione sarebbe rinvenibile nella mancanza del requisito concernente "il volume di affari conseguito nel triennio 2004-06" ma non spiegherebbe le ragioni per le quali i corsi svolti non potrebbero essere considerati a tale fine.

Nel tentativo di ricostruzione dell'iter logico seguito dall'AIFA la ricorrente assume che, verosimilmente, la ragione della mancata considerazione dei corsi svolti dall'ALFAQUALTER risiederebbe, secondo quanto ritenuto dall'AIFA, nella considerazione che i corsi forniti all'Università degli Studi La Sapienza e all'ASI non sarebbero stati forniti direttamente ma attraverso la T. Italia.

La censura è fondata sotto entrambi i profili.

Il difetto di motivazione è rilevabile dalla stessa difficoltà di ricostruzione dell'iter logico seguito dalla stazione appaltante che viene affidato ad un'ipotesi, ma anche la motivazione ricostruita si rivela infondata.

Prevede, infatti, la lettera D del punto III. 2.2, riguardante la capacità economica e finanziaria delle imprese partecipanti alla gara, che le stesse devono dimostrare di aver conseguito nel triennio 2004/06 un volume di affari per la gestione dei corsi di formazione a distanza agli operatori sanitari, nell'ambito ALFAQUALTERco sanitario, nei confronti delle amministrazioni dello Stato anche ad ordinamento autonomo e di enti pubblici/privati non economici.

La disposizione indica il soggetto destinatario dei corsi che deve essere un'amministrazione dello Stato anche ad ordinamento autonomo o un ente pubblico o privato non economico senza precisare se i corsi svolti sono il frutto di un'assegnazione a seguito di pubblica gara o, invece, frutto di affidamento in subappalto dando in tal modo rilievo alla circostanza dell'esperienza maturata in un ambito determinato.

Poiché questo è ciò che è avvenuto nel caso di specie nel senso che l'ALFAQUALTER, a seguito di sub appalto, ha svolto corsi di formazione a distanza in favore dell'ASI e dell'Università La Sapienza, ne consegue che il requisito prescritto non può essere ritenuto mancante e questo anche a trascurare la recente giurisprudenza richiamata dalla ricorrente a dimostrazione della fondatezza dell'assunto appena descritto.

Accertata l'illegittimità dell'esclusione dalla gara per cui è causa del raggruppamento ricorrente, il quale, pertanto, ha titolo a dolersi della gara in quanto legittimo aspirante a parteciparvi, devono ora essere esaminati gli ultimi motivi aggiunti con i quali nel caso di accoglimento si arriverebbe al travolgimento dell'intera procedura di gara.

Con il primo di essi il raggruppamento ricorrente lamenta la violazione dell'articolo 78 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e dei principi generali in materia di gare pubbliche e di pubblicità e trasparenza e imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione laddove ha rilevato, in occasione della lettura degli atti di gara ottenuti a seguito di accesso, che la prima fase della procedura della gara, finalizzata alla selezione dei candidati sotto il profilo della regolarità formale della documentazione presentata, si è svolta in data 28 maggio 2007 ma che di essa non esiste verbale ma "un mero atto interno", nemmeno firmato, che non è imputabile alla commissione esaminatrice.

Ha appreso, cioè, che la prima fase della procedura ristretta non è stata condotta dalla commissione giudicatrice ma direttamente dalla stazione appaltante, ragione per la quale mancherebbe il verbale.

A tale riguardo il Collegio richiama l'articolo 84, comma 10, del D. Lgs. n. 163 del 2006 nel quale si precisa che la commissione deve essere nominata dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

E la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, nel caso in esame, è l'11 giugno 2007 sicché prima di tale data la commissione non poteva essere nominata e quindi non poteva insediarsi.

Rileva, altresì, che dalle informazioni contenute nel bando di gara, risulta previsto che dopo un primo esame delle domande, la stazione appaltante avrebbe provveduto ad inviare il capitolato ed il bando di gara unitamente alla lettera di invito soltanto a coloro che erano ritenuti in regola i quali avrebbero pertanto, potuto produrre la propria offerta.

Conseguentemente, dalla lettura congiunta dell'articolo 84, comma 10 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e delle informazioni contenute nel bando di gara si desume che la valutazione della documentazione prodotta a tale scopo, vale a dire al fine dell'ammissione alla presentazione dell'offerta, non poteva che essere condotta da organo diverso dalla commissione aggiudicatrice, inesistente, vale a dire dagli uffici della Stazione appaltante i quali non erano tenuti a predisporre un verbale come di regola avviene nel caso dell'operato di un organo collegiale, ma a provvedere attraverso l'adozione di atti capaci di dare conto delle determinazioni assunte.

Di tale fase dei lavori, del resto, è stata la stessa commissione esaminatrice a dare atto nel verbale del suo insediamento del 18 giugno 2007 intervenuta dopo la scadenza del termine dell'11 giugno 2007 stabilito per la presentazione delle offerte.

Non si condivide l'impostazione del raggruppamento ricorrente tendente a ricondurre alle medesime regole che contraddistinguono i lavori di una commissione le determinazioni assunte da un ufficio amministrativo.

Mentre nel primo caso lo svolgimento dei lavori deve essere assistito dalla verbalizzazione che serve a dar conto, puntualmente, del modo di procedere di detto organo collegiale, che "parla" quindi per esso, nel secondo caso sono le determinazioni assunte dagli uffici della pubblica amministrazione a "parlare" per l'amministrazione agente e queste devono contenere l'indicazione della ragione per la quale la stessa amministrazione si è determinata in un certo senso, al fine di consentire la ricostruzione dell'iter logico seguito e permettere l'eventuale reazione da parte del soggetto che si sente leso.

Nel caso in esame tale provvedimento esiste ed è quello di esclusione che contiene l'indicazione delle ragioni formali per le quali è stato adottato e che è stato gravato dal raggruppamento ricorrente con il ricorso principale ed i primi motivi aggiunti esaminati.

La censura si rivela, pertanto, infondata così come infondata si rivela la pretesa nullità del resoconto sulla esclusione e ammissione degli altri candidati, non sottoscritto dal responsabile dell'ufficio operante

Il resoconto al quale l'Amministrazione ha fatto riferimento assume la valenza di un appunto privo di qualunque valore autoritativo mentre è l'atto di esclusione e le ragioni in esso contenute ad esprimere la volontà dell'Amministrazione e a dare conto del suo operato.

La ricostruzione ora operata esclude, anche, la fondatezza del terzo dei secondi motivi aggiunti con il quale, a proposito dell'esame condotto il 28 maggio 2007 sulla documentazione valutata ai fini dell'ammissione alla gara, viene lamentata la violazione del generale principio di pubblicità delle sedute di gara.

Secondo quanto riferito, infatti, la seduta di gara, intesa come seduta della commissione aggiudicatrice può ritenersi intervenuta solo a seguito della nomina e dell'insediamento della medesima vale a dire a

partire dal 18 giugno 2007, dopo la scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte, mentre in precedenza gli atti adottati dagli uffici sono provvedimenti amministrativi che soggiacciono alle generali regole dell'atto amministrativo delle quali va ricordato, in primis, l'obbligo di motivazione.

I secondi motivi aggiunti devono, pertanto, essere respinti,

Il ricorso deve, in ogni caso, essere accolto in ragione della fondatezza di tutti gli altri motivi di gravame e l'atto di esclusione del raggruppamento delle imprese ricorrenti, deve essere annullato.

Le spese di lite vengono complessivamente liquidate in € 3.000,00 e poste a carico delle due parti soccombenti, quella pubblica che dovrà provvedere per metà a carico di ciascuna, e quella privata che dovrà provveder per l'ulteriore metà.

PQM

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sede di Roma - Sezione III quater

Accoglie il ricorso proposto dalla ALFA srl in proprio e quale mandataria della costituenda ATI, meglio specificata in epigrafe e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna le amministrazioni costituite e la società BETA controinteressata, ciascuna per la parte liquidata in motivazione, al pagamento delle spese di lite in favore del raggruppamento ricorrente.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 26 marzo 2008

Dr. Mario Di Giuseppe - Presidente

Dr. Linda Sandulli
- Consigliere estensore

<https://www.diritto.it/e-legittima-l-esclusione-di-un-impresa-che-prelevando-un-modulo-dal-sito-internet-della-stazione-appaltante-da-utilizzare-per-la-presentazione-della-propria-offerta-lo-ha-stampato-con-il-proprio-lo/>