ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 21/09/2015

All'indirizzo http://www.diritto.it/docs/37360-la-carenza-e-le-irregolarit-cauzione-provvisoria-non-giustificano-esclusione-partecipante

Autore: Lazzini Sonia

La carenza e le irregolarità cauzione provvisoria non giustificano esclusione partecipante.

la carenza e le irregolarità della cauzione provvisoria non giustifichino l'esclusione della partecipante dalla gara, stante il principio di tassatività delle cause di esclusione codificato dall'art. 46 comma 1 bis d. lgs. n. 163/2006 (sentenza numero 8143 del 10 giugno 2015 pronunciata dal Tar Lazio, Roma)

.

Sonia Lazzini

ma impongano alla stazione appaltante di promuovere la regolarizzazione, ai sensi dei commi 1 e 1 ter della medesima disposizione, anche attraverso la produzione di una nuova cauzione (in questo senso Cons. Stato sez. IV n. 147/2015; Cons. Stato sez. V n. 3431/2014; TAR Sicilia - Catania n. 580/2015; TAR Piemonte n. 116/2015; TAR Lazio – Roma n. 11141/2014; TAR Campania – Napoli n. 4141/2014).

In merito, va rilevato che l'art. 75 d. lgs. n. 163/2006 non prevede l'esclusione per la mancanza ed i vizi della cauzione provvisoria a differenza di quanto stabilito dal comma 8 della medesima disposizione per la carenza dell'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto.

L'opzione ermeneutica in esame risulta, per altro, coerente con il principio del favor partecipationis posto dalla recente evoluzione normativa (si vedano i commi 2 bis dell'art. 38 e 1 ter dell'art. 46 d. lgs. n. 163/2006 introdotti dal d.l. n. 90/2014) a fondamento dell'ampliamento del perimetro applicativo del soccorso istruttorio.

Né può condividersi la tesi di parte resistente che giustifica l'esclusione in ragione della qualificazione della cauzione come "parte integrante dell'offerta" ad essa riconosciuta dalla giurisprudenza (A.P. n. 34/2014).

Ed, infatti, l'art. 46 comma 1 bis d. lgs. n. 163/2006 prevede l'esclusione non per ogni vizio del contenuto dell'offerta ma nei soli casi di "incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta" stessa.

N. 08143/2015 REG.PROV.COLL.

N. 03856/2015 REG.RIC.

N. 04140/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

Passando, poi, all'esame del ricorso principale presentato nell'ambito del giudizio n. 3856/15 R.G., il Tribunale ritiene che lo stesso sia fondato e debba essere accolto nei limiti di quanto in prosieguo specificato.

La ricorrente scarl impugna il provvedimento il 9 marzo 2015, con cui FS JIT Italia s.r.l. ha disposto l'esclusione della società dalla gara a procedura aperta, interamente gestita con sistemi telematici, per l'affidamento dei servizi di trasporto di documenti, pacchi e materiali, dei servizi di trasporto di mobili ed arredi e dei servizi accessori prevalentemente tra impianti/uffici delle società del Gruppo FS – CIG 6031791764, il verbale della seduta del 16 febbraio 2015 (in cui la commissione ha valutato la documentazione amministrativa della ricorrente), la nota trasmessa il 20 febbraio 2015 (con cui la commissione, ai sensi degli artt. 38 c. 2 bis e 46 c. 1 ter d. lgs. n. 163/2006, ha applicato la sanzione pecuniaria di euro 50 mila), i verbali della seduta del 26 febbraio 2015 (in cui la commissione ha proceduto all'esclusione), il disciplinare di gara (nella parte in cui, alla lettera h del paragrafo VI, prevede la mancata costituzione della **cauzione** provvisoria come causa di esclusione dalla gara), il verbale del 13 marzo 2015 (con cui è stato negato alla ricorrente l'accesso agli atti concernenti la posizione dell'altro partecipante) e gli atti con cui è stata indetta successivamente, ai sensi dell'art. 221 comma 1° lettera a) d. lgs. n. 163/2006, per l'affidamento dei medesimi servizi, la procedura negoziata n. 5968095 del 18 marzo 2015 e chiede, altresì, il risarcimento dei danni.

Con le prime due censure la ricorrente prospetta la nullità e, comunque, l'illegittimità del paragrafo VI lettera h) del disciplinare di gara (che prevede la sanzione espulsiva per la mancata costituzione della **cauzione** provvisoria) e dei conseguenti provvedimenti di esclusione per violazione del principio di tassatività e dell'obbligo di soccorso istruttorio previsti dall'art. 46 bis commi 1 e 1 bis d. lgs. n. 163/2006.

I motivi sono fondati.

Il Tribunale ritiene che la carenza e le irregolarità della **cauzione** provvisoria non giustifichino l'esclusione della partecipante dalla gara, stante il principio di tassatività delle cause di esclusione codificato dall'art. 46 comma 1 bis d. lgs. n. 163/2006, ma impongano alla stazione appaltante di promuovere la regolarizzazione, ai sensi dei commi 1 e 1 ter della medesima disposizione, anche attraverso la produzione di una nuova **cauzione** (in questo senso Cons. Stato sez. IV n. 147/2015; Cons. Stato sez. V n. 3431/2014; TAR Sicilia - Catania n. 580/2015; TAR Piemonte n. 116/2015; TAR Lazio – Roma n. 11141/2014; TAR Campania – Napoli n. 4141/2014).

In merito, va rilevato che l'art. 75 d. lgs. n. 163/2006 non prevede l'esclusione per la mancanza ed i vizi della **cauzione** provvisoria a differenza di quanto stabilito dal comma 8 della medesima disposizione per la carenza dell'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto.

L'opzione ermeneutica in esame risulta, per altro, coerente con il principio del favor partecipationis posto dalla recente evoluzione normativa (si vedano i commi 2 bis dell'art. 38 e 1 ter dell'art. 46 d. lgs. n. 163/2006 introdotti dal d.l. n. 90/2014) a fondamento dell'ampliamento del perimetro applicativo del soccorso istruttorio.

Né può condividersi la tesi di parte resistente che giustifica l'esclusione in ragione della qualificazione della **cauzione** come "parte integrante dell'offerta" ad essa riconosciuta dalla giurisprudenza (A.P. n. 34/2014).

Ed, infatti, l'art. 46 comma 1 bis d. lgs. n. 163/2006 prevede l'esclusione non per ogni vizio del contenuto dell'offerta ma nei soli casi di "incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta" stessa.

Deve, pertanto, rilevarsi che la mancanza o l'irregolarità della **cauzione** provvisoria, pur incidendo sul contenuto dell'offerta, non ne determina l'"l'incertezza assoluta" e ciò in ragione della funzione meramente accessoria riconosciuta alla stessa dalla medesima giurisprudenza invocata da parte resistente secondo cui la **cauzione** può essere ricondotta alla "caparra confirmatoria, sia perché è finalizzata a confermare la serietà di un impegno da assumere in futuro, sia perché tale qualificazione risulta la più coerente con l'esigenza, rilevante contabilmente, di non vulnerare l'amministrazione costringendola a pretendere il maggior danno…In definitiva e in sostanza, si tratta di una misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo nel senso proprio, che costituisce l'automatica conseguenza della violazione di regole e doveri contrattuali espressamente accettati" (A.P. n. 34/2014).

In nessun caso, pertanto, la **cauzione** provvisoria costituisce elemento strutturale essenziale la cui mancanza possa legittimare, ai sensi dell'art. 46 comma 1 bis d. lgs. n. 163/2006, l'esclusione dalla gara.

Né la sanzione espulsiva si giustifica in considerazione del ruolo che gli artt. 38 c. 2 bis e 46 c. 1 ter d. lgs. n. 163/2006, introdotti dal d.l. n. 90/2014, attribuiscono alla **cauzione** ai fini del pagamento della sanzione pecuniaria ivi prevista per la regolarizzazione.

Come ha avuto modo di precisare l'ANAC con la determinazione n. 1/2015 "la **cauzione** provvisoria costituisce garanzia del versamento della sanzione, non presupposto per la sua applicazione" di talchè la mancanza della stessa non osta all'irrogazione della sanzione (ma solo, eventualmente, alla

coercibilità della stessa) come avviene nelle procedure ristrette (ipotesi richiamata dalla stessa determinazione ANAC) o negli affidamenti in economia, dove la **cauzione** provvisoria non è obbligatoria non essendo espressione dei principi generali del codice applicabili agli affidamenti stessi in virtù del richiamo operato dall'art. 125 ultimo comma d. lgs. n. 163/2006 (in questo senso, tra le altre, TAR Lazio – Roma n. 551/2015)

Proprio in riferimento ai vizi della **cauzione** provvisoria con la determinazione n. 1/2015 (richiamata dalla stazione appaltante a fondamento della legittimità degli atti impugnati) l'ANAC ha avuto modo di precisare che "sulla questione incide il nuovo comma 1-ter dell'art. 46 del Codice, che sembra ammettere la sanatoria di omissioni o irregolarità anche in relazione alla presentazione della garanzia in parola, laddove la norma consente la sanabilità di ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi. È evidente che, alla luce della nuova disciplina dettata in tema di soccorso istruttorio, la mancanza della **cauzione** provvisoria reca con sé implicazioni problematiche in ordine all'applicazione della sanzione pecuniaria di cui al comma 2-bis dell'art. 38 del Codice, anche se va rilevato…che la prima costituisce semplicemente una garanzia in ordine al pagamento della seconda, e non anche una sua liquidazione preventiva e forfettaria… Pertanto, tenuto conto che il comma 1-ter dell'art. 46 cit. ora consente la sanatoria anche di elementi che devono essere prodotti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara (e la **cauzione** è un elemento da produrre a corredo dell'offerta in base alla legge), considerato che ai fini del pagamento della sanzione la **cauzione** costituisce solo una garanzia, la novella normativa trova applicazione anche con riferimento ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla **cauzione** provvisoria a condizione che quest'ultima sia stata già costituita alla data di presentazione dell'offerta e rispetti la previsione di cui all'art. 75, comma 5 del Codice, vale a dire decorra da tale data. Diversamente sarebbe alterata la parità di trattamento tra i concorrenti".

La determinazione dell'ANAC, pur partendo da premesse condivisibili, come quelle relative all'impatto della disciplina introdotta dal d.l. n. 90/2014 sul soccorso istruttorio (il cui ampliamento consente ora la regolarizzazione anche di dichiarazioni di soggetti terzi, quale è la **cauzione**) e alla funzione della **cauzione** (che costituisce mera garanzia e non presupposto di applicazione della sanzione pecuniaria), giunge, però, contraddittoriamente a distinguere tra l'ipotesi della mancanza della **cauzione** provvisoria (non sanabile pena la violazione del principio della par condicio) e tutte le altre fattispecie di carenza, irregolarità ed incompletezza della stessa (da ritenersi, invece, regolarizzabili).

In realtà la distinzione, tra fattispecie sanabili e non, risulta non coerente con le premesse richiamate dall'ANAC (l'esigenza del favor partecipationis vale, infatti, per tutte le ipotesi di non conformità della **cauzione** al parametro normativo vigente), non trova alcun supporto normativo ed è foriera di probabili incertezze sul piano applicativo.

A ciò si aggiunga che la violazione del canone della par condicio, paventata dall'ANAC e – nella fattispecie - dalla stazione appaltante, non può giustificare l'esclusione avendo il legislatore, con l'ampliamento dell'ambito applicativo del soccorso istruttorio, consapevolmente optato per la prevalenza del principio del favor partecipationis.

Solo per esigenza di completezza il Tribunale rileva che l'ANAC, dopo avere richiamato la violazione del principio della par condicio a fondamento dell'esclusione nel caso di mancata costituzione della

cauzione provvisoria, in altra parte della determina n. 1/2015 ammette la "regolarizzazione" delle domande di partecipazione e delle offerte prive di sottoscrizione (purchè, in fatto, riconducibili al concorrente) ovvero in ipotesi di carenze ben più gravi (la carenza della sottoscrizione preclude la stessa riferibilità dell'offerta) rispetto alla mancanza della **cauzione** provvisoria.

Da ultimo, la legittimità della clausola espulsiva non può nella fattispecie essere supportata nemmeno dal richiamo, operato dalla resistente, alla sentenza del Cons. Stato sez. V n. 278/2015 la quale, nel caso sottoposto al suo esame, ha giustificato l'esclusione in ragione della mancata impugnazione della clausola, presupposto che nell'ipotesi in questione non ricorre; la sentenza, per altro, concerne una procedura indetta in epoca antecedente all'entrata in vigore del d.l. n. 90/2014 e, comunque, dà espressamente atto dell'incompatibilità tra la disciplina dell'esclusione e il disposto dell'art. 75 d. lgs n. 163/2006.

Con la terza censura la ricorrente prospetta l'illegittimità della sanzione pecuniaria irrogata dalla stazione appaltante, ai sensi degli artt. 38 c. 2 bis e 46 c. 1 ter d. lgs. n. 163/2006, in quanto:

- le irregolarità riscontrate (mancata presentazione della **cauzione** e delle dichiarazioni della consorziata Geo Trasporti s.r.l.) non giustificherebbero la sanzione stessa;

- la **cauzione** originariamente presentata sarebbe conforme alle prescrizioni normative;

- il soccorso istruttorio sarebbe stato illegittimamente subordinato all'accertamento della legittimità della **cauzione**;

- la sanzione sarebbe stata irrogata nonostante la mancata fruizione del soccorso istruttorio.

Il motivo è inammissibile e infondato.

Va, innanzi tutto, rilevato che la **cauzione** originariamente presentata dalla ricorrente scarl con la domanda di partecipazione non è conforme ai requisiti prescritti dall'art. 75 d. lgs. n. 163/2006 e dal disciplinare di gara perché, come emerge dagli stessi chiarimenti resi dalla ricorrente con nota del 25 febbraio 2015 (allegato 9 alla memoria depositata da FS JIT Italia s.r.l. il 31 marzo 2015), l'intermediario che ha rilasciato la **cauzione** è iscritto nell'albo ex art. 155 d. lgs. n. 385/93 e non, come sarebbe stato necessario, ex art. 106 e, quindi, non è abilitato al rilascio di garanzie per la partecipazione a gare pubbliche (l'art. 155 citato e l'art. 13 d. l. n. 269/2003 autorizzano, infatti, i soggetti iscritti nell'albo a prestare "attività di garanzia collettiva dei fidi" con "l'utilizzazione di risorse provenienti in tutto o in parte dalle imprese consorziate o socie per la prestazione mutualistica e imprenditoriale di garanzie volte a favorirne il finanziamento da parte delle banche e degli altri soggetti operanti nel settore finanziario").

Deve, poi, essere evidenziato che, come emerge dalla documentazione depositata da FS JIT Italia s.r.l. in data 07/05/15, l'importo della sanzione è stato restituito alla ricorrente.

Alla luce della circostanza in esame la censura si presenta inammissibile, per difetto d'interesse, nella parte in cui deduce l'illegittimità dell'incameramento della sanzione nonostante l'avvenuta esclusione.

Anche ai fini della riedizione del potere amministrativo, il Tribunale rileva, poi, che gli ulteriori profili della censura sono infondati in quanto nella fattispecie la sanzione pecuniaria è coerente con il disposto dell'art. 46 c. 1 ter d. lgs. n. 163/2006 che ne prevede l'applicazione per potere beneficiare

del soccorso istruttorio in riferimento ad “ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara” nell’ambito delle quali è sicuramente riconducibile (senza alcuna valutazione circa l’essenzialità o meno dell’adempimento, non prevista dalla norma) la mancata prestazione della **cauzione** provvisoria prescritta dall’art. 75 d. lgs. n. 163/2006 e dal disciplinare di gara.

Con la quarta censura la ricorrente contesta la legittimità della comunicazione del 09/03/15 che, in violazione dell’art. 79 d. lgs. n. 163/2006, non recherebbe l’indicazione delle ragioni che hanno indotto la stazione appaltante a non aggiudicare la gara.

Il motivo è inammissibile per difetto d’interesse in quanto l’accoglimento delle prime due censure comporta l’annullamento dei gravati provvedimenti di esclusione e degli atti consequenziali tra cui la citata comunicazione del 09/03/15.

Con la quinta censura la ricorrente prospetta l’illegittimità della lettera d’invito alla gara a procedura negoziata CIG n. 6170623F2C del 18 marzo 2015 indetta ai sensi dell’art. 221 comma 1 lettera a) d. lgs. n. 163/2006 deducendo, tra l’altro, che la procedura sarebbe stata bandita sull’erroneo presupposto della mancata aggiudicazione della precedente gara, avente ad oggetto il medesimo servizio, per carenza di offerte appropriate (punto a della censura).

Il motivo, in parte qua, è fondato e deve essere accolto.

L’accertata illegittimità dell’esclusione della ricorrente scarl induce il Tribunale a ritenere, allo stato, insussistente il presupposto della mancanza di offerte appropriate, previsto dall’art. 221 comma 1° lettera a) d. lgs. n. 163/2006 e richiamato dalla stazione appaltante nell’atto d’indizione della nuova procedura (si veda il verbale della riunione del consiglio di amministrazione del 5 marzo 2015) e nella lettera d’invito del 18 marzo 2015 aventi ad oggetto il medesimo servizio.

Il motivo, per altro, contrariamente a quanto deduce FS JIT Italia s.r.l. (nella memoria conclusionale depositata il 31/03/15; si veda pag. 18), è ammissibile in quanto l’accoglimento dello stesso è indispensabile per l’annullamento degli atti della nuova procedura non potendosi nella fattispecie ipotizzare (come pretende la resistente) un effetto caducante.

La fondatezza della prima, seconda e quinta censura impongono l’accoglimento della domanda caducatoria formulata dalla ricorrente scarl nel giudizio n. 3856/15 R.G. e l’annullamento del disciplinare di gara, nella sola parte in cui prevede l’esclusione per i vizi concernenti la **cauzione** provvisoria, dei gravati provvedimenti di esclusione della ricorrente, degli atti consequenziali e dell’atto del 18 marzo 2015 d’indizione, ai sensi dell’art. 221 comma 1° lettera a) d. lgs. n. 163/2006, della nuova procedura di gara avente CIG 6170623F2C.

Ai fini dell’effetto conformativo derivante dalla presente sentenza il Tribunale evidenzia che la stazione appaltante sarà tenuta ad incamerare la sanzione pecuniaria e ad ammettere la ricorrente alla gara, previa definitiva acquisizione della **cauzione** provvisoria datata 25 febbraio 2015 o di altra **cauzione** ritenuta idonea, e, successivamente, a valutare espressamente l’esistenza, in capo alla ricorrente, dei requisiti soggettivi di partecipazione (e della presupposta configurabilità del c.d. consorzio stabile).

Deve, invece, essere respinta la domanda di risarcimento del danno proposta nelle conclusioni dell'atto introduttivo non avendo la ricorrente in alcun modo dimostrato l'esistenza e l'entità del pregiudizio patrimoniale dedotto.

La peculiarità (riconducibile alle novità normative e al non univoco orientamento giurisprudenziale in materia) della questione giuridica oggetto di causa, giustifica l'integrale compensazione delle spese processuali relative al giudizio n. 3856/15 R.G..

Per quanto concerne, poi, il ricorso n. 4140/15 R.G. il Tribunale ritiene che lo stesso sia infondato e debba essere respinto.

Con il ricorso n. 4140/15 R.G. la società Casa di Spedizione controinteressata Antonino fu Luigi s.a.s., in persona del socio accomandatario e legale rappresentante p.t. Giuseppe controinteressata , in proprio e quale mandataria del costituendo RTI (di seguito RTI controinteressata) con le mandanti controinteressata 2 di M_ & C. s.r.l., controinteressata 3 Logistica Ferroviaria s.r.l., controinteressata 4 Sergio Autotrasporti s.r.l. e Spedizionieri Associati controinteressata 5 & C. s.r.l., impugna la determina del 9 marzo 2015 (con la quale FS JIT Italia ha escluso il predetto RTI dalla medesima gara già oggetto del giudizio n. 3856/15 R.G.), il verbale della seduta riservata del 26 febbraio 2015 (in cui la commissione ha rilevato l'inammissibilità dell'offerta del RTI di cui è mandataria la società ricorrente), gli atti con cui è stata indetta successivamente, ai sensi dell'art. 221 comma 1° lettera a) d. lgs. n. 163/2006, per l'affidamento dei medesimi servizi, la procedura negoziata n. 5968095 del 18 marzo 2015 e la nota inviata a mezzo pec il 27/03/15 con la quale FS JIT Italia s.r.l., nel riscontrare il preavviso di ricorso ex art. 243 bis d. lgs. n. 163/2006, ha ritenuto non sussistenti i presupposti per annullare, in autotutela, il provvedimento di esclusione e chiede, altresì, il risarcimento dei danni.

Con la prima censura la società ricorrente prospetta l'illegittimità del provvedimento di esclusione in ragione della dedotta insussistenza del presupposto – ovvero la mancanza di un'univoca manifestazione di volontà negoziale – posto a base dello stesso; in questo senso, evidenzia che la stazione appaltante, in ossequio a quanto previsto dagli artt. 74 e 77 d. lgs. n. 163/2006, avrebbe dovuto tenere conto della sola offerta firmata digitalmente e, comunque, in applicazione del principio desumibile dall'art. 72 comma 2° r.d. n. 827/24, avrebbe dovuto considerare valida l'offerta più vantaggiosa per l'amministrazione.

Il motivo è inammissibile e infondato.

Dall'esame degli atti di gara emerge che:

- la stazione appaltante ha indetto una procedura aperta, "interamente gestita con sistemi telematici" (Premessa del disciplinare di gara) per l'affidamento dei servizi di trasporto di documenti, pacchi e materiali e dei servizi di trasporto di mobili ed arredi e dei servizi accessori prevalentemente tra impianti/uffici delle società del gruppo FS;

- il concorrente avrebbe dovuto registrarsi al sistema per la presentazione dell'offerta;

- l'offerta economica avrebbe dovuto recare, in cifre ed in lettere, il ribasso percentuale unico – con al massimo due decimali – sull'elenco dei prezzi posto a base di gara;

- “per rendere visibile a FS JIT la documentazione allegata al Portale” sarebbe stato “necessario procedere alla trasmissione dell’offerta secondo quanto previsto dal successivo paragrafo V.2” (punto V.1 del disciplinare);

- il concorrente avrebbe dovuto inserire tali dati nell’area “Offerta economica” e salvarli nel sistema telematico;

- successivamente il concorrente avrebbe dovuto scaricare i files pdf autogenerati dal sistema e contenenti, tra l’altro, la dichiarazione di offerta economica formulata a video, firmarli digitalmente e inserirli sul portale;

- il concorrente avrebbe potuto modificare i dati entro il termine finale di presentazione delle domande procedendo nuovamente alla operazioni in precedenza descritte;

- tra le cause di esclusione delle offerte vi era la presentazione di offerte “con modalità difformi da quelle indicate nel…disciplinare anche se a modifica di altre fatte regolarmente” (punto VI del disciplinare);

- il RTI controinteressata ha inserito a portale un primo valore percentuale di ribasso (pari al 12,238% corrispondente ad un’offerta totale di 52.657.200,00 euro) sull’elenco prezzi posto a base di gara, un secondo valore in lettere espresso in valore assoluto (non corrispondente alla predetta percentuale) e, successivamente, un file autogenerato che riproduceva la schermata di un’offerta (pari allo 0,1% corrispondente ad un’offerta totale di 59.999.400,00 euro: allegati nn. 8 e 9 alla memoria di costituzione depositata dalla resistente il 14/04/15) generata in un momento antecedente rispetto a quella inserita a sistema. Nell’occasione il concorrente ha dichiarato “di non aver fatto in tempo a far firmare digitalmente da parte di tutti i soggetti componenti il costituendo RTI il file autogenerato relativo all’offerta visualizzata e di aver inserito per tale motivo un file autogenerato prodotto in precedenza e già firmato in modo corretto” (verbale del 26 febbraio 2015);

- con determina del 9 marzo 2015 la stazione appaltante ha escluso il RTI controinteressata dalla gara “non essendo possibile desumere dall’offerta un’univoca manifestazione della volontà negoziale del concorrente”.

Così ricostruita, in fatto, la vicenda, il Tribunale ritiene che la prima censura sia inammissibile perché la società ricorrente non ha rispettato le modalità di presentazione dell’offerta prescritte dal disciplinare di gara a pena di esclusione con clausola (punto VI del disciplinare) non impugnata.

Nel merito la doglianza è, comunque, infondata.

Il “modus procedendi” prefigurato dal disciplinare di gara è coerente con la natura della procedura in esame “interamente gestita con sistemi telematici” (così recita il disciplinare di gara: pag. 1).

In particolare, l’osservanza delle modalità di presentazione dell’offerta economica previste dal punto V del disciplinare e, in particolare, delle scansioni procedimentali ivi indicate, è funzionale al corretto perfezionamento della volontà del concorrente nella procedura telematica.

Nella fattispecie, la stazione appaltante si è trovata di fronte ad un’offerta inserita a sistema in un momento successivo rispetto a quella cui si riferisce il file autogenerato e formato digitalmente (le ragioni di ciò sono spiegate dalla stessa concorrente nel corso della seduta del 26 febbraio 2015).

La discrasia tra le due offerte deve essere censurata non solo perché incide sull'univocità della manifestazione di volontà del concorrente ma perché influisce in maniera significativa sul regolare funzionamento della procedura telematica di gara la quale presuppone, come esplicitato al punto V del disciplinare, la corretta osservanza di tutte le scansioni procedimentali descritte.

Proprio in ragione della natura telematica della procedura e dell'essenzialità di tutte le fasi di presentazione dell'offerta, indicate nel disciplinare, non è possibile dare la prevalenza alla sola offerta sottoscritta con firma digitale come, invece, pretende la ricorrente.

In questo senso, il richiamo agli artt. 74 e 77 d. lgs. n. 163/2006 non è sufficiente ai fini della prevalenza dell'offerta presentata con la firma digitale in quanto le norme in esame si limitano a precisare che le offerte presentate per via elettronica debbano essere firmate solo digitalmente ma non escludono che le offerte stesse debbano osservare ulteriori formalità nella fattispecie, come già precisato, necessarie in relazione alla natura interamente telematica della procedura.

Né all'ipotesi in esame risulta applicabile il disposto dell'art. 72 comma 2° r.d. n. 827/24 (secondo cui "quando in una offerta all'asta vi sia discordanza fra il prezzo indicato in lettere e quello indicato in cifre, è valida l'indicazione più vantaggiosa per l'amministrazione"), invocato da parte ricorrente, in quanto la norma riguarda l'ipotesi, diversa da quella oggetto di causa, di discordanza tra prezzo in lettere e quello in cifre.

Il Tribunale, poi, rileva che la ricorrente, con la comparsa conclusionale depositata il 12 maggio 2015 (pag. 11) e con la memoria di replica depositata il 16 maggio 2015 (pag. 3) invoca, a fondamento della legittimità dell'offerta prodotta con il file sottoscritto digitalmente, il disposto dell'art. V.2 del disciplinare secondo cui le modifiche all'offerta già inserita nel sistema sarebbero valide solo qualora venga riprodotto l'iter procedurale previsto per la formulazione dell'offerta; poiché alle 12,45 del 10 febbraio 2015 sarebbe stata inserita a sistema una nuova offerta non seguita dal file autogenerato e firmato digitalmente, dovrebbe essere ritenuto valido il precedente file firmato digitalmente e autogenerato alle ore 11,21.

La censura è, innanzi tutto, inammissibile in quanto costituisce un motivo di gravame nuovo perché fondato su una circostanza di fatto non dedotta nell'atto introduttivo (ove la ricostruzione della vicenda è prospettata in senso temporalmente inverso rispetto a quella sopra indicata dal momento che la ricorrente stessa deduce - pag. 8 ultimo periodo ove si parla di "importi originariamente immessi…sul portale" e pag. 9 terzo periodo ove si menzionano dati "riportati nella schermata iniziale del portale" - che il file sottoscritto digitalmente sarebbe stato inserito dopo, e non prima, il caricamento dei dati diversi presenti sul portale) e proposta tardivamente e, per di più, con comparse conclusionali non notificate.

Il motivo è, comunque, in fatto, infondato in quanto (come emerge dalla documentazione costituente gli allegati 8 e 9 della memoria depositata dalla resistente il 14/04/15), il file in formato pdf è stato autogenerato alle ore 11,21 e caricato sul sistema alle ore 12,45 con un contenuto difforme rispetto all'offerta già presente sul portale tanto che il sistema informatico ha subito segnalato la circostanza (come emerge dalla stampa telematica costituente il citato allegato n. 9 che riporta la dicitura: "Il documento caricato non coincide con quello scaricato. Prego verificare che si sta usando il file corretto").

Pertanto, sul portale non era presente alcuna precedente offerta corrispondente al file in pdf sottoscritto digitalmente di talchè la disposizione invocata da parte resistente nelle citate memorie conclusionali, ovvero il punto V.2 del disciplinare, è inapplicabile alla fattispecie caratterizzata dalla compresenza (e non dalla successione) di una pluralità di offerte tra loro divergenti.

Con la seconda censura la ricorrente prospetta l'illegittimità dell'atto di indizione della procedura negoziata ex art. 221 comma 1° lettera a) d. lgs. n. 163/2006, di cui alla lettera d'invito prot. n. 5968095 del 18 marzo 2015, in quanto, essendo illegittima l'esclusione del RTI controinteressata , non sussisterebbe il presupposto dell'assenza di offerte appropriate posto a fondamento della nuova procedura.

Il motivo è inammissibile sotto una pluralità di profili.

L'atto di indizione della procedura di cui alla lettera d'invito del 18 marzo 2015 è stato già annullato con l'accoglimento del ricorso n. 3856/15 R.G. e, quindi, sotto tale profilo la società ricorrente non ha interesse allo scrutinio della censura.

Inoltre, l'accertata legittimità dell'esclusione del RTI controinteressata priva la società ricorrente d'interesse all'annullamento della nuova procedura dal momento che la reviviscenza della gara precedente non arreca alcun beneficio al predetto raggruppamento, definitivamente estromesso dalla stessa.

All'infondatezza della domanda caducatoria, fin qui esaminata, consegue, poi, il rigetto dell'istanza risarcitoria presentata dalla ricorrente.

Per questi motivi il ricorso n. 4140/15 R.G. è infondato e deve essere respinto.

La ricorrente, in quanto soccombente, deve essere condannata al pagamento delle spese del presente giudizio il cui importo viene liquidato come da dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

1) dispone la riunione dei ricorsi in epigrafe indicati;

2) definendo il giudizio n. 3856/15 R.G.:

- respinge il ricorso incidentale;

- accoglie la domanda caducatoria formulata il ricorso principale e, per l'effetto, annulla gli atti ivi impugnati secondo quanto specificato in motivazione;

- respinge la domanda di risarcimento del danno proposta dalla ricorrente scarl;

- dispone la compensazione delle spese processuali relative al giudizio n. 3856/15 R.G.;

3) definendo il giudizio n. 4140/15 R.G.:

- respinge il ricorso;

- condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio n. 4140/15 R.G. il cui importo, per ogni parte resistente costituita, si liquida in complessivi euro duemila/00, oltre IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del giorno 28 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Michelangelo Francavilla, Consigliere, Estensore

Maria Grazia Vivarelli, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **10/06/2015**

IL SEGRETARIO

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