Pubblicato il 04/05/2021

N. 05172/2021 REG.PROV.COLL.

N. 04128/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 4128 del 2021, proposto da
Cuti.Consai Soc. Cons. Soop, Lugo Terminal S.p.A., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avv.ti Francesca Sanino, Mario Sanino, Lorenzo Coraggio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Mario Sanino in Roma, viale Parioli 180;

contro

Rete Ferroviaria Italiana Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Claudio Guccione, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Italia 45;

per l'annullamento

- del provvedimento R.F.I., Direzione Acquisti del 19.03.2021 disponente l'esclusione, ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. b), D.Lgs. 50/2016, dalla Procedura di affidamento n. DAC.0222.2020, avente ad oggetto il servizio di raccolta, trasporto e conseguente avvio a recupero di traverse in legno fuori uso impregnate con olio di creosoto tolte d'opera - codice CER 170204* dell'8.03.2021;

- del provvedimento R.F.I., Direzione Acquisti dell'1.04.2021, recante rigetto dell'istanza di attivazione dei poteri di soccorso istruttorio e annullamento del provvedimento di esclusione;

- in parte qua ed ove occorrere possa, del Disciplinare di gara, laddove impone (punto h),a pena di esclusione, la sottoscrizione dell'Offerta Tecnica da parte dei legali rappresentanti di tutti le imprese costituenti il raggruppamento;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Rete Ferroviaria Italiana Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2021 il dott. Ugo De Carlo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Le società ricorrenti avevano costituito un R.T.I. per partecipare ad una procedura aperta per l'affidamento del Servizio di raccolta, trasporto e conseguente avvio a recupero di traverse in legno impregnate con olio di creosoto indetta da Rete Ferroviaria Italiana-RFI S.p.a.

Il loro R.T.I. veniva, però, escluso dalla gara perché la mandante non aveva sottoscritto il pdf autogenerato relativo all'offerta tecnica, contrariamente a quanto previsto, a pena di esclusione, dal punto H) del Disciplinare di gara.

La richiesta per l'attivazione del soccorso istruttorio formulata dalle ricorrenti non veniva accolta.

Nell'unico motivo di ricorso si denuncia la violazione degli artt. 81, 82 e 83, comma 9 D.lgs. 50/2016 e l'eccesso di potere per manifesta ingiustizia, difetto istruttorio e di motivazione, illogicità e incoerenza.

L'art. 83, comma 9 consente di sanare con il soccorso istruttorio le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda e la mancata sottoscrizione dell'Offerta Tecnica da parte della Mandante non era suscettibile di porre in dubbio la provenienza e la riconducibilità del documento al raggruppamento per l'esistenza di numerosi altri atti espressione di impegni vincolanti resi in conformità alla lex specialis.

Per quanto concerne, inoltre, le modalità di trasmissione dell'offerta, la Mandante Lugo Terminal Spa aveva conferito alla Mandataria anche l'incarico di accedere al Portale RFI per poter procedere all'inserimento dei dati e al caricamento di tutta la documentazione richiesta ai fini della partecipazione alla gara, nonché per poter presentare l'offerta in questione.

La mancata sottoscrizione costituisce una mera svista e non un comportamento volto a non assumersi l'impegno negoziale da parte della Mandante.

A supporto della tesi espressa richiamavano le ricorrenti un precedente del TAR Toscana e due Delibere dell'ANAC.

Si costituiva in giudizio la Stazione appaltante che concludeva per il rigetto del ricorso.

Con decreto monocratico veniva accolta in via di urgenza l'istanza cautelare.

Il ricorso è infondato.

La lettera H del Disciplinare di gara relativa all'offerta tecnica dispone che: "*In caso di raggruppamenti temporanei o consorzi di concorrenti non ancora costituiti, l'offerta tecnica e l'offerta economica dovranno – a pena di esclusione – essere firmate digitalmente dai legali rappresentanti (o altri soggetti muniti dei necessari poteri) di tutte le imprese che costituiranno il raggruppamento o consorzio ordinario*".

La Stazione Appaltante ha sottolineato come la mancanza della firma della mandante riguarda l'offerta tecnica nella sua interezza dove erano ricomprese le proposte migliorative relative ai criteri premiali.

L’art. 48, comma 8, D.lgs. 50/2016 prevede che: “*E' consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere d) ed e), anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificata come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti*.”; l’art. 83, comma 9, D.lgs. 50/2016 così dispone: “*Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.*”.

Orbene oltre all’obbligo di sottoscrizione dell’offerta esistente per tutti gli appartenenti al R.T.I. di cui al citato art. 48, la possibilità di accedere al soccorso istruttorio è esclusa dall’art. 83 per le carenze ed irregolarità della documentazione afferenti all’offerta economica e all’offerta tecnica.

Pertanto la clausola escludente inserita nel Disciplinare di gara non può ritenersi una violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione alla luce delle norme soprarichiamate (si veda in merito il principio di diritto d) della sentenza 9/2014 dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato).

Peraltro la giurisprudenza assolutamente prevalente non condivide la tesi esposta nella sentenza del TAR Toscana 288/2020 citata dalle ricorrenti (Cons. Stato 6530/2020, TAR Lazio 12406 e 11598 del 2020 ex multis).

Supplire alla mancanza di sottoscrizione dell’offerta mediante il soccorso istruttorio della P.A., determina una lesione della par condicio dei concorrenti per effetto della possibilità concessa ad alcuni di sanare una carenza essenziale attinente alla volontà negoziale da manifestare in seno alla procedura nelle sole tassative modalità predeterminate nell'avviso pubblico.

Infine l’unico atto richiamato nel ricorso che è stato possibile ritrovare nel sito dell’ANAC (420/2019) non è una delibera ma un parere precontenzioso nel quale non è specificato se l’esclusione per mancanza della firma sull’offerta tecnica da parte di tutti i componenti del R.T.I. fosse prevista anche dal bando.

In considerazione della mancanza di un orientamento assolutamente uniforme in giurisprudenza ed in considerazione che comunque trattasi di una violazione formale seppur particolarmente importante per le ragioni illustrate, si ritiene equo compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2021 in videoconferenza con collegamento da remoto ai sensi dell’art. 25 D.L. n. 137/2020 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Ugo De Carlo, Consigliere, Estensore

Alfonso Graziano, Consigliere

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Ugo De Carlo	**Giuseppe Daniele**

IL SEGRETARIO