

Publicato il 30/04/2021

N. 00375/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00134/2021 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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 134 del 2021, proposto da NEC Italia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale designata mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese costituendo con Tiscali Italia S.p.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Simone Cadeddu, Maddalena Was, Jacopo Nardelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Viva Servizi S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberta Penna, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione

- del provvedimento recante la “comunicazione di esclusione” prot. n. 2021/5798, AA/APP/IDM del 26 febbraio 2021 a firma del direttore generale con cui Viva Servizi ha comunicato l'esclusione del costituendo RTI NEC-Tiscali dalla procedura di gara per l'affidamento del contratto di appalto

avente ad oggetto “Fornitura e servizi di manutenzione evolutiva, correttiva e ordinaria per la realizzazione del nuovo impianto PBX di telefonia aziendale” (CIG n. 8586549464);

- del disciplinare relativo alla medesima gara e, in particolare, del suo paragrafo 14, se interpretato nel senso di giustificare l'esclusione del costituendo r.t.i. NEC Italia – Tiscali dalla gara;
- del verbale della prima seduta di gara del 25 febbraio 2021, con cui Viva Servizi ha disposto l'esclusione di NEC dalla procedura in questione;
- della graduatoria formulata all'esito della prima seduta di gara;
- di tutti i chiarimenti resi dalla Stazione Appaltante nel corso della procedura di gara, laddove interpretati nel senso di avallare l'esclusione del costituendo r.t.i. NEC Italia – Tiscali;
- di tutti i verbali delle sedute di gara successive a quella del 25 febbraio 2021, nonché del provvedimento di aggiudicazione eventualmente adottato medio tempore da Viva Servizi;
- di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale rispetto a quelli sopra elencati;

per l'accertamento

del diritto del costituendo r.t.i. NEC Italia – Tiscali ad essere riammesso in gara;

nonché per la condanna della stazione appaltante

al risarcimento dei danni patiti dalla ricorrente per effetto dell'esclusione dalla gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Viva Servizi S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 aprile 2021 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente, in a.t.i. costituenda con Tiscali Italia S.p.A. (di seguito “Tiscali”), ha preso parte alla procedura di gara bandita da Viva Servizi per l’affidamento dell’appalto avente ad oggetto “*Fornitura e servizi di manutenzione evolutiva, correttiva e ordinaria per la realizzazione del nuovo impianto PBX di telefonia aziendale*”, risultandone esclusa per non avere inserito nella busta “A” (“Documentazione amministrativa”) la dichiarazione di impegno della mandataria e della mandante a costituire l’a.t.i. in caso di aggiudicazione (dichiarazione che, ai sensi dell’art. 14 del disciplinare di gara, doveva altresì contenere l’indicazione delle parti del servizio di competenza, rispettivamente, di NEC Italia e di Tiscali).

2. Dopo aver riepilogato le clausole della *lex specialis* e le norme del D.Lgs. n. 50/2016 che vengono in rilievo nella specie, NEC Italia censura il provvedimento di esclusione per i seguenti motivi:

- violazione e falsa applicazione degli artt. 45, 48, 83 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost., degli artt. 1, 3 e 6 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Eccesso di potere per violazione dei principi di proporzionalità, favor participationis e leale cooperazione, trasparenza e libera concorrenza, nonché per carenza e/o insufficienza di istruttoria, travisamento dei fatti, illogicità, difetto di motivazione ed ingiustizia manifesta.

Nello specifico, NEC Italia deduce quanto segue.

2.1. Con il provvedimento del 26 febbraio 2021, Viva Servizi ha disposto l’estromissione dalla gara del r.t.i. NEC Italia – Tiscali per il solo fatto che le due imprese non avevano prodotto “...*la dichiarazione di impegno a costituire il raggruppamento di concorrenti, così come prescritto al p.to 14 del Disciplinare di Gara 05.01.2021*”, omettendo di attivare il sub-procedimento di soccorso istruttorio.

Tale *modus operandi* è però palesemente illegittimo, visto che la mancata produzione della dichiarazione contestata al r.t.i. capeggiato da NEC Italia

costituisce una carenza meramente formale, e dunque sanabile attraverso il rimedio del soccorso istruttorio, in quanto non idonea a generare alcuna incertezza in merito alla serietà dell'offerta tecnica ed economica ed alla sua riconducibilità al costituendo r.t.i., trattandosi di dichiarazione esterna all'offerta stessa.

2.2. Nella specie, peraltro, la volontà delle due imprese di partecipare alla gara in costituendo r.t.i. e l'impegno a dare vita al raggruppamento temporaneo in caso di aggiudicazione emergeva in modo chiaro ed inequivoco dalla documentazione presentata in gara ed inserita nella busta "A" (la cui completezza è stata vagliata dal seggio di gara già nella prima seduta del 25 febbraio 2021), ed in particolare:

- dalla domanda di partecipazione, in cui la ricorrente NEC ha espressamente specificato la sua qualità di *"mandataria dell'RTI costituendo NEC-TISCALP"*;
- dal documento di gara unico europeo, in cui NEC Italia ha risposto positivamente alla domanda *"l'operatore economico partecipa alla procedura di appalto insieme ad altri"*, specificando sia il proprio ruolo (*"Mandataria del costituendo RTP"*), sia il nominativo dell'operatore che riveste il ruolo di mandante (*"Tiscali Italia S.p.A."*), sia il nome del raggruppamento partecipante (*"NEC-TISCALP"*);
- dal documento PASSOE, che riportava il seguente *"Elenco degli operatori economici"*:
"TISCALI ITALIA S.P.A. Mandante in RTI (art. 34, comma 1, lett. d), del D.Lgs. 163/06)" e
"NEC ITALIA S.P.A. mandatario in RTI (art. 34, comma 1, lett. d), del D.Lgs. 163/06)";
- dalla *"Dichiarazione cauzione ridotta"*, in cui essa ricorrente viene espressamente indicata quale *"mandataria del costituendo RTI NEC-TISCALP"*;
- dal *"patto di integrità – mod. f)"*, in cui si fa espresso riferimento al *"concorrente NEC Italia S.p.A., mandataria del costituendo RTI NEC-TISCALP"*.

Dalla lettura della citata documentazione, sin dall'inizio della procedura in possesso della stazione appaltante, è dunque pacifica la partecipazione alla procedura di NEC Italia in r.t.i. costituendo con Tiscali.

2.3. La riconducibilità dell'offerta al r.t.i. costituendo NEC-Tiscali sarebbe stata viepiù confermata dall'esame dell'offerta tecnica (alla quale la commissione non ha però proceduto, avendo illegittimamente escluso il r.t.i.), visto che tutti i documenti di cui essa si compone sono redatti su una carta intestata comune NEC-Tiscali, e che dal documento "*Soluzione progettuale e tecnica*" si evincono chiaramente i ruoli delle due società e i contributi di ciascuna all'esecuzione dell'appalto.

Peraltro, anche dal tenore letterale del provvedimento con cui è stata disposta l'esclusione sembrerebbe che la stazione appaltante abbia ben compreso l'intenzione delle due imprese di partecipare alla gara in r.t.i. costituendo fra loro, visto che la nota impugnata è stata indirizzata sia alla mandataria che alla mandante.

2.4. Inoltre, in data 17 febbraio 2021 (ovvero il giorno precedente la scadenza del termine per la presentazione delle offerte) NEC Italia e Tiscali hanno sottoscritto il "*regolamento interno di raggruppamento temporaneo di imprese*" relativo alla procedura in oggetto, manifestando in maniera chiara la volontà di partecipare alla procedura in r.t.i. costituendo (doc. allegato n. 4 al ricorso).

Pertanto, qualora fosse stato attivato il soccorso istruttorio, NEC Italia avrebbe agevolmente sanato la carenza documentale, dimostrando il rispetto sostanziale dei requisiti previsti dalla *lex specialis* e dalla normativa primaria per la partecipazione dei raggruppamenti alle procedure di gara (sul punto viene richiamata la recente sentenza del T.A.R. Valle D'Aosta, n. 7/2021, relativa ad analogo vicenda, in cui si ribadisce la legittimità della partecipazione di un r.t.i. alla procedura di gara anche in assenza della dichiarazione di impegno a costituire il raggruppamento ogni qualvolta dai documenti prodotti in sede di gara dal concorrente "*...risulta sostanzialmente emergere sia l'impegno a costituirsi in*

ATI [...], sia l'imputabilità ad esse dell'offerta tecnica ed economica per effetto della specifica indicazione in tal senso presente nelle istanze di partecipazione").

2.5. Una volta assodato che la carenza documentale contestata al r.t.i. ha natura meramente formale, il documento richiesto dalla stazione appaltante avrebbe potuto essere agevolmente acquisito attraverso il soccorso istruttorio, visto che l'art. 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici consente alle stazioni appaltanti di sanare "...le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda..." attraverso la procedura di soccorso istruttorio, ad eccezione delle "irregolarità essenziali", ossia "...le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa".

Peraltro, lo stesso disciplinare di gara, all'art. 14, sancisce in capo alla stazione appaltante la necessità di ricorrere al soccorso istruttorio prevedendo che "... la mancata produzione di uno solo dei documenti o di una delle dichiarazioni di cui sopra comporta l'esclusione dalla gara...", ma ciò "...salvo quanto prescritto dall'art. 83, comma 9, del D.Lgs. 50/2016 e smi e nel presente Disciplinare di Gara".

2.6. Né rileva il fatto che nella specie la *lex specialis* sanzionava con l'esclusione automatica la "...mancata produzione di uno solo dei documenti o di una delle dichiarazioni...", tra cui la dichiarazione di impegno a costituire il r.t.i.

Infatti, se è vero che l'art. 48, comma 8, del Codice dei contratti pubblici prevede che gli operatori economici che partecipano in a.t.i. costituenda debbono dichiarare il proprio impegno, in caso di aggiudicazione, a costituire il r.t.i. ed a conferire alla capogruppo mandataria designata il mandato collettivo speciale a stipulare il contratto in nome e per conto proprio e delle mandanti, è altrettanto vero che la norma non sanziona con l'esclusione la mancata presentazione della dichiarazione di impegno.

Pertanto, la clausola del disciplinare con cui è sancita l'esclusione automatica in caso di mancata presentazione della dichiarazione di impegno è nulla ai sensi dell'art. 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici, visto che essa introduce una causa di esclusione non prevista dalla legge.

2.7. Nella fattispecie in esame sussistono in ogni caso gli estremi per il soccorso istruttorio c.d. processuale, così come esso è stato delineato dalla giurisprudenza amministrativa, il quale è applicabile ogni qualvolta la stazione appaltante non abbia acconsentito ad attivare il soccorso istruttorio, ma il concorrente escluso provi in giudizio di essere in possesso dei requisiti sostanziali per l'ammissione alla procedura selettiva.

Infatti, come risulta dal documento allegato n. 5 al ricorso, NEC Italia e Tiscali hanno sottoscritto la dichiarazione di impegno richiesta dalla stazione appaltante il 22 febbraio 2021 – ovvero in data antecedente alla seduta del seggio di gara del 25 febbraio 2021 – di modo che esso sarebbe stato acquisibile nell'ambito del soccorso istruttorio.

2.8. La ricorrente chiede altresì l'accertamento del diritto del r.t.i. da essa capeggiato ad essere riammesso in gara, e in subordine la condanna della stazione appaltante al risarcimento per equivalente monetario dei danni patiti da essa ricorrente per effetto dell'esclusione dalla gara, nella misura che si è riservata di quantificare in corso di causa.

3. Si è costituita Viva Servizi, eccependo che:

- la dichiarazione omessa dal r.t.i. capeggiato dalla ricorrente non ha valenza meramente formale, visto che, in disparte la questione della volontà delle due imprese di partecipare in a.t.i. (volontà che effettivamente sarebbe desumibile dai documenti inseriti nella busta "A"), è rilevante il fatto che nella predetta dichiarazione avrebbero anche dovuto essere specificate le quote di prestazioni contrattuali che in caso di aggiudicazione sarebbero svolte, rispettivamente, dalla mandataria e dalla mandante;

- tale indicazione, come statuito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenze nn. 22 e 26 del 2012), è parte integrante dell'offerta e, dunque, non è sanabile mediante soccorso istruttorio, a ciò ostando l'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016.

4. Con ordinanza collegiale n. 95/2021 (confermativa del decreto monocratico n. 79/2021) il Tribunale ha accolto la domanda cautelare,

disponendo la riammissione con riserva dell'a.t.i. NEC Italia - Tiscali alla gara e fissando per la trattazione del merito la pubblica udienza del 28 aprile 2021.

5. Il ricorso va accolto, per le seguenti ragioni.

5.1. Dalla lettura dell'art. 14, paragrafo rubricato "SOCCORSO ISTRUTTORIO", del disciplinare della presente gara (dove si richiama espressamente l'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016) emerge che Viva Servizi aveva previsto che la commissione di gara, con riguardo alla documentazione amministrativa, potesse attivare il soccorso istruttorio in presenza di irregolarità ritenute non essenziali, specificando che "*... costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa...*".

Avendo previsto che la dichiarazione di impegno a costituire il r.t.i. fosse inserita nella busta "A" (documentazione amministrativa), la stazione appaltante aveva dunque implicitamente stabilito che il soccorso istruttorio fosse attivabile per sanare qualsiasi omissione o incompletezza dichiarativa riguardante la documentazione contenuta nella busta "A", fatte salve quelle "*...che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa...*".

5.2. Ora, nella specie è la stessa commissione di gara a riconoscere che, dal complesso dei documenti contenuti nella busta "A" presentata dal r.t.i. NEC Italia - Tiscali, emerge in modo chiaro ed inequivoco che le due imprese hanno inteso partecipare alla gara in a.t.i. costituenda (si veda il verbale del 25 febbraio 2021 - pag. 3), di talché il soccorso istruttorio era del tutto ammissibile.

5.3. Quanto invece all'altro profilo, ossia la mancata indicazione delle parti del servizio che in caso di aggiudicazione sarebbero svolte, rispettivamente, dalla mandataria e dalla mandante, va anzitutto osservato che esso, a differenza di quanto opinato da Viva Servizi nella memoria conclusionale, è effettivamente emerso in maniera chiara solo in sede giudiziaria, visto che:

- è vero che nel verbale del 25 febbraio 2021 la commissione di gara ha evidenziato anche la questione della mancata indicazione delle rispettive quote di esecuzione dell'appalto;
- ma è anche vero che nella nota del 26 febbraio 2021, con cui è stata comunicata l'esclusione al r.t.i., Viva Servizi ha menzionato solo la mancata presentazione della dichiarazione di impegno a costituire il raggruppamento temporaneo;
- costituendosi in giudizio, la difesa tecnica della stazione appaltante ha espressamente eccepito (pagg. 14 e 15 del controricorso) che l'esclusione "*...è stata determinata da due carenze documentali chiaramente indicate e prescritte a pena di esclusione dal Disciplinare di Gara, tenuto conto delle disposizioni di cui all'art. 48, comma 4, del D.Lgs. 50/2016...*" (la prima consistente nel non aver prodotto la dichiarazione di impegno a costituire il raggruppamento temporaneo, la seconda, "*...la più rilevante è il non avere specificato nell'ambito della dichiarazione di cui sopra (ma neanche con separata dichiarazione) le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati (art. 48, comma 4, del D.Lgs. 50/2016 e smi)*").

5.4. Ma, in disparte questa precisazione, la *lex specialis* è nulla ai sensi dell'art. 83, comma 8, penultimo e ultimo periodo, del D.Lgs. n. 50/2016, nella parte in cui prevede che l'indicazione della quota di prestazioni che in caso di aggiudicazione saranno eseguite dalla mandataria e dalla mandante sia contenuta nella domanda di partecipazione e relativa documentazione a corredo della stessa (busta "A"). Infatti l'art. 48, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016 prevede che l'indicazione *de qua* sia contenuta nell'offerta.

Al riguardo, la ricorrente, nella memoria difensiva depositata in data 22 marzo 2021, ha evidenziato che nella relazione tecnica contenuta nella busta "B" sono chiaramente evidenziate (sia pure solo descrittivamente e non anche mediante indicazione della percentuale di ripartizione) le parti del servizio che saranno svolte dalla mandataria e quelle appannaggio della mandante (sulla sufficienza di un'indicazione solo descrittiva delle quote di esecuzione

dell'appalto si vedano Cons. Stato, n. 951/2018 e T.A.R. Lazio, n. 12084/2020).

5.5. In relazione agli argomenti difensivi di Viva Servizi si osserva infine che:

- è certamente vero che l'indicazione delle parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati è necessaria per consentire alla stazione appaltante di verificare l'idoneità di ciascun componente del r.t.i. ad eseguire la quota di prestazioni dichiarata *ab initio*. Ma, come detto, l'art. 48 del D.Lgs. n. 50/2016 prevede che tale dichiarazione sia resa "nell'offerta", il che non pone alcun problema particolare, in quanto la stazione appaltante, prima di decretare l'aggiudicazione, ha sempre il potere di verificare l'idoneità delle imprese associate o consorziate ad assolvere agli impegni dichiarati;
- è logico che, laddove in situazione come quella che ha interessato la ricorrente venga attivato il soccorso istruttorio per acquisire la dichiarazione di impegno a costituire l'a.t.i., le imprese associate debbono rendere una dichiarazione che sia coerente con l'offerta già presentata (la quale, invece, non è più integrabile o modificabile);
- non si può condividere l'argomento secondo cui il principio di diritto affermato dal Consiglio di Stato nella recente sentenza n. 8563/2020 non sarebbe attagliabile al caso di specie, stante la diversità della situazione. In realtà, come emerge dalla stessa memoria conclusionale di Viva Servizi, la situazione è identica dal punto di vista giuridico, mentre è diversa solo in punto di fatto, visto che in quel caso la *lex specialis* prevedeva che la dichiarazione per cui è causa andasse inserita nell'offerta, mentre il concorrente l'aveva inserita nella busta contenente la documentazione amministrativa (nella specie, come si è visto, è accaduto l'opposto);
- Viva Servizi incorre poi in una contraddizione, laddove sottolinea che la dichiarazione in questione è essenziale in quanto attiene all'offerta e non alla documentazione amministrativa. Se è così, allora il disciplinare di gara non avrebbe dovuto imporre che l'indicazione delle parti del servizio di rispettiva

competenza della mandataria e della mandante fosse contenuta nella domanda di partecipazione.

In realtà, come si è detto, bisogna scindere i due profili:

- la dichiarazione di impegno a costituire l'a.t.i. era acquisibile mediante attivazione del soccorso istruttorio, visto che dal complesso della documentazione amministrativa presentata e verificata dal seggio di gara emergeva in modo inequivoco la volontà di NEC Italia e di Tiscali di partecipare in a.t.i.;
- l'indicazione delle parti della fornitura e del servizio di rispettiva competenza delle due imprese è stata invece resa in seno all'offerta tecnica (come prevede l'art. 48, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016), per cui da un lato non può dirsi che si sia in presenza di una situazione di incertezza circa il contenuto e/o la serietà dell'offerta, dall'altro lato non vi era al riguardo alcunché da sanare o regolarizzare.

6. Pertanto, ed impregiudicate le valutazioni della commissione di gara sulla completezza della relazione tecnica presentata dal r.t.i. NEC Italia - Tiscali, il provvedimento di esclusione va annullato, con conseguente definitiva riammissione dell'a.t.i. NEC Italia - Tiscali alla presente gara.

Ciò costituisce anche reintegrazione in forma specifica dell'interesse tutelato in questa sede.

Le spese del giudizio si possono tuttavia compensare, visto che anche la ricorrente ha in qualche modo contribuito a determinare l'esclusione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2021 con l'intervento dei sottoindicati magistrati (collegati da remoto):

Sergio Conti, Presidente

Tommaso Capitano, Consigliere, Estensore

Simona De Mattia, Consigliere

L'ESTENSORE
Tommaso Capitano

IL PRESIDENTE
Sergio Conti

IL SEGRETARIO