



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 il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10241 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Rina Services s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con Italcertifer s.p.a., Lombardi SA Ingegneri Consulenti e Data Consec s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Damonte e Silvia Villani, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Asiago 8;

contro

Anas s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Marta Fraioli, Maria Pacifico e Alessandro Tabarini, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Monzambano, 10;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- della nota ANAS prot. n. 0461716 del 14/9/2017, inviata in pari data a mezzo PEC, a firma del Direttore Appalti e Acquisti, con la quale ANAS ha comunicato ai sensi dell'art. 76 d.lgs. n. 50/2016 l'esclusione del RTI dalla gara

DGACQ 38-16 con la seguente motivazione: “Il RTI RINA Services S.p.A./, Italcertifer S.p.A./Lombardi SA Ingegneri Consulenti/ DataConsec S.r.l. ha presentato offerta economica pari ad € 1.140.508,50, ovvero superiore all'importo a base di appalto (€ 900.000,00), pertanto l'offerta formulata risulta inammissibile in quanto il punto II 1.5 del bando di gara prevede che “non sono ammesse offerte in aumento”;

- della nota ANAS prot.n. 0515816 del 13 ottobre 2017, pervenuta a mezzo PEC in pari data, avente ad oggetto il rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela presentata dalla mandataria del costituendo RTI;

- di ogni atto presupposto, precedente, conseguente e connesso, anche non conosciuto e, in particolare, dei verbali della procedura di gara e di valutazione dell'offerta;

e per quanto occorrer possa anche

- del bando di gara (II.1.5), della lettera di invito (punto E) e dello Schema di offerta economica predisposto da ANAS, ove debbano interpretarsi nel senso che l'offerta economica andava rapportata al valore base dell'appalto di € 900.000,00 (quindi non tenendo conto del rinnovo) e non già all'importo contrattuale complessivo messo a gara di € 1.200.000,00;

quanto ai motivi aggiunti:

- dei verbali di gara n. 3 del 21/7/2017 e n. 4 dell'11/9/2017, già impugnati nel ricorso introduttivo e tuttavia conosciuti soltanto in seguito a deposito giudiziale in data 20/11/2017.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

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

Vista l'ordinanza cautelare n. 540/2018;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 aprile 2018 la dott.ssa Lucia Maria Brancatelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il gravame in epigrafe, notificato il 16 ottobre 2017 e depositato il successivo 26 ottobre, Rina Services s.p.a., premesso di aver partecipato quale mandataria di un RTI con le società pure in epigrafe indicate (in avanti, anche “il raggruppamento”) alla procedura ristretta indetta da Anas per l’affidamento di taluni servizi di valutazione e revisione di qualità dei sistemi, impugna, chiedendone l’annullamento, l’esclusione della propria offerta, ritenuta inammissibile perché in aumento rispetto all’importo a base di appalto.

2. Il ricorso introduttivo è affidato ai seguenti motivi:

1) Violazione e falsa applicazione del bando di gara e della lettera d’invito anche in relazione all’art. 35, c.4, d.lgs. n. 50/2016. Violazione del principio di concorrenza e dell’obbligo di evidenza pubblica nell’affidamento di contratti pubblici. Violazione dei principi di economicità ed efficienza dell’azione amministrativa. Eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza. Ingiustizia grave e manifesta.

La ricorrente sostiene che l’esclusione del RTI dalla gara si porrebbe violazione e falsa applicazione della *lex specialis* e dell’art. 35 d.lgs. n. 50/2016. Ciò in quanto l’offerta sarebbe stata correttamente formulata in relazione all’importo complessivo dell’appalto (comprensivo del rinnovo), in conformità a quanto previsto dalla *lex specialis* e dai principi generali in materia di contratti pubblici.

2) Violazione del bando e della lettera di invito (sotto altro profilo). Violazione del principio di affidamento. Violazione del principio di *favor participationis* e di conservazione degli atti giuridici. Violazione dei principi di libera concorrenza, correttezza ed economicità. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, sproporzione.

Secondo la ricorrente, la *lex specialis* era chiara nel richiedere l’indicazione dell’importo complessivo di gara, anche alla luce dello schema di offerta economica predisposto dall’Anas. Richiama, quindi, i principi dell’affidamento incolpevole e buona fede, che non consentirebbero di disporre la sua esclusione in presenza di una condotta fuorviante e omissiva della stazione appaltante, nonché il principio di *favor participationis* e di conservazione

degli atti giuridici, di cui tenere conto in ragione della circostanza che quella dell'RTI ricorrente era l'unica offerta in gara.

3) in via subordinata: Illegittimità del bando e della lettera d'invito per violazione e falsa applicazione dell'art. 35, c. 4, d.lgs. n. 50/2016. Violazione del principio di concorrenza e dell'obbligo di evidenza pubblica nell'affidamento di contratti pubblici. Violazione dei principi di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza. Ingiustizia grave e manifesta.

In via gradata, la ricorrente chiede l'annullamento del bando e della lettera di invito per violazione dell'art. 35, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, qualora interpretati nel senso che l'offerta avrebbe dovuto essere proposta senza tenere conto del periodo di rinnovo.

3. Si è costituita in giudizio la resistente Anas, che ha depositato documenti attinenti alla procedura in oggetto, tra i quali il verbale n. 3 del 21 luglio 2017 e il n. 4 della seduta di gara dell'11 settembre 2017; l'Azienda ha fatto presente che nel corso di quest'ultima seduta è stata dichiarata, alla presenza di un rappresentante del raggruppamento, l'esclusione del RTI di cui Rina Service è mandataria ed ha eccepito in relazione a ciò la tardività del ricorso.

4. Con successivi motivi aggiunti, la ricorrente ha impugnato il contenuto dei verbali n. 3 del 21 luglio 2017 e n. 4 dell'11 settembre 2017, ritenendoli viziati oltre che da violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara, anche da difetto motivazionale e istruttorio, nonché da violazione del principio della buona fede. Con successive memorie, parte ricorrente ha, inoltre, contestato la fondatezza dell'eccezione di tardività sollevata dalla amministrazione resistente ed insistito nell'accoglimento del gravame e dei motivi aggiunti.

5. A seguito della camera di consiglio del 31 gennaio 2018, è stata fissata la data di trattazione del merito della controversia.

6. Alla successiva udienza pubblica del 24 aprile 2018, uditi per le parti i difensori presenti come da verbale, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Osserva il Collegio preliminarmente che il ricorso introduttivo è tempestivo.

In proposito, si richiama l'orientamento espresso di recente dal giudice di appello secondo il quale anche a seguito dell'introduzione del d.lgs. n. 50/2016 il termine per impugnare un provvedimento lesivo della sfera giuridica del partecipante decorre dal momento dell'avvenuta conoscenza dell'atto stesso (cfr. Cons. Stato, 13 dicembre 2017, n. 5870), che può concretizzarsi anche nella partecipazione di un rappresentante della società alla seduta della Commissione di gara che ne ha disposto l'esclusione.

Tuttavia, nel caso in esame, risulta che al soggetto che aveva presenziato alla seduta pubblica, privo della rappresentanza legale della società, era stata conferita una delega di contenuto generico, ai fini della "partecipazione alla seduta pubblica di gara". In proposito, il Collegio condivide l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale la conoscenza avuta dal rappresentante presente alla seduta di gara è riferibile alla società concorrente solo qualora *"il soggetto presente rivesta una specifica carica sociale che gli attribuisce la legale rappresentanza della società ovvero qualora sia munito di procura rilasciata allo scopo di fargli assumere la rappresentanza della società. Soltanto ricorrendo tali presupposti, per un verso, (cfr., in tale senso, Cons. St.,VI, 13 dicembre 2011 n. 6531), e, per altro verso, è oggettiva e controllabile ex post la verifica compiuta dagli organi di gara della pienezza dei poteri del soggetto presente, al fine di distinguere il rappresentante dal mero nuncius"* (cos' Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2017, n. 6088).

La delega conferita dal raggruppamento escluso, pertanto, essendo finalizzata solo a presenziare alle operazioni di gara, senza conferire poteri rappresentativi al delegato, non è idonea a far decorrere a partire dalla data della seduta pubblica cui il delegato ha perso parte il termine per impugnare l'esclusione ivi dichiarata.

2. Nel merito, il ricorso introduttivo e i successivi motivi aggiunti sono fondati, alla stregua delle seguenti considerazioni.

3. Il raggruppamento è stato escluso dalla procedura di affidamento con la seguente motivazione: *"ha presentato offerta economica pari ad € 1.140.508,50, ovvero superiore all'importo a base di appalto (€ 900.000,00),*

pertanto l'offerta formulata risulta inammissibile in quanto il punto II 1.5 del bando di gara prevede che "non sono ammesse offerte in aumento".

Il punto II 1.5 del bando di gara stabiliva che l'importo complessivo dell'appalto era pari a € 1.200.000,00, al netto dell'IVA, ripartito in € 900.000,00 quale "*importo a base d'appalto*" e € 300.000,00 per l'opzione di rinnovo. Il successivo punto II.2.7 fissava in 36 mesi la durata del contratto, con un possibile rinnovo di ulteriori 12 mesi.

L'offerta economica andava presentata attraverso lo schema reso disponibile dalla stazione appaltante, che consentiva di indicare esclusivamente un'offerta unitaria, con unico ribasso; in siffatto schema non era, infatti, presente alcun campo che consentisse di specificare l'entità dell'offerta relativa al periodo di rinnovo.

Ne consegue che la documentazione di gara non era affatto chiara circa le esatte modalità di presentazione dell'offerta, non essendo plausibile né la previsione di un importo "fisso" per l'opzione di rinnovo né che l'impresa dovesse limitarsi ad indicare nella scheda l'offerta commisurata al solo importo a base di gara, senza tenere conto del valore del rinnovo. La non univocità della documentazione è ulteriormente confermata dal punto VI.3, lett. o) del bando, che imponeva la prestazione di una cauzione provvisoria pari al 2% dell' "*importo complessivo posto a base di gara*", che veniva tuttavia predeterminato nella misura di € 18.000,00, e quindi sul solo importo-base dell'appalto e non in quello complessivo.

A fronte della formulazione ambigua della normativa di gara, la giurisprudenza amministrativa ha costantemente ribadito che l'impresa partecipante che abbia, comunque, in buona fede manifestato la volontà di adeguarsi alle previsioni non univoche del bando, formulando l'offerta in adesione a una delle possibili interpretazioni della *lex specialis*, non può essere sanzionata con l'espulsione dalla procedura di gara (in termini, Cons. Stato, Sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5155). E' stato, anche affermato che le offerte devono essere interpretate al fine di ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, purché sia possibile giungere ad esiti certi

circa la portata dell'impegno negoziale con esse assunte (Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2015, n. 2082; sez. III, 27 marzo 2013, n. 1487).

Osserva il Collegio che Anas, nell'imporre ai fini della presentazione dell'offerta economica la compilazione di uno schema in cui non era possibile indicare altro se non il "totale" della remunerazione per i diversi servizi messi a gara e il conseguente "totale generale", ha indotto la ricorrente a parametrare l'offerta presentata sull'importo complessivo dell'appalto, comprensivo dell'eventuale rinnovo, e non su quello a base di gara.

La portata dell'impegno negoziale della ricorrente non appare comunque dubbia ed è ricavabile dalla lettura congiunta dello schema di offerta, che chiedeva di indicare il "totale generale" della remunerazione richiesta, e della *lex specialis*, che specificava un importo massimo dell'appalto pari a 1.200.000 euro. Ne consegue che la stazione appaltante poteva facilmente comprendere che il raggruppamento, pur essendo a conoscenza che l'importo massimo per i primi 36 mesi del servizio non poteva essere superiore a 900.000 euro, non riuscendo in altro modo a specificare nel prezzo complessivo il valore del rinnovo dei servizi per i successivi 12 mesi, aveva ritenuto necessario formulare la propria offerta rapportandola alla cifra di 1.200.000 euro, pari all'importo massimo stimato dell'appalto, che ai sensi dell'art. 35, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 comprende anche eventuali forme di opzioni o rinnovi.

4. Dunque, sono fondati i primi due motivi del ricorso introduttivo relativi alla ambiguità del bando e alla necessità di interpretare l'offerta presentata dal raggruppamento secondo i principi di buona fede, affidamento incolpevole e *favor participationis*; parimenti da accogliere, in relazione alle medesime censure, sono i motivi aggiunti, con i quali sono stati impugnati i verbali della commissione giudicatrice che ha disposto l'esclusione della parte ricorrente.

5. Conseguentemente, il ricorso e i motivi aggiunti devono essere accolti e, per l'effetto, va annullata l'esclusione impugnata, nonché gli atti che la presuppongono, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti che la stazione appaltante sarà tenuta ad adottare in relazione alla gara oggetto di controversia.

6. Le spese del presente giudizio, attesa la novità delle questioni sollevate, possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, integrato da motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento di esclusione della parte ricorrente e gli atti ad esso presupposti, per le parti e nei limiti di interesse.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Rosa Perna, Presidente FF

Ivo Correale, Consigliere

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Lucia Maria Brancatelli

IL PRESIDENTE
Rosa Perna

IL SEGRETARIO