

Publicato il 07/06/2018

N. 00546/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00289/2018 REG.RIC.

 logo

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 la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 289 del 2018, proposto da Gamma Eventi S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Nicola Palombi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Enrico Codignola in Brescia, via Romanino,16;

contro

1000 Miglia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Zito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Fiorenzo Bertuzzi in Brescia, via Diaz, 9;

nei confronti

Ab Comunicazioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Serena Cianciullo, Domenico Dodaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri

di Giustizia;

Creations S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. PIA/Irg/MM/2215 del 12/2/2018 con cui la Stazione Appaltante, 1000 Miglia s.r.l. (d'ora in poi anche SA), ha comunicato alla Gamma Eventi s.r.l., l'esclusione dalla procedura di gara avviata con Bando pubblicato sulla G.U.R.I. V Serie Speciale – Contratti pubblici n. 141 del 6/12/2017 ed avente ad oggetto “Procedura ristretta ai sensi dell’art. 61 del D. Lgs. n. 50/2016 per l'affidamento del servizio di progettazione esecutiva degli allestimenti con conseguente fornitura e posa in opera degli stessi per la gara automobilistica di regolarità con partecipazione di vetture storiche denominata «Mille Miglia», nonché per le manifestazioni connesse, relativamente alle edizioni 2018 e 2019”;
- del provvedimento prot. PIA/Irg/MM/2229 del 22/2/2018 con cui la medesima SA ha confermato il precedente atto di esclusione, integrando inoltre la relativa motivazione con ulteriori asserite ragioni di contrasto dell’offerta tecnica presentata dalla Gamma Eventi s.r.l. con le regole dettate dalla *lex specialis* di gara;
- del provvedimento prot. PIA/Irg/MM/2239 del 2/3/2018, con cui la 1000 Miglia s.r.l. ha disposto l’aggiudicazione del contratto, comunicata all’odierna ricorrente con lettera prot. n. PT/lrg/MM/2244 dell’8/3/2018 (anch’essa impugnata), in favore del RTI Ab Comunicazioni s.r.l. – Creations s.r.l.;
- di tutti i verbali di gara, avuto particolare riguardo a quelli relativi all’ammissione del RTI AB Comunicazioni – Creations e alla verifica dell’anomalia e della congruità della relativa offerta;

- per quanto occorrer possa, del provvedimento di ammissione del RTI AB Comunicazioni – Creations alla procedura in quanto carente dei requisiti minimi imposti dall'art. 29 del d. lgs. 50/2016 come modificato dal primo decreto correttivo, non avendo l'amministrazione resistente reso "in concreto disponibili, corredati di motivazione" gli atti relativi all'ammissione e alla verifica del possesso dei requisiti del RTI aggiudicatario;

- in subordine, per l'annullamento del provvedimento di nomina della commissione di gara e degli atti adottati dalla stessa.

- di ogni altro atto allo stesso presupposto, connesso o consequenziale;

con conseguente accertamento

dell'avvenuta aggiudicazione della procedura di gara in favore della Gamma Eventi S.r.l.

e per la condanna

dell'Amministrazione resistente, in caso di parziale inefficacia del contratto, al risarcimento per equivalente del danno che potrà emergere in corso di causa per la sola eventuale parte residua non eseguita dalla ricorrente tramite subentro;

o, in subordine, all'integrale risarcimento del danno che potrà emergere in corso di causa e che comunque sin d'ora si quantifica nell'importo non inferiore al 13% dell'importo a base di gara, a titolo di lucro cessante, danno emergente e danno *curriculare*.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle società 1000 Miglia S.r.l. e Ab Comunicazioni S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 maggio 2018 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente si è vista escludere dalla partecipazione alla gara per l'affidamento del servizio di progettazione esecutiva degli allestimenti, con conseguente fornitura e posa in opera degli stessi, relativi alla gara automobilistica di regolarità per vetture storiche denominata «Mille Miglia», per le edizioni 2018 e 2019. Servizio che è stato, quindi, aggiudicato all'unica altra concorrente in gara e cioè il raggruppamento odierno controinteressato.

Ritenendo che non sussistessero le ragioni della ravvisata, da parte della stazione appaltante, non conformità dell'offerta rispetto al capitolato tecnico, la Gamma Eventi s.r.l. formulava una richiesta di riesame indirizzata alla società 1000 Miglia, che, però, la respingeva, determinando la concorrente a proporre il ricorso giurisdizionale in esame, volto a ottenere, in prima battuta, la riammissione in gara della propria offerta e, in via subordinata, l'esclusione dalla gara anche della controinteressata, così da determinare la rinnovazione della procedura di selezione.

Le difformità contestate in occasione del rigetto dell'istanza di riesame risultano essere le seguenti:

a) la previsione dell'installazione, presso la zona di arrivo e partenza di Roma, della “pedana di partenza e [del]le rampe di salita e discesa [...] con struttura di sostegno in sistema multidirezionale costituito da tubi in acciaio [...] e tavolato”, che la ricorrente ha indicato come

“da voi fornito”, mentre il capitolato prevedeva che fosse la stessa concorrente a metterlo a disposizione, nonché, a p. 19 dell’offerta, al punto rubricato “sala stampa e sala stampa mille miglia”, sono state previste n. 5 postazioni tavolo, anziché n. 12 come richiesto dal punto 01.05.18 del CT;

b) a p. 36 dell’offerta, al punto rubricato “Rivestimenti, orizzontali e delimitazioni”, è stata prevista l’installazione di strutture autoportanti di h 8,50 mt, invece che di h 500/600 cm, come indicato al punto 03.04.03 del CT;

c) a p. 37 dell’offerta, al punto rubricato “Palco autovetture coperto”, è stato specificato che la copertura sarebbe stata a sbalzo a partire dal muro posteriore, anch’esso realizzato in struttura multidirezionale e di h 6,50 mt, invece che di altezza pari a 6 mt, come indicato al punto 03C del Piano di Fattibilità (d’ora in poi, PF);

d) a p. 40 dell’offerta, al punto rubricato “Tribune coperte”, è stata prevista la realizzazione di seggiolini numerati, atti a ospitare n. 100 spettatori, anziché prevedere gradoni come indicato ai punti 03.04.11 e 03.04.12 del CT.

Ciò premesso, nel ricorso sono stati dedotti i seguenti motivi di illegittimità dell’esclusione, come disposta dalla stazione appaltante:

1. violazione e falsa applicazione degli artt. 41 della Carta di Nizza, 41 e 97 della Costituzione, 1 e 3 della legge 241/90, 83 del codice degli appalti e 1366 del codice civile, a causa della violazione della *lex specialis* di gara, con conseguente violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, del principio di massima partecipazione e di quelli di proporzionalità e ragionevolezza e buon andamento. Parte ricorrente ha distinto le difformità dell’offerta contestatole in due gruppi: il primo attinente a soluzioni proposte dalla concorrente in

aumento rispetto a quanto previsto dal capitolato tecnico e il secondo relativo a indicazioni rappresentanti formalmente un *minus*, ma frutto di errori materiali di scrittura. In particolare, le difformità più sopra indicate con le lettere b) (strumentali al perseguimento dell'obiettivo, premiato dalla stazione appaltante, della maggiore branderizzazione all'esterno dell'area Paddock), c) (soluzione tecnica imposta dalla necessità di soddisfare il criterio 2 Sub 2.3. della lettera di invito e cioè la realizzazione di un rivestimento del lato inferiore della copertura del palco di Brescia con metacrilato a specchio) e d) (predisposizione di seggiolini numerati evidentemente strumentali a garantire, come richiesto, una più efficiente gestione degli spettatori) rappresenterebbero un miglioramento rispetto al capitolato speciale, le cui previsioni sarebbero state definite nella lettera di invito come "requisiti minimi indefettibili", valutabili come migliorie attributive di maggior punteggio secondo il criterio 1 sub 1.1. di cui al punto 9 della lettera di invito e, in parte, secondo il criterio 2.

Come già anticipato, le ulteriori due difformità contestate sarebbe state frutto di *lapsus calami* che avrebbe potuto essere agevolmente corretto, se la stazione appaltante avesse esercitato il soccorso istruttorio, reso possibile da fatto che, secondo la ricorrente, non sarebbe stata necessaria alcuna integrazione o correzione esterna dell'offerta, ben potendo, la stazione appaltante, procedere a correggere da sé l'offerta, attraverso una mera operazione interpretativa della stessa (Cons. St. Sez. V, 11/1/2018 n. 113).

L'imputazione del tavolo alla stazione appaltante sarebbe frutto di uno scambio tra i pronomi "noi" e "voi", dovuto all'uso del copia incolla, mentre la fornitura di 12 postazioni tavolo in luogo delle 5 effettivamente offerte non poteva che essere un errore grafico "non

potendosi seriamente ritenere che costituisse un problema di carattere tecnico ovvero economico per l'OE odierno ricorrente la realizzazione di ulteriori 7 postazioni tavolo presso la medesima sala stampa" (così il ricorso nel secondo capoverso di pag. 15);

2. violazione di tutte le disposizioni già caldate al numero precedente e, in particolare, delle norme dettate in tema di soccorso istruttorio. Secondo parte ricorrente, il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio potrebbe essere escluso solo in casi tassativi, non estensibili per analogia ad altre fattispecie, essendo un principio cardine quello della tassatività delle cause di esclusione dalla gara;

3. l'ammissione alla gara e la conseguente aggiudicazione di essa alla controinteressata sarebbe illegittima per violazione e falsa applicazione degli artt. 41 della Carta di Nizza, 41 e 97 della Costituzione, 1 e 3 della legge 241/90, 29, 30 e 48 del codice degli appalti e 6 della lettera d'invito, con conseguente violazione dei principi di parità di trattamento, di proporzionalità e ragionevolezza e buon andamento dell'azione amministrativa, nell'esercizio della quale la stazione appaltante sarebbe incorsa in difetto di istruttoria, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto e sviamento dalla causa tipica. La dichiarazione allegata all'interno della Busta A del RTI aggiudicatario conterrebbe esclusivamente la generica indicazione in termini percentuali delle quote di partecipazione, rispettivamente del 51% per AB Comunicazioni srl e del 49% per Creations srl, senza alcuna specificazione, nel dettaglio, delle quote di esecuzione del contratto con riferimento alle diverse parti del servizio e della fornitura da eseguirsi da parte di ciascun componente del raggruppamento, con conseguente impossibilità per la SA di poter verificare il possesso dei requisiti speciali richiesti;

4. violazione degli artt. 93 e 103 del d. lgs. 50/2016 per l'illegittimità della cauzione provvisoria e l'impossibilità di prestare la cauzione definitiva, a causa della messa in liquidazione del soggetto fideiussore;

5. violazione degli artt. 95 e 97 del d. lgs. 50/2016, per incompletezza dell'elaborato tecnico prodotto in allegato all'offerta, dal momento che solo per il criterio 1 di cui al punto 9 della lettera di invito, il Raggruppamento risulta aver proceduto ad allegare descrizioni e disegni, mentre per il criterio 2 si sarebbe limitato a ricopiare la descrizione del CT;

6. violazione degli artt. 29, 30, 86, 87 e 100 del d. lgs. 50/2016, in quanto nessuna delle imprese facenti parte del Raggruppamento e neppure la società ausiliaria indicata sarebbero in possesso dell'abilitazione alla installazione degli impianti secondo l'art 7 del DM n. 37/08 e al rilascio della relativa dichiarazione di conformità;

7. violazione degli artt. 95 e 97 del d. lgs. 50/2016 per insostenibilità economica dell'offerta presentata: una corretta lettura dei giustificativi presentati, rapportata sui due anni, comporterebbe un costo per le 2 edizioni di oltre € 1.000.000,00, di gran lunga superiore all'offerta, con evidente insostenibilità della stessa;

8. violazione dell'art.77 del d. lgs. 50/2016, per illegittima composizione della commissioni di gara, in quanto il presidente sarebbe interno e due commissari avrebbero svolto funzioni e incarichi tecnici e amministrativi relativamente al contratto in questione.

Si è costituita in giudizio la società 1000 Miglia, dando conto delle ragioni che hanno determinato l'esclusione, in prima battuta, per la non conformità del tavolo e poi, in sede di riesame, anche a causa

delle ulteriori difformità rispetto al capitolato tecnico esattamente coincidente con quelle che state evidenziate dalla ricorrente. A tale proposito, essa ha chiarito che nel Capitolato tecnico, al paragrafo denominato “Condizioni generali dell’appalto” si legge che “Potranno essere proposte modifiche migliorative per gli aspetti indicati al punto 9 della lettera di invito criterio 1, sub criterio 1”. Le offerte potevano, quindi, essere modificate in senso migliorativo solo con riferimento ai seguenti aspetti: il padiglione area verifiche sportive del paddock di cui al punto 01.05.12 del capitolato tecnico, la brandizzazione e la segnaletica dell’area esterna del Paddock di cui al punto 04.04.02 del capitolato tecnico, l’impianto audio del villaggio con inserimento di zona regia attrezzata di cui al punto 02.04.10 del capitolato tecnico, l’individuazione e l’agevole riconoscimento dei posti riservati delle tribune di Brescia e Roma di cui ai punti 03.04.12 e 04.04.12 del capitolato tecnico. Ciò varrebbe a sminuire la tesi di parte ricorrente, fondata sul fatto che le diverse caratteristiche delle installazioni previste (che riguarderebbero, per le strutture autoportanti, il punto 03.04.03 del Capitolato, per il retro del palco autovetture coperto il punto 03C del Progetto di Fattibilità, per le tribune i punti 03.04.11 e 03.04.12 del Capitolato) avrebbero integrato delle migliorie e non delle difformità. Le migliorie non previste, infatti, costituirebbero, ai sensi dell’art. 95, comma 14, lett. a) del Codice dei contratti pubblici, delle migliorie non autorizzate, causa di esclusione per violazione delle specifiche tecniche. (Cons. St., Sez. V, sentenza n. 42/2017).

La SA ha, quindi, puntualmente specificato che “non è dato comprendere quale operazione interpretativa avrebbe dovuto fare 1000 Miglia S.r.l. e soprattutto come avrebbe potuto trasformare per

via interpretativa i 5 tavoli offerti da Gamma Eventi nei 12 tavoli richiesti dal Capitolato tecnico”. Inoltre, il soccorso istruttorio sarebbe stato espressamente escluso in ragione della preclusione in tal senso disposta dall’art. 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici con riferimento agli elementi afferenti all’offerta tecnica e all’offerta economica.

Laddove il Collegio dovesse ritenere fondata la difesa di 1000miglia e respingere il ricorso avverso l’esclusione sarebbero, quindi, improcedibili gli ulteriori motivi di ricorso, volti a ottenere l’esclusione dalla gara anche dell’aggiudicatario.

In ogni caso le censure sarebbero infondate nel merito.

La controinteressata ha, in primo luogo, precisato come, a differenza di quanto avvenga solitamente nelle gare per l’allestimento di manifestazioni, la 1000 Miglia s.r.l., forte della lunga esperienza maturata, ha preferito indicare *ex ante*, in sede di definizione della *lex specialis* di gara, la quasi totalità degli elementi tecnici e qualitativi che dovevano essere garantiti in occasione della erogazione dei servizi, lasciando ai concorrenti limitatissimi spazi di autonomia nella definizione della progettazione esecutiva.

Proprio perché questa era la filosofia di base, molte delle variazioni proposte dalla ricorrente sono state valutate come inammissibili modifiche all’offerta.

Il ricorso sarebbe, dunque, infondato, non potendosi qualificare le varianti proposte come errori materiali, suscettibili di rettifica, né ammettere migliorie non espressamente ipotizzate dalla stazione appaltante. Nessun soccorso istruttorio poteva, dunque, trovare spazio, in quanto, per le stesse ragioni già evidenziate dalla 1000

Miglia srl, si sarebbe consentita un'inammissibile integrazione dell'offerta.

L'ammissione del raggruppamento di AB, invece, sarebbe avvenuta legittimamente, non essendo ravvisabili i vizi dedotti: sia nella documentazione contenuta nella busta A, che nell'offerta tecnica, il RTI avrebbe compiutamente indicato sia la specifica delle parti di servizio e forniture di competenza di ciascuna delle imprese, sia le quote dalle stesse detenute. Inoltre, la messa in liquidazione e amministrazione controllata della CBL Insurance Europe Dac sarebbe intervenuta successivamente alla presentazione dell'offerta e al rilascio della fideiussione, risalente al 26 gennaio 2018 e l'impegno alla costituzione della garanzia fideiussoria per l'esecuzione al contratto non poteva comunque essere pretesa, trattandosi di piccole e medie imprese, mentre il progetto sarebbe stato redatto nel rispetto di quanto richiesto, data l'inutilità di uno sviluppo progettuale per elementi non modificabili e, dunque, già previsti nei particolari da parte della stazione appaltante e l'abilitazione all'installazione di impianti elettrici di cui al DM n. 37/08 non poteva essere richiesta, nel caso in esame, perché l'impianto elettrico, oltre che ad essere di carattere temporaneo, non era destinato ad essere realizzato all'interno di edifici e, in ogni caso, l'affidamento a un terzo della mera verifica degli impianti ai fini del rilascio della certificazione di conformità non avrebbe potuto integrare un'ipotesi di subappalto.

Infine, la censura relativa alla pretesa anomalia dell'offerta sarebbe generica, prima che infondata.

In vista della pubblica udienza, sia 1000 Miglia, che Gamma Eventi hanno ribadito le difese già dispiegate, depositando memorie, cui ha fatto seguito la produzione dell'ordinanza con cui il Consiglio di

Stato ha rigettato l'appello cautelare e, successivamente, delle memorie di replica delle medesime, oltre che della AB Comunicazioni.

Nella propria replica, peraltro, la Gamma ha chiesto al Collegio di disporre, in via istruttoria, il deposito di una pluralità di documenti relativi all'esecuzione dell'appalto: domanda reiterata a seguito del tardivo deposito di una memoria avente a oggetto proprio quest'ultima.

Essendosi la controinteressata - presente alla sola chiamata preliminare dell'udienza di merito, ma non alla discussione - opposta alla produzione tardiva, parte ricorrente ne ha sintetizzato il contenuto in udienza, mettendo in evidenza come le plurime non corrispondenze con il capitolato tecnico dimostrerebbero la dedotta anomalia dell'offerta.

La stazione appaltante ha, però, rilevato l'inconferenza di quanto rappresentato, in quanto attinente esclusivamente alla fase esecutiva del contratto e non anche a quella della scelta del contraente.

Dopo ampia discussione, la controversia è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso in esame è, in via principale e prioritaria, un ricorso avverso l'esclusione della ricorrente dalla "Procedura ristretta ai sensi dell'art. 61 del D. Lgs. n. 50/2016 per l'affidamento del servizio di progettazione esecutiva degli allestimenti con conseguente fornitura e posa in opera degli stessi per la gara automobilistica di regolarità con partecipazione di vetture storiche denominata «Mille Miglia»".

Subordinatamente all'accoglimento del ricorso in tale sua prima parte, la ricorrente ha, quindi, censurato anche l'ammissione alla gara

della controinteressata (al fine di ottenere la rinnovazione della gara) e, infine, l'aggiudicazione alla controinteressata.

Così delimitato l'oggetto del contendere, preliminarmente appare necessario ricordare che già in sede cautelare il Collegio aveva ritenuto che, nella fattispecie in esame, fosse inapplicabile il comma 2 bis dell'art. 120 del c.p.a., disciplinante lo specialissimo giudizio che imporrebbe la definizione della controversia con sentenza adottata in esito alla camera di consiglio fissata per la trattazione dell'incidente cautelare, essendo venuta meno l'esigenza di celerità della definizione del contenzioso che sottende a tale disposizione, in ragione della contestuale impugnazione anche dell'esito della gara.

La definizione del merito è stata, dunque, rinviata all'udienza pubblica, fissata nel rispetto dei termini previsti nello stesso art. 120 c.p.a..

Ciò premesso, il Collegio non può che rigettare la richiesta di acquisizione, in via istruttoria, di una pluralità di documenti tutti strumentali alla eventuale contestazione di una corretta esecuzione del contratto e cioè inerenti a profili che, prima ancora che non attinenti al contenzioso in esame, sfuggirebbero addirittura dalla cognizione di questo Tribunale.

Si può, quindi, procedere all'esame del ricorso, che, nella parte in cui è rivolto avverso l'esclusione dalla gara dell'odierna ricorrente non può trovare positivo apprezzamento.

Nonostante parte ricorrente invochi la contrarietà alla legge del provvedimento con cui è stata disposta la esclusione della sua offerta, in ragione della pretesa violazione dell'obbligo di motivazione imposto dall'art. 3 della legge 241/90 e delle disposizioni di cui all'art. 83 del d. lgs. 50/2016, quali conseguenze di

una non corretta interpretazione e lettura della *lex specialis* di gara, che avrebbe determinato un'illegittima omissione del ricorso al soccorso istruttorio, il provvedimento appare immune dai vizi dedotti.

Sebbene, infatti, parte ricorrente, in violazione dell'obbligo di sinteticità degli atti giudiziari, in specie in materia di appalti pubblici, abbia condotto una lunga disquisizione, nuovamente ripetuta senza nulla aggiungere nella memoria depositata in vista dell'udienza pubblica, volta a dimostrare che la stazione appaltante avrebbe potuto agevolmente desumere dagli atti di gara la volontà della Gamma Eventi e leggere le differenze che caratterizzano l'offerta di quest'ultima rispetto al capitolato speciale in termini di migliorie proposte, la tesi non può essere condivisa.

Per meglio chiarire tale conclusione, appare opportuno seguire la suddivisione operata dalla ricorrente stessa rispetto alle contestazioni riguardanti l'offerta, le quali hanno indotto la stazione appaltante all'esclusione della stessa, ribaltandone, però, l'ordine di esame, per ragioni di ordine logico, prima ancora che di economia dell'attività giudiziaria.

È evidente, infatti, che sebbene rispetto al secondo gruppo di difformità dal capitolato speciale sia possibile discutere della potenziale qualificabilità dell'offerta presentata come migliorativa, le prime due differenze contestate non possono che rappresentare una proposta diversa e non rispettosa del contenuto "minimo" richiesto dalla *lex specialis* di gara.

Si tratta, nello specifico, della previsione dell'installazione, presso la zona di arrivo e partenza di Roma, della "pedana di partenza e [del]le rampe di salita e discesa [...] con struttura di sostegno in sistema multidirezionale costituito da tubi in acciaio [...] e tavolato", che la

ricorrente ha indicato come “da voi fornito”, con ciò lasciando sottintendere che l’offerta sia stata formulata partendo dal presupposto che il tavolato sarebbe stato messo all’uopo a disposizione da parte della SA e dell’installazione, presso lo spazio “sala stampa mille miglia” di cui a p. 19 dell’offerta presentata dalla Gamma Eventi, di “n. 5 postazioni tavolo” invece delle n. 12 postazioni richieste al punto 01.05.18 del CT di gara.

In entrambi i casi, si sostiene nel ricorso, vi sarebbe stato un mero “*lapsus calami*”, di cui la stazione appaltante avrebbe dovuto avvedersi e che la stessa avrebbe dovuto superare esercitando il soccorso istruttorio, così da consentire alla Gamma Eventi di modificare la propria offerta e correggerla in modo da rispettare il capitolato tecnico.

Secondo il Collegio, però, la scelta della stazione appaltante di escludere la ricorrente per aver presentato un’offerta non conforme al contenuto minimo richiesto per la sua ammissibilità risulta immune dai vizi dedotti.

Parte ricorrente sostiene, infatti, che l’offerta, nella parte relativa alle pedane di partenza e relative rampe, sconterebbe i deleteri effetti dell’utilizzo del “copia-incolla” della parte dedicata alla realizzazione della zona a Brescia, dove la 1000 Miglia s.r.l. ha chiaramente precisato di mettere essa stessa a disposizione il tavolato necessario al suo completamento. L’utilizzo del pronome “voi”, in luogo di “noi” quindi, oltre a essere un mero errore materiale, sarebbe del tutto neutro.

Tale conclusione, però, non può essere condivisa, dal momento che l’utilizzo del “voi” sta a significare che il costo del trasferimento del

tavolato da Brescia a Roma sarebbe a carico della stazione appaltante e non anche dell'esecutore dell'appalto.

Ciò chiarito, l'offerta risulta essere difforme dal capitolato tecnico che, invece, era molto chiaro nel prevedere che il costo della messa a disposizione del tavolo a Roma dovesse essere a carico della concorrente. Non è stata, quindi, evidenziata alcuna ragione per la quale la stazione appaltante avrebbe dovuto, unilateralmente, ritenere che, nonostante quanto chiaramente scritto nell'offerta, alla stessa dovesse essere attribuito un diverso significato, forzandone una riscrittura in termini di conformità alla *lex specialis*.

Del tutto apodittica risulta essere l'affermazione di parte ricorrente a pagina 2 della memoria depositata il 14 maggio 2018, nella quale si legge che "l'evidenza dell'errore risultava del tutto solare, in quanto non potevano sorgere dubbi sul fatto che tali materiali sarebbero stati forniti dalla SA esclusivamente per la struttura di Brescia e non per quella da installare sul territorio capitolino.". Nel prosieguo della lunga memoria parte ricorrente non indica una sola ragione per cui alla stazione appaltante avrebbe dovuto risultare evidente la presenza di un errore, in luogo dell'effettuazione di una specifica scelta, né può essere utile in tale ottica la mera considerazione dello scarso valore dei tavolati in questione.

Ancor più improbabile appare la configurazione di un errore materiale nell'indicazione delle postazioni tavolo presso la sala stampa, previste in numero di 5, laddove il capitolo tecnico, per stessa ammissione della ricorrente, le indicava in numero di 12.

A prescindere dal fatto che, questa, come la precedente difformità contestata, non incidano in modo consistente sull'economia dell'offerta – peraltro circostanza solamente affermata, ma non

dimostrata nel ricorso –non pare esservi spazio alcuno per configurare un’ipotesi di mancato soccorso istruttorio.

La stessa parte ricorrente sottolinea come l’istituto sia, a suo dire, utilizzabile per sopperire alle carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, anche relativo all’offerta tecnica e/o economica, essendo ciò escluso solo nel caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale dell’offerta stessa.

Nella fattispecie, però, le difformità dell’offerta contestate, per la loro natura, prima ancora che per la loro consistenza, non sono riconducibili a meri errori formali, ma a proposte contrattuali più o meno coscientemente (ma il particolare risulta irrilevante ai fini che qui rilevano) diverse da quanto specificato nel capitolato speciale.

Che l’uso del “voi” al posto del “noi” o l’indicazione delle postazioni in 5 anziché 12 siano frutto di mero errore ovvero di scelta cosciente, ciò che risulta rilevante e che ha legittimamente portato ad escludere il ricorso al soccorso istruttorio è che, di fatto, l’offerta conteneva indicazioni non conformi alla *lex specialis*, senza che potesse evincersi che di mero errore si sia trattato ovvero senza che potesse, dall’esame delle ulteriori parti dell’offerta, desumersi l’effettiva volontà di offrire esattamente quanto richiesto dal capitolato speciale. La ricorrente, infatti, pur affermando che la “SA, difatti, ben avrebbe potuto (*rectius*, dovuto) procedere a rettificare da sé l’offerta, attraverso una mera operazione interpretativa”, non ha in alcun modo indicato le ulteriori parti dell’offerta il cui contenuto avrebbe consentito di evincere dall’offerta stessa, in assenza di qualsiasi eterointegrazione, la piena volontà del rispetto delle prescrizioni tecniche dettate dalla stazione appaltante.

In tal senso, da ultimo, TAR Lazio, sentenza n. 6142/2018, secondo la quale “il soccorso istruttorio non può sanare carenze proprie della domanda (come dell’offerta tecnica negli appalti), né integrarla o modificarne un elemento essenziale, in virtù del rammentato principio di autoresponsabilità e di diligenza che deve guidare il dichiarante (come l’operatore economico) che partecipi a una pubblica gara nella formulazione della propria offerta”, nonché TAR Lazio, n. 4562/2018 e Cons. Stato, n. 2567/2018.

Ciò appare del tutto sufficiente a legittimare l’esclusione, in quanto le difformità ora analizzate, precluderebbero comunque la riammissione in gara della ricorrente, anche laddove dovessero essere accolte tutte le censure mosse alle altre ragioni di non conformità dell’offerta al capitolato tecnico rilevate dalla 1000 Miglia srl.

La conferma dell’esclusione dell’odierna ricorrente, la quale comporta l’inammissibilità, per carenza della legittimazione ad agire, delle censure rivolte alla valutazione dell’offerta della ricorrente (e, in particolare, alla sua anomalia), non può, peraltro, far venire meno l’interesse alla decisione del ricorso nella parte in cui è volto a escludere anche la controinteressata.

Quest’ultimo residua, infatti, in capo alla ricorrente, trattandosi dell’unico altro concorrente in gara e, dunque, sussistendo l’interesse alla rinnovazione della gara, che si renderebbe necessaria nel caso di accoglimento delle censure specificamente volte contro l’ammissione della controinteressata.

Ciò chiarito, appare del tutto irrilevante il fatto che la dichiarazione allegata all’interno della Busta A del RTI aggiudicatario contenesse esclusivamente la generica indicazione in termini percentuali delle quote di partecipazione, rispettivamente del 51% per AB

Comunicazioni srl e del 49% per Creations srl. Sia nella documentazione inserita nella busta A, sia nell'offerta tecnica presentata dall'aggiudicatario risultano essere state fornite tutte le indicazioni necessarie. In particolare nella tabella allegata risultano specificate in maniera dettagliata: i) la denominazione delle imprese; ii) le parti del servizio e delle forniture di ognuna delle due imprese; iii) le quote detenute da ognuna delle due imprese del costituendo RTI.

Peraltro, a pagina 8 dell'offerta tecnica del raggruppamento aggiudicatario si rinviene una precisa ripartizione delle singole prestazioni relative al servizio e alla fornitura eseguite da ciascun membro del raggruppamento: “progettazione ed esecuzione; progetto grafico; pulizia delle aree; noleggio allestimenti e strutture; copertura assicurativa (per il furto, incendio ecc.) dei beni e delle attrezzature fornite a noleggio; produzione degli elaborati grafici per le richieste di occupazione del suolo pubblico; service audio; segreteria organizzativa; trasporti; accoglienza; presidio e assistenza tecnica; gestione del personale”, relativamente alla AB Comunicazioni e “montaggio e lo smontaggio degli allestimenti; noleggio allestimenti e strutture; fornitura dei supporti stampati; pulizia delle aree; copertura assicurativa (per furto, incendio ecc) dei beni e delle attrezzature fornite a noleggio; allacciamenti elettrici; service audio; trasporti; presidio e assistenza tecnica” con riferimento alla Creations.

La parziale sovrapposibilità delle prestazioni non può che lasciar presumere che, in mancanza di specificazione, l'ATI sia, almeno in parte, orizzontale e, dunque, entrambe le imprese svolgeranno tali attività in quota parte, senza che ciò possa determinare sospetti di

insufficiente qualificazione, che non sono stati in concreto adombrati dalla ricorrente.

Né può ritenersi determinante che l'offerta tecnica della controinteressata non sia stata corredata, a differenza di quella della ricorrente, da alcuna elaborazione, spiegazione, disegno tecnico o altra rappresentazione grafica. Ciò avrebbe potuto, al più, incidere sul punteggio attribuito, in specie laddove ne conseguisse anche la mancanza di proposte di miglioria, ma non poteva determinare l'esclusione, proprio in applicazione di quel principio di tassatività delle cause di esclusione che la stessa ricorrente invoca a proprio favore. L'offerta della controinteressata, infatti, non risulta, al contrario di quella della ricorrente, formulata in difformità dai requisiti minimi richiesti a pena di non ammissibilità, ma, semmai pedissequamente conforme al capitolato tecnico, senza che ciò possa determinarne, come sostenuto, invece, dalla ricorrente, l'illegittimità.

La stazione appaltante, infatti, ha chiarito come la rielaborazione tecnica ritenuta necessaria dalla ricorrente non lo fosse affatto, considerato il grado di puntualità e precisione delle previsioni del capitolato speciale, che consentivano un'esatta individuazione delle prestazioni richieste, senza che potesse residuare alcuna possibilità di modifica e, quindi, di incertezza sull'oggetto.

Quanto alla cauzione provvisoria presentata dal raggruppamento aggiudicatario e all'impegno a stipulare la cauzione definitiva, essi non possono ritenersi non conformi alle prescrizioni degli artt. 93 e 103 del d. lgs. 50/2016 e della legge di gara per il solo fatto che, dopo la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, la CBL Insurance Europe sia stata dichiarata fallita e le sia stato inibito

di prestare assicurazioni: ciò avrebbe dovuto solo imporre all'aggiudicatario di trovare tempestivamente un nuovo garante.

Legittimamente, dunque, il raggruppamento ha prodotto, per la partecipazione alla gara, una fideiussione rilasciata da un soggetto a ciò legittimato a quella data, essendo del tutto irrilevante quanto accaduto dopo, anche in considerazione del fatto che è la stessa ricorrente a riportare la prescrizione del punto 4. Par. 4 della lettera di invito, secondo cui, per l'affidamento del servizio, la concorrente si impegna a produrre l'impegno di un fideiussore, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto (disposizione in applicazione della quale il raggruppamento aggiudicatario ha puntualmente prodotto la fideiussione definitiva in occasione della sottoscrizione del contratto). La possibilità che si tratti anche di un soggetto diverso conduce a ritenere che la messa in liquidazione del fideiussore originario non potesse determinare l'esclusione dell'offerta.

Con riferimento alla circostanza per cui nessuna delle imprese facenti parte del Raggruppamento e neppure la società ausiliaria indicata sarebbero in possesso dell'abilitazione alla installazione degli impianti secondo l'art 7 del DM n. 37/08 e al rilascio della relativa dichiarazione di conformità, appare convincente la tesi difensiva della stazione appaltante. Secondo quest'ultima la abilitazione in parola non era necessaria in ragione del fatto che l'impianto da predisporre nella fattispecie doveva essere realizzato all'interno di un edificio progettato per ospitare impianti elettici temporanei. In ogni caso tale abilitazione non sarebbe, come già affermato dalla giurisprudenza (cfr. TAR Lazio - Roma, sez. I, n. 2157/2018),

requisito di partecipazione, tant'è che la stessa non era richiesta come requisito di ammissibilità alla gara e la necessità dell'eventuale certificazione dell'impianto avrebbe potuto essere soddisfatta mediante il ricorso a un professionista abilitato, senza che ciò potesse integrare un subappalto.

Ciò risulta essere confermato dal testo della lettera di invito e dal contenuto del capitolo 4 del capitolato speciale; in entrambi non si rinviene alcuna prescrizione dell'abilitazione, né alcuna richiesta specifica circa la certificazione, in quanto l'art. 4.1.1. (e così anche il successivo punto 4.4.1.) si limita a chiarire che “Gli impianti dovranno essere realizzati a regola d'arte come prescritto dall'art. 6, comma 1 del D.M. 22/01/2008, n. 37 e s.m.i. e secondo quanto previsto dal D.Lgs. n. 81/2008 e s.m.i. Saranno considerati a regola d'arte gli impianti realizzati in conformità alla vigente normativa e alle norme dell'UNI, del CEI o di altri Enti di normalizzazione appartenenti agli Stati membri dell'Unione europea o che sono parti contraenti dell'accordo sullo spazio economico europeo.”.

Ne deriva che, in base alla *lex specialis*, non poteva ritenersi preclusa la possibilità che la certificazione di cui al citato DM n. 37/08, laddove richiesta per il rilascio della Licenza di pubblico spettacolo necessaria per l'espletamento delle manifestazioni, fosse rilasciata da un soggetto terzo a ciò abilitato.

Il ricorso non risulta essere fondato nemmeno nella parte in cui deduce l'anomalia dell'offerta della controinteressata, considerato che, alla luce dei chiarimenti forniti da quest'ultima e di quanto rappresentato dalla stazione appaltante, non pare potersi ravvisare alcuna illogicità o irragionevolezza tali da consentire l'intervento del giudice. Come ormai costantemente affermato dalla giurisprudenza,

infatti, il giudizio di non anomalia dell'offerta rientra nella piena discrezionalità della stazione appaltante, il cui giudizio può essere censurato in sede di controllo di legittimità solo laddove si dimostri che la conclusione cui la stazione appaltante è addivenuta non risponda ai principi di buona amministrazione, logicità e ragionevolezza.

Principi di cui non risulta provata la violazione nell'ambito del giudizio *ex ante*, di affidabilità dell'offerta, demandato alla stazione appaltante, prima e al giudice amministrativo, poi, per la formazione del quale non possono avere rilevanza le modalità esecutive contestate *ex post* da parte ricorrente e che potrebbero determinare, eventualmente, una risoluzione del contratto o, comunque, la contestazione del corretto adempimento delle obbligazioni contrattuali.

Infine, premessa l'inapplicabilità alla fattispecie, *ratione temporis*, della novella introdotta dal d. lgs. 50/2016 in relazione alla nomina delle commissioni di gara, a causa della mancanza delle disposizioni attuative relative alla formazione dell'Albo dei commissari di gara da cui attingere, è generica la censura relativa all'illegittima composizione della Commissione, che, oltre all'amministratore unico della società avrebbe previsto la partecipazione alla stessa di due commissari che avrebbero svolto funzioni e incarichi tecnici e amministrativi relativi al contratto, senza però specificare in quali termini.

Al rigetto del ricorso, per tutte le ragioni sin qui esposte, consegue l'imputazione delle spese del giudizio secondo l'ordinaria regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, che liquida, a favore della stazione appaltante e del raggruppamento controinteressato, nella somma di euro 2.000,00 ciascuno, per un totale di euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre ad accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 30 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Mara Bertagnolli, Consigliere, Estensore

Alessio Falferi, Consigliere

L'ESTENSORE
Mara Bertagnolli

IL PRESIDENTE
Alessandra Farina

IL SEGRETARIO