



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

ex art. 60 cpa;

sul ricorso numero di registro generale 203 del 2012, proposto da:
MUTA SRL, rappresentata e difesa dall'avv. Enrico Pasquinelli, con
domicilio eletto presso l'avv. Alberto Salvadori in Brescia, via XX
Settembre 8;

contro

APAM ESERCIZIO SPA, non costituitasi in giudizio;

nei confronti di

THERMOBUS SRL, non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

- della nota dell'amministratore delegato di Apam Esercizio spa del 16
gennaio 2012, con la quale è stata comunicata l'esclusione della
società ricorrente dalla gara per la fornitura, l'installazione, il collaudo
e la manutenzione degli impianti di aria condizionata su 11 autobus

interurbani autosnodati;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2012 il dott.

Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cpa;

Considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato sulla GUUE dell'11 novembre 2011 Apam Esercizio spa (società a prevalente partecipazione pubblica che cura i servizi della mobilità nel territorio del Comune di Mantova e provincia) ha indetto una procedura aperta per la fornitura, l'installazione, il collaudo e la manutenzione degli impianti di aria condizionata su 11 autobus interurbani autosnodati modello Mercedes Benz Citaro O-530-G.

2. Per l'aggiudicazione è stato scelto il criterio del prezzo più basso ai sensi dell'art. 82 del Dlgs. 12 aprile 2006 n. 163. Il disciplinare di gara prevedeva la presentazione di un plico all'interno del quale dovevano essere inserite due buste. La busta n. 1 doveva contenere, tra l'altro, la domanda di partecipazione. In allegato alla domanda era richiesta la fotocopia di un documento di identità del titolare o legale rappresentante dell'impresa. La medesima fotocopia era richiesta in

allegato alle dichiarazioni sostitutive unite alla domanda di partecipazione. La busta n. 2 doveva contenere l'offerta economica, sottoscritta in modo leggibile e corredata della fotocopia di un documento di identità del sottoscrittore. Lo schema dell'offerta economica evidenziava in calce l'allegazione della suddetta fotocopia.

3. Alla procedura ha partecipato, assieme ad altre quattro imprese, la ricorrente Muta srl, che ha offerto il prezzo più basso. La commissione di gara ha tuttavia rilevato nella seduta del 30 dicembre 2011 che l'offerta economica della ricorrente non era corredata della prescritta fotocopia del documento di identità e per questo motivo ha deciso di escluderla provvisoriamente dalla graduatoria finale. Con nota dell'amministratore delegato del 16 gennaio 2012 la stazione appaltante ha poi comunicato alla ricorrente l'esclusione definitiva. La decisione è stata ribadita con nota dell'amministratore delegato del 2 febbraio 2012.

4. Contro il provvedimento di esclusione la ricorrente ha presentato impugnazione con atto notificato il 20 febbraio 2012 e depositato il 29 febbraio 2012. Le censure possono essere sintetizzate come segue: (i) violazione del disciplinare di gara, che non sanziona con l'esclusione il mancato inserimento nella busta n. 2 della fotocopia del documento di identità; (ii) violazione dell'art. 38 comma 3 del DPR 28 dicembre 2000 n. 445, il quale prevede l'allegazione della fotocopia del documento di identità solo per le istanze e le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà, categorie in cui non rientra l'offerta economica; (iii) violazione del principio di strumentalità delle forme,

in quanto, essendo già prevista l'inclusione della fotocopia del documento di identità nella busta n. 1, la reiterazione dell'adempimento nella busta n. 2 risulterebbe inutile e sproporzionata.

5. Non si sono costituite in giudizio né Apam Esercizio spa né la controinteressata.

6. La tesi della ricorrente appare condivisibile per le seguenti ragioni:

(a) innanzitutto vi è un dato formale: la richiesta di allegazione della fotocopia del documento di identità non è espressamente sanzionata dal disciplinare di gara con l'esclusione. Dunque non è stato rispettato il principio di certezza del diritto: i concorrenti non sono stati preventivamente informati delle conseguenze negative che l'omissione avrebbe comportato;

(b) occorre poi esaminare la vicenda controversa alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione, ora codificato nell'art. 46 comma 1-bis del Dlgs. 163/2006. Questa norma da un lato elenca le tipologie di cause di esclusione ammissibili (violazione di legge e in particolare delle prescrizioni del codice e del regolamento dei contratti pubblici, omissioni che determinano incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali, assenza del requisito dell'integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione, altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi che possano in concreto pregiudicare la segretezza delle offerte), e dall'altro colpisce con la sanzione della nullità le clausole della *lex specialis* che introducano ulteriori ipotesi di

esclusione;

(c) è verosimile che la stazione appaltante chiedendo una sottoscrizione leggibile e la fotocopia del documento di identità intendesse evitare dubbi e contestazioni sulla provenienza dell'offerta economica. Questo è un obiettivo per se legittimo e certamente perseguibile applicando in via analogica l'art. 38 comma 3 del DPR 445/2000, pur essendo tale norma riferita in via diretta alle istanze e alle dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà e non alle dichiarazioni di volontà negoziali a cui appartiene l'offerta economica;

(d) tuttavia l'utilizzo delle semplificazioni del DPR 445/2000 può avvenire unicamente *in bonam partem*, ossia a vantaggio del concorrente e ai fini della conservazione dell'offerta economica. La stazione appaltante è infatti legittimata a sanzionare con l'esclusione soltanto l'incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta. Non può quindi essere perseguito il risultato della certezza assoluta (con aggravio di adempimenti e formalismi) ma solo quello della ragionevole certezza, che è sufficiente a evitare l'incertezza assoluta;

(e) nello specifico la ragionevole certezza sulla provenienza dell'offerta economica è assicurata da una pluralità di fattori, e in particolare dall'inserimento della busta n. 2 nello stesso plico contenente la busta n. 1, dalla presenza in quest'ultima della fotocopia del documento di identità del soggetto che ha sottoscritto la domanda di partecipazione e le dichiarazioni sostitutive, dall'apertura del plico e delle buste in seduta pubblica. Ulteriori adempimenti e garanzie sono superflui: tale superfluità è innocua se i concorrenti decidono

spontaneamente di sottostare agli ulteriori formalismi, ma è illegittima, per sproporzione manifesta rispetto alle esigenze di ordinato svolgimento della gara, se imposta a pena di esclusione.

7. In conclusione il ricorso deve essere accolto, con il conseguente annullamento dell'atto impugnato, da cui deriva la riammissione della ricorrente alla gara. Le spese seguono la soccombenza e possono essere liquidate in € 4.000 oltre agli oneri di legge. Il contributo unificato è a carico di Apam Esercizio spa ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis.1 del DPR 30 maggio 2002 n. 115.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso e conseguentemente annulla il provvedimento impugnato.

Condanna Apam Esercizio spa a versare alla ricorrente, a titolo di spese di giudizio, l'importo di € 4.000 oltre agli oneri di legge. Il contributo unificato è a carico di Apam Esercizio spa ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis.1 del DPR 30 maggio 2002 n. 115.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore

Stefano Tenca, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/03/2012

IL SEGRETARIO

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