



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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2900 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Aeromed Service Italia S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Giuseppe Rusconi in Milano, via Vincenzo Monti 8

contro

Areu - Azienda Regionale Emergenza Urgenza - rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Avolio nel cui studio in Milano, viale Gian Galeazzo, 16 è elettivamente domiciliata

nei confronti di

Avionord S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Luca Griselli e Marco Salina ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo

in Milano, via A. Cadamosto 8

per l'annullamento

- degli atti e delle operazioni della procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando indetta ed esperita da AREU per "l'affidamento del servizio di trasporto di organi ed equipages con aeromobili ad ala fissa", nella parte in cui si è proceduto all'aggiudicazione della commessa nei confronti della controinteressata Avionord S.r.l.;
- del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara in favore della ditta controinteressata - sconosciuto nei suoi contenuti - adottato dall'Ente resistente con deliberazione n. 146 del 26 ottobre 2010;
- della nota prot. n. 0003969 del 28 ottobre 2010;
- del provvedimento di cui alla nota prot. n. 0004326 del 24 novembre 2010;
- per quanto di ragione, di tutti i verbali di gara;
- nonché, in subordine, ove occorra, della disposizione di cui al punto 12.4 della lettera di invito;
- nonché, ai sensi e per gli effetti dell'art.116 C.P.A., della nota prot. n. 0004205 del 15 novembre 2010;

con la conseguente declaratoria del diritto della Società ricorrente di accedere a tutta la documentazione prodotta in sede di gara dalla Società controinteressata, con particolare ma non esaustivo riferimento a tutta la documentazione costituente l'offerta tecnica ed

all'offerta economica.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Areu - Azienda Regionale Emergenza Urgenza e di Avionord S.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da Avionord S.r.l. Società Gruppo N.G.C. Medical;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2012 il dott. Raffaello Gisondi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'AREU, Azienda Regionale Emergenza ed Urgenza, ha indetto una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando per l'aggiudicazione dell'appalto relativo al servizio di trasporto organi ed équipes con aeromobili ad ala fissa.

Alla gara hanno partecipato le società Aeromed S.r.l. e Avionord S.r.l. che si è aggiudicata la commessa.

Avverso i provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva ha proposto ricorso la S.r.l. Areomed sulla base dei seguenti

MOTIVI

1) Violazione dell'art. 83 del D.Lgs. 163 del 2006 e dei criteri di attribuzione del punteggio di cui al punto A.4 della lettera di invito.

La Società Itali Airlines, di cui Aeromed ha dichiarato di volersi avvalere ai fini dell'esecuzione della commessa, ha dichiarato che, in caso di aggiudicazione del servizio, avrebbe spostato uno o due degli aeroplani facenti parte della sua flotta da Fiumicino a Malpensa o Linate.

La Commissione erroneamente non avrebbe tenuto conto di tale impegno ai fini della attribuzione del punteggio previsto dalla lex specialis per ogni aereo domiciliato negli aeroporti di Linate e Malpensa, considerandolo indeterminato. Infatti, anche nella peggiore delle ipotesi, almeno un velivolo della flotta Italia Airlines sarebbe stato domiciliato a Malpensa, verificandosi, in tal modo, il presupposto per l'attribuzione di almeno 2 punti.

2) Violazione 83 comma 4 del D.Lgs. 163 del 2006 e dei criteri di attribuzione del punteggio di cui al punto C.1 della lettera di invito.

Nel valutare il profilo della organizzazione dell'impresa con richiamo ai criteri di gestione operativa, manutentiva, di qualità e sicurezza del volo la Commissione avrebbe attribuito ad Avionord un maggior punteggio sulla base del presupposto che detta Società, diversamente da Aviomed, avrebbe garantito l'operatività del suo call center 24 ore su 24. Ma sarebbe bastato leggere con più attenzione l'offerta della ricorrente per accorgersi che anche il suo call center garantiva la stessa copertura oraria.

La Commissione, inoltre non avrebbe tenuto nella giusta considerazione la proposta di Aeromed nella parte in cui essa prevedeva che la gestione logistica delle missioni sarebbe stata supervisionata da personale medico.

3) Violazione dell'art. 83 comma 4 del D.Lgs. 163 del 2006, nonché dei criteri di attribuzione del punteggio di cui al punto C.2. della lettera di invito.

Nella valutazione delle capacità addestrative delle imprese concorrenti la Commissione avrebbe inspiegabilmente penalizzato Aeromed solo per il fatto di aver dovuto compiere una approfondita analisi del Manuale delle operazioni da essa allegato per scoprire che il suo personale di volo si era addestrato mediante un simulatore.

La Commissione, inoltre, avrebbe negativamente sottolineato la mancanza in capo ad una delle società ausiliarie di Aeromed (Silesia) della disponibilità di un simulatore, disponibilità che non è affatto necessaria affinché i suoi piloti possano addestrarsi con tale strumento (come poi la stessa Commissione ha dato atto).

4) In via subordinata: violazione dell'art. 83 comma 4 del D.Lgs. 163 del 2006, nonché dei criteri di attribuzione del punteggio di cui al punto B.1 della lettera di invito.

La Commissione nell'applicare il criterio relativo al punto B.1 in base al quale avrebbero dovuto essere attribuiti 8 punti agli equipaggi comandati da piloti aventi una media di ore di volo superiore al minimo previsto per la qualificazione, avrebbe arbitrariamente

stabilito di prendere in considerazione la media fra i 2 comandanti con maggiore e minore esperienza.

Sarebbe, quindi stato creato a posteriori (dopo l'apertura delle buste) un criterio di attribuzione del punteggio non previsto dalla lex specialis.

5) In via ulteriormente subordinata: violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara comportante la necessità di apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche in seduta pubblica. Illegittimità della disposizione di cui al punto 12.4 della lettera di invito e delle ulteriori disposizioni previste al punto 12 della stessa, ove interpretate nel senso di consentire la apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica in seduta segreta. Violazione dell'art. 64 comma 5 del DPR 544/99.

La Commissione avrebbe errato ad aprire la busta contenente l'offerta tecnica in seduta segreta anziché in presenza dei rappresentanti delle ditte partecipanti.

6) Violazione del principio di collegialità che impone alla Commissione di operare con il plenum dei suoi componenti.

La Commissione avrebbe aperto in seduta riservata le buste contenenti l'offerta tecnica in assenza di due componenti.

Dopo aver potuto accedere ai documenti relativi all'offerta tecnica presentata dalla Società aggiudicataria Aeromed ha proposto i seguenti

MOTIVI AGGIUNTI

7) Violazione dell'art. 49 del D.Lgs. 163 del 2006.

Le Società di cui Avionord ha dichiarato di volersi avvalere per la fornitura degli aeroplani e dei relativi piloti si sarebbero impegnate e mettere a sua disposizione soltanto i mezzi di trasporto, ma non anche il personale di volo.

Inoltre, l'impegno manifestato da una delle predette società ausiliarie (Aliven), sarebbe nullo in quanto condizionato ad una non meglio precisata disponibilità della flotta.

8) Violazione degli artt. 1 comma 2 lett. E) e 6 comma 1 lett. H) della lettera di invito; eccesso di potere per difetto di istruttoria ed errore sui presupposti di fatto e di diritto.

La legge di gara richiedeva che le concorrenti dovessero essere in possesso della concessione per lo svolgimento di trasporto pubblico di persone e di merci rilasciato dall'ENAC. Invece, le due società di cui Avionord ha dichiarato di volersi avvalere sono in possesso della concessione per il trasporto di passeggeri e non di quella per il trasporto di merci.

9) Violazione della legge di gara per mancato possesso del certificato di approvazione EASA part-145 previsto dagli artt. 1 comma 2 lett. F), 6 comma 1 lett. I e 11 comma 2 lett. F) della lettera di invito.

Avionord non avrebbe attestato che le imprese affidatarie della manutenzione degli aeroplani della flotta Silesia sarebbero dotate di certificazione EASA (che garantisce il rispetto degli standard di sicurezza).

10) Violazione degli artt. 7 comma 1 lett. D) e 11 comma 2 lett. F) della lettera di invito e dell'art. 2 del capitolato tecnico.

Ben cinque dei comandanti degli equipaggi indicati dalla Società Air Four (di cui Avionord ha dichiarato di volersi avvalere) non possiederebbero le ore di volo minime previste dalla legge di gara per poter eseguire il servizio.

11) La Commissione avrebbe arbitrariamente attribuito un maggior punteggio ad Avionord in relazione al criterio relativo alla capacità addestrativa nonostante questa avesse reso delle semplici dichiarazioni in ordine all'utilizzo del simulatore da parte dei propri piloti ed Aeromed avesse invece prodotto in sede di gara tutti i manuali di addestramento.

Dalla documentazione prodotta da Avionord non sarebbe possibile comprendere quale sia il tipo di simulatore utilizzato dai piloti di cui essa ha dichiarato di volersi avvalere. Ne risulterebbe violata la *lex specialis* nella parte in cui richiede tale indicazione.

12) Violazione degli artt. 7 comma 1 lett. G) e 15 della lettera di invito; eccesso di potere per irragionevole ed irrazionale valutazione delle offerte, tecniche, illogicità. Sviamento difetto di istruttoria.

Inspiegabilmente la Commissione ha ravvisato pregi nella relazione di sostenibilità ambientale prodotta in sede di gara da Avionord, nonostante questa si basasse su affermazioni e considerazioni del tutto generiche ed inconsistenti.

13) In via subordinata e condizionata all'accoglimento del II motivo

del ricorso incidentale: violazione dell'art. 38 comma 1 lett. I del D.Lgs. 163 del 2006: Avionord non avrebbe allegato il DURC alla sua offerta.

14) In via condizionata e subordinata all'accoglimento del II motivo aggiunto al ricorso incidentale: violazione dell'art. 38 comma 1 lett. C) del D.Lgs. 163 del 2006 e dell'art. 6 della lettera di invito.

Avionord non avrebbe reso le dichiarazioni di moralità professionale previste dall'art. 38 del D.Lgs 163 del 2006 in relazione ad una pluralità di amministratori cessati nel triennio precedente alla presentazione della sua offerta.

Si sono costituiti AREU e Avionord S.r.l. per resistere al ricorso.

Quest'ultima ha anche proposto ricorso incidentale sulla base dei seguenti

MOTIVI

1) Violazione degli artt. 2 comma 1, 11 comma 6 e 74 del D.Lgs. 163 del 2006, dell'art. 72 del RD 827 del 1924, degli artt. 3 e 97 Cost., degli artt. 8 comma 2 e 11 lett. b) e c) della lettera di invito, degli artt. 49 comma 3 e 38 comma 1 lett. h) del D.Lgs. 163 del 2006; violazione dei principi di massima partecipazione, imparzialità e par condicio, dei principi di determinatezza, inequivocità ed unicità dell'offerta; eccesso di potere per disparità di trattamento, difetto di motivazione ed istruttoria, nonché per illogicità e contraddittorietà.

Le dichiarazioni rese dalle società ausiliarie di Aeromed non sarebbero conformi alle prescrizioni della lex specialis ed ai principi

che regolano la materia.

Infatti, l'impegno condizionato a trasferire alcuni aerei presso gli aeroporti milanesi in caso di aggiudicazione non sarebbe conforme alla lettera di invito che valorizzava soltanto il possesso di aerei già domiciliati presso Linate o Malpensa al momento della presentazione dell'offerta.

Tale impegno sarebbe poi del tutto aleatorio, stante la necessità di ottenere l'autorizzazione dell'aeroporto di destinazione il cui rilascio non può considerarsi una mera formalità da dare per scontata.

Inoltre, la disponibilità manifestata da Italia Airlines di trasferire presso Linate uno o due apparecchi, avrebbe reso la proposta contrattuale di Aeromed alternativa e, perciò, incompatibile con il principio di inequivocità delle offerte.

2) Violazione dell'art. 38 comma 1 lett. I del D.Lgs. 163 del 2006; eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria e di motivazione; violazione del principio della par condicio tra concorrenti; violazione dell'art. 49 del D.Lgs. 163 del 2006.

Dalla mancata produzione del DURC da parte di Aeromed si evincerebbe che essa non ha dipendenti propri.

Non sarebbe allora dato comprendere con quali collaboratori la Società intendesse eseguire le prestazioni relative al servizio di Call Center ed a quello infermieristico, visto che, con riguardo a tali attività, essa non ha dichiarato la propria intenzione di far ricorso all'avvalimento o al subappalto.

3) Violazione dei principi generali in materia di evidenza pubblica e scelta del contraente con particolare riguardo ai principi di massima partecipazione, imparzialità e par condicio; eccesso di potere per disparità di trattamento, difetto di motivazione ed istruttoria, illogicità e contraddittorietà.

Aeromed avrebbe conseguito 2 punti per il fatto di aver dichiarato di eseguire le prestazioni richieste attraverso un servizio di tracking.

Tuttavia, dalla documentazione da essa presentata a supporto della sua offerta, si evincerebbe che il suo servizio di tracking garantisce solo il trasporto terrestre e marittimo ma non anche quello aereo come, invece, sarebbe stato logico attendersi, visto l'oggetto del contratto di appalto.

Il ricorso incidentale è stato, poi, integrato, dai seguenti

MOTIVI AGGIUNTI

4) Violazione dell'art. 38 del DPR 445/2000; violazione degli artt. 6 e 11 comma 2 lett. F) della lettera di invito; violazione dell'art. 49 del D.Lgs. 163 del 2000; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento, carenza dei presupposti dell'ammissione di Aeromed; difetto di motivazione; violazione dei principi di massima partecipazione, imparzialità, par condicio.

Le dichiarazioni sostitutive (asseritamente) rese dal rappresentante legale di una delle due imprese ausiliare di Aeromed (Silesia) ai sensi dell'art. 49 comma 2 lettere C), D), E) dell'art. 49 del D.Lgs. 163 del 2006 e degli artt. 1 comma 2 lett. E) e 6 comma 1 lett. H) della lettera

di invito sarebbero state allegare solo in fotocopia e non in originale, così come richiede l'art. 38 del DPR 445 del 2000.

5) Violazione dell'art. 38 lett. B) e C) del D.Lgs. 163 del 2006; violazione dell'art. 49 comma 2 del medesimo decreto; violazione della lettera di invito; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento, carenza dei presupposti dell'ammissione di Aeromed; difetto di motivazione; violazione dei principi di massima partecipazione, imparzialità, par condicio.

Aeromed avrebbe allegato all'offerta solo le dichiarazioni di moralità professionale relative al Presidente del suo consiglio di amministrazione, ma non anche quelle relative ai singoli componenti di tale organo amministrativo.

Areomed, inoltre, non avrebbe allegato all'offerta le dichiarazioni di moralità professionale relative a taluni suoi rappresentanti legali cessati dalla carica nel triennio precedente alla presentazione della offerta.

6) Violazione degli artt. 6 comma 1 lettera L) punto n. 1 e 11 comma 2 lettera F) della lettera di invito; violazione dell'auto vincolo amministrativo; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento, carenza dei presupposti dell'ammissione di Aereomed; difetto di motivazione; violazione dei principi di massima partecipazione, imparzialità, par condicio.

Le referenze bancarie presentate da Aeromed sarebbero del tutto generiche ed insufficienti ad attestarne la capacità economica e

finanziaria.

7) Violazione dell'art. 38 comma 1 lett. H) del D.Lgs. 163 del 2006; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei presupposti fattuali; violazione dei principi di par condicio e trasparenza.

La dichiarazione resa dal rappresentante legale di Silesia in ordine alla domiciliazione presso l'Aeroporto di Linate di uno dei due aerei messi a disposizione di Aeromed non risponderebbe a verità, perché nessuno degli enti preposti, rispondendo alle specifiche richieste inoltrate da Avionord, l'avrebbe confermata.

DIRITTO

Ai fini della decisione il Collegio ritiene prioritario l'esame della quarta censura del ricorso incidentale.

Con essa la controinteressata Avionord afferma che le dichiarazioni rese dal rappresentante legale della società ausiliaria Silesia, di cui Aeromed ha dichiarato di volersi avvalere, non risponderebbero ai requisiti formali previsti dall'art. 38 del DPR 445 del 2000 in quanto si tratterebbe di mere fotocopie prive di sottoscrizione in originale.

Ciò, a giudizio della di Avionord, avrebbe dovuto comportare l'esclusione dell'impresa ricorrente.

Replia Aeromed che la sottoscrizione in originale delle dichiarazioni rese dall'impresa ausiliaria non sarebbe prevista né dalla lettera di invito, né dallo stesso art. 49 del decreto legislativo 163 del 2011, che richiede la produzione in originale del solo contratto di avvalimento.

Inoltre, la sanzione relativa alle suddette irregolarità formali non avrebbe potuto essere l'esclusione dalla gara difettando in proposito una specifica previsione della *lex specialis*.

Stante l'articolazione del motivo del ricorso incidentale e delle difese svolte sul punto dalla Società ricorrente, al fine di vagliare la sua fondatezza appare necessario prima di tutto verificare a quali requisiti di forma siano soggette le dichiarazioni delle imprese ausiliarie previste dall'art. 49 del D.Lgs. 163 del 2006 e, in secondo luogo, quale sia la rilevanza della mancata osservanza dei predetti oneri formali.

L'art. 49 del codice dei contratti pubblici prevede che, in caso di ricorso all'istituto dell'avvalimento, l'impresa concorrente, in aggiunta alle dichiarazioni previste dall'art. 38, debba altresì allegare alla propria domanda di partecipazione una serie di dichiarazioni rese dall'impresa ausiliaria aventi eterogenea natura.

In primo luogo l'impresa ausiliaria, in quanto destinata a sostituirsi alla impresa aggiudicataria nella esecuzione di parte della commessa, deve anche essa rendere le dichiarazioni attestanti la moralità professionale dei propri amministratori ed il possesso degli altri requisiti generali previsti dall'art. 38 del codice dei contratti pubblici. Essa deve, inoltre, attestare il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse che intende fornire all'impresa ausiliata e di non trovarsi in rapporti di controllo con altri soggetti che partecipano alla gara.

Le predette dichiarazioni di scienza, essendo del tutto omologhe a

quelle che anche l'impresa partecipante deve allegare al fine di attestare il possesso dei requisiti di partecipazione devono rispettarne le medesime forme e, quindi, essere redatte mediante dichiarazione sostitutiva ex DPR 28 dicembre 2000, n. 445, così come prevede il comma 2° dell'art. 38 del D.Lgs. 163 del 2006.

In secondo luogo l'impresa ausiliaria deve impegnarsi anche verso la stazione appaltante a mettere a disposizione della concorrente ausiliata le risorse di cui questi sia carente, contraendo, in tal modo un'obbligazione accessoria e dipendente rispetto a quella principale del concorrente che si perfeziona con l'aggiudicazione (Cons. Stato, VI, 13 maggio 2010, n. 2956).

Sia le dichiarazioni di scienza relative al possesso dei requisiti che la manifestazione di volontà diretta a contrarre l'impegno di messa a disposizione dei mezzi a favore del partecipante alla gara richiedono la sottoscrizione in originale del rappresentante legale dell'impresa ausiliaria.

Quanto alle prime, questo Tribunale ha già avuto modo di chiarire che l'efficacia probatoria che l'art. 38 del DPR 445 del 2000 annette alle dichiarazioni sostitutive nei rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione è sempre subordinata alla sussistenza della sottoscrizione originale del dichiarante, anche nel caso in cui venga prodotta la copia fotostatica della sua carta di identità. La produzione della copia della carta di identità, infatti, costituisce una modalità di autenticazione della firma alternativa alla attestazione del pubblico

ufficiale relativa alla identità del suo autore, ma non vale in alcun modo a garantire la conformità all'originale della copia fotostatica della dichiarazione (TAR Lombardia, Sez. I, 3.2.2010, n. 501).

A ciò si aggiunga che, in base all'art. 19 del DPR 445/2000, le dichiarazioni di scienza o di volontà provenienti da privati non appartengono alle categorie di documenti rispetto alle quali la attestazione legale di conformità all'originale può essere effettuata mediante dichiarazione sostitutiva. E, in ogni caso, anche la dichiarazione di conformità richiede la sottoscrizione originale che, nel caso di specie, manca del tutto.

Lo stesso discorso deve ripetersi con riguardo agli impegni che la società ausiliaria deve contrarre anche nei confronti della stazione appaltante.

Non può, infatti, attribuirsi alcun valore impegnativo ad una copia fotostatica priva della sottoscrizione originale del dichiarante, in assenza di ogni garanzia della sua conformità all'originale.

Passando all'esame della questione se la mancata sottoscrizione delle dichiarazioni previste dall'art. 49 possa essere sanzionata con l'esclusione dalla gara, in assenza di una specifica previsione della *lex specialis*, occorre ricordare che la violazione di prescrizioni imposte ai partecipanti dalla legge o dal bando non comporta l'esclusione solo nei casi in cui ciò sia stato espressamente previsto dalla stazione appaltante. Infatti, la mancata osservanza di previsioni che non abbiano carattere meramente formale, ma rivestano un particolare

rilievo ai fini del rispetto del principio della par condicio o della tutela dell'interesse dell'Amministrazione alla serietà ed alla attendibilità dell'offerta, comporta l'esclusione dalla gara anche in assenza di una corrispondente previsione del bando o della lettera di invito.

Con riguardo alle dichiarazioni relative alla moralità professionale previste dall'art. 38 del D.Lgs. 163 del 2006 parte della giurisprudenza ha ritenuto che, in assenza di una specifica previsione della lex specialis, la loro omissione o incompletezza non possa comportare l'esclusione.

Tale principio vale anche per le dichiarazioni dell'impresa ausiliaria nel caso in cui, anche in assenza di una formale attestazione, risulti che, nella sostanza, i suoi amministratori non abbiano riportato condanne penali tali da minarne la moralità professionale.

Lo stesso ragionamento, tuttavia, non sembra potersi automaticamente applicare anche alle dichiarazioni con cui l'impresa ausiliaria attesti di possedere i requisiti tecnici che sono oggetto di avvalimento, essendovi un evidente interesse della stazione appaltante ad accertare ex ante la sussistenza dei requisiti di qualificazione.

Ma ciò che, sicuramente, deve escludersi è che possa mancare la sottoscrizione dell'impegno della società ausiliaria di mettere a disposizione dei propri mezzi a favore della società offerente.

Si tratta, infatti, di un impegno che deve essere contratto anche nei

confronti della stazione appaltante, divenendo un elemento integrativo dell'offerta (senza il quale la prestazione promessa non è giuridicamente e praticamente realizzabile; per una fattispecie analoga T.A.R. Lazio sez. III, Roma, 4 giugno 2008, n. 5477).

Deve, perciò applicarsi anche a tale dichiarazione il principio giurisprudenziale secondo cui assolvendo la sottoscrizione la funzione di assicurare provenienza, serietà, affidabilità e insostituibilità dell'offerta, essa costituisce elemento essenziale per la sua ammissibilità, la cui mancanza ne inficia, pertanto, la validità e la ricevibilità senza che sia necessaria, ai fini dell'esclusione, una espressa previsione della legge di gara (Cons. Stato, sez. V 25 gennaio 2011, n. 528).

A ciò si aggiunga che la mancata sottoscrizione dell'offerta è considerata dall'art. 46 del D.Lgs. 163 del 2006 (novellato dal D.L. 70 del 2011) come causa tassativa di esclusione in quanto ne rende incerta la provenienza.

L'accoglimento del predetto motivo di ricorso incidentale ha valore escludente e determina, quindi, il difetto di legittimazione ad agire della ricorrente principale che, non potendo partecipare alla gara, non ha titolo a contestarne l'esito e le modalità di svolgimento.

La novità della questione esaminata giustifica la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione I di

Milano, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il quarto motivo di ricorso incidentale, e, per l'effetto dichiara l'inammissibilità di quello principale per difetto di legittimazione a ricorrere.

Compensa le spese di lite.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario, Estensore

Alberto Di Mario, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/03/2012

IL SEGRETARIO

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