



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 104 del 2012, proposto da:

Soc.Mas. Srl - Societa' Manutenzioni Stradali, rappresentata e difesa dagli avv. Carlo Alberto Franchi, Michele Bevilacqua, con domicilio eletto presso Alberto Avv. Baiocco in L'Aquila, via Salaria Antica Ovest, 8;

contro

Provincia Di L'Aquila Presidente, rappresentato e difeso dagli avv. Francesca Tempesta, Pierfranco De Nicola, con domicilio eletto presso L'Aquila Ente Provincia in L'Aquila, via Monte Cagno, 3;

nei confronti di

Angelo Bianchini;

per l'annullamento

DELLA DETERMINAZIONE DEL 24.1.2012 AVENTE AD OGGETTO S.P. 7 DI CASTEL DEL MONTE - LAVORI DI ADEGUAMENTO E MESSA IN SICUREZZA - 4° LOTTO - AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Provincia Di L'Aquila Presidente;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2013 il dott. Paolo Passoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

-con bando di gara del 12.9.2011, la Provincia dell'Aquila indiceva gara di appalto mediante procedura aperta, con criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, per lavori di adeguamento e messa in sicurezza della S.P. n. 7 "di Castel del Monte – 4^ lotto, per l'importo totale di euro 1.900.000,00;

-nel corso delle operazioni del 24 ottobre 2011, venivano esclusi 8 concorrenti (fra i quali la ditta Bianchini Angelo, odierna controinteressata), per non aver allegato copia fotostatica del documento di identità del sottoscrittore all'interno della busta contenente l'offerta economica; conseguentemente, la commissione dichiarava

aggiudicataria provvisoria la soc. Soc. Mas (odierna ricorrente) con il ribasso del 32%, come da verbale del 24.10.2011;

-con verbale del 30.11.11 (approvato dalla stazione appaltante il 6.12.11), la commissione di gara riapriva la procedura riammettendo le ditte escluse, in accoglimento di istanze di riesame mirate ad evidenziare la sproporzione delle adottate misure espulsive, a fronte di irregolarità non in grado di inficiare l'effettiva volontà negoziale manifestata dai rispettivi legali rappresentanti delle imprese riammesse; quanto sopra, anche con specifico riguardo al fatto che le fotocopia dei documenti di identità erano state comunque inserite all'interno delle offerte de quibus, nelle buste contenenti la documentazione amministrativa;

-con determinazione dirigenziale del 24.1.12, veniva disposta l'aggiudicazione definitiva a favore della ditta Bianchini Angelo, con un ribasso del 32,535% sull'importo dei lavori a base di gara;

-con il ricorso in epigrafe, la Soc.Ma.S ha impugnato gli atti di gara, lamentando l'illegittimità del ripensamento della Commissione giudicatrice rispetto alle originarie determinazioni che avevano portato all'esclusione dell'odierna aggiudicataria, ed alla conseguente aggiudicazione provvisoria a favore della ricorrente medesima; si contesta in particolare che erroneamente l'amministrazione avrebbe ritenuto sanabile la mancanza del documento di identità all'interno dell'offerta economica, trattandosi di violazione riportabile all'incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta stessa, espressamente sanzionata dall'art. 46 del codice dei contratti; in ogni caso, sarebbero state disattese le regole procedurali sull'autotutela ex art. 21 nonies legge 241/90, con ulteriori riverberi invalidanti dettati dalla violazione del principio di segretezza, scaturita dal ripensamento in questione;

-è stata altresì proposta istanza risarcitoria per equivalente;

-si è costituita in giudizio la Provincia di L'Aquila che ha controdedotto con memorie, a loro volta confutate ex adverso dalla ricorrente;

-con ordinanza n. 68/12 del 1.3.12 è stata respinta l'istanza incidentale di sospensiva, mentre alla pubblica udienza del 9.10.13 la causa è stata trattenuta a sentenza.

DIRITTO

Il principale thema decidendum attiene alla portata dell'omissione allegativa della copia del documento di identità nell'offerta economica, dibattendosi se tale omissione (in presenza di espressa sanzione espulsiva prevista dalla *lex specialis*) comporti una mera irregolarità sanabile, ovvero formalizzi un'incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta ex art. art. 46 del codice dei contratti, con conseguente esclusione della ditta incorsa nell'errore omissivo.

E' al riguardo appena il caso di precisare che, ai sensi del comma 1 bis dell'art. 46 del codice dei contratti (*introdotto dall'art. 4, comma 2, lettera d), legge n. 106 del 2011*), l'effetto espulsivo ivi previsto scaturisce solo se l'incertezza sul contenuto e/o sulla provenienza dell'offerta presenti connotati *assoluti*, dovendo *a contrario* riportarsi ad ipotesi non invalidanti –salvo eventuale soccorso istruttorio – le diverse situazioni in cui dall'offerta emergano comunque conforti indiziari che facciano presumere l'identità del soggetto che l'ha presentata, pur mediante una formulazione irrituale che non renda certezza giuridica dell'identità soggettiva dell'autore.

In buona sostanza, l'incertezza è assoluta allorquando risulti impossibile anche solo presumere con apprezzabile probabilmismo la provenienza dell'offerta, senza rilievo per ricostruzioni meramente esplorative od ipotetiche svincolate da un apprezzabile probabilmismo logico, prima ancora che giuridico. In ogni altro caso di incertezza relativa, non è pertanto configurabile l'esclusione della ditta, anche se prevista dalla *lex specialis*, la cui clausola deve ritenersi sul punto inficiata da nullità proprio ai sensi del citato comma 1 bis dell'art. 46 del codice dei contratti.

Ciò premesso, risulta evidente che nel caso in vertenza non possa ricorrere la fattispecie dell'incertezza assoluta

sulla provenienza dell'offerta, visto che risulta dirimente la presenza della copia del documento di identità del legale rappresentante della società, nella busta relativa alla documentazione; detta circostanza consente infatti di individuare l'autore dell'offerta, superando finanche la qualificata e ragionevole presunzione di provenienza. Pertanto, le argomentazioni della ricorrente sulla necessità di allegare la copia del documento anche nell'offerta economica (ove si formalizza la proposta negoziale stricto sensu) attengono alla (mera) irrivalenza delle domande proposte dalle ditte poi riammesse, irrivalenza che il legislatore del 2011 ha inteso esonerare da sanzioni espulsive nei sensi esposti in precedenza.

Quanto poi alle doglianze su asseriti vizi procedurali ex art. 21 nonies legge 241/90, in cui sarebbe incorsa la stazione appaltante nell'effettuare la riammissione delle ditte escluse e l'autoannullamento dell'aggiudicazione provvisoria a favore della ricorrente, è appena il caso di precisare che, per costante giurisprudenza, il ripensamento effettuato dagli Organi di gara prima dell'aggiudicazione definitiva non segue le regole di garanzia preposte all'esercizio dell'autotutela amministrativa, trattandosi di fasi ancora interne, liberamente rimediabili dalla struttura procedente; nel caso di specie, l'originaria aggiudicazione provvisoria deliberata dalla Commissione a favore della ricorrente (insieme all'esclusione delle 8 ditte) è stata superata ad opera della stessa Commissione prima ancora di trasmettere gli atti alla stazione appaltante per le approvazioni di rito, circostanza che rinforza l'evidenza della natura endoprocedimentale dell'intervento in contestazione.

Parimenti inconferenti si palesano infine le censure sulla presunta violata segretezza delle offerte che si sarebbe determinata a causa dell'avversato ius poenitendi della PA, trattandosi di procedimento di gara basato su criteri meccanici di scelta privi di alcuna discrezionalità.

In conclusione, il ricorso (e la sua allegata istanza risarcitoria) non può trovare accoglimento, pur nella sussistenza di giuste ragioni che consigliano la compensazione delle spese di lite; con conseguente

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima) respinge il ricorso in epigrafe;

compensa le spese;

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Elvio Antonelli, Consigliere

Paolo Passoni, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/10/2013

IL SEGRETARIO

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