



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**  
**(Sezione Prima Bis)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1036/2010, proposto da:

Soc Fiat Auto Var Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Marco Pizzetti e Ludovico Villani, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, via Asiago, 8;

***contro***

Ministero della Difesa, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti di***

Soc. Bmw Italia Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Alessandro Sartori e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via F. Confalonieri, 5; Soc. Ditta Bollanti Veicoli Sanitari Srl, non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

del Decreto del Direttore Generale del Ministero della Difesa, Direzione Generale degli Armamenti Terrestri, prot. 072/09/0008 del 26.11.2009, di aggiudicazione definitiva della gara indetta con bando 2009/S 125 - 182026 per la fornitura di veicoli di varia tipologia divisa in 29 lotti, limitatamente ai lotti 3, 6, 8 e 13; nonché degli atti preordinati, conseguenti e comunque connessi, con specifico riferimento a:

- 1) alla lettera prot. IV/1355 072/09/008 del 30/11/2009 con cui il Ministero della Difesa ha comunicato l'adozione del decreto di aggiudicazione definitiva e l'esclusione della ricorrente dalla gara relativa ai lotti 3 e 13 aggiudicati rispettivamente alle Ditte BMW Italia Spa e Bollanti Veicoli Sanitari S.r.l., nonché ai lotti 6 e 8 andate deserte;
- 2) al verbale della seduta della Commissione di gara del 28 ottobre 2009 in cui la Commissione ha escluso la ricorrente dai lotti n. 3, 6, 8 e 13;
- 3) in subordine, alla clausola 3.3. della lettera di invito Prot. IV/10/3/933 Allegato 072/09/0008 del 15.9.2009 con cui la ricorrente era stata ammessa a presentare offerta per i lotti 3, 4, 7, 8 e 13;
- 4) in subordine, all'ammissione delle offerte delle Ditte BMW e Bollanti Veicoli Sanitari ed alla successiva aggiudicazione della gara dalle stesse Ditte;
- 5) in ulteriore subordine, degli atti relativi alla gara per l'aggiudicazione del lotto 3 relativo alla fornitura di autovetture 3 volumi, diesel, potenza > 70 kW;

e per il risarcimento

dei danni patiti e patienti dalla ricorrente per effetto degli atti impugnati;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa e della Soc. Bmw Italia Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 dicembre 2013 il dott. Francesco Riccio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

Con il ricorso, notificato il 25 gennaio 2010 e depositato il successivo 3 febbraio, la società Fiat Auto Var Srl, quale partecipante alla gara indetta dal Ministero della Difesa per la fornitura di vari veicoli di diversa tipologia (suddivisa in 29 lotti) e relativamente ai soli lotti 3, 6, 8 e 13, ha impugnato gli atti meglio specificati in epigrafe perché lesivi del proprio interesse connesso all'esito favorevole della pubblica gara in argomento, venuto meno per effetto degli atti di aggiudicazione definitiva dei lotti n. 3 e 13 a favore delle ditte BMW Italia e Bollanti Veicoli Sanitari in virtù del criterio oggettivo del prezzo più basso.

Al riguardo, la medesima ha prospettato i seguenti motivi di impugnazione:

1) carenza assoluta di motivazione in relazione alla conseguenza della esclusione della società ricorrente per effetto della clausola contenuta nel bando (paragrafo 3.3 della lettera invito);

2) Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* e, in particolare, del paragrafo 3.3 della lettera invito. Violazione e falsa applicazione dei principi di tassatività delle clausole di esclusione e del principio del *favor participationis* alla gare pubbliche. Eccesso di potere per sviamento, illogicità ed ingiustizia manifesta, poiché il contenuto della richiamata clausola non riguarda la contemporaneità della dichiarazione (sulla personalità giuridica della società e della sua rappresentanza legale) con la presentazione dell'offerta economica, né nella stessa vi è un'esplicita previsione di esclusione per la mancata contemporaneità; inoltre una eventuale previsione non avrebbe alcuna funzione sostanziale nel rapporto contrattuale da instaurare con la p.a.;

3) Violazione dell'art. 46 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, stante la mancata richiesta di integrazione della dichiarazione già rilasciata;

4) Illegittimità della clausola di cui al citato punto 3.3 per violazione dell'art. 1, comma 2, della legge n. 241 del 1990. Eccesso di potere per illogicità manifesta poiché, se la clausola fosse interpretata nel senso voluto dalla stazione appaltante, la stessa sarebbe illegittima per la sua inutilità ed irragionevolezza, oltre che per la irrivalenza e per il carattere fuorviante dalla stessa posseduto;

5) Illegittimità dell'ammissione alla gara relativa ai lotti nn. 3 e 13 rispettivamente presentate dalle ditte BMW Spa e Bollanti Veicoli Sanitari Srl, poiché si sostiene, a scopo meramente cautelativo, che anche le ditte aggiudicatrici fossero prive della medesima contemporaneità nella dichiarazione ai sensi del supposto punto 3.3;

6) Illegittimità della gara relativa al lotto 3 per violazione dell'art. 64, allegato IX A, del D.Lgs. n. 163 del 2006. Violazione dei principi fondamentali afferenti le procedure pubbliche per la conclusione dei contratti di fornitura, poiché la stazione appaltante ha indebitamente esteso l'oggetto della fornitura (superiore al 20%) portando le autovetture da 45 a 56.

Nella Camera di Consiglio del 17 febbraio 2010 con ordinanza n. 767/2010 questo Tribunale ha respinto la domanda di sospensione degli effetti dei provvedimenti impugnati.

Si sono costituiti in giudizio sia il Ministero della Difesa che la Società BMW Italia S.p.a., i quali hanno eccepito

l'infondatezza delle censure prospettate.

L'amministrazione resistente con successiva nota depositata il 14 ottobre 2013 ha, altresì, eccepito in rito la cessata materia del contendere relativamente ai lotti 6 ed 8 della gara in contestazione poiché la società Fiat Auto Var a r.l. ha stipulato con la stazione appaltante – per effetto di una procedura negoziata in ambito UE ai sensi dell'art. 57, comma 2 lett. a), del del D.Lgs. n. 163 del 2006 - un contratto di fornitura di furgoni e minibus in data 28.12.2010 (il relativo contratto è stato poi approvato con decreto registrato alla Corte dei Conti il 18 maggio 2011), raggiungendo in tal modo il proprio interesse funzionale all'utile conclusione di un contratto di fornitura con la p.a..

Sotto tale aspetto, mancando qualsiasi contestazione da parte della società ricorrente, il Collegio non può che rilevare quanto meno la sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere e quindi, relativamente ai lotti sopra indicati, una parziale improcedibilità del gravame.

Occorre, preliminarmente all'esame delle singole censure prospettate, delineare sinteticamente il quadro della procedura ad evidenza pubblica conclusasi con l'aggiudicazione dei lotti rispetto ai quali la società istante ha proposto la relativa offerta economica.

L'amministrazione della Difesa ha indetto una gara a procedura ristretta per la provvista di veicoli di vario tipo, procedendo preliminarmente ad una necessaria preselezione a seguito della quale sono state invitate a partecipare 48 ditte, con lettera n. IV/10/3/933 del 15.9.2009.

A seguito dell'inoltro da parte di tali ditte delle offerte economiche (busta C) e della relativa documentazione attestante i requisiti di partecipazione alla gara (busta A), in data 28 e 29 ottobre 2009 si è proceduto all'apertura di quest'ultima, in cui era inserita la documentazione relativa al deposito cauzionale, al contributo all'Autorità per la vigilanza ed alla capacità giuridica e rappresentanza legale del soggetto partecipante, sia esso ditta individuale o società di capitali.

In tale contesto la commissione di gara ha constatato che la società ricorrente ha presentato, in relazione ad ogni singolo lotto (3, 6, 8 e 13) una dichiarazione sostitutiva relativa alla predetta capacità giuridica e rappresentanza legale datata 7.10.2009 ed un'offerta economica datata 21.10.2009, contravvenendo in tal modo alla prescrizione dettata dal punto 3.3 della lettera di invito.

Per effetto di tale accertamento documentale la commissione di gara ha provveduto ad escludere la società ricorrente, la quale ha chiesto che venisse verbalizzato il proprio dissenso ribadito formalmente con successiva nota inviata alla stazione appaltante in data 4.11.2009.

In ragione di ciò:

- per il lotto n. 3, si è constatata la sola offerta economica della società BMW Italia S.p.a. pari ad € 1.350.865,00;
- per i lotti nn. 6 e 8, non è stata accertata alcuna offerta economica;
- per il lotto n. 13, si sono constatate le sole offerte economiche della ditta Vision per un importo pari ad € 999.720,00 e della ditta Bollanti per un importo pari ad € 979.816,00.

Successivamente, con decreto del Direttore della Direzione Generale Degli Armamenti Terrestri del Ministero della Difesa del 26.11.2009 si è provveduto all'aggiudicazione definitiva (con riferimento ai soli lotti per i quali la società ricorrente aveva proposto la propria offerta economica) della gara in questione alle ditte BMW Italia S.p.a. (lotto n. 3) e Bollanti Veicoli Sanitari S.r.l. (lotto n. 13).

Le ragioni della esclusione della società ricorrente si sono basate sulla applicazione letterale del punto 3.3 della lettera di invito la quale testualmente recita:

*“Capacità giuridica e rappresentanza legale.*

*La capacità giuridica e la rappresentanza legale di codesta ditta dovranno risultare o da apposita dichiarazione*

*sostitutiva (inserita nella busta A) recante la stessa data dell'offerta, rilasciata dal rappresentante legale della ditta (del quale deve essere allegata copia fotostatica del documento di identità) e redatta secondo lo schema in allegato A o, in alternativa, dai sotto indicati documenti (inseriti nella busta A):*

*- certificato di iscrizione nel Registro delle Imprese (in data non anteriore a sei mesi rispetto a quella fissata dalla gara) rilasciato dalla competente Camera di Commercio, Industria, Artigianato ed Agricoltura;*

*.....*

*Si avverte che, qualora dal controllo effettuato sulla veridicità della suddetta dichiarazione sostitutiva risulti l'esistenza di una causa di esclusione dalla gara, si procederà a revoca dell'aggiudicazione con conseguente nullità del contratto eventualmente stipulato .....*

*La mancata presentazione o incompletezza di quanto richiesto comporterà l'esclusione dalla gara.”.*

A fronte della prescrizione sopra riportata la Società Fiat Auto Var S.r.l. presentava per ciascuno dei lotti sopra indicati (3, 6, 8 e 13) una dichiarazione sostitutiva redatta seguendo lo schema contenuto nell'allegato A alla lettera di invito portante la data del 7 ottobre 2009.

Le relative offerte economiche sono state formalizzate con atto datato 21 ottobre 2009.

La commissione di gara e successivamente la competente Direzione Generale del Ministero della Difesa hanno ritenuto che la semplice discrasia di date fosse in contrasto con la prescrizione del punto 3.3 della lettera di invito, nonchè ragione sufficiente per l'esclusione dalla gara della società ricorrente, nonostante che nella lettera di invito non fosse per tale fattispecie espressamente prevista l'esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica.

Infatti, dalla lettura della prescrizione in argomento è possibile constatare che la ragione predeterminata dall'Amministrazione resistente nella lettera di invito per fondare l'esclusione di un soggetto dalla partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica instaurata possa essere la mancanza o l'incompletezza della documentazione richiesta.

Sull'incompletezza la stessa commissione di gara nulla dice. Infatti, dal relativo verbale riferito all'apertura delle offerte del 28/29 ottobre 2009 (a pagina 12) si desume che la disposta esclusione della società ricorrente si fonda sul mero contrasto con quanto disposto dal citato punto 3.3 della lettera di invito.

Ma il non contestato contrasto, come ribadito, non è stato testualmente sanzionato con l'esclusione dalla gara; per cui era doveroso per la stazione appaltante verificare se tale circostanza potesse comunque condurre a giudicare, secondo un'interpretazione logico funzionale, la società ricorrente priva delle condizioni di ammissibilità stabilite nella lettera di invito.

Stando così le cose, occorre che il Collegio, secondo un giudizio prognostico, stabilisca ora per allora se l'accertata discrasia di date (tra le dichiarazioni sostitutive e l'offerta economica) possa essere comunque qualificata un'effettiva mancanza che costituisce l'unica condizione espressa di esclusione dalla gara.

Per una corretta e funzionale interpretazione della citata prescrizione può essere utile rifarsi ad un principio di natura sostanziale più volte ribadito dalla giurisprudenza.

Qualora non sussistano esplicite previsioni disposte dalla *lex specialis* a pena di esclusione (ed è questa l'ipotesi da vagliare nel caso de quo), occorre richiamarsi ad una valutazione sostanzialistica della sussistenza delle cause di esclusione, tenuto conto che il primo comma dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006 ricollega l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti ivi indicati, mentre il successivo secondo comma non prevede analoga sanzione per l'ipotesi della mancata o non chiara dichiarazione. Ne deriva che solo l'insussistenza, in concreto, delle cause di esclusione previste dal citato art. 38 implica *ope legis* l'effetto espulsivo. Viceversa, nell'ipotesi in cui il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e la *lex specialis* non preveda espressamente la sanzione dell'esclusione, a seguito della mancata osservanza delle prescrizioni sulle modalità e

sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, l'omissione non produce alcun pregiudizio agli interessi protetti dalla norma, ricorrendo al più un'ipotesi di falso innocuo che, come tale, non è suscettibile, in carenza di un'espressa previsione legislativa o della legge di gara, a fondare l'esclusione, le cui ipotesi sono tassative (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 24 novembre 2011 n. 6240).

In virtù di tali principi non è affatto scontato che la predetta discrasia di date possa da sola sostanziare l'ipotesi della mancanza di dichiarazione sostitutiva.

Né, per converso, diversamente da quanto sostenuto dall'Amministrazione resistente nella lettera del 30 novembre 2009, la contemporaneità delle dichiarazioni sostitutive con l'offerta economica raggiungono di per se la funzione di assicurare una certezza delle situazioni giuridiche soggettive in funzione della regolare partecipazione alla gara e della conseguente stipulazione dei contratti di fornitura, per la semplice evenienza che la stessa amministrazione appaltante nel criterio di cui al punto 3.3 della lettera invito si è fatta comunque carico di verificare la sussistenza dei requisiti generali di ammissione alla gara.

Ciò induce a ritenere che l'interpretazione estensiva operata dalla stazione appaltante, secondo cui anche la citata discrasia di date si possa qualificare come mancanza della dichiarazione stessa (interpretazione solo supposta, ma affatto esplicitata), non ha una sua logica funzionale, atteso che la stessa personalità giuridica e rappresentanza legale della società partecipante sono requisiti che vanno comunque accertati aliunde all'atto della stipulazione del contratto di fornitura; per cui ogni questione legata alla mera discrasia di date non pregiudica affatto la posizione della stazione appaltante che è tenuta comunque a verificare la legittimazione a contrarre del soggetto aggiudicatario.

Al riguardo, è doveroso osservare che, in base a un consolidato orientamento giurisprudenziale le norme che disciplinano i requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche vanno interpretate nel rispetto dei principi di tipicità e tassatività delle ipotesi di esclusione (Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 settembre 2012 n. 4986, Sez. V, 3 agosto 2011, n. 4629 e 9 novembre 2010, n. 7967).

Questo orientamento ha recentemente trovato una puntuale traduzione normativa con il nuovo comma 1-bis dell'articolo 46 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, introdotto dall'articolo 4 del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70.

Ciò induce a ritenere che, diversamente da quanto sostenuto dalla parte controinteressata, non esiste, né è possibile riscontrare nella lettera del punto 3.3 sopra riportato, una tassativa ed espressa previsione nella lettera di invito che imponga - per la sola mancata coincidenza di date tra le dichiarazioni sostitutive e la predisposizione dell'offerta economica - l'adozione di un conseguente atto di esclusione.

Tale esigenza di previsione tipica e testuale si sarebbe imposta alla stazione appaltante, all'atto della predisposizione della stessa lettera invito, anche in ragione del contenuto non sempre coerente della predetta prescrizione, che, tra l'altro, prevede la possibilità di presentare in alternativa una certificazione avente data antecedente di un più di sei mesi.

L'orientamento giurisprudenziale tradizionale, formatosi nel regime anteriore all'entrata in vigore dell'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006 (introdotto dall'art. 4, comma 2, lett. d) del d.l. 11 maggio 2011, n. 70 convertito in legge 12 luglio 2011, n. 106), nega l'esistenza di un principio di tassatività delle cause di esclusione in materia di procedure ad evidenza pubblica, riconoscendo, quindi, alle stazioni appaltanti la possibilità di inserire nella legge di gara disposizioni che prevedano a pena di esclusione adempimenti (anche di carattere meramente formale o documentale) ulteriori rispetto a quelli imposti dalla legge o dal regolamento.

Nondimeno, si ritiene che tale potere trovi un limite esclusivamente nei generali principi di pertinenza e congruità rispetto allo scopo perseguito, di ragionevolezza e di proporzionalità, con la conseguenza che l'adempimento ulteriore richiesto a pena di esclusione dal bando deve ritenersi legittimo ogni qualvolta sia idoneo a soddisfare

un'esigenza della stazione appaltante (anche di natura meramente procedimentale o di certezza temporale), ragionevole rispetto all'interesse perseguito e proporzionato in relazione al sacrificio che il suo rispetto implica in capo ai concorrenti che partecipano alla gara (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18 febbraio 2013 n. 974; sez. V, 12 giugno 2012, n. 3884).

Questo indirizzo interpretativo, volto a riconoscere la prevalenza agli interessi di cui è portatrice la stazione appaltante rispetto al principio della massima partecipazione alle gare pubbliche, viene a sua volta corroborato dall'orientamento giurisprudenziale che tende a fornire una lettura del c.d. dovere di soccorso istruttorio nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica.

La violazione di tale obbligo è contenuta nella terza doglianza del ricorso in esame.

Come è noto, il predetto dovere istruttorio è sancito, nell'ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo, dall'art. 6, comma 1, lett. b) della legge n. 241 del 1990 (in base al quale il responsabile del procedimento è tenuto a chiedere "il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete", sollecitando il privato a porre rimedio ad eventuali dimenticanze o errori) ed è richiamato, con specifico riferimento proprio alle procedure di affidamento degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, dall'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006, secondo cui, *"nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documento e dichiarazioni presentati"*.

L'invito a regolarizzare la documentazione prodotta costituisce, quindi, un istituto di carattere generale, che, nel particolare settore delle gare pubbliche, soddisfa l'ulteriore esigenza di consentire la massima partecipazione alla gara, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, attenuando la rigidità delle forme.

Nonostante gli interessi sostanziali che il principio del soccorso istruttorio consente di soddisfare, è frequente nella giurisprudenza amministrativa la tendenza a fornire una interpretazione piuttosto restrittiva delle disposizioni riguardanti il suddetto istituto.

In base a questo orientamento, quindi, in presenza di una previsione chiara (cosa che nel caso di specie non è dato rilevare per gli argomenti sopra illustrati) e dell'inosservanza di questa da parte di una impresa concorrente, l'invito alla regolarizzazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria (su iniziativa dell'Amministrazione) di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito, del concorrente che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla *lex specialis*, una dichiarazione conforme al regolamento di gara (cfr., fra le altre, Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2013, n. 974; sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6248; sez. V, 25 giugno 2007, n. 3645; sez. VI, 23 marzo 2007, n. 1423; sez. V, 20 maggio 2002, n. 2717).

In questo modo, viene definitivamente rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante la (auto)regolamentazione del soccorso istruttorio, atteso che la scelta discrezionale dell'Amministrazione - di inserire nel bando la previsione che un determinato adempimento formale o documentale richiesto a pena di esclusione - consente all'Amministrazione di prescindere dall'onere di una preventiva interlocuzione e di escludere pertanto il concorrente sulla base della riscontrata carenza documentale, indipendentemente da ogni verifica sulla valenza "sostanziale" della forma documentale omessa o mancante.

A questo orientamento se ne contrappone un altro (diffusosi soprattutto nella giurisprudenza di primo grado) che valorizza invece il potere di regolarizzazione come strumento di correzione dell'eccessivo rigore delle forme. Da qui la tendenza a privilegiare, proprio attraverso l'invito alla regolarizzazione, il dato sostanziale su quello meramente formale in tutti in casi in cui non sia in discussione la sussistenza dei requisiti di partecipazione e la

capacità tecnica ed economica dell'impresa.

Si ammette, pertanto, che la mera previsione inserita nella *lex specialis* secondo cui un determinato documento o una determinata dichiarazione è richiesta a pena di esclusione non varrebbe di per sé ad esonerare la stazione appaltante dall'onere del soccorso istruttorio, almeno in tutti i casi in cui i vizi di ordine formale che inficiano la dichiarazione del concorrente non siano tali da pregiudicare, sotto il profilo sostanziale, il conseguimento del risultato verso il quale l'azione amministrativa è diretta.

In quest'ottica, si è affermato ad esempio che la verifica della regolarità della documentazione rispetto alle previsioni del bando non deve essere condotta con lo spirito della "caccia all'errore", ma tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento e del divieto di aggravamento degli oneri burocratici e applicando i principi espressi dall'ordinamento volti a ridurre il peso degli oneri formali gravanti sui cittadini e sulle imprese ed a riconoscere giuridico rilievo all'inosservanza di regole procedurali o formali solo in quanto questa impedisce il conseguimento del risultato verso cui l'azione amministrativa è diretta, atteso che la gara deve guardare alla qualità della dichiarazione piuttosto che all'esclusiva correttezza della sua estemazione.

Tale orientamento giunge così alla conclusione che, anche quando la sanzione dell'esclusione sia espressamente prevista dal bando per l'inosservanza di determinate previsioni, l'Amministrazione, prima di applicarla, dovrebbe, comunque, procedere ad una richiesta di regolarizzazione documentale, privilegiando l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione dei concorrenti, in tutti i casi in cui i motivi di ordine formale non alterino la parità di condizioni tra gli stessi concorrenti e la carenza formale non impedisca il raggiungimento del risultato avuto di mira.

Il Collegio ritiene condivisibile questo secondo orientamento, il quale, suffragato dalle considerazioni sulla reale portata del punto 3.3 della lettera di invito in contestazione, ha, dalla sua parte, l'innegabile pregio di evitare quell'eccessivo formalismo che a volte caratterizza il contenzioso in materia di contratti pubblici, con giudizi divenuti il campo di una "vera e propria caccia all'errore", in cui carenze puramente formali (persino, appunto, la discordanza di date) mettono a rischio investimenti importanti, creano profonda incertezza tra gli operatori e conducono alla stipula di contratti con corrispettivi di importo superiore, rispetto a quanto conseguirebbe dall'applicazione del principio del soccorso istruttorio.

Per effetto di tali valutazioni il provvedimento di esclusione disposto dall'Amministrazione resistente nei confronti della società ricorrente è da considerarsi illegittimo.

Ciò nondimeno il Collegio non può non rilevare che i contratti di fornitura stipulati tra il Ministero della Difesa – Direzione Generale degli Armamenti Terrestri – e rispettivamente le società BMW Italia S.p.a. e Bollanti S.r.l. (per i lotti nn. 3 e 13) sono stati poi definitivamente approvati con i decreti del 31 agosto 2010 (registrato alla Corte dei Conti il 15 settembre 2010) e del 23 dicembre 2010 (registrato alla Corte dei Conti il 25 novembre 2011) per un importo complessivo (IVA esclusa) pari ad € 1.395.702,00 per il lotto 3 e pari ad € 1.175.772,00 per il lotto 13.

Tale evenienza comporta, per la natura dei contratti stipulati (cioè fornitura in unica soluzione, e quindi ad effetti immediati), che la eventuale dichiarazione della loro inefficacia non potrebbe produrre alcun effetto utile per la parte ricorrente alla quale non rimane che pretendere l'esecuzione per equivalente.

Ne consegue pertanto, ai sensi dell'art. 34, comma 3, del c.p.a., che si possa, nel caso di specie, accertare l'illegittimità dei provvedimenti impugnati – relativamente agli atti di gara per i lotti nn. 3 e 13 – ai soli fini degli effetti risarcitori consequenziali.

Con riferimento a tale ultimo aspetto la società ricorrente ha proposto una semplice richiesta di accertamento del diritto al risarcimento del danno derivante dalla disposta esclusione.

Al fine di ottenere il risarcimento del danno conseguente è necessario che il danneggiato dimostri, anche in via

presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegare, la ragionevole probabilità della verifica futura del danno, e provi quindi la concreta realizzazione almeno di alcuni presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta della Pubblica amministrazione, rispetto alla quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta (Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 22 maggio 2012 n. 2974).

Nel caso di specie, la parte istante non ha indicato il valore economico delle offerte presentate, ne ha quantificato il danno presumibile per effetto degli esiti di gara (esclusione+aggiudicazione a favore di altra ditta partecipante alla pubblica selezione), ma ha provveduto, anche al fine di sostanziare l'interesse al ricorso, a depositare in giudizio le proprie offerte economiche (soprattutto quelle relative ai lotti nn. 3 e 13).

Risulta dagli atti prodotti che la Fiat Auto Var S.r.l. per il lotto n. 3 ha offerto come valore complessivo di corrispettivo la somma pari ad € 1.219.396,00 (IVA esclusa), mentre per il lotto n. 13 il relativo corrispettivo corrispondeva ad € 921.668,36 (IVA esclusa).

Siccome i rispettivi lotti sono stati aggiudicati dalla commissione di gara alla BMW Italia S.p.a. in ragione dell'offerta economica proposta per un valore complessivo di € 1.250.865,00 (IVA esclusa) ed alla Bollanti S.r.l. per un valore complessivo di € 979.910,00 (IVA esclusa) e preso atto che il criterio di scelta del contraente posto in essere dalla stazione appaltante è stato quello del prezzo più basso, la consistenza delle rispettive offerte economiche (tra l'altro non accertate dalla Commissione di gara solo in virtù dell'esclusione della società ricorrente a seguito dell'esame della documentazione prodotta nella busta A) fanno presumere con ragionevole certezza che la ricorrente sarebbe risultata per entrambi i lotti aggiudicataria.

In conseguenza deve essere riconosciuto un risarcimento dei danni (per equivalente) in favore della società ricorrente per la possibile aggiudicazione della gara in questione.

Tale risarcimento deve essere riconosciuto a prescindere da qualsiasi accertamento sulla responsabilità della stazione appaltante, trattandosi della illegittima aggiudicazione di un appalto pubblico.

Si è, in proposito, affermato che la regola comunitaria vigente in materia di risarcimento del danno per illegittimità accertate in materia di appalti pubblici, configura una responsabilità non avente natura né contrattuale né extracontrattuale ma oggettiva, sottratta ad ogni possibile esimente, poiché derivante dal principio generale funzionale a garantire la piena ed effettiva tutela degli interessi delle imprese, a protezione della concorrenza, nel settore degli appalti pubblici (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2012 n. 5686; Sez. IV, 31 gennaio 2012 n. 482 e TAR Campania, sede di Napoli, Sez. VII, 11 ottobre 2011 n. 4058).

E si è anche precisato che tale regola non può essere circoscritta ai soli appalti comunitari, ma deve estendersi, in quanto principio generale di diritto comunitario in materia di effettività della tutela, a tutto il campo degli appalti pubblici, nei quali i principi di diritto comunitario hanno diretta rilevanza ed incidenza, anche per il richiamo che ad essi viene fatto dal nostro Legislatore nel Codice dei contratti (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2012 n. 5686, già citata).

Per quanto riguarda la misura del risarcimento, la società ricorrente non ha provveduto alla sua quantificazione, la cui entità può d'ufficio rilevarsi sulla base della documentazione versata in atti.

Al riguardo, quanto alla misura del danno, si distingue normalmente tra danno emergente (per spese e costi di partecipazione alla gara) e lucro cessante (per il mancato utile).

In ordine al primo profilo, il Collegio condivide l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale tale voce può essere risarcita solamente in caso di illegittima esclusione, e non anche quando - come nella fattispecie - il danno deriva anche dalla mancata aggiudicazione (Cons. Stato, Sez. III, 14 dicembre 2012 n. 6444): ciò in base alla considerazione che nella liquidazione del lucro cessante è già ricompresa la remunerazione del capitale impiegato



per la partecipazione alla gara e tenuto conto che l'impresa che risulti vincitrice di una gara non potrebbe comunque ottenere il rimborso dei costi sostenuti per la partecipazione alla gara.

Quanto al lucro cessante, si è di recente affermato che - in coerenza con quanto prescritto dall'art. 124 comma 1 Cod. proc. amm., secondo cui, quando il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto, dispone il riconoscimento del "danno per equivalente, subito e provato" - l'impresa ricorrente deve fornire la prova della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto. Prova desumibile, in via principale, dall'offerta economica presentata (Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 14 dicembre 2012 n. 6444 cit.).

Facendo applicazione di tali principi (Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 25 giugno 2013 n. 3437) e considerato il rilevante valore dell'appalto, ritiene la Sezione che possa equitativamente essere corrisposto alla FIAT AUTO VAR S.r.l. un risarcimento per equivalente di € 64.231,93, pari al 3% del prezzo di € 2.141.064,36, che costituisce la somma delle due offerte economiche sopra riportate, proposte dalla società ricorrente per la partecipazione alla gara.

La somma appare congrua, avuto riguardo alla media degli utili che le imprese normalmente traggono dalla partecipazione alle gare.

Inoltre, il Collegio, nel contenere l'entità del risarcimento da lucro cessante nei termini percentuali suindicati, non può non tener conto del fatto che la parte istante non ha eseguito (né eseguirà) la fornitura in questione.

Alla somma sopra riportata dovranno essere aggiunti gli interessi legali come per legge.

Ne consegue, pertanto, che l'azione proposta in relazione al riconoscimento del diritto al risarcimento del danno può essere accolta.

Per tutte le ragioni sopra indicate il Collegio, in parte dichiara improcedibile il ricorso per sopravvenuta carenza di interesse relativamente ai lotti 6 ed 8 della gara in contestazione ed in parte lo accoglie - stante la fondatezza e prevalenza delle censure contenute nel secondo e nel terzo motivo di gravame ed assorbito l'esame di ogni altra doglianza - e conseguentemente accerta l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, nei limiti degli interessi della società ricorrente, perché viziati da violazione di legge ed eccesso di potere per ingiustizia manifesta ed accoglie la domanda risarcitoria stante la sussistenza dei presupposti di fatto relativi al danno patito con condanna del Ministero della Difesa al pagamento della somma complessiva di € 64.231,93 quale sorte capitale, oltre gli interessi legali spettanti sino al soddisfo.

Le spese seguono, come di norma, la soccombenza e sono liquidate in dispositivo a carico della parte resistente, mentre sussistono giusti motivi per compensarle nei confronti della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara improcedibile ed in parte lo accoglie e, per l'effetto, accerta l'illegittimità dei provvedimenti impugnati nei sensi e nei termini di cui in motivazione, riconosce il diritto della parte istante al risarcimento del danno e condanna la parte resistente al pagamento nei confronti della FIAT AUTO VAR S.r.l. delle somme indicate in motivazione, quale sorte capitale (€ 64.231,93) ed interessi legali da calcolarsi sulla predetta sorte capitale dalla data di pubblicazione della presente sentenza sino al soddisfo.

Condanna il Ministero della Difesa, parte resistente, al pagamento delle spese di giudizio che si liquidano in complessivi € 5.000,00 (cinquemila/00) a favore della parte ricorrente, oltre l'obbligo di rifusione dell'importo corrisposto quale contributo unificato, se versato.

Compensa le spese nei confronti della parte controinteressata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Francesco Riccio, Consigliere, Estensore

Nicola D'Angelo, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 09/01/2014

IL SEGRETARIO

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