

N. 00033/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00353/2018 REG.RIC.

N. 00432/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 353 del 2018, proposto da Cal.Cos S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Vincenzo Savino e Rosa Agrello, con domicilio digitale alla PEC savino.vincenzo@cert.ordineavvocatipotenza.it e domicilio eletto presso l'avvocato Vincenzo Savino in Potenza, via del Gallitello, 177;

contro

Provincia di Potenza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Emanuela Luglio, con domicilio digitale alla PEC emanuela.luglio@pec.provinciapotenza.it; Valentina Del Grosso non costituito in giudizio;

nei confronti

Costruzioni Carlomagno Francesco S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Francesco Nicodemo, con domicilio digitale alla PEC nicodemo.giovannifrancesco@certavvocatilag.it e domicilio eletto presso il suo studio in Lauria, via Rocco Scotellaro, 155;

sul ricorso numero di registro generale 432 del 2018, proposto da Costruzioni Carlomagno Francesco S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro*

tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Francesco Nicodemo e Antonio Nicodemo, con domicilio digitale alla PEC nicodemo.giovannifrancesco@certavvocatilag.it;

contro

Provincia di Potenza, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Emanuela Luglio, con domicilio digitale alla PEC emanuela.luglio@pec.provinciapotenza.it;

nei confronti

Cal.Cos S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Vincenzo Savino e Rosa Agrello, con domicilio digitale alla PEC savino.vincenzo@cert.ordineavvocatipotenza.it e domicilio eletto presso l'avvocato Vincenzo Savino in Potenza, via del Gallitello, 177;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 353 del 2018:

1) del Verbale n. 45 del 19.06.2018 con il quale la Commissione di gara per l'appalto dei "lavori di consolidamento tratto in frana al Km. 0 100 della S.P. n. 83 Picerno-Baragiano" ammette con riserva alla successiva fase del procedimento con invito alla trasmissione del modello DGUE;

2) del Verbale n. 47 del 25.06.2018 con il quale la Commissione di gara esclude la ricorrente dalla gara;

3) delle note Prot. nn. 23758 del 19.06.2018, 25127 del 25.06.2018 e 26464 del 03.07.2018;

4) di ogni altro atto, provvedimento e/o procedimenti istruttori;

quanto al ricorso n. 432 del 2018:

1) del provvedimento di riammissione della società Cal.Cos srl..

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Potenza, di Costruzioni Carlomagno Francesco S.r.l. e di Cal.Cos S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2018 il dott. Paolo Mariano e uditi per le parti i difensori Rosa Di Camillo per dichiarata delega dell'avv. Savino, Rosa Agrello, Nicola Sabina per dichiarata delega dell'avv. Luglio e Giovanni Nicodemo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso R.G. n. 353/2018, notificato in data 17.7.2018 e depositato il 30.7.2018, la società Cal.Cos s.r.l. impugna il provvedimento di esclusione dalla procedura negoziata per l'aggiudicazione, con il metodo del minor prezzo, dei lavori di consolidamento della S.P. n. 83 "Picerno-Baragiano", di importo complessivo di euro 700.000,00, indetta dalla Provincia di Potenza con determinazione n. 1314 del 28.5.2018.

1.1. Espone in fatto la società ricorrente:

- di essere stata invitata a presentare offerta nella gara in questione dalla Provincia di Potenza, con lettera dell'11.6.2018;
- di essere stata ammessa con riserva, nella seduta della Commissione di gara del 19.6.2018, con la seguente motivazione: *"Il documento di gara unico europeo inviato non corrisponde a quello elettronico trasmesso da questa stazione appaltante e che l'operatore economico avrebbe dovuto compilare e reinviare secondo le istruzioni contenute nella lettera d'invito"*;
- di aver provveduto all'invio di un nuovo documento di gara unico europeo con nota del 22.6.2018, a seguito di richiesta formulata dalla stazione appaltante in sede di soccorso istruttorio;

- di essere stata esclusa con provvedimento del 25.6.2018, ai sensi dell'art. 83, co. 9, d. lgs. n. 50/2016, in quanto *“Il documento di gara unico europeo inviato, in applicazione del soccorso istruttorio, non corrisponde a quello elettronico trasmesso da questa stazione appaltante e che l'operatore economico avrebbe dovuto compilare e reinviare secondo le istruzioni contenute nella lettera d'invito; inoltre il DGUE prodotto è stato compilato solo parzialmente”*;

- di aver offerto un ribasso del 32,11% sull'importo a base d'asta che, tenuto conto delle percentuali di ribasso offerte delle imprese ammesse e delle esclusioni derivanti dalla verifica di anomalia, come risultanti dal verbale della seduta della Commissione di gara del 25.6.2018, le consentirebbe l'aggiudicazione;

1.2. In diritto la ricorrente deduce quanto segue:

- l'art. 85, co. 1, d. lgs. n. 50/2016 prevede che le stazioni appaltanti accettano il documento di gara unico europeo redatto in conformità al modello di formulario approvato con regolamento della Commissione europea, fornito esclusivamente in forma elettronica a partire dal 18.4.2018;

- il DGUE allegato dalla ricorrente alla domanda di partecipazione è conforme al modello approvato dal Regolamento di esecuzione (UE) 2016/7 della Commissione Europea del 5.1.2016 ed è stato predisposto in formato elettronico e firmato digitalmente;

- la Commissione di gara, dunque, non avrebbe dovuto escludere l'offerta della ricorrente in quanto contenutisticamente completa;

- la lettera d'invito non conterrebbe l'obbligo per le imprese concorrenti di avvalersi, a pena di esclusione, del modello di DGUE ad essa allegato;

- in caso contrario, la *lex specialis* della procedura contrasterebbe con l'art. 83, co. 8, d. lgs. n. 50/2016, con conseguente nullità della relativa clausola escludente.

2. Si è costituita in giudizio la Provincia di Potenza che resiste all'accoglimento del ricorso, sul presupposto che la lettera di invito alla procedura di gara in evidenza prescrive le modalità di invio del DGUE cui i partecipanti avrebbero dovuto

attenersi, in particolare utilizzando un file con formato .xml, mentre la società ricorrente – pur producendo un DGUE in formato elettronico – ha utilizzato un file editabile non in formato .xml. D'altra parte, detta inosservanza non è stata regolarizzata in sede di soccorso istruttorio, avendo la medesima società inviato nuovamente un DGUE in formato elettronico non .xml.

2.1. Si è successivamente costituita anche la controinteressata Costruzioni Carlomagno Francesco s.p.a., prima graduata all'esito delle operazioni di gara concluse in data 25.6.2018.

3. Alla camera di consiglio del 12.9.2018, con ordinanza n. 91/2018, questo Collegio ha accolto la domanda cautelare contenuta nel ricorso, ordinando alla Provincia di Potenza di provvedere all'esame contenutistico del DGUE presentato dalla società ricorrente in sede di offerta, onde verificarne la conformità al paradigma normativo (art. 85 d. lgs. n. 50/2016), con ogni conseguenza in caso di valutazione positiva.

4. A seguito di detta ordinanza cautelare ed in esecuzione della stessa, nella seduta del 17.9.2018, il seggio di gara – avendo riscontrato la completezza contenutistica del DGUE di Cal.Cos s.r.l. - ha riammesso la società in gara, unitamente ad altra impresa esclusa per le medesime ragioni (Ro.Mal.Cos. s.p.a.), ha valutato le relative offerte economiche e, infine, modificato conseguentemente la graduatoria finale (che vedeva prima graduata la società Costruzioni Carlomagno Francesco), individuando come migliore offerta quella della società ricorrente.

5. Avverso la determinazione di riammissione dell'impresa Cal.Cos s.r.l. e modifica della graduatoria di gara insorge la prefata Costruzioni Carlomagno Francesco s.p.a., con ricorso notificato in data 1.10.2018 e depositato il successivo 6.10.2018, R.G. n. 432/2018.

5.1. Vengono dedotti i seguenti motivi di illegittimità:

- il provvedimento contrasterebbe con i principi di segretezza delle offerte e di *par condicio* concorsuale, avendo la Cal.Cos s.r.l. palesato i contenuti della sua offerta economica in sede di ricorso R.G. n. 353/2018, prima dell'apertura della busta recante detta offerta da parte della Commissione di gara, adempimento avvenuto soltanto in data 17.9.2018 a seguito della riammissione della società;
 - la Cal.Cos s.r.l. dovrebbe rimanere esclusa per le ragioni evidenziate dalla stazione appaltante nel provvedimento del 25.6.2018, non avendo detto concorrente prodotto il DGUE secondo le modalità indicate nella legge di gara e, comunque, non avendo proceduto alla regolarizzazione del documento di gara in seguito a soccorso istruttorio, secondo quanto disposto dall'art. 83, co. 9, d. lgs. n. 50/2016;
 - inoltre, la riammissione violerebbe l'art. 80, co. 5, lett. m), d. lgs. n. 50/2016, in quanto dalle affermazioni rese da Cal.Cos s.r.l. nel ricorso R.G. n. 353/2018 dovrebbe desumersi l'esistenza di un collegamento sostanziale di detta impresa con l'altra concorrente Ro.Mal.Cos. s.p.a., avendo la prima manifestato la certezza dell'aggiudicazione a proprio favore in un momento in cui il ribasso offerto da quest'ultima, esclusa dalla gara per le medesime ragioni, avrebbe dovuto esserle ignoto, con conseguente impossibilità di vaticinare l'esito favorevole della procedura se non in ragione di un collegamento tra le due imprese.
6. Resistono all'accoglimento del ricorso sia la controinteressata Cal.Cos s.r.l., sia la Provincia di Potenza.
7. All'udienza pubblica del 19 dicembre 2018 entrambi i ricorsi sono trattenuti in decisione.
8. Per evidenti ragioni di connessione oggettiva, il Collegio dispone la riunione dei due ricorsi.
9. Il ricorso R.G. n. 353/2018 è fondato, dovendosi ritenere illegittimo il provvedimento di esclusione della società Cal.Cos s.r.l..

9.1. Va premesso che il paradigma normativo di riferimento è dato dall'art. 85, co. 1, del d. lgs. n., 50/2016, a mente del quale “*Al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le stazioni appaltanti accettano il documento di gara unico europeo (DGUE), redatto in conformità al modello di formulario approvato con regolamento dalla Commissione europea. Il DGUE è fornito esclusivamente in forma elettronica a partire dal 18 aprile 2018 (...)*”.

La norma prescrive, dal punto di vista dei requisiti di forma-contenuto, che il DGUE debba essere conforme al modello di cui al Regolamento di esecuzione (UE) 2016/7 della Commissione Europea del 5.1.2016 e, a partire dal 18.4.2018, predisposto in forma elettronica. Nulla viene prescritto in ordine alle modalità di invio del documento di gara alla stazione appaltante.

9.2. Ciò posto, emerge dagli atti che il documento di gara in evidenza:

- è completo dal punto di vista contenutistico, recando tutte le informazioni prescritte dall'art. 85 cit., come accertato dal seggio di gara, in esito all'incidente cautelare e non dalla controinteressata Costruzioni Carlomagno Francesco s.p.a. (neppure con ricorso R.G. n. 432/2018);
- è stato predisposto in forma elettronica e firmato digitalmente, profilo anch'esso risultante *per tabulas* e confermato dal contraddittorio delle parti.

9.3. Deve ritenersi, pertanto, che il DGUE prodotto dalla società ricorrente Cal.Cos rispetti entrambi i richiamati requisiti di forma-contenuto.

9.4. A tale conclusione non osta l'obiettiva difformità del DGUE dalle indicazioni redazionali contenute nella *lex specialis*, richiedenti l'utilizzo del formato .xml.

9.4.1. Anzitutto va rilevato che la *lex specialis* non ha prescritto tale formato a pena di esclusione. L'assenza di un'esplicita comminatoria in tal senso avrebbe dovuto, contrariamente a quanto avvenuto, indurre il seggio di gara ad interpretare in senso non sostanziale l'adempimento in questione, ammettendo sin *ab origine* un DGUE in un diverso formato elettronico, purché integro e leggibile.

9.4.2. L'utilizzo di tale formato, in ogni caso, non è prescritto come essenziale dal codice dei contratti o da altre disposizioni vigenti, considerato che, come evidenziato, l'ordinamento si limita a prescrivere – dal punto di vista formale - la dematerializzazione del DGUE, senza null'altro aggiungere riguardo alle caratteristiche del documento di gara elettronico. Talché, ove si ritenesse che la *lex specialis* giustifichi l'avversata sanzione escludente, la relativa previsione sarebbe affetta da nullità, in quanto contraria alla regola di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, co. 8, del d. lgs. n. 50/2016, espressione di un principio finalizzato a ridurre gli oneri formali gravanti sulle imprese partecipanti a procedure di affidamento (cfr., Consiglio di Stato, sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4976) e ad esigere, per quanto di rilievo, un'attenta verifica circa la valenza "sostanziale" della forma documentale risultata carente (cfr., Consiglio di Stato, sez. VI, 15 settembre 2017, n. 4350).

Invero, nella vicenda in esame, non vi è dimostrazione che l'inosservanza addebitata alla ricorrente abbia un carattere essenziale nell'ottica della tutela degli interessi della stazione appaltante o della *par condicio*, per aver concretamente determinato un'incertezza assoluta riguardo al contenuto, alla provenienza e all'integrità del documento di gara o alterato lo svolgimento della procedura ovvero ancora richiesto alla stazione appaltante il compimento di adempimenti tecnologici eccessivamente onerosi. Sotto quest'ultimo versante, che è quello che assume maggiore evidenza nella prospettiva indicata dall'amministrazione resistente, è proprio l'attività amministrativa successiva all'ordinanza cautelare, esitata nella riammissione dell'impresa, ad evidenziare che la verifica contenutistica del documento di gara di Cal.Cos, per quanto prodotto in un formato diverso da quello richiesto, è stata possibile e non ha comportato alcuna apprezzabile difficoltà, a dimostrazione del carattere formale e, per tale ragione necessariamente non cogente, dell'indicazione redazionale.

9.4.3. La ritenuta non essenzialità della prescrizione in evidenza si riverbera sull'applicabilità della disciplina del soccorso istruttorio e, in particolare, della sanzione dell'esclusione conseguente al suo infruttuoso esercizio, secondo quanto previsto dall'art. 83, co. 9, del d. lgs. n. 50/2016.

Invero, i presupposti di attivazione della fattispecie del soccorso istruttorio, per quanto di rilievo, sono la mancanza, l'incompletezza e l'irregolarità essenziale del documento di gara unico europeo.

Nessuna delle previste ipotesi ricorre in specie, considerato che, per quanto sopra esposto:

- l'impresa Cal.Cos ha prodotto un DGUE in formato elettronico e contenutisticamente completo, secondo quanto previsto dall'art. 85 del d. lgs. n. 50/2016;
- la difformità addebitata a tale concorrente riguarda un profilo cui, per le ragioni anzidette, non può essere attribuito il carattere dell'essenzialità.

Pertanto, va ritenuto che la stazione appaltante avrebbe dovuto verificare il DGUE dell'impresa ricorrente senza opporre alcuna necessità di regolarizzazione e, in ogni caso, che la superfetazione istruttoria cui si è dato corso non può condurre ad un esito escludente nei sensi indicati dalla richiamata disposizione, posto che l'esclusione comminata dall'art. 83, co. 9, del d. lgs. n. 50/2016 deve, comunque, essere connessa ad una presupposta situazione di mancanza, incompletezza o irregolarità essenziale, in specie non sussistente.

10. Passando all'esame del connesso ricorso R.G. n. 432/2018 proposto da Costruzioni Carlomagno Francesco s.p.a., va rilevata la sua infondatezza, dovendosi ritenere legittimo il provvedimento di riammissione in gara di Cal.Cos s.r.l. e di riformulazione della graduatoria all'esito della valutazione dell'offerta economica di detta impresa.

10.1. Non è fondato il primo motivo di ricorso, secondo cui il provvedimento contrasterebbe con i principi di segretezza delle offerte e di *par condicio* concorsuale, avendo la Cal.Cos palesato i contenuti della sua offerta economica in sede di ricorso, prima dell'apertura della busta recante la sua offerta, per la dirimente considerazione che il criterio di aggiudicazione della procedura in esame è quello del minor prezzo di cui all'art. 95, co. 4, del d. lgs. n. 50/2016.

10.1.1. Al riguardo, infatti, va richiamato il consolidato orientamento secondo cui il principio di segretezza delle offerte economiche dinanzi alla Commissione di gara è predicabile, in ottica escludente, in relazione alle sole procedure incentrate sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, allo scopo di evitare che la conoscenza del prezzo richiesto possa influenzare i componenti del seggio di gara nella formazione dei giudizi relativi alle offerte tecniche (Consiglio di Stato, sez. V, 25 settembre 2010, n. 8230; *ibidem*, 11 aprile 2006, n. 2612; sez. VI, 16 giugno 2005, n. 3174). Tale cogente esigenza, invece, non è predicabile nel caso di aggiudicazione con il criterio del minor prezzo, posto che in questa ipotesi la stazione appaltante non formula un giudizio di carattere discrezionale sull'offerta, ma si limita a verificare - con una attività di natura vincolata - la conformità dell'offerta stessa con le prescrizioni di cui alla disciplina di gara (cfr., T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 28 settembre 2016, n. 2339).

10.1.2. Nella gara in esame, è del tutto evidente che l'enunciazione da parte di Cal.Cos del ribasso offerto non può aver interferito in nessun modo sull'attività della Commissione di gara, in quanto scevra di ogni margine di opinabilità valutativa, riguardando soltanto l'apprezzamento del valore numerico dei ribassi e l'individuazione, altrettanto asettica, della soglia di anomalia. Né l'impresa ricorrente ha dato dimostrazione, sia pure in termini indiziari, dell'avvenuto o anche solo ipotizzabile perturbamento dell'autonomia di giudizio del seggio di gara conseguente alla conoscenza del ribasso di Cal.Cos. prima dell'apertura della busta

recante la relativa offerta, talché attribuire rilievo al dedotto vizio importerebbe l'inaccettabile tributo ad una deduzione puramente formale, priva di rilevanza concreta sul legittimo esercizio dell'attività amministrativa.

10.1.3. Va inoltre aggiunto che l'esternazione in sede ricorsuale, da parte di Cal.Cos., è avvenuta quando l'attività del seggio di gara si era in gran parte esplicata attraverso la formulazione della graduatoria provvisoria recante tutte le offerte ammesse, in un momento in cui, dunque, i margini di possibile interferenza di tale notizia sulla residua attività di gara si erano ancor più ridotti.

10.2. Il secondo motivo di ricorso, relativo alla legittimità del provvedimento di esclusione di Cal.Cos s.r.l., è anch'esso infondato.

Rilevano, a tal fine, le motivazioni precedentemente esposte riguardo alla fondatezza del ricorso R.G. n. 353/2018 avverso detta determinazione, alle quali si rinvia (*supra*, par. 9 e ss.).

10.3. Del pari infondato è il terzo motivo di ricorso proposto da Costruzioni Carlomagno Francesco s.p.a., riguardo alla supposta esistenza di un collegamento sostanziale tra Cal.Cos s.r.l. e Ro.Mal.Cos. s.p.a., altro concorrente riammesso dal seggio di gara contestualmente al primo (con il provvedimento impugnato del 17.9.2018), cui sarebbe dovuta conseguire la loro esclusione per violazione dell'art. 80, co. 5, lett. m), del d. lgs. n. 50/2016.

10.3.1. In particolare, il collegamento è riconnesso all'ipotizzata conoscenza da parte di Cal.Cos. del ribasso offerto da Ro.Mal.Cos. s.p.a., circostanza desumibile dalla dichiarazione - resa da Cal.Cos. in sede di ricorso R.G. n. 353/2018 - secondo cui la sua riammissione avrebbe comportato, atteso il ribasso offerto, l'aggiudicazione della gara in suo favore, Ciò, malgrado l'esistenza di un'altra impresa esclusa (Ro.Mal.Cos. s.p.a.), la cui offerta avrebbe dovuto esserle a quel momento ignota, in quanto non ancora aperta dal seggio di gara.

10.3.2. L'argomento, evidentemente di carattere presuntivo, non è per nulla persuasivo per la dirimente considerazione che, nel momento in cui Cal.Cos. ha esternato la sua offerta, deducendone l'idoneità a conseguire l'aggiudicazione in caso di riammissione (ricorso del 17.7.2018), l'impresa Ro.Mal.Cos. era ancora esclusa dalla gara, non figurando la relativa offerta tra quelle valutate dal seggio di gara e inserite nella graduatoria provvisoria, nulla facendo prefigurare il verificarsi di un evento futuro ed incerto, quale la sua riammissione (disposta in data 17.9.2018, a seguito di un'autonoma valutazione della stazione appaltante in ordine alle modalità esecutive dell'ordinanza cautelare del 12.9.2018).

10.3.3. Talché, la previsione di Cal.Cos., oggetto di contestazione, prescinde del tutto da detta offerta, essendo chiaramente enunciata, come si desume dal tenore testuale del ricorso, in riferimento alle offerte a quel momento note alla ricorrente, in quanto ammesse, scrutinate e graduate. Ne consegue che il ritenuto collegamento sostanziale tra le due imprese non risulta fondato su elementi convincenti, univoci e convergenti, tali comunque da attribuire effettività e rilevanza alla dimostrazione dell'invocata situazione escludente.

11. Conclusivamente, per le ragioni esposte, il ricorso proposto da Cal.Cos. s.r.l., R.G. n. 353/2018, avverso l'esclusione dalla gara per cui è causa, merita accoglimento, con conseguente annullamento della determinazione impugnata. Per converso, il ricorso proposto da Costruzioni Carlomagno Francesco s.p.a., R.G. n. 432/2018, avverso la riammissione di Cal.Cos. s.r.l. e la riformulazione della graduatoria di gara, in quanto infondato va respinto.

12. In ragione della particolarità delle questioni trattate, sussistono giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese di lite di entrambi i procedimenti, fatta eccezione per la refusione del contributo unificato relativo al ricorso R.G. n. 353/2018, secondo quanto statuito in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti, come in epigrafe proposti, accoglie il ricorso R.G. n. 353/2018, annullando il provvedimento di esclusione impugnato, e rigetta il ricorso R.G. n. 432/2018.

Spese compensate, salvo che per il rimborso del contributo unificato relativo al ricorso R.G. n. 353/2018, posto a carico della Provincia di Potenza.

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

Così deciso in Potenza nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Benedetto Nappi, Primo Referendario

Paolo Mariano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Paolo Mariano

IL PRESIDENTE
Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO