

Publicato il 05/10/2018

N. 09789/2018 REG.PROV.COLL.

N. 08695/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8695 del 2018, proposto da:

Go Project s.r.l. e Advant s.r.l., ciascuna in proprio e rispettivamente quale mandataria e mandante di un costituendo rti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *p.t.*, rappresentate e difese dall'avv. Paolo Clarizia presso il cui studio in Roma, via Principessa Clotilde, 2, hanno eletto domicilio;

contro

Gme - Gestore dei mercati energetici s.p.a., in persona del Responsabile della struttura "Legale e regolazione", rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. Marcello Clarich e Giuliano Fonderico, elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, v.le Liegi, 32;

per l'annullamento

- della nota prot. 5564 del 21.6.2018, con cui è stata comunicata l'esclusione delle ricorrenti dalla procedura negoziata per l'affidamento, ai sensi degli artt. 36, co. 2, lett. *b)*, e 114 d.lgs. 50/2016 del servizio, a richiesta, di sviluppo, manutenzione e assistenza sulle applicazioni informatiche del Gme (cig: 7439988851);

- dei verbali della commissione giudicatrice n. 2, relativo alla seduta del 20.6.2018 nel corso della quale è stata disposta la citata esclusione, e n. 1, relativo alla seduta dell'8.6.2018, nella parte in cui è stata accertata la "mancata produzione di alcun documento relativo al costituendo RTI" tra le ricorrenti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte intimata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 c.p.a.;

Relatore nella camera di consiglio del 28 settembre 2018 il cons. M.A. di Nezza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato:

- che con ricorso notificato il 20.7.2018 (dep. in pari data) le società Go Project e Advant, nel premettere di avere partecipato, quali (rispettivamente) mandataria e mandante di un costituendo rti, alla gara Mepa (mercato elettronico della pubblica amministrazione) meglio specificata in epigrafe, hanno chiesto ai sensi dell'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a. l'annullamento degli atti con cui il Gme all'esito dell'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa (nella seduta dell'8.6.2018) ha disposto l'esclusione per "mancata produzione di alcun documento" ex art. 48, commi 4 e 8, d.lgs. n. 50/2016, risultando in particolare assenti la "specificazione delle parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti" e l'"impegno che, in caso di aggiudicazione della procedura, l'operatore mandante conferirà mandato speciale con rappresentanza all'operatore indicato quale mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e del mandante";

- che a sostegno del ricorso hanno dedotto con tre articolati motivi i vizi di *Violazione e falsa applicazione degli artt. 36, co. 2, lett. b), 114, 48 e 83, co. 8, d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per difetto d'istruttoria, travisamento dei fatti e carenza dei presupposti, per contraddittorietà manifesta, illogicità e irragionevolezza; violazione dei principi della concorrenza, del favor participationis, della par condicio dei concorrenti e della tassatività delle clausole di esclusione;*

- che la società Gme si è costituita in resistenza;

- che con ordinanza n. 4681 del 2.8.2018 è stata respinta l'istanza cautelare;

- che all'odierna camera di consiglio, in vista della quale le parti hanno depositato memorie, il giudizio è stato trattenuto in decisione;

Considerato:

- che la determinazione di esclusione è così motivata (v. verb. n. 2 del 20.6.2018, doc. 7, all. 8, res. nonché nota Gme 21.6.2018, doc. 8, all. 9 res.):

-- sebbene le ricorrenti abbiano "dichiarato di partecipare alla gara come RTI costituendo – ai sensi dell'art. 48 comma 8 D.Lgs. 50/16 – non risulta prodotto alcun documento relativo al RTI stesso";

-- in particolare, la “documentazione amministrativa presentata [...] risulta carente della specificazione delle parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti (art. 48 comma 4 D.Lgs. 50 del 2016 ss. mm. ii.) nonché dell’impegno che, in caso di aggiudicazione [...], l’operatore mandante conferirà mandato speciale con rappresentanza all’operatore indicato quale mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e del mandante (art. 48 comma 8 del D.Lgs. 50/2016)”;

-- “la dichiarazione con cui le imprese raggruppande specificano le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori è stata interpretata dalla giurisprudenza amministrativa quale elemento che attiene all’offerta e che risponde all’esigenza che la stazione appaltante conosca preventivamente la quota-parte del servizio che ciascuna impresa raggruppanda intenda eseguire. È solo attraverso tale dichiarazione, infatti, che le imprese raggruppande assumono un impegno giuridicamente vincolante nei confronti della stazione appaltante in vista dell’eventuale esecuzione del contratto. Tale impegno, pertanto, deve essere già definito al momento in cui si partecipa alla procedura perché in questo modo le imprese raggruppande formalizzano nei loro rapporti e nei confronti della stazione appaltante la misura entro la quale si assumeranno l’esecuzione del contratto”;

-- per queste ragioni deve altresì “ritenersi precluso il ricorso al soccorso istruttorio di cui all’art. 83 comma 9 D.Lgs. 50/2016, poiché tale strumento consentirebbe di mutare le condizioni economiche e di futura esecuzione del contratto attraverso una differente ripartizione delle relative quote”; nel caso di specie, “la regolarizzazione dell’offerta attraverso la specificazione postuma delle quote di esecuzione del servizio da parte delle imprese rappresenterebbe un passo ulteriore che trascende i limiti del soccorso istruttorio perché permetterebbe di colmare una lacuna di tipo negoziale che le imprese avrebbero dovuto evitare concordando le quote di esecuzione del servizio a livello individuale e formalizzando tale reciproco impegno in un atto vincolante nei confronti della stazione appaltante [...]”;

-- tali carenze “rilevano ancor più alla luce dell’assenza, sotto ogni forma, dell’impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, l’operatore mandante conferirà mandato speciale con rappresentanza al mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e del mandante (art. 48 comma 8 D.Lgs. 50/16)”;

- che parte ricorrente sostiene in contrario:

-- di aver reso entrambe le dichiarazioni (inclusa quella relativa al riparto delle quote con proporzione 90% mandataria e 10% mandante) “nell’ambito dell’offerta economica generata dal sistema MEPA” e di aver reso nota questa circostanza alla stazione appaltante nel corso della seduta del 20.6.2018; tale condotta risulterebbe del tutto ammissibile alla luce di una serie di elementi, quali: il tenore della *lex specialis* (rdo), non recante clausole impositive dell’inserimento delle dichiarazioni nella “documentazione amministrativa”; il riferimento all’“offerta” contenuto nell’art. 48, commi 4 e 8, d.lgs. n. 50/2016; lo stesso meccanismo di funzionamento del Mepa (stante la previsione di cui al punto 5 dell’“elenco delle richieste”, concernente gli “eventuali atti relativi a R.T.I. o Consorzi” con precisazione della natura facoltativa di detta allegazione); non solo, ma sarebbe stata la stessa commissione giudicatrice ad avere riconosciuto l’inerenza delle ridette dichiarazioni all’“offerta” (viste le ragioni addotte per escludere il soccorso istruttorio; n. I ric.);

-- che, pure a volerne ipotizzare la sussistenza, l’asserita carenza documentale non avrebbe tuttavia portata escludente, occorrendo interpretare il sistema in modo da favorire la massima partecipazione degli operatori e non ravvisandosi alcun concreto rischio di lesione della *par condicio* (n. II ric.);

-- che in ogni caso la commissione di gara avrebbe errato nel non ammettere la regolarizzazione delle dichiarazioni mediante soccorso istruttorio (n. III ric.);

Considerato al riguardo:

- che le censure sono infondate;

- che al termine della fase amministrativa è emersa la mancanza delle dichiarazioni delle ricorrenti sulle quote di esecuzione e sull'impegno a costituire il raggruppamento;

- che, avuto riguardo al metodo di aggiudicazione in concreto prescelto ("offerta economicamente più vantaggiosa"; v. rdo *sub* all. 5, doc. 3, ric.), è condivisibile l'assunto di base del Gme secondo cui la documentazione relativa al rti inerisce alla "busta" amministrativa, occorrendo individuare sin da subito la "forma soggettiva di partecipazione" degli operatori interessati (specie nel caso di "concorrente soggettivamente complesso"), così come risultano corrette le ulteriori deduzioni sulla genericità del termine "offerta" utilizzato dall'art. 48 d.lgs. n. 50/2016, previsione che effettivamente si riferisce a ogni tipo di procedimento selettivo, e sulle modalità di svolgimento delle gare;

- che a quest'ultimo proposito, e analogamente a quanto avviene in procedure dello stesso tipo, anche in quella c.d. Mepa il passaggio alle fasi di apertura (e valutazione) tanto delle offerte tecniche quanto (in ultimo) di quelle economiche presuppone l'avvenuto esaurimento della fase relativa all'ammissione dei partecipanti;

- che questa conclusione trova supporto nelle note innovazioni legislative in materia di rimedi giurisdizionali avverso i provvedimenti con cui la stazione appaltante definisce la platea dei concorrenti, avendo l'art. 29, co. 1, d.lgs. n. 50/2016 conferito autonoma rilevanza, ai fini del rito di cui all'art. 120, co. 2-*bis*, c.p.a., alla menzionata fase di ammissione (v. anche Cons. Stato, sez. V, ord. 14 marzo 2017, n. 1059, richiamata dalla resistente);

- che, di contro, l'adesione alla tesi di parte ricorrente – a dire della quale l'inserimento delle dichiarazioni nell'offerta economica non altererebbe la *par condicio* – comporterebbe l'inosservanza della descritta scansione tipica, imponendo al seggio di gara di procedere (sempre) all'apertura e alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche, incluse quelle presentate da partecipanti *sine titulo* (in quanto da estromettere sin dall'inizio della gara); ciò che integra di per sé alterazione della *par condicio* (come giustamente osservato dal Gestore, questa opzione impedirebbe di fatto alla stazione appaltante di escludere i concorrenti all'esito della fase amministrativa per omissioni di qualsiasi genere, "potendoci sempre essere qualcosa in più nelle buste successive", con la conseguenza che tutte le offerte andrebbero sempre esaminate e valutate);

- che peraltro già la procedura Mepa consentiva di sciogliere ipotetici dubbi sulla necessità della produzione delle dichiarazioni al momento dell'inoltro dei "documenti di partecipazione" e degli "eventuali allegati", inclusi gli "eventuali atti relativi a rti o consorzi" (passo n. 4); in particolare, la dizione "invio facoltativo" contenuta nella nota apposta in calce al punto in esame si collega evidentemente alla libertà del concorrente di scegliere la più appropriata modalità partecipativa (lo stesso a dirsi per le "eventuali" dichiarazioni sull'avvalimento; la stazione appaltante ha dato altresì conto della schermata di riepilogo e dei "passaggi per come sono visti dall'operatore che presenta l'offerta", recante evidenza anche dei documenti non prodotti); ciò è confermato dal par. 2.4 ("Passo 4 – Documenti di partecipazione ed eventuali allegati") del manuale di procedura "per le imprese", sull'obbligo di "inserire i documenti amministrativi destinati alla 'Busta A'", che prevede l'allegazione di "documentazione che attesta gli accordi intervenuti tra le imprese che si

propongono in Raggruppamento Temporaneo d'Imprese (costituito o costituendo)" (v. all.ti 3 e 4, docc.ti 2 e 3, res.; cfr. anche l'all. 15, doc. 14 res., recante il "Manuale d'uso" per le amministrazioni; in ogni caso, residue perplessità avrebbero potuto essere agevolmente fugate con una richiesta di chiarimenti all'amministrazione);

- che proprio nei termini innanzi precisati va intesa la "facoltatività" dell'invio di "Eventuali atti relativi a R.T.I. o Consorzi", di cui al punto 5 dell'"Elenco delle richieste" per la procedura in esame (rdo n. 1916034; v. "Passo 6 di 6", all.10, doc. 8, ric.; la richiesta è peraltro classificata come "amministrativa", non già come "tecnica" o "economica", come risulta dalla colonna "tipo richiesta");

- che alla luce di quanto sin qui osservato è perciò irrilevante stabilire se sia o non fondata la deduzione di parte ricorrente circa l'inserimento delle dichiarazioni nell'offerta economica (potendosi opportunamente precisare che, come esattamente rilevato dal Gestore, le società istanti non hanno prodotto in giudizio l'allegato "estratto offerta economica", pur richiamato nel ricorso);

- che nemmeno è invocabile il soccorso istruttorio *ex art. 83, co. 9, d.lgs. cit.*, vertendosi non già in un caso di assenza di "elementi formali" della domanda, ma in un'ipotesi di omissione di adempimenti "essenziali";

- che l'indicazione delle parti del servizio che devono essere eseguite dai singoli operatori economici costituisce infatti un "elemento che attiene all'offerta e non al possesso dei requisiti di partecipazione alla gara" (la dichiarazione ha infatti a oggetto l'assunzione di un "impegno giuridicamente vincolante nei confronti della stazione appaltante" in vista dell'eventuale esecuzione del contratto, impegno che, come tale, "non può essere formalizzato in sede di gara, attraverso il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante"; così Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2017, n. 3029; v. anche sez. VI, 21 febbraio 2017, n. 773);

- che, infine, nemmeno può essere valorizzata l'asserita comunicazione al seggio di gara della circostanza dell'inserimento delle dichiarazioni nell'offerta economica, alla luce del condivisibile rilievo della stazione appaltante sull'impossibilità di tener conto del contenuto della busta economica (dovendo le decisioni sul soccorso istruttorio essere effettuate nell'ambito del "perimetro conoscitivo" acquisito al momento dell'assunzione delle decisioni stesse);

Considerato in conclusione:

- che il ricorso è infondato e va respinto;

- che le spese di lite possono essere compensate in ragione della novità della questione;

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. III-*ter*, definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 28 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Mario Alberto di Nezza, Presidente FF, Estensore

Antonino Masaracchia, Consigliere

Luca De Gennaro, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Mario Alberto di Nezza

IL SEGRETARIO