



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 il Lazio

(Sezione Prima Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2736 del 2011, proposto da Repsol Italia S.p.A., in proprio e nella qualità di Capogruppo mandataria del R.T.I. costituendo con la Termo Trading Petroli S.r.l., rappresentati e difesi dagli avv.ti Maria Stefania Masini, Enzo Robaldo e Francesco Caliandro, con domicilio eletto presso Maria Stefania Masini in Roma, via della Vite, 7;

contro

Co.Tra.L. - Compagnia Trasporti Laziali Società Regionale Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Sanino, con domicilio eletto presso Studio Legale Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia:

del provvedimento di estremi ignoti, con cui Cotral S.p.A. ha disposto l'esclusione del R.T.I. Repsol Italia S.p.A./Termo Trading Petroli S.r.l. dalla procedura ristretta n.7/2010 per l'affidamento della "fornitura di

gasolio per autotrazione";

degli atti e allegati costituenti la lex specialis di gara, con particolare riferimento alla lettera d'invito, punto C); nella parte in cui è previsto che "la firma del soggetto che rilascia la cauzione dovrà essere autenticata, a pena di esclusione, con firma elettronica digitale da un Notaio o da un altro idoneo Pubblico Ufficiale che attesti l'identità personale ed i poteri del firmatario";

degli atti dei verbali di gara;

ove occorrer possa, del diniego di autotutela espresso il 14.3.2011;

di ogni altro atto antecedente, conseguente o connesso agli atti impugnati;

per la declaratoria dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato e del diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione ed il contratto;

nonché, per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Co.Tra.L. - Compagnia Trasporti Laziali Società Regionale Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2011 il dott. Roberto Proietti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Co.Tra.L. - Compagnia Trasporti Laziali Società Regionale - con avviso pubblico spedito alla G.U.U.E. in data 3 novembre 2010, ha indetto una procedura ristretta per via telematica per la fornitura di circa 28.000.000 litri di gasolio per autotrazione. L'importo complessivo presunto della fornitura è di Euro 27.300.000,00, comprensivo degli oneri per la sicurezza, ed il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso.

La Repsol Italia, ritenendo di essere in possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara, ha deciso di partecipare alla procedura selettiva in R.T.I. con la Termo Trading Petroli Srl, insieme alla quale aveva già svolto delle forniture in favore di Cotral. Il RTI Repsol/Trading Petroli ha presentato la domanda di partecipazione nel rispetto del termine del 20 dicembre 2010 fissato dal bando, ed essendosi regolarmente prequalificato, è stato invitato a presentare la propria offerta, entro il termine del 3 febbraio 2011.

Tuttavia, con nota trasmessa in data 11 marzo 2011, Cotral ha disposto l'esclusione del R.T.I. Repsol/Trading Petroli perché *“la Commissione di gara ha rilevato, con riferimento alla cauzione provvisoria, la mancata apposizione della firma digitale del notaio sulla polizza fideiussoria, così come richiesto, a pena di esclusione, al punto 1, lett. C) della suddetta lettera d'invito”*. Ciò malgrado il R.T.I. Repsol/Trading Petroli avesse presentato in gara, a titolo di cauzione provvisoria, una fideiussione

bancaria sottoscritta digitalmente alla quale era stata allegata la copia dell'atto pubblico con cui il Notaio ha attestato l'identità personale ed i poteri del firmatario (Rep. n. 13059 del 28 gennaio 2011).

In data 14 marzo 2011, Repsol Italia SpA ha trasmesso a Cotral un'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale, ai sensi dell'articolo 243-bis del D. Lgs. n. 163/2006, invitando l'Ente aggiudicatore ad annullare in autotutela il provvedimento di esclusione, ma la Stazione appaltante, con nota in pari data, ha disatteso tale istanza.

Ritenendo erronee ed illegittime le determinazioni assunte dalla Stazione appaltante, il R.T.I. Repsol/Trading Petroli ha proposto ricorso dinanzi al TAR del Lazio, avanzando le domande indicate in epigrafe.

Il Cotral, costituitosi in giudizio, ha sostenuto l'infondatezza del ricorso, chiedendone il rigetto.

Con successive memorie le parti hanno argomentato ulteriormente le rispettive difese.

All'udienza del 7 luglio 2011 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio osserva che, avverso gli atti impugnati, la parte ricorrente ha proposto un unico articolato motivo di ricorso, deducendo la violazione dei principi generali dettati in tema di gare pubbliche; la violazione degli artt. 38, 46, 75, 206 e 231 del d.lgs. n. 163/2006; la violazione degli artt. 6 l.n. 241/1990 e 97 Cost.; ed il

vizio di eccesso di potere, sotto diversi profili.

In particolare, il RTI Repsol/Trading Petroli ha evidenziato che l'esclusione disposta ai propri danni per la mancata autenticazione digitale da parte del Notaio, è illegittima per violazione dei principi generali dell'ordinamento e della normativa sui contratti pubblici. L'omissione sanzionata da Cotral si configura, infatti, come una mera irregolarità formale, priva di qualsiasi offensività per l'Ente aggiudicatore, anche in considerazione del fatto che il RTI Repsol/Trading Petroli è un operatore economico noto a Cotral, essendo l'attuale fornitore del carburante che, per di più, vanta un credito nei confronti di Cotral di circa 13 milioni di Euro, di per sé idoneo a garantire adeguatamente l'Ente aggiudicatore.

Qualora l'Ente aggiudicatore avesse nutrito dei dubbi al riguardo, avrebbe potuto/dovuto richiedere la regolarizzazione dell'autenticazione già esibita o, al limite, una integrazione documentale, prima di disporre un'esclusione che danneggia il raggruppamento partecipante, oltre che lo stesso Ente aggiudicatore, evitando di restringere irragionevolmente, ed al di fuori di un qualsiasi interesse pubblico, la platea dei partecipanti.

Il provvedimento impugnato sarebbe da considerarsi illegittimo quand'anche si volesse aderire ad un differente orientamento giurisprudenziale che, al fine individuare le ipotesi in cui un Ente aggiudicatore deve ritenersi tenuto, anche nell'ambito delle procedure concorsuali, a "soccorrere" il privato, distingue tra integrazione e regolarizzazione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, decisione 22 giugno

2004, n. 4345; Consiglio di Stato, Sez. V, decisione 25 gennaio 2003, n. 357; TAR Sicilia, Catania, Sez. III, sentenza 17 maggio 2007, n. 846; T.A.R. Lazio, Sez. II, sentenza 5 settembre 2003, n. 7446).

La regolarizzazione consiste in un chiarimento, ovvero in un completamento marginale di un documento o di una dichiarazione, i quali, comunque, sono già stati prodotti dall'istante nel loro contenuto essenziale. Pertanto, la regolarizzazione, non soltanto è sempre possibile nel corso delle procedure concorsuali, ma integra un vero e proprio dovere in capo all'amministrazione ("la regolarizzazione documentale si inserisce a pieno titolo nel novero degli istituti diretti ad incentivare la leale collaborazione tra la PA ed i soggetti coinvolti nel procedimento e procede, alla stregua di un diritto corollario, dal canone costituzionale di buon andamento amministrativo": Cons. Stato, decisione n. 4345/2004).

L'integrazione, invece, è possibile solo ove non venga alterata la par condicio, perché attraverso la medesima si introduce nel procedimento un contenuto nuovo, non desumibile dalla documentazione già esistente (cfr. T.A.R. Lazio, Sez. II-quater, sentenza 9 ottobre 2008, n. 8825).

Una simile distinzione è del tutto funzionale ad assicurare il rispetto sia delle prescrizioni di rango costituzionale che impongono alla pubblica amministrazione di collaborare con i privati, sia del principio della parità di trattamento, osservando che "d'altra parte, non possono porsi sullo stesso piano l'aggiudicatario che manchi del requisito o lasci totalmente inevasa la richiesta dell'amministrazione, e

la situazione di chi abbia tempestivamente fatto riscontro alla richiesta, incorrendo in errore sulla documentazione che era tenuto presentare” (Cons. Stato decisione n. 1521/2006).

In via subordinata, nell’ipotesi in cui le prescrizioni della *lex specialis* dovessero essere interpretate nel senso indicato dalla Stazione appaltante, la ricorrente ha contestato anche l’illegittimità delle stesse, chiedendone l’annullamento.

Infatti, la citata prescrizione, se interpretata nel senso di non considerare sufficiente l’allegazione di una copia per immagine su supporto informatico dell’atto pubblico notarile, da un lato viola l’articolo 22, secondo comma, del D. Lgs. n. 82/2005 e, dall’altro, fissa un onere sproporzionato ed ingiustificatamente gravoso per i concorrenti. Nell’ambito di una gara telematica in cui risulta già prescritta l’utilizzazione della firma digitale, è ultroneo richiedere che anche le autentiche notarili debbano avvenire mediante sottoscrizione digitale, senza consentire ai concorrenti di esibire una copia per immagine su supporto informatico di un atto pubblico notarile fidefacente, in contrasto con quanto stabilito dall’articolo 1, comma 1, del D. Lgs. n. 82/ 2005.

2. Il Cotral si è difeso in giudizio depositando note e documenti relativi alla vicenda, contestando le censure avanzate dalla parte ricorrente, affermando l’infondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto, in particolare, evidenziando che la Commissione di gara ha assunto le determinazioni contestate dalla parte ricorrente osservando il rigoroso rispetto di quanto stabilito alle lettere C) e D) della lettera

d'invito.

3. Il Collegio – a prescindere dal richiamo operato, da ultimo, dalla parte ricorrente al principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche, fissato dal d.l. n. 70/2011 – ritiene che il ricorso sia fondato e debba essere accolto.

Cotral ha disposto l'esclusione del R.T.I. Repsol/Trading Petroli perché *“la Commissione di gara ha rilevato, con riferimento alla cauzione provvisoria, la mancata apposizione della firma digitale del notaio sulla polizza fideiussoria, così come richiesto, a pena di esclusione, al punto 1, lett. C) della suddetta lettera d'invito”*.

La citata clausola della lex specialis (dedicata alla Cauzione provvisoria che gli operatori economici avrebbe dovuto rendere al fine di partecipare alla selezione), stabilisce che *“La firma del soggetto che rilascia la fideiussione dovrà essere autenticata, a pena di esclusione, con firma elettronica digitale da un Notaio o altro idoneo Pubblico ufficiale che attesti l'identità personale ed i poteri del firmatario ... Si precisa che non saranno in nessun caso ammesse cauzioni provvisorie presentate con modalità differenti”*.

A fronte delle regole contenute nella citata lettera d'invito e della documentazione allegata all'offerta del RTI ricorrente, il Collegio ritiene che l'omissione contestata da Cotral risulta priva di offensività in relazione agli interessi pubblici di riferimento, perché il RTI Repsol/Trading Petroli ha presentato in gara una fideiussione bancaria sottoscritta digitalmente (come richiesto dalla Stazione appaltante), alla quale è stata allegata la copia dell'atto pubblico con cui il Notaio ha attestato l'identità personale ed i poteri del firmatario,

oltre agli estremi dell'atto medesimo (Rep. 13059 del 28 gennaio 2011, cfr. doc. 4 di parte ricorrente). L'obbligo a carico dei partecipanti di autenticare la sottoscrizione della polizza fideiussoria, infatti, è finalizzato a garantire l'Ente aggiudicatore circa la provenienza della fideiussione. Pertanto, l'interesse pubblico sotteso alla prescrizione della *lex specialis* non è stato leso, atteso che la parte ricorrente ha prodotto in sede di gara copia per immagine su supporto informatico della fideiussione e dell'autentica notarile rilasciata per atto pubblico, fornendo all'Ente aggiudicatore tutti gli elementi necessari a garantire l'autenticità della sottoscrizione, senza che potessero sorgere dubbi al riguardo.

Quindi, la Stazione appaltante, ove avesse avuto perplessità alla luce della documentazione fornita dal concorrente, avrebbe potuto chiedere, ex art. 46 del codice dei contratti pubblici, la regolarizzazione dell'atto in questione, tenendo conto, peraltro, di quanto stabilito dagli artt. 1, co. 1, lett. i-ter, e 22, secondo comma, del D.Lgs. n. 82/2005, il quale ultimo stabilisce che *“le copie per immagine su supporto informatico di documenti originali formati in origine su supporto analogico hanno la stessa efficacia probatoria degli originali da cui sono estratte, se la loro conformità è attestata da un notaio”*.

Come correttamente evidenziato dalla parte ricorrente, in casi analoghi, la giurisprudenza ha affermato che *“... ai fini della legittima partecipazione ad una pubblica gara per l'affidamento di un appalto delle due l'una: o la polizza contenente la cauzione provvisoria generata in via informatica viene prodotta in formato informatico, secondo le prescrizioni di cui agli artt, 20-*

22 d.lgs. n. 82/2005, ovvero essa deve essere redatta su supporto cartaceo con la previa attestazione di un pubblico ufficiale, all'uopo autorizzato, della sua conformità all'originale' (TAR, Sicilia, Sez. III, sentenza 12 aprile 2010, n. 4935).

Del resto, si deve ritenere che, nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, ove la formalità richiesta non sia funzionale a garantire un apprezzabile interesse pubblico, gli oneri meramente formali affievoliscono e rilevano le dichiarazioni implicite desumibili univocamente dalla documentazione prodotta a corredo dell'offerta, con la possibilità per l'ente (in presenza di dubbi o incertezze) di richiedere ulteriori precisazioni, perché il precetto del «buon andamento» (art. 97 cost.) include anche il principio di cooperazione fra amministrazione ed amministrati. Infatti, il potere-dovere della Stazione appaltante di chiedere un'integrazione documentale (già previsto in generale dall'art. 6 della l. n. 241 del 1990), trova ormai riscontro nell'art. 46 del Codice degli appalti pubblici, il quale codifica uno strumento inteso a far valere, entro certi limiti, la sostanza sulla forma, nell'esibizione della documentazione ai fini della procedura selettiva, onde non sacrificare l'esigenza della più ampia partecipazione per carenze meramente formali nella documentazione (Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2009, n. 1840).

E' chiaro che l'integrazione documentale prevista dall'art. 46 del Codice degli appalti pubblici può riferirsi esclusivamente alla documentazione attestante il possesso dei requisiti di partecipazione, per cui non è possibile rettificare, precisare o comunque modificare

gli elementi costitutivi dell'offerta. Ed è altrettanto palese che *“la possibilità di chiedere la regolarizzazione delle dichiarazioni lacunose e della documentazione incompleta non è un dovere assoluto ed incondizionato, ma incontra precisi limiti applicativi, quali: a) l'inderogabile necessità del rispetto della par condicio, in quanto l'art. 6 della l. n. 241 del 1990, non può essere invocato per supplire all'inosservanza di adempimenti procedurali significativi o all'omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara; b) il c.d. limite degli elementi essenziali, nel senso che la regolarizzazione non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda, salvo che gli atti tempestivamente prodotti contribuiscano a fornire ragionevoli indizi circa il possesso del requisito di partecipazione non espressamente documentato; c) l'ammissibilità nei casi di equivoche clausole del bando relative alla dichiarazione od alla documentazione da integrare o chiarire”* (Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2009, n. 1840).

E', infine, evidente che nel caso di specie, per le ragioni evidenziate, la Stazione appaltante avrebbe potuto e dovuto applicare il citato articolo 46 senza oltrepassare i limiti indicati. Come detto, infatti, il RT.I. Repsol/Trading Petroli, ha presentato in gara copia per immagine su supporto informatico della fideiussione e dell'autentica notarile rilasciata per atto pubblico, fornendo all'Ente aggiudicatore tutti gli elementi necessari a garantire l'autenticità della sottoscrizione e, quindi, non si è assistito, nella fattispecie, alla violazione dell'interesse pubblico sotteso alla prescrizione della lex specialis, sicché la Stazione appaltante non avrebbe dovuto procedere all'immediata esclusione del RTI ricorrente.

In conclusione, l'esclusione del RTI ricorrente deve ritenersi

illegittima perché in sede di gara il RTI Repsol/Trading Petroli ha prodotto l'autentica notarile richiesta dalla lex specialis (esibendo la copia dell'atto pubblico), omettendo solamente di produrre l'autentica digitale del medesimo documento. Quindi, il RTI Repsol/Trading Petroli non ha ommesso di produrre il documento richiesto dalla Stazione appaltante, ma lo ha fornito con modalità parzialmente diverse da quelle indicate nella lex specialis e, quindi, il Cotral avrebbe dovuto consentire la regolarizzazione documentale di cui si discute, considerato che la formalità richiesta in via esclusiva nella lettera d'invito non risultava funzionale a garantire un apprezzabile interesse pubblico.

4. Le spese seguono la soccombenza, nella misura liquidata nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati;
condanna il Co.Tra.L. S.p.A. al pagamento delle spese di giudizio in favore della parte ricorrente, che si liquidano in complessivi 2.500,00 (duemilacinquecento/00) euro, compresi gli onorari di causa;
ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla competente Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Linda Sandulli, Presidente

Pietro Morabito, Consigliere

Roberto Proietti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/09/2011

IL SEGRETARIO

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