



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 la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 551 del 2012, integrato da motivi aggiunti,  
proposto da:

Sapio Life S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Maria Rosaria Ambrosini, con  
domicilio eletto presso il difensore in Milano, via Sottocorno, 3;

***contro***

Azienda di Servizi Alla Persona Istituti Milanesi Martinitt e Stelline e Pio Albergo  
Trivulzio - Asp Immes e Pat, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Meraviglia,  
con domicilio eletto presso il difensore in Milano, via Marostica, 8;

***nei confronti di***

Rivoira Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Zanetti, Paola Boano, con  
domicilio eletto presso Paola Boano in Milano, piazzetta Guastalla,7;

***per l'annullamento***

del bando di gara con il quale la stazione appaltante ha indetto “procedura aperta  
per l'affidamento del servizio di fornitura di gas medicinali e tecnici, compresa la  
manutenzione degli impianti di stoccaggio e delle reti di distribuzione per un

periodo di tempo pari a 36 mesi dall'effettivo inizio della fornitura”, del disciplinare e del c.s.a.;

di ogni altro atto connesso, presupposto e/o conseguente, compresi i provvedimenti assumendi.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda di Servizi Alla Persona Istituti Milanesi Martinitt e Stellite e Pio Albergo Trivulzio - Asp Immes e Pat e di Rivoira Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Rivoira S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Zanetti, Paola Boano, con domicilio eletto presso Paola Boano in Milano 5260af, piazzetta Guastalla,7;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 novembre 2012 il dott. Maurizio Santise e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con ricorso tempestivamente notificato all'amministrazione e regolarmente depositato nella Segreteria del Tar, la società ricorrente impugnava il bando di gara, con il quale la stazione appaltante aveva indetto “procedura aperta per l'affidamento del servizio di fornitura di gas medicinali e tecnici, compresa la manutenzione degli impianti di stoccaggio e delle reti di distribuzione per un periodo di tempo pari a 36 mesi dall'effettivo inizio della fornitura”, del disciplinare e del c.s.a., decudendone, in particolare, l'illegittimità per violazione degli artt. 41 e 97 della Cost., nonché degli artt. 81, 82, 83 del d.lgs. 163/2006. La

società ricorrente contestava l'irragionevolezza del bando di gara, che aveva posto come prezzo a base d'asta per i servizi di manutenzione l'importo di € 16.000,00. Poiché si ricadeva in un appalto misto di servizi e forniture, l'aggiudicazione doveva avvenire con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Chiedeva, pertanto, in via cautelare, la sospensione del bando di gara impugnato e, nel merito, l'annullamento dello stesso.

L'amministrazione si costituiva regolarmente in giudizio, contestando il ricorso e chiedendone il rigetto.

Con ordinanza del 28.3.2012, il Tar respingeva la domanda cautelare. In data 25.5.2012, in sede di appello cautelare, il Consiglio di Stato respingeva l'appello e confermava il provvedimento cautelare di prime cure.

Con ricorso per motivi aggiunti tempestivamente notificato all'amministrazione e depositato nella segreteria del Tar in data 9.10.2012, la società ricorrente impugnava la determinazione AP/62 del 20.9.2012 di aggiudicazione definitiva della gara in favore di Rivoira s.p.a. e tutti gli altri connessi al menzionato provvedimento. Chiedeva, pertanto, l'annullamento dell'aggiudicazione con conseguente risarcimento dei danni patiti.

L'amministrazione resistente depositava ulteriore memoria di costituzione, contestando la domanda avversa e chiedendone il rigetto.

La società resistente Rivoira s.p.a. proponeva ricorso incidentale tempestivamente notificato alle parti del presente giudizio e regolarmente depositato nella segreteria di questo Tar, con cui, in via preliminare, chiedeva dichiararsi inammissibile il ricorso principale, perché la società ricorrente andava esclusa dalla gara, non avendo presentato, a pena di esclusione, alcune autodichiarazioni contemplate sub n. 8, lett. a) del disciplinare di gara.

Chiedeva, pertanto, dichiararsi inammissibile il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti e, in subordine, rigettarsi il ricorso.

Parte ricorrente rinunciava alla domanda cautelare presentata. All'udienza pubblica del 6 novembre 2012, dopo la discussione delle parti, la causa veniva trattenuta in decisione.

## DIRITTO

Secondo gli insegnamenti dell'Adunanza Plenaria 4/2011 del Consiglio di Stato, in presenza di un ricorso incidentale con effetti paralizzanti del ricorso principale, è necessario preliminarmente valutare il ricorso incidentale, perché dall'accoglimento dello stesso deriverebbe il venir meno di una condizione dell'azione proposta dal ricorrente, costituito dall'interesse ad agire.

Ne deriva, pertanto, che va esaminato in via preliminare il ricorso incidentale.

La società Rivoira s.p.a. contesta la partecipazione della società ricorrente alla pubblica gara, in quanto il disciplinare di gara, al punto n. 8 lett. a), prevederebbe, a pena di esclusione, che la ditta candidata deve allegare un'autodichiarazione, successivamente verificabile, che specifichi, in relazione ai gas tecnici non medicinali, la parte di propria produzione primaria e/o secondaria; in relazione ai gas tecnici non medicinali di sola rivendita già confezionati in recipienti mobili, deve essere presentata autodichiarazione in cui si indica il nominativo della Società che s'impegna a fornire tale gas per tutta la durata dell'appalto.

A parer della società costituitasi con ricorso incidentale, la società ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa non avendo presentato le autodichiarazioni in argomento.

La società ricorrente sostiene che la mancata produzione della citata documentazione non sarebbe, invece, prevista a pena di esclusione.

Tanto premesso, il ricorso incidentale è fondato.

E' emerso in maniera incontestata che Sapio Life s.p.a. non ha allegato alla domanda di partecipazione alla gara le citate autodichiarazioni; la Commissione di

Gara ha consentito l'integrazione documentale, una volta resasi conto di tale lacuna.

Non si può seriamente dubitare che il disciplinare di gara commini la sanzione dell'esclusione dalla gara medesima nel caso in cui le ditte partecipanti non presentino tutta la documentazione analiticamente indicata al punto 8 del disciplinare di gara. Né può essere condivisa la ricostruzione fornita dalla società ricorrente, secondo cui i documenti richiesti a pena di esclusione sarebbero solo quelli indicati nei primi tre punti dell'art. 8 e non quelli contemplati negli ultimi due, che si riferiscono proprio ai gas tecnici non medicinali.

Da una lettura dell'art. 8, emerge *ictu oculi* che la mancata produzione di tutti i documenti indicati nella disposizione comporta l'esclusione della gara. Non è dato scindere inopinatamente l'art. 8 del disciplinare di gara, separando la documentazione inerente i gas tecnici non medicinali dagli altri. Anche da un punto di vista grafico la sanzione di esclusione è chiaramente comminata in premessa e con riguardo a tutte le ipotesi ivi contemplate. Del resto, trattare diversamente le varie ipotesi sarebbe irragionevole, in quanto, evidentemente, la necessità di produrre obbligatoriamente la citata documentazione sorge dall'esigenza di conoscere chi in concreto produrrà tali gas.

La clausola di esclusione è, peraltro, pienamente conforme al principio di tassatività delle cause di esclusione, fotografato dall'art. 46 Codice degli Appalti.

In tema, la giurisprudenza amministrativa, con orientamento condiviso da questo Collegio, ha precisato che *ai sensi dell'art. 46 comma 1 bis, codice dei contratti, modificato dall'art. 4 comma II lett. d), d.l. 13 maggio 2011 n. 70, nelle gare pubbliche le cause di esclusione, incidendo sull'autonomia privata delle imprese e limitando la libertà di concorrenza nonché il principio di massima partecipazione, sono tassative e non possono essere interpretate analogicamente e, qualora manchi una chiara prescrizione che imponga in modo esplicito l'obbligo dell'esclusione, vale il principio della più ampia partecipazione alla gara allo scopo di garantire il*

*migliore risultato per l'Amministrazione stessa (cfr., Consiglio di Stato, sez. III, 04 ottobre 2012, n. 5203).*

*E ancora, l'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti, ha previsto la tassatività delle cause di esclusione, disponendo che la stazione appaltante può escludere i candidati o i concorrenti solo in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; ma i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena ne deriva la nullità delle clausole escludenti invocate dalla ricorrente incidentale (cfr., T.A.R. Catanzaro Calabria sez. II, 10 settembre 2012, n. 914).*

Certamente la causa di esclusione contemplata dal disciplinare di gara – e in questa sede contestata - rientra tra casi in cui mancano gli elementi essenziali dell'offerta, tali da creare un'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza della stessa, atteso che l'amministrazione deve essere messa in condizione di sapere se sarà direttamente il concorrente a produrre i citati gas non medicinali oppure se sarà un altro soggetto.

Ne deriva, pertanto, che Sapio Life s.p.a. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, non avendo prodotto nei termini la documentazione indicata in motivazione.

L'accoglimento del ricorso incidentale conduce all'inammissibilità sia del ricorso principale che di quello per motivi aggiunti.

Le ragioni che hanno condotto alla presente decisione giustificano la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso incidentale proposta da Rivoira s.p.a. e, per l'effetto, dichiara inammissibile il ricorso proposto da Sapio Life s.r.l. e depositato il 7.3.2012, nonché il ricorso per motivi aggiunti depositato in data 9.10.2012;

Compensa le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Maurizio Santise, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/12/2012

IL SEGRETARIO

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