

N. 00831/2023 REG.PROV.COLL.

N. 01497/2022 REG.RIC.



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 Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1497 del 2022, proposto da Goldservice Soc. Coop., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Berretta, Alessandro Ammatuna e Giuseppe Papotto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giuseppe Berretta in Catania, corso Italia 46;

contro

-Comune di Linguaglossa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Bonaventura Lo Duca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Catania, via Milano n. 85;

-Centrale Unica di Committenza c/o Consorzio Tirreno Ecosviluppo 2000 Soc. Cons. A R.L., non costituito in giudizio;

nei confronti

Società Etna Travel Service & C. S.n.c., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Pierpaolo Lucifora, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del verbale di procedura telematica n. 3 del 5.9.2022 con cui la Commissione di gara istituita c/o la Centrale Unica di Committenza – Consorzio Tirreno Ecosviluppo 2000 Soc. Cons. a r.l. ha revocato alla Goldservice soc. coop. la proposta di aggiudicazione del Lotto 1 e del Lotto 2 della procedura per l'affidamento dell'utilizzo delle vie di accesso ai crateri sommitali del Vulcano Etna Nord del territorio del Comune di Linguaglossa, ha escluso la ricorrente dalla procedura e, contestualmente, ha proposto di aggiudicare i predetti Lotto 1 e Lotto 2 in favore della controinteressata Etna Travel Service, seconda graduata;
- della nota prot. n. 11669 del 7.9.2022 con cui il Comune di Linguaglossa ha comunicato alla ricorrente la revoca dei predetti Lotti 1 e 2, nonché ogni determinazione di esclusione della ricorrente e di revoca dell'aggiudicazione assunta dal Comune e/o dalla Centrale Unica di Committenza;
- dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva dei predetti Lotti 1 e 2, mai comunicato; - di ogni ulteriore atto connesso, presupposto e/o consequenziale, in parte qua, ancorché non conosciuto e in quanto lesivo dei diritti e degli interessi legittimi di Goldservice, ivi compresi, limitatamente ai Lotti 1 e 2: a) il bando ed il disciplinare della procedura, adottati dalla Centrale Unica di Committenza, b) il capitolato d'oneri, adottato dal Comune di Linguaglossa, c) la determina comunale n. 183 – Reg. Gen. n. 398 del 01/06/2022, di indizione della procedura (tutti con particolare riferimento alle parti in cui qualificano l'affidamento delle licenze quale

appalto, richiamano le disposizioni del decreto legislativo 50/2016 e delegano la procedura alla Centrale Unica di Committenza).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Linguaglossa e di Società “Etna Travel Service & C. S.n.c.”;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2023 la dott.ssa Valeria Ventura e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Centrale Unica di Committenza, istituita presso il Consorzio Tirreno Ecosviluppo 2000 Scarl, ha indetto, per conto del Comune di Linguaglossa, ai sensi dell'art. 60 d.lgs. 50/2016, con il criterio di aggiudicazione del maggior rialzo, una gara telematica per l'affidamento di 5 autorizzazioni per l'accesso ai crateri sommitali del vulcano Etna Nord per il trasporto a pagamento, per finalità turistiche ed escursionistiche, di persone con conducente.

2. Espone in fatto la ricorrente quanto segue: a) di aver presentato offerta per tre dei lotti messi a bando; b) la commissione di gara nella seduta del 29 luglio 2022 ha ammesso la ricorrente alle successive fasi di gara; c) all'esito dell'esame e della valutazione delle offerte economiche, la ricorrente si è collocata al primo posto della graduatoria, avendo essa offerto il maggior rialzo; d) nella seduta del 10 agosto 2022, la commissione giudicatrice ha proposto di aggiudicare la gara alla ricorrente; d) con nota in data 25 agosto 2022 la Etna Travel Service s.n.c. ha contestato l'ammissibilità

delle offerte presentate dalla ricorrente in quanto sottoscritte digitalmente da un soggetto estraneo alla società, chiedendo la revoca della proposta di aggiudicazione; e) con verbale n. 3 del 5 settembre 2022, la stazione appaltante ha annullato in autotutela la proposta di aggiudicazione e proposto di aggiudicare la gara alla Etna Travel Service s.n.c., seconda graduata; f) secondo la commissione troverebbe, infatti, applicazione l'art. 83 comma 9 d.lgs. 50/2016, che prevede l'esclusione nei casi di incertezza sulla provenienza dell'offerta per difetto di sottoscrizione; g) con determina n. 346 - Reg. Gen. n. 673 del 26/09/2022 il Lotto 1 e il Lotto 2 sono stati definitivamente aggiudicati alla Etna Travel Service s.n.c..

3. La ricorrente ha impugnato gli atti di gara ed, in particolare, i provvedimenti di autotutela, formulando le seguenti censure, racchiuse in un unico articolato motivo:

a) illegittima applicazione dell'articolo 83 comma 9, d.lgs. 50/2016 in quanto la fattispecie esaminata non riguarda né un appalto, né una concessione di servizi, dovendosi piuttosto ricondursi, come statuito dal T.A.R. Catania con sentenza n. 1142 del 21.4.2022, alla "categoria del riconoscimento in capo ai soggetti privati (determinati) della facoltà di uso speciale di un bene demaniale" (primo profilo); b) violazione dell'art. 31 del disciplinare di gara secondo cui: "... il difetto di sottoscrizione della domanda di partecipazione, del DGUE, delle dichiarazioni richieste e dell'offerta è sanabile."; c) violazione dell'art. 83, comma 9, d.lgs. 50/2016, in quanto nessuna incertezza poteva esservi sulla riconducibilità dell'offerta alla ricorrente la quale è stata correttamente identificata al momento della registrazione sulla piattaforma telematica attraverso un account personale; avendo essa peraltro documentato che l'apposizione della firma digitale di altro soggetto è dipesa da un errore commesso dalla società di consulenza incaricata di coadiuvare la ricorrente nella preparazione dell'offerta; d) l'Amministrazione avrebbe, pertanto,

dovuto attivare il soccorso istruttorio per consentire l'integrazione della sottoscrizione mancante; e) in via subordinata e tuzioristica si deduce, comunque, l'incompetenza assoluta della centrale unica di committenza a disporre l'esclusione della ricorrente e, prim'ancora, ad indire e svolgere la procedura. Difatti, come detto, la fattispecie non riguarda affatto un appalto o una concessione di servizi, sicché nulla c'entra una centrale unica di committenza.

4. Si è costituita in giudizio la controinteressata Etna Travel Service s.n.c. chiedendo l'integrale rigetto del ricorso poiché inammissibile ed in ogni caso infondato in fatto e diritto.

5. Si è costituito in giudizio, altresì, il Comune di Linguaglossa, chiedendo la declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto e, in subordine, il rigetto dello stesso e della connessa istanza cautelare.

6. Con ordinanza cautelare n. 573/2022, il Collegio ha ritenuto che le esigenze cautelari rappresentate in ricorso potessero essere adeguatamente soddisfatte mediante la fissazione della pubblica udienza per la decisione di merito in data 11 gennaio 2023.

7. In vista della discussione in pubblica udienza le parti hanno scambiato memorie e repliche.

8. All'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2022, presenti i difensori delle parti, come da verbale, la causa è stata trattenuta in decisione.

9. Il ricorso è infondato e va respinto per le argomentazioni di seguito esposte.

9.1 Con riguardo al primo profilo (lettera a), deve evidenziarsi che, con la sentenza n. 1142/2022 richiamata dal ricorrente, questo Tribunale, dopo aver chiarito che l'affidamento in questione non può essere qualificato né come appalto, né come concessione di servizi - non potendo pertanto ad esso applicarsi direttamente la

disciplina del d. lgs. 18 aprile 2016, n.50 - ha anche precisato che si tratta di fattispecie che, in quanto volta al rilascio di autorizzazioni contingentate per l'utilizzo a fini economici di un bene demaniale da parte dei privati (nel caso di specie per la erogazione di servizi di tipo turistico-escursionistico), essa deve comunque ricondursi nell'ambito di applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno, e come tale da sottoporre alla procedura di gara.

Osserva, infatti, il Tribunale nella su citata sentenza che *“Il confronto competitivo, oltre ad essere imposto dal diritto eurounitario, risulta coerente con l'evoluzione della normativa interna sull'evidenza pubblica, che individua in tale metodo non solo lo strumento più efficace per la scelta del miglior “contraente”, cioè del miglior interlocutore della pubblica amministrazione, ma anche come mezzo per garantire trasparenza alle scelte amministrative e apertura del settore dei servizi al di là di barriere all'accesso (arg. ex Cons. Stato, Ad. Plen., 9 novembre 2021, n. 18). Inoltre, l'espletamento della procedura ad evidenza pubblica per il rilascio dei titoli autorizzatori in questione assicura massima protezione al diritto costituzionalmente garantito della libertà di iniziativa economica, poiché tale modulo procedimentale consente a tutti gli operatori economici del settore di concorrere in condizioni di parità alla distribuzione della risorsa limitata resa disponibile dall'Amministrazione.”*

Ne discende che, ad avviso del Collegio, del tutto ragionevolmente il Comune di Linguaglossa, conformandosi al decisum, al fine di garantire il massimo livello di imparzialità, trasparenza e pubblicità ha indetto – in ossequio ai principi consacrati nella direttiva servizi - una procedura di gara aperta a qualsiasi operatore economico interessato ed, altrettanto ragionevolmente, ha scelto di applicare alla procedura selettiva in questione, per auto vincolo, la disciplina prevista dal codice dei contratti

pubblici, quale strumento di massima salvaguardia della concorrenza e della libertà di iniziativa economica.

Ed invero, secondo un principio pacifico in giurisprudenza, *“L'autovincolo (...) costituisce un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che l'amministrazione pone a se medesima in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell'individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice l'ampia e impregiudicata discrezionalità, favorire in executivis l'utilizzo di criteri decisionali non imparziali. La garanzia dell'autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fondamentale finalizzata alla par conditio: conoscere in via anticipata i criteri valutativi e decisionali della commissione valutatrice, in un contesto in cui le regole di partecipazione sono chiare e predefinite, mette in condizione i concorrenti di competere lealmente su quei criteri, con relativa prevedibilità degli esiti.”* (Cons. St., sez. III, 6 novembre 2019, n. 7595); ed ancora *“Non si vuol negare, ovviamente, la pacifica vigenza del principio per il quale quando l'Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni”* (cfr. da ultimo Consiglio di Stato, 15 febbraio 2021, n. 1322.)

Da quanto esposto discende l'infondatezza del primo profilo dell'unico motivo di ricorso.

9.2 Parimenti infondate sono le censure di cui al terzo, al quarto e al quinto profilo (lettere b), c) e d)), le quali, per motivi di carattere logico-giuridico, possono essere scrutinate congiuntamente.

Ben conosce il Collegio l'orientamento di recente espresso da una parte della giurisprudenza amministrativa – sviluppatosi in particolare in relazione alle procedure di gara telematiche – in favore di un approccio più permissivo e sostanzialistico, improntato a ritenere ammissibile l'offerta anche nel caso di mancata o incompleta sottoscrizione della stessa.

La mancanza di sottoscrizione è, dunque, secondo tale approccio ermeneutico, certamente sanabile mediante l'attivazione della procedura di soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 83, comma 9 del d.lgs. n.50/2016, a condizione che la stessa, in base alle circostanze concrete, risulti *“con assoluta certezza riconducibile ed imputabile ad un determinato soggetto o operatore economico”* (cfr. ANAC, delibere n. 98 del 3 febbraio 2021, n. 46 del 22 gennaio 2020; n. 685 del 18 luglio 2018; n. 1358 del 20 dicembre 2017; n. 432 del 27 aprile 2017; n. 1298 del 12 dicembre 2017; n. 953 del 7 settembre 2016; n. 10 del 4 febbraio 2015; determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015; in giurisprudenza, cfr. ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, 22 giugno 2020 n. 3973; 9 marzo 2020 n. 1655; 21 novembre 2016 n. 4881; TAR Lazio, Roma, sez. III-bis, 3 dicembre 2019 n. 13812 e Sez. I, 16 giugno 2016 n. 6923; TAR Toscana, 31 marzo 2017 n. 496).

La stessa giurisprudenza ha, poi, precisato che le richiamate coordinate interpretative devono inevitabilmente passare attraverso una verifica che tenga conto della specificità del caso concreto, in modo che – nonostante la mancanza della firma - possa dirsi di volta in volta effettivamente raggiunto in modo certo, sulla base di altri elementi acquisiti aliunde nell'ambito della documentazione prodotta, il duplice scopo cui è volta la sottoscrizione, ossia quello di assicurare la riferibilità dell'offerta al suo autore ed al contempo l'assunzione da parte dell'offerente dell'impegno negoziale alla esecuzione della prestazione alle condizioni in essa contenute.

Ebbene, si tratta di interpretazione, in linea teorica, del tutto condivisibile in quanto maggiormente conforme ai principi e criteri direttivi della legge delega n.11 del 2016, sulla cui base è stato emanato il d.lgs. n.50 del 2016, quali il principio del raggiungimento dello scopo e della strumentalità delle forme, il divieto di “gold plating”, il principio di semplificazione delle procedure e di riduzione degli oneri documentali, nonché i principi di buon andamento e di massima partecipazione alle gare.

Pur tuttavia, ritiene il Collegio che il caso oggetto della presente vicenda contenziosa non possa essere risolto facendo applicazione del richiamato orientamento sostanzialista, per la tranciante circostanza – evidenziata sia dal Comune resistente che dalla ditta controinteressata – che l’offerta economica, nella fattispecie in esame, non è priva di sottoscrizione, ma reca la firma digitale di un soggetto che non è il rappresentante legale dell’offerente, né è soggetto in alcun modo riconducibile alla sua compagine sociale, rendendo in tal modo l’offerta non riferibile con certezza al suo autore.

Ed invero, ad avviso del Collegio, la presenza sull’offerta della sottoscrizione digitale di un soggetto diverso dall’offerente, e a questo del tutto estraneo, ha di certo precluso alla stazione appaltante la possibilità di ricondurre ed imputare l’offerta economica al suo autore con quel grado di “*assoluta certezza*” richiesto dalla giurisprudenza e ciò, ritiene il Collegio, nonostante ed a prescindere dall’intervenuta identificazione a monte della ricorrente sulla piattaforma telematica.

Nel caso di specie, infatti, a differenza di tutte le fattispecie sottoposte al vaglio della giurisprudenza richiamata, non viene in considerazione una mera incompletezza o la mancanza della sottoscrizione, bensì un vizio che ha determinato la carenza di un requisito essenziale dell’offerta (e cioè, per l’appunto, la riconoscibilità inequivoca

dell'autore della stessa), come tale non sanabile mediante il ricorso al soccorso istruttorio ed idoneo, invece, a determinare l'immediata ed automatica estromissione dell'operatore economico dalla procedura selettiva.

Occorre, inoltre, precisare che il documento che contiene l'offerta economica riveste anche la peculiare natura di una dichiarazione di impegno da parte dell'operatore economico ad eseguire, in caso di aggiudicazione, la prestazione alle condizioni economiche indicate nell'offerta stessa, tant'è che l'offerta economica è corredata da una serie di dichiarazioni vincolanti per il concorrente, quale quella di mantenerla valida per almeno 180 giorni.

Ne discende che l'offerta può dirsi valida e vincolante per il soggetto interessato solo se colui che la firma sia effettivamente in possesso del potere di impegnare il concorrente, non potendosi ritenere accettabile un'offerta non idonea a vincolare il concorrente, perché chi la sottoscrive non è in possesso dei poteri per farlo, o se non è possibile individuare chi l'ha rilasciata, quindi, per incertezza assoluta sulla sua provenienza.

Infatti, la sottoscrizione dell'offerta, in tutte le sue autonome componenti costitutive, ne attesta la provenienza soggettiva, assicurando la serietà e insostituibilità della stessa, e fa sorgere formalmente la responsabilità del concorrente in relazione alle prestazioni oggetto dell'affidamento, sicché il difetto di sottoscrizione della medesima offerta non è rimediabile mediante soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. (in tal senso da ultimo TAR Lazio n. 648/2022, nello stesso senso cfr ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 20 agosto 2019, n. 5751; TAR Lazio, Roma, sez. II, 9 novembre 2020, n. 11598; id., sez. III, 2 luglio 2019, n. 8605; TAR Marche, sez. I, 25 febbraio 2020, n. 138; del 2020; TAR Piemonte, I, 7 gennaio 2020, n. 16).

Va in ultimo precisato che, secondo pacifica giurisprudenza, il rimedio del soccorso istruttorio è volto sì a dare rilievo ai principi del favor participationis e della semplificazione, all'interno, però, di limiti rigorosamente determinati, come quello discendente dal principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, secondo cui ciascuno di essi sopporta le conseguenze degli eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione: *“nelle gare pubbliche la radicalità del vizio dell'offerta non consente l'esercizio del soccorso istruttorio che va contemperato con il principio della parità tra i concorrenti, anche alla luce dell'altrettanto generale principio dell'autoresponsabilità dei concorrenti?”* (Consiglio di Stato, sez. III, 28.07.2020 n. 4795; C.d.S., Sez. V, nn. 4645/2016 e 627/2016). Né d'altronde, proprio in virtù del richiamato principio di autoresponsabilità, nonché di quello di diligenza professionale, può essere accolta la tesi della scusabilità del mero errore materiale commesso dalla società di servizi MCM, dovendo gli operatori del settore certamente dotarsi o, comunque, affidarsi a personale munito delle adeguate competenze e qualifiche.

9.3 In ordine al terzo profilo (lettera e) del ricorso, valgono le medesime considerazioni già svolte al punto 9.1 cui, pertanto, si rinvia.

10. Conclusivamente, per quanto esposto, il ricorso è infondato e va respinto.

11. Nelle peculiarità delle questioni trattate il Collegio ravvisa, tuttavia, in base al combinato disposto di cui agli articoli 26, comma 1, c. p. a. e 92, comma 2, c. p. c., eccezionali ragioni per l'integrale compensazione delle spese del grado di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Aurora Lento, Presidente

Francesco Bruno, Consigliere

Valeria Ventura, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Valeria Ventura

IL PRESIDENTE
Aurora Lento

IL SEGRETARIO