



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 527 del 2018, proposto da: Amanthea Società Cooperativa Sociale a.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Barraja e Massimiliano Mangano, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Palermo, via Nunzio Morello n. 40;

***contro***

Comune di Petrosino, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Bragagni, con domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, Strada Maggiore n. 31; Cuc di Petrosino Favignana e Salaparuta, in persona del legale rappresentante p.t., non costituito in giudizio;

***nei confronti***

La Garderie Coop di Solidarietà Sociale a r.l. e Nido D'Argento Soc. Coop Sociale, in persona dei legali rappresentanti p.t., non costituiti in giudizio;

### *per l'annullamento*

- del verbale del 12 febbraio 2018 delle ore 09:30 relativo alla “Procedura negoziata per l'affidamento in appalto della Gestione del servizio nido comunale - anno scolastico 2017/2018”, con il quale la Commissione di Gara ha escluso l'odierna ricorrente;
- del verbale del 19 febbraio 2018 delle ore 09:55 relativo alla “Procedura negoziata per l'affidamento in appalto della Gestione del servizio nido comunale - anno scolastico 2017/2018”, con il quale la Commissione di Gara, in seguito al soccorso istruttorio sulla documentazione amministrativa, ha definitivamente ammesso le due ditte controinteressate;
- del verbale del 19 febbraio 2018 delle ore 15:40 relativo alla “Procedura negoziata per l'affidamento in appalto della Gestione del servizio nido comunale - anno scolastico 2017/2018”, con il quale la Commissione di Gara ha avviato, in seduta riservata, la valutazione delle offerte tecniche delle due ditte controinteressate;
- del verbale del 20 febbraio 2018 delle ore 15:40 relativo alla “Procedura negoziata per l'affidamento in appalto della Gestione del servizio nido comunale - anno scolastico 2017/2018”, con il quale la Commissione di Gara, in seduta riservata, ha attribuito i punteggi relativi all'offerta tecnica presentata dalle due ditte controinteressate;
- del verbale del 26 febbraio 2018 delle ore 10.05 relativo alla “Procedura negoziata per l'affidamento in appalto della Gestione del servizio nido comunale - anno scolastico 2017/2018”, con il quale la Commissione di Gara, ha disposto l'integrazione dell'offerta economica delle due ditte controinteressate, carenti delle indicazioni relative ai costi della manodopera e al ribasso percentuale offerto (quest'ultimo solo per la Coop. Nido d'Argento);
- del verbale del 5 marzo 2018 delle ore 10.05 relativo alla “Procedura negoziata per l'affidamento in appalto della Gestione del servizio nido comunale - anno scolastico

2017/2018”, con il quale la Commissione di Gara ha proposto l'aggiudicazione dell'appalto in favore di La Garderie Cooperativa di Solidarietà Sociale A R.L., (ONLUS);

OVE OCCORRA, IN SUBORDINE:

- dei medesimi verbali di gara sopra calendati nonché:
- della determinazione a contrarre n. 219 del 04.12.2017 del responsabile del I Settore Affari Generali, Segreteria e Servizi Sociali del Comune di Petrosino;
- del Capitolato Speciale d'Appalto allegato B) alla determinazione a contrarre n. 219 del 04.12.2017;
- della determinazione n. 13 del 07.12.2017 del Responsabile della Centrale Unica di Committenza di indizione della procedura negoziata in questione;
- dell'avviso di gara e disciplinare, Allegati A) alla determinazione n. 13 del 07.12.2017;
- della determinazione n. 1 del 4.1.2018 del Responsabile della Centrale Unica di Committenza di nomina del Presidente di Gara;
- della determinazione n. 3 del 2.2.2018 di nomina degli altri componenti della commissione di gara;
- del verbale del 6 febbraio 2018 delle ore 10:30 relativo alla “Procedura negoziata per l'affidamento in appalto della Gestione del servizio nido comunale - anno scolastico 2017/2018”, con il quale la Commissione di Gara ha avviato la procedura ed esaminato la documentazione amministrativa delle due ditte controinteressate ammettendole con riserva.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Petrosino;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 aprile 2018 il dott. Calogero Comandatore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con il ricorso indicato in epigrafe l'AMANTHEA SOCIETÀ COOPERATIVA SOCIALE a r.l. ha premesso:

- che, con determinazione n. 13 del 07.12.2017 del Responsabile della Centrale Unica di Committenza, fra i Comuni di Petrosino, Favignana e Salaparuta, istituita presso il Comune di Petrosino, era stata indetta una “Procedura negoziata per l'affidamento in appalto della Gestione del servizio nido comunale - anno scolastico 2017/2018” con l'individuazione del Comune di Petrosino quale amministrazione committente;
- che il criterio di aggiudicazione della gara prescelto dalla Stazione Appaltante era stato quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui agli articoli 95, comma 3, e 144 del D.lgs. n. 50/2016;
- che l'importo a base d'asta era stato fissato in euro 190.947,85 (IVA compresa, pari a euro 9.094,04 (cfr. avviso di gara, Allegato A) alla Determinazione n. 13 del 07.12.2017)), così ripartito:
  - costo per il personale (soggetto a ribasso percentuale) euro 156.765,60;
  - pasti (soggetti a ribasso percentuale) euro 21.668,00;
  - spese generali (soggette a ribasso percentuale) euro 12.541,25.
- che la durata del contratto era stata prevista in “10 mesi (anno scolastico 2017/2018), decorrenti dalla data dell'effettivo avvio del servizio, con eventuale opzione di proroga con la ditta aggiudicataria ... da far valere anche per l'anno scolastico 2018/2019 ed in ogni caso fino al 30.06.2019...”;
- che a pag. 7, punto G), del disciplinare (Allegato A alla Determinazione n. 13 del 07.12.2017) era stato previsto che “All'interno della busta “OFFERTA TECNICA”

il concorrente dovrà allegare una relazione tecnica sintetica, ma esauriente, illustrante il progetto e i profili del servizio rilevanti per l'Amministrazione ..." ed erano poi state individuate le varie componenti illustrative della relazione e gli eventuali allegati;

- che a pag. 8, punto H), del disciplinare (Allegato A alla Determinazione n. 13 del 07.12.2017) era stato previsto che "il concorrente, a pena di esclusione, dovrà indicare la propria offerta economica contenente la misura della percentuale di ribasso offerta, al netto di IVA.

Il ribasso deve essere indicato sia in cifre che in lettere.

La dichiarazione dovrà contenere, altresì, l'indicazione dei costi relativi al costo lavorativo e ai costi aziendali della sicurezza, ai sensi dell'art. 95, comma 10, del D.lgs. 50/2016";

- che la gara era stata svolta mediante l'inserimento di apposita Richiesta di Offerta (R.d.O.) sul portale del MEPA e che, a pag. 13, punto 22, del disciplinare erano state indicate le "MODALITA' DI PREDISPOSIZIONE DELLE OFFERTE TELEMATICHE" prevedendosi, per quanto di interesse nella presente controversia, che: "L'offerta e la documentazione ad essa relativa devono essere redatte e trasmesse al Sistema in formato elettronico attraverso la piattaforma MEPA.

La redazione dell'offerta dovrà avvenire seguendo le diverse fasi successive dell'apposita procedura del MEPA, che consentono di predisporre:

... 2) una busta virtuale (B) contenente l'offerta tecnica, sottoscritta digitalmente dal legale rappresentante dell'impresa concorrente.

Nell'apposita busta virtuale il concorrente dovrà allegare la documentazione tecnica esauriente consistente in una relazione tecnica sintetica, ma esauriente, illustrante il progetto e i profili del servizio rilevanti per l'Amministrazione ... La relazione deve possibilmente avere un indice analitico ... La relazione illustra i profili organizzativi

... La relazione dovrà specificare l'organico in servizio, con l'indicazione dei titoli di studio ....”

... 3) una busta virtuale C contenente l'offerta economica per l'intero lotto che deve esplicitare i costi sostenuti per singola voce (Personale, Pasti e Spese generali, spese tutte soggette a ribasso percentuale)”.

Tutto ciò premesso, in ordine alla fase di predisposizione delle offerte, l'impresa ricorrente ha evidenziato:

- che, nonostante le astratte previsioni indicate nel disciplinare al punto 22 (come ricavabile sia dall'Elenco delle richieste predisposto dalla Stazione Appaltante sul MEPA (cfr. doc. n. 4 del fascicolo di parte ricorrente), sia dal “Riepilogo dei dati” dell'odierna ricorrente (cfr. doc. n. 5 del fascicolo di parte ricorrente), il sistema telematico, relativamente all'offerta tecnica e all'offerta economica, aveva previsto due “FAC-SIMILE DI SISTEMA” tramite i quali inserire i dati generali delle rispettive offerte: “Offerta Tecnica relativa a” e “Offerta Economica relativa a”, ma non, invece, di includere né la relazione tecnica illustrativa, richiesta con l'offerta tecnica, né le percentuali di ribasso per singola voce di costo richieste per l'offerta economica e in particolare le voci sui costi della manodopera, previsti, a pena di esclusione, dall'art. 95, comma 10, del D.lgs. n. 50/2016 s.m.i.;

- che, ogni concorrente, infatti, avrebbe potuto inserire solo il prezzo complessivo offerto al netto del ribasso (si veda: doc. n. 9., FAC-SIMILI DI SISTEMA “Offerta Economica relativa a” della ricorrente in cui è stato possibile indicare il prezzo complessivo ribassato, pari a euro 167.000,00);

- che l'inserimento della relazione tecnica illustrativa e delle percentuali di ribasso per singola voce di costo unitamente al FAC SIMILE DI SISTEMA non modificabile, avevano generato l'errore indicato con il punto esclamativo (!) e con la dicitura: “Il contenuto del documento caricato non corrisponde al contenuto del documento generato dal sistema” (cfr. doc. n. 6 e 7 del fascicolo di parte ricorrente);

- che, in altri termini, il sistema telematico, alle voci OFFERTE TECNICA e OFFERTA ECONOMICA non aveva consentito modifiche al “FAC-SIMILE DI SISTEMA”, non permettendo di presentare le medesime offerte in modo corretto e completo, così come indicato dal disciplinare di gara, ovvero comprensive della relazione tecnica illustrativa quanto all’Offerta Tecnica, dei costi della manodopera e del ribasso in cifre e in lettere relative all’Offerta Economica;
- che, in considerazione di tali circostanze e della consapevolezza dell’impossibilità legale di integrare successivamente gli elementi (essenziali) relativi all’offerta tecnica e all’offerta economica, aveva inserito i relativi *files*, firmati digitalmente e in formato *Zip* - quindi compressi -, nelle griglie non utilizzate dei predetti “FAC-SIMILE DI SISTEMA” e in cui il sistema telematico consentiva il loro caricamento senza generare errori;
- che, in particolare, come ricavabile dal “Riepilogo dei dati”, alla voce “7. Eventuali atti relativi a R.T.I. o Consorzi”, la ricorrente aveva inserito un file denominato “Offerta Tecnica.zip (5,93 MB)” contenente, per l’appunto, solo la relazione tecnica e i suoi allegati; alla voce “8. Eventuale documentazione relativa all’avvalimento”, la ricorrente aveva inserito, invece, un file denominato “Offerta Economica.zip (293.93 KB)” contenente solo la percentuale di ribasso offerta, i costi relativi alla sicurezza e i costi relativi alla manodopera ribassati.

Premessi ed esposti tali fatti, l’impresa ricorrente ha lamentato:

1. di essere stata esclusa dalla gara, con provvedimento reso dalla Commissione nel verbale del 12 febbraio 2018, con la seguente motivazione: “il concorrente ha inserito nella busta virtuale A - Documentazione Amministrativa - l’offerta tecnica e l’offerta economica (liberamente accessibili e visualizzabili dalla Commissione in fase di esame e valutazione della documentazione amministrativa) che invece andavano inserite separatamente nelle sezioni del MePa riservate rispettivamente

all'offerta tecnica (busta virtuale B) e a quella economica (busta virtuale C), giusto quanto disposto alle pag. 13 e 14 del disciplinare di gara”;

2. che le altre imprese concorrenti, invece, senza preoccuparsi dell'errore di sistema, avevano inserito i *files* relativi alla relazione tecnica (ma anche i *files* relativi all'offerta economica) in un allegato “accorpato” al FAC-SIMILE DI SISTEMA non modificabile;

3. che, con verbale del 20 febbraio 2018, quindi, la Commissione di Gara aveva proceduto, in seduta riservata, all'attribuzione del punteggio tecnico assegnando n. 64,00 punti alla “La Garderie” e n. 53,00 punti alla “Nido d'Argento”;

4. che, con verbale del 26 febbraio 2018, la Commissione di gara, data lettura dei punteggi tecnici rispettivamente attribuiti, aveva proceduto all'apertura sul portale del MEPA della busta virtuale C) contenente le offerte economiche delle odierne contro-interessate e alla stampa delle medesime offerte economiche rilevando: “1) per l'offerta economica di La Garderie, manca la dichiarazione dei costi relativi al costo lavorativo richiesta, non a pena di esclusione, dal punto H di pag. 8 del Disciplinare di gara; 2) per l'offerta economica di Nido D'Argento, mancano la dichiarazione dei costi relativi al costo lavorativo richiesta, non a pena di esclusione, dal punto H di pag. 8 del Disciplinare di gara, nonché la misura della percentuale di ribasso offerta, espressa sia in cifre che in lettere, che è desumibile solo dal calcolo effettuato dalla commissione e che risulta pari all'11,11%” e verbalizzando quanto segue “Il Signor Martinez Mauro, presente alla seduta odierna nella qualità di vicepresidente delegato dalla La Garderie, rileva che la piattaforma MEPA non consentiva di inserire i costi relativi al costo lavorativo, nonché la misura della percentuale di ribasso offerta che è stata tuttavia inserita in un allegato a parte “accorpato” al FAC-SIMILE DI SISTEMA”;

5. che, con il medesimo verbale del 26.2.2018, la Commissione di gara, aveva illegittimamente invitato le odierne controinteressate, a integrare gli elementi

mancanti dell'offerta economica ovvero a indicare, entro 5 giorni, i costi della manodopera e con riferimento alla Nido d'Argento a indicare, nel medesimo termine, anche il ribasso percentuale offerto in cifre e in lettere;

6. che, con verbale del 5 marzo 2018, quindi, la Commissione di gara, ricevuta l'integrazione degli elementi mancanti relativi all'offerta economica ed esaminata la documentazione predetta, aveva proceduto all'attribuzione del punteggio complessivo e trasmetteva gli atti al R.U.P. del Comune di Petrosino, proponendo l'aggiudicazione dell'appalto in favore della Coop. La Garderie.

In seno al ricorso introduttivo le suesposte doglianze sono state censurate con i seguenti motivi di ricorso:

1. Violazione e errata applicazione del punto 13, lett g), del punto 13, lett. h) e del punto 22 del disciplinare di gara; eccesso di potere per difetto di istruttoria; carenza di motivazione; illogicità manifesta; violazione del principio di *favor participationis* e del principio di *par condicio*; violazione dell'art. 97 Cost.

2. Violazione ed errata applicazione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016; violazione ed errata applicazione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016; violazione e errata applicazione del punto 13, lett. g), del punto 13, lett. h), e del punto 22 del disciplinare di gara; eccesso di potere per difetto di istruttoria; carenza di motivazione; illogicità manifesta; disparità di trattamento; violazione dell'art. 97 Cost. sotto ulteriori profili.

3. Violazione del principio della *par condicio*; violazione e errata applicazione del punto 13, lett g), del punto 13, lett. h), e del punto 22 del disciplinare di gara sotto ulteriori profili.

Nonostante la regolarità della notifica del ricorso introduttivo le imprese contro-interessate non si sono costituite; di contro, si è costituito il Comune di Petrosino che non ha contestato i fatti narrati dal ricorrente ammettendo, in particolare, di avere consentito alle imprese contro-interessate di indicare i costi di manodopera

tramite l'istituto del soccorso istruttorio. In ordine al funzionamento del sistema MePA ha così argomentato: “non corrisponde al vero che il sistema non abbia consentito il corretto *upload* della documentazione. Vero è che la corretta gestione della gara imponeva di inserire, fra i documenti richiesti ai concorrenti, l'offerta tecnica, selezionando per tale documento la natura di 'documentazione tecnica' (in maniera che lo stesso comparisse solo dopo la conclusione dell'esame della documentazione amministrativa e dopo l'apertura delle offerte tecniche), nonché il costo del personale selezionando, per tale documento la natura di 'documento economico' (in maniera che lo stesso comparisse solo dopo la conclusione sia dell'esame della documentazione amministrativa sia di quella tecnica e solo dopo l'apertura delle sezione dedicata alle offerte economiche).

È tuttavia ugualmente vero, come si è verificato nella gara di cui si discute, che gli offerenti potevano caricare a sistema sia l'offerta tecnica che quella economica banalmente “incollando” ai fac-simile di sistema (con strumenti di fusione di file PDF, propri di qualunque sistema operativo e sempre disponibili gratuitamente sul web) la loro offerta tecnica e quella economica contenente anche i costi del personale, oppure caricare file del tutto differenti dal fac-simile di sistema (anche di tipo compresso).

L'unico inconveniente era l'avviso del punto esclamativo rosso, che nel caso in esame ha finito per scoraggiare eccessivamente parte ricorrente ma non, pare il caso di dirlo, parte controinteressata”.

Ciò posto, l'amministrazione resistente ha eccepito, in via pregiudiziale:

1. l'inammissibilità del ricorso per violazione dei limiti imposti dall'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. e dall'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016, sotto due distinti profili:

a) il rito di cui all'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. è utilizzabile solo per l'esclusione a seguito del controllo dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, ma non per le esclusioni basate sulla formazione dell'offerta;

b) il rito di cui all'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. è utilizzabile solo a seguito della pubblicazione del provvedimento di ammissione o esclusione, sul profilo del committente, ai sensi dell'art. 29, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016;

2. l'inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione del provvedimento di esclusione;

3. l'inammissibilità dell'impugnativa della proposta di aggiudicazione e degli altri atti e provvedimenti presupposti.

Nel merito ha dedotto:

1. l'infondatezza del primo motivo di impugnazione, in ordine alla pretesa violazione del disciplinare quanto all'asserito limite tecnico del sistema.

2. l'infondatezza del secondo motivo di impugnazione, in ordine alla pretesa illegittimità del soccorso istruttorio in tema di costi della manodopera.

3. l'infondatezza derivata del terzo motivo di impugnazione, in ordine alla pretesa applicazione della regola dell'offerta unica.

Con decreto cautelare presidenziale adottato il 21 marzo 2018 (decr. n. 213/2018) è stata disposta la sospensione della procedura di gara fino alla camera di consiglio del 27 marzo 2018 ove, con provvedimento collegiale (ord. n. 268/2018), è stata parzialmente accolta la domanda cautelare proposta, con sospensione dell'esecutività del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara e conseguente ammissione delle stessa con riserva, mentre è stata rigettata la domanda cautelare tesa a ottenere l'esclusione delle controinteressate.

Successivamente al provvedimento cautelare collegiale il Comune di Petrosino, il 16 aprile 2018, depositava memoria difensiva dando atto dell'adempimento dell'ordinanza collegiale.

All'udienza del 24 aprile 2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Occorre preliminarmente vagliare le eccezioni di inammissibilità del ricorso sollevate dalla difesa dell'amministrazione convenuta.

2. Il primo profilo di inammissibilità inerisce all'applicazione, al caso di specie, del rito previsto dall'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., che, com'è noto, costituisce una deroga sia al principio di atipicità dei provvedimenti impugnabili sia a quello di non impugnabilità degli atti endoprocedimentali per carenza d'interesse ex art. 100 c.p.c. nonché alla regola della facoltatività di tale impugnazione, ove ammessa.

Con tale disposizione, infatti, il legislatore in primo luogo, ha introdotto, nella materia degli appalti pubblici, una presunzione *ex lege e iuris et iure* di interesse ad agire ex art. 100 c.p.c., non più qualificabile come interesse diretto, concreto ed attuale al conseguimento del bene della vita anelato, ossia l'aggiudicazione, bensì come interesse volto a conservare delle mere *chances* di un suo ottenimento. In secondo luogo, il dettato normativo, superando il principio di atipicità dei provvedimenti impugnabili in sede giurisdizionale, ha previsto un catalogo tassativo di atti considerati lesivi (le ammissioni e le esclusioni altrui) e, pertanto, immediatamente impugnabili, ribadendo invece le tradizionali qualificazioni e regole per gli altri atti endoprocedimentali. Infine, la disposizione ha chiarito che l'impugnabilità dei predetti atti non costituisce una mera facoltà per il ricorrente, ma uno specifico onere che, ove non assolto, preclude la possibilità di farne valere i vizi in via derivata in sede di impugnazione di successivi atti della procedura di evidenza pubblica.

Il comma 2 *bis* deve considerarsi innovativo del sistema processuale amministrativo poiché onera le parti di impugnare (evidentemente) le ammissioni e le esclusioni altrui, tradizionalmente considerati atti non autonomamente impugnabili poiché non lesivi; di contro, l'impugnazione della propria esclusione costituisce sicuramente, di per sé, atto immediatamente lesivo che tradizionalmente onera la parte della sua tempestiva impugnazione (Cons. Stato, Sez. V, 6 febbraio 2017, n. 500) ove abbia

avuto piena e completa conoscenza dell'atto a prescindere dalla sua pubblicazione sul profilo telematico della stazione appaltante ai sensi dell'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 (Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5870).

Nessuna inammissibilità può allora sussistere ove l'impugnazione riguardi, invece, come nel caso che ci occupa, un atto tradizionalmente impugnabile: il provvedimento di esclusione dello stesso ricorrente che costituisce un atto terminale idoneo a concretizzare in maniera definitiva la lesione della sfera giuridica dell'interessato a prescindere dal futuro esito della gara (T.A.R. Campania, Napoli, 19 dicembre 2017, n. 5964).

Infondata appare poi l'eccezione di inammissibilità per omessa impugnazione della comunicazione di cui all'art. 76, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 non integrante un altro e diverso provvedimento, ma una mera esternazione del provvedimento di esclusione adottato dalla Commissione di gara e trasfuso in seno al verbale di seduta. Da quanto fin qui esposto i profili di inammissibilità del ricorso sollevati dall'amministrazione resistente, nella parte in cui ha impugnato il provvedimento di esclusione dalla gara della ricorrente, devono essere rigettati.

3. Accertata l'ammissibilità del ricorso in ordine al provvedimento di esclusione della ricorrente, le eccezioni pregiudiziali di inammissibilità devono essere esaminate in riferimento all'impugnazione degli atti di ammissione delle imprese controinteressate nonché di tutti i successivi atti propedeutici all'aggiudicazione.

E invero, nel caso che ci occupa, l'impugnazione dell'ammissione delle controinteressate da parte dell'odierno ricorrente è fondata sull'illegittima applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio e non contestando, invece, la sussistenza di requisiti "soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali".

In tali ipotesi, infatti, rivive la tradizionale regola secondo cui le ammissioni altrui devono essere impugunate unitamente all'atto conclusivo della procedura di evidenza pubblica, ossia l'aggiudicazione definitiva, difettando, in caso contrario, l'interesse

ex art. 100 c.p.c. stante l'intrinseca assenza di lesività immediata dell'atto stesso (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 31 gennaio 2018, n. 266; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 28 agosto 2017, n. 1073, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 19 aprile 2017, n. 2147).

L'ambito di applicazione del comma 2 *bis* citato non tollera applicazioni estensive attesa la tassatività delle ipotesi ivi contemplate (Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2018, n. 2161) non estensibili, come nel caso che ci occupa, alle valutazioni relative alla corrispondenza dell'offerta tecnica ed economica alle caratteristiche richieste dal bando (Cons. Stato, Sez. V, 23 marzo 2018, n. 1854; Cons. Stato, Sez. III, 5 febbraio 2018, n. 748).

Deve, pertanto, accogliersi l'eccezione di inammissibilità del ricorso nella parte in cui sono stati impugnati i provvedimenti di ammissione delle contro-interessate nonché tutti gli altri atti prodromici all'aggiudicazione definitiva stante il chiaro disposto della seconda parte del comma 2 *bis* dell'art. 120 c.p.a. (Cons. Stato, Sez. V, 7 luglio 2014, n. 3449).

Dall'accoglimento di tale questione di rito discende l'assorbimento del secondo e del terzo motivo di ricorso poiché tesi a censurare l'ammissione alla gara delle controinteressate.

4. Ciò posto, limitatamente all'impugnazione del provvedimento di esclusione della ricorrente, il ricorso va accolto poiché fondato.

Da quanto esposto in premessa la sussistenza di profili di criticità nella fase di inserimento delle offerte sulla piattaforma MePA costituisce fatto non contestato ex art. 64, comma 2, c.p.a..

A parere dell'amministrazione tali criticità sarebbero state facilmente superabili dall'odierno ricorrente tramite l'utilizzo di semplici *escamotages* impiegati dalle imprese contro-interessate.

Tale argomentazione non appare condivisibile poiché le difficoltà di inserimento della relazione tecnica illustrativa, quanto all'offerta tecnica, e dei costi della manodopera e del ribasso in cifre e in lettere, quanto all'offerta economica, hanno fondato la decisione della Commissione di gara del 26 febbraio 2018 di consentire l'integrazione delle dichiarazioni rese dai concorrenti rimasti.

E invero, a fronte dell'impossibilità materiale - ormai accertata - di inserire regolarmente gli allegati dell'offerta economica e dell'offerta tecnica nel campo predisposto per tali voci, la ricorrente, per non incorrere nella sicura esclusione dalla gara per violazione di espresse previsioni del disciplinare, ha deciso di inserire i *files* nel campo della Documentazione amministrativa, contando sulla duplice circostanza che la Commissione avrebbe subito individuato nella documentazione amministrativa i *files* alla stessa estranei perché portanti le relative denominazioni "Offerta Tecnica.zip (5,93 MB)" e "Offerta Economica.zip (293.93 KB)" e avrebbe dunque potuto (e dovuto) evitare di aprirli (così rispettando il principio di segretezza e di separazione tra offerta tecnica ed economica, così come ribaditi dalle stesse sentenze citate in modo non pienamente pertinente nel provvedimento amministrativo impugnato (Cons. Stato, Sez. V, 20 luglio 2016, n. 3297, *Id.* 9 giugno 2009, n. 3575). La garanzia, poi, che l'apertura dei *files* in questione non avvenisse che all'atto dell'apertura dell'offerta economica è data dallo stesso sistema informatico, che consente di evincere esattamente il giorno e l'ora in cui si effettua ogni operazione, e dunque anche quelli di apertura di ogni *file* trasmesso dai concorrenti (esattamente in termini, T.A.R., Lazio - Roma, Sezione Terza *Quater*, 22 novembre 2013, n. 9989).

L'esclusione dalla gara della odierna ricorrente è dunque illegittima, atteso che, a fronte del comportamento tenuto dalla concorrente per superare delle criticità del sistema informatico a essa non imputabile, la stazione appaltante - ove la Commissione non avesse potuto ovviare aprendo i *files* sopraindicati solo in

occasione dell'apertura dell'offerta economica - avrebbe potuto agire in autotutela, annullando l'intera procedura di gara.

La ricorrente, pertanto, in buona fede, ha ritenuto di poter ovviare all'inconveniente in cui si era imbattuta nella convinzione di evitare una, altrimenti sicura, esclusione. Né appare rimproverabile il comportamento della concorrente che non ha accettato il rischio di concludere la procedura a fronte di un chiaro messaggio di errore nell'inserimento restituito dal sistema. Infine, la mancata richiesta di chiarimenti da parte dell'impresa concorrente non implica alcun profilo di imputabilità in capo allo stesso, tenuto conto che la procedura mediante piattaforma telematica MePA implica l'utilizzo di procedure e modali con *format* determinati e prefissati dal sistema e quindi non integrabili dalla stazione appaltante. (T.A.R., Marche, sez. I, 21 dicembre 2015, n. 924).

Il parziale accoglimento del ricorso giustifica la compensazione di metà delle spese di giudizio tra le parti costituite ex art. 92 c.p.c. (Cass. Civ., Sez. III, 21 gennaio 2018, n. 1572) dovendo il Comune di Petrosino essere condannato alla rifusione della restante metà delle predette spese in favore della ricorrente, liquidate come in dispositivo ai sensi del D.M. n. 55/2014.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara parzialmente inammissibile nei sensi indicati in motivazione, lo accoglie in parte, nei termini di cui in motivazione, e per l'effetto, annulla il provvedimento della Commissione del 12 febbraio 2018 che ha disposto l'esclusione dell'impresa ricorrente dalla gara e ne dispone l'ammissione in via definitiva.

Compensa per metà le spese del giudizio tra le parti costituite e condanna il Comune di Petrosino alla rifusione della restante metà in favore della parte ricorrente, liquidate, in tale frazione, in complessivi euro 3.300,00 (tremilatrecento/00) per

compensi oltre al rimborso delle spese generali (nella misura del 15%) e accessori, come per legge.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 24 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente

Maria Cappellano, Consigliere

Calogero Commandatore, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Calogero Commandatore**

**IL PRESIDENTE**  
**Maria Cristina Quiligotti**

**IL SEGRETARIO**