

**Esclusione di un'ATI per aver inserito la quinta busta  
"integrazione/chiarimenti" nella busta A anziché nel plico insieme alle  
altre quattro buste: attenzione al principio del rispetto della massima  
partecipazione possibile.**

E' logico aspettarsi che prima di escludere la ricorrente dalla gara la commissione avrebbe dovuto chiederle chiarimenti atteso che, a tutto voler concedere, la clausola della lettera di invito era formulata in modo fuorviante? Per soddisfare la richiesta di risarcimento del danno, è sufficiente che il giudice decida per la riammissione alla procedura della ricorrente?

Ritiene il Collegio che a tutto voler concedere, e cioè anche ammettendo che la nota integrativa avesse chiaramente disposto che l'ulteriore documentazione richiesta do-veva essere inserita nel plico e non nella busta A in esso contenuta, la commissione ha comunque errato nel far discendere da questa premessa l'esclusione della ricorrente dalla gara, trattandosi di un'inesattezza meramente formale e non sostanziale. In altri termini, la commissione non ha considerato che, secondo un costante orientamento del giudice amministrativo, le formalità prescritte dalla lex specialis devono essere interpretate siccome dirette ad assicurare un particolare interesse dell'amministrazione, al fine di evitare di cadere in un eccessivo formalismo, che finirebbe con il risolversi nel pretendere un'accurata diligenza da parte dei concorrenti per finalità non degne di nota o di rilievo: **neanche la necessità di distinguere la fase della prequalifica da quella della gara vera e propria è tale da assegnare alla prescrizione de qua connotati di sostanza e non di forma, avendo la commissione dimostrato (nella seduta del 3 settembre 2008) che sarebbe stato comunque possibile esaminare la documentazione contenuta nella quinta busta, inclusa nella busta A, senza dover necessariamente prendere visione dei documenti contenuti in questa ultima busta.** Aggiungasi, ed il rilievo appare assorbente di ogni altra considerazione la stessa commissione aveva in un primo tempo dato atto della non chiara formulazione, in parte qua, della nota integrativa del 12 febbraio 2008 (pur aggiungendo che una lettura più attenta di detta nota avrebbe reso chiara la prescrizione), con la conseguenza che il solo dubbio di aver ingenerato confusione nella concorrente avrebbe dovuto indurla a proseguire nella verifica prima di escluderla dalla gara. **E questo senza considerare che in caso di clausole equivocate o di dubbio significato deve preferirsi l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara (piuttosto che quella che la ostacoli), e quella che sia meno favorevole alle formalità inutili. Deve invece essere respinta l'istanza risarcitoria, atteso che per effetto dell'accoglimento dell'istanza cautelare (ordinanza n. 3689 del 18 luglio 2008) la ricorrente è stata ammessa al prosieguo della gara.**

Merita di essere segnalata la sentenza numero 10475 del 21 novembre 2008, emessa dal Tar Lazio, Roma

<Giova altresì chiarire, questa volta in punto di fatto, che questione controversa non è se l'omessa dichiarazione, da parte di due consiglieri muniti di potere di rappresentanza dell'impresa mandataria (ALFA s.r.l.) e uno dell'impresa mandante (ALFABIS s.p.a.), dell'inesistenza, nei loro confronti, delle cause di esclusione di cui all'art. 38, lett. b) e c), D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, dovesse portare o meno all'esclusione della concorrente co-stituenda A.T.I. dalla gara, avendo in effetti Ferservizi s.p.a. autonomamente deciso di ammetterla con riserva consentendole l'integrazione documentale. Il

problema è invece se poter ritenere assolto tale onere pur se effettuato, ad avviso di Ferservizi, in contrasto con le indicazioni fornite nella lettera del 12 febbraio 2008.

Era infatti accaduto che la ricorrente aveva inserito la quinta busta, con le dichiarazioni integrative, nella busta A (Documentazione) anziché nel plico contenente le altre quattro buste.

Ciò precisato, rileva il Collegio che nella nota del 12 febbraio 2008, con la quale si ammetteva la ricorrente ad integrare la documentazione prodotta in sede di istanza di ammissione alla gara, si precisava che “tale ulteriore dichiarazione, da inserirsi in un’apposita busta con l’indicazione “integrazioni/chiarimenti”, dovrà pervenire, contestualmente e nello stesso plico contenente la documentazione per la presentazione dell’offerta”. Si aggiungeva che la mancata o imperfetta corrispondenza a quanto richiesto avrebbe comportato l’esclusione dalla gara.

La formulazione della nota non è chiara, e di ciò in un primo momento ha dato atto (nella seduta del 3 giugno 2008 durante la quale è stata disposta l’esclusione) la commissione di gara a fronte dell’obiezione sollevata dal rappresentante della costituenda A.T.I., presente per assistere alle operazioni, il quale, dopo aver chiarito che le dichiarazioni in questione erano state rese e collocate in una busta a sua volta inserita all’interno della busta A, aveva aggiunto che la formulazione della nota integrativa era quanto meno ambigua. Peraltro la stessa commissione, invece di controllare se quanto precisato dalla concorrente fosse vero (e quindi se la quinta busta contenente la documentazione richiesta fosse stata effettivamente inserita nella busta A), ha replicato che un’attenta lettura della nota del 12 febbraio 2008 non avrebbe ingenerato alcun equivoco. E ciò, a suo avviso, per tre ordini di ragioni.

In primo luogo perché allorché si parla di “plico contenente la documentazione per la presentazione dell’offerta” non può che farsi riferimento al plico di cui al Capo III (recante “Delle modalità di presentazione dell’offerta”), nel quale vengono denominate in modo non equivoco le buste che ne fanno parte (busta A “Documentazione”; busta B “Offerta tecnica”; busta C “offerta economica”; busta D “Giustificazioni”).

Inoltre, al Capo II (recante “Delle modificazioni soggettive”) della stessa lettera d’invito esplicitamente si indica che i soggetti che risultano dalle modifiche soggettive delle imprese invitate a presentare l’offerta dovranno includere “nel plico contenente l’offerta, e precisamente nella busta A” l’atto dal quale risulta tale modifica.

In terzo luogo perché “la prequalificazione nelle procedure ristrette costituisce un’autonoma fase subprocedimentale, funzionalmente diretta ad una prima selezione dei soggetti da invitare, di carattere prodromico al procedimento di gara vero e proprio”, con la conseguenza che le integrazioni/chiarimenti relativi alla fase di prequalifica non possono che essere verificati a se stante e sicuramente non devono essere contenuti in una busta la cui apertura è conseguente all’ammissione alla fase di gara.

**Ritiene però il Collegio che nessuno di questi motivi induca a considerare dimostrata l’assoluta inequivocità, in parte qua, della nota del 12 febbraio 2008 e quindi è tale da esonerare la commissione dal verificare se effettivamente – così come dichiarato dal rappresentante dell’A.T.I. concorrente presente alla seduta del 3 giugno 2008 – la quinta busta contenente le dichiarazioni integrative era contenuta nella busta A.**

Ed invero, diversamente da quanto afferma la commissione con la prima argomentazione addotta a supporto della propria decisione di escludere la ricorrente dalla gara ed analizzando nell’intero contesto il periodo “nello stesso plico contenente la documentazione per la presentazione dell’offerta”, che si legge nella nota integrativa, quest’ultima lungi dall’indicare inequivocabilmente la necessità che la quinta busta fosse inserita nel plico e non nella busta A, indica solo la necessità che detta busta non fosse spedita separatamente ma unitamente e nello stesso plico nel quale erano incluse le altre quattro buste.

Tale accorgimento è stato diligentemente seguito dalla costituenda A.T.I. ricorrente che ha incluso la quinta busta nel plico, atteso che in questo è inserita la busta A nella quale è stata a sua volta collocata la busta “integrazioni/chiarimenti”.

Di non chiara formulazione appare il riferimento che la commissione ha fatto al secondo elemento dal quale dovrebbe evincersi l'errore interpretativo in cui è incorsa la concorrente. Ha infatti affermato che "nella stessa lettera d'invito al Capo II - Delle modificazioni oggettive esplicitamente si indica che tali modificazioni dovranno essere incluse nel plico contenente l'offerta e precisamente nella busta A – Documentazione". Ritiene il Collegio che se con tale rilievo si è inteso dire che quando il documento deve essere inserito nella busta A la *lex specialis* lo chiarisce espressamente, sarebbe agevole replicare che ciò sarebbe vero solo in presenza di un'espressa affermazione in tal senso, risultando influente che in ben diversa ipotesi la stazione appaltante sia stata più puntuale, precisando dove doveva essere inserita l'ulteriore documentazione richiesta proprio al fine di evitare incertezze interpretative.

Con riferimento all'ultima argomentazione adottata dalla commissione a supporto della propria decisione di escludere la ricorrente dalla gara, è sufficiente ricordare che la verifica dell'effettiva presenza della busta integrativa in seno alla busta A non avrebbe alterato la par condicio tra i concorrenti essendo possibile – proprio in ragione dell'inclusione di tale documentazione integrativa in una busta – estrarre quest'ultima dalla busta A senza estrapolare anche la restante documentazione in essa inserita, così come peraltro era stato correttamente fatto per altro concorrente.

Dunque i tre motivi che la commissione porta a dimostrazione nell'inequivocità, in parte qua, della nota del 12 febbraio 2008, non raggiungono, ad avviso del Collegio lo scopo. Di qui la fondatezza del primo motivo di ricorso.>

A cura di Sonia LAzzini

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio**  
**- Sezione Terza Ter -**

N.        Reg. Sent.  
Anno 2008  
N. 6822 Reg. Ric.  
Anno 2008

composto dai Magistrati:

Italo Riggio	Presidente
Giulia Ferrari	Consigliere – relatore
Diego Sabatino	Primo referendario

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 6822/08, proposto dalla ALFA s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda ATI, con la mandante ALFABIS Sicurezza s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,

rappresentata e difesa dagli avv.ti Sergio Caracciolo e Vincenzo Giangiacomo presso il cui studio legale in Roma, via A. Depretis n. 86, è elettivamente domiciliata,

**contro**

la Ferservizi s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Galli presso il cui studio in Roma, P.zza della Croce Rossa n. 2/b, è elettivamente domiciliata,

**per l'annullamento, previa sospensiva,**

del provvedimento di esclusione, comunicato verbalmente dalla Commissione di gara nel corso della seduta del 3 giugno 2008; del bando di gara pubblicato il 15 giugno 2007; della lettera di invito n. ACQG/860/P del 12 febbraio 2008; della nota prot. ACQG/863/P nella parte in cui, nel richiedere all'ATI di completare la propria domanda di partecipazione alla prequalifica, producendo le dichiarazioni di cui all'art. 38, primo comma, lett. b) e c) del D.L.vo n. 163 del 2006, di alcuni consiglieri del C.d.A. (privi di poteri di rappresentanza e, quindi, non tenuti ai sensi della legge a dichiarare alcunché), stabilisce le relative modalità di presentazione, in maniera assolutamente poco chiara e non univoca; di ogni altro atto comunque presupposto, connesso o consequenziale, ancorché allo stato non conosciuto, nonché

**per la condanna**

della Ferservizi s.p.a. al risarcimento dei danni, subiti e subendi dall'ATI ricorrente a causa dell'illegittimo ed ingiusto provvedimento di esclusione.

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Ferservizi s.p.a.;

Viste le memorie prodotte dalle parti in causa costituite a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 13 novembre 2008 il Consigliere Giulia Ferrari; uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

### **FATTO**

1. Con ricorso notificato in data 7 luglio 2008 e depositato lo stesso 7 luglio, la ALFA impugna gli atti in epigrafe indicati e ne chiede l'annullamento.

Espone, in fatto, di aver partecipato alla gara, indetta dalla Ferservizi s.p.a., per l'affidamento della fornitura di sistemi integrati di rilevazione delle presenze e di controllo accessi per le Società del Gruppo Ferrovie dello Stato, comprensiva di installazione, collaudo e attività di assistenza e manutenzione postvendita, da formalizzarsi in un Accordo quadro di durata triennale e di importo presunto di € 4.000.000,00. L'Amministrazione, dopo aver accertato la regolarità della domanda di partecipazione, in data 12 febbraio 2008 l'ha invitata a presentare la propria migliore offerta. Nella stessa giornata le ha chiesto di integrare la domanda di partecipazione con la dichiarazione di cui all'art. 38, primo comma, lett. b) e c) del Codice dei contratti (approvato con D.L.vo 16 aprile 2006 n. 163), riferita ad alcuni membri del C.d.A. (nominativamente indicati) delle società componenti l'A.T.I.. La ricorrente ha inserito la busta contrassegnata con il logo "integrazione/chiarimenti" all'interno della busta A – "documentazione amministrativa". Durante la seduta pubblica di gara del 3 giugno 2008 la commissione l'ha esclusa dalla gara per essere stata la quinta busta "integrazione/chiarimenti" inserita nella busta A anziché nel plico insieme alle altre quattro buste.

2. Avverso il provvedimento di esclusione e la *lex specialis* di gara, ove interpretata nel senso fatto proprio dalla commissione, la ricorrente è insorta deducendo:

a) *Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, con particolare riferimento al capo III della lettera di invito – Violazione del principio di proporzionalità, non discriminazione, del favor participationis e della massima concorrenza – Eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento – Difetto di istruttoria e di*

*motivazione – Illogicità, sproporzione.* Erroneamente la commissione di gara ha ritenuto che nel plico contenente le offerte dovessero essere inserite cinque buste e non quattro, come prescritto dalla lettera di invito, con la conseguenza che la ricorrente non doveva essere esclusa solo perché aveva inserito la busta contenente le informazioni integrative nella busta A.

b) *Violazione e falsa applicazione artt. 2 e 46 D.L.vo n. 163 del 2006 – Violazione del principio di proporzionalità, non discriminazione, del favor participationis e della massima concorrenza – Eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento – Difetto di istruttoria e di motivazione – Illogicità e sproporzione.* Prima di escludere la ricorrente dalla gara la commissione avrebbe dovuto chiederle chiarimenti atteso che, a tutto voler concedere, la clausola della lettera di invito era formulata in modo fuorviante.

c) *Violazione e falsa applicazione artt. 38 e 79 D.L.vo n. 163 del 2006, della lex specialis di gara, con particolare riferimento al punto III.2) del bando – Violazione del principio di proporzionalità, non discriminazione, del favor participationis e della massima concorrenza – Eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, sproporzione.* La dichiarazione di cui all'art. 38, primo comma, del Codice dei contratti non doveva essere resa dalla ricorrente, con la conseguenza che la mancata osservanza delle formalità relative all'integrazione alla quale era stata ammessa non poteva costituire motivo di esclusione.

3. La ricorrente chiede altresì la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica o, ove non fosse più possibile eseguire l'appalto, per equivalente.

4. Si è costituita in giudizio la Ferservizi s.p.a., che ha preliminarmente eccepito la tardività del motivo rivolto avverso la nota integrativa del 12 febbraio 2008 mentre nel merito ha sostenuto l'infondatezza del ricorso.

5. Con ordinanza n. 3689 del 18 luglio 2008 è stata accolta l'istanza cautelare di

sospensiva.

6. All'udienza del 13 novembre 2008 la causa è stata trattenuta per la decisione.

### **DIRITTO**

1. Dagli atti di causa (documento 7 prodotto dalla Ferservizi s.p.a. il 31 ottobre 2008) risulta che in data 3 settembre 2008 la commissione di gara ha proceduto all'apertura della busta A per verificare se effettivamente nella stessa fosse contenuta – così come aveva dichiarato il rappresentante della costituenda A.T.I. ricorrente nella seduta del 3 giugno 2008, durante la quale era stata disposta l'esclusione della concorrente – la quinta busta, recante l'indicazione "integrazioni/chiarimenti", con i documenti richiesti in via integrativa. Accertata la presenza degli stessi e la loro conformità a quanto era stato chiesto dal responsabile del procedimento di gara con nota del 12 febbraio 2008, la commissione ha proceduto alla verifica della documentazione contenuta nella "busta A – Documentazione", che è risultata anch'essa conforme alle prescrizioni contenute nella lettera di invito. Ha quindi aperto la busta B contenente l'offerta tecnica, effettuato la ricognizione del suo contenuto e stabilito una nuova data per l'apertura della busta C contenente l'offerta economica.

Rileva però il Collegio che tale circostanza non ha determinato la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione del ricorso, essendo l'attività sopra descritta avvenuta in ottemperanza all'ordinanza n. 3689 del 18 luglio 2008, con la quale questa Sezione aveva accolto l'istanza cautelare di sospensione del provvedimento di esclusione.

E' noto, infatti, che l'adeguamento alle decisioni cautelari del giudice amministrativo si configura come comportamento dovuto e non come risolutiva revoca dei provvedimenti emanati, con la conseguenza che permane l'interesse alla verifica della legittimità dei provvedimenti impugnati (Cons.Stato, sez. V, 11 febbraio 1992 n. 175). In altri termini, nel caso in cui il giudice amministrativo ha sospeso in sede cautelare gli effetti di un

provvedimento e l'Amministrazione si è adeguata con un atto consequenziale al contenuto dell'ordinanza, non è configurabile l'improcedibilità del ricorso o la cessazione della materia del contendere (rispettivamente se il successivo atto sia sfavorevole o favorevole all'originario ricorrente), atteso che l'adozione non spontanea dell'atto consequenziale non comporta la revoca del precedente provvedimento sospeso e ha una rilevanza provvisoria, in attesa che la sentenza di merito accerti se il provvedimento sospeso sia o meno legittimo, salvo il caso in cui il contenuto della motivata ordinanza cautelare sia a tal punto condiviso dall'Amministrazione da indurla a ritirare il precedente provvedimento già sospeso, sostituendolo con un nuovo atto, senza attendere il giudicato sul suo prevedibile annullamento (Cons.Stato, sez. VI, 23 giugno 2008 n. 3132). Tale ultima condizione certamente non si è verificata nel caso in esame e la produzione (il 7 novembre 2008), da parte di Ferservizi, di una memoria con la quale difende il proprio operato ne costituisce la prova.

2. Giova altresì chiarire, questa volta in punto di fatto, che questione controversa non è se l'omessa dichiarazione, da parte di due consiglieri muniti di potere di rappresentanza dell'impresa mandataria (ALFA s.r.l.) e uno dell'impresa mandante (ALFABIS s.p.a.), dell'inesistenza, nei loro confronti, delle cause di esclusione di cui all'art. 38, lett. b) e c), D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, dovesse portare o meno all'esclusione della concorrente costituenda A.T.I. dalla gara, avendo in effetti Ferservizi s.p.a. autonomamente deciso di ammetterla con riserva consentendole l'integrazione documentale. Il problema è invece se poter ritenere assolto tale onere pur se effettuato, ad avviso di Ferservizi, in contrasto con le indicazioni fornite nella lettera del 12 febbraio 2008.

Era infatti accaduto che la ricorrente aveva inserito la quinta busta, con le dichiarazioni integrative, nella busta A (Documentazione) anziché nel plico contenente le altre quattro buste.



Ciò precisato, rileva il Collegio che nella nota del 12 febbraio 2008, con la quale si ammetteva la ricorrente ad integrare la documentazione prodotta in sede di istanza di ammissione alla gara, si precisava che “tale ulteriore dichiarazione, da inserirsi in un’apposita busta con l’indicazione “integrazioni/chiarimenti”, dovrà pervenire, contestualmente e nello stesso plico contenente la documentazione per la presentazione dell’offerta”. Si aggiungeva che la mancata o imperfetta corrispondenza a quanto richiesto avrebbe comportato l’esclusione dalla gara.

La formulazione della nota non è chiara, e di ciò in un primo momento ha dato atto (nella seduta del 3 giugno 2008 durante la quale è stata disposta l’esclusione) la commissione di gara a fronte dell’obiezione sollevata dal rappresentante della costituenda A.T.I., presente per assistere alle operazioni, il quale, dopo aver chiarito che le dichiarazioni in questione erano state rese e collocate in una busta a sua volta inserita all’interno della busta A, aveva aggiunto che la formulazione della nota integrativa era quanto meno ambigua. Peraltro la stessa commissione, invece di controllare se quanto precisato dalla concorrente fosse vero (e quindi se la quinta busta contenente la documentazione richiesta fosse stata effettivamente inserita nella busta A), ha replicato che un’attenta lettura della nota del 12 febbraio 2008 non avrebbe ingenerato alcun equivoco. E ciò, a suo avviso, per tre ordini di ragioni.

In primo luogo perché allorché si parla di “plico contenente la documentazione per la presentazione dell’offerta” non può che farsi riferimento al plico di cui al Capo III (recante “Delle modalità di presentazione dell’offerta”), nel quale vengono denominate in modo non equivoco le buste che ne fanno parte (busta A “Documentazione”; busta B “Offerta tecnica”; busta C “offerta economica”; busta D “Giustificazioni”).

Inoltre, al Capo II (recante “Delle modificazioni soggettive”) della stessa lettera d’invito esplicitamente si indica che i soggetti che risultano dalle modifiche soggettive delle

imprese invitate a presentare l'offerta dovranno includere "nel plico contenente l'offerta, e precisamente nella busta A" l'atto dal quale risulta tale modifica.

In terzo luogo perché "la prequalificazione nelle procedure ristrette costituisce un'autonoma fase subprocedimentale, funzionalmente diretta ad una prima selezione dei soggetti da invitare, di carattere prodromico al procedimento di gara vero e proprio", con la conseguenza che le integrazioni/chiarimenti relativi alla fase di prequalifica non possono che essere verificati a se stante e sicuramente non devono essere contenuti in una busta la cui apertura è conseguente all'ammissione alla fase di gara.

Ritiene però il Collegio che nessuno di questi motivi induca a considerare dimostrata l'assoluta inequivocità, *in parte qua*, della nota del 12 febbraio 2008 e quindi è tale da esonerare la commissione dal verificare se effettivamente – così come dichiarato dal rappresentante dell'A.T.I. concorrente presente alla seduta del 3 giugno 2008 – la quinta busta contenente le dichiarazioni integrative era contenuta nella busta A.

Ed invero, diversamente da quanto afferma la commissione con la prima argomentazione adottata a supporto della propria decisione di escludere la ricorrente dalla gara ed analizzando nell'intero contesto il periodo "nello stesso plico contenente la documentazione per la presentazione dell'offerta", che si legge nella nota integrativa, quest'ultima lungi dall'indicare inequivocabilmente la necessità che la quinta busta fosse inserita nel plico *e non nella busta A*, indica solo la necessità che detta busta non fosse spedita separatamente ma unitamente e nello stesso plico nel quale erano incluse le altre quattro buste. Tale accorgimento è stato diligentemente seguito dalla costituenda A.T.I. ricorrente che ha incluso la quinta busta nel plico, atteso che in questo è inserita la busta A nella quale è stata a sua volta collocata la busta "integrazioni/chiarimenti".

Di non chiara formulazione appare il riferimento che la commissione ha fatto al secondo elemento dal quale dovrebbe evincersi l'errore interpretativo in cui è incorsa la

concorrente. Ha infatti affermato che “nella stessa lettera d’invito al Capo II - Delle modificazioni oggettive esplicitamente si indica che tali modificazioni dovranno essere incluse nel plico contenente l’offerta e precisamente nella busta A – Documentazione”. Ritiene il Collegio che se con tale rilievo si è inteso dire che quando il documento deve essere inserito nella busta A la *lex specialis* lo chiarisce espressamente, sarebbe agevole replicare che ciò sarebbe vero solo in presenza di un’espressa affermazione in tal senso, risultando ininfluenza che in ben diversa ipotesi la stazione appaltante sia stata più puntuale, precisando dove doveva essere inserita l’ulteriore documentazione richiesta proprio al fine di evitare incertezze interpretative.

Con riferimento all’ultima argomentazione addotta dalla commissione a supporto della propria decisione di escludere la ricorrente dalla gara, è sufficiente ricordare che la verifica dell’effettiva presenza della busta integrativa in seno alla busta A non avrebbe alterato la *par condicio* tra i concorrenti essendo possibile – proprio in ragione dell’inclusione di tale documentazione integrativa in una busta – estrarre quest’ultima dalla busta A senza estrapolare anche la restante documentazione in essa inserita, così come peraltro era stato correttamente fatto per altro concorrente.

Dunque i tre motivi che la commissione porta a dimostrazione nell’inequivocità, *in parte qua*, della nota del 12 febbraio 2008, non raggiungono, ad avviso del Collegio lo scopo. Di qui la fondatezza del primo motivo di ricorso.

3. Ritiene peraltro il Collegio che a tutto voler concedere, e cioè anche ammettendo che la nota integrativa avesse chiaramente disposto che l’ulteriore documentazione richiesta doveva essere inserita nel plico e non nella busta A in esso contenuta, la commissione ha comunque errato nel far discendere da questa premessa l’esclusione della ricorrente dalla gara, trattandosi di un’inesattezza meramente formale e non sostanziale. In altri termini, la commissione non ha considerato che, secondo un costante orientamento del giudice

amministrativo, le formalità prescritte dalla *lex specialis* devono essere interpretate siccome dirette ad assicurare un particolare interesse dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 1995 n. 167; sez. V, 17 gennaio 2000 n. 290), al fine di evitare di cadere in un eccessivo formalismo, che finirebbe con il risolversi nel pretendere un'accurata diligenza da parte dei concorrenti per finalità non degne di nota o di rilievo (T.A.R. Palermo, sez. III, 21 aprile 2008 n. 491). Si è già detto *sub 2* che neanche la necessità di distinguere la fase della prequalifica da quella della gara vera e propria è tale da assegnare alla prescrizione *de qua* connotati di sostanza e non di forma, avendo la commissione dimostrato (nella seduta del 3 settembre 2008) che sarebbe stato comunque possibile esaminare la documentazione contenuta nella quinta busta, inclusa nella busta A, senza dover necessariamente prendere visione dei documenti contenuti in questa ultima busta.

4. Aggiungasi, ed il rilievo appare assorbente di ogni altra considerazione, che, come si è detto, la stessa commissione aveva in un primo tempo dato atto della non chiara formulazione, *in parte qua*, della nota integrativa del 12 febbraio 2008 (pur aggiungendo che una lettura più attenta di detta nota avrebbe reso chiara la prescrizione), con la conseguenza che il solo dubbio di aver ingenerato confusione nella concorrente avrebbe dovuto indurla a proseguire nella verifica prima di escluderla dalla gara. Ciò in nome del principio di massima partecipazione alle gare pubbliche, richiamato dalla stessa Ferservizi s.p.a. (pag. 3) nella memoria depositata alla vigilia dell'udienza di discussione per giustificare la decisione di ammettere, nel febbraio 2008, la ricorrente ed altri quattro concorrenti all'integrazione documentale. E questo senza considerare che in caso di clausole equivoche o di dubbio significato deve preferirsi l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara (piuttosto che quella che la ostacoli), e quella che sia meno favorevole alle formalità inutili (Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2008 n. 5064; 4

marzo 2008 n. 874).

Il ricorso deve dunque essere accolto.

5. Deve invece essere respinta l'istanza risarcitoria, atteso che per effetto dell'accoglimento dell'istanza cautelare (ordinanza n. 3689 del 18 luglio 2008) la ricorrente è stata ammessa al prosieguo della gara.

Quanto alle spese di giudizio, può disporsene l'integrale compensazione fra le parti costituite in giudizio.

**P.Q.M.**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Sezione III Ter,**

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla l'esclusione della ricorrente dalla gara.

Respinge l'istanza di risarcimento danni.

Compensa integralmente tra le parti in causa le spese e gli onorari del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 13 novembre 2008.

Italo Riggio                      Presidente

Giulia Ferrari                      Consigliere - Estensore