

T.A.R. Sardegna - Cagliari, Sez. I, 1 settembre 2010, n. 2173

Contratti della P.A. - Modalità di presentazione dell'offerta - Integrazione documentale prevista dall'articolo 46 del Codice del contratti pubblici - Casi di equivoche clausole del bando relative alla dichiarazione od alla documentazione da integrare o chiarire - Ammissibilità.

N. 002173/2010 REG.SEN.

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 Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 249 del 2010, proposto da: Essepi Engineering S.r.l. in proprio e Mandante Rtp, Francesco Chessa, Salvatore Ignazio Borto, Gianluca Chessa, Ivan Peddio, rappresentati e difesi dagli avv. Luisa Giua Marassi, Antonello Rossi, con domicilio eletto presso quest'ultimo avvocato in Cagliari, via Andrea Galassi n. 2;

contro

Comune di Onifai in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Massimo Massa, Marcello Vignolo, con domicilio eletto presso

quest'ultimo avvocato in Cagliari, Piazza del Carmine n. 22; Comune di Onifai Responsabile Servizio Tecnico, Commissione Gara;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento di esclusione, con il quale - secondo quanto appreso informalmente- il costituendo Raggruppamento ricorrente è stato escluso dalla gara per l'affidamento dei servizi di progettazione dei “Lavori di stabilizzazione tramite muri in cemento armato rivestiti in pietrame”, indetta dal Comune di Onifai, per aver omesso di barrare la casella m-bis) di cui al ‘Modello 1 - integrazioni’, relativa alla seguente dichiarazione “che nei propri confronti non è stata applicata la sospensione o la decadenza dell’attestazione SOA da parte dell’Autorità per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico”;

- B. della nota prot. n° 749 in data 8 marzo 2010, a firma del Responsabile del Servizio Tecnico del Comune di Onifai, geom. Francesco Mario Monne, con la quale è stata comunicata la reiezione dell’istanza presentata dal Raggruppamento esponente al fine di ottenere la riammissione alla gara, nonché del relativo provvedimento di rigetto, neppure conosciuto;

- C. ove occorra, dei verbali di gara e del provvedimento di aggiudicazione provvisoria o definitiva nonché del contratto, eventualmente medio tempore adottati dalla stazione appaltante, non conosciuti neppure per estremi, con riserva di motivi aggiunti;

- D. del bando di gara prot. n. 4313 del 4.12.2009, del disciplinare di gara, di tutti i documenti agli stessi allegati e, in particolare, del “MODELLO 1 - integrazioni” pubblicato sul sito del Comune di Onifai in data 28.1.2010, nonché -ove occorra- della nota prot. n. 175 del 22.1.2010, con la quale è stata comunicata l'integrazione del bando, nella parte in cui viene richiesta -per di più a pena di esclusione- la dichiarazione relativa alla insussistenza in capo all'operatore economico della causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lettera m bis) del d.lgs. n. 163/2006 (ovvero “che nei propri confronti non è stata applicata la sospensione o la decadenza dell'attestazione SOA da parte dell'Autorità per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico”); nonché nella parte in cui viene richiesta, sempre a pena di esclusione, la presentazione delle dichiarazioni sostitutive concernenti l'assenza delle cause generali di esclusione, utilizzando preferibilmente l'allegato Modello 1 (integrato dal “Modello 1 - integrazioni” successivamente pubblicato), cause di esclusione tra le quali, proprio in virtù dell'integrazione postuma del bando, è ricompresa anche quella di cui alla lettera m-bis) sopra richiamata, ove le riferite prescrizioni fossero illegittimamente applicate anche ai soggetti (non esecutori di lavori pubblici) partecipanti alla selezione per l'affidamento di servizi di progettazione come quella in oggetto e, in particolare, ai liberi professionisti singoli o associati;

- E. dei verbali di gara e dei provvedimenti allo stato non conosciuti neppure per estremi, con i quali siano stati eventualmente ammessi alla selezione de qua, e dunque non esclusi, i concorrenti, che avessero

barrato la casella di cui alla lettera m-bis, dichiarando “che nei propri confronti non è stata applicata la sospensione o la decadenza dell’attestazione SOA da parte dell’Autorità per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico”, senza tuttavia essere titolari di attestazione SOA;

- F. di ogni atto presupposto, conseguente o, comunque, collegato.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Onifai in persona del Sindaco p.t.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 maggio 2010 il dott. Gianluca Rovelli e uditi per le parti l'avvocato Norfo in sostituzione dell'avvocato Rossi per il ricorrente e gli avvocati Massa e Vignolo per il Comune di Onifai;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha partecipato alla gara indetta dal Comune di Onifai per l'affidamento dei servizi di progettazione dei lavori di “stabilizzazione tramite muri in cemento armato rivestiti in pietrame” da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa con importo a base d’asta di € 193.567,55 oltre I.V.A. legale.

Con nota prot. 175 del 22 gennaio 2010 il Comune richiedeva a tutti i partecipanti alla selezione di produrre “le dichiarazioni inerenti i requisiti di ordine generale prescritti dall’art. 38 comma 1 lettera m bis), m ter) ed

m quater del codice dei contratti pubblici” da rendersi a pena di esclusione secondo lo schema “modello 1 – integrazioni” pubblicato sul sito del Comune.

Il raggruppamento ricorrente ometteva di rendere la dichiarazione di cui alla lettera m bis) e, per tale motivo, veniva escluso.

Il mandatario del raggruppamento, ing. Chessa, presentava quindi istanza volta ad ottenere, in autotutela, la riammissione alla gara. L’istanza veniva rigettata.

Insorgeva quindi il ricorrente deducendo le seguenti articolate censure di seguito sintetizzabili:

violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e ss. del d.lgs. 163 del 2006 (tra cui in particolare l’art. 40) nonché dell’art. 1 del d.P.R. 34 del 2000, omessa applicazione dell’art. 46 del d.lgs. 163 del 2006, violazione dell’art. della Costituzione, erronea applicazione del disciplinare di gara nella parte in cui richiede il possesso dei requisiti generali e le relative dichiarazioni sostitutive, equivocità delle clausole del disciplinare di gara (nella sua formulazione definitiva risultante dalla integrazione postuma dello stesso), violazione del principio di massima partecipazione nonché di proporzionalità, ragionevolezza e uguaglianza nella scelta dei requisiti di partecipazione, violazione delle norme di buona amministrazione, illogicità irragionevolezza, contraddittorietà e perplessità, disparità di trattamento.

Concludeva per l’accoglimento del ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Si costituiva il Comune di Onifai chiedendo il rigetto del ricorso.

In data 12.04.2010 la difesa del Comune depositava memoria.

Alla camera di consiglio del 14 aprile 2010 la domanda cautelare veniva accolta con conseguente ammissione con riserva del raggruppamento ricorrente.

In data 20.05.2010 il ricorrente ed il Comune resistente depositavano memorie difensive.

Alla udienza pubblica del 26.05.2010 il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

Va anzitutto chiarita una circostanza di fatto rilevante per la risoluzione della vicenda controversa.

La gara per cui è causa è finalizzata all'affidamento di servizi di progettazione. I soggetti facenti parte del costituendo raggruppamento sono tutti liberi professionisti oltre ad una società di ingegneria. Nessuno di questi soggetti era esecutore di lavori pubblici.

In riscontro alla istanza di riammissione alla gara l'Amministrazione con nota prot. 749 dell'8.03.2010 precisava che: *“la dichiarazione contenuta alla lettera m bis del citato art. 38 del codice dei contratti pubblici ha lo scopo di garantire che il partecipante alla procedura non abbia mai reso dichiarazioni false tali da comportare la sospensione o la revoca dell'attestazione SOA indipendentemente dalla essenzialità dell'attestato di qualificazione nella specifica procedura di gara”*.

Tale affermazione è erronea per diversi ordini di motivi.

Come correttamente affermato dalla difesa del ricorrente al caso di specie va applicato l'art. 46 del d.lgs. 163 del 2006.

Questa Sezione ha già avuto modo di affermare con sentenza n. 1537 del 9 ottobre 2009 che il principio della integrazione documentale è anzitutto sancito in via generale dall'art. 6 comma 1 lettera b) della L. n. 241 del 1990.

L'art. 46 costituisce inoltre attuazione della corrispondente disposizione contenuta nella Direttiva 2004/18/CE.

La ratio va ricercata nella esigenza di assicurare la massima partecipazione alle gare di appalto, evitando che l'esito delle stesse possa essere alterato da carenze di ordine meramente formale nella documentazione comprovante il possesso dei requisiti dei partecipanti.

L'art. 46 ha il delicato compito di contemperare principi talvolta in antitesi come quello del favor participationis e quello della par condicio tra i concorrenti. Il punto di equilibrio deve essere trovato nella distinzione tra il concetto di regolarizzazione e quello di integrazione documentale.

La regolarizzazione dei documenti è sempre possibile, mentre non sempre lo è l'integrazione che si risolverebbe in una lesione della parità di trattamento tra i partecipanti.

Il legislatore del Codice, non ha affatto inteso assegnare alle amministrazioni aggiudicatrici una facoltà, bensì ha elevato a principio generale un modo di procedere, volto a far prevalere, entro certi limiti, la sostanza sulla forma.

In definitiva, l'art. 46 del Codice dei Contratti, è espressione, nel settore degli appalti pubblici, dei principi che sovrintendono l'istruttoria procedimentale, consacrati nell'art. 6 della L. 241 del 1990.

La disposizione deve essere intesa nel senso che l'Amministrazione deve disporre la regolarizzazione quando gli atti, tempestivamente depositati, contengano elementi che possano costituire un indizio e rendano, come è palese nel caso oggetto della presente vicenda controversa, ragionevole ritenere sussistenti i requisiti di partecipazione.

Quindi, quando il documento è già stato presentato in sede di gara, anche se parzialmente, è consentita la sua regolarizzazione se, come nel caso di specie, la violazione è squisitamente formale ed il rimedio, in concreto, non altera la par condicio tra i concorrenti.

Tale impostazione, discende direttamente dalla applicazione di due principi tradizionalmente fissati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia: quello di proporzionalità e quello del dovere dell'Amministrazione di ascoltare i privati prima di assumere decisioni.

È fuor di dubbio che l'esclusione dalla gara per dubbi in ordine alla effettiva sussistenza di un requisito in capo ad un partecipante, determina un forte scostamento del provvedimento amministrativo rispetto alla scopo della fase di qualificazione alla gara pubblica. Quando la ditta partecipante incorre in un errore nell'allegazione di un certificato o, in ogni caso, quando il contenuto di un documento non soddisfa appieno le necessità istruttorie dell'Amministrazione, il principio generale è che questi aspetti devono essere oggetto di chiarimenti ed integrazioni. Ciò in quanto quell'operatore economico potrebbe risultare in concreto il migliore contraente per soddisfare le necessità per cui è stata bandita la gara.

La combinazione del principio di proporzionalità con quello del dovere di introdurre nel processo decisionale pubblico le manifestazioni di interesse dei privati, determinano che l'esclusione dalla gara per motivi di carattere squisitamente formale deve costituire eccezione e non regola. Essa deve essere disposta solo quando appare chiaro che consentire al concorrente utili chiarimenti ai fini di un più completo accertamento dei fatti da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice, determinerebbe una lesione della par condicio tra i concorrenti.

Il Collegio richiama quindi i principi già espressi dalla Sezione ricordando anche che la integrazione documentale prevista dall'art. 46 del Codice degli appalti pubblici è ammissibile nei casi di equivoche clausole del bando relative alla dichiarazione od alla documentazione da integrare o chiarire e che (nei limiti sopra ampiamente esposti) la sostanza deve prevalere sulla forma.

La conseguenza di tale impostazione è che l'azione amministrativa deve essere orientata sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione coerentemente con la disposizione di carattere generale contenuta nell'art. 6, l. 7 agosto 1990 n. 241.

E' indiscutibile che l'attestazione SOA debba essere posseduta da esecutori di lavori pubblici.

Di fronte ad una situazione incerta quale era indubbiamente quella creatasi nel caso sottoposto all'attenzione del Collegio, la richiesta di chiarimenti rivolta al partecipante alla gara avrebbe consentito di accertare che la dichiarazione richiesta era inutile con la conseguenza di

evitare una esclusione non corrispondente ad alcun interesse dell'Amministrazione.

Il ricorso deve pertanto essere accolto.

La peculiarità del caso sottoposto all'attenzione del Collegio giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sardegna, Sezione Prima, pronunciando definitivamente sul ricorso in epigrafe lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Gianluca Rovelli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/09/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO