

N. 04029/2011REG.PROV.COLL.
N. 06836/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6836 del 2010, proposto da:

New Project s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Ferrante, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Asconio Pediano, n. 44;

contro

Arezzo Casa S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Adriano Giuffrè e Federico Ventura, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Camozzi, n. 1;

Ziga S.r.l., Edil Tre S.r.l., Italia Costruzioni 3000 S.r.l. e Arco Soc. Coop. Consorzio Arezzo Costruzioni, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Toscana – Firenze, Sezione I, n. 02006/2010, resa tra le parti, di reiezione del ricorso proposto per l'annullamento: a) della procedura a cottimo fiduciario indetta con determina di cui al prot. n. 10934 del 30 ottobre 2009 limitatamente alle gare n. 1 e n. 2; b) degli

eventuali provvedimenti di aggiudicazione dell'appalto inerenti dette gare; c) dei verbali delle sedute di gara; d) di tutti gli atti ad essi presupposti, antecedenti, conseguenti e comunque connessi e in particolare dei contratti d'appalto, ove medio tempore stipulati. Inoltre per la condanna della Arezzo Casa s.p.a. al risarcimento del danno ingiustamente subito dalla ricorrente, ai sensi del combinato disposto degli artt. 34 e 35 del D. Lgs. n. 80/98 come novellati dalla legge n. 205 del 2000.

Per l'annullamento dell'operato della Commissione di gara in ordine alla ammissione alla gara 1 e 2 delle imprese Ziga S.r.l., Edil Tre S.r.l., e alle gare 1 e 4 della impresa Italia Costruzioni 3000 S.r.l. e, per l'effetto, per l'emanazione di ordine alla stazione appaltante di disporre per scorrimento l'aggiudicazione in favore della appellante delle gare 1 e 2;

in subordine per l'annullamento della procedura relativamente alle gare 1 e 2.

Infine per il risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente ai sensi delle sopra citate norme.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Arezzo Casa Spa;

Viste le memorie difensive;

Vista la propria ordinanza 16 settembre 2010 n. 4354;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2011 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Ferrante e Giuffrè;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in appello in esame la società New Project S.r.l. ha chiesto l'annullamento o la riforma della sentenza del T.A.R. Toscana, Sezione I, n. 02006/2010, con la quale è stato respinto il ricorso proposto per

L'annullamento di provvedimenti, in epigrafe indicati, relativi alla procedura per l'affidamento mediante cottimo fiduciario del servizio di pronto intervento e manutenzione per l'anno 2010 del patrimonio immobiliare della Arezzo Casa s.p.a.; inoltre ha chiesto l'emanazione dell'ordine ed il risarcimento dei danni pure in epigrafe indicati.

A sostegno del gravame sono stati dedotti i seguenti motivi:

1.- In relazione alla tutela dell'interesse della New Project s.r.l. alla aggiudicazione della commessa e comunque in via subordinata all'annullamento della procedura: Violazione e falsa applicazione della legge concorsuale e segnatamente del punto 1 del disciplinare di gara.

Con la impugnata sentenza non è stata accolta la censura di mancata esclusione delle imprese Ziga s.r.l. dalla gara n. 1 e n. 2 e della impresa Edil Tre s.r.l. dalla gara n. 1 per aver omesso la dichiarazione, prevista (a pena di esclusione in caso di mancato possesso di dichiarazione SOA) dal disciplinare di gara al punto "S", circa il possesso dei requisiti ex art. 28 del d.P.R. n. 34/2000, sulla base dell'erroneo riconoscimento che, quanto a Ziga s.r.l., il principio del "favor participationis" prevale sull'interesse generale alla legalità (senza peraltro nulla osservare circa la situazione di Edil Tre s.r.l., che versava nella stessa situazione) e senza prevedere almeno che detto principio potesse essere applicato previa richiesta di integrazione documentale.

Con atto depositato il 6.9.2010 si è costituita in giudizio la Arezzo Casa s.p.a, che ha chiesto che il ricorso sia respinto perché infondato.

Con ordinanza 16 settembre 2010 n. 4354 la Sezione ha respinto la istanza di sospensione della sentenza impugnata.

Con memoria depositata il 7.12.2010 parte ricorrente ha ribadito tesi e richieste, quantificando il danno subito in € 60.000,00.

Alla pubblica udienza dell'11.1.2011 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa

agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Con il ricorso in appello in esame la New Project s.r.l., ha chiesto l'annullamento o la riforma della sentenza in epigrafe specificata, di reiezione del ricorso proposto per l'annullamento: a) della procedura a cottimo fiduciario per l'affidamento del servizio di pronto intervento e manutenzione per l'anno 2010 del patrimonio immobiliare della Arezzo Casa s.p.a., limitatamente alle gare n. 1 e n. 2; b) degli eventuali provvedimenti di aggiudicazione dell'appalto con riguardo a dette gare; c) dei verbali delle sedute di gara; d) di tutti gli atti ad essi presupposti, antecedenti, conseguenti e comunque connessi, in particolare dei contratti d'appalto, nel frattempo stipulati. Infine per la condanna della Arezzo Casa s.p.a. al risarcimento del danno ingiustamente subito dalla ricorrente, ai sensi del combinato disposto degli artt. 34 e 35 del d. lgs. n. 80/1998, come novellati dalla legge n. 205/2000.

Inoltre ha chiesto l'annullamento dell'operato della Commissione di gara in ordine alla ammissione alla gara 1 e 2 delle imprese Ziga S.r.l., Edil Tre S.r.l., e alle gare 1 e 4 della impresa Italia Costruzioni 3000 S.r.l. e, per l'effetto, l'emanazione di ordine alla stazione appaltante di disporre per scorrimento l'aggiudicazione in favore della appellante delle gare 1 e 2; in subordine l'annullamento della procedura relativamente alle gare 1 e 2. Infine ha chiesto il risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente ai sensi delle citate norme.

2.- Con l'unico motivo di gravame è stato dedotto che erroneamente con la impugnata sentenza non è stata accolta la censura di mancata esclusione delle imprese Ziga s.r.l. dalla gara n. 1 e n. 2 e della impresa Edil Tre s.r.l. dalla gara n. 1 per aver omessa la dichiarazione, prevista (a pena di esclusione in caso di mancato possesso di dichiarazione SOA) dal disciplinare di gara al punto "S", circa il possesso dei requisiti ex art. 28 del

d.P.R. n. 34/2000 (esclusione che avrebbe comportato l'automatica aggiudicazione della gara alla appellante) sulla base del non condivisibile riconoscimento, quanto a Ziga s.r.l., che il "favor participationis" prevale sull'interesse generale alla legalità (senza peraltro nulla osservare circa la situazione di Edil Tre s.r.l., che versava nella stessa situazione).

La lettura del disciplinare di gara evidenzerebbe chiaramente la volontà della stazione appaltante di voler acquisire, a pena di esclusione, i dati tecnici delle imprese concorrenti e la sentenza impugnata sarebbe illogica laddove ha valutato la prescrizione suddetta superabile dall'invito, atteso che la circostanza che esse imprese sono state invitate scegliendo tra quelle che avevano già lavorato per la stazione appaltante nell'anno 2009 non le esimeva dalla produzione della attestazione SOA o della dichiarazione ex art. 28 del d. P.R. n. 34/2000, da cui desumere una qualificazione adeguata all'importo dell'appalto, anche se l'affidamento doveva avvenire a mezzo del cottimo fiduciario.

Posto che una volta determinata la *lex specialis* della gara la Commissione non può esimersi dal rispettarla, comunque il principio del *favor participationis* avrebbe potuto essere applicato quanto meno mediante integrazione documentale volta a dirimere la contraddittorietà rilevata dal Giudice di prime cure tra disciplinare e modulistica.

Con la sentenza impugnata sarebbe anche stata avallata disuguaglianza tra imprese diligenti che avevano regolarmente prodotto la documentazione richiesta e la Ziga s.r.l. e Edil Tre s.r.l..

3.- Va osservato al riguardo che il Giudice di prime cure ha ritenuto che la circostanza che un concorrente abbia puntualmente seguito le indicazioni fornite dalla medesima stazione appaltante nella modulistica "ufficiale" non può andare in danno del medesimo, se detta modulistica risulta poi non esattamente conforme alle prescrizioni della "*lex specialis*" di gara; deve prevalere in tal caso, a fronte di una obiettiva incertezza ingenerata dagli atti

predisposti dalla stazione appaltante e della buona fede che va riconosciuta al concorrente, il principio del “favor participationis”. La carenza riscontrata non poteva pertanto comportare l'esclusione dalla procedura concorsuale del concorrente interessato (la stazione appaltante, semmai, avrebbe potuto invitare il concorrente stesso ad integrare la documentazione carente, ferma restando, in caso di aggiudicazione, la verifica dell'effettivo possesso anche dei requisiti di cui si tratta).

3.2.- Considera la Sezione che, in applicazione dei principi del “favor participationis” e di tutela dell'affidamento, non può procedersi all'esclusione di un'impresa nel caso in cui questa abbia compilato l'offerta in conformità al facsimile all'uopo approntato dalla stazione appaltante (Consiglio Stato, Sezione VI, n. 7278, 10 novembre 2004), potendo eventuali parziali difformità rispetto al disciplinare costituire oggetto di richiesta di integrazione.

Premesso che secondo pacifica giurisprudenza il ricorso al principio del “favor participationis”, volto a favorire la più ampia partecipazione alle gare pubbliche, ha di norma carattere recessivo rispetto al principio della “par condicio” (se le prescrizioni del bando sulle formalità di presentazione delle offerte rispondono ad un particolare interesse dell'Amministrazione o sono poste a garanzia di essa “par condicio”), deve tuttavia ritenersi sussistente il potere di integrazione nella peculiare ipotesi in cui l'omissione riguardi dichiarazioni, pur se richieste dalla “lex specialis” a pena di esclusione, ove l'errore, a prescindere dalla sua riconoscibilità, sia stato in qualche modo ingenerato dalla stazione appaltante (come accade in caso di modulistica non conforme al disciplinare).

La incompletezza della modulistica e la mancata richiesta di integrazione documentale sono infatti comportamenti addebitabili all'operato della pubblica Amministrazione dal quale non può ricavarsi una conseguenza sfavorevole ai soggetti partecipanti alla procedura in forza della prevista

comminatoria di esclusione.

Nel caso che occupa la dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di cui all'art. 28 del d.P.R. n. 34/2000 era espressamente richiesta dal disciplinare di gara, alla voce riguardante "Modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte", con riguardo ai documenti che dovevano essere contenuti nella busta "A") a pena di esclusione, con specifico riferimento (punto 1 lett. "S") alla ipotesi che il concorrente non fosse in possesso dell'attestato SOA.

Il modello di dichiarazione sostitutiva predisposto dalla stazione appaltante, allegato al disciplinare e poi effettivamente utilizzato dalle società di cui trattasi, non conteneva invero alcun riferimento alla dichiarazione relativa al possesso dei requisiti ex art. 28 del citato d.P.R.; in particolare, tale modello riportava le dichiarazioni richieste dal disciplinare di gara dalla lettera "A") alla lettera "Q"), omettendo il richiamo, tra le dichiarazioni richieste, all'ultima lettera del disciplinare, la lettera "S"), riferita alla dichiarazione relativa al possesso dei citati requisiti.

In applicazione dei principi prima affermati e ritenuti applicabili alla fattispecie, deve quindi disatteso il motivo di appello in esame, avendo il Giudice di prime cure correttamente ritenuto che a causa della carenza da cui era affetta la modulistica predisposta dalla stazione appaltante non poteva essere disposta la esclusione dalla gara di cui trattasi delle imprese che avevano fatto incolpevole uso della stessa modulistica.

Le considerazioni che precedono comportano anche la impossibilità di favorevole apprezzamento della tesi di parte appellante che con la sentenza impugnata sarebbe stata avallata una disuguaglianza di valutazione tra imprese diligenti che avevano regolarmente prodotto la documentazione richiesta e la Ziga s.r.l. e Edil Tre s.r.l.; ciò in quanto nessun addebito poteva ad esse essere addossato per essere state indotte in errore, all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara de qua, dal

negligente comportamento della stazione appaltante che aveva mal predisposto la modulistica da allegare ad essa domanda.

4.- Osserva inoltre il Collegio che il principio di diritto affermato dal Giudice di prime cure non poteva che essere riferito anche alla situazione di Edil Tre s.r.l., che versava nella stessa situazione di Ziga s.r.l., pur se ciò non è stato espressamente indicato in sentenza.

5.- Ritiene infine la Sezione inammissibile la censura di illogicità della sentenza impugnata laddove ha valutato la prescrizione suddetta superabile dall'invito (atteso che la circostanza che esse imprese sono state invitate scegliendo tra quelle che avevano già lavorato per la stazione appaltante nell'anno 2009 non esimeva dalla produzione della attestazione SOA o della dichiarazione ex art. 28 del d. P.R. n. 34/2000 da cui desumere una qualificazione adeguata all'importo dell'appalto, anche se l'affidamento doveva avvenire a mezzo del cottimo fiduciario), non risultando tale affermazione contenuta nella sentenza stessa, che, al riguardo, fa riferimento solo alla circostanza che la stazione invitante avrebbe potuto invitare il concorrente interessato ad integrare la documentazione carente, ferma restando la verifica, in caso di aggiudicazione, dell'effettivo possesso dei requisiti di cui si tratta.

6.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione.

7.- La complessità delle questioni trattate, nonché la peculiarità e la novità del caso, visto l'art. 45, XI c., della L. n. 69 del 2009 e sussistendo le ragioni di cui all'art. 92, II c., del c.p.c., è ragione sufficiente per compensare fra le parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, respinge l'appello.

Compensa tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2011

con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/07/2011

IL SEGRETARIO

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