

N. 04830/2011REG.PROV.COLL.
N. 00369/2009 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 369 del 2009, proposto dalla Tecnovie S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Arturo Cancrini e Claudio De Portu, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, via G. Mercalli, 13;

contro

Betti S.p.A., in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con E.S.O. Strade s.r.l., ed E.S.O. Strade s.r.l., in proprio e quale mandante dello stesso R.T.I., rappresentate e difese dagli avv. Andrea Manzi e Valentina Paoletti Gualandi, con domicilio eletto presso la seconda in Roma, piazza della Croce Rossa, 2-B;

nei confronti di

Provincia di Genova, rappresentata e difesa dagli avv. Roberto Giovanetti e Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, viale Giulio Cesare, 14;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LIGURIA - GENOVA: SEZIONE II n.

02067/2008, resa tra le parti, concernente GARA PER AFFIDAMENTO
LAVORI REALIZZAZIONE GALLERIA DI VALICO TERRITORIO
COMUNALE

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2011 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati De Portu, Reggio D'Acì per delega di Manzi, e Pafundi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando di gara pubblicato sulla G.U. del 7 aprile 2008 la Provincia di Genova indiceva un pubblico incanto per l'affidamento dei "Lavori per la realizzazione nuova galleria di valico nel territorio dei comuni di Mele e Masone (GE)", per un importo complessivo a base di gara di euro 4.875.000,00 da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso.

La *lex specialis*, in applicazione della normativa in materia, prevedeva quale condizione di partecipazione l'allegazione di "attestazione SOA relativa alla categoria delle lavorazioni e ai livelli di qualificazione indicati al procedimento punto II.2.1" (punto III.2.1).

Le "Norme di partecipazione", inoltre, precisavano che ai fini dell'accesso alla gara i concorrenti dovessero presentare una domanda di ammissione con corredo dei documenti specificatamente indicati al punto 7. In particolare, per quanto di rilievo vi si richiedeva:

7.2 Documento comprovante la costituzione della cauzione provvisoria (...).

7.5 Attestazione Soa.

Lo stesso disciplinare di gara (al punto 10) precisava in modo esplicito che

costituiva “motivo di esclusione dalla procedura di gara [...]” :

(G) la mancanza di uno o più dei requisiti generali di ammissione e dei requisiti di qualificazione”.

(L) la domanda di ammissione non corredata dalla documentazione prescritta [...]”;

(O) la costituzione della cauzione provvisoria in misura inferiore a quanto indicato nel bando di gara e/o la mancata dimostrazione delle condizioni di cui all’articolo 75, comma 7, del codice dei contratti;

(Q) l’omessa o tardiva presentazione della documentazione comprovante il possesso dei requisiti di qualificazione.

Alla gara prendevano parte, oltre al costituendo raggruppamento temporaneo di imprese tra Betti spa ed E.S.O. Strade srl – odierno appellato: di seguito, BETTI-, il raggruppamento temporaneo Spai srl/Dapam srl e, infine, l’attuale appellante Tecnovie srl (di seguito, TECNOVIE).

In data 8 maggio 2008 la commissione di gara constatava la regolarità della documentazione di tutte le imprese concorrenti, ad eccezione di TECNOVIE. Quest’ultima, infatti, in contrasto con quanto disposto negli atti di gara, aveva presentato una attestazione SOA carente di verifica triennale. La seduta del 8 maggio 2008 si concludeva, quindi, con l’aggiudicazione provvisoria a favore del RTI Spai, mentre la BETTI si classificava al secondo posto in graduatoria.

Sennonché, in data 18 giugno 2008 la Provincia pubblicava sull’Albo Pretorio la determina n. 3409 – prot. gen. n. 73206/2008, dello stesso giorno. Dall’esame di tale provvedimento la BETTI apprendeva che:

- a) il RTI Spai srl/DAPAM Srl (primo classificato) proprio con tale determina era stato escluso dalla gara (ai sensi delle lettere H e I del punto 10 del disciplinare, recante le “cause di esclusione dalla gara”) ;
- b) TECNOVIE aveva proposto ricorso contro la propria esclusione dalla

procedura, per esservi riammessa;

c) il TAR Liguria, con la sentenza del 12 giugno 2008, n. 1294, aveva accolto il ricorso di TECNOVIE reputandone illegittima l'esclusione, che era stata disposta dall'Amministrazione sull'unico titolo costituito dalla lettera G), punto 10, del disciplinare.

A seguito della pronuncia del TAR la Provincia convocava una nuova seduta pubblica per l'apertura dell'offerta di TECNOVIE e per la rideterminazione della graduatoria. All'esito, tale concorrente veniva dichiarata prima in graduatoria, aggiudicataria in via provvisoria dell'appalto e, infine, con determinazione dirigenziale n. 4341 in data 1° agosto 2008, aggiudicataria definitiva.

La BETTI, a quel punto, ritenendo illegittime le determinazioni da ultimo citate, con ricorso al TAR per la Liguria chiedeva il loro annullamento per i seguenti motivi:

1. Violazione della *lex specialis*; violazione del punto 7.5 e del punto 10 lett. Q) e lett. L) del disciplinare di gara; violazione del principio di *par condicio* e di ragionevolezza; eccesso di potere per travisamento dei fatti e contraddittorietà.

Come già esposto, TECNOVIE, dopo essere stata esclusa dalla procedura per non aver presentato l'attestazione SOA in corso di validità, vi era stata successivamente riammessa e dichiarata aggiudicataria.

La decisione di aggiudicare la gara a TECNOVIE implicava, però, ad avviso della nuova ricorrente, una palese violazione della *lex specialis* di gara nonché dei principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di interpretazione delle clausole dei bandi, finalizzati ad assicurare il rispetto del principio della *par condicio* tra i concorrenti.

Il disciplinare era infatti chiaro nel prevedere che sarebbe stata sanzionata con l'esclusione dalla gara "la omessa (...) presentazione della documentazione comprovante il possesso dei requisiti di qualificazione"

(punto 10, lett. Q). E TECNOVIE era appunto incorsa in tale inadempimento. La SOA da essa allegata era, difatti, palesemente scaduta, in quanto, essendo stata emessa in data 20 ottobre 2004, non riportava l'intervenuta effettuazione della verifica triennale, da compiersi, secondo quanto indicato nella medesima attestazione, entro il 19 ottobre 2007.

Di conseguenza, stante la carenza di tale verifica, la sua certificazione SOA poteva considerarsi idonea a provare il possesso dei requisiti di qualificazione solo fino alla data del 19 ottobre 2007, ma evidentemente non per il periodo successivo, durante il quale si era appunto svolta la procedura.

2. Violazione della *lex specialis*; violazione dei punti 7.2 e 10 lett. L) e O) del disciplinare di gara; eccesso di potere per difetto di istruttoria.

La *lex specialis* ha previsto, in conformità all'art. 75, comma 1, del D.Lgs. n. 163 del 2006, l'obbligo di presentazione, da parte dei concorrenti, di una cauzione provvisoria di importo pari al 2% dell'importo posto a base di gara.

La stessa legge di gara ha precisato, inoltre, che “*per i candidati in possesso dei requisiti di cui all'art. 75, comma 7, l'importo indicato dal bando è ridotto del 50 %*”. In sostanza, perciò, qualora i concorrenti fossero stati in possesso di certificazione di qualità conforme alle norme UNI EN ISO 9000, rilasciata da organismi accreditati ai sensi delle norme UNI CEI 45000, l'importo della cauzione avrebbe potuto essere ridotto del 50 % .

Il disciplinare, sempre al punto 7.2, ha peraltro previsto anche che, al fine di beneficiare di tale riduzione, i soggetti interessati dovevano produrre in allegato alla domanda di ammissione, in originale o in copia, il documento comprovante le condizioni anzidette.

In coerenza con tale indicazione, poi, il disciplinare ha specificato, al punto 10 (“cause di esclusione”), che costituiva motivo di esclusione dalla gara la costituzione della cauzione provvisoria in misura inferiore a quanto

indicato nel bando di gara e/o la mancata dimostrazione delle condizioni di cui all'articolo 75, comma 7, del codice dei contratti.

La Provincia si era quindi inequivocabilmente autovincolata a disporre l'esclusione dalla procedura dei concorrenti che avessero presentato una cauzione dimezzata senza allegare prova delle condizioni per poter beneficiare di tale riduzione, ossia la certificazione di qualità in corso di validità.

Ciò premesso, dall'esame della documentazione presentata da TECNOVIE emergeva che la medesima, oltre ad aver presentato una SOA scaduta, aveva allegato alla propria domanda di partecipazione una certificazione di qualità anch'essa scaduta. Nel certificato UNI EN ISO:2000 rilasciato dall'organismo Moody International Certification ed inserito nella documentazione da essa presentata ai fini della partecipazione alla gara era difatti riportata quale data di emissione quella del 19 ottobre 2004: sicché, avendo dette certificazioni validità triennale, il certificato era già scaduto in data 18 ottobre 2007 e, quindi, invalido.

3. Violazione della *lex specialis*; violazione dei punti 7.5 e 10 lett. L) e lett. Q) del disciplinare di gara; eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità manifesta, travisamento dei fatti e contraddittorietà.

I motivi di censura esposti nei precedenti punti I e II venivano estesi dalla BETTI anche al precedente provvedimento con cui la Provincia, in data 8 maggio 2008, aveva originariamente escluso TECNOVIE dalla gara.

La commissione, infatti, a giustificazione della misura espulsiva aveva allora richiamato esclusivamente il disposto di cui al punto 10 lett. G) del disciplinare, secondo il quale "*Costituiscono motivo di esclusione dalla procedura di gara la mancanza di uno o più dei requisiti generali di ammissione e dei requisiti di qualificazione*": laddove, come esposto in precedenza, l'estromissione della stessa società dalla procedura avrebbe dovuto essere disposta, più pertinentemente, in base a quanto prescritto dai punti 7 e 10 lett. L), Q) e

O) del medesimo disciplinare.

La ricorrente, sulla scorta di tali censure, concludeva chiedendo l'annullamento dei provvedimenti impugnati, con conseguente condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica ovvero, ove ciò non fosse stato possibile, per equivalente.

Resistevano all'impugnativa la Provincia di Genova e la controinteressata.

Il Tribunale adito definiva il giudizio con la sentenza n. 2067 del 2008 in epigrafe, con la quale, disattesa l'eccezione di inammissibilità del gravame opposta sul rilievo che la ricorrente avrebbe dovuto impugnare la sentenza n. 1294/2008, piuttosto che chiedere con un nuovo ricorso di primo grado l'annullamento degli atti assunti in sua esecuzione, accoglieva l'impugnativa della BETTI, ritenendone fondati ed assorbenti i primi due mezzi, e dichiarava (allo stato) inammissibile la sua domanda risarcitoria.

A seguito della sentenza, la Provincia di Genova con determinazione del 19/12/2008 disponeva l'aggiudicazione definitiva a favore del R.T.I. BETTI.

Avverso la stessa pronuncia, tuttavia, TECNOVIE proponeva il presente appello, articolando a suo sostegno tre mezzi d'impugnativa con i quali deduceva, in sintesi:

- la violazione del giudicato formatosi sulla precedente sentenza dello stesso T.A.R. n. 1294 del 2008, con la quale la decisione appellata si sarebbe posta in radicale conflitto, negando anche il risultato pratico riconosciuto dalla prima: l'attestazione SOA aggiornata era stata acquisita alla procedura in legittima e doverosa applicazione della sentenza n. 1294\2008, contro la quale BETTI avrebbe avuto l'onere di proporre nei termini opposizione di terzo o appello; e la nuova attestazione di TECNOVIE aveva definitivamente comprovato sia la verifica triennale della stessa SOA, sia l'aggiornamento della certificazione di qualità rilevante ai fini del dimidiamento dell'importo della cauzione provvisoria dovuta;

- la circostanza che il TAR avrebbe dovuto applicare anche in questa occasione il principio -espresso nella propria precedente pronuncia- per cui l'Amministrazione non avrebbe potuto escludere la TECNOVIE, bensì avrebbe dovuto permettere la (*rectius*, ormai, riconoscere la legittimità dell'intervenuta) regolarizzazione formale dei documenti, in ossequio al c.d. dovere di soccorso di cui all'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006;
- la natura di irregolarità non viziante della mancanza di verifica triennale delle attestazioni SOA.

Resistevano all'appello la BETTI e la Provincia di Genova, che con le rispettive memorie ne deducevano l'infondatezza e concludevano per la sua reiezione.

Le resistenti adducevano soprattutto, per un verso, la diversità di oggetto del precedente contenzioso rispetto al nuovo; per altro verso, la cogenza della *lex specialis* nel correlare l'esclusione alla mancata produzione della documentazione oggetto dell'omissione di TECNOVIE.

La domanda cautelare annessa all'appello veniva respinta.

L'Amministrazione stipulava quindi il contratto di appalto con la BETTI.

Le posizioni delle parti venivano ulteriormente illustrate ed approfondite con successive memorie.

Alla pubblica udienza del 21 giugno 2011 l'appello è stato trattenuto in decisione.

L'appello è infondato.

1 Seguendo un ordine logico, la prima censura con la quale occorre fare i conti è quella con cui viene denunziata la violazione del giudicato formatosi sulla sentenza dello stesso T.A.R. per la Liguria n. 1294 del 2008, con la quale la decisione appellata si sarebbe posta in conflitto. Avverso tale precedente sentenza, si assume, BETTI avrebbe avuto l'onere di proporre, a tempo debito, opposizione di terzo o appello, mentre non avrebbe potuto chiedere con un nuovo ricorso di primo grado l'annullamento degli atti

assunti in sua esecuzione.

Occorre ricordare, pertanto, che la sentenza n. 1294/2008, favorevole a TECNOVIE, ne ha accolto a suo tempo il ricorso reputando illegittima l'esclusione di tale concorrente disposta sulla base della lett. G), punto 10, del disciplinare (che prevedeva l'esclusione dalla gara in caso di "*mancaza di uno o più dei requisiti generali di ammissione e dei requisiti di qualificazione*"), titolo allora indicato dalla commissione quale unica base giuridica legittimante l'esclusione assunta.

A fondamento dell'esclusione stava, segnatamente, un problema di carenza di un requisito di qualificazione, per avere il detto concorrente prodotto un'attestazione SOA dalla quale non risultava avvenuta, però, una nuova verifica triennale, dopo quella scaduta nell'ottobre 2007.

Ciò posto, si rivela evidente l'estraneità al giudicato formatosi su tale decisione del tema dedotto con il secondo motivo del successivo ricorso della BETTI, che verte sul punto, tutt'affatto diverso da quelli già sottoposti a vaglio giurisdizionale, della mancata giustificazione da parte di TECNOVIE del proprio titolo a presentare una cauzione provvisoria di importo dimezzato.

La *lex specialis* prevedeva, in conformità all'art. 75, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006, l'obbligo di presentazione, da parte dei concorrenti, di una cauzione provvisoria di entità pari al 2% dell'importo a base di gara. La disciplina di gara soggiungeva che "*per i candidati in possesso dei requisiti di cui all'art. 75, comma 7, l'importo indicato dal bando è ridotto del 50 %*". All'uopo i concorrenti dovevano, però, essere in possesso di certificazione di qualità conforme alle norme UNI EN ISO 9000, rilasciata da organismi accreditati, e produrre in allegato alla domanda di ammissione il documento comprovante le suddette condizioni, pena l'esclusione dalla gara (prevista, appunto, dal disciplinare, alla lett. O) del punto 10, per il caso della costituzione della cauzione provvisoria in misura inferiore a

quanto indicato nel bando di gara senza la dimostrazione delle condizioni di cui all'articolo 75, comma 7, del codice dei contratti).

Dall'esame della documentazione presentata da TECNOVIE era emerso, invece, che la medesima aveva allegato alla propria domanda di partecipazione una certificazione di qualità emessa il 19 ottobre 2004, e scaduta perciò già in data 18 ottobre 2007.

Non risulta quindi alcuna corrispondenza tra le censure oggetto di esame nel giudizio di T.A.R. sfociato nella sentenza n. 1294/2008 e quella, ora in esame, che il successivo ricorso della BETTI ha sottoposto, poco dopo, all'attenzione dello stesso Giudice.

Poiché, pertanto, la materia della causa di esclusione appena indicata era estranea all'ambito oggettivo del precedente giudicato, quest'ultimo non può dirsi violato sotto alcun profilo, e si manifesta ineccepibile il promovimento da parte di BETTI di un nuovo ricorso giurisdizionale di primo grado per fare valere il relativo motivo di estromissione.

Per quanto esposto, il primo motivo d'appello risulta, almeno per questa parte, infondato.

2 Altrettanto agevole è poi avvedersi dell'effettiva esistenza della specifica causa di esclusione appena detta, e perciò dell'infondatezza delle ulteriori doglianze d'appello che la pongono in discussione.

Assume l'appellante che la Stazione appaltante, in legittima e doverosa applicazione della sentenza n. 1294\2008, aveva acquisito alla procedura la sua attestazione SOA aggiornata, e tale nuovo documento aveva definitivamente comprovato non solo l'avvenuta verifica triennale della stessa SOA, ma anche, stante la previsione del punto 7.5 delle Norme di partecipazione, l'intervenuto aggiornamento della certificazione di qualità occorrente ai fini del dimidiamiento dell'importo della cauzione provvisoria.

Deduce infine lo stesso appellante, con il suo secondo mezzo, che il TAR, in ogni caso, avrebbe dovuto applicare anche in questa occasione il

principio -espresso nella pronuncia già passata in giudicato- per cui l'Amministrazione non avrebbe potuto escludere la TECNOVIE, bensì avrebbe dovuto permettere la regolarizzazione formale dei suoi documenti in ossequio all'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006.

In contrario è tuttavia immediato constatare che il giudicato ha ammesso nel caso concreto, sì, il ricorso alla regolarizzazione documentale *ex art. 46 cit.*, ma al solo scopo di accordare la possibilità di ovviare alla carenza formale che aveva formato oggetto di quella causa, con riferimento, dunque, al requisito di qualificazione intorno al quale si controverteva.

Per ciò che attiene ad ogni altro requisito di partecipazione, pertanto, il giudicato non soccorre, e quindi esso non potrebbe imporre di dare per garantite, né tantomeno per già avvenute, regolarizzazioni di sorta.

La regolarità della posizione di TECNOVIE con riguardo agli altri requisiti, non essendo influenzata dall'accertamento contenuto nella sentenza coperta da giudicato, dipende allora unicamente dalle previsioni della *lex specialis* e dalla loro avvenuta osservanza (o meno), da parte del concorrente, a tempo debito.

Nel caso concreto, come si è già visto, la disciplina di gara recava, però, una tassativa previsione di esclusione, in tema di cauzione provvisoria, per il caso della omessa giustificazione documentale nel termine dato per la presentazione della domanda di ammissione : il punto 10, lett. O), del disciplinare annoverava tra i motivi di esclusione *“la costituzione della cauzione provvisoria in misura inferiore a quanto indicato nel bando di gara e/o la mancata dimostrazione delle condizioni di cui all'articolo 75, comma 7, del codice dei contratti”* (in coerenza, del resto, con la previsione della precedente lett. L), che includeva nello stesso elenco, in termini generali, l'ipotesi della *“domanda di ammissione non corredata dalla documentazione prescritta”*).

Per contro, TECNOVIE, oltre ad aver presentato una SOA scaduta, aveva allegato alla propria domanda di partecipazione una certificazione di qualità

anch'essa ampiamente scaduta, vale a dire un certificato UNI EN ISO:2000 rilasciato dall'organismo Moody International Certification scaduto in data 18 ottobre 2007. Essa era quindi incorsa in una omissione sanzionata con l'esclusione dalla disciplina di gara, con le logiche conseguenze del caso.

Benché in astratto, perciò, la *lex specialis* ammettesse la possibilità di documentare la certificazione di qualità anche attraverso l'attestazione SOA, nello specifico TECNOVIE, che aveva mancato di comprovare il primo requisito nel termine prescritto, non aveva alcun titolo per beneficiare di una rimessione in termini che potesse sanare gli effetti della propria autonoma e specifica omissione.

Né vale assumere che sarebbe stato onere della Stazione appaltante verificare, eventualmente accedendo ai siti ufficiali degli organismi certificatori, la corrente vigenza della certificazione di qualità dell'appellante. La legge di gara era infatti univoca, mediante le disposizioni che più volte sono state richiamate, nel porre a carico dei concorrenti l'onere della dimostrazione delle condizioni previste dall'articolo 75, comma 7, del Codice dei contratti per accedere al beneficio del dimezzamento della cauzione provvisoria.

Infine, l'istituto del c.d. dovere di soccorso codificato dall'art. 46 d.lgs. n. 163/2006 consiste nell'invito a completare il contenuto di documenti (o a chiedere chiarimenti su di esso), non già a produrre un documento valido in sostituzione di uno invalido.

La difesa dell'appellata ha fatto opportunamente notare, del resto, che il T.A.R., con la sentenza n. 1294/2008, ha ritenuto applicabile l'istituto a fronte di un *thema decidendum* ben diverso da quello attuale, in cui si controverteva della legittimità di un'esclusione disposta per la mancanza – e non per la omessa documentazione- dei requisiti di qualificazione.

3 Le considerazioni che precedono conducono a confermare la sentenza oggetto di scrutinio nella parte in cui ha stigmatizzato la mancata

esclusione dalla gara della TECNOVIE ai sensi del punto 10, lett. O), del disciplinare, a causa dell'omessa giustificazione da parte sua del titolo a presentare una cauzione provvisoria di importo dimezzato.

L'esclusione dell'appellante per la causale indicata costituiva, infatti, un atto dovuto.

Questa conclusione è sufficiente a definire le sorti della procedura. Essa rende definitivo, segnatamente, l'annullamento dell'aggiudicazione già accordata a TECNOVIE, con il conseguente consolidarsi dell'affidamento dell'opera all'appellata.

Ne discende che i profili di appello che resterebbero da vagliare risultano, a questo punto, non più sorretti da alcun concreto interesse alla decisione. Quand'anche, difatti, gli stessi dovessero ipoteticamente reputarsi fondati, e pertanto risultasse inconsistente la ulteriore causa di esclusione -parimenti formale- rinvenuta dal primo Giudice a carico dell'appellante, la sussistenza del motivo di esclusione sopra confermato pregiudicherebbe comunque per TECNOVIE l'ammissione alla gara. Sicché anche un loro ipotetico accoglimento sarebbe del tutto ininfluenza.

4 In conclusione, l'appello deve essere nel suo insieme respinto.

Si rinvencono, tuttavia, ragioni tali da giustificare la compensazione delle spese processuali tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 21 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/08/2011

IL SEGRETARIO

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