

N. 00038/2012 REG.PROV.COLL.
N. 00002/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2 del 2012, proposto da:

Cer Consorzio Emiliano Romagnolo fra le Cooperative di Produzione e Lavoro, rappresentato e difeso dagli avv.ti Luigi Giorgi, Giulietta Redi e Marco Casavecchia, con domicilio presso la Segreteria del T.A.R. in Aosta, piazza Accademia S. Anselmo, 2;

contro

Comune di Aosta, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Gianni Maria Saracco e Lorenzo Sommo, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Aosta, via Challand, 30;

nei confronti di

Sipie s.a.s., Zarba Impianti s.a.s. di Zarba Gaetano & C. quale capogruppo mandataria del costituendo Rti con F.P.S.M. di Furfaro Vincenzo & C. s.n.c., mandante del costituendo Rti, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

del verbale di gara del 02.12.2011 con il quale la commissione di gara ha riammesso alla gara la costituenda a.t.i. tra Zarba Impianti s.a.s. di Zarba

Gaetano.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 marzo 2012 il dott. Angelo

Vitali e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 30.12.2011 il Consorzio Emiliano Romagnolo fra le cooperative di produzione e lavoro espone: 1) di aver partecipato alla gara mediante procedura aperta indetta dal Comune di Aosta per i lavori di realizzazione degli impianti autonomi di riscaldamento negli alloggi degli edifici di proprietà comunale denominati Giacchetti, Gazzera, Fresia Alte e Fresia Basse, siti nel quartiere Cogne; 2) di essere - in un primo tempo - risultato aggiudicatario provvisorio, a seguito dell'esclusione dalla gara di quattro imprese, tra le quali l'A.T.I. costituenda tra le imprese Zarba e F.P.S.M. di Furfaro s.n.c., che non è stata ammessa in quanto il modello "domanda di partecipazione" non risultava sottoscritto dai rappresentanti di entrambe le imprese, come previsto - a pena di esclusione - dal punto 5.1. del disciplinare di gara; 3) che, a seguito della riammissione in autotutela dell'A.T.I. Zarba e F.P.S.M. di Furfaro s.n.c. (verbale del 2.12.11, p. 1), effettuata sulla considerazione che i dati sostanziali contenuti nel modulo "domanda di partecipazione e dichiarazioni generali del concorrente", sarebbero comunque riportati anche nel modello "dichiarazioni generali di ogni componente", e delle conseguenti operazioni di calcolo previste dall'art. 25 comma 7 della L.R. 20.6.1996, n. 12, è risultata ottava classificata, alle spalle dell'aggiudicataria

SIPIE s.a.s., odierna controinteressata.

Ciò premesso in punto di fatto, impugna l'aggiudicazione provvisoria disposta a favore dell'impresa SIPIE s.a.s., deducendo un unico, articolato motivo di ricorso, rubricato come segue: violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara con riferimento all'art. 5.1 del disciplinare di gara. Violazione dell'art. 37 comma 8 e degli artt. 73 e 74 del D. Lgs. 163/2006. Eccesso di potere per travisamento dei fatti ed erronea valutazione dei presupposti. Difetto di istruttoria. Ingiustizia grave e manifesta. Violazione della par condicio dei partecipanti alla procedura pubblica di selezione, disparità di trattamento, perplessità e sviamento.

Lamenta l'illegittimità della riammissione alla procedura dell'A.T.I. Zarba e F.P.S.M. di Furfaro s.n.c..

Si è costituito in giudizio il solo Comune di Aosta, controdeducendo nel merito ed instando per la reiezione del ricorso.

In via preliminare, il Comune ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, non avendo il consorzio ricorrente impugnato la clausola di cui all'art. 8 del disciplinare di gara, la quale stabilisce che, qualora le successive verifiche (ivi comprese – per quanto qui interessa - quelle in sede giudiziale) sull'aggiudicazione provvisoria comportino l'esclusione o la riammissione di imprese, il seggio di gara procederà comunque ad una nuova estrazione del numero da mediare con la media ponderata, in vista della determinazione della nuova media di raffronto e dell'individuazione della nuova impresa aggiudicataria: con la conseguenza che, anche in caso di accoglimento del ricorso, “in capo al CER non sussisterebbe che una possibilità su nove di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto, e segnatamente tale possibilità coinciderebbe con l'estrazione del numero 9” (così la memoria di costituzione, p. 5).

Con ordinanza 19.1.2012, n. 4 il Tribunale ha fissato – ex art. 119 comma 3 c.p.a. - la data di discussione nel merito del ricorso.

All'udienza pubblica del 14 marzo 2012 il ricorso è stato trattenuto dal collegio per la decisione.

DIRITTO

Occorre preliminarmente affrontare l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, sollevata dalla difesa comunale.

L'eccezione è infondata.

E' noto infatti che, per principio generale, nel caso in cui si pervenga ad una decisione giurisdizionale di annullamento degli atti di gara, è fatta salva l'attività amministrativa non pregiudicata dal vizio di legittimità accertato dal giudice, mentre l'effetto conformativo della sentenza comporta l'obbligo di ripetere le operazioni soltanto a partire dal momento in cui è intervenuta l'illegittimità sanzionata dal giudice (T.A.R. Campania, I, 17.6.2008, n. 5943; T.A.R. Valle d'Aosta, 12.12.2007, n. 147).

Nel caso di specie, la contestata riammissione in gara dell'A.T.I. Zarba, effettuata in autotutela nella seduta del 2.12.2011, è successiva all'aggiudicazione provvisoria disposta in favore del C.E.R. nella seduta dell'8.11.2011, sicché il suo annullamento non ne comporterebbe affatto la caducazione.

A ciò si aggiunga che, quand'anche fosse corretta la tesi del Comune (secondo la quale, a seguito dell'accoglimento del ricorso, occorrerebbe procedere ad nuova estrazione del numero da mediare con la media ponderata), l'impresa ricorrente manterrebbe comunque un interesse - di carattere strumentale - alla ripetizione delle operazioni di gara, con concrete chances (una su nove) di aggiudicazione.

Nel merito, il ricorso è infondato.

Giova premettere che il bando di gara è stato pubblicato in data 23.9.2011, allorché era già entrato in vigore il comma 1-bis dell'art. 46 (rubricato: documenti e informazioni complementari - tassatività delle cause di esclusione) del D. Lgs. 12.4.2006, n. 163, il quale stabilisce che "la stazione

appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle". La formulazione della novella sottende la volontà del legislatore di restringere l'area della discrezionalità delle stazioni appaltanti, allorché redigono la legge di gara e predeterminano le cause di esclusione, al fine di evitare eccessivi formalismi, suscettibili di sfociare in una vera e propria "caccia all'errore" nella fase di verifica della regolarità della documentazione.

E ciò, nel solco del divieto di aggravamento degli oneri burocratici (art. 1 comma 2 L. n. 241/1990) e dell'insegnamento giurisprudenziale, secondo il quale la portata delle singole clausole che comminano l'esclusione in termini generali e onnicomprensivi va valutata alla stregua dell'interesse che la norma violata è destinata a presidiare, per cui, ove non sia ravvisabile la lesione di un interesse pubblico effettivo e rilevante, va accordata la preferenza al favor participationis, con applicazione del principio, di derivazione comunitaria e rilevante anche nell'ordinamento interno, di sanabilità delle irregolarità formali, con conseguente attenuazione del rilievo delle prescrizioni formali della procedura concorsuale (T.A.R. Valle d'Aosta, 11.3.2010, n. 26).

Ciò posto, non è rilevabile nel caso di specie il mancato adempimento alle prescrizioni previste dalle disposizioni di cui alle norme rubricate nel

motivo di ricorso agli artt. 37 comma 8, 73 e 74 del codice dei contratti pubblici, in quanto, come fondatamente osservato nel verbale di gara del 2.12.2011, il modello “dichiarazioni generali di ogni concorrente” relativo alla ditta F.P.S.M. di Furfaro s.n.c., che è parte integrante della domanda di partecipazione (unitamente al modello sottoscritto dalla mandataria Zarba Impianti s.r.l., doc. 1 delle produzioni 6.2.2012 di parte comunale), contiene gli elementi essenziali per identificare il candidato e, in particolare, sia la sottoscrizione del legale rappresentante che – soprattutto – l’assunzione dell’impegno a conferire mandato di capogruppo alla ditta Zarba Impianti s.r.l. (doc. 2 delle produzioni 6.2.2012 di parte comunale, pp. 5 e 6).

Dunque, la mancata sottoscrizione, da parte della impresa F.P.S.M. di Furfaro s.n.c., del modello “domanda di partecipazione e dichiarazioni generali del concorrente”, in violazione della clausola 5.1 del disciplinare di gara, non determinando incertezza – men che meno assoluta - sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta, non poteva condurre – ex art. 46 comma 1-bis D. Lgs. 12.4.2006, n. 163 – all’esclusione dalla gara, sicché legittimamente la commissione di gara ha disposto la riammissione della concorrente.

Ed é appena il caso di osservare che nessun rilievo assume, ai fini dell’esclusione dell’offerta, la circostanza che alcune specifiche dichiarazioni (relative: alla presa visione dei luoghi e degli elaborati progettuali; all’accettazione della disciplina di gara; alla dichiarazione sul subappalto; alla elezione di domicilio ai fini della gara) fossero contenute soltanto nel modulo “domanda di partecipazione e dichiarazioni generali del concorrente”, sottoscritto dalla sola mandataria.

Tali differenze – anche a prescindere dalla loro intrinseca irrilevanza - non determinano infatti alcuna delle tassative cause di esclusione di cui all’art. 46 comma 1-bis D. Lgs. n. 163/2006, sicché le relative prescrizioni della lex

specialis, ove diversamente interpretate, sarebbero comunque da ritenersi nulle.

Il ricorso va, perciò, rigettato.

Sussistono giusti motivi, in considerazione della recente introduzione del comma 1-bis nel corpo dell'art. 46 D. Lgs. 12.4.2006, n. 163, per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta (Sezione Unica), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Luca Morbelli, Primo Referendario

Angelo Vitali, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/03/2012

IL SEGRETARIO

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