

N. 04384/2012 REG.PROV.COLL.
N. 01003/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1003 del 2012, proposto da:

SAC Società Appalti Costruzioni Spa e Italiana Costruzioni Spa, in persona dei rispettivi rappresentanti legali p.t., in proprio e nelle rispettive qualità di capogruppo mandataria e mandante del costituendo r.t.i., rappresentate e difese dagli avv.ti Patrizio Leozappa e Giuseppe Mario Militerni, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via G.Antonelli, 15;

contro

Universita' degli Studi di Roma La Sapienza, in persona del Rettore p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui domicilia per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Soc Coveco Scpa, in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa adozione di ogni più opportuna misura cautelare,
- della nota prot. n. 0001862 datata 11 gennaio 2012 e trasmessa via fax in data 12 gennaio 2012, con la quale l'Università degli Studi di Roma "La

Sapienza” ha comunicato alle odierne ricorrenti l’esclusione dalla gara;
- di ogni altro provvedimento presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, ivi espressamente inclusa la nota prot. n. 0005521 del 26 gennaio 2012, con la quale l’Ateneo ha dato riscontro negativo al preavviso di ricorso inoltrato dalle odierne ricorrenti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Universita' degli Studi di Roma La Sapienza;

Vista l’ordinanza cautelare di questa Sezione n. 874/12 dell’8.3.2012;

Vista l’ordinanza cautelare della Sezione Sesta del Consiglio di Stato n. 1142/2012 del 21.3.2012;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 9 maggio 2012 il Cons. Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso a questo Tribunale, notificato il 10 febbraio 2012 e depositato il successivo 14 febbraio, le società indicate in epigrafe, in proprio e nella loro qualità, chiedevano l’annullamento, previe misure cautelari, della nota, pure indicata in epigrafe, con la quale la loro offerta in costituendo r.t.i. era stata esclusa dalla procedura aperta per la progettazione esecutiva e riqualificazione funzionale, ristrutturazione e adeguamento normativo dell’ex “Centro Meccanografico Poste a S.Lorenzo”, per la mancata indicazione delle quote di partecipazione ai lavori in quanto risultavano “...dichiarate quote di partecipazione che, cumulativamente, non conseguono il 100%”.

In sintesi, le ricorrenti evidenziavano che la circostanza era frutto di un

mero errore in quanto, dopo avere assunto l'impegno di costituire un'a.t.i. mista in caso di aggiudicazione, dichiaravano di partecipare all'esecuzione nelle categorie OG1 e OG11 nella misura del 50,10% (la mandataria) e del 41,40% (la mandante) nonché nella categoria OS18 per il 100% (la sola mandante). L'errore materiale consisteva nell'aver mantenuto, per la mandataria, l'originale percentuale del 50,10% che in un primo momento era prevista per la partecipazione in a.t.i. "orizzontale" (con conseguente percentuale del 49,90% per la mandante). Una volta deciso di partecipare in a.t.i. "mista", avendo la mandante Italiana Costruzioni spa assunto anche la realizzazione diretta del 100% delle opere in categoria OS18, la quota di quest'ultima sarebbe scesa al 41,40% (49,90-8,50) con la conseguenza che la mandataria avrebbe dovuto indicare una quota a suo carico del 58,60%. Avendo per mero errore mantenuto l'indicazione del 50,10%, alla stazione appaltante risultava un valore complessivo delle quote che non raggiungeva il 100% (50,10 + 41,40%).

Ciò premesso, le ricorrenti lamentavano, in sintesi, quanto segue.

"1. Violazione e/o erronea applicazione degli artt. 24 e 97 Cost. – Violazione e/o erronea applicazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 – Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche, ed in particolare per errore nei presupposti, travisamento dei fatti, contraddittorietà ed illogicità della motivazione, sviamento di potere".

Il provvedimento di esclusione era contraddittorio perché precisava dapprima che le quote non risultavano indicate ma poi specificava che in realtà le stesse risultavano, sia pure non raggiungendo il 100% di percentuale a carico.

Era comunque assente nel provvedimento impugnato l'indicazione del ragionamento giuridico, a fondamento della decisione, e della norma di riferimento.

"2. Violazione e/o erronea applicazione dell'art. 97 Cost. – Violazione e/o erronea

applicazione dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990 – Violazione e/o erronea applicazione dell'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006 - Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche, ed in particolare per errore nei presupposti, travisamento dei fatti, contraddittorietà ed illogicità della motivazione, sviamento di potere”.

Il provvedimento si poneva in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, ex art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163/06, data l'insussistenza di normativa primaria, secondaria e della legge di gara che legittimava un'esclusione come disposta e la mancata valutazione degli interessi pubblici sottesi alla più ampia partecipazione di concorrenti a procedure pubbliche di aggiudicazione di contratti.

“3. Violazione e/o erronea applicazione dell'art. 97 Cost. – Violazione e/o erronea applicazione dell'art. 37 e dell'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006 - Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche, ed in particolare per errore nei presupposti, travisamento dei fatti, contraddittorietà ed illogicità della motivazione, sviamento di potere”.

Non era stato neanche esercitato il c.d. “potere di soccorso documentale” consentito dalla norma di cui all'art. 46 cit., perché dalla documentazione in atti la stazione appaltante avrebbe potuto verificare che entrambe le società ricorrenti avevano attestati SOA che consentivano alle medesime di partecipare in forma singola. Il mancato raggiungimento della quota percentuale del 100% indicata in gara non significava, quindi, l'assenza di requisiti o la volontà di celarli ma evidenziava un mero rifiuto che poteva essere superato se la stessa Università avesse chiesto un chiarimento alle dirette interessate.

Le ricorrenti, quindi, riportavano le ragioni già sopra indicate, in ordine al mutamento di tipologia di a.t.i. che aveva indotto all'errore, del tutto innocuo anche alla luce dell'art. 37, comma 13, d.lgs. n. 163/06.

Si costituiva in giudizio l'Università intimata, chiedendo la reiezione del ricorso.

Con l'ordinanza indicata in epigrafe, questa Sezione accoglieva, motivatamente, la domanda cautelare ma tale decisione era riformata dal Consiglio di Stato, con l'ordinanza pure in epigrafe indicata, il quale, richiamando generici profili di "fumus boni iuris" dell'appello sufficienti a non far ritenere con immediata evidenza condivisibili le motivazioni dell'ordinanza impugnata, riteneva che i profili giuridici della controversia erano comunque meritevoli di compiuto approfondimento nel giudizio di merito.

In prossimità della pubblica udienza, parte resistente depositava una memoria in data 31.3.2012 ed una successiva memoria qualificata "di replica" in data 28.4.2012, ad ulteriore illustrazione delle proprie tesi difensive.

All'udienza pubblica del 9 maggio 2012, la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio, anche al più approfondito esame proprio della fase di merito secondo l'indicazione di cui all'ordinanza cautelare del giudice d'appello richiamata in narrativa, ritiene di confermare l'orientamento emerso in cautelare tendente all'accoglimento del gravame.

In relazione ai singoli motivi di ricorso, il Collegio non ritiene di condividere la formalistica impostazione del primo, per il quale la motivazione del provvedimento impugnato sarebbe contraddittoria nell'indicare dapprima sussistente una "mancata indicazione delle quote di partecipazione ai lavori" e poi nel precisare che tale indicazione era presente (ma con un valore cumulativo che non coincideva con il 100%).

In realtà, appare sufficientemente chiaro dal contesto del provvedimento adottato che la stazione appaltante ha considerato che l'indicazione delle quote di partecipazione che cumulativamente non raggiungevano il 100% doveva per lei considerarsi ipotesi equivalente alla mancata indicazione delle stesse, tant'è che le medesime ricorrenti nei successivi motivi,

particolarmente nel terzo, si soffermano su tale aspetto per illustrare le proprie tesi difensive.

E' vero, quindi, che la stazione appaltante avrebbe dovuto integrare la motivazione sostanziale con l'indicazione formale delle norme ritenute violate ma è pur vero che il riferimento non può che essere all'art. 37, commi 4 e 13, d.lgs n. 163/06, pure richiamato dalla difesa di parte resistente, secondo cui *“4. Nel caso di forniture o servizi nell’offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati... 13. I concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento.”*

Secondo la ricostruzione del ragionamento della stazione appaltante, quindi, la corretta indicazione delle quote era necessaria per desumere la (quota)-parte dei lavori da eseguirsi da ciascuna impresa “associanda” perché deve sempre sussistere una perfetta corrispondenza sostanziale tra quota di qualificazione e quota di partecipazione all’a.t.i. e tra quota di partecipazione e quota di esecuzione (in tal senso: Cons. Stato, Sez. III, 11.5.11, n. 2804).

In ipotesi, poi, se tale tesi relativa alla corrispondenza tra erronea indicazione di quote e mancata indicazione di quote fosse condivisibile, ad opinione del Collegio non sarebbe neanche invocabile dalle ricorrenti il principio di cui all'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163/06 evidenziato nel secondo motivo di ricorso, dato che la relativa esclusione sarebbe inerente ad incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta, ipotesi questa comunque passibile di esclusione anche nella vigenza della norma ora richiamata.

Sgomberati, quindi, i profili formalistici di cui al gravame, il Collegio soffermandosi sulla questione sostanziale, non ritiene però di condividere, nel caso di specie, le conclusioni della stazione appaltante.

In primo luogo il Collegio osserva che norma di cui all'art. 37 cit. prevede

solo che le quote devono sempre essere indicate da imprese in a.t.i. per cui è agevole concludere che in assenza di tale indicazione l'offerta debba essere esclusa, come attestato dalla copiosa giurisprudenza richiamata dalla difesa di parte resistente. Nulla dice però la norma in questione sull'ipotesi di erronea indicazione di ripartizione delle quote, laddove l'indicazione è in sé presente, come innegabilmente avvenuto nel caso di specie.

Sul punto il Collegio ritiene che debbano prevedersi distinti ipotesi a seconda se l'indicazione possa qualificarsi come mero errore materiale, agevolmente correggibile mediante chiarimenti forniti della stessa compagine offerente, o se l'indicazione possa essere sostanzialmente elusiva della legge di gara e delle norme vigenti. Per il Collegio sono in quest'ultimo caso, in assenza di esplicita indicazione di legge, l'ipotesi di erronea indicazione può assimilarsi "tout court" a quella di assente indicazione.

In ordine alla copiosa e autorevole giurisprudenza del Consiglio di Stato richiamata da parte resistente, quindi, il Collegio osserva che la medesima non affronta uno specifico caso assimilabile a quello in esame, limitandosi le ipotesi ivi considerate a ribadire la necessità dell'indicazione della ripartizione, senza considerare però l'ipotesi di un mero errore materiale nel senso sopra prospettato.

Il Collegio, allora, ricorda che il medesimo Consiglio di Stato, in relazione all'interpretazione dell'art. 37, comma 13, d.lgs. n. 163/06, ha precisato sì la necessità di indicare la ripartizione ma ha ricordato anche che tale disposizione ha inteso evitare in sostanza che alla spendita dei requisiti di partecipazione (e di qualificazione) non corrisponda un identico impegno in sede di esecuzione dei lavori (Cons. Stato, Sez. III, 15.7.11, n. 4323).

Al Collegio, quindi, appare evidente che quel che rileva ai fini dell'applicazione dell'art. 37, commi 4 e 13, d.lgs. 163/06 è l'aspetto sostanziale e non quello formale – invece esclusivamente considerato dalla

stazione appaltante – secondo cui rileva la circostanza per la quale nessuna impresa partecipante in a.t.i. possa eseguire lavori diversi da quelli per cui è qualificata.

E' chiaro che la quota di partecipazione deve essere subito manifestata e stabilita nell'offerta, a pena di ammissibilità, ma ciò per evitare che le imprese in a.t.i., omettendo nell'offerta l'indicazione delle proprie quote, possano affidare ad alcune di loro o addirittura a terzi lavori per cui è assente la relativa qualificazione.

Chiarito ciò in senso generale, il Collegio rileva che nel caso di specie, però, entrambe le imprese in a.t.i. erano qualificate anche per il 100% dei lavori da eseguire e tale rischio non poteva corrersi.

A fronte di una illogica indicazione di ripartizione quote che non raggiungeva il 100% da parte di un'a.t.i. che prevedeva imprese singolarmente e integralmente qualificate, la stazione appaltante, quindi, ben poteva ricorrere, ad opinione del Collegio, al potere di chiedere chiarimenti ex art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163/06, anche al fine del rispetto del principio di massima partecipazione alle pubbliche gare, prima di procedere all'esclusione, come invece effettuato senza alcun contraddittorio.

Si ricorda infatti che lo stesso Consiglio di Stato ha precisato che la "ratio" dell'art. 46 cit. è ravvisabile nell'esigenza di assicurare la massima partecipazione alle gare di appalto (al fine di evitare che l'esito delle stesse possa essere alterato da carenze di ordine meramente formale nella documentazione comprovante il possesso dei requisiti dei partecipanti), in un'ottica intesa al contemperamento di principi talvolta in antitesi, come quello del "favor participationis" e quello della "par condicio" tra i concorrenti (Cons. Stato, Sez. V, 21.10.11, n. 5639).

Nel caso di specie, proprio perché l'indicazione delle quote non era formalmente assente ma soltanto illogicamente formulata perché le due

imprese in a.t.i. non indicavano aritmeticamente il 100% delle quote, la stazione appaltante avrebbe dovuto approfondire in contraddittorio con le interessate le criticità riscontrate, atteso che la stessa documentazione di corredo all'offerta indicava come altamente qualificate singolarmente le due imprese in costituenda a.t.i.

Né è possibile ipotizzare senza alcun elemento a corredo, come emerso dalla documentazione depositata in giudizio, che la restante percentuale mancante fosse in realtà affidabile in subappalto, vietato dalla legge di gara, sia perché di subappalto l'offerta non parlava sia in quanto tale conclusione sarebbe stata potenzialmente condivisibile e logica solo se le imprese non avessero posseduto la qualificazione per il 100% ciascuna.

In sostanza, alla luce della peculiarità del caso di specie e in assenza di normativa esplicita che considera equiparabili sempre l'assenza di indicazione di ripartizione quote e l'erronea (perché palesemente illogica non raggiungendo il 100%) indicazione delle stesse, il Collegio ritiene che la stazione appaltante avrebbe dovuto attuare una fase istruttoria più incisiva e completa.

Che la causa di esclusione non fosse immediatamente riconoscibile per diretta applicazione dell'art. 37 cit., infatti, come già evidenziato dal Collegio in fase cautelare, era desumibile anche dalla circostanza per la quale la Commissione giudicatrice, alla seduta del 7.12.2011, dopo sospensione della medesima, aveva deciso di ammettere provvisoriamente l'a.t.i. in questione, riservandosi di approfondire la tematica "al fine di determinare l'idoneità della dichiarazione concernente le quote percentuali di partecipazione e la risultante percentuale complessiva a comprovare i requisiti per la partecipazione alla gara".

Il Collegio osserva però che la Commissione non ha poi indicato come abbia provveduto ad approfondire la tematica, dato che alla seduta del 9.1.2012 risulta disposta direttamente l'esclusione per la motivazione

riportata nella nota di comunicazione, in quanto risultavano “dichiarate quote di partecipazione che, cumulativamente, non conseguono il 100%”, senza però indicare quali strumenti istruttori siano stati attivati sul punto e come siano stati considerati non comprovati in tal modo i requisiti per la partecipazione.

La Commissione, quindi, dapprima sembra cogliere la peculiarità dell'indagine, fondandola sulla necessità sostanziale di “comprovare i requisiti”, ma poi si limita a richiamare meri aspetti formali in ordine al mancato raggiungimento della percentuale del 100%, evidentemente considerati come tali idonei ed escludere il possesso dei requisiti in questione.

Un corretto approfondimento della fattispecie, quindi, avrebbe dovuto comportare l'attuazione dell'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163/06 mediante richiesta di chiarimenti, attesa la peculiarità della fattispecie che vedeva dichiarare da due imprese, qualificate singolarmente al 100%, una percentuale totale illogicamente inferiore a 100 che poteva essere frutto anche di un semplice refuso.

La fattispecie poteva rientrare, quindi, nell'ipotesi di mero errore materiale nella predisposizione dell'offerta che non incide sulla dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione e che, come tale, poteva quindi essere oggetto di chiarimenti (TAR Umbria, 2.2.11, n. 45).

Si ritiene applicabile perciò, nel caso di specie, il principio generale secondo cui la stazione appaltante, per il “favor participationis”, deve considerare sanabile un mero errore di scritturazione in assenza di una insanabile ambiguità volitiva dell'offerta ed individuare in concreto la reale volontà espressa dall'offerente, sia pure in presenza di refusi o erronee trascrizioni (Tar Lombardia, MI, Sez. III, 13.4.04, n. 1452).

In sostanza, il Collegio ritiene che, alla luce della peculiarità della fattispecie, sussiste carenza di istruttoria e di motivazione perché la Commissione di

gara, pur dichiarando di svolgere approfondimenti sostanziali sul possesso dei requisiti, non ha dato luogo a richiesta di chiarimenti né ha indicato quale ragionamento giuridico specifico in presenza delle peculiari caratteristiche dell'a.t.i. abbia fatto propendere per l'esclusione dell'offerta dopo la momentanea ammissione.

In sostanza la stazione appaltante non ha verificato correttamente se la struttura dell'a.t.i. escludeva dubbi in merito al riparto dei lavori (Cons. Stato, Sez. VI, 25.11.08, n. 5787), circostanza questa che consentiva di escludere la formalistica equiparazione, ai sensi dell'art. 37, commi 4 e 13, d.lgs. n. 163/06, tra dichiarazione assente e dichiarazione erronea, ritenuta invece con la disposta esclusione.

Alla luce di quanto dedotto, quindi, il ricorso deve essere accolto.

Sussistono comunque motivi per compensare integralmente le spese di lite, attesa l'eccezionalità e novità della fattispecie nonché l'esito della fase cautelare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento di esclusione impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 9 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Giuseppe Sapone, Consigliere

Ivo Correale, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/05/2012

IL SEGRETARIO

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